ISSN — 0716 — 7881

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1991

DERECHO Y POLITICA

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

Editor:
Agustín Squella

Asistentes del Editor:
Aldo Valle y Joaquín García-Huidobro

Comité Consultivo:
Albert Calsamiglia (Barcelona), Elías Díaz (Madrid), Carlos S. Nino (Buenos Aires), Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo), y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:
Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo, Jorge Iván Hubner, Máximo Pacheco y Eugenio Velasco.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1991

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 9
1991

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho de la Universidad Central 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 84.154.

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,
Errázuriz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1991

DERECHO Y POLITICA

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1991 - 1993)

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

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, fundada en Valparaíso el año 1981 como Sección Nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que data por su parte de 1906, presenta, con algún retraso, el Nº 9 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, que corresponde a 1991.

La Sociedad antes mencionada reúne en nuestro país a quienes enseñan, investigan o promueven la Filosofía del Derecho y otras disciplinas próximas o afines.

A este Nº 9 del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* se le ha dado el título de "Derecho y Política", en atención a que en su sección *Estudios* se incluyen, de preferencia, trabajos que fueron presentados en la Primera Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, que, convocada bajo ese mismo título y organizada por nuestra corporación, tuvo lugar en Valparaíso, en noviembre de 1991, con motivo de celebrarse los diez primeros años de existencia de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.

En una segunda sección, llamada *Investigación,* se incluye un texto que presenta los resultados de una investigación que su autor, el destacado Profesor de Filosofía del Derecho de Barcelona, Albert Calsamiglia, tituló "Jurisprudencia y racionalidad".

El presente volumen incluye asimismo una sección denominada *Debate,* en la que se publica el artículo de Jorge Acevedo, titulado "Sobre la controversia en torno a Heidegger".

En la sección llamada *Ponencias* se publica la comunicación presentada por Manuel Manson en la Octava Jornada de Ciencia General del Derecho, que tuvo lugar en Valparaíso el año 1986. La ponencia de Manuel Manson se titula "Premios, derecho y lógica".

Se incluye, además, una ponencia de Eduardo Gálvez, de 1988, titulada "A los cuatrocientos años del nacimiento de Thomas Hobbes. La tradición hobbesiana en las relaciones internacionales".

El volumen concluye con una sección de *Recensiones,* en la que se publican comentarios de diversos libros de interés.

Antes de entrar a imprenta este Nº 9 del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social,* concretamente en el mes de mayo de 1992, la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en conjunto con la Universidad de Chile, realizó un homenaje a la memoria de Jorge Millas, socio fundador e integrante del primer Directorio de la corporación, quien falleció en 1982. Las tres intervenciones leídas en ese acto —del presidente de la Sociedad, Agustín Squella; del Rector de la Universidad de Chile, Jaime Lavados; y del profesor Humberto Giannini— serán publicadas en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* Nº 10, correspondiente a 1992, que aparecerá en el primer semestre de 1993. Esperamos publicar también en ese Nº 10 la antología que sobre filosofía jurídica y social del período colonial chileno ha preparado Manuel Manson.

Por último, deseamos expresar a nuestros lectores que ejemplares de éste y de los restantes números del Anuario pueden ser solicitados a la casilla 211-V, de Valparaíso.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Julio de 1992.

ESTUDIOS

co que se desdobla en dos vertientes: una, que mira hacia los integrantes del mismo Poder judicial, y la otra, hacia los justiciables y la sociedad en general. En cuanto a lo primero, porque, obrando independientemente, sus miembros no están constreñidos ni reciben dictados, no son instrumentos ni amanuenses, son libres en su entendimiento y aplicación del Derecho, o sea, se autodeterminan en ella, y en eso, en el autodeterminarse, consiste la esencia de lo humano y la dignidad del hombre.

Y en cuanto a los justiciables y la sociedad en general, porque les garantiza la seguridad jurídica y consiguientemente su libertad individual, o sea, que, fuera de las limitaciones mínimas que les exhibe y les impone el Derecho para hacer compatible la libertad de cada uno con la de todos los demás, pueden obrar sin restricciones ni temor conforme a las máximas de su conciencia y proponerse y realizar su destino personal, nunca compelidos ni utilizados como medios para fines ajenos, sino siempre como fines en sí, o, por decirlo con una expresión concisa y precisa, a la vez que famosa, como seres librevolentes considerados como autofines. Lo cual, además, hará que el común de los mortales, en lugar de contemplar en la judicatura un aparato y una fuerza ininteligibles y distantes, que pueden oprimirles y destruirles, la sientan como una institución natural y propia de la sociedad, que incluso les puede proteger, y, en definitiva, no llevará a que desaparezca, pero sí a que decrezca la desconfianza, cuando no el temblor, con que los hombres se acercan y comparecen ante los jueces. Que no hay que olvidar la vieja sentencia de Plauto que Lardizábal, el primer penalista americano, traduce: *No sabes tú el miedo que causa presentarse delante del juez.*

Por eso estoy ahora tan temeroso de haber hablado tanto ante tantos jueces.

