

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 2005

PONENCIAS EN  
BUENOS AIRES

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 23 / 2005



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL  
2005

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 23  
2005

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, y del Mar.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL  
Errázuriz 2120 - Valparaíso  
E-mail: edeval@uv.cl

# ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2005

## PONENCIAS EN BUENOS AIRES

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO  
(2005 - 2007)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,  
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín  
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana  
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci,  
y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social  
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La  
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,  
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico  
asquella@vtr.net

*PRESENTACIÓN*

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* número 23, correspondiente a 2005. Sin perjuicio de su sección habitual de *Estudios*, este volumen reproduce la versión escrita de algunas de las ponencias de autores chilenos que fueron presentadas en 2004 en la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires. Cabe señalar que la segunda de tales Jornadas, efectuada en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, en Santiago, desde el 20 al 22 de octubre de 2006, coincidió con la aparición de este *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* número 23.

Esta obra contiene también una sección de *Necrologías*, en la que se recuerda a Aleksander Peczenik y Luiz Luisi.

El número 24 de nuestro Anuario, correspondiente a 2006, aparecerá en 2007, y contendrá las ponencias presentadas en la mencionada Segunda Jornada Chileno Argentino de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, en especial las 12 leídas en el igual número de sesiones plenarias de la Jornada.

Este y demás números del Anuario pueden ser solicitados a la Casilla 3325, Correo 3, Valparaíso, Chile, o bien a asquella@vtr.net

*Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*

ESTUDIOS

dez”, requerirá sin duda de una clarificación conceptual realizada por el propio autor. En lo que concierne a estas líneas que se extienden ya demasiado, no exploro los caminos de salida que Jiménez anuncia en su texto y que serían para Habermas una genuina provocación, pues recurre explícitamente a un autor que Habermas ha criticado duramente: Martin Heidegger<sup>103</sup>.

Para terminar, quisiera desandar el itinerario que me propuse al comienzo, para así, en un rápido viaje de retorno examinar si se cumplieron los propósitos allí explicitados. En primer lugar, presenté las principales tesis de “Teoría de la acción comunicativa”, desarrollando la dialéctica de racionalidad comunicativa y acción comunicativa, introduciendo luego la noción de “discurso” como forma de reflexión de la acción comunicativa. Una vez introducidos estos conceptos, expliqué el carácter deontológico, cognitivista, formalista y universalista de la ética del discurso de Habermas; ello con el objeto de mostrar cómo el principio de universalidad “U” y el principio de discurso “D” se extraen de los presupuestos pragmáticos del habla con sentido. Finalmente, y sobre estas precisiones conceptuales, mostré cómo Habermas reformula la filosofía del derecho de Kant, articulando las nociones de autonomía privada y autonomía pública en términos de una teoría del Estado democrático de derecho que se estructura a partir de su ética del discurso y de su concepto de razón comunicativa. Como adelanté al comienzo, mi intención era una exposición cercana y fiel a los textos más que una toma de posición frente a ellos, con la intención de, primero, poner en orden mis propias ideas y, luego, ayudar a quienes se adentran por primera vez en un autor que a muchos debe parecerles laberíntico y difícil. Desde ahora queda al lector el juicio de cuán lograda o fallida ha sido esta lectura.

103. Farías, Víctor: “Heidegger y el nazismo”, Prólogo, pp. 9-28. Fondo de Cultura Económica, Santiago, Chile, 1998.

## LA LEY NATURAL BAJO OTROS NOMBRES: DE NOMINIBUS NON EST DISPUTANDUM \*

CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ \*\*

*What's in a name? That which we call a rose  
By any other name would smell as sweet*

William Shakespeare, *Romeo and Juliet*, II, ii, 1-2.

Sostengo que la *analytical jurisprudence* anglosajona del último medio siglo —desde H. L. A. Hart— ha recuperado algunas tesis básicas de la tradición del derecho natural acerca de las relaciones entre derecho positivo y derecho natural, aunque no los contenidos defendidos por el pensamiento tradicional. Para mostrarlo sugiero atender a cuatro afirmaciones centrales en la interpretación tomista de la tradición: (i) la definición de ley como acto de la razón; (ii) la vigencia inmediata de los principios de la ley natural; (iii) la concurrencia simultánea de la ley

\* Este artículo es parte de un proyecto más amplio al que he podido dedicarme gracias a la ayuda del Fondo Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (Proyecto Fondecyt 1050227) y a una beca de la Fundación Alexander von Humboldt (2005-2006). A las dos instituciones manifiesto mi reconocido agradecimiento.

