

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 2007

PONENCIAS EN
SANTIAGO II

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 25 / 2007



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2007

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 25
2007

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 Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, del Mar y La República.

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

2007

PONENCIAS EN SANTIAGO II

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2006 - 2008)

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 el número 25 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2007, el cual contiene la totalidad de las ponencias hechas en comisiones con ocasión de la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía Jurídica y Social. Las ponencias se presentan según orden alfabético de sus autores.

Dicha Jornada tuvo lugar en 2006, en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y fue precedida, en 2004, por la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires.

El número 24 de nuestro *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reprodujo la ponencia inaugural de la mencionada primera Jornada, así como las 12 ponencias que fueron hechas en sus sesiones plenarias. En ese mismo número 24 se contienen las nuevas normas editoriales del Anuario.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social agradece a la Universidad Diego Portales por haber acogido la Jornada cuyas ponencias se presentan en este volumen. Agradece, asimismo, a las facultades de derecho del país que colaboraron con el presente número de nuestro Anuario, en especial a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, *Edeval*, fue impresa esta obra.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS EN COMISIONES

RAWLS, JOHN. *A theory of Justice*. (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971). *Una teoría de la Justicia*. Segunda edición en español. Fondo de cultura económica. México. Ciudad de México, D.F., 1995.

RAWLS, JOHN. *El liberalismo político*. Ed. Grijalbo Mondadori, S.A. Barcelona, España. 1996.

RAWLS, JOHN. *Distributive Justice*, E.S. Phelps (ed.), Economic Justice, Penguin Books, Harmondsworth & Baltimore, 1973. Refundición de los artículos publicados en 1967 y 1968 con el mismo título. "Justicia Distributiva". Traducción del Centro de estudios públicos. Santiago de Chile. Revista de Estudios Públicos, N° 24, 1986.

RAWLS, JOHN. *Justice as fairness: Political not metaphysical*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985.

SOBRE LA (IRRELEVANTE) DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

FRANCISCO SAFFIE G. *

Perhaps a great deal of time has been wasted
Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, 2006.

En esta ponencia pretendo mostrar lo irrelevante que se torna la distinción entre principios y reglas cuando comprendemos el sentido que ésta tuvo en la crítica de Dworkin al positivismo jurídico analítico para, con posterioridad, dejar en evidencia algunos de los peligros que acarrea una concepción del derecho que se funda en esta distinción.

Para ello, he dividido la argumentación en tres partes. En la primera, volveré a revisar los presupuestos de la distinción lógica entre reglas y principios presentada por Dworkin en *The Model of Rules* hace casi cuarenta años. En la segunda parte, examinaré lo irrelevante que se tornan las respuestas positivistas que ven en los principios el centro de la crítica de Dworkin, cuando pierden de vista el argumento principal. Para ello será necesario revisar el estado en que se encuentra la crítica dworkiniana. Finalmente, intentaré mostrar los riesgos que para

* Profesor de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Quiero agradecer a Fernando Atría el tiempo que destinó para leer y comentar una versión preliminar de este trabajo. Los errores que puedan quedar en el argumento son sólo de mi responsabilidad.

el derecho moderno significan las concepciones del derecho que se fundan una distinción irrelevante.

1. Nuevamente sobre la distinción entre reglas y principios

Hace ya casi cuarenta años, Ronald Dworkin comenzó su crítica al positivismo jurídico analítico, en particular a la concepción del derecho de H. L. A. Hart por considerarla la mejor versión disponible. Esta primera formulación se centró en resaltar la insuficiencia de la tesis de las fuentes para reconocer que en todo sistema jurídico existen ciertos estándares normativos a los que los jueces recurren para decidir un caso concreto, aun cuando esos estándares no han sido reconocidos institucionalmente con anterioridad a la decisión del caso en cuestión¹. A estos estándares normativos, que se distinguen de las reglas jurídicas reconocidas según la tesis de las fuentes, los denominó principios jurídicos².

La distinción entre principios y reglas desarrollada por Dworkin pretendía ser una mejor explicación de la práctica argumentativa que abogados y jueces realizan cuando se enfrentan a un caso difícil.

Un principio es un “estándar que debe ser observado [...] porque es un *requerimiento de justicia, imparcialidad o alguna otra dimensión moral*”³. A juicio de Dworkin esta es la clase de estándar que utilizaron los jueces que resolvieron en *Riggs v. Palmer*. En el tantas veces

1. Vid. Dworkin, R.: “The model of rules”, en 35 *University of Chicago Law Review* (1967) y Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977), Capítulo 2.