DISCRECION E INTERPRETACION JUDICIAL: LAS TESIS DE DWORKIN *

CARLOS PEÑA GONZALEZ **

En las palabras que siguen intento explorar el punto de vista de Ronald Dworkin respecto de la interpretación del derecho por parte de los jueces. Al indagar, como lo haré, en la obra de ese filósofo norteamericano, supondré dos cosas. Supondré, en primer lugar, que el razonamiento judicial es un caso de razonamiento práctico que exige, por lo mismo, razones del tipo que Josehp Raz llama "justificatorias" u "operativas". Supondré, además, que las teorías de la interpretación —incluida la del autor que luego examinaré— aluden más al contexto de legitimidad de una decisión que a su contexto de descubrimiento. El itinerario que me propongo seguir es éste: sirviéndome de algunos ejemplos, explicitaré la manera en que entiendo, a estos efectos, el razonamiento práctico y la distinción que me parece advertir entre el "contexto de descubrimiento" y el "contexto de legitimidad" de una decisión. Eso me permitirá registrar los problemas que quedan planteados cuando se

---

* Este trabajo fue leído en el congreso sobre Interpretación, Integración y Razonamiento en el Derecho, realizado entre los días 23, 24 y 25 de mayo de 1991, organizado por la Universidad Adolfo Ibáñez, conjuntamente con la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

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

inquiete en derredor de la interpretación del derecho concibiéndola como comprendida en un razonamiento práctico, a la vez que enunciar las respuestas enfrente de esos problemas (I). Enseguida me referiré a las afirmaciones que el positivismo jurídico, particularmente en la versión de Hart, ha formulado respecto de las razones justificatorias de la decisión judicial (II). Luego de ello haré el intento de indagar acerca de las críticas de Dworkin respecto de esas afirmaciones (III). Mi tesis —que en caso alguno supongo original— es que el pensamiento de Ronald Dworkin es uno de los más agudos y penetrantes intentos de revalidar el modelo exegético —surgido al amparo del constitucionalismo y la codificación— del ideal del "Estado de Derecho" y de la "respuesta correcta" (IV).

I

Voy a comenzar, como dije, con un ejemplo que, espero, nos ayudará a intuir qué debemos entender por razonamiento práctico. Supongamos que Pedro —v.gr. de un hachazo en la cabeza— procede a privar de la vida, o sea, a matar, a Juan. Diego, que asiste consternado a la escena, emite, luego de presenciarla, los dos siguientes enunciados: primero, "La razón por la que Pedro mató a Juan es que lo odiaba"; segundo, "odiar a un hombre, sin embargo, no es una razón para matarlo". A primera vista, el interlocutor de Diego podría quedar desconcertado, porque, al parecer, lo que Diego afirma es que Pedro tuvo y no tuvo *a la vez* una razón para matar a Juan. Diego, al parecer, emitiría enunciados contradictorios. Un observador atento, advertirá, con todo, que no existe allí ninguna contradicción puesto que Diego ha utilizado la palabra "razón" con *dos* sentidos distintos: en el primer caso —"la razón por la que Pedro mató a Juan es que lo odiaba"— la palabra "razón" está empleada para aludir a un motivo explicatorio; se trata, en efecto, de una razón que J. Raz denomina "razón explicativa". En el segundo caso, a su turno —"odiar a un hombre no es una razón para matarlo"— la palabra "razón" está empleada en un sentido justificatorio: lo que el enunciado afirma es que la acción de Juan *carece de justificación*. El primer enunciado —diría J. Raz— es típico de los *contextos de explicación* ("la razón *por* lo que lo hiciste fue..."); el segundo, a su turno, es típico de los *contextos de guía a justificación* de acciones ("no tienes razón *para*..."). Lo que Diego ha hecho en el primer caso, es describir el hecho de matar Pedro a Juan e intentar explicarlo; ocupándose, luego, en el segundo caso, de ya no explicar, sino, en cambio, valorar la acción de Pedro. Diego, en este último caso, ha emprendido un razonamiento práctico, puesto que ha intentado auscultar si la acción de Pedro estaba o no justificada. En esa faena —en la faena de razonar prácticamente en derredor de la acción de Pedro— Diego no recurre principalmente a enunciados de hecho, o sea, a enunciados fácticos, sino a enunciados prescriptivos, o sea, a proposiciones de "debe". El razonamiento práctico —podemos afirmar, ahora, luego de este sencillo análisis— se mueve discursivamente invocando razones justificatorias que equivalen a proposiciones de "debe" y no de "es".

Pues bien. Quiero explorar la idea de que la labor de los jueces enfrente de las acciones humanas, equivale al razonamiento práctico, o sea, a la segunda labor que, según vimos denantes, ejecutó Diego frente a la acción de Pedro y que, por lo mismo, no importan tanto las *razones por las cuales* toman sus decisiones como el hecho de si tienen *razones* —y cuáles serían ellas— *para tomarlas*. Si eso es así, o sea, si los jueces discurren práctica y no especulativamente, y, si por eso mismo, deben, por modo inevitable, servirse de "razones justificatorias", o sea, para insistir una vez más, de proposiciones prescriptivas, entonces parece sensato preguntarse: ¿Cuáles son las razones justificatorias de que deben servirse los jueces para adoptar sus decisiones? ¿Cuáles son las proposiciones prescriptivas de que deben echar mano los jueces al tiempo de discurrir prácticamente en torno a las acciones humanas? ¿Qué razones —en sentido justificatorio— han de dar los jueces en apoyo de sus decisiones? ¿Qué razones deben esgrimir los jueces *para justificar* sus decisiones?

Esas preguntas admiten, como tipos ideales, dos respuestas no sólo distintas la una de la otra, sino, también, distantes la una de la otra.

Una consiste en postular lo que Max Weber caracteriza como la "justicia del Cadí", o sea, la resolución de los casos en base a

razones justificatorias que provienen de la propia moral autónoma o subjetiva del juzgador.