\*\* Universidad de los Andes (Chile). Investigador Humboldt 2005-6. Universidad de Münster.

natural y de la ley positiva en la deliberación jurídica que justifica una sentencia, y (iv) la no obligatoriedad moral de las leyes injustas. Finalmente, propongo algunas consecuencias sobre la manera de hacer ciencia del derecho y política jurídica, que aún no han sido aceptadas por los cultivadores de la *jurisprudencia analítica*.

### 1. Razón y voluntad en la conformación de la ley positiva

Sin negar la necesidad de actos voluntarios para establecer las normas positivas, Tomás de Aquino y sus seguidores piensan que la ley es esencialmente un acto de la razón imperante, que se dirige, a su vez, a la razón de los súbditos, y constituye en su deliberación una orientación racional hacia la acción<sup>1</sup>. Por el contrario, la tradición de la teoría analítica del derecho —definida por Bentham y Austin en el siglo XIX— consideraba la ley esencialmente como un acto de la voluntad del superior que se imponía al inferior mediante la amenaza del castigo. H. L. A. Hart, desde mediados del siglo XX, dio un giro a esa tradición, porque comenzó a definir el concepto de derecho —entendido en sentido normativo, como ley— como un conjunto de reglas que constituyen no simples órdenes respaldadas por amenazas sino razones para la acción<sup>2</sup>.

No nos interesan aquí los detalles de su explicación, sino simplemente el hecho de que él no concibe el derecho esencialmente como expresión de una voluntad acompañada de amenazas. En consecuencia, los castigos y otras formas de coacción son necesarios para conse-

1. Cf. *S. Th.*, I-II, 90, 1 y 4. Vid. las explicaciones contemporáneas de Javier Hervada y John Finnis en Javier Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1ª ed., 1992, e *Historia de la ciencia del derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 2ª ed., 1991, 174-179, y John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1980, 337-342 y 348-350 (trad. cast. *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000).

2. Cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961, 38-39, 85, 111-114, 253, 261 (trad. cast. *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963 y 1977, y Editora Nacional, México, 1980), y *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1982, 256, 266-267.

guir la obediencia del “hombre malo”, de que hablaba Oliver Wendel Holmes, pero no son la característica esencial de la ley, dirigida sobre todo a los funcionarios y a los ciudadanos que la aceptan desde el punto de vista interno, es decir, como justificaciones y razones para la acción.

Este “nuevo positivismo jurídico”<sup>3</sup> —advertido como *nuevo* por pocos autores que, como Nigel Simmonds, adoptan una perspectiva abierta más allá de la tradición analítica— ha sido seguido, precisamente en este paso desde el voluntarismo centrado en la coacción al reconocimiento de la ley como acto de la razón, por los continuadores de Hart en la supuesta defensa de una autodenominada doctrina iuspositivista.

Entre muchos ejemplos, consideremos lo que nos dice Jules Coleman:

“¿Cuál es entonces la naturaleza y la fuente de esta autoridad específicamente jurídica? Si la ley no puede —como una cuestión conceptual— pretender gobernar mediante sanciones, ¿cómo hemos de entender su pretensión de gobernar?”<sup>4</sup>.

La pregunta supone el giro conceptual de Hart, desarrollado por Joseph Raz y aceptado, con diversas variaciones, por Coleman y otros. Es interesante notar que se ha dejado de lado la centralidad de las sanciones, tan prominente en el positivismo jurídico precedente. Se trata de una cuestión conceptual, es decir, exigida por la adecuada comprensión del concepto de derecho y de autoridad. La respuesta de Coleman pretende describir una opinión generalizada entre los representantes actuales de la tradición iuspositivista anglosajona:

3. Nigel E. Simmonds, *Central Issues in Jurisprudence. Justice, Law and Rights*, Sweet & Maxwell, London, 2ª ed., 2002, 127 (con referencia explícita a Hart).

4. Jules Coleman, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 71.

“La opinión predominante entre los positivistas jurídicos hoy es que la ley pretende gobernar la conducta como una *autoridad práctica*. La característica distintiva del gobierno mediante la ley, según esta opinión, es que pretende gobernar mediante la *creación de razones para la acción*”<sup>5</sup>.