2. Dworkin distinguió, junto con los principios jurídicos como estándares normativos distintos de las reglas, la existencia de otros estándares que denominó *policies* o directrices políticas. Para los efectos de este trabajo no es necesario profundizar acerca de las características y la crítica que hace Dworkin a la posibilidad de que los jueces ejerzan su discreción en los casos difíciles aplicando directrices políticas. Véase a este respecto, Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977), Capítulo 4.

3. Dworkin, *op. cit.* en n. 2, p. 22. Destacado agregado. Aquí en adelante, en todas las citas de ediciones de libros en inglés, la traducción es mía.

citado caso, se debía decidir si el nieto heredero testamentario podía recibir la herencia a pesar de haber envenenado a su abuelo. Si bien la aplicación estricta de la ley (de las reglas) confería la propiedad sobre la herencia al nieto, los jueces decidieron que no podía heredar, considerando que “todas las leyes al igual que todos los contratos pueden ser controlados en su operación y sus efectos por máximas generales, fundamentales del *common law*. A nadie le está permitido aprovecharse de su propio dolo, o sacar ventaja de su propio error, o [...] fundar cualquier pretensión en su propia inequidad, o [...] adquirir propiedad a través de un crimen”⁴.

Según Dworkin la diferencia entre principios y reglas es lógica, esto es, se distinguen por el tipo de razonamiento que un operador jurídico debe efectuar al momento de aplicarlos. Las reglas son aplicadas en forma de “todo o nada. Si se presentan los hechos establecidos en la regla, [...] la respuesta que entrega debe ser aceptada, [si no se presentan] no aporta nada a la solución del caso”⁵. En otras palabras, las reglas responden al ideal de la subsunción, según el cual, concurriendo los presupuestos fácticos de la norma jurídica o presupuesto de hecho, no cabe sino concluir en la forma establecida en dicha regla.

Los principios, a diferencia de las reglas, tienen una “dimensión de peso o importancia”⁶. Cuando dos principios están en contradicción, aquél que debe resolver el conflicto debe tomar en consideración el peso relativo de cada uno de ellos. Debe preguntarse cuál de los principios en conflicto tiene un mayor peso relativo para resolver el caso en cuestión, lo que no implica descartar la aplicabilidad de un principio en el caso que debe resolverse. Los conflictos entre principios “[...] se resuelven sobre la base de la ‘dimensión del peso’, es decir, sobre la base de la relevancia y el valor que se les asigna a cada uno con respecto al otro, cuando se aplican en la práctica”⁷. Esto implica necesariamente

4. 115 N.Y.P. 511, 22 N.E. en 190 (1889). Citado por Dworkin, *op. cit.* en n. 2, p. 23.

5. *Ibid* 24.

6. *Ibid* 26.

7. Tolonen, H.: “Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho y política”, en Aarnio, A., E. Garzón Valdés y J. Uusitalo (eds): *La Normatividad del Derecho* (Barcelona: Gedisa, 1997), p. 71.

que el adjudicador realiza un acto de ponderación, puesto que la dimensión de peso no es “una medida exacta, y el juicio que un determinado principio [...] es más importante que otro, será usualmente una cuestión controvertida”⁸.

Las reglas en cambio no tienen esta dimensión de peso. Sí pueden haber reglas que sean más importantes que otras en términos funcionales, pero eso no quiere decir que la regla funcionalmente más relevante deba aplicarse por sobre una funcionalmente menos relevante. En caso de conflicto de reglas, por el contrario, sólo una de ellas puede ser aplicada. “La decisión de cuál de esas reglas [es aplicable], debe hacerse apelando a consideraciones que están fuera de la regla misma. Un sistema legal puede regular esos conflictos por otras reglas, que hagan preferir la regla establecida por la autoridad superior, o la regla establecida con posterioridad, o la regla más específica o algún criterio de ese tipo. [Incluso] un sistema jurídico puede preferir la regla sustentada por los principios más importantes”⁹.