La otra —que pertenece a la modernidad occidental— afirma, en cambio, que los jueces son funcionarios estatales obligados a aquello que Kant denominaba un "uso privado" y no "público" de la razón, sujetos, por lo mismo, a razones justificatorias para legitimar sus decisiones que no provienen de su propia y personal autonomía, sino que, en cambio, provienen del acuerdo intersubjetivo que mediante el debate y el voto han elaborado el conjunto de las personas a través de órganos distintos al jurisdiccional. Este modelo —modelo según el cual los jueces han de echar mano a razones justificatorias públicas generadas procedimentalmente con el máximo de participación posible y que constan en normas jurídicas provenientes del derecho legislado— favorecería, a la vez, dos principios, a saber, el principio de autonomía y el principio de seguridad. En la medida que los jueces invocan razones justificatorias del tipo que he mencionado, los miembros del pueblo elector —cuyas acciones serán valoradas por el juez— se verán sometidos, en alguna medida, no a una voluntad ajena, sino a la propia y, además, sus expectativas estarán protegidas en la medida que las razones justificatorias serán públicas y preexistentes. El ideal del Estado de Derecho —que maximiza la autonomía y protege las expectativas de las personas— estaría, así, satisfecho.

Ahora bien. Ese modelo —que podemos, sin grave riesgo, creo, inscribir en la tradición del constitucionalismo y la codificación ha sido relativizado de diversas maneras en la teoría del derecho.

Se ha sostenido que fracasa porque las normas jurídicas no son genuinas razones para actuar puesto que, siempre, sería necesario justificar, a su turno, la obligatoriedad de las normas del sistema, cuestión que, sólo podría efectuarse por referencia a proposiciones morales atendidas sus características de universalidad y autonomía. Así, según este punto de vista, sólo puede salvarse el carácter público e intersubjetivo de las razones justificatorias de la decisión judicial, defendiendo la posibilidad de argumentar racionalmente en materias de moralidad.

Desde otro punto de vista, y sin ocuparse de si las normas jurídicas poseen o no un genuino carácter justificatorio, se ha dicho que ellas son, en todo caso, indeterminadas o incompletas de manera que la necesidad de recurrir a valoraciones —que ya no constan de normas jurídicas— resulta inevitable. Una argumentación cercana a ésta es la que ha sostenido el positivismo y a ella deseo referirme ahora. Comenzaré, a modo de presentación, registrando las diversas maneras en que es posible concebir el acto de interpretar.

Como es sabido, de cara a qué cosa sea interpretar, es posible en la teoría del derecho identificar, al menos, tres tipos, diversos, de respuestas. En primer lugar, es posible sostener que "interpretar" equivale a *descubrir* o *develar* el sentido que la norma oculta; en segundo lugar, es posible, todavía, sostener, en el otro extremo, que "interpretar" equivale —ya no a "desocultar"— sino, esta vez a *"atribuir"* un sentido a la norma por parte del intérprete; en fin, y en tercer lugar, puede aún sostenerse que interpretar equivale a *"fijar"* un sentido de los varios posibles que el texto convoca. Es fácil, como se comprende, advertir las diferencias entre esos tres puntos de vista: mientras para el primero la norma es portadora de un único sentido verdadero, de donde interpretar equivaldría a "desocultar" ese único sentido; en el segundo, la norma carece de un sentido que se imponga por modo heterónomo al intérprete de donde interpretar equivale a dotar de un sentido a la norma; en el tercero, la norma cobija o convoca varios sentidos posibles de donde interpretar equivale, insisto, a fijar o inmovilizar *uno* de esos varios sentidos. Mientras en el primer caso, el juez carece, según se dice, de responsabilidad moral por el contenido de la decisión que adopta —uso aquí la palabra responsabilidad en los sentidos de "función" y "causa" auscultados por Hart—; no ocurre lo mismo en el segundo y en el tercer caso, pues, aquí, la decisión es resultado de un acto volitivo del intérprete, el que, como se dijo, o "atribuye" un sentido a la norma o "fija" uno de los varios sentidos de que la norma es portadora. Mientras, en fin, en el primer y tercer punto de vista, la norma es un "texto" a ser desocultado o auscultado; en el segundo caso es, nada más, un pretexto esgrimido ex-post por el juzgador. Mientras en el primer caso la norma jurídica parece proveer de *una* razón justificatoria que es *heterónoma* con respecto al juzgador, en el segundo y el tercero,

parece no proveer *ninguna o proveer varias,* siendo, así, inevitable alguna autonomía por parte de quien adopta la decisión.

La primera opinión —interpretar como "desocultar"— asociada al modelo ideológico del legislador racional subyace tras los desarrollos exegéticos y conceptualistas; la segunda, a su vez, se trasunta en los desarrollos del realismo emparentado con el positivismo lógico; la tercera, en fin, en la que quiero, ahora, detenerme, guarda parentesco con una —de las varias— formas de "positivismo jurídico" y ha sido presentada, en sus desarrollos más modernos, como la tesis de la "discreción judicial". A ella deseo referirme ahora. Entenderé por "positivismo jurídico" una teoría del derecho semejante a la defendida por H.L.A. Hart. Indagaré, entonces, qué entiende este autor por "discreción" (1).

