

*Revisión a la relación entre Derecho y Moral
desde la discusión entre
Ronald Dworkin y Joseph Raz.
Del Metadebate Jurídico y la ética de
segundo nivel.*

Salustio Montalvo del Pozo¹.

“A mi Familia”.

“...cuando las ideas son descuidadas por los que debieran preocuparse de ellas— es decir, por los que han sido entrenados para pensar críticamente sobre ideas— éstas, a veces, adquieren un carácter incontrolado y un poder irresistible sobre multitudes de seres humanos, que pueden violentarse hasta volverse sordos a la crítica racional” Isaiah Berlin.

¹ Egresado de Derecho, Universidad Diego Portales.

Introducción.

La Filosofía jurídica se ha encargado de analizar y develar la tortuosa inexactitud de diversos aspectos teóricos del Derecho en cuanto a sus normas, procedimientos y bases. El Derecho es, menos claro de lo que se cree y ha sido necesario estudiarlo desde la más amplia gama de interpretaciones y cuestionamientos, con el fin de determinar aspectos de indiscutible relevancia jurídica, como el alcance, la aplicación y la interrelación de los sistemas y normas que de él forman parte, generándose fuerte debate intelectual.

El objetivo del presente trabajo, es determinar en qué sentido, podemos establecer alcances y conclusiones teóricas, referentes a la pretensión que tiene la Moral de influir al Derecho, al mismo tiempo que advertir la existencia de un metadebate jurídico. Lo anterior será desarrollado a la luz de las concepciones pertinentes de dos autores, específicamente: Joseph Raz y Ronald Dworkin.

Puedo adelantar, que en principio, ambos autores consideran muy importante la intervención que pudiera tener la moral en el Derecho, sin embargo, colisionan directamente en cuanto a los fundamentos de dicha pretensión y en cómo ésta pudiera o no traducirse, para una aplicación certera, en sus aspectos teóricos y prácticos.

Muchos años han pasado desde la constante confrontación Teórico-Jurídica desarrollada entre iusnaturalistas y positivistas. Los primeros, han considerado que para otorgarle autoridad a una norma jurídica, ésta debiera ser sometida previamente a una prueba de moralidad de carácter objetivo, donde se debe reconocer la relevancia de tres tesis que en palabras del Profesor, Carlos Peña, implican en términos conceptuales lo siguiente: *a.) Existen principios de moralidad universales; b.) Esos principios son susceptibles de ser conocidos; c.) Una regla, para ser una regla de Derecho válida debe poseer un contenido que resulte compatible o se derive de esos principios.*²

Esto se opone a concepciones positivistas, que en sentidos más o menos extremos, han mantenido una postura bastante reacia a la intervención moral sobre contenidos de Derecho, en búsqueda de una “racionalización” de los ordenamientos legales, tratando de descartar elementos que puedan ser negligentes y antojadizos, que se contrapongan a la “razón jurídica”. Toda intromisión moral al Derecho, debiera sufrir un fuerte examen de los contenidos estrictamente jurídicos, evitando dejar en manos de la Moral³; la identificación de los alcances de lo que debiéramos entender por Derecho. Sin embargo, parece extenuante y poco productivo traducir el análisis de validez de cada norma a un constante ir y venir de atribuciones y regresiones, de normas de menor, a otras de mayor rango, pues existirá obligatoriamente un punto donde será necesario obtener la solución a dicho problema desde parámetros que pueden no ser necesariamente jurídicos, y que nos indiquen cual será finalmente, la razón del “porqué”, debe cumplirse una determinada norma.

Dado esto, determinaré un punto de partida, un piso de inicio de la construcción argumental del tema, el cual consiste en que el Derecho y la Moral se encuentran relacionados de forma cierta. Esto se vuelve innegable, al menos desde el prisma fáctico-circunstancial, donde constantemente vemos como la Moral se inmiscuye en materias legales, siendo un elemento recurrentemente utilizado por nuestros operadores jurídicos.

² Peña González, Carlos. “Derecho y Moral”. (Manuscrito inédito en poder del autor). Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, pp3 - 26

³ En adelante, me referiré a “la Moral” y “el Derecho”, con mayúscula cuando deban entenderse como sujetos fundamentales de la oración, y sus respectivas asimilaciones posteriores en una escrituración normal de minúscula. Este alcance, permitirá hacer de la lectura de este trabajo algo más claro, específicamente en los momentos en que estas dos dimensiones tengan que ser subrayadas.

Por lo tanto, partiremos de la premisa que afirma que, la pretensión de la Moral de influir a materias atinentes al Derecho es real. Sin embargo, ese punto de partida es sólo el comienzo de un análisis riguroso, toda vez que será necesario analizar los fundamentos en que se basa dicha pretensión de intromisión de lo moral al Derecho, para que podamos atribuirle legitimidad; siendo menester determinar, en relación a los dos autores mentados; cómo, por qué, y bajo qué preceptos, la Moral puede, o en otro caso debe, influir al Derecho.

El análisis buscará determinar cómo, mientras que por un lado para Raz la Moral puede influir al Derecho, para Dworkin la influencia de lo ético a lo jurídico es absolutamente necesario, y un elemento fundamental para la determinación de los alcances de cada norma (y de su interrelación), en recta orientación a la teoría jurídica y los casos prácticos reales.

En síntesis, en este trabajo busco determinar los alcances de la “pretensión” de la Moral de influir al Derecho, no discutiendo si la Moral influye o no al Derecho (en un sentido fáctico), o si es correcto a modo ideológico que esto ocurra, pues parto de la base de que la Moral influye realmente al Derecho. Sino que, cuestionaré y analizaré si su pretensión, exhibe o no, fundamentos jurídica y políticamente aceptables de procedencia, desde dos concepciones distintas, cuáles son la de Dworkin por un lado y la de Raz por el otro; entendiendo en el primero que la Moral debe influir al Derecho, y que en el segundo puede hacerlo.

Me parece que toda vez que se estudie la relación entre el Derecho y la Moral debe, necesariamente, revisarse el estado de la discusión desarrollada entre Ronald Dworkin y Joseph Raz, ya que presentan un espectro fundamental para la comprensión del cuestionamiento, acerca de las circunstancias dentro de la cuales podemos conceder una relación directa entre estas dos dimensiones del humanismo. Más adelante, se argumentará en qué sentido estos dos autores, logran superar la barrera interpuesta por positivistas y naturalistas al respecto; y cómo podemos afirmar, que esta discusión, presenta un novedoso nivel de complejidad y análisis del tema.

Finalmente, creo, que una introducción certera, que se refiera a cualquier trabajo sobre Derecho y Moral, debe señalar al menos una caracterización de lo que se debiera entender por Moral, toda vez que de ésta se hable. Para este objetivo, utilizaré la buena definición que da el Profesor, Carlos Peña y que versa: “*La Palabra Moral (o ética) designaría un conjunto de normas desprovistas de coactividad, que pretenden decirnos cómo debemos vivir, y como debemos actuar*”. No obstante, es importante distinguir una división general al respecto, en virtud de la cual advertiremos la existencia de una Moral social; que corresponde a aquella que ha sido mayoritariamente aceptada por una determinada comunidad en un tiempo y lugar determinado; y una Moral personal o particular de los individuos; que es aquella que cada persona adopta por propia⁴ en el ámbito de su intimidad.

La Moral, nos indica patrones de conducta que orientan nuestro actuar en razón de concepciones del bien o del mal, de lo correcto o incorrecto, pero que no cuentan con un respaldo conocido e identificable de sanción para su respeto. Podemos señalar entonces,

⁴ Peña González, Carlos. “Derecho y Moral”. “Manuscrito inédito en poder del autor”, p.1.

una diferencia importante entre un parámetro moral y una regla de Derecho, ya que sólo la última de éstas, utiliza a modo general una sanción coactiva del Estado para satisfacer su imperativo.

Sin embargo, podemos advertir una segunda diferencia; la cual implica que por un lado, las normas jurídicas entregan certeza en cuanto a la autoridad que las dota de obligatoriedad, como también en cuanto a sus alcances, mientras que por el otro; las normas morales, no parecieran tener tal certeza, ni en cuanto a la fuente directa de su creación, ni a su contenido.

No obstante, como ya veremos, esta suposición de certeza del Derecho positivo parece no ser tal en todos los casos, ya sea respecto de los alcances del contenido de las normas, o de sus razones teóricas de naturaleza y autoridad. Estas circunstancias, nos permiten al menos intuir, que eventualmente existen cuestiones extra jurídicas⁵ de importante relevancia para el estudio del Derecho, como es el caso de; la Moral. Esto hace necesario, discutir e identificar qué es Derecho, qué es Moral; y cuando deban o puedan relacionarse.

Capítulo Primero.

Contexto.

1.1 Breve contextualización del escenario teórico jurídico.

Todo análisis que implique un estudio riguroso de cualquier ámbito intelectual, requiere de forma obligada que quien lo realiza, investigue y exponga de manera precisa y profunda, una contextualización de las ideas y teorías elucubradas al respecto, que generen asidero en determinadas orientaciones teóricas.

En ese sentido me parece fundamental, que previo a ensayar respecto de la relación que existe entre el Derecho y la Moral, nos remitamos a la discusión que se desarrolló entre Ronald Dworkin y Herbert Lionel Adolphus Hart.

Hart tiene una pretensión muy clara, que desarrolla en su obra “El Concepto de Derecho”⁶; que implica la labor de proveer respuesta a la pregunta: “¿Qué es Derecho?”, en relación a su naturaleza y otros diversos aspectos.

Este autor, que ha sido considerado por muchos como un filósofo “analítico cotidianista”, introduce su teoría de forma novedosa, en la cual declara que el Derecho es un sistema (jurídico) que se desenvuelve en relación a una serie de reglas sociales, contraponiéndose a la visión positivista imperante de aquel momento; que veía al Derecho como un conjunto de órdenes emitidas por un soberano y respaldadas en base a amenazas. Hart, plantea que esta descripción es incompleta, realizando una serie de críticas al respecto.

El objetivo de este apartado, no es desentrañar los detalles, ni las más estrictas implicancias de la teoría de Hart, tampoco hacerlo respecto de la respuesta que para esa tesis entrega Ronald Dworkin. El objetivo central, será exponer de forma ordenada una generalización contextual de dicha discusión, con el fin de dar un marco histórico-teórico al tema de relevancia específica para este escrito, cual es, la relación entre el Derecho y la Moral, en relación a la postura de Dworkin y Raz.

Como ya se dijo, Hart expone que las reglas sociales son la base del Derecho; las

⁵ Al hablar de “cuestiones extrajurídicas”, se está señalando que ciertos elementos como la Moral, que no tienen una estructura, ni naturaleza estrictamente jurídica, pueden ser relevantes al Derecho.

⁶ En Inglés; Hart. “The Concept Of Law”.

cuales contienen un aspecto externo y otro interno. Esto implica completar la propuesta expuesta por John L. Austin, respecto de que las normas serían órdenes respaldadas en amenazas para su cumplimiento.

En el aspecto externo, las reglas se asimilan bastante a los hábitos sociales; ya que ambos pueden ser identificados a partir de una observación (externa), como conductas determinadas, uniformes y regulares. No obstante, el autor advierte que las reglas sociales y los hábitos sociales encuentran una diferencia muy importante cuando el punto de análisis es ahora el aspecto interno, dado que los hábitos sociales de conducta prescinden de esta dimensión. En ese sentido, las reglas sociales presentarían un carácter más complejo que los hábitos.

Este aspecto interno, puede ser precisado como aquella pretensión que establece la regla, de que una determinada conducta debe ser seguida. En ese sentido, las personas a las cuales van dirigidas determinadas reglas, deben considerarlas, como direccionamientos de su actuar que deben ser observados en sus conductas cotidianas; entendiéndose que cada individuo que pertenezca a un determinado grupo social esperará, que dichas conductas sean también llevadas a cabo por sus pares.

Hart considera entonces, que en el mundo del Derecho existen reglas sociales que se encuentran en su base y que tienen un contenido particular e identificador, las cuales conforman el núcleo jurídico de cada sistema de Derecho. Las identifica como reglas jurídicas, y las diferencia de los hábitos sociales, toda vez que estos últimos corresponden a conductas uniformes, pero que no concentran un mandato de cumplimiento obligatorio, asimilado por quienes se relacionan a ellos.

En este sentido, el autor expone su teoría desplegando una argumentación orientada a la descripción del Derecho como un sistema conformado por reglas (que como se verá mas adelante pueden ser primarias o secundarias), que se interrelacionan constantemente estableciendo obligaciones y deberes.

Hart, advierte que comprender a las reglas jurídicas como órdenes respaldadas en amenazas es incorrecto, dando para esto varias razones, dentro de las cuales una en particular parece muy decidora, y que corresponde a que la concepción ya nombrada no repara en la existencia de reglas que establecen potestades y que no implican una obligatoria observación de las mismas, sino más bien, la posibilidad de elegir determinadas conductas y opciones. Por esto, Hart muy atinentemente, denota la in-completitud de la tesis mentada, que fue respaldada por el ya también nombrado John L. Austin.

Para superar dicha incorrección, el autor propone la existencia de dos tipos de reglas, a saber: las reglas primarias y la reglas secundarias. Las primeras impondrían determinadas conductas a cumplir de forma vinculante, es decir, reglas obligatorias para sus destinatarios, mientras que las segundas juegan un rol diverso, toda vez que éstas otorgan potestades.

Mientras que por un lado, las reglas primarias intervienen directamente en las conductas de las personas y por lo tanto su centro de contenido son dichas conductas, las reglas secundarias versan sobre esas reglas, generándose una diferenciación desde su contenido y su objetivo. Podríamos asumir, que las reglas secundarias son meta-reglas, es decir, reglas que analizan a otras previamente consideradas.

Para Hart, dentro de toda sociedad se produce esta interrelación entre reglas primarias y secundarias que genera la característica básica y clave para comprender cualquier ordenamiento jurídico.

En este sentido argumental, expone las reglas secundarias y las clasifica en tres tipos: las reglas de cambio, las reglas de reconocimiento y las reglas de adjudicación. Este análisis detenido y riguroso, tiene un propósito, ya que los sistemas jurídicos primitivos que se basan exclusivamente en reglas primarias, generan una serie de defectos que deben ser corregidos. Dentro de estos defectos nos encontramos con la constante rigidez de las reglas ante las variaciones y movimientos sociales en el tiempo, respecto de las nuevas circunstancias y su relación con las antiguas, generándose un procedimiento ineficiente de adaptación social. Esto implica una cuestión impropia del Derecho, y contraria a su obligación de realizar una constante observación de las realidades sociales. Una vez hecho esto, describe un segundo defecto, que corresponde al riesgo de que en determinadas situaciones exista falta de certeza en cuanto a las normas primarias, ya sea respecto de sus alcances o aspectos identificatorios, sin establecerse por las mismas, un procedimiento que permita precisarlas. Finalmente, reconoce un tercer defecto, el cual consiste en la imprecisión respecto de la presión social necesaria para obligar el cumplimiento de las normas, careciendo estas, de procedimientos o autoridades que determinen y sancionen el incumplimiento o violación de sus imposiciones: o en otras palabras, que velen por que las normas de un sistema jurídico sean ciertamente respetadas.

Como solución, Hart propone la intervención de reglas secundarias, las cuales al interrelacionarse con las primarias complementarían el ordenamiento, corrigiendo los problemas ya mencionados. Esto implica, en palabras de Hart; “ *un paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico* ”⁷ y complementa diciendo; “ *Ciertamente los tres remedios en conjunto son suficientes para convertir el régimen de reglas primarias en algo que es indiscutiblemente un sistema jurídico* ”⁸.