La distinción lógica entre reglas y principios, ha sido caracterizada por Aulis Aarnio como la tesis de la demarcación fuerte para la que la diferencia entre principios y reglas es cualitativa. “[L]a tesis de la demarcación fuerte está basada en el concepto wittgensteniano de regla: las reglas se siguen o no. [P]ueden compararse con las vías del

8. Dworkin, *op. cit.* en n. 2, p. 26. En este mismo sentido, para Alexy “...los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan”. Según Alexy, los principios son mandatos de optimización (las reglas en cambio, mandatos definitivos), por lo tanto, “...normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por las reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos”. Alexy, R.: *El Concepto y la Validez del Derecho* (Barcelona: Gedisa, 2004), p. 162.

9. Dworkin, *op. cit.* en n. 2, p. 27. *vid.* Tolonen: *op. cit.* en n. 7. Para los criterios de resolución de antinomias *vid.* por todos, Bobbio, N.: *Teoría General del Derecho* (Debate: Madrid, 1999), Capítulo III, pp. 189 ss. En la literatura nacional, *vid.* Bascañán Rodríguez, A.: “El principio de la distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas”, en número especial *Revista Chilena de Derecho* (1998), pp. 34 ss.

tren [...]. No hay una tercera alternativa. Esto se aplica a todas las reglas y, por lo tanto, también a las reglas jurídicas[...].”¹⁰.

Ahora bien, ¿cómo determinar cuándo un estándar normativo es una regla o un principio? Sabemos que la determinación de si estamos frente a una regla o un principio no depende de la formulación lingüística en que se expresan las normas jurídicas. En la mayoría de los casos, por el contrario, la formulación lingüística del estándar jurídico no nos permite determinar si la norma en cuestión es una regla o un principio.

“‘Un testamento es inválido a menos que esté firmado por tres testigos’ no es muy distinto en cuanto a su forma que ‘Nadie puede aprovecharse de su propio dolo’, pero alguien que sabe algo de Derecho [estadounidense] sabe que tiene que considerar que la primera establece una regla y que la segunda establece un principio”¹¹.

Alguien podría contestar que el mismo Dworkin sugiere revisar la forma del estándar jurídico, cuando nos dice que “algunas veces una regla y un principio pueden tener el mismo rol, y la diferencia entre ellos es una cuestión solamente de forma”¹². Pero esta respuesta es incorrecta porque se olvida de la primera parte de la cita, en donde creo se encuentra el énfasis de la distinción, *algunas veces una regla y un principio pueden tener el mismo rol*¹³.

Lo relevante para la identificación de los casos en que las reglas y los principios tienen el mismo rol, está en la labor interpretativa de los conceptos abstractos (y no en la simple observación de las formas) contenidos en muchos estándares normativos, tales como ‘razonable’, ‘ne-

10. Aarnio, A.: “Las reglas en serio”, en Aarnio, A., E. Garzón Valdés y J. Uusitalo (eds): *La Normatividad del Derecho* (Barcelona: Gedisa, 1997), p. 17. Para revisar el concepto de regla para Wittgenstein, *vid.* Wittgenstein, L.: *Investigaciones Filosóficas* (Unam/Critica: Barcelona, 2002), § 143 ss. y *Los Cuadernos Azul y Marrón* (Tecnos: Madrid, 2001) esp. Cuaderno Marrón, pp. 111 ss.

11. Dworkin, *op. cit.* en n. 2, p. 27. Destacado agregado.

12. *Ibid.*

13. *Vid.* Saffie G., F.: “Reglas y principios”, de próxima publicación en *Revista de Estudios de la Justicia*.

gligente', 'injusto', lo que hace que "la aplicación de la regla que los contiene dependa en algún grado de los principios [...] que subyacen a la regla, y en este sentido hacen que la regla misma se parezca más a un principio"¹⁴.

Dejemos hasta aquí la revisión de la distinción lógica entre reglas y principios que propuso Dworkin. Veamos ahora las respuestas que se formularon desde el positivismo jurídico.

2. Las respuestas a Dworkin desde el positivismo analítico

El positivismo decidió enfrentar a Dworkin. Sin embargo, no unió fuerzas y buscó caminos y estrategias distintas, según Fernando Atria estas estrategias dieron lugar a una disputa de familia entre los positivistas, definiendo dos grupos habitualmente denominados "excluyentes" (o fuertes) e "incluyentes" (o débiles)¹⁵. Los fuertes decidieron excluir a Dworkin, mientras que los débiles optaron por buscar la forma de incluirlo. Según los excluyentes los principios no son derecho válido porque no están basados en fuente alguna. Para los incluyentes, en cambio, los principios pueden ser parte del derecho por ser substantivamente válidos pese a no ser formalmente válidos.