---

1. Quizás valga la pena que, antes de seguir a Hart en su análisis del concepto de discreción, nos detengamos a considerar si —y en qué sentido— el filósofo oxoniano puede ser llamado un positivista. La tarea no es, en verdad, difícil, pues el propio Hart se ha encargado de auscultar los diversos significados que la palabra "positivismo" admite en la teoría jurídica contemporánea (en su ensayo "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral") y, a la vez, ha enunciado las tesis centrales y mínimas del positivismo que él está dispuesto a defender (en su conferencia "El nuevo desafío al positivismo jurídico"). En el primer ensayo citado, Hart ausculta en la teoría jurídica contemporánea al menos cinco —quizá haya más— significados de "positivismo": 1) La pretensión de que las leyes son órdenes de seres humanos; 2) La pretensión de que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho que es y el que debe ser; 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 fenómenos sociales, y de la crítica y evaluación del derecho, ya sea en términos de moral, objetivos sociales, "funciones" u otros; 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, estándares morales; 5) La pretensión de que los juicios morales no pueden ser establecidos o defendidos, como lo son los juicios de hecho, por argumentos, pruebas o demostraciones racionales (teorías "no cognoscitivas" en ética"). Enfrente de esos cinco significados de "positivismo" que el propio Hart advierte, una cosa salta, por lo pronto, a la vista, a saber, que Hart sólo comparte algunos de esos enunciados y no comparte, en cambio, otros. Su teoría, en efecto es una larga confrontación con el primer enunciado, a extremo tal que podría, incluso, decirse que su propia teoría está pensada por contraposición a ese enunciado; a lo cual habría que agregar que Hart tampoco comparte el cuarto (opondrá a él la tesis de la "discreción judicial") y le parece irrelevante el quinto, en la medida que para Hart no es requisito del positivismo sustentar una opinión escéptica en punto a problemas metaéticos. En cambio, Hart comparte, sin duda alguna, los enunciados segundo y tercero, o sea, Hart comparte la opinión de que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral, y a la vez, está convencido —y "El Concepto de Derecho" es buena muestra de ello— de que el análisis, o estudio del significado, de los conceptos jurídicos es algo que posee autonomía metódica y conceptual y que, además, es algo que "vale la pena" hacer. En el segundo de los textos que arriba se citaron —o sea, en "El nuevo desafío al positivismo jurídico"— Hart advierte que no cabe preguntar qué es el positivismo jurídico, sino que, en cambio de ello, y supuesto que no existe una definición única, verdadera o al menos unánime, ha de preguntarse más bien, "¿Qué entenderemos por Positivismo Jurídico o por Positivismo en Filosofía Jurídica?". Intentando responder a esa pregunta —la segunda, y no la primera— Hart selecciona tres tesis acerca de la naturaleza del derecho a las que tanto los autores considerados positivistas (incluido él), como sus críticos antipositivistas, atribuyen una importancia central. Las tres tesis positivistas de Hart son las siguientes: Primera, que existe una separación conceptual entre derecho y moral; segunda, que, para existir, un sistema jurídico ha de poseer algún tipo de práctica social que establezca los "criterios últimos o test últimos de validez jurídica"; tercera, que en todo sistema jurídico habrá siempre incompletitud y que, en consecuencia, el Juez, al menos en algunos casos (los "casos difíciles", para usar el giro de Dworkin) ejerce un "poder de creación de derecho". Detengámonos, ahora, brevemente, en las dos primeras tesis. La primera —o sea, la que postula la

II

La tesis que postula la incompletitud del derecho y el consecuencial poder de creación del mismo por parte de los jueces, ha sido formulada por Hart como la "tesis de la discrecionalidad judicial". ¿Qué quiere decir Hart cuando afirma —y está dispuesto a defender— que los jueces poseen "discreción"? Cuando Hart afirma que los jueces poseen "discreción", está diciendo, a lo menos, las siguientes cosas:

Por una parte, está afirmando que los jueces —algunos jueces; en particular, los superiores cuyas resoluciones no pueden ser revisadas— "tienen la última palabra al establecer qué es derecho", o sea, está estableciendo que las decisiones de algunos jueces son definitivas o, si se prefiere, que los jueces son los que, al cabo, dicen qué es derecho, lo que, como es fácil de advertir, es distinto al postulado realista de que "el derecho es lo que dicen (o hacen) los jueces". Por lo mismo —va a insistir Hart— no puede afirmarse que los jueces sean los únicos que dicen lo que es derecho; pero, en cambio, sí puede afirmarse que los jueces son los únicos que dicen lo que es derecho de modo definitivo y con status oficial. Así —y parafraseando un tanto el ejemplo del propio Hart— el fútbol puede jugarse con árbitro o sin él. En el primer caso —un partido de fútbol sin árbitro— serán los propios jugadores los que decidirán cuándo, en conformidad a las reglas del fútbol, hubo un "gol"

---

separación conceptual entre el derecho y la moral— no es una tesis empírica (no niega, pues, que, en el hecho lo jurídico y lo moral estén, en efecto, relacionados); no es una tesis ética (ni favorece, ni desfavorece la afirmación de que el contenido del derecho debe ser coincidente con los contenidos de la moral); no es, tampoco, una tesis metaética (no se pronuncia acerca de si los enunciados éticos pueden o no ser justificados a la luz de la razón); es, en cambio, una tesis puramente metódica (en el sentido etimológico de "método"), según el cual 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 de un criterio de identificación que los incluya (o sea, antes que un criterio conceptual restringido), y ello por la sencilla razón de que el primer criterio —y no así el segundo— amplía el campo de observación y, al evitar la confusión conceptual entre derecho y moral, favorece, y no entorpece, la crítica moral de los sistemas jurídicos, sin sustituir esa crítica moral (como ocurrirá, de ordinario, con el segundo criterio), por una pérdida del nombre "Derecho", con lo que, en definitiva, se comete el error de simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones morales a que las reglas jurídicas dan lugar. La segunda, a su turno, o sea, la que postula la existencia de un criterio último de validez jurídica, conducirá a Hart a enunciar su famosa "regla secundaria de reconocimiento", la que, a diferencia de la "norma fundamental" de Kelsen, es caracterizada empíricamente por Hart al modo de una "práctica social" y no, en cambio, postulada como un principio trascendental de raigambre neokantiana o vaihingeriana como —se sabe— acaece en Kelsen.