En Hart, la solución al problema de la característica estática de las reglas primarias, sería la regla secundaria “de cambio”; la cual da paso a los procedimientos conforme a los cuales se podrán modificar y modernizar las reglas primarias, para asimilar de mejor forma y fondo la evolución lógica a la que día a día el Derecho se encuentra sometido. Esto es una verdadera obligación del Derecho en su labor de medio para la paz social.

Por otro lado, el remedio a la falta de certeza y precisión respecto de los dominios de cada regla o norma, es salvable mediante la regla de “reconocimiento”. Esta regla tendría un aspecto fáctico y otro normativo, y se desempeña permitiendo reconocer los contenidos normativos de cada sistema jurídico, es decir, reconociendo qué es Derecho, cuáles son las normas del sistema, y cuáles son sus límites.

Finalmente, nos encontramos con el problema referente a la presión, respecto al cumplimiento de las obligaciones. Esto, se supera gracias a las reglas de “adjudicación”, las cuales determinan autoridades y procedimientos a seguir para exigir el cumplimiento de

⁷ Hart, Herbert. L.A. “El Concepto de Derecho”, 2004. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 117.

⁸ Idem.

determinadas conductas, tipificando cómo se debiera sancionar el incumplimiento de las normativas.

Es indudable, que el paso que logra dar Hart respecto del análisis jurídico es gigantesco, generando una serie de estudios posteriores sobre sus postulados, así como críticas de distintos sectores, incluyendo en esto a Ronald Dworkin, quien se transforma en su principal contendor, y su más recio crítico, anunciando que dicha teoría sería también incompleta.

Dworkin expone que la regla de reconocimiento es ineficiente, toda vez que no reconoce ciertos estándares normativos que no funcionan como reglas, y que se dibujan en el ámbito jurídico desde los ruidos de principios y directrices políticas.

En este sentido, Dworkin responde a Hart, manifestándole que el Derecho no es sólo normas-reglas, también está conformado por estándares diferentes a éstas y que todo juez utiliza al resolver un caso. Estos estándares juegan un rol fundamental en la labor judicial, siempre que el juez se vea obligado a decidir situaciones donde el contenido de las normas no sea preciso, o no exista una regla para aplicar de forma maquinal; lo que adelantamos, Dworkin llama: los casos difíciles.

Una importante facción de los analistas del trabajo de Dworkin, han planteado que la discusión entre reglas y principios no es lo central en su teoría, y que su crítica sería más bien, una forma de intentar introducir una nueva concepción del Derecho, cual es que éste, no sólo está conformado por cuestiones jurídicas propiamente tales, sino que también por cuestiones morales, a través de principios o estándares. En ese sentido Dworkin ataca el positivismo jurídico, centrándose en la regla de reconocimiento de Hart, y proponiendo la falta de comprensión de dicha regla respecto de estos principios.

Dworkin pretende establecer que en determinados casos, donde las normas son inconsistentes, contradictorias o simplemente, no hay regla que prevea una determinada situación que contenga implicancias jurídicas, el juez tendrá la obligación de otorgar un derecho a favor de una u otra parte en conflicto, tendrá el imperativo de tomar una decisión. Si dicha obligación de dictaminar el derecho, no logra ser cubierta por una regla, entonces dicha obligación sí será cubierta por un principio. Este principio no sólo es distinto a la regla en su naturaleza, sino que también en su razonamiento a la hora de ser aplicado al caso concreto, ya que su materialización no se produce desde una lógica del todo o nada, sino que desde un espectro de ponderación, y argumentación. Por esta razón, si la regla de reconocimiento no percibe la existencia de estas normas, entonces, es ineficaz.

En esos casos, el juez debe utilizar estándares válidos para fallar, los cuales de no ser legitimados y determinados, podrían otorgarle al juez una discreción tan fuerte al momento juzgar, que el riesgo de caer en lo ilegítimo, toda vez que utilice sus propias concepciones respecto de ámbitos morales o religiosos atingentes a la comunidad entera (y que

posiblemente no sean coherentes con la pretensión jurídica-democrática), se hace cada vez mas latente. Por esto, es necesario que el Derecho reconozca estos principios, ya que requieren de una aprobación del sistema jurídico en el que influyen, lo cual sería logrado desde lo que Dworkin llama; la moral convencional, criterio que tampoco es recogido por la regla de reconocimiento ya mentada.

Ese contenido moral, puede ser utilizado siempre que sea validado por el consenso social de la comunidad en cuestión. Sabemos que es imposible prever cada situación conflictiva de relevancia social de la cual el Derecho se debiera hacer cargo. En este sentido, el Derecho no puede ser comprendido como un sistema cerrado en lo positivo, ya que dicho entendimiento respaldaría la labor discrecional fuerte de los jueces. Esto podría ser superado, a través de estos principios institucionalizados en la comunidad. En este sentido, si vamos a utilizar dentro del análisis judicial, principios que pueden ser morales o políticos; para que esto signifique una cierta manera de salvar el problema ya descrito, y no una falacia que nos haga caer en lo mismo, los principios tendrán que tener un carácter social; razonable y no arbitrario.

Dworkin cree que los principios juegan un rol fundamental, pero que dichos estándares normativos deben ser coherentes al sistema ideológico del Derecho. Por esta razón, no cualquier principio será válido, sino, sólo aquel que cumpla ciertos requisitos.

Posteriormente, aparecen en escena una serie de “detractores de Dworkin y defensores de Hart”; quienes desde los argumentos ya expuestos elucubran respuestas y soluciones, refiriéndose de forma directa a la Moral, nuevo factor que el autor americano introduce como relevante a discutir, toda vez que los principios tendrán normalmente un fuerte contenido ético.

Así sumamos a esta historia jurídica de discusión, la presencia del Israelí y académico en Inglaterra, Joseph Raz, quien no es un positivista tan extremo como para prohibir la relación entre el Derecho y la Moral, ni tan cercano al naturalismo como para concebirla de modo tal, que se le considere un requisito “sine qua non”.

En este sentido me parece atingente manifestar; que ni Dworkin es un absoluto naturalista, ni Raz es un absoluto positivista⁹, su discusión presenta una nueva posibilidad de análisis del tema, un peldaño superior, un espacio diverso que concentra complementos y nuevas aristas no exploradas por el estudio de estas materias, haciendo de esta discusión un “debate distinto” y de gran valor.

1.2 Confrontación argumental entre Dworkin y Raz.

Para finalizar esta contextualización, me parece importante adelantar al menos en líneas

⁹ Con esto, no sólo quiero manifestar que la postura de Raz es lejana a concepciones exegéticas del Derecho, sino que también, alejada de la extrema “racionalización” del mismo, en una orientación mas atingente a la búsqueda de consensos “razonables” para la procedencia moral.

generales el sustento y espíritu del análisis de estos autores en relación a la motivación y conclusión del mismo.

Como ya se dijo, la discusión entre estos dos autores parece estar en un nivel distinto de desempeño intelectual, en un espectro más riguroso, no debemos olvidar que la intervención de Raz se produce una vez que ya se había desarrollado el ataque argumental de Dworkin a Hart, lo que le permite realizar un análisis complementario del asunto. Sin embargo, genera una visión distinta de la relación de la Moral y del Derecho, pues si bien reconoce que en concordancia a los principios que propone Dworkin, la regla de reconocimiento Hartiana es incompleta, enarbola una argumentación diferente a la del norteamericano al momento de cuestionar las bases fundantes de la Moral, respecto de la prerrogativa que pareciera tener para influir al Derecho.

Raz, plantea que las normas que forman un ordenamiento jurídico tienen autoridad siempre y cuando, al menos, tengan la pretensión de poseerla, es decir, aún cuando en el aspecto fáctico, un ordenamiento carezca de autoridad para su cumplimiento, al menos poseerá teóricamente la capacidad de atribuírsele como obligatoria. En este sentido, concibe el ruido “autoridad” como aquella característica que legitima a las normas, para ser obedecidas por las personas.

Sin embargo, Raz considera que si bien el valor de la Moral es innegable, su intervención en el Derecho no puede ser automática, debe existir un reconocimiento de las fuentes sociales. Es decir, sólo y sólo si, una fuente social, de impacto jurídico reconoce un parámetro moral, éste podrá ser utilizado por un juez al momento de cumplir su labor judicial.

El análisis de Raz será expuesto acabadamente más adelante, pero me parece importante dejar ya publicitada al menos una primera premisa; que corresponde a que Raz, crea un análisis que busca explicar la relación entre Derecho y Moral en un contexto dado por el reconocimiento social de ésta a través de las fuentes del Derecho. En este sentido, establece un requisito básico de validez, generando un primer tope, un límite a la concepción abstracta de lo ético. Para este autor, la Moral abstractamente, (desde el denso y complejo espacio de la teoría) no podría intervenir en el Derecho mientras no cumpla con un requisito angular previo de certeza y legitimidad. Este es, que dicha Moral en cualquiera de sus traducciones, sea materializada en una aceptación social, la cual requiere necesariamente de un reconocimiento del Derecho.

El análisis ya considerado, da luz respecto de una conclusión que será desarrollada a medida que avance el presente trabajo, pero que ya nos muestra un momento distintivo de la discusión sobre la Moral, según el cual afirmaré que para Joseph Raz la Moral puede influir al Derecho; y conciliar en él decisiones judiciales, no implicando un aspecto fundante y básico del mismo, toda vez que no pueden haber concepciones abstractas que validen la intromisión de cuestiones éticas a lo jurídico a modo general. En este sentido,

sólo el cotidianismo de una aprobación sustancial del mismo Derecho lo haría posible.

Me parece que esto se contrapone a lo que plantea Ronald Dworkin, en relación a su concepción de la Moral, y otros matices del estudio del Derecho, planteando la tesis de la coherencia, que observa desde un punto privilegiado de visión jurídica, “al Derecho como una Integridad”.

Este autor establece una argumentación orientada hacia un objetivo claro y preciso, cual es, describir al Derecho como un todo coherente, tarea que sólo podría ser exitosa si se considerara la intervención de ciertos elementos morales.¹⁰

Dworkin plantea que todo ordenamiento jurídico tiene un piso claro y concreto, desde el cual debe iniciarse todo análisis de quien interpreta el Derecho para decidir su funcionamiento y aplicación a cada caso.

Este punto de partida, implica que los jueces al identificar Derechos y deberes legales, deberán hacerlo sobre la suposición de que dichos mandatos jurídicos fueron elaborados por un mismo autor, y que dicha elaboración jurídica contiene una correcta concepción de lo que trasciende a esas normas como Justicia. En este sentido, el juez sabe, o al menos supone, que lo que tiene como normas al momento de haberlas identificado ante un caso, para aplicar aquellas contingentes y coherentes al contexto particular; corresponden precisamente a normas válidas que transmiten de forma correcta la concepción de justicia en que se basó el legislador, al momento de crear dicho sistema jurídico. Si concedemos que, el legislador es el representante directo de las personas que conforman la comunidad, para la toma de decisiones positivas de la ley, no podemos entonces menos que aceptarlas como normas democráticas, siempre que el método de elegir a estos representantes fuese acorde a sus principios.

Un juez no podrá relativizar en su análisis, si una norma escrita es o no correcta, valiéndose de su concepción particular de lo justo, ya que las normas “son” y “están” para ser aplicadas por el más poderoso de los mandatos, el que nace de la voluntad (representada) de las mismas personas a las cuales influirá, razón que contribuye en mucho para cumplir el requisito de legitimidad. Cada juez no es un Dios-interpretador, que pueda atribuirse una discrecionalidad inmensa, incoherente al ordenamiento válidamente establecido¹¹. Nada impide que desde ese punto de partida puedan existir concepciones posteriores que critiquen la validez de esas normas, o que incluso interpreten valorativamente sus contenidos. Todo sistema democrático contiene al menos desde perspectivas políticas, ciertos mecanismos teóricos y procesales que permiten mejorar los ordenamientos que inicialmente fueron creados. La rigidez absoluta del sistema sería una tozudez insensata, muy lejana de cualquier entendimiento Dworkiniano.

¹⁰ Con esto, no quiero decir que sólo la Moral puede influir al Derecho, y así complementarlo. Existen otras dimensiones sociales que pueden jugar un rol importante, como por ejemplo lo sociológico, o lo político; que como se verá más adelante, juega un papel fundamental en la teoría de Dworkin respecto de la intromisión moral al Derecho.

¹¹ Una de las más importantes seguridades que nos da la ley, es que cada persona sabrá bajo qué preceptos jurídicos se le juzgará cuando sea sometido a un tribunal.

Lo conflictivo radica en que existen ciertos “casos difíciles”, donde diversas razones de compleja índole, impiden que un juez aplique de forma mecánica normas positivas, ya sea por aspectos fácticos, o jurídicos, como también problemas en el enunciado de una norma; o los tan populares “vacíos legales”. Es así como Dworkin considera, que cada ordenamiento no puede ser completo desde sus normas positivas, toda vez que es imposible generar un catálogo de reglas que recojan todas y cada una de las posibles situaciones fácticas de relevancia jurídica, que importen relación con la paz social y la interrelación de las personas.¹²

Será entonces en estos casos complejos, donde la labor del juez consistirá en investigar e identificar, cual minucioso joyero, qué elementos le permitirán decidir de forma coherente al ideal de justicia que inspira dicho Ordenamiento. Parece lógico entender, que ante un conflicto de relevancia jurídica; una de las partes debe ser establecida por el juez como titular de un derecho, pues existen principios que establecen mandatos en este sentido para los operadores jurídicos, como es el caso del principio de legalidad.

Por esta razón, el juez, no puede renunciar a su mandato de decisión. Su labor es a modo general inexcusable; y es por esto que deberá valerse de cuestiones que muchas veces escapan a lo propiamente jurídico, para fallar aquellos casos nebulosos en lo positivo. Dichas cuestiones que a veces no serán propiamente jurídicas en su naturaleza original, serán cuestiones políticas y morales, que no descansarán en la subjetiva concepción personal del juez, sino que en el reconocimiento de la comunidad que se encuentra sometida al ordenamiento en cuestión, determinándose así los estándares coherentes al ideal de justicia.

En este sentido, el intérprete de las normas, deberá entender que un ordenamiento no es un sistema de reglas perfecto y cerrado, sino que, un sistema inicialmente abierto; que conjuga tanto reglas, como estándares de contenidos políticos y morales estrictamente necesarios en casos difíciles; razón por la cual parece lógico establecer que, siempre que se presente un caso difícil, lo moral y político deberán influir al Derecho. El juez tendrá que comprender entonces, que el Derecho literal no es suficiente.

En Dworkin, esta Integridad del Derecho, dada por la conjugación de reglas, principios y directrices de naturaleza moral y política, implican la base del razonamiento jurídico; lo cual se contrapone a la visión más escéptica de Raz. Para Dworkin, existen parámetros de una moralidad política que permitirán mantener a las diversas interpretaciones que versen sobre el Derecho, sometidas a un mecanismo de coherencia que no advierte sólo reglas, sino que también otras cuestiones que nacen del espíritu originario de todo ordenamiento jurídico; tales como: la equidad, la justicia, o la igualdad; y que infunden al Derecho su mandato general de autoridad.

Por su parte, Raz expondrá, que dicho mandato de autoridad de las normas, tiene una relación intrínseca a la función de servicio que cumple el Derecho, toda vez que media,

¹² Esto parece haber sido entendido claramente por la comunidad jurídica; toda vez que consideramos incluso dentro de figuras del Derecho, la existencia de instituciones como el caso fortuito, que nos señalan categóricamente; que no todo puede ser previsto, pues dicha intención sería insensata y carente de realismo. Prever cada posible situación fáctica, implica que el legislador posea cualidades sobrenaturales, dignas del mejor cine de ficción.

entre las direcciones que emiten los legisladores y jueces, y los destinatarios de las mismas. Esto permitirá cumplir con las razones últimas en que se inspiran esas normas.