Joseph Raz lideró la respuesta de los fuertes o excluyentes, resaltando la importancia que tiene para la autoridad del derecho, que a juicio de Raz es su característica central, la tesis de las fuentes sociales. Según esta tesis, "[e]l derecho surge de las fuentes jurídicas si su existencia y contenido pueden identificarse por referencia *únicamente* a hechos sociales, sin recurso a argumento evaluativo alguno"¹⁶.

Según Raz, el derecho se caracteriza por estar dotado de autoridad práctica legítima. Práctica porque sus órdenes "constituyen razones para la acción de sus súbditos"¹⁷, y legítima ya que la efectividad en

14. Dworkin, *op. cit.* en n. 2, p. 28.

15. Vid. Atria, F.: "La ironía del positivismo jurídico", en 27 *DOXA* (2004), pp. 81 ss.

16. Raz, J.: *La Ética en el Ambiente Público* (Gedisa: Barcelona, 2001), p. 228. Destacado agregado.

17. *Ibid* 229.

la imposición de su voluntad sobre cierto número de personas surge de su reconocimiento como autoridad por los propios gobernados. Es característico además de esta clase de autoridad que sus órdenes sean concebidas como órdenes perentorias, dotadas de fuerza coercitiva.

La fuerza de las órdenes de la autoridad como razones para la acción se encuentra en su legitimidad, ya que ésta implica que los gobernados están de acuerdo en entregarle la reflexión de algunas razones que confluyen en la decisión final que determinará la acción a seguir. Por ello, la orden de la autoridad debe "reflejar las razones que se aplican" a sus destinatarios. Para que esta orden sea efectiva, es necesario que reemplace a las razones de las que depende. Esta exclusión o desplazamiento de las razones de las que depende la orden de la autoridad le da su carácter "excluyente"¹⁸.

En resumen, la concepción de la autoridad de Raz está formada por tres tesis:

La tesis de la dependencia: Todas las instrucciones dotadas de autoridad deben basarse, entre otros factores, en razones que se apliquen a sus destinatarios, y que sean aplicables a las circunstancias que la orden prevé. [Estas son las] razones dependientes....

La tesis de la justificación normal: La manera normal y primaria de establecer que debe reconocerse la autoridad de una persona sobre otra implica la demostración de que el supuesto gobernado probablemente cumplirá mejor con las razones que se le aplican (distintas a las supuestas órdenes dotadas de autoridad) si se acepta las órdenes de la supuesta autoridad como obligatorias y autoritativas, e intenta cumplirlas que si intentara seguir las razones que se le aplican en forma directa.

La tesis de la exclusividad: El hecho de que una autoridad exija el cumplimiento de un acción constituye una razón para su cumplimiento que no debe agregarse a todas las demás razones relevantes al momento de evaluar qué hacer, sino que debe reemplazar a algunas de ellas"¹⁹.

18. *Ibid.*

19. *Ibid* 231.

La interrelación entre estas tres tesis le permite explicar a Raz su concepción de la autoridad como "servicio". El acuerdo de los gobernados de reconocer la existencia de la autoridad se presenta si se cumplen las condiciones de la tesis de la justificación normal, mientras que las otras dos tesis explican el hecho de que "las autoridades *median* entre las personas y las razones correctas que se les aplican [...]. Las personas, por su parte, aceptan las indicaciones de la autoridad... El papel mediador de la autoridad no puede cumplirse si sus gobernados no guían sus acciones por sus instrucciones, y no por las razones de las cuales se supone que dependen"²⁰.

De esa forma, a juicio de Raz la tesis de las fuentes se encarga de determinar "la naturaleza y los límites del derecho" y no guarda relación con lo "que los jueces deberían hacer, o cómo deberían resolver los casos"²¹.

La importancia de la tesis de las fuentes está en "[l]a revelación que incorpora [...], en la importancia de la distinción entre las consideraciones morales (válidas o inválidas) que han recibido un apoyo público dotado de autoridad, y aquéllas que no"²². De esta forma, además de ser necesaria para comprender la función mediadora de la autoridad, la tesis de las fuentes permite entender y no negar la función creadora de derecho de los jueces y aclarar los límites del derecho, que es aquello que permite identificar hasta donde llega el derecho y comienza la moral.