válido; en el segundo caso, a su turno —un partido de fútbol con árbitro— será un único sujeto —el árbitro— el que podrá decirlo por modo "oficial" y con "autoridad". Ahora bien. Nada nos habilita para que sin deformar el fútbol, digamos que en el primer caso el fútbol es lo que dicen los jugadores, y, en el segundo caso, para que, del mismo modo, digamos que el fútbol es lo que dice el árbitro, ni, tampoco, nada nos habilita para que, mezclando ambas situaciones, nos atrevamos a decir que los jugadores, cuando aplican las reglas del fútbol, "predicen" las decisiones del árbitro, porque ello significaría que cuando los jugadores, iracundos, agreden al árbitro, lo agreden porque ellos (los jugadores) se equivocaron al "predecir" lo que el árbitro haría, cuando, en cambio, como todos concederán, lo que en verdad acaece es que lo agreden porque, a su enojoso juicio, el árbitro no aplicó bien las reglas del fútbol. Solo en un caso podría decirse que el fútbol es lo que dice el árbitro y que los jugadores predicen lo que el árbitro hará, a saber, cuando la única regla de aquel trabajoso juego (que, en rigor, no sería ya fútbol), fuera: "juéguese como el árbitro diga que se juegue".

Por otra parte, cuando Hart postula la tesis de la "discrecionalidad judicial", está también afirmando que las normas jurídicas no son aplicadas mecánicamente por los jueces, sino que, en atención a la "textura abierta" que ellas presentan, el juez ha de recurrir, al aplicarlas, a su discernimiento, no actuando como si hubiera una única respuesta correcta, sino, más bien, procurando establecer una elección en orden a alcanzar un compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto.

Por último, cuando en fin, Hart enuncia que los jueces poseen discreción, está, también, afirmando que, en ocasiones, el derecho —por la inevitable falta de previsión e, incluso, por la relativa indeterminación de propósitos por parte de quienes lo producen— guarda silencio frente a ciertos casos, los que, así, han de ser resueltos por el juez no en conformidad a directivas obligatorias provenientes del propio derecho, sino, en cambio, en conformidad a razones que, si bien pueden ser jurídicas por su proveniencia o contenido, no son, empero, jurídicamente debidas, tanto porque de ordinario puede no haberlas, cuanto porque cuando las hay (v.gr., en

la forma de los "principios" de Dworkin), las hay de modo múltiple, contrapuesto, e incluso, contradictorio, sin que las reglas jurídicas provean al juez de criterios para resolver las antinomias que se planteen entre las dichas razones o principios, motivo ese por el cual, afirma Hart, al Juez, a menudo, le será necesario escoger o elegir entre diversas razones o principios, sin que ello signifique contradecir el conjunto de las reglas, todo lo que en fin, ha de entenderse en el sentido que los dichos poderes del juez son —como el propio Hart se encarga de establecerlo— "intersticiales", o sea, relativos sólo a algunas "fisuras" o "hendeduras" que el derecho presenta entre bloques de ordinario más o menos compactos, y relativo, también, a normas que una vez producidas, poseen un alcance menor que el que posee el derecho legislado, esto es, un alcance que —para representarnos la situación— pudiéramos decir se "cuela" por los intersticios de este último.

III

Pues bien. Ronald Dworkin pretende dirigir una ofensiva teórica contra el positivismo revisando, justamente, la tesis de la discreción judicial. Dworkin sostiene que la tesis positivista de la discreción judicial no es una adecuada descripción de lo que los jueces hacen ni, tampoco, una buena teoría moral o política.

En otras palabras: a Dworkin le parece que la tesis de la discreción judicial defendida por el positivismo *es errónea como teoría conceptual e inicua como teoría moral y política* de la adjudicación. Ni describe adecuadamente lo que los jueces hacen; ni prescribe correctamente lo que ellos deben hacer. En lo que sigue, *analizaré,* primero, la crítica *conceptual* de Dworkin, luego me referiré a su crítica *moral y política* del modelo de adjudicación defendido por el positivismo.

1. A juicio del autor norteamericano, el positivismo —particularmente el de Hart— se caracteriza por enarbolar las tres siguientes tesis:

1.1. El derecho de una comunidad es un conjunto de normas usadas con el fin de determinar qué comportamiento es susceptible de una sanción a través de un acto coactivo e identificadas

mediante criterios que no se refieren al contenido de esas normas sino al pedigree u orígen, esto es, a su modo de producción.

1.2. El conjunto de las normas así identificadas agota el concepto de derecho, "de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien, entonces el caso no se decide aplicando el derecho", sino en base de estándares que están más allá del mismo y que el juez determina usando su discreción.

1.3. Decir que alguien tiene una obligación jurídica significa que su caso se incluye dentro de una norma jurídica que le exige hacer algo o se lo prohibe (decir a su turno, que alguien tiene un derecho es una forma refleja o elíptica de expresar lo anterior). (Creo que esta tercera tesis identificada por Dworkin es trasunto de la distinción conceptual —defendida por Hart— entre derecho y moral).