Dworkin plantea una visión política estructural, de un carácter liberal muy marcado, que busca establecer una concepción del Derecho grandilocuente y de mayor calibre a lo ya expuesto por sus contendores positivistas. Su intención es sumamente ambiciosa, donde supone como piedra angular, que los jueces acepten (si es que quieren aplicar de forma correcta el Derecho) que el Derecho no es sinónimo de norma positiva, y que su labor será entonces, reconciliar reglas, principios y directrices, en una misma Integridad consistente; y hacer que los parámetros morales que muchas veces no tienen reconocimiento expreso en reglas escrituradas, influyan de forma conciente al Derecho.

Lo ya escrito hace referencia a la Moral convencional, una moral acordada y validada por la comunidad, donde razón de su existencia es el sistema a través del cual la sociedad le da validez.

Finalmente cabe preguntarnos; ¿cómo es articulada la presencia de principios morales en la concepción de Dworkin?. Esto será analizado en el próximo capítulo.

Capítulo Segundo.

La Integridad del Derecho.

2.1 Ronald Dworkin.

Ronald Dworkin, es sin duda alguna, uno de los mayores pensadores de la Filosofía jurídica contemporánea, representando una corriente intelectual de corte Político-Liberal, que ha inspirado la doctrina actual, de una gran cantidad de escuelas de Derecho.

Su tesis consiste en una elaborada teoría que busca explicar la naturaleza del Derecho, llegando a la conclusión de que éste debe ser entendido como un conjunto de elementos que no deben ser reducidos a la sola presencia de reglas positivas. Este razonamiento, rotulado; “teoría del Derecho como Integridad” ha generado detractores y seguidores alrededor del espectro jurídico internacional, siendo catalogado por algunos de naturalista y por otros de relativista.

En su artículo titulado “El Derecho Natural”, Dworkin, responde a las constantes críticas recibidas desde el sector positivista, señalando que; si por Naturalismo se entiende la

doctrina según la cual, la determinación del contenido del Derecho depende a veces de la respuesta adecuada a una cuestión moral, entonces su postura es naturalista¹³. Así manifiesta de forma expresa, su voluntad de subrayar a la Moral cuando se habla de Derecho y de superar la eterna pugna jurídica de positivistas y naturalistas, intentando elevar el debate al menos, en un nuevo nivel de mayor rigurosidad y distinta concepción. Por el momento señalaré que quien mejor continúa dicha voluntad y permite una discusión en ese sentido, es Joseph Raz.

Pasado un tiempo del debate entre Hart y Dworkin, el último de estos autores, señala que parece no haber sido entendido por el mundo jurídico; la real intención de su crítica a Hart¹⁴, estableciendo que su motivación, no era sólo la de evidenciar la in-completitud en la que éste incurría con su concepto de Derecho, sino que además, introducir una nueva idea sobre la naturaleza del mismo.

En este contexto, Ronald Dworkin expone su tesis. Esta, tiene por fin interpretar “al Derecho como Integridad”. A continuación, me referiré a esta concepción, la cuál se encuentra situada en una evolución analítica que culmina en la obra “*El Imperio de la Justicia*”¹⁵.

2.2 La integridad confrontada con el pragmatismo y convencionalismo.

Dworkin, confronta su teoría con otras dos teorías generales del Derecho, que son: el “convencionalismo” y el “pragmatismo”¹⁶, señalando que todas estas doctrinas corresponden a interpretaciones de lo jurídico¹⁷. Sin embargo, necesariamente, deben pasar por una etapa inicial, en la cual se establezca un concepto desde el cual se inicie el análisis, y las posteriores concepciones, para la interpretación final. A este respecto, Dworkin entrega una definición descriptiva inicial del Derecho, en virtud de la cual, considera que todo Gobierno como cabeza de un Estado, tiene una serie de objetivos que buscan la prosperidad en distintos aspectos de la nación, utilizando “*la fuerza colectiva que monopolizan para éste y otros fines*”¹⁸. El autor agrega: “*Sugiero que nuestras discusiones sobre Derecho asuman que el sentido mas abstracto y fundamental de la práctica legal es guiar y restringir el poder del gobierno de la siguiente manera. La Ley insiste en que no se*

¹³ Betegón, J y De Paramo, J.R. “Retorno al Derecho natural”. 1990. Volumen; Derecho y moral. Ensayos analíticos. Ariel, p. 23. Barcelona.

¹⁴ Esto ocurre, en el contexto producido después de la publicación de “Los Derechos en serio”, en inglés; Dworkin, Ronald. “Taking rights seriously”.

¹⁵ En Inglés; Dworkin, Ronald. “Law’s Empire”.

¹⁶ Delgado Pinto, José. “La noción de Integridad en la teoría de R.Dworkin”: Análisis y valoración. 2002. Universidad de Salamanca. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas; Derechos y Libertades, p. 16.

¹⁷ En este sentido, Dworkin señala que los jueces al momento de fallar un caso, generan teorías jurídicas, y que todo lo que implica un análisis filosófico del Derecho, no presenta diferencias de tenor cualitativo respecto de esas creaciones de los jueces, sino que sólo una diferenciación de continuidad y mera distinción de abstracción en el razonamiento. Es así como, podríamos entender, que tanto filósofos del Derecho como jueces, desempeñan una labor eminentemente interpretativa del Derecho.

¹⁸ Dworkin, Ronald. “El Imperio de la Justicia”, 1992. Gedisa, Segunda edición, Barcelona, p. 76.

*utilice la fuerza sin importar lo útil que sería para los fines en vista, sin importar lo nobles o beneficiosos que sean estos fines, excepto cuando lo permiten y requieren los derechos y responsabilidades individuales provenientes de decisiones políticas anteriores sobre cuando se justifica la fuerza colectiva”*¹⁹. Esto implica cuestionarse si es que la utilización de la fuerza coactiva del estado, basada en los derechos y normas pretéritas, tiene o no un objetivo determinado que justifique su existencia, pues finalmente el Derecho encausa dicha fuerza coactiva²⁰.

En este primer instante, la teoría de Dworkin encuentra al menos, en este concepto, un punto de comunión con la tesis “convencionalista”, al conceder que existe un objetivo claro de la fuerza coactiva que aplica el Estado. Sin embargo, confronta directamente con la tesis “pragmática”, que de forma escéptica rechaza dicha posibilidad.

Sin embargo, en un segundo instante, estas dos teorías que parecían coincidir, se separan irreconciliablemente. Esto se produce, al intentar determinar cuál es la finalidad de la que se hablaba anteriormente, y que justifica el que la fuerza coactiva del Estado, se encuentre circunscrita a determinadas normas de Derecho. Para esto, la teoría convencionalista, establece que dicha finalidad sería únicamente lograr un estado de predictibilidad y certeza procedimental, respecto de las relaciones sociales²¹.

No obstante esto, la finalidad señalada no parece ser del todo completamente advertida para Dworkin, pues el objetivo que se busca determinar, no sólo favorecería a la sociedad desde un espectro meramente instrumental de certeza, sino que desde un apoyo político mayor. Este apoyo correspondería al logro de un tipo de igualdad entre los miembros de la comunidad, que permite la paz social entre sus relaciones, favoreciendo la justificación moral del ejercicio del Derecho.

Mientras que por un lado, para el convencionalismo sólo importan al Derecho aquellas normas y cuestiones aceptadas o “convenidas” por todos los juristas; por el otro, la coherencia original de Dworkin, no sólo contempla los contenidos positivos que descansan en decisiones pasadas, sino que también, los contenidos morales que presuponen dichas decisiones y que dan validez al sistema entero.

El Derecho como Integridad, la coherencia.

Dworkin introduce este novedoso razonamiento, en virtud del cual el Derecho, como delimitación de la capacidad coactiva de la fuerza del Estado, se solidifica desde una finalidad que trasciende a la simple certeza instrumental del sistema, y se orienta hacia la generación de una igualdad cierta, que permita generar un principio director de las relaciones sociales, y por supuesto, justificación moral al Derecho. Es decir, el Derecho

¹⁹ Idem.

²⁰ Es importante recalcar que para Dworkin no debe existir una sola definición o caracterización de el concepto de Derecho. Incluso, manifiesta que éste es un piso abstracto para el debate, que admite correcciones y variaciones.

²¹ Delgado Pinto. José, “La noción de Integridad en la teoría de R.Dworkin”: Análisis y valoración. 2002 Universidad de Salamanca. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas; Derechos y Libertades, p. 18.

debe ser el regulador de la relación entre Estado y su posibilidad de coaccionar a los individuos de la sociedad, porque hemos convenido, que permite generar una base de igualdad para la buena convivencia.

En un primer sentido, es fundamental señalar que el razonamiento de Dworkin, considera directamente la realidad de sistemas jurídicos en los cuales exista precedente vinculante de las decisiones anteriores de tribunales, debiéndose tratar igual los casos iguales. Sin embargo la coherencia de Derecho que plantea este autor, trasciende a la aplicación mecánica de decisiones pasadas respecto de nuevos casos, o de la aplicación directa de enunciados positivos recogidos en las leyes.

La coherencia de la que habla Dworkin, corresponde a una consistencia superior del análisis jurídico²², que se traduce en la consideración dentro de cada ordenamiento jurídico, no sólo de las normas positivas, sino que también de los principios morales y políticos que inspiran dichas normas. En palabras del profesor José Delgado, de la universidad de Salamanca: “...Pues la coherencia que requiere el valor de la Integridad se refiere más a los principios que subyacen a los textos legales, o líneas de precedentes judiciales, que al significado inmediato, o explícito, de las reglas contenidos en ellos²³ .

Dworkin respalda este argumento mediante un ejemplo, en virtud del cual hace referencia a una sentencia de la Corte de Los Lores. En ese caso se decidió en un sentido distinto de cómo se había hecho en situaciones anteriores. El caso específico, involucraba una diferenciación arbitraria, que durante bastante tiempo hicieron los jueces cuando fallaban casos referentes a la obligación de distintos profesionales de responder al causar daños por negligencia.

A los abogados, se les había constantemente excluido de responder en estas situaciones, mientras que a una importante cantidad de miembros de otras profesiones, se les exigía dicha responsabilidad con un alto estándar de rigurosidad. La corte argumentó, que no existía principio alguno que respaldara dicho trato especial para con los abogados.²⁴

Es así como el autor manifiesta directamente su intención de determinar la actividad judicial, como una cuestión que se basa en la constante argumentación e innovación interpretativa. Pero, esta debe seguir una línea de coherencia con el ordenamiento en su conjunto, dejando fuera doctrinas insensatas²⁵. Podemos adelantar entonces, que en Dworkin, la coherencia que se plantea, no es una coherencia que limite el accionar judicial en torno a decisiones previamente dictaminadas, sino que por el contrario, que genere un amplio espectro de actividad, siempre y cuando se empleen elementos acordes con los principios subyacentes al ordenamiento. En resumen, ésta es una coherencia de principios,

²² Con esto, advierto que esta tesis un análisis riguroso de una nueva concepción de elementos que influyen al Derecho, y que antes no habían sido considerados de la forma que este autor propone.

²³ José Delgado Pinto, La noción de Integridad en la teoría de R.Dworkin: análisis y valoración 2002. Universidad de Salamanca. Publicación en revista del Instituto Bartolomé de las Casas; Derechos y Libertades, p. 20.

²⁴ Dworkin, Ronald. “El Imperio de la Justicia”, 1992. Gedisa, Segunda edición, Barcelona, pp. 160 y 161.

²⁵ La palabra insensata, se recoge en un sentido literal que permite recalcar, que para Dworkin, sólo es sensato el Derecho interpretado coherentemente, desde los argumentos de principios morales y políticos. Esto lo denominará mas tarde, como la “moralidad política”.

no de doctrinas anteriores o precedentes judiciales²⁶. Se entiende que existen principios que inspiran al Derecho, a los cuales se les ha dotado de un valor fundamental en la sociedad, y según los cuales se construye todo razonamiento.

Esta coherencia implica, que el Estado, al aplicar la coactividad que dentro de sus facultades concentra por mandato del ordenamiento jurídico, sea ejercida en una relación que conjugue las normas y los principios que subyacen a éstas. Esta coherencia se debe traducir, en una misma orientación de equidad y justicia, dándole a los miembros de la comunidad certeza al respecto. Esto, permitirá a cada persona saber qué esperar del Derecho que lo regula y como actuar en él, cada vez que se interrelacione con otros. Esta certeza, es más que una cuestión instrumental, pues trasciende a una certeza legal, como la de saber que todos los plazos procesales serán los mismos para cada persona, sino que involucra una certeza respecto de los principios mas intrínsecos del sistema.

Esta idea es sumamente innovadora, toda vez que Dworkin advierte, que así como el Derecho se conforma de reglas y principios, la labor judicial debe desarrollarse en un ámbito interpretativo, que concilie ambos tipos de normas, y que además, lo haga coherentemente sin que los límites o alcances de uno segreguen los del otro. Dicha tarea puede ser muy compleja, pero si se tiene claro cual es el principio que subyace a cada regla, la orientación que se le dé a ese tenor positivo será necesariamente uno (al menos si se pretende aplicar las normas coherentemente).

El autor reclama, que si bien, está de acuerdo con el convencionalismo respecto de que las normas implican consensos sociales, advierte que no sólo esos consensos son parte del Derecho, pues cada norma que se acuerda contiene un principio que subyace a ella. En este sentido podemos afirmar que, la labor judicial debe realizarse en conciencia de que las normas tienen un contenido explícito (el tenor literal del enunciado) y otro implícito (el principio inspirador) y que ambos deben ser necesariamente conciliados, en un mismo sentido coherente. Esto no quiere decir, que los alcances de dichos principios no sean conflictivos y debatibles, sin embargo, deben ser necesariamente observados. Es así como Dworkin, considera que las personas no sólo tendrán derechos que provengan del contenido explícito de las normas escrituradas, sino que también, de los que nacen de la relación entre este contenido explícito, y los principios que se encuentran en la esencia de dichos enunciados. Estos principios además, son quienes dotan de justificación moral, a dichas normas positivas²⁷.

Es importante manifestar que la Integridad que propone Dworkin se expone desde dos dimensiones: la Integridad legislativa y la Integridad judicial. Parece importante aclarar, que para el autor, esta teoría concentra un carácter eminentemente interpretativo, que disequilibra la balanza entre la Integridad legislativa y judicial, (como se verá mas adelante), explicando porqué una pareciera ser mas valorable desde el punto de vista

²⁶ Esto no implica de forma alguna, que en la labor interpretativa, el juez no deba observar los precedentes judiciales. Lo que distingue el autor, es que al momento de argumentar las decisiones judiciales, el juez debe hacerlo, sobre la base de argumentos de principio, pudiendo incluso darse un vuelco interpretativo a precedentes que no hayan sido razonados en este sentido.

²⁷ Podríamos decir; que en los momentos de debate social, se producen consensos que implican resultados explícitos (como una regla del tránsito) y otros de carácter implícito (como el principio de seguridad para automovilistas y peatones), generándose un contenido complejo, que cada juez debe advertir.

jurídico, y más estricta en su razonamiento que la otra. En este camino de interpretación, se reconocen tres fases fundamentales; la faz pre-interpretativa, la faz interpretativa y la faz post-interpretativa.

La primera faz, corresponde a aquella etapa interpretativa donde se determinan los factores y cuestiones generales de aquella situación social que se pretende interpretar, generando un espectro de elementos para acotar y analizar más adelante. *“En primer lugar, debe haber una etapa –preinterpretativa- donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica.”*²⁸ Esta primera etapa requiere un primer esfuerzo interpretativo, y un primer consenso intelectual de los intérpretes, para lograr un trabajo productivo que avance. Cuando la interpretación trabaja sobre el Derecho, la dificultad interpretativa se perpetra ante la falta de rotulación en cuanto a la caracterización de cada norma, pues como ya se dijo, el Derecho es menos simple de lo que se cree.