Según Raz, la actividad reformadora de los jueces es parcial (por las consideraciones del caso particular) y limitada (por las oportunidades en que deben resolver), conforme a lo que denomina la lógica interna del derecho, esto es, la estructura del sistema jurídico.

Así, el grado de discrecionalidad otorgado a los jueces y la posibilidad de que éstos recurran en mayor o menor medida a la moral para crear derecho es una cuestión contingente, que dependerá de las espe-

20. *Ibid* 232.

21. *Ibid* 252.

22. *Ibid* 271.

ciales características de cada sistema jurídico y, en especial, de las características de sus poderes delegados dirigidos.

"[E]s un hecho necesario que los tribunales tienen poderes para crear derecho, también es un hecho universal que al ejercitarlos basan sus acciones en tendencias morales y políticas, y que la ley los orienta hacia ello"²³.

Raz cree posible que la tesis de las fuentes sociales dé cuenta de la existencia de los principios jurídicos, siempre que sean reconocidos a través de una decisión autoritativa de alguna de las fuentes sociales del derecho. "Los principios jurídicos pueden ser válidos precisamente en la misma forma en que lo son las reglas. Pueden, por ejemplo, ser establecidos en la constitución o en un *statute*"²⁴, lo que también ocurre a través de las decisiones judiciales, haciéndolos indistinguibles de las reglas. La diferencia respecto de las reglas radica en que cuando son los jueces los que los aplican, su fundamento de validez radica en que "se vuelven obligatorios transformándose en costumbre judicial. Son parte del derecho porque son aceptados por las cortes, no porque sean válidos de acuerdo a la regla de reconocimiento"²⁵.

Para los duros, en suma, si el positivismo jurídico pretende explicar la autoridad práctica legítima que caracteriza al derecho debe reconocer como estándares normativos sólo aquellos que están basados en fuentes sociales. Según la tesis de las fuentes, la "existencia y contenido [del derecho] puede identificarse por referencia únicamente a hechos sociales, sin recurso a argumento evaluativo alguno"²⁶. De esta forma, no son normas jurídicas, mientras no sean reconocidos a través de alguna fuente social, aquellos estándares cuya validez depende del cumplimiento de ciertos criterios morales o aquellos que hacen referencia a criterios morales.

23. *Ibid* 276.

24. Raz, J.: "Legal principles and the limits of law", en Cohen, M (ed): *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence* (London: Duckworth, 1983), pp. 79-80.

25. *Ibid* 80.

26. Raz, *op. cit.* en n. 16, p. 228.

Los blandos, sin un líder exclusivo, decidieron buscar la forma de incluir a Dworkin. Moreso y Vilajosana han caracterizado la tesis del positivismo jurídico incluyente como aquella en que “[l]a determinación de aquello que el derecho es *no necesita* depender de su adecuación a la moralidad”²⁷.

Según esta tesis, “la validez de las normas puede depender de su validez moral de un modo contingente: si existen preceptos jurídicos que incorporan conceptos morales o que requieren de la argumentación moral para ser aplicados, entonces la validez jurídica de algunas normas depende de su adecuación a la moralidad; si no existen dichos preceptos jurídicos entonces la validez jurídica no depende de la moralidad”²⁸.

José Juan Moreso, cree que el positivismo jurídico incluyente permite “dar cuenta de determinados rasgos de los ordenamientos jurídicos de las democracias constitucionales contemporáneas. Un rasgo central de la cultura jurídica presente en dichas democracias es lo que se denomina ‘constitucionalismo’. [El constitucionalismo implica] que las constituciones de dichos ordenamientos jurídicos incluyen constantes remisiones a estándares de moralidad”²⁹.

A juicio de Moreso, el positivismo jurídico incluyente es la única versión plausible del positivismo jurídico como concepción del derecho. “[É]ste es el único modo de dar cuenta de dos rasgos de los ordenamientos jurídicos contemporáneos que [...] parecen indiscutibles: por una parte, que la existencia del derecho depende de una determinada práctica social [...] y, por otra parte, que el razonamiento moral forma parte de los procesos de identificación y aplicación de los sistemas jurídicos contemporáneos. Podemos denominar el primer rasgo la

27. Moreso, J.J. y J.M. Vilajosana: *Introducción a la Teoría del Derecho* (Marcial Pons: Madrid, 2004), p. 199.

28. *Ibid.*

29. Moreso, J.J.: “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, en Navarro, P. y M.C. Redondo (eds): *La Relevancia del Derecho* (Barcelona: Gedisa, 2002), pp. 93-4. En el mismo sentido, *vid.* Moreso, J.J. y J.M. Vilajosana, *op. cit.* en n. 27, p. 199.

tesis de las fuentes sociales del derecho y al segundo *la tesis del incorporacionismo*”³⁰.