2. Constata Dworkin la versión hartiana de aquellas tres tesis para, luego, expresar que se propone llevar un ataque general contra el positivismo, escogiendo como blanco particular la teoría positivista de Hart. Agrega Dworkin, que su ataque consistirá en lo siguiente: que en la medida que el positivismo es un modelo referido a normas, pasa por alto el hecho frecuente de que los juristas y los jueces cuando invocan o instituyen derechos enfrente de casos difíciles (o sea, casos que no pueden ser subsumidos claramente en normas) echan mano de estándares o principios de los que no da cuenta la tesis de la discreción (esto es, echan mano a razones justificatorias que si no constan de normas son provistas por otros estándares dotados de fuerza o vigor jurídicos).

3. A fin de elaborar su tesis crítica Dworkin efectúa los siguientes pasos argumentales:

3.1. Distingue como cosas diversas a las "directrices", los "principios" y las "normas".

"Llamo directriz o "directriz política" —expresa Dworkin— al tipo de estándares que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo "principio" a un estandar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica,

política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio" (2).

"Los principios son proposiciones que describen derechos; las (directrices) políticas son proposiciones que describen objetivos (...). Un objetivo es una finalidad política no individualizada, es decir, un estado de cosas cuya especificación no requiere así ninguna expectativa o recurso o libertad en particular para individuos determinados (...) (3). "Un derecho —en cambio— debe ser un derecho a hacer algo aún cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese "algo" se haga" (4). Con todo, interesa, en particular a Dworkin, distinguir las "normas" de los "principios". Mientras las primeras son binarias (un caso cae o no bajo ella), los segundos son graduales (una acción humana puede, en *mayor o menor* medida, cumplir o infringir un principio).

Cuando las primeras son inconsistentes, una de ellas pierde, por lo general, validez (el conflicto se resuelve, pues, en razón de validez); cuando los segundos están en conflicto, prima, sin que ello importe exclusión del otro, aquel principio que posea "mayor peso moral". Mientras las normas pueden ser identificadas a través de hechos —v.gr. la regla de reconocimiento de Hart— ello no podría ocurrir con los principios cuyo valor proviene de su contenido de moralidad y no, como ocurriría con las normas, de su modo de producción.

3.2. Establece, luego, la frecuencia empírica con que los juristas y los jueces —en el debate sobre derechos y obligaciones invocan principios, no sólo a falta de normas, sino, también en *contra*

2. "Los derechos en serio", traducción de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 72.

3. Ob. cit., pp. 158 y 159.

4. Ob. cit., p. 289.

de ellas, sea para dejar de aplicarlas, sea para relativizarlas instituyendo "lagunas axiológicas".

3.3. Por consiguiente, el uso de la expresión "obligación jurídica, supone no sólo normas sino, también, "principios", de donde se sigue que hay que *dar cuenta* en un análisis de los derechos y las obligaciones de los principios.

3.4. Ahora bien. Para analizar los "principios" hay nada más que dos caminos: *primero,* tratar los principios de modo análogo, pero no igual, a como tratamos las normas y debiendo, en consecuencia, decir que hay principios jurídicamente obligatorios además de normas y que el derecho, por consiguiente, se compone, a lo menos, de "normas" y "principios", pero no sólo de normas; *segundo,* tratar los principios como entidades extra-jurídicas a que el juez libremente recurre cuando no hay normas o éstas son insuficientes.

3.5. Esos dos caminos representan *dos conceptos de principios:* el primero, concibe a los principios como *obligatorios y vinculantes* de modo tal que un juez que se aparte de los mismos actúa *jurídicamente mal;* el segundo, en cambio, concibe a los principios como resúmenes de lo que los jueces frecuentemente hacen. En el primer caso, diríamos —continúa— que los jueces deben actuar de la manera que los principios establecen; en el segundo caso diríamos que los jueces actúan así "por principio" (lo que sería análogo a decir que "alguien debe hacer algo en base a una norma" y que "alguien tiene por norma hacer algo").

3.6. De suscribir el primer concepto, debiéramos afirmar en los "casos difíciles" que el juez aplica o declara deberes y derechos preexistentes; de suscribir el segundo, debiéramos decir que el juez "crea" derechos con posterioridad y que, en consecuencia, el acto coactivo no tiene justificación pública y preestablecida.

3.7. ¿Cuál de aquellos dos conceptos de principios suscribe el postivismo? Para responder esa pregunta es necesario revisar la tesis de la "discreción", o sea, la segunda tesis positivista: ¿qué quieren decir los positivistas cuando afirman que los jueces poseen discreción? Para responder esa pregunta es necesario, previamente, analizar el concepto de discreción:

La voz "discreción" —observa Dworkin— es relativa a un

contexto de autoridad y posee dos sentidos, uno *débil* y otro *fuerte.* El primero —o sea el débil— cubre dos situaciones: aquella en que alguien debe aplicar una norma u orden usando su discernimiento y aquella en que alguien está facultado para tomar decisiones definitivas; el segundo, o sea, el *fuerte,* alude a la situación en que alguien *no está vinculado por ningún estandar dotado de autoridad para tomar su decisión.* La diferencia entre el primer sentido y el segundo, es que si bien ambos pueden dar lugar a críticas, sólo el primero da lugar a críticas por "desobediencia".