Coleman añade incluso que estas razones legales para la acción no constituyen razones en sentido meramente subjetivo, es decir, porque motiven de hecho a los sujetos a quienes se dirige la ley. Aunque cumplan una función motivadora, lo importante, desde el punto de vista normativo, es que siguen siendo razones objetivamente válidas también cuando no motivan o cuando son ignoradas (así es posible justificar la aplicación de la ley incluso a quienes la ignoran).

“Las razones para la acción en este sentido *avalan o justifican* las acciones, imponen deberes y obligaciones, y confieren derechos y privilegios. Son razones en el sentido de que son *fundamentos normativos para la acción*”<sup>6</sup>.

Naturalmente, una vez que se concibe la ley positiva, necesariamente creada por actos voluntarios individuales o colectivos (fuentes sociales), como un tipo de razón *justificadora* de la acción, que puede dirigir la acción precisamente porque apela a la razón práctica de los súbditos, adquiere especial importancia la relación entre la ley y otras razones para la acción que no son creadas por actos voluntarios (si acaso existen).

## 2. La vigencia inmediata de las razones morales para la acción

La identificación *positivista* de la ley con esas *razones para la acción* que tienen fuentes sociales (*v.gr.*, leyes, costumbres, contratos, etc.) enfrenta a los filósofos del derecho con una alternativa: o bien son esas

5. *Ibidem*. Énfasis en el original.

6. *Ibid.*, 72.

razones legales (leyes positivas, costumbres, etc.) las únicas que los ciudadanos y los funcionarios deben seguir siempre, pues no hay otras razones objetivamente relevantes para justificar la acción, o bien hay otras razones para la acción que se combinan con las fuentes sociales para dirigir la deliberación práctica de los funcionarios y de los ciudadanos.

La primera posibilidad ha sido defendida de manera absoluta por el “positivismo ideológico” —la expresión es de Norberto Bobbio<sup>7</sup>—, como el de Karl Bergbohm y, en cierta pero menor medida, el de Gustav Radbruch antes de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, la filosofía jurídica de posguerra huyó de esta orientación, sindicada por el segundo Radbruch como responsable de la sumisión legal al totalitarismo<sup>8</sup>.

Sean cuales fueren las conexiones entre positivismo jurídico y totalitarismo —tema complejo, que no admite una respuesta partidista, ideológica—, el hecho es que, después de la guerra, se impuso la idea de que la cuestión moral de la obediencia ya no podía ser resuelta mediante el simple sometimiento a las conclusiones supuestamente neutrales de la ciencia jurídica dogmática. Lamentablemente, la ideología todavía vigente en la elaboración dogmática del derecho —hoy, en Chile y en tantos otros lugares— es la de la obediencia al derecho tal como es, aceptando la validez de la crítica moral solamente como algo externo a la ciencia del derecho y que, por lo tanto, no necesariamente afecta al comportamiento colectivo de las instituciones jurídicas y de los profesionales del derecho.

En la tradición renovada por H. L. A. Hart era corriente, además, la contraposición entre moralidad social y moralidad crítica, es decir, entre lo que la mayoría acepta como justificado y presiona para que se cumpla y lo que la razón humana —la ética racional, identifica-

7. Cf. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, trad. cast. de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993, 141-143 y 239-241.

8. Véase el caso Radbruch en la reconstrucción de un debate imaginario entre Kelsen y Radbruch por Frank Haldemann, “Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law”, *Ratio Juris*, 18, 2, 2005, 162-178.



da por entonces a menudo con alguna forma de utilitarismo— realmente logra justificar, incluso contra las creencias morales populares<sup>9</sup>. En consecuencia, se acepta que, desde el punto de vista de una moralidad crítica, lo bueno y lo malo, lo realmente justificado y lo injustificado, dependen de razones morales para la acción que son independientes de las fuentes sociales tanto de la moral social o popular como de las razones legales para la acción.

H. L. A. Hart explícitamente afirmó que su versión de teoría analítica del derecho era compatible con la afirmación de la objetividad de las razones morales para la acción<sup>10</sup>.