Según Moreso el positivismo jurídico incluyente entiende de la siguiente forma las tesis hartianas:

“*La tesis de las fuentes sociales del Derecho*: la existencia y contenido del Derecho de una determinada sociedad dependen de un conjunto de hechos sociales, es decir de un conjunto de acciones de los miembros de dicha sociedad, que contingentemente pueden apelar a determinados estándares morales convirtiéndolos así en jurídicamente válidos.

La tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral: No es necesariamente el caso que la adecuación a la moralidad de determinadas normas sea condición de su validez jurídica.

La tesis de los límites del derecho o de la discreción judicial: Algunas veces (aunque no siempre) en las que el Derecho apela a la moralidad, determina de esta manera la calificación normativa de las acciones y, en dichos casos, no concede a los jueces discreción”³¹.

No es posible en esta oportunidad desarrollar con detalle cada una de las críticas que pueden formularse a estas tesis³². Sin embargo, me interesa observar como en el camino los positivistas se olvidaron del objetivo principal y se concentraron en una distinción que es irrelevante frente a la crítica dworkiniana.

Dworkin elaboró completamente por primera vez su concepción del derecho en *Law's Empire*. Y lo interesante es que en ese libro la distinción entre reglas y principios dejó de ser una cuestión central del argumento y sólo recurrió a ella para ejemplificar casos de adjudicación que permitían mostrar lo útil de su concepción, pero no ya como una cuestión lógica, sino como una cuestión interpretativa.

En *Law's Empire* Dworkin presentó su concepción del derecho como integridad. Según ésta, el derecho es una práctica argumentativa

30. Moreso, J.J.: “A brilliant disguise: entre fuentes y lagunas”, en Atria, F., E. Bulygin, J.J. Moreso (et. al.): *Lagunas en el Derecho* (Marcial Pons: Madrid, 2005), pp. 186-7.

31. Moreso, *op. cit.* en n. 29, p. 95.

32. Para revisar una aguda crítica a estas tesis, *vid.* Atria, *op. cit.* en n. 15.

social en la que debe determinarse lo que cuenta como un bien o un mal argumento dentro de la misma y no un concepto que debe ser identificado siguiendo ciertas reglas que definen lo que debe entenderse como derecho.

La actitud interpretativa que supone esta concepción del derecho tiene dos componentes: 1º) la práctica además de existir tiene valor, “sirve para algún interés o propósito o refuerza algún principio, en resumen, tiene un fin, que puede ser identificado con independencia de la mera descripción de las reglas que definen la práctica”³³, y 2º) los requerimientos que la práctica establece no son necesarios o exclusivamente los que siempre se han entendido que le pertenecen, sino que pueden variar porque son sensibles a su fin, “de manera que las reglas estrictas deben ser entendidas o aplicadas o modificadas o calificadas o limitadas por ese fin”³⁴.

En este sentido, que el derecho sea una práctica social interpretativa supone que la interpretación del mismo “aspira a interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ellos, en lugar de lo que las personas hablan, como en la interpretación que tiene lugar en la conversación, o de eventos no creados por personas, como en la interpretación científica”³⁵.

Los participantes de la práctica intentan “imponer significado a la institución —para verla en su mejor representación— y luego reconstruirla a la luz de ese significado”³⁶.

Esto no quiere decir que se desconozca la existencia del derecho, en este sentido el derecho como integridad es diferente y crítico de las concepciones escépticas. “[E]l derecho como integridad acepta en forma sincera el derecho y los derechos. Supone que el derecho beneficia a la sociedad [...] asegurando una especie de igualdad entre los ciudadanos que hace a esa comunidad más genuina y mejora la justifi-

33. Dworkin, R.: *Law's Empire* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986), p. 47.

34. *Ibid.*

35. *Ibid.* 50.

36. *Ibid.* 47.

cación moral del ejercicio del poder político que realiza. [...] Los derechos y responsabilidades que provienen de decisiones pasadas cuentan como derecho, no sólo cuando son explícitas en cuanto a estas decisiones, sino también cuando se siguen de principios morales individuales y políticos que las decisiones explícitas presuponen como justificación”³⁷.