La segunda faz, es la etapa interpretativa como tal, donde se establece una discriminación de los elementos considerados, estableciendo cuales son los factores fundamentales a analizar, separando “el agua del aceite”, y justificando argumentativamente dichas decisiones. Podemos decir que la etapa pre-interpretativa es una etapa identificatoria de elementos, mientras que en la etapa interpretativa podemos decir, que se cumple una función discriminatoria y argumentativa respecto de cuales son los elementos más importantes de la práctica o situación social a analizar, además de la determinación de su objetivo, finalidad y relevancia. *“Esto consistirá en un debate de porqué vale la pena buscar una práctica con esa forma general”*²⁹.

Esta etapa determina también, cual es el valor y la justificación del análisis, además de su objetivo. Para esto se requiere cierto consenso entre los intérpretes, aunque será justamente en esta etapa donde nacerán las primeras controversias.

Finalmente está la etapa post-interpretativa, donde se establece *“qué necesita -en realidad- la practica para adecuarse mejor a la justificación que se acepta en la etapa interpretativa”*³⁰. Es aquí donde quienes realizan la interpretación de aquella situación o práctica social, establecen juicios y argumentos, sobre qué requiere dicha practica para la finalidad buscada. Acá se confrontan; la justificación de la práctica, norma o derecho analizado, con su finalidad, concluyendo resultados. Es en esta etapa donde se genera la mayor tensión de debate y confrontación argumental.

Finalmente, es de gran relevancia, señalar que para Dworkin las teorías interpretativas del Derecho, solucionan grandes errores en que incurrían las teorías semánticas, manifestando su abierto desacuerdo con ese sistema de análisis.

Cuando nos preguntamos sobre la identidad del Derecho, las teorías semánticas solían buscar una solución *“aplicando ciertos criterios lingüísticos implícitos en las reglas que seguimos cuando empleamos el término Derecho; criterios que determinan el significado*

²⁸ Dworkin, Ronald. “El Imperio de la Justicia”, 1992. Gedisa, Segunda edición, Barcelona, pp. 57 y 58.

²⁹ Dworkin, Ronald. “El Imperio de la Justicia”, 1992. Gedisa, Segunda edición. Barcelona, p. 58

³⁰ Idem.

del mismo”³¹. Las teorías positivistas generalmente se inspiraban en relación a estructuras de este tipo, siendo el principal centro de referencia para Dworkin, la teoría de H.L.A. Hart³².

Es así, como Dworkin señala que satisfacer los cuestionamientos sobre la identidad teórica del Derecho, desde decisiones pretéritas, traducidas en el consenso legislativo de cada contenido positivo de las reglas jurídicas, implica obviar el verdadero trabajo que realiza el juez, como operador fundamental del Derecho en los casos difíciles, donde las normas no son aplicables matemáticamente, y donde el debate y la argumentación toman un rol fundamental. Reducir la búsqueda de la esencia del Derecho, a cuestiones pseudo-empíricas, como los consensos (estadísticos) legislativos (lo cual no se acerca en nada a un concepto correcto de empirismo) o resultados formales, como el contenido lingüístico explícito de las normas, genera dos cuestiones sumamente nocivas para la teoría jurídica. Por un lado, que todo debate teórico anterior a la materialización de la norma se pierda, y sólo se considere la opinión vencedora que se concretizó en la ley escrita, mientras que por otro lado, se desconozca el razonamiento jurídico que debe realizar todo juez en casos difíciles, y que debiera realizar siempre, que es eminentemente argumentativo.

Pareciera que, forzar de forma empírica, cuestiones que son eminentemente teóricas, de carácter formal y a veces controvertido, resta espacio crítico al Derecho³³.

Dworkin considera que la práctica jurídica, es un constante ir y venir de argumentos, y que en ese sentido, si consideramos que el Derecho es sólo una cuestión de hecho y de normas pretéritas, le restamos toda importancia en el análisis; a los conflictos y debates generados al momento de aplicar esas normas por jueces y juristas.

Si bien el convencionalismo, es una especie de positivismo renovado, de carácter originariamente semántico, Dworkin lo expone desde una consideración interpretativa, lo cual no obsta para que el autor en cuestión enfatice sus incorrecciones.

³¹ Delgado Pinto, José. “La noción de Integridad en la teoría de R.Dworkin”: Análisis y valoración. 2002. Universidad de Salamanca. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas; Derechos y Libertades, pp. 39. Apéndice 1.

³² Aún así, parece inexacto afirmar, que toda la teoría de Hart, es un sistema semántico de análisis, pareciera que si buscamos un punto riguroso de crítica a la teoría Hartiana, podremos ver, que sus postulados juegan un rol que se encumbra desde lo semántico, pero que considera lo argumentativo como algo fundamental. Una gran cantidad de autores ha denominado a Hart, como un filósofo analítico cotidianista, pues su postura fue conciente de las variaciones fácticas y teóricas de los elementos del Derecho. Este cotidianismo no implica una reducción al empirismo, sino que todo lo contrario, una confrontación directa a la postura analítica científicista.

³³ Esto no quiere decir que cuestiones empíricas no tengan relación relevante con el Derecho, muy por el contrario, constantemente el poder legislativo utiliza datos estadísticos para conocer de mejor manera las necesidades de la comunidad, y priorizar sus actividades. Sin embargo, toda cuestión empírica nos da certezas, mas no verdades absolutas, toda vez que inclusive lo empírico requiere un análisis interpretativo de factores relevantes, involucrando cuestiones que no son solamente empíricas. Cuando hacemos Derecho, debemos incluir disciplinas y no excluirlas. Lo empírico es una disciplina muy importante que al igual que muchas otras están al servicio de la comunidad, aportando al debate y no otorgando verdades inexistentes.

La Integridad; una relación entre principios y Moral.

Como ya se dijo, esta teoría es de carácter interpretativo, y apunta a la labor que debieran realizar los operadores del Derecho cada vez que lo aplican. En ese sentido, Dworkin plantea que dicha interpretación debe concentrar coherencia entre reglas y principios que a ellas subyacen, generándose un esquema interpretativo que los jueces deben respetar. Plantea un claro direccionamiento de la interpretación, el que se traduce en que las normas se interpretan desde un sistema determinado por principios.

Dworkin manifiesta, que todo Estado de Derecho tiene teóricamente, la obligación de legitimar su facultad de concentrar el direccionamiento coercitivo. En este sentido, entendiendo que todo concepto implica un piso desde el cual se genera el debate y confrontación de concepciones que de él nacen, la mejor concepción al respecto, deberá implicar un argumento de legitimidad que explique el concepto originario, al menos siempre, que discutamos sobre la identidad del Derecho.

Es aquí, cuando nace el cuestionamiento sobre la legitimidad del Derecho, y de todo sistema democrático, donde el autor pregunta: *¿De qué manera se puede justificar la coerción en la política ordinaria?, ¿Qué es lo que puede otorgarle a una persona el tipo de poder autorizado sobre otra que la política supone que los gobernantes poseen sobre los gobernados?, ¿Por qué el hecho de que una mayoría elija un régimen en particular, por ejemplo, le otorga a dicho régimen un poder legítimo sobre aquellos que votaron en contra del mismo?*³⁴ Todo este cuestionamiento involucra aspectos tan controversiales, como el de analizar las razones bajo las cuales los ciudadanos deben respetar el Derecho, y bajo qué validez podemos entenderlo como moralmente obligatorio.

Nace un nuevo conflicto; ¿Podemos decir que los ciudadanos deben concebir las decisiones estatales como obligatorias?

En palabras de Dworkin; *“Estas dos cuestiones (el hecho de si el Estado es legítimo desde el punto de vista moral, en el sentido de que está justificado para utilizar la fuerza en contra de sus ciudadanos; y si las decisiones del Estado imponen genuinas obligaciones sobre ellos) no son iguales”*³⁵. Por un lado, ni que un Estado tenga buenos fundamentos para coercer a los ciudadanos significa que lo que dictan sean obligaciones legítimas, ni por el otro, que existan obligaciones legítimas nos indica que el Estado tiene buenos fundamentos para aplicar la fuerza pública.

La solución a este cuestionamiento ético del Derecho, es en este caso, la Integridad. *“Un Estado es legítimo si su estructura y prácticas constitucionales son tales que los ciudadanos tienen la obligación de obedecer las decisiones políticas que implican la imposición de deberes sobre ellos. Un argumento de legitimidad sólo necesita proporcionar razones para esa situación general”* (...) *“Demostraré que un Estado que acepta la Integridad como ideal político tiene un mejor caso de legitimidad que uno que no lo acepta”*³⁶.

Cuando analizamos la legitimidad del Derecho, como sistema de dirección de la coerción

³⁴ Dworkin, Ronald. “El Imperio de la Justicia”, 1992. Gedisa, Segunda edición, Barcelona, p. 142.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

Estatal, debemos encontrar la mejor concepción que nos indique porqué debemos entender que el Derecho tome esa atribución y esa labor. Es en este sentido, en virtud del cual, el autor considera que su teoría es sumamente atractiva, pues es la mejor explicación para la duda en cuestión, es la mejor concepción para el concepto que caracterizó.³⁷

Para Dworkin, todo esto se traduce en una moralidad política, en virtud de la cual los ciudadanos conciben al Derecho, como un sistema legítimo de control de sus conductas.

El análisis se vuelve más conflictivo en el momento en que Dworkin determina la naturaleza de dichos principios. Según el autor, la Integridad que debiera tener un determinado ordenamiento, tanto en la creación original de sus normas, como también en el análisis que sobre él se haga, se traduce en una determinada concepción del Derecho, en una cierta teorización de cómo interpretarlo y de cómo aplicarlo, que tiene un fuerte contenido moral. Esta conclusión es para Dworkin muy clara, toda vez que considera que los principios que articulan la Integridad del sistema, son principios de una moralidad política. En este argumento, el mentado autor solidifica la noción de Integridad, a base de tres estándares que son fundamentales, a saber; La Justicia, La Equidad y El Debido proceso. En otras palabras, podríamos decir que la Integridad como sistema interpretativo del Derecho, debe advertir tres piedras angulares que tienen una relación intrínseca con sus respectivos valores morales.

Dworkin define qué debe entenderse para estos efectos por justicia, equidad y debido proceso, y cómo se evidencia la importancia de su dimensión moral.

Crea una concepción de justicia, que implica, cómo los poderes públicos del Estado se desempeñan en la distribución de recursos, oportunidades y Derechos hacia la ciudadanía, a base de un requerimiento fundamental, el cual corresponde a que la mentada distribución se desarrolle dentro de los límites de lo correcto, desde la moral política. *“Si aceptamos la justicia como una virtud política, queremos que nuestros legisladores y otros funcionarios distribuyan recursos materiales y protejan las libertades civiles para asegurar un resultado defendible desde el punto de vista moral.”*³⁸

³⁷ La formulación de este análisis tan lúcido que diferencia los conceptos y las concepciones fue desarrollada en un principio por H.L.A Hart, en “El Concepto de Derecho”, y también fue expuesta posteriormente por J. Rawls, en “Teoría de la Justicia”.

Dworkin distingue los conceptos de las concepciones literalmente, diciendo que dicha diferencia no se reduce sólo a la distinción entre definición y asimilaciones de esa definición. Establece que; *“El contraste entre concepto y concepción es aquí, un contraste entre niveles de abstracción en los que puede ser estudiada la interpretación de dicha práctica”*. En su obra “El Imperio de la Justicia”, utiliza el ejemplo de la cortesía como práctica social, para distinguir en ella concepto y concepciones. Dice que la diferencia de niveles, se manifiesta en que en el nivel de concepto se generan una serie de interpretaciones indiscutibles sobre las cuales hay un gran consenso, mientras que en el nivel de concepción, el debate y la controversia se vuelven una constante, generándose una mayor capacidad de abstracción sobre el análisis. La diferenciación entre concepto y concepción, distintamente de lo que ocurre entre definición y alcances de ésta, concentra un contraste que no es semántico, sino más bien interpretativo. Véase, en Dworkin, Ronald. “El Imperio de la Justicia”, 1992. Gedisa, Segunda edición, Barcelona, pp. 60 y 61.

³⁸ Dworkin, Ronald. “El Imperio de la Justicia”, 1992. Gedisa, Segunda edición, Barcelona, p124.

La equidad implica por otro lado, lo que podemos denominar como la recta estructuración en la distribución de ese poder político, partiendo por los mecanismos de elección de gobernantes y funcionarios, en relación a sus competencias y responsabilidades. Permitiendo que se contemple la participación ciudadana. *“Equidad en Política significa hallar los procedimientos políticos” (...)* *“que distribuyen el poder político, de forma adecuada. Esto se entiende, al menos en los Estados Unidos y en Inglaterra, como procedimientos y prácticas que atribuyen a todos los ciudadanos, más o menos la misma influencia en las decisiones que los gobiernan”*.³⁹

La diferenciación entre justicia y equidad es fundamental, toda vez que se han considerado como términos sinónimos, incurriéndose en un grave error de importantes consecuencias en el estudio jurídico. En la teoría de Dworkin, la justicia se ocupa de que las decisiones de las autoridades sean moralmente correctas, mientras que la equidad, de que los procedimientos para elegir a las autoridades que toman esas decisiones, permitan el respeto de los parámetros morales y la participación ciudadana.

Finalmente, considera que el debido proceso cierra esta lista de principios fundamentales de la Integridad del Derecho, y lo concibe como el principio que direcciona el procedimiento que tiene por finalidad, el resguardo del ordenamiento. Es decir, es un esquema moral que subyace a los procedimientos, destinado a vigilar que las normas se cumplan; sancionando a quienes las quebranten, lo cual en palabras del autor implica que: *“Si lo aceptamos como una virtud (el debido proceso), queremos que las cortes e instituciones similares utilicen procedimientos de evidencia, descubrimiento y revisión que prometan el nivel adecuado de exactitud y traten a las personas acusadas de violación, como se debe tratar a las personas en dicha posición”*.⁴⁰

A lo largo del análisis teórico del Derecho, se ha considerado que estos principios permiten dotar a la ciudadanía de cierta certeza, en virtud de la cual, casos similares se fallarán de forma similar, pero Dworkin prefiere enfatizar el valor político de la Integridad; como sistema vigente en todo Derecho, manifestando que: *“Este requerimiento particular de la moralidad política no está bien descrito en la frase capciosa de que debemos tratar casos parecidos en forma parecida . Yo le doy un título más grande: es la virtud de la Integridad Política”*⁴¹. Es así como la Integridad permite que aún cuando personas distintas, consideren de forma distinta, cada principio moral (al menos en cuanto a su intimidad), se comporten de acuerdo a un prisma general de coherencia social, actuando de forma consecuente, y no derechamente caprichosa.

Sin embargo, Dworkin anuncia que para efectos del análisis y exposición de su sistema interpretativo, no utilizará los tres estándares señalados, sino que, razonará en la utilización de la equidad y la justicia. Declara que serán estos dos, los principios más importantes desde los cuales analizará diferencias y relaciones para su teoría.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

2.5 Diferenciación. Identificación entre Integridad, coherencia, justicia y equidad.

Como ya se señaló, la Integridad no es sinónimo de justicia, ni equidad, lo cual no implica que la relación entre éstos pierda en un ápice su importancia fundamental. Por otro lado, Integridad y coherencia son dos cuestiones diferentes que juegan un rol complementario, uno del otro.