Antes, el influjo del positivismo clásico en las profesiones jurídicas y en la ciencia del derecho había llevado a pretender que las exigencias morales solamente podrían entrar en la deliberación de los ciudadanos y de los funcionarios en la medida en que recibieran algún tipo de reconocimiento, incorporación o positivación. Incluso un discípulo de Tomás de Aquino se vio en la necesidad de elaborar una delicada teoría de la *positivación* y *formalización* de la ley natural como medios necesarios para su vigencia histórica<sup>11</sup>. Por el contrario, los actuales iuspositivistas anglosajones, al afirmar que solamente son legales las razones para la acción con fuentes sociales, y al rechazar simultáneamente el deber de obediencia absoluta a las leyes positivas, se ven en la necesidad de reconocer la existencia de razones *no legales* para la acción, con vigencia independiente de las fuentes sociales.

Es importante observar que la tesis de la vigencia inmediata de las razones morales es una consecuencia de la restricción conceptual de la ley o el derecho a aquello que puede ser reconocido mediante el examen de fuentes sociales exclusivamente, sin necesidad de apelar a la

9. Cf. H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1963, 17 ss. y 81-83, y *The Concept of Law*, cit., 169-170.

10. Cf. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., 302 y su "Postscript" en H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2ª ed., 1994.

11. Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 7ª ed., 1993, 176-195.

argumentación moral<sup>12</sup>. En efecto, si se afirma esa tesis *positivista* y, al mismo tiempo, se pretende exigir la responsabilidad moral y política por medios jurídicos (incluso mediante castigos drásticos, como los aplicados después de la guerra o tras la caída del Muro de Berlín) y fundándola en razones *opuestas* a las legales, resulta evidente que esas razones no legales deben existir y estar vigentes con independencia de las fuentes sociales.

En consecuencia, la vigencia de las razones morales para la acción —válidas también para los jueces, funcionarios y ciudadanos— depende exclusivamente de su racionalidad y no de alguna fuente formal de promulgación. Esto, cualquiera sea el lenguaje que se utilice, equivale a afirmar la existencia de "la luz natural de la razón, por la que discernimos lo que es bueno y malo"<sup>13</sup>, dejando de lado, por cierto, la explicación última de la existencia de estas razones morales para la acción.

### 3. *La teoría de la judicación: razones legales y razones morales unidas en el razonamiento práctico jurídico*

El sentido último del positivismo jurídico clásico era asegurar el orden y la seguridad mediante la obediencia a normas comunes para todos, claramente establecidas, por encima de las diversas creencias religiosas y morales. Naturalmente, esta racionalidad interna del positivismo clásico presupone una conexión fundamental entre la descripción del derecho por la ciencia jurídica y el deber de seguirlo por parte de los ciudadanos y funcionarios, especialmente por los jueces.

12. El debate entre positivistas excluyentes —los que he descrito— e incluyentes —los que afirman que a veces puede ser necesario identificar el derecho positivo mediante argumentación moral— no es relevante para comprender el hilo de mi argumentación. Como guía básica para ese debate puede verse Kenneth Einar Himma, "Inclusive legal positivism", en Jules Coleman y Scott Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 125-165, y Andrei Marmor, "Exclusive legal positivism", en *ibid.*, 104-124.

13. *S. Th.*, I-II, 91, 2, *resp.*

No tendría sentido práctico alguno —además de ser contrario a la ideología de la separación de poderes constitucionales— escindir la teoría descriptiva del derecho respecto de la teoría normativa de la aplicación del derecho. Afirmar que, en definitiva, la conducta de los ciudadanos y la función judicial —o la función pública de otros funcionarios— debe regularse a la vez por el derecho objetivo, tal como lo describe la ciencia del derecho o la dogmática jurídica, y por una moral independiente del derecho positivo, equivale a retornar, para todos los efectos prácticos, a la *confusión* entre ley positiva y ley natural. Además, queda en agua de borrajas la supremacía de la ley positiva como norma común por encima de los desacuerdos radicales acerca del contenido de la ley natural.

Sorprende: eso es lo que ha ocurrido en la última teoría analítica del derecho.

De alguna manera estaba ya presente en afirmaciones tempranas de H. L. A. Hart. Para abordar los problemas de las leyes injustas, según Hart, “deberíamos decir: ‘Esto es derecho; pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido’”<sup>14</sup>.

Más explícita es la unidad entre derecho y moral —o entre ley positiva y ley natural: *de nominibus non est disputandum*— en autores posteriores, que terminan de separar la teoría descriptiva del derecho respecto de la teoría normativa de la judicación.