Pese al esfuerzo de Dworkin en formular la concepción del derecho como integridad, la distinción instrumental entre reglas y principios siguió siendo más fuerte e hizo olvidar la importancia de la idea de interpretación de una práctica social que tiene fines para los que fue establecida. Hace poco Dworkin ha vuelto a la carga. Esta vez para poner en claro que “lo importante [...] es sí y cómo la moral es relevante para decidir qué proposiciones acerca del derecho son verdaderas, no la forma en que etiquetamos los principios morales que consideramos relevantes”³⁸.

Dworkin asume parte de responsabilidad en el desplazamiento de la discusión hacia cuestiones irrelevantes, a pesar de que a su juicio había advertido ya hace casi cuarenta años su error y aclarado su punto. En 1977 Dworkin decía cuando respondía algunas críticas en *Taking Rights Seriously*,

“Mi punto no era que ‘el derecho’ contiene un número fijo de estándares, algunos de los cuales son reglas y otros principios. Es más, me quiero oponer a la idea de que ‘el derecho’ es un set fijo de cualquier clase de estándares. Mi punto era en realidad [en *The Model of Rules I*] que un resumen certero de las consideraciones que los abogados deben tener presente, al decidir una cuestión particular acerca de derechos y deberes legales, debería incluir proposiciones que tienen la forma y la fuerza de principios, y que los mismos jueces y abogados, al justificar sus conclusiones, a menudo utilizan proposiciones que deben ser entendidos de esa forma. Nada en esto, creo, me compromete con una ontología jurídica que asume una teoría particular de individualización”³⁹.

37. *Ibid.* 95-6.

38. Dworkin, R.: *Justice in Robes* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006), pp. 4-5.

39. Dworkin, *op. cit.* en n. 2, p. 76.

En *Justice in Robes* Dworkin reconstruye el argumento que comenzó a fines de los sesentas. Recordemos, en *Taking Rights Seriously* argumentó que el positivismo analítico distorsionaba lo que en la práctica hacían abogados y jueces en sistemas legales contemporáneos, entregando una explicación inadecuada de esas prácticas. En *Law's Empire* ofreció una explicación de por qué los positivistas analíticos cometían ese error. A su juicio el problema se encontraba en que los positivistas analíticos asumían que todos los conceptos son categoriales y que el análisis adecuado del concepto doctrinal de derecho (el derecho que existe en un determinado lugar y está orientado a un fin) supone mostrar los criterios que los abogados comparten para decidir si las proposiciones acerca del derecho son verdaderas. Llamó a este error el aguijón semántico y ofreció como alternativa un análisis del derecho como un concepto interpretativo (“conceptos que nos animan a reflexionar y contrastar lo que requiere una práctica que hemos construido”⁴⁰)⁴¹.

Dworkin hace un último esfuerzo por replantear la cuestión que es relevante, utilizando conceptos de filosofía del lenguaje mejorados. El verdadero problema del aguijón semántico, dice, radica en “asumir que todos los conceptos dependen de una práctica lingüística convergente [...]: una práctica que delimita la extensión de los conceptos ya sea a través de criterios compartidos de aplicación o atachando el concepto a una clase natural determinada”⁴².

3. Los riesgos de fundar una concepción del derecho en una distinción irrelevante

Sabemos pues que el desafío de Dworkin no ha sido contestado. Esta no será la oportunidad de contestarle. Me interesa, en cambio, mostrar los peligros que surgen de fundar una concepción del derecho en una distinción irrelevante.

40. Dworkin, *op. cit.* en n. 38, p. 10.

41. *Vid.*, Dworkin, *op. cit.* en n. 38, p. 225.

42. Dworkin, *op. cit.* en n. 38, pp. 225-6.

Que el derecho no puede ser interpretado como un sistema puro de reglas, en el sentido que pretende el positivismo analítico excluyente, porque se trata de una institución social en la que se deciden cosas relevantes que no pueden ser entendidas como decisiones que tienen lugar en instituciones autónomas, tales como los juegos, ha sido suficientemente demostrado por Fernando Atria⁴³.