Para Dworkin, la diferencia entre justicia e Integridad, nace del entendimiento lógico que tiene por suposición, que la sociedad es imperfecta; y que por lo tanto no existe un concepto de justicia único, en relación a una perfecta aplicación de éste para la satisfacción de las necesidades de la comunidad. En este sentido, el autor señala que sólo en una comunidad utópica, de carácter perfecta, el valor de la Integridad sería nulo. Esto se debe, a que si existe una perfecta y total comprensión unitaria de la justicia, los jueces no tendrán otra opción más que aplicar el único concepto y concepción de justicia existente, no habiendo mayor discusión sobre cuál debiera ser la decisión correcta⁴².

Sin embargo, como esto no es posible, la Integridad adquiere relevancia trascendental, pues, al existir controversia respecto de qué se debe entender por justicia en determinados casos, y como debe ser ésta administrada, es fundamental que exista un sistema de interpretación que interrelacione cada norma del ordenamiento con los principios que subyacen a éstas.

Sabemos que puede haber gran discusión en torno a los alcances de la justicia en un determinado caso, y de si es justo o no que una persona tenga un determinado derecho sobre algo. El punto tangencial, es que la solución de esos casos, donde los alcances de la justicia como concepción aplicable son discutibles, se desarrollen por el operador del Derecho pertinente, en relación a una interpretación que relacione de forma coherente las normas en juego y el principio general de justicia. En ese sentido, la Integridad permite lograr comunión entre posturas dispares, en casos donde finalmente debe haber una decisión.

Si A cree que en virtud de la justicia una determinada ley debiera ser nula; y por otro lado B, cree que en virtud de la justicia dicha ley es absolutamente ajustada al principio, la Integridad permitirá que si dicha norma es coherente con todo el amplio espectro de elementos del Derecho que incluye normas y principios (en este caso específico la justicia), sea obligatoria tanto para B que la cree justa, como para A que la cree, por el contrario, absolutamente injusta.

Es así como la Integridad es fundamental al momento de llegar a decisiones, respecto a cuestiones en las cuales no hay acuerdo. Esta lógica, es también aplicable a la labor de los jueces, quienes en determinados casos deberán otorgar derechos a personas que en un

⁴² Esto se entiende al menos desde un ámbito teórico, pues parece sumamente lógico considerar, que ni siquiera un concepto perfecto y único de justicia permitiría asegurar una aplicación absolutamente correcta del mismo, toda vez que existen otros aspectos que influyen en las decisiones judiciales, como la preparación de los conocimientos, las influencias políticas, etc. Si un juez conoce la única noción de justicia existente, pero no sabe aplicarla, difícilmente logrará una decisión que se acerque a lo "perfecto". Véase, en Dworkin, Ronald. "El Imperio de la Justicia", 1992. Gedisa, Segunda edición, Barcelona, pp. 132 y 133.

contexto de justicia utópica no debieran tenerlo, pero que a la luz de la coherencia del ordenamiento, y en relación a la Integridad del mismo, debe ser otorgado.

La integridad permite solucionar desacuerdos referentes al entendimiento de la justicia, pero sólo mientras se utilice dicho principio en un contexto de coherencia jurídica.

La diferencia entre justicia y equidad se encumbra desde el entendimiento, de que la equidad en nuestros tiempos, sólo es posible, siempre que se cumpla con los requisitos básicos de los principios políticos democráticos, respecto de la participación ciudadana. Esto se traduce en la cierta posibilidad, más o menos igualitaria, de que todos los miembros de una comunidad participen en la determinación de decisiones colectivas que influyan a la sociedad en que viven.

Dworkin es muy claro al diferenciar estos dos principios, que suelen ser confundidos, dándole a uno un carácter decisivo en la determinación de decisiones (justicia) y al otro, en el mecanismo de cómo deben ser establecidos, validamente, los encargados de determinar dichas decisiones políticas o jurídicas. (equidad).

Posteriormente, diferencia la equidad de la Integridad. Para esto el autor considera determinados casos en los cuales podrían existir posturas conflictivas entre los alcances y necesidades de uno y otro. Son finalmente estas situaciones, las que mejor grafican las diferencias existentes entre ambos.

Sabemos que la equidad es un principio de impacto trascendental respecto de la participación ciudadana, ante los mecanismos de decisiones colectivas, mientras que la Integridad es un sistema interpretativo, propuesto para decidir en Derecho, cuestiones al él atingentes⁴³.

El problema es que en determinados casos, las exigencias de la Integridad, respecto de la coherencia en el análisis de las fuentes del Derecho, pueden ser contrarias a las exigencias de la equidad; como principio que requiere una igualitaria posibilidad de intervención ciudadana.

Un ejemplo, como ya se adelantó, es el conflicto democrático en relación a la toma de decisiones legislativas, donde puede no haber acuerdo respecto de lo que debiera considerarse como moralmente coherente con la justicia.

Como ya se dijo, es muy común que las voluntades legislativas concentren posturas morales (particulares) diversas, generándose una difícil solución. Puede ocurrir que en la búsqueda de satisfacer a ambas posturas, para lograr una decisión que concentre de mayor y mejor manera la participación ciudadana, se produzca lo que Dworkin llama, “el compromiso interno”. Esto corresponde a diseñar una solución, que permita contener a una y otra postura en un mismo razonamiento, con requisitos y límites.

El problema del “compromiso interno” como salida a esta encrucijada, corresponde a que

⁴³ Tiene también otras utilidades, como lo es la posibilidad que entrega como medio interpretativo del Derecho, de determinar los alcances de determinadas normas, o de darnos una buena base para examinar las decisiones judiciales. Esto se analizará mas adelante.

en casos de relevancia mayor, como por ejemplo los casos constitucionales⁴⁴, se vulnere la Integridad como sistema de certeza interpretativa, en relación a cuestiones fundamentales. En el afán de conciliar voluntades legislativas dispares, para lograr una solución, puede que se renuncie al análisis riguroso de cada fuente del Derecho, y a la coherencia de normas positivas y principios. Esta forma de “negociación de posturas”, puede inobservar el fundamento básico de la Integridad, que es mantener un análisis coherente de las reglas, principios y otras cuestiones que jueguen un rol relevante al caso particular.

En este sentido, la Integridad no es sólo un sistema de solución de casos, o de “ayuda a la labor judicial”, sino que también, una estrategia jurídica de interpretación del Derecho y sus alcances, respecto de cada obligación de los operadores del mismo, incluyendo a los legisladores.

Un ejemplo que permite graficar esta situación de confrontación, entre Integridad y equidad, puede ser, el problema que se suscita ante la necesidad de elaborar una ley que regule materias conflictivas, de fuerte contenido moral, como por ejemplo, una norma referente a la regulación económica.

Si consideramos que por un lado, la postura de Aquiles, es que se legisle de forma rigurosa contra el monopolio, con el fin de promover y proteger la libre competencia económica, como principio fundamental en la eficiente satisfacción de necesidades y producción de recursos. Y por otro, que Héctor plantea que el monopolio debe existir en determinadas actividades donde la competencia sea muy baja, y donde si bien, en teoría, el monopolio es negativo, en el caso específico y real, la existencia de un sólo ente que produzca determinado recurso de forma estable y constante es eficiente; nos encontramos en una situación donde el compromiso interno parece una solución muy atractiva.

Sin duda, en este caso, existen intereses extra jurídicos comprometidos, lo que hace muy difícil un acuerdo. Suponiendo que ambas posturas concentran una representatividad democrática similar, generándose una muy difícil solución para el caso político, el camino ya propuesto puede ser una alternativa para decidir. Un “compromiso interno” entre ambas posturas, donde se transen cuestiones hacia uno y otro lado, permitiría una solución final de fuerte representatividad política.

Si la decisión, fuera finalmente prohibir el monopolio en un sentido general, pero permitirlo en determinados casos, donde la situación fáctica lo amerite, la ley concertaría un acuerdo incoherente con el principio de justicia, además del principio económico, que subyace directamente a la norma que protege la libre competencia. En este sentido, la restricción al Derecho de libertad económica a unos y no a otros, genera directamente un conflicto de justicia. Pero esta incoherencia, es mayor cuando tengamos que validar de principio, (en relación al principio que subyace a la norma) el acuerdo legislativo, pues, para validar teóricamente la postura que promovía Aquiles, tendríamos directamente que condenar la postura de Héctor, mientras que para permitir la excepción inspirada en la postura de Héctor, habría que condenar la de Aquiles (al menos en ciertos aspectos relevantes).

⁴⁴ El aspecto constitucional, y las garantías fundamentales son un ejemplo. El inconveniente presentado, no se reduce solo a estas materias. Aunque parece ser un muy buen ejemplo, de una materia generalmente álgida y conflictiva, donde el compromiso interno pueda estar muy presente.

La justificación de una parte de la norma, niega la base de principio de la otra, lo cual genera una incoherencia, que es inaceptable por la Integridad del Derecho. Es más, justamente es esa incoherencia, la que Dworkin condena.

Debe existir un momento previo de deliberación y discusión democrática, donde cada persona podrá participar en la medida que su ordenamiento jurídico respectivo lo contemple, para argumentar sus posturas en cada momento legislativo. Pero finalmente, habrá una decisión que debe ser coherente con los principios invocados para solucionar el conflicto, y con el principio en que se basa dicha norma. La búsqueda de equidad y de participación de la comunidad en las decisiones que los influyen, no puede significar una incoherencia conceptual de la determinación de los alcances normativos.

Antes de iniciar el estudio de la Integridad, en cuanto a su dimensión legislativa y judicial, es menester diferenciar el significado de la misma con el de coherencia. Dworkin se pregunta “*¿Integridad es sólo coherencia (al decidir casos parecidos) bajo un nombre más imponente?. Si una institución política sólo es coherente cuando repite sus propias decisiones anteriores con mayor fidelidad o de una manera más apropiada, entonces Integridad no es coherencia; es algo más y algo menos a la vez*”⁴⁵. Cuando respetamos la Integridad, estamos respetando un sistema, que requiere que las normas públicas en una comunidad sean creadas y analizadas para la práctica social, en un esquema coherente de justicia y equidad. Es así, como la Integridad es auxiliada por la coherencia, toda vez que esta última nos permitirá combinar y complementar, las normas, con la justa medida de equidad y justicia.

En este punto, es importante recordar el caso referente a la responsabilidad de los abogados, y la injusta excepción que en su favor se otorgaba por los jueces. El precedente judicial desarrollaba una dirección que no era justificable desde el principio de justicia, razón por la cual, la coherencia, entendida como la solución similar de casos similares, es complementada esta vez, por un valor superior, la Integridad. Es esta última, la que nos indica que coherencia no es una cuestión de simple aplicación de precedente, sino que una cuestión de consistencia entre conducta y Derecho, siendo este último un conjunto de muchos elementos, argumentables desde una base de principios. Podemos concluir que, es la Integridad la que nos dice que en determinados casos ese precedente debe ser modificado, siempre que los argumentos lo permitan, siendo tope teórico, el hecho de que mientras esa excepción no se elimine del ordenamiento, éste no será del todo íntegro. “*La cámara de los Lores ha reducido esa excepción: al punto de que ha preferido la Integridad en lugar de una coherencia limitada. Sin embargo, la Integridad no quedará satisfecha hasta que no se elimine por completo esa excepción*”⁴⁶.

Es así, como entendemos que Integridad y coherencia no son la misma cosa. Intuitivamente podemos decir que Integridad es un sistema de incalculable valor político y de trascendencia moral, que se encuentra en la cima teórica del Derecho para su comprensión e identificación, mientras que la coherencia es una relación de consistencia, que bien

⁴⁵ Dworkin, Ronald. “El Imperio de la Justicia”, 1992. Gedisa, Segunda edición, Barcelona, p. 160.

⁴⁶ Ibid, op cit nº 44, pp. 160 y 161.

entendida, permitirá que la Integridad se materialice; relacionando normas positivas, con justicia y equidad en la medida correcta, de acuerdo al respaldado de argumentos de principio que correspondan.

La Integridad y su articulación en relación a los principios. Dimensión legislativa y judicial.

La justicia y la equidad son principios fundamentales de todo ordenamiento jurídico, y por ende de la Integridad como sistema; que debe analizarlos y comprenderlos, mas no corresponden a conceptos particulares o subjetivos de cada individuo. Este alcance implica entender, que la justicia y la equidad no se conjugan desde el prisma íntimo de cada juez, sino que desde la concepción que se tenga de ambos principios por sentada y propia de la comunidad entera.

Respecto de este primer alcance, ahondaré más tarde, pues ahora es menester realizar un segundo alcance. Pues es finalmente, el resultado del análisis de todos y cada uno de los elementos que forman parte de las fuentes del Derecho, lo que permite conformar la Integridad interpretativa.

Una vez hechos estos dos alcances, parece estar suficientemente claro, al menos en un sentido general, que Dworkin considera fundamental que a la hora de analizar el Derecho, este análisis no se reduzca sólo a las reglas positivas, sino que, debe incluir principios. Sin embargo, para el autor, el análisis de los principios tampoco puede reducirse a la sola concepción social de justicia que subyace en distintas normas, pues se debe balancear en una medida equilibrada, con la concepción de equidad, pudiendo tomar diversas formas en cada norma y materia.

Cuando un operador jurídico pretende determinar el sentido de una ley, en relación a un caso, debe proporcionar todas las asimilaciones de dicha ley a los principios de justicia y equidad, buscando una buena solución desde el más correcto sistema de participación de la comunidad, esquema institucional del Estado, etc. La justicia y la equidad deben ser los mejores aliados del intérprete, en un análisis conciliador de los mismos, donde en casos particulares, uno u otro deberán complementarse.

Existen a su vez restricciones de equidad, que la justicia debe reconocer. Si en un caso, un mejor Derecho se podría lograr vulnerando un determinado procedimiento institucional, dicha opción, será absolutamente contraria a la Integridad del Derecho.

Ahora, es menester analizar la división teórica que el autor hace respecto de la integridad del Derecho.

Dworkin manifiesta que la Integridad, se desarrolla en dos dimensiones, a saber: la

Integridad en la legislación y la Integridad en la adjudicación. *“Nos resultará útil dividir los reclamos de Integridad en dos principios más prácticos. El primero es el principio de Integridad en la legislación, que pide de aquellos que crean leyes por legislación que mantengan dicha ley coherente en principio. El segundo es el principio de Integridad en la adjudicación: pide a aquellos responsables de decidir qué es la ley que entiendan y la hagan cumplir como coherente en la adjudicación.”*⁴⁷

En el primer caso, los legisladores tendrán que generar un análisis moralmente coherente, cada vez que reformen normas vigentes o introduzcan nuevas normas. El segundo, corresponde a que el juez al dar su decisión en un caso particular, realice una interpretación coherente de las normas vigentes con los principios de justicia y equidad. Por esto es importante entender que la teoría del Derecho como Integridad no se reduce sólo al aspecto judicial.⁴⁸

Sin embargo, para Dworkin, la práctica jurídica por antonomasia es la labor judicial. Por esta razón, determina que la Integridad judicial requiere una coherencia más estricta que la Integridad legislativa. Pareciera entonces, que el autor da más valor a una de las dos dimensiones.

Existen ciertas limitaciones a una Integridad legislativa estricta, ya que, hacer de un sistema que ya contiene una gran cantidad de normas, un todo coherente, es muy complejo y de difícil aplicabilidad. Esto es así, si advertimos que existe una gran cantidad de normas contradictorias con el espíritu de Integridad. La Integridad nace como un sistema de interpretación jurídica, posterior a la creación original del ordenamiento legal, lo cual genera un inconveniente de alta relevancia toda vez que tendrá que lidiar con una serie de reglas anacrónicas y obsoletas, propias de la incapacidad que muchas veces exhibe el Derecho positivo, para adaptarse a los cambios sociales. Según esto, del análisis de Dworkin podemos concluir que la Integridad legislativa, inspira más un espíritu tendiente a evitar el cometer nuevamente errores legislativos, que permitir crear un sistema jurídico estrictamente coherente con la Integridad que propone.