David Brink, por ejemplo, afirma que los problemas sobre la existencia de la ley válida y de sus exigencias son distintos de los problemas de judicación: “qué deben hacer los jueces”<sup>15</sup>. No se debe confundir lo que el derecho exige con lo que los jueces deberían hacer<sup>16</sup>. Él sigue la reformulación de Hart —aparentemente sin advertir el cambio operado en la interpretación de la tradición iuspositivista— y defiende un

14. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., 203.

15. David O. Brink, “Legal Positivism and Natural Law Reconsidered”, *Monist*, 68, 1985, 364–387, en 364.

16. Cf. *ibid.*, 364–365.

positivismo jurídico que significa lo siguiente como descripción de lo que puede suceder en un sistema jurídico (no de lo que debe ser):

“Los tribunales pueden adoptar coherentemente decisiones enormemente inmorales, las legislaturas pueden aprobar coherentemente leyes enormemente inmorales, y las constituciones pueden estar compuestas más o menos enteramente de cláusulas enormemente inmorales”<sup>17</sup>.

Brink pretende que esta tesis, como cuestión meramente descriptiva, es negada por la teoría de la ley natural (por cierto, igual que Hart, no ofrece citas ni menciona a los sospechosos), teoría que viene a ser refutada por el simple hecho de que “el derecho es falible”<sup>18</sup>.

Entonces, ya que el derecho positivo es falible, “surge la interesante cuestión sustantiva de si los jueces debieran siempre aplicar la ley y por ende si la decisión judicial correcta tiene que satisfacer en alguna medida significativa una moralidad política sensata o verdadera”<sup>19</sup>.

Brink califica su respuesta afirmativa como iusnaturalismo, en cuanto que apela a los factores morales como decisivos para la judicación:

“Las decisiones judiciales son actos políticos que afectan materialmente la vida de la gente y, en cuanto tales, exigen una justificación. (...) La pregunta se refiere a lo que los jueces tienen obligación de hacer consideradas-todas-las-cosas. (...) Alguien tiene una obligación consideradas-todas-las-cosas de hacer X si tiene buenas razones morales para hacer X y no tiene una mejor razón para realizar ninguna otra acción”<sup>20</sup>.

17. *Ibid.*, 370.

18. *Ibid.*, 376.

19. *Ibidem*.

20. *Ibid.*, 377.

Más interesantes y netas son las afirmaciones del más cercano discípulo inmediato de H. L. A. Hart, actualmente Profesor de Filosofía del Derecho en Oxford, Joseph Raz. Él defiende un positivismo jurídico, denominado por otros "positivismo jurídico excluyente", según el cual solamente constituyen "derecho" o son "jurídicas" aquellas razones para la acción cuya existencia y contenido pueden ser establecidos sobre la base de hechos sociales solamente, sin recurrir a la argumentación moral<sup>21</sup>. Tal es la llamada "tesis de las fuentes", que, según advierte el mismo autor, "parece compatible con los escritos de prominentes iusnaturalistas como L. Fuller (...) y John Finnis"<sup>22</sup>.

En el siguiente párrafo puede verse la apariencia de discusión meramente nominal que se nos viene encima apenas Raz separa la teoría de la judicación respecto de la teoría analítica descriptiva del derecho positivo, identificado con sus "fuentes sociales":

"No se sostiene que todas las consideraciones que los tribunales reconocen y aplican son hechos identificables sin recurrir a argumentación moral. La única pretensión es que, de entre las consideraciones que los tribunales legítimamente reconocen, solamente aquellas que se conforman a la mencionada condición son *consideraciones jurídicas*. Los tribunales actúan, y justificadamente, sobre la base de *consideraciones extra jurídicas* también"<sup>23</sup>.

Más claramente afirma Joseph Raz que, aunque todo derecho es positivo (*i.e.*, "basado en fuentes sociales"), "nada de eso repercute en lo que los jueces deben hacer, cómo deben decidir los casos"<sup>24</sup>. En efec-

21. Cf. Joseph Raz, "Postscript. Sources, Normativity, and Individuation", en *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2ª ed., 1980, 212 ss., en 212. La misma tesis ha sido expuesta posteriormente en diversos escritos, que no es necesario repasar aquí.

22. *Ibid.*, 213 n. 11. Raz se refiere a las influyentes obras de Fuller (*The Morality of Law*) y de Finnis (*Natural Law and Natural Rights*).