Existe otro riesgo, que no consiste ya en desconocer que el derecho es una institución dependiente, sino en sobredimensionar lo que eso significa, en creer que el derecho es un instrumento de solución de necesidades sociales que pueden ser decididas y definidas según el lenguaje de los derechos, esto es, asignando o reconociendo titularidades. Este riesgo se encuentra en aquellas concepciones del derecho que reconocieron una importancia exagerada a los principios jurídicos dworkinianos.

En grandes rasgos, según estas teorías, el contenido substantivo de las constituciones modernas está contenido en principios jurídicos. De esta forma, si la constitución es la norma fundamental superior y sus normas representan estándares jurídicos ejecutables, se requiere una nueva teoría del derecho que permita resolver conflictos entre estos estándares normativos que además, se nos dice, asegure el pluralismo de nuestras sociedades. A juicio de Luis Prieto Sanchís, los rasgos más sobresalientes de esta nueva teoría del derecho son: “más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo a las sucesivas opciones legislativas”⁴⁴.

43. *Vid.*, Atria, F.: *On Law and Legal Reasoning* (Oxford: Hart Publishers, 2002).

44. Prieto Sanchís, L.: “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, M. (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid: Editorial Trotta, 2003), pp. 131-2.

No creo necesario criticar el subjetivismo implícito en la actividad de ponderación, porque ese problema puede ser resuelto en base a algún criterio de racionalidad argumental al que se someta a los jueces.

Sí quiero destacar cómo al estar fundada en una distinción irrelevante, esta teoría del derecho termina entregando aquello que vino a defender: (i) al no existir derechos previos al acto de ponderación, se han vuelto escépticos; y (ii) al entregar la creación del derecho a los jueces, los han transformado, tal como Fernando Atria nos ha advertido, en activistas disfrazados de jueces, aquellos que en lugar de preguntarse si es correcto aplicar la ley al caso que tienen en frente, se preguntan "si la decisión del caso particular, considerando todas las cosas, es substantivamente justa (o protege los derechos de los involucrados, según estos son entendidos por el juez)"⁴⁵. Así, "el juez no está obligado por la ley sino cuando la ley le parece justa (de acuerdo con la constitución y los derechos), lo que quiere decir: el juez no está obligado por la ley"⁴⁶. En otras palabras, esta teoría del derecho que concede un rol preponderante a los principios jurídicos implica entregar a los jueces nuestra capacidad de autogobierno y no sé si hay algo más peligroso que esto para nuestras democracias y el pluralismo, por más débiles que las primeras sean y en desarrollo el último se encuentre.

A modo de conclusión, la distinción entre reglas y principios no sólo hizo perder cuarenta años a los positivistas analíticos, sino que de pasada les hizo olvidar los valores por los cuales nació el positivismo como teoría del derecho, y para Dworkin, se transformó en un verdadero boomerang que ahora, cuarenta años después, es la mejor arma de escépticos, que no creen que haya derecho más allá de lo que los tribunales dicen, y para pragmáticos, que ven en los principios jurídicos la mejor forma de intentar asegurar sus fines económicos, políticos o sociales, cualquiera que estos sean.

45. Atria, F.: Independencia y organización judicial, ms.

46. *Ibid.*

APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DEL MOBBING

PILAR ULRIKSEN TORO *

"Tendré una opinión inquebrantable el día que encuentres tres cerebros de acuerdo sobre la aplicación de un principio, y habrá llovido para entonces. No se encuentran en los tribunales tres jueces que tengan la misma opinión sobre un artículo de la ley".

(Balzac, Papá Goriot)

RESUMEN

El siguiente trabajo, tiene por objeto acercarnos al fenómeno del mobbing, primero desde un análisis estructural en el que estudiaremos, los problemas que se presentan en nuestro ordenamiento, a falta de norma expresa, y cómo establecer la protección de derechos fundamentales, recurriendo al efecto horizontal de éstos; luego, desde una perspectiva funcional, identificar qué función tendría el derecho, ante un caso de mobbing; para finalmente, proponer soluciones respecto al tema.

1. INTRODUCCIÓN

La palabra Mobbing, proviene del sustantivo "mob", que, en el idioma inglés, significa gentío, mientras que el verbo "to mob" describe la acción de ese gentío de asediar o atacar en masa a alguien¹.

* Ayudante del curso de Derecho Penal I y II. Universidad Católica de Temuco.

1. Del mismo modo: VÉLEZ, citado por: MAC DONALD, Fabiana: "Mobbing: un nuevo fenómeno en el derecho laboral"/en/ Diario Judicial, Argentina.