En un segundo sentido, al menos desde un prisma eminentemente ideológico⁴⁹, la integridad permitirá que la coherencia legislativa manifieste un menor nivel de rigurosidad, cuando intervengan cuestiones de relevancia trascendental respecto de la conveniencia social, o de las opciones políticas de las personas, que así lo ameriten. Esto en inglés es denominado como “Policy”⁵⁰. A la luz de estos argumentos, un ejemplo puede ser muy clarificador.

⁴⁷ Dworkin, Ronald. “El Imperio de la Justicia”, 1992. Gedisa, Segunda edición, Barcelona, p. 125.

⁴⁸ Dworkin habla de Integridad adjudicativa, al menos en la traducción al español de su obra “Law’s Empire”, pero al referirme a esta dimensión de la Integridad, lo haré según el término de Integridad judicial, con el fin de que este análisis sea más claro y preciso respecto al contenido del argumento expuesto por el autor.

⁴⁹ Utilizo esta palabra en el sentido que Fernando Atria le da en su texto “La Ironía del Positivismo Jurídico”, p. 50. En él, expone que el Derecho (en ese caso específico el positivismo), puede ser analizado desde un sentido ontológico, que involucra irrestrictamente lo teórico, o ideológico, que involucra lo moral.

⁵⁰ Utilicé la traducción de “policy” hecha por el profesor de la Universidad de Salamanca José Delgado Pinto, en virtud de la cual, este término puede ser entendido como un conjunto de elementos garantes, de la conveniencia social para las personas (beneficios) o de posibilidades favorables para la comunidad, desde una naturaleza política.

Imaginemos que se establece un incentivo económico, que tenga por objeto, promover la producción nacional de una determinada área agrícola-ganadera, que para este ejemplo será la cría de caballos de Raza Chilena. Este incentivo nace, para contrarrestar la inminente disminución de estos ejemplares dentro del territorio nacional, debido a la constante exportación de éstos hacia países sudamericanos y Europeos, generando un impacto negativo en el rodeo Chileno, (como deporte de incalculable valor cultural autóctono) y en cierta porción de la población trabajadora de zonas rurales; razones que hacen necesaria dicha iniciativa.⁵¹ Si el Estado subsidiara a todo aquel criador de caballos Chilenos de acuerdo a determinadas características y requisitos, nos encontraríamos con un típico caso de “Policy”. Una estricta y absoluta aplicación de la Integridad, implicaría que en razón de la justicia, dicho beneficio se le otorgara a cada partícipe de labores agrícola-ganaderas, sin excepción, con lo cual criadores de ovinos, bovinos y otros, exigirían su derecho. Sin embargo, esto es inviable.⁵² El que se beneficie a determinada facción de producción, implica que existe un interés detrás de ello, que discrimina a favor de unos, para equiparar o promover su producción, respecto de otros. Si aplicamos una Integridad estricta, dicho objetivo no sería cumplido. Es este el sentido que da consistencia, a que en la dimensión legislativa de la Integridad, la argumentación no se desarrolla desde un espectro de rigurosidad absoluta de principios, sino que más bien desde la conveniencia y solución de necesidades de una comunidad, desde un interés “general-social”.

Parece bastante lógico entender que dicho argumento, apunta a que las concepciones de justicia y equidad no son estándares estáticos, que conduzcan sólo a una acepción de los mismos, y que “rigidizen” la labor legislativa. En ese sentido, la igualdad no correspondería sólo, a tratar todo absolutamente igual, sino que, permitir situaciones en que se pueda tratar distinto, lo que de acuerdo a las circunstancias sea distinto, e igual, lo que de acuerdo al espectro fáctico-jurídico así lo sea⁵³. Esto no implica que el legislador tenga plena discrecionalidad respecto a estos casos, los cuales tendrán siempre topes, como los Derechos fundamentales. La labor política del legislador, tiene atribuidas las prerrogativas necesarias como para crear nuevas situaciones jurídicas a favor de las personas, o deberes que los graben, teniendo también la potestad suficiente para posteriormente modificarlos o finalizarlos, siempre que exista una justificación política para ello. En este sentido, debe

⁵¹ Cuando hablo de “caballos de Raza Chilena”, hago referencia al caballo tipo Chileno, que debe cumplir con una serie de reglamentaciones de la sociedad de agricultura de Chile, como altura determinada, fenotipo específico, y un análisis genotípico de sus lazos sanguíneos.

⁵² Probablemente, la motivación de la producción de caballos Chilenos, no corresponde a un ejemplo de trascendental importancia política, pero, si queda manifiesto el interés del “Policy” en este ejemplo, y su distinto nivel de necesidad de coherencia; la tarea estará hecha, y su comparación con temas de tangencial importancia social, como la educación, o la salud no harán otra cosa que ratificar lo ya demostrado.

⁵³ Sólo podrán permitirse las situaciones expuestas, cuando exista una cierta justificación para ello, como parece quedar claro en el ejemplo que da el autor sobre el incentivo respecto de los agricultores del cereal, toda vez que el Estado Democrático, ha sido entendido contemporáneamente, como algo más que el Leviatán que proponía Hobbes, y su pretensión de poder omnipotente. Se ha producido una concientización de que todo Estado debe velar por una serie de cuestiones de intrínseco valor social; como el desarrollo de la comunidad. Esto ocurre, ya sea, desde ámbitos económicos o culturales; como la protección y promoción de aquello que tiene un valor relevante en la sociedad, tanto desde el punto de vista de los particulares como del Estado. Esto ha generado un conjunto de sistemas de benefacción y desarrollo.

haber un constante respeto de las garantías constitucionales, situación que dota al ordenamiento jurídico, de un exitoso contexto de legitimidad.

Ahora es momento de analizar la segunda dimensión de la Integridad, que corresponde a la Integridad judicial, y que a diferencia de la anterior, su argumentación y análisis de coherencia requiere una absoluta rigurosidad.

Esta dimensión, se traduce en la labor de los jueces de interpretar el Derecho al momento de fallar casos, desde una lógica distinta a la de la dimensión legislativa.

Los jueces deben fundamentar sus decisiones a base de razones de principio, y no de cuestiones de conveniencia colectiva u oportunidad política (Policy)⁵⁴. La rigurosidad de la interpretación, que en el caso de los jueces debe ser mayor, no permite el reconocimiento de derechos o la aplicación de gravámenes, sobre la base de cuestiones de interés general. El juez no puede, bajo ningún precepto, alejarse de las normas jurídicas vigentes que han sido válidamente aceptadas en una sociedad.

Es innegable que los jueces gozan de cierta discrecionalidad, y pueden fallar en sentidos contrapuestos a las doctrinas o posturas jurídicas generales. Dworkin valida la posibilidad de que los jueces no sigan un determinado precedente judicial, y fallen en un sentido distinto, todo esto, siempre que sea fundamentado y argumentado desde un razonamiento de principio. La coherencia judicial en Dworkin, es una coherencia de principio, lo cual implica una relación directa con el ordenamiento de leyes y normas positivas contemporáneas, desde una interpretación que las integre y analice directamente con los estándares de justicia y equidad.

En este sentido, el autor señala una diferenciación fundamental de la Integridad como sistema interpretativo, respecto del convencionalismo y el pragmatismo ya mencionados anteriormente. La Integridad propone algo que ninguna de las otras dos teorías hace, lo que consiste en determinar enfáticamente que la labor del juez es esencialmente interpretativa, no obstante, esta labor debe respetar el precedente existente⁵⁵. Un punto fundamental de la teoría es comprender, que este proceso interpretativo debe realizarse en cada caso en concreto, y no de modo general para un catálogo de ciertos tipos de casos.

Esta interpretación tiene un carácter constructivo, que crea Derecho. Esta situación genera el imperativo para cada juez, de fundar en contenidos coherentes cada decisión que establezca. Siempre que el juez interprete, debe necesariamente fundamentar el tenor de sus resultados.

Esta argumentación requiere en Dworkin, al menos, el cumplimiento de 2 cuestiones. Primero, considerar el precedente existente (puede ser modificado en la medida que la interpretación y argumentación lo sugieran) y segundo, generar desde las situaciones

⁵⁴ Como ya se dijo, "Policy" es el término que Dworkin utiliza para diferenciar las motivaciones de las argumentaciones judiciales, de las legislativas en "Law's Empire". Las legislativas, se traducen en las condiciones de conveniencia de las personas respecto de otros Derechos y libertades. En ese sentido el "Policy", tiene que ver con cuestiones de interés social general.

⁵⁵ Así evidenciamos nuevamente que en la teoría de Dworkin el sistema americano y anglosajón son su contexto jurídico, además de la realidad legal a la que principalmente apunta.

fácticas, el mejor análisis de coherencia en relación a la Moral política. Estos elementos diferencian a la teoría en cuestión, del convencionalismo, que obliga al juez a atenerse absolutamente al contenido positivo de las normas consensuadas, por un lado, y por el otro al pragmatismo, que ve la labor judicial como un instrumento que no crea Derecho, sino que asigna certezas. En palabras del propio Dworkin: *“El Derecho como Integridad es, por lo tanto, más inexorablemente interpretativo que el convencionalismo o pragmatismo. Estas últimas teorías se ofrecen –como- interpretaciones. Son concepciones del Derecho cuyo objetivo es mostrar nuestras prácticas legales desde su mejor perspectiva y recomiendan, en sus conclusiones postinterpretativas, estilos o programas bien definidos para la adjudicación. Pero los programas que recomiendan no son en sí programas de interpretación: no piden a los jueces que deben decidir casos difíciles que realicen un estudio esencialmente interpretativo de la doctrina legal”*⁵⁶.

Finalmente el autor señala, que bajo estas consideraciones, la Integridad del Derecho como teoría interpretativa, adquiere mayor relevancia en su dimensión judicial. Esto no sólo se desarrolla así, porque en Dworkin la labor judicial es naturalmente interpretativa, sino que también, porque el valor de este sistema innovador es realizado toda vez que en la labor judicial, su aplicación es absolutamente rigurosa.⁵⁷

La integridad como sistema de interpretación.

Como ya se dijo, la Integridad del Derecho es una teoría de interpretación jurídica que requiere la contemplación rigurosa y coherente del precedente judicial existente, el tenor de las normas positivas vigentes y los principios que a ellas subyacen desde las concepciones de justicia y equidad.

Lo que prosigue del presente análisis, se concentrará en ahondar en la importancia de los principios para esta teoría. La coherencia del análisis que desarrolla un juez, debe considerar una fundamentación de principios, básicamente dentro de las diversas acepciones que a cada caso pueden materializar la presencia de justicia y equidad.

Expuse anteriormente las definiciones que utiliza Dworkin sobre justicia y equidad. En ellas analicé cómo, la justicia tiene que ver con la mejor solución posible desde un entendimiento moral-político, y cómo, la equidad implica el respeto de las instituciones positivas y no positivas, de resguardo y promoción de la intervención ciudadana. Sin embargo, no se ha hecho aún el análisis correspondiente a la determinación de cómo, se articula la moral respecto de la teoría Dworkiana.

La Integridad del Derecho, plantea un nuevo y original sistema de interpretación judicial y de creación legislativa, que requiere como requisito básico la coherencia de cada uno de los aspectos y elementos que influyen al Derecho. No obstante, Dworkin señala que el valor

⁵⁶ Dworkin, Ronald. “El Imperio de la Justicia”, 1992. Gedisa, Segunda edición, Barcelona, pp 164 y 165.

⁵⁷ En contraposición con la Integridad legislativa, que como ya se dijo, tolera ciertas faltas de rigurosidad absoluta en razón del interés general.

fundamental y más riguroso de esta teoría, se presenta en su dimensión judicial. En este sentido cada vez que un juez se vea sometido a la disyuntiva de solucionar un caso cualquiera (y con mayor intensidad en los casos difíciles), tendrá que interpretar el Derecho, entendiéndolo como un conjunto de cuestiones jurídicas y no jurídicas propiamente. Así, el juez tendrá que tener en mente, tanto las circunstancias fácticas que rodean al caso, como el sentido jurídico del precedente existente en materias similares, sin dejar de lado, las normas positivas y los principios que a ellas y a todo el ordenamiento jurídico subyacen.

Para Dworkin, esta influencia tan relevante de los principios, implica una cuestión de moral-política. Cuando un juez argumenta en principio (usando justicia o equidad), está realizando una labor moral, la cual es justificar sus decisiones en cuanto al “porqué” de sus fundamentos. Finalmente el juez nos dice “porqué” debemos aceptar que en un caso determinado, las normas se deban aplicar tal y como él las dictamina. En ese sentido, el juez está realizando una justificación moral de su actuar jurídico, desde el prisma moral imperante en la comunidad en que se encuentra y no desde la subjetividad de sus particulares consideraciones⁵⁸. En palabras de José Delgado Pinto: *“El juez debe resolver sobre la base, no de la justicia ideal, de la moralidad crítica, sino, de la moralidad institucionalizada, de la justicia incorporada a la práctica en que participa”*⁵⁹.

El problema es, cómo saber si el juez está aplicando una moralidad propia de la comunidad en la que se encuentra, o de su concepción individual.

Esto parece zanjarse no tan dificultosamente por Dworkin, ya que es la misma Integridad la que impide dicha situación nociva de la democracia, toda vez que, la coherencia, que implica un aunamiento de normas positivas y principios, arrojará una especie de examen, que permitirá conocer el buen o mal fallo del juez.

Es así, como este sistema interpretativo no corresponde solamente a un instrumento para el juez, sino que también, a un sistema de examen político sobre su trabajo. Los principios utilizados son los principios que la misma comunidad ha adoptado, pues estos subyacen al ordenamiento positivo que se creó como sistema de regulación interpersonal de la sociedad en cuestión. Es así como estos principios que para Dworkin son prominentemente morales, forman parte de una moral convencional, que es tal, cuando es aceptada por la ciudadanía como imperativo de interpretación, y como base del régimen político.

Una persona X, difícilmente alegará arbitrariedad si es que un juez dictamina en contra de otra, una condena por haber realizado conductas contrarias a la justicia, como por ejemplo robar. El castigar a una persona por haberse apropiado, sin justa causa y con violencia, de las cosas de dominio de otra, implica un análisis claramente moral, toda vez que como sociedad entendemos que es justo sancionar a aquel que comete injusticias. Más que un juego de palabras, esto significa que, todas las personas conocen hasta cierto punto cómo

⁵⁸ Dworkin es majadero en señalar una y otra vez, que las concepciones de justicia y equidad que el juez deba utilizar, serán aquellas que la comunidad adopte por propias, y no aquellas que pertenezcan a las consideraciones íntimas de sus acepciones.

⁵⁹ Delgado Pinto, José, “La noción de Integridad en la teoría de R.Dworkin”: Análisis y valoración. 2002. Universidad de Salamanca. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas; Derechos y Libertades, p. 36.

debemos conducir nuestras actitudes en un Estado de Derecho, mas aya de que sepan o no, que el robo es un delito tipificado en las leyes penales. Esto finalmente nos permitirá saber cómo podemos esperar sanciones, si no cumplimos con la norma que nos impone determinada prohibición o conducta.

Finalmente, lo que obliga al juez a decidir conforme a la moral convencional, o consensuada por la sociedad, es, entre otras cosas, el examen constante de las personas y demás instituciones Estatales, que piden del juez, una conducta jurídica conforme a justicia y equidad. El que exijamos que un juez fundamente sus decisiones, y lo haga coherentemente, comprendiendo cada aspecto relevante del Derecho, es una cuestión de ética política que se traduce en que quien imparte justicia en un sentido material, se mantenga al menos, dentro de los márgenes que hemos establecido como contenido de esos principios relevantes, dándonos una base sobre la cual evaluar su desempeño.