23. *Ibid.*, 214-215. Énfasis añadido.

24. Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2ª ed., 1995, 217.

to, "la función de los tribunales de aplicar y hacer cumplir el derecho coexiste con otras"<sup>25</sup>. Los tribunales aplican "consideraciones tanto jurídicas como no jurídicas"<sup>26</sup>.

En consecuencia, "claramente, una teoría de la judicación es una teoría moral"<sup>27</sup> y "el razonamiento jurídico es un caso de razonamiento moral"<sup>28</sup>, puesto que "las doctrinas morales se justifican solamente si se justifican moralmente, y deben ser seguidas solamente si es moralmente correcto seguirlas"<sup>29</sup>.

¿Qué más se puede pedir? Nada, solamente que se reconozca que es sustancialmente la misma idea clásica según la cual los ciudadanos, y especialmente los jueces, están ligados tanto por las leyes positivas como por la ley natural, como quiera que las denominemos.

#### 4. *Las leyes injustas no obligan moralmente: "lex iniusta non lex"*

Tomás de Aquino sintetizó la doctrina clásica de la ley natural sobre la obediencia debida a las leyes humanas acudiendo a la distinción fundamental entre leyes justas e injustas y entre situaciones en que la obediencia sirve a la utilidad común y aquellas en que, aun siendo justa la ley en general, obedecerla literalmente no es conducente al bien común, por alguna circunstancia particular. En resumen, las leyes justas obligan en general; las leyes injustas no obligan moralmente: si ordenan obrar contra el bien divino (hacer algo intrínsecamente malo) deben ser desobedecidas; si mandan padecer una injusticia, no obligan sino accidentalmente cuando sea necesario para evitar el escándalo o un desorden mayor. A su vez, incluso las leyes justas pueden no ser obligatorias en casos particulares, cuando su observancia literal dañan-

25. *Ibidem*.

26. *Ibid.*, 191.

27. *Ibid.*, 193.

28. *Ibid.*, 324.

29. *Ibidem*.

ría el bien común y no es posible obtener la dispensa de la autoridad competente<sup>30</sup>.

Esta matizada doctrina admite otros matices al aplicar los mismos principios a casos más complejos. Nos interesa, en relación con el desarrollo del positivismo jurídico anglosajón, observar que ahora se acepta la idea básica de la subordinación de lo debido según el derecho positivo a lo debido según una moral independiente de las fuentes sociales.

Nuevamente, H. L. A. Hart es el punto de partida, cuando afirma —como hemos visto— que el sentido del positivismo jurídico no era obtener la obediencia a las leyes con independencia de su justicia. En efecto, “la preocupación de los grandes gritos de batalla del positivismo jurídico” como el de Austin (“La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra”) o Kelsen (“Las normas jurídicas pueden tener cualquier clase de contenido”) era:

“promover (...), principalmente, claridad y honestidad en la formulación de las cuestiones teóricas y morales que suscitaba la existencia de leyes particulares moralmente inicuas, pero promulgadas en la forma correcta, claras en su significado, y que satisficieran todos los criterios de validez reconocidos de un sistema. Su opinión era que, al pensar acerca de tales leyes, tanto el teórico como el infortunado funcionario o el ciudadano particular llamados a aplicarlas u obedecerlas, sólo podrían verse confundidos por una invitación a negarles el título de ‘derecho’ o ‘válido’. Estos pensadores pensaban que, para afrontar estos problemas, había disponibles recursos más francos, más simples, los cuales destacarían mucho mejor todas las consideraciones intelectuales y morales relevantes. Deberíamos decir: ‘Esto es derecho; pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido’”<sup>31</sup>.

30. Cf. *S. Th.*, I-II, 96, 4 y 6, y II-II, 60, 5 y 120, 1-2.

31. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., 203.

Consideremos ahora lo que nos dicen dos defensores actuales del positivismo jurídico, Joseph Raz y Matthew Kramer, Profesor de Teoría del Derecho en Cambridge.