3.8. La doctrina positivista, usa la palabra "discreción" para aludir, por una parte, al hecho de que los jueces toman decisiones definitivas (v.gr. Hart). Ese sentido de la palabra "discreción", nada tiene que ver con "principios". También los positivistas utilizan la palabra discreción para aludir al hecho de que los jueces deben discernir y esta tesis no contradice la tesis de los principios y no nos permite saber cuál concepto de "principio" maneja el positivismo. Los positivistas, pues, toman con frecuencia la palabra *discreción* frente a los casos difíciles en el tercer sentido, o sea, ellos quieren decir que cuando no hay normas o éstas son insuficientes, los jueces no están sometidos a estandar *obligatorio alguno* (así, Hart, en el tercer sentido),

3.9. Por lo mismo, al usar la palabra "discreción" en el sentido "fuerte" los positivistas suscriben el segundo concepto de los *principios,* o sea, para ellos, los principios no son obligatorios (o sea, no proveen al juez de razones justificatorias dotadas de autoridad).

3.10. Ahora bien. ¿Puede decirse que los "principios" no son obligatorios o vinculantes para los jueces?

Existirían —observa Dworkin— cuatro razones para sostenerlo y las *cuatro fallidas:* a) que los principios no pueden ser vinculantes (Dworkin sostiene aquí que hay que distinguir entre la "obligatoriedad de un principio" y la cuestión, distinta, de si un determinado principio es, de *hecho,* obligatorio para algún funcionario. Esto último ocurre también con las normas); b) que los principios no determinan un resultado (ello probaría simplemente que no son normas); c) que ellos son discutibles (igual ocurriría con las normas); d) que ellos, en fin, no se identifican al través de la regla de reconocimiento (esta tesis afirma lo que debería demostrar).

¿Qué argumento podría darse en favor del primer concepto de "principios"?

Si no se reconoce que hay principios obligatorios, entonces, tampoco podría afirmarse que todas las normas jurídicas son obligatorias (Dworkin despliega su argumento del siguiente modo: a) constatación empírica de que los jueces cambian o dejan de aplicar normas; b) si las pueden cambiar, no son, entonces, obligatorias, a no ser que exista algún estandar —éste sí obligatorio— que establezca que sólo obligan "prima facie"; c) si estos estándares —o sea, los principios— no son obligatorios, entonces ninguna norma lo es).

3.11. Por consiguiente, y de lo anterior se sigue —según Dworkin— a) que los principios son obligatorios y que, por lo mismo, el derecho se haya compuesto de normas y principios; b) que una teoría del derecho que deje fuera a los principios es parcial e incompleta; c) que fracasan las tres tesis positivistas. (En efecto, el test del pedigree deja fuera a los principios; la tesis de la discreción fuerte es falsa; y es falso que sin normas no hay obligación jurídica).

4. La teoría positivista de la discreción judicial, según Dworkin, es, además de lo anterior, inicua desde el punto de vista moral y político, puesto que importaría sostener, en los casos duros o difíciles, la *adjudicación sorpresiva* y ex-post de derechos y obligaciones; a más de ello, nos daría entrada a los *"derechos"* en el razonamiento judicial; y, en fin *no daría lugar a la crítica* racional intersubjetiva y pública del comportamiento de los jueces.

4.1. Si, como sostienen los positivistas, la expresión "obligación jurídica" es normativa —esto es, supone la previa existencia de normas que califican deónticamente a la acción— entonces, observa Dworkin, en los casos duros o difíciles —que carecen de calificación normativa— los jueces imponen sorpresivamente y ex-post obligaciones y derechos a los sujetos traicionando, *así, el ideal de la legitimidad democrática* y el modelo de las "expectativas protegidas", toda vez que ese ideal y este modelo exigirían adoptar de-

cisiones en base a razones justificatorias previas e intersubjetivamente válidas.

4.2. Por otra parte, agrega Dworkin, la tesis de la discreción judicial sostenida por los positivistas excluye la consideración de "los derechos" con respecto al razonamiento judicial.

Desde el punto de vista del positivismo —que se ha venido analizando— los jueces, frente a los casos "duros o difíciles" (Hard Cases) carecen de un auxilio argumental jurídicamente obligatorio y, en consecuencia, podrían echar mano en favor de su decisión, de las más diversas formas de argumentación moral o política, sin que ello pueda dar lugar a un reproche jurídica o institucionalmente fundado.

Esta opinión, según Dworkin, pasa por alto la fundamental diferencia que es posible advertir —de cara al razonamiento práctico— entre argumentos políticos y argumentos de principios. Los primeros —esto es, los argumentos políticos— apoyan una decisión "demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo" y suponen, por lo mismo, un cálculo consecuencialista de beneficios agregativos y no individualizados. Los segundos, en cambio, esto es, los argumentos de principios, apoyan una decisión demostrando que la misma asegura o respeta algún derecho en sentido fuerte y suponen, por lo mismo, una exigencia de justicia, de equidad, o de moralidad ([5]).