En este sentido, cuando Dworkin señala que es obligación del juez analizar coherentemente reglas positivas y principios, al argumentar la aplicación de tales reglas desde los principios que a ellas subyacen, está decretando una obligación moral-política para al juez. Si un juez pretende interpretar bien el Derecho, tendrá que considerar además de lo positivo, lo que escapa a la escrituración literal del Derecho, y que se encuentra en un espacio de moralidad política, convenido por la comunidad. Una moral que es política, toda vez que se encuentra circunscrita a lo que la comunidad entiende, discute y valida por tal.

Cuando pretendemos hacer lo posible para que el Derecho sea bien aplicado, en relación a la rectitud y correcta aplicación del mismo, debemos considerar todo aquello que permita comprenderlo y entenderlo.

Un ejemplo perfecto para esto, es el dado por el propio Dworkin en su obra “El Imperio de la Justicia”⁶⁰, referente al heredero que asesina al causante para recibir su herencia⁶¹, el famosos “caso Elmer”.

Elmer, el año 1982 en Nueva York, asesinó a su abuelo, pues sabía que el testamento de éste le dejaba la mayor parte de su fortuna en virtud de la figura del legado. La idea de cometer el delito, surgió cuando el anciano contrajo matrimonio con una joven muchacha, posteriormente a haber redactado su testamento, con lo cual, nuestro protagonista vio una amenaza para con sus pretensiones patrimoniales. Creyó que los encantos de la mujer podrían forzar un cambio de testamento en su contra; y para no correr riesgos, actuó. El asesinato fue descubierto, por lo cual se condenó a Elmer a prisión. No obstante esto, según figura en los registros de Dworkin, la situación era más compleja, ya que existían dos hijas del anciano, quienes eran herederas universales de éste, y que al percatarse del crimen, demandaron para que en razón de la delictiva conducta de su sobrino, éste fuera despojado de sus derechos sobre la Herencia.

⁶⁰ Para efectos de este trabajo se ha utilizado la versión en Inglés y la versión en Español. Dworkin, Ronald. “El Imperio de la Justicia”, 1992. Gedisa, Segunda edición, Barcelona. Y Dworkin, Ronald. “Law’s Empire”. 1986. Harvard University Press. Massachusetts. Sin embargo, todas las citas literales provienen de su versión en español.

⁶¹ Dworkin, Ronald. “El Imperio de la Justicia”, 1992. Gedisa, Segunda edición, Barcelona. Caso Elmer, pp. 24 y siguientes.

Dworkin se pregunta: el asesino “¿Tenía Derecho a la herencia que el último testamento de su abuelo le proporcionaba?”⁶².

El asunto llegó a la Corte, y se analizó el estatuto legal sobre la materia generándose varias posturas. La primera, establecía que el estatuto debía ser analizado desde la base de su contenido literal (juez Gray, opinión minoritaria de la Corte), fuera del contexto fáctico-circunstancial que lo involucraba; la segunda postura, planteaba que si bien existía por un lado un estatuto literal escrito, debía reconocerse la existencia de otro estatuto, uno de carácter teórico, (Juez Earl, opinión mayoritaria de la Corte). La primera de las posturas establecía que Elmer debía recibir la herencia, pues una cosa era su derecho a suceder, que por lo demás constaba en un legado escrito válidamente, y otra, su obligación de responder penalmente por su conducta delictual. La segunda postura manifestaba que lo importante no era sólo atender el tenor literal estricto del estatuto, sino que, observar el contenido que subyacía a la voluntad legislativa al interior de ese estatuto, el espíritu jurídico del mismo, además de la conciliación de normas y principios generales del Derecho. “ Earl sostuvo que la ley en otra parte respeta el principio de que nadie debe aprovecharse de sus propios errores, de modo que el estatuto de testamentos tendría que leerse para negar la herencia a alguien que ha matado para obtenerla ”⁶³.

Para Dworkin, el conflicto entre los jueces no se traducían en la disputa sobre si es que era mejor seguir la norma o ajustar la interpretación al espíritu de la justicia. “Fue una disputa sobre qué era el derecho, qué decía en realidad el estatuto verdadero que los legisladores promulgaron”⁶⁴, por sobre la carta literal del estatuto.

Una aplicación maquinal y primaria del Derecho positivo, nos indicaría que por un lado el asesino debiera suceder al causante y por el otro, responder penalmente por su conducta. Sin embargo, desde la argumentación de la Integridad del Derecho, y la obligación de justificarla desde un respaldo de principio, rápidamente sabremos, que el juez no podrá fundar una decisión como la ya señalada argumentando en base al principio de justicia. Al aplicar el principio de justicia, sabremos que difícilmente, podremos aceptar como sociedad, que quien asesina a su causante reciba conforme a su título positivo los bienes correspondientes, más aún si arteramente lo hace con ese fin. Una nueva acepción de la justicia, a saber, el que “nadie puede beneficiarse de su propio dolo”, nos señala concluyentemente que no media, causa justa alguna, para que nuestro asesino reciba la sucesión. Esta acepción de la justicia corresponde a un principio que hemos validado como relevante en nuestra sociedad jurídica, correspondiendo a un análisis ético, de cómo debiéramos sancionar ciertas conductas donde hay una voluntad positiva de causar daño⁶⁵.

⁶² Ibid. Op cit n° 60, p. 25.

⁶³ Ibid. Op cit n° 60, p. 27.

⁶⁴ Ibid. Op cit n° 60, p. 28.

⁶⁵ Es importante considerar que existe una relevante diferencia entre las características del dolo civil, en cualquiera de sus acepciones (ya sea como vicio de la voluntad, circunstancia agravante de la responsabilidad del deudor ante incumplimiento de la obligación asumida o elemento del supuesto de hecho del delito civil) y el dolo penal. Pero para efectos de este análisis utilicé la característica más general de dolo, que corresponde a la voluntad positiva de causar daño, de forma consciente, lo que coincide, al menos a modo general, con la acepción del dolo civil en cuanto a elemento del delito civil. Artículo 44, inciso final, del Código Civil de Chile: “El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

Los principios básicos de la Integridad, contienen un fuerte sentido moral, toda vez que pretenden direccionar el actuar de las personas y jueces, sobre bases adquiridas por las sociedades respectivas, a través de una evolución cultural, sociológica e histórica que no tiene un sentido estrictamente jurídico. La concepción que tenemos de la justicia, es una cuestión construida desde una serie de lugares intelectuales del humanismo, que no se reducen solamente a lo estrictamente jurídico. Por lo mismo, para Dworkin hablar de justicia, no es hablar de una cuestión meramente abstracta y que carezca de valor concreto. Por el contrario, en su razonamiento, hablar de justicia, es hablar de un principio que subyace a los ordenamientos jurídicos, y que es propio de todo sistema político democrático.

2.8 Conclusiones

Para Dworkin, toda interpretación del Derecho, requiere coherencia de: precedente, contexto fáctico, reglas positivas y principios que subyacen a éstas, además de una argumentación final que justifique tal interpretación. Lo trascendental es que la justificación de esa interpretación, debe realizarse desde fundamentos de principio.

Ya tenemos al menos, dos alcances fundamentales donde la Moral juega un rol decisivo. Primero sabemos que un juez tiene la obligación de justificar sus fallos, lo cual puede tener un fundamento: político, moral, jurídico o incluso social, según se analice. Pero en Dworkin, para justificar dicha interpretación, esta debe hacerse necesariamente desde un análisis de principio, es decir, desde la utilización de los principios que subyacen al Derecho, que para este caso son: la justicia y la equidad. Segundo, si entendemos que estos principios tan relevantes en el actuar judicial; son principios morales, (por ende, valores que escapan a lo estrictamente jurídico), sabremos que existe una evidente relación entre el Derecho y la Moral.

Por esto, si en Dworkin, el correcto análisis del Derecho, requiere de la argumentación de valores morales, un juez no podrá interpretar bien el Derecho si no advierte estos estándares, por lo cual, podemos afirmar finalmente, que la Moral debe influir al Derecho, al menos, siempre que éste pretenda interpretarse⁶⁶.

Con esto, muy lejos de relativizar el Derecho, el autor busca “judicializar” a la Moral, advirtiéndole, que aún cuando ésta tiene una estructura y naturaleza diferente a la del Derecho, es parte de él, pues cada vez que un juez falle un caso, o que un legislador pretenda darle consistencia a las normas del ordenamiento, tendrá que utilizar estos estándares que se encuentran en la cúspide del sistema. Será finalmente este sistema argumentativo el que controlará la discrecionalidad de los jueces, y conculcará los valores

⁶⁶ Esto se vuelve más evidente en los llamados “casos difíciles”, donde la aplicación mecánica de las reglas no es posible.

democráticos.

Por último, haré una breve referencia al “Juez Hércules” que ha sido tan criticado por la comunidad jurídica, y que para Dworkin implica el estereotipo del juez que decide íntegramente en Derecho.

“Hércules”, decide una serie de casos famosos de la jurisprudencia norteamericana, interpretando el Derecho, en coherencia con una justificación de justicia y equidad, desde una moralidad política correcta. Si bien es indudable que sus decisiones contienen un fuerte hábito de subjetividad, finalmente reprochar tal falta de neutralidad de sus razonamientos puede volverse una crítica hipócrita. Si entendemos que toda interpretación requiere de un intérprete, que juzgue desde su consideración jurídica los elementos relevantes al caso, pedir que su postura se presente en ausencia absoluta de cuestiones valóricas particulares, parece un imposible. Si queremos que nuestros jueces fallen sobre bases matemáticas, entonces no les pidamos que interpreten.

No obstante esto, si aceptamos que existen al menos, algunos aspectos subjetivos de parte del juez, no estaremos obligados a generar un estado de irracionalidad que nos impida exigir de parte de éste, que cuando interprete, lo haga de forma coherente a las concepciones “políticas” de justicia y equidad. La forma de objetivar esta interpretación, será justamente la integridad del Derecho, un sistema que requiere la intervención ética de aquellos parámetros valóricos imperantes en la realidad social, que harán del juicio de Hércules, un juicio justo y equitativo. Si las consideraciones éticas de Hércules, son las mismas que las de la comunidad, ponderadas desde su criterio, podremos realizar un examen que arrojará el buen o mal desempeño de nuestro súper-juez, independientemente que todo el razonamiento realizado implique cuestionarse, cual debiera ser el mejor Derecho desde las normas analizadas. Lo importante, es que Hércules; al preguntarse por “cual es el mejor Derecho”, observe los límites que la propia comunidad le ha impuesto a este análisis ético.

Es así como la voluntad de Dworkin, es establecer que si suponemos la existencia de un juez que por naturaleza falla íntegramente, en su labor interpretativa recurrirá “intransablemente” a la utilización de la Moral más íntegra. Esa Moral, no será otra que aquella que la misma comunidad haya adoptado por propia.

Este estereotipo imaginario de juez perfecto, permite personificar en un juez, la forma desde la cual se debería materializar la teoría de la Integridad del Derecho. Desde este noble protagonista, el autor pretende decirnos cómo se logra la Integridad en un sentido perfecto, y cómo se genera una aplicación práctica de la misma. Finalmente, todos los casos que Dworkin propone y resuelve a través de Hércules, no son otra cosa que la voluntad de hacer de esta teoría una práctica cierta.

Crear que esta personificación es una manifestación del algún tipo de “elitismo judicial”,

me parece un análisis bastante apresurado, ya que no advierto dicha intención en la argumentación del autor quien en variadas oportunidades recuerda: *“Hércules sirve a nuestro propósito porque puede concentrarse en las cuestiones de principio que, según el derecho como integridad, constituyen el derecho constitucional que administra. No necesita preocuparse por la presión del tiempo y del sumario”* (...) *“tampoco se preocupa por el problema práctico que es muy serio en los casos constitucionales. Un juez de verdad debe a veces ajustar aquello que considera correcto como una cuestión de principio, y por lo tanto como una cuestión de derecho, para poder ganar los votos de los otros jueces y hacer que su decisión conjunta sea bastante aceptable por la comunidad de modo que pueda seguir actuando en el espíritu de una comunidad de principio, a nivel constitucional”*⁶⁷. De esta manera, el autor pretende decirnos cómo, en un estado de abstracción ideal del trabajo adjudicativo, se debe aplicar la Integridad del Derecho.

Es muy claro, que Dworkin concentra su análisis sobre los hombros de los jueces, dándole a su teoría un alto fondo casuístico, pues como ya se explicó, es esta dimensión de la práctica jurídica la que corresponde por naturaleza a la interpretación del Derecho. No obstante, me parece que abandona la labor legislativa, no dando soluciones concretas a los problemas del compromiso interno, y de la gran incongruencia que el “Policy” genera al relacionarse con la Integridad⁶⁸. Creo que si bien su trabajo es exhaustivo en la dimensión judicial, deja de lado la creación de las normas, lo cual puede ser un importante error. En ese sentido, su pecado no sería el de caer en un “elitismo judicial”, ya que el autor nos da bastantes argumentos y razones como para privilegiar la dimensión adjudicativa, sino que sería; el de confiar excesivamente en que desde lo judicial, podamos solucionar problemas naturalmente legislativos. Así, pretender que Hércules nos sacará del paso cada vez que la Integridad sea mal aplicada al legislar, puede ser, darle un peso imposible de conllevar a los jueces reales. Finalmente, cuando en un tribunal se discutan casos difíciles, más probable será, que quienes ocupen los sillones de la Corte sean tipos como Earl o Gray, más que el audaz de Hércules.

⁶⁷ Dworkin, Ronald. “El Imperio de la Justicia”, 1992. Gedisa, Segunda edición, Barcelona, pp. 267 y 268.

⁶⁸ Me parece que, más que dar razones de cómo afrontar estos inconvenientes en la dimensión legislativa, el autor nos indica porqué es preferible exigir rigurosidad de parte de la Integridad en uno, y no en otro lado, justificando, más que construyendo un análisis a ese respecto. Pareciera que Dworkin abandona la dimensión legislativa, con el fin de solucionar sus problemas desde la dimensión judicial, lo cual es algo muy complejo, si consideramos que los principios Morales no descansan en un código o en algún tratado que facilite su objetivación, salvando inconvenientes que muy lucidamente han sido identificados.

Capítulo Tercero.

La Teoría de Las Fuentes.

Joseph Raz.

En este capítulo expongo los argumentos presentados como respuesta ante la tesis de Ronald Dworkin, por el autor Israelí, Joseph Raz, quien pertenece a una facción del positivismo jurídico denominada como “positivismo excluyente” o “positivismo duro”; quienes analizan la relación entre el Derecho y la Moral de manera sumamente crítica.

Joseph Raz continúa la tradición teórico-jurídica generada por H.L.A Hart y su “concepto de Derecho”⁶⁹ desde una firme postura, criticando a Dworkin a través de “la teoría de las fuentes del Derecho”. Mediante esta tesis, Raz expone su razonamiento explicativo sobre la existencia del mismo, manifestando que no existe más Derecho que aquel que provenga del reconocimiento de alguna de las fuentes sociales, siendo esto su principal característica de Autoridad.

Raz considera que existe una discusión inmemorial de la relación entre Derecho y Moral, específicamente, desde el constante cuestionamiento respecto de la Autoridad del Derecho: *“En particular, se vincula con la cuestión de la posibilidad de que una norma sea una norma jurídica debido a que es moralmente obligatoria y de que una norma pueda considerarse no obligatoria jurídicamente sobre la base de que es moralmente inaceptable”*.⁷⁰

En este sentido, es menester señalar que este autor ha considerado como relevantes, básicamente tres teorías respecto de la discusión sobre Derecho y Moral; las que consisten en la tesis de las fuentes, la tesis de la incorporación y la tesis de la coherencia.

⁶⁹ Hart, Herbert. L.A. “El Concepto de Derecho”, 2004. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. Recordemos que Hart plantea una teoría que busca desmitificar el Derecho y aislarlo de consideraciones moralistas, para conducirlo por un solo camino de racionalidad.