Joseph Raz, ahora en las antípodas del positivismo jurídico ideológico, niega que exista una obligación moral general de obedecer el derecho positivo (sea justo o injusto): “no hay obligación de obedecer la ley”<sup>32</sup>. La tesis parece contraria a Tomás de Aquino, quien afirmaba la obligación general de obedecer las leyes justas. Sin embargo, un examen más cercano revela que no hay tal contradicción, a pesar de la distancia cultural y temporal. Raz, en efecto, niega “la obligación de obedecer la ley”, pero definida de la siguiente manera:

“La obligación de obedecer la ley es una obligación *general* que se aplica a *todos los súbditos* de la ley y a *todas las leyes en todas las ocasiones* a las que ellas se aplican”<sup>33</sup>.

Puesto que tal “obligación general” no ha sido nunca defendida por Tomás de Aquino o sus seguidores, estamos solamente ante un cambio en el orden de la explicación. El Teólogo afirma que existe una obligación de obedecer solamente las leyes justas, tanto por su contenido de derecho natural como por su contenido de derecho positivo útil al bien común; de manera que no existe obligación de obedecer las leyes injustas ni las leyes justas cuando la necesidad en el caso particular —por utilidad o por *epieikeia*— exija apartarse de ellas.

El filósofo de Oxford, en cambio, observa que no existe obligación general de obedecer el derecho positivo (la conclusión de Tomás de Aquino); pero que, “si un sistema jurídico es moralmente bueno entonces contiene leyes moralmente buenas y éstas son a menudo leyes que prescriben conductas que son moralmente obligatorias independientemente del derecho (e.g., que prohíben el homicidio, la violación, la calumnia . . .)”<sup>34</sup>. Tal es el contenido de derecho natural en el derecho

32. Joseph Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979, 233.

33. *Ibid.*, 234. Énfasis añadidos.

34. *Ibid.*, 245.

positivo, o, según otra forma clásica de decirlo, el derecho positivo derivado por conclusión del derecho natural<sup>35</sup>.

Respecto de las leyes injustas, el pensamiento de Raz es claro acerca de los jueces y, *a fortiori*, de los ciudadanos: "A veces los tribunales deben decidir los casos no de acuerdo con la ley *sino contra ella*. La desobediencia civil, por ejemplo, puede ser el único curso de acción moralmente aceptable para los tribunales"<sup>36</sup>.

Matthew Kramer, por su parte, en un libro titulado "En Defensa del Positivismo Jurídico", después de definir la tesis *positivista* como que "las normas aplicadas por un sistema jurídico pueden ser perversas en su contenido o en sus efectos"<sup>37</sup>, sostiene que "el *mero estatus* de las normas como leyes no impone ninguna obligación moral, ni siquiera obligaciones morales *prima-facie*, a la gente cuyas vidas son reguladas por las normas"<sup>38</sup>, y que "el *mero estatus* de las normas como leyes no confiere ninguna legitimidad moral, ni siquiera legitimidad moral *prima-facie*, a la imposición de las normas por los funcionarios"<sup>39</sup>.

En particular, sobre las leyes injustas afirma lo siguiente:

"Cuando las normas aplicables son sustancialmente muy malas, cualquiera llamado a imponerlas tendrá un deber moral de comprometerse en desviaciones benevolentes respecto de los dictados de las normas. Lejos de ser obligatoria y legítima *prima-facie*, una práctica de estricta imposición de las normas perversas es una violación paradigmática del deber moral de un funcionario"<sup>40</sup>.

35. Cf. *S. Th.*, I-II, 95, 2.

36. Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, cit., 312.

37. Matthew H. Kramer, *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings*, Oxford University Press, Oxford, 1999, 2.

38. *Ibid.*, 23. Énfasis añadido.

39. *Ibidem*. Énfasis añadido.

40. *Ibid.*, 26.

De acuerdo con renombrados defensores actuales del positivismo jurídico analítico, las normas injustas no constituyen derecho moralmente aplicable, aunque sean derecho para los efectos de la mera descripción del sistema jurídico cuyas fuentes sociales crean esas normas. Esta conclusión fue resumida en el adagio antiguo *lex iniusta non lex*, que no niega sino que presupone la existencia de la ley injusta, su validez en sentido positivo o intrasistemático como un dato previo al juicio sobre su validez en sentido definitivo, normativo consideradas-todas-las-cosas, o plenamente jurídico de una manera que determine el resultado de un juicio público<sup>41</sup>.