Pues bien —continúa este autor— si el juez posee discreción en el sentido que los positivistas reclaman, de allí, entonces, se sigue que podrían argumentar políticamente, o sea, y como se dijo, en base a cálculos consecuencialistas y agregativos de políticas públicas, con lo cual advierte el mismo autor, los sujetos carecerían de derechos morales, o sea, de derechos en un sentido fuerte establecido que estos últimos, v.gr. los derechos humanos, son facultades o títulos que al ser igualitarios e individualizados se tienen justamente como una carta de triunfo de las minorías en frente de la adopción de políticas públicas fundadas en el beneficio agregativo de las mayorías. Esos derechos —piensa Dworkin— representan la

5. Ob. cit., p. 148.

promesa que la colectividad y la mayoría hacen a las minorías y al individuo de que su igualdad y su dignidad serán respetadas aunque, por momentos, la mayoría piense que esa igualdad y esa dignidad menoscaban sus propios intereses agregativos ([6]). Si los jueces pueden utilizar argumentos políticos en apoyo de sus decisiones, concluye Dworkin, entonces no nos tomamos los derechos en serio. Ningún sentido tendría jactarnos de que tenemos derechos si aceptamos que los jueces pueden, válidamente, desconocerlos mediante argumentaciones consecuencialistas de carácter político.

4.3. En fin, si los jueces en ciertos casos carecen de razones "autoritativas" para actuar, pudiendo, por lo mismo, recurrir a argumentos diversos y deónticamente indiferentes, entonces, no es posible criticar la actuación judicial fundando esa crítica en el propio Derecho. Las críticas al comportamiento judicial enfrente de los "casos duros o difíciles" no poseerían así, la consistencia de una crítica proveniente de pautas institucionales dotadas de autoridad.

IV

Ahora bien. ¿Qué conclusiones y qué observaciones podrían espigarse de la crítica anti-positivista y anti-utilitarista de Dworkin?

Las reflexiones que siguen —y que ofrezco a modo de conclusión— son, algo oblicuas aunque —espero— no del todo impertinentes al asunto que hemos venido planteando.

Como es sabido, existen estrechas relaciones entre la teoría del derecho, la ilustración y la modernidad. Por lo pronto, el ideal exegético, asociado al modelo ideológico del legislador racional, se funda en la creencia de que la coincidencia entre los valores socialmente deseados y el orden institucional, es posible. La experiencia, empero, mostró que la máxima racionalización de las estructuras sociales, como v.gr., la del Estado Moderno, produce consecuencias irracionales: es lo que Weber, con algo de tristeza inconfesada, lla-

6. Cfr. Dworkin, R., "A Matter of principle", Harvard University Press, Cambridge, 1985, pp. 23 y ss.

mó la irracionalidad de la praxis y lo que, otros desarrollos —v. gr. Gadamer— denominan, siguiendo a Heidegger, "círculo hermenéutico".

Pues bien. Sugiero la idea que el positivismo —la mayoría de las veces asociado a un escepticismo metaético— racionaliza en la teoría del derecho esas consecuencias inadvertidas del proyecto ilustrado y moderno. Su idea de la "discreción judicial" es el reconocimiento de que la praxis, es, al cabo, irracional. Por el contrario, las tesis de Dworkin, fundadas en las opiniones rawlsianas acerca de las instituciones, intenta rescatar el ideal exegético evitando su optimismo fácil por la vía de ofrecer un concepto constructivista e interpretativo de derecho.

Con ello, Dworkin, de cara al razonamiento judicial y a la democracia, asume, más bien, un concepto de racionalidad que se aleja por igual del ideal exegético y positivista. Desde el punto de vista del primero, en efecto, la racionalidad práctica es siempre posible; desde el punto de vista del segundo la praxis es, por principio, irracional. Las alternativas, enfrente de esas opiniones, son dos: o la idea hegeliana de la "astucia de la razón" o una tesis de "racionalidad imperfecta" del tipo defendido por Elster y fundada en los valores de la coherencia y la integridad. Creo ver en Dworkin un intento agudo de defender esto último. Su vigorosa defensa de los derechos morales como una técnica —que al modo de Ulises enfrente de las sirenas— permite una autolimitación de la democracia —incapaz por sí sola, de discriminar entre preferencias personales y externas y, así, arriesgando siempre el peligro de conculcar la igual consideración y respeto debidos a las personas— merece, según creo, ser especialmente atendida, en particular por quienes, al desempeñar la dogmática jurídica, proveen de argumentaciones a la decisión judicial. Intentar retener los valores del constitucionalismo y la codificación, proveyendo, a la vez, de técnicas argumentativas que permitan evitar las consecuencias no deseadas que se siguen de la institucionalización de esos mismos valores, es, según me parece ver, la principal razón para tomarse a Dworkin en serio.

LA ENCICLICA CENTESIMUS ANNUS Y LAS NUEVAS "COSAS NUEVAS"

CARLOS E. MIRANDA *

La Doctrina Social de la Iglesia ha ido configurándose gradualmente durante los últimos cien años. La última Encíclica papal conmemora precisamente el primer documento pontificio acerca de problemas sociales, que fue escrito por León XIII en 1891.

La Iglesia no tiene modelos particulares de organización política de la sociedad ni tampoco propone un modelo económico determinado. Lo que sí le interesa es proporcionar una orientación moral para la actividad política y económica de los católicos; pero sus principios y valores no se circunscriben sólo al ámbito de la fe de modo que sólo sean aplicables a los creyentes, sino que revelan una preocupación por el hombre, por todo hombre.

La Encíclica Centesimus Annus es expresión de la continuidad de la Doctrina Social de la Iglesia, pero también lo es de la renovación y actualización de su contenido. Juan Pablo II invita a releer la Encíclica de León XIII, ya que a través de una mirada retrospectiva sobre ese texto se confirma la vigencia de los principios allí enunciados, pero también invita a "mirar alrededor", es decir, a mirar al presente, a las "cosas nuevas" de hoy, para desde aquí proyectar nuestra mirada al futuro del ya tan cercano tercer milenio,

* Profesor titular de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Chile.