##### 5. Epílogo: una nueva teoría jurídica para el siglo XXI

Una trampa se esconde en esta evolución de la *jurisprudencia analítica*. Por una parte, durante siglos los autores liberales y los negadores del derecho natural dieron prioridad al derecho positivo y a las normas comunes por encima de las diversas convicciones morales. Era —decían y nos siguen diciendo tantas veces— la única forma de evitar las guerras de religión, la violencia de quienes quieren imponer sus propias convicciones. De esta manera, neutralizaban en la arena pública a los defensores de los contenidos tradicionales del derecho natural.

Las cosas cambian tan pronto esos autores se encuentran en posesión de la moral dominante. Entonces perciben de nuevo las ventajas de que todos se sometan no solamente al derecho, sino también a la moral —a la nueva moral—, y que incluso los apartamientos ocasionales del nuevo orden moral sean desconocidos por los ciudadanos y por los funcionarios. Dicho con otras palabras, una vez que el contenido social de lo que se estima como derecho natural —cualquiera sea el nombre que se le dé— ha sido transformado, ya se puede volver tranquilamente a la tesis clásica de que el sistema jurídico consta tanto de elementos naturales o morales como legales o positivos y de que éstos deben supeditarse a aquéllos.

No obstante, más allá de la trampa, que nos recuerda la necesidad ineludible de la lucha por el contenido social de lo que se estima

41. Cf. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cit., 351-368.

como derecho natural —una lucha política y jurídica interminable: en esto nunca habrá paz—, la recuperación de la correcta visión estructural sobre la naturaleza del derecho y de su relación con la moral racional ha de ser bienvenida como un verdadero progreso. Este progreso exige sacar algunas consecuencias que los autores de la teoría analítica del derecho no han querido sacar. La primera es que la ciencia práctica del derecho, si realmente ha de servir a los jueces y profesionales del derecho para arribar a los juicios justos —los únicos a los que, como hemos visto, se debe arribar—, debe incorporar reflexiones morales o de derecho natural. Los aspectos descriptivos son solamente subsidarios de la exposición práctica completa, que exige ofrecer recomendaciones de interpretación y de aplicación que estén conformes con una moral sana o verdadera.

En segundo lugar, es necesario abandonar el relativismo y el escepticismo éticos, que hacen superfluas las discusiones racionales sobre lo que es realmente debido desde el punto de vista moral. En efecto, si la ciencia jurídica práctica debe contener simultáneamente afirmaciones morales y ayudar a dirigir la acción en el campo jurídico, o se avanza en la clarificación objetiva de las exigencias éticas o toda la ciencia jurídica se convierte en subjetiva y en mera máscara de la voluntad de dominio.

Finalmente, la teoría general del derecho y la filosofía del derecho no podrán concebirse ya como disciplinas completamente separadas, una ocupada de la descripción y de la elucidación de los conceptos generales y la otra de los problemas sustantivos y axiológicos. Todas las reflexiones generales sobre el derecho —llámense “teoría” o “filosofía”— deben abordar los problemas y los conceptos sin cercenar de ellos los aspectos conflictivos, en los que se dan discrepancias morales y religiosas, como si no hubiera discrepancias igualmente difíciles —o insolubles, si se quiere— en relación con las cuestiones meramente conceptuales, descriptivas y supuestamente más “objetivas”.

## ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LÓGICA FORMAL (A propósito de *De la argumentación*, de Emilio Rivano, y de *The uses of argument*, de Stephen Toulmin) \*

MANUEL MANSON

1. Una argumentación relativa a situaciones reguladas por normas determinadas se distingue, sin duda, de otra que verse sobre hechos físicos o biológicos, en razón de las diferentes materias; pero una y otra pueden presentar una forma común, que determine la validez lógica de los argumentos respectivos y garantice conclusiones ‘contenidas’ en las premisas.

Mas Emilio Rivano —quien en *De la argumentación* (Bravo y Allende, Santiago, 1999) denomina “lógica factual” al “análisis de los textos argumentativos a partir del modelo de Toulmin”, debido, según dice, “a la prevalencia que aquí tienen los ‘Datos’ y el ‘Apoyo’ del argumento, categorías que nos remiten a la dimensión de los hechos” (p. 37)—, afirma (p. 33):

La conclusión no aparece como algo ya contenido en las premisas, sino como algo con valor práctico, informativo; un aporte con sentido, no una mera tautología o redundancia.

\* Texto correspondiente al capítulo 17 de *Argumentación, razón y derecho* (Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago, 2006).