⁷⁰ Raz, Joseph. “La ética en el ámbito público”. 2001. Gedisa, Barcelona, p. 228.

Según su visión, la tesis de predominio es la considerada “tesis de las fuentes”, argumentando que tanto la tesis de la coherencia respaldada por Dworkin, como la tesis de la incorporación expuesta por Hart, no cumplen con ciertos requisitos claves para el entendimiento de la teoría jurídica hacia la relación entre Derecho y Moral.

Raz parte su exposición en un sentido muy pedagógico, relacionando dos aspectos muy importantes del Derecho; que son la Autoridad⁷¹ y su justificación. En este sentido, el autor advierte que podemos encontrarnos con una división respecto de la Autoridad del Derecho, que consiste en una faz legítima y una faz de facto. Argumenta que la segunda, corresponde a la imposición de una voluntad sobre una cantidad determinada de sujetos, que es reconocida por gran parte de esos individuos a los cuales va destinada, sin embargo, no necesariamente contiene elementos de legitimidad, razón por la cual manifiestamente determina que la faz relevante es la legítima, que a su vez se subdivide en dos nuevos aspectos; el práctico y el teórico .

Para estos efectos, define el aspecto práctico; como aquel donde *“las instrucciones que dicta una persona o institución con Autoridad práctica constituyen razones para la acción de sus súbditos, mientras que el consejo de una Autoridad teórica constituye una razón para que aquellos que consideran que tal persona o institución posee Autoridad sostengan una creencia”*⁷².

El autor identifica la distinción entre ambas posibles asimilaciones, sobre el supuesto de que las Autoridades prácticas implican como parte de su Autoridad, *“las razones que mueven a la acción”*⁷³, mientras que para las Autoridades teóricas lo relevante serán *“las razones que fundamentan la creencia”*⁷⁴.

Raz excluye el aspecto teórico de la Autoridad para efectos de su análisis, considerando sólo su aspecto práctico legítimo, acotando de tal manera el asunto de tensión, que anuncia que resumirá su concepción de la autoridad legítima desde el estudio de tres nuevas tesis: la tesis de la dependencia, la tesis de la justificación normal y la tesis de la exclusividad.

La tesis de la dependencia expone que toda instrucción de una autoridad se basa en una serie de factores, dentro de los cuales tienen un importante peso relativo, determinadas razones que se apliquen a sus destinatarios y que también sean aplicables a las circunstancias que la misma instrucción prevé. Dichas razones serán entonces, dependientes de esas circunstancias que prevén.

⁷¹ En determinadas situaciones, puede suceder que se incurra en imprecisiones al leer el apartado destinado al análisis de Raz, ya que el autor habla constantemente del “ruido” autoridad en dos sentidos. Primero de “Autoridad” como aquella propiedad característica del Derecho y de su pretensión de obligatoriedad, y luego de; “autoridad” para referirse a aquella institución del Estado que se encuentra facultada para establecer normas. Para esto efectos me referiré a la primera con mayúscula y a la segunda con minúscula, evitando posibles errores al respecto.

⁷² Raz, Joseph. “La ética en el ámbito público”. 2001. Gedisa, Barcelona, p. 229

⁷³ Idem.

⁷⁴ Idem.

Por otro lado, expone la tesis de la justificación normal diciendo que: *“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 acepta las órdenes de la supuesta autoridad como obligatorias y autoritativas, e intenta cumplirlas, que si intentare seguir las razones que se le aplican en forma directa”*⁷⁵.

En la tesis de la exclusividad, se expone que la exigencia de cumplimiento de una conducta por parte de una autoridad, constituye una razón para su obediencia que no debe ser agregada al resto de razones que son relevantes a la hora de decidir qué hacer ante una orden, sino que debe necesariamente reemplazar a algunas de estas razones. Esta implicancia genera una exclusión de razones relevantes.

Raz relaciona directamente tanto la tesis de la dependencia, como la de la justificación normal con una concepción propia de la Autoridad del Derecho que denomina como; “función de servicio”. En este sentido considera que *“las autoridades (entendiendo por autoridades, las instituciones que ostentan la facultad de “Autoridad legítima” para establecer órdenes) “median” entre las personas y las razones correctas que se les aplican, de manera tal que la autoridad juzga y se pronuncia sobre lo que deben hacer, de acuerdo con la razón correcta”*⁷⁶. Este carácter mediador se relaciona directamente con la tesis de la exclusividad, entendiendo que el papel mediador de la Autoridad sólo podrá ser realizado si es que los destinatarios de las órdenes se guían por las instrucciones provenientes de la autoridad y por aquellas razones de las cuales dependen. La aceptación de la Autoridad no implicará una obediencia desde una conducta ciega e irracional sino que, provendrá de una justificación que implica cumplir determinadas condiciones que la misma tesis de la exclusividad establece, generando una relación con las razones dependientes. En palabras del propio Raz: *“Esto hace que entren en juego las razones dependientes, ya que sólo si resulta probable que su acatamiento por parte de la autoridad sea mejor que el de sus gobernados, esta justificada su pretensión de legitimidad.”*⁷⁷ (En este sentido, el autor racionaliza la obediencia de las decisiones de las instituciones correspondientes, otorgándoles legitimidad).

Así es como se conjugan ambas tesis, en un juego de servicio, donde la Autoridad que faculta a la institución respectiva, servirá de puente entre las razones que se consideran, deben ser finalmente cumplidas y los destinatarios de dichas razones. Estas razones serán dependientes de sus circunstancias fácticas, provocando que otras razones, que pueden ser relevantes, serán excluidas a favor de la exigencia de cumplimiento por parte de la autoridad. Existe la suposición, de que las autoridades correspondientes, se encuentran en una privilegiada posición para mediar entre las razones últimas de cumplimiento de las normas y quienes debieran cumplirlas.

⁷⁵ Raz, Joseph. “La ética en el ámbito público”. 2001. Gedisa, Barcelona, p. 231.

⁷⁶ Ibid, p. 232.

⁷⁷ Idem.

Autoridad y Derecho.

En Raz, la tesis de las fuentes cobra vital importancia cuando se analiza la relación entre Derecho y Moral, ya que según este autor, cada ordenamiento jurídico pretende tener Autoridad aún cuando no la tenga del todo en un ámbito real, sin embargo, siempre que tenga dicha pretensión, podremos estar seguros, que necesariamente debe tener la capacidad de contener Autoridad, y esa capacidad implicaría una potencialidad de contener propiedades morales que determinen su procedencia y que legitimen la mediación social de las ordenes respectivas. Aún así, podemos decir que *“un sistema jurídico puede no tener Autoridad legítima. Si le faltan los atributos morales exigidos para investirlo de Autoridad legítima no tiene ninguna”*⁷⁸. De esta forma el autor propone una intrínseca relación entre la Moral y la capacidad autoritativa legítima de un ordenamiento jurídico. Sin ánimo de adelantar juicios, podemos ya darnos cuenta que para Raz la Moral es muy importante, siempre y cuando cumpla ciertos requisitos.

El autor declara, que el Derecho siempre tendrá una pretensión de Autoridad, pues las autoridades que materializan el contenido legal, deben ser oficialmente obedecidas. Podrían existir normas incorrectas o de plano, malas leyes, pero que sustancialmente según la Autoridad del Derecho se deban cumplir mientras sean legalmente vigentes. *“La pretensión de Autoridad del Derecho se manifiesta en el hecho de que las instituciones jurídicas son denominadas oficialmente como autoridades, en el hecho de que se consideran con derecho a imponer obligaciones a sus gobernados”*⁷⁹. Lógicamente, si esas autoridades (instituciones encargadas de generar Derecho) pretenden ser obedecidas autoritativamente, y superar el primer examen ético de procedencia, tendrán al menos que tener una voluntad y potencialidad de Autoridad.

Aún así, resulta bastante evidente que no todos los ordenamientos jurídicos presentan materialmente una aproximación de la tesis de justificación normal, y por ende, de una concretización del carácter de mediación de la Autoridad entre las normas y sus destinatarios, pero en ese sentido, podemos afirmar que dicho ordenamiento en su voluntad de realizar un intento por discutir su Autoridad, tendrá necesariamente, que al menos acercarse a esos objetivos, de acuerdo a ciertas características que impliquen coherencia respecto de dicha pretensión natural.

Entonces, todo sistema jurídico tiene una Autoridad de facto entendiéndose ésta como la pretensión de ese ordenamiento de tener Autoridad legítima, ya sea suponiendo que la tiene o teniéndola efectivamente, y que dicha pretensión siempre existirá, aunque la mentada legitimidad de Autoridad, no exista directa y materialmente en dicho ordenamiento. Por esto, Raz dice que aún cuando no haya Autoridad material, siempre tendrán que haber ciertos rasgos característicos de la Autoridad.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Raz, Joseph. “La ética en el ámbito público”. 2001. Gedisa, Barcelona, pp. 233.

No por esto se espera suponer, que todas las características del Derecho en un sentido necesario y estricto sean necesariamente características de Autoridad práctica del mismo, ni tampoco, que la sola pretensión de Autoridad teórica de un ordenamiento, le otorgue validez y legitimidad política ante los gobernados.

Para que un ordenamiento pretenda tener Autoridad, debe al menos tener la capacidad para ostentarla, sin embargo, esta idea sólo implica un gesto en relación a un argumento.

Para explicar ese argumento no podemos dejar de observar el hecho de que el Derecho constituye un sistema normativo, pues, si no lo fuera así, sería incapaz de poseer Autoridad práctica. Raz busca demostrar que dado que el Derecho pretende tener Autoridad, es capaz de tenerla, y lo hace mediante la explicación de un primer punto muy importante.

La pretensión de Autoridad, requiere que se presente un correcto entendimiento conceptual respecto de aquello a lo cual pretendemos concederle Autoridad, es decir, no puede haber errores de concepto respecto del ordenamiento en cuestión, pues esta situación restaría validez a la legitimidad que se pretende.

Difícilmente podríamos decir que los árboles poseen Autoridad sobre las personas, ya que, no tiene sentido alguno, si quiera plantearse que algo que no puede comunicarse con el hombre pudiera organizar sus conductas.

Por eso es necesario que al momento de analizar si un ordenamiento tiene o no Autoridad, consultemos socialmente si es que tiene sentido que lo tenga. Es aquí cuando Raz siente que su premisa es demostrada, entendiendo que si bien, el Derecho tiene una pretensión de Autoridad, podemos concluir que tiene al menos la capacidad para ostentarla, toda vez que entendamos que tiene mucho sentido que la tenga, pues toda sociedad basa sus conductas e interrelaciones en base a determinadas normas de Derecho.

En el Derecho; esta pretensión es sostenida constantemente por los funcionarios que imparten y envisten la justicia, mientras que el sistema jurídico del cual forman parte se encuentre vigente, donde se descarta normalmente la posibilidad de que dicha pretensión se infunde en un error conceptual. Las instituciones jurídicas imponen obligaciones y derechos, y aún cuando pudieran cometer errores conceptuales en dicha tarea, esos errores de contenido, no pueden traducirse en un mal entendimiento sistemático de la población, sobre que dichas instituciones no sean importantes para cumplir esa labor. Como comunidad acordamos conceptualmente, que el Derecho debe ser quien gobierne y delimite nuestras conductas, por lo que valoramos su intervención de facilitación de determinados “valores sociales” que creemos importantes.

En Raz, existen dos implicancias de la capacidad de Autoridad, que se traducen en que, para que un ordenamiento tenga Autoridad deberá contener por un lado, una serie de condiciones morales y normativas que le otorguen a dichas órdenes Autoridad, y por el otro, una serie de presupuestos de la Autoridad, que son “no morales”, y “no normativos”, y que juegan un rol importante en la comprensión de esta materia como la necesidad de

sentido racional, o la superación de incorrecciones conceptuales, como ya fue señalado.

De todas maneras cabe señalar, que generalmente el debate acerca de la Autoridad jurídica gira respecto de los aspectos morales y normativos, dando por sentados los aspectos de certeza conceptual. Por esta razón, la pretensión moral de obediencia implicará generalmente el centro de tensión. Por esto podemos decir que lo interesante no es saber que el Derecho tiene Autoridad en un sentido racional, ya que le damos un importante valor a su intervención en nuestras vidas, sino que lo que alcanza mayor interés, es justamente ese terreno pedregoso y difícilmente acordado, donde se debe determinar cómo los factores normativos y morales del Derecho se conjugan en una misma identidad.

El nazismo y su sistema jurídico, es discutible respecto de su Autoridad en un sentido moral, no así desde un sentido a-valorativo, pues entendemos que implica una ideología con determinados fines y desde una concepción político-económica, clara, precisa, y esquematizada, que por lo demás fue eficiente.

En el ejemplo de los árboles y de su Autoridad, sabemos desde un simple análisis “no moral” previo, que estos vegetales no pasarán el mínimo examen de coherencia racional, pues al cuestionar, si es que tiene algún sentido lógico que un árbol realice labores inteligibles que le son imposibles, desecharemos esta posibilidad, sin si quiera provocar una discusión valorativa al respecto.

Carece de importancia discutir si un árbol está moralmente autorizado por nuestra sociedad y sus cánones políticos para dirigir nuestras conductas, toda vez que siquiera aún, podrían comunicarse con nosotros. En cambio, en el caso del nazismo, la primera brecha de racionalidad es superada fácilmente, pues cumple con los requisitos conceptuales que lo dotan de “razón”, sin embargo, los problemas acontecerán al realizar el análisis moral, que implica discutir si un sistema jurídico como el presentado, que no reprocha la discriminación racial, sino que incluso la promueve, es un sistema “exitoso” para el cumplimiento de los objetivos sociales, y su pretensión natural del autogobierno democrático y pluralismo del Derecho.

Una vez entendido esto, Raz encumbra su argumentación hacia el entendimiento del Derecho y la discusión de éste, como un sistema de órdenes⁸⁰, que estará dotado de Autoridad sólo, si sus ordenes son autoritativamente obligatorias. En ese sentido quien imparte la orden, sólo tendrá Autoridad, si sus órdenes son autoritativamente obligatorias, lo cual descansa en que es él quien las formuló. *Esto significa (1) que (las órdenes) deben estar dotadas de Autoridad y (2) que en parte su Autoridad debe basarse en que fue esa persona determinada quien la formuló.*⁸¹

El primer rasgo, representa el papel de la Autoridad como mediadora, donde su propósito corresponderá a actuar desde razones que se nos aplican mediante su intervención en órdenes, entendiendo que cumpliremos mejor con dichas razones ya validadas, si es que seguimos las órdenes de la autoridad respectiva, en lugar de directamente aplicar dichas

⁸⁰ En este sentido deja claro, que al hablar de órdenes lo hará en un sentido amplio, incluyendo principios, reglas, normas, instrucciones, estándares, etc.

⁸¹ Raz, Joseph. “La ética en el ámbito público”. 2001. Gedisa, Barcelona, pp. 236.

razones a nuestro arbitrio. Por eso hablamos de que la Autoridad es mediadora entre los gobernados y las razones que estos deben cumplir en un Estado de Derecho, a partir de órdenes que determinadas instituciones legítimas impartirán.

Pero esa orden, para estar dotada de Autoridad, requiere contener el juicio de la institución que la emite, sobre cómo deben actuar los gobernados para cumplir con dichas razones que se consideran necesarias. Es efectivamente esta intención de la institución, sobre direccionar el actuar del gobernado hacia dichas razones, lo que dota de Autoridad en este primer sentido a la orden que ellos imparten. *“Estrictamente hablando, para tener la capacidad de estar dotada de Autoridad, una orden o norma debe expresar efectivamente, la concepción de su autor acerca de lo que los gobernados deberían hacer”*⁸².

El segundo rasgo también está influido por el carácter mediador de la Autoridad. Implica que las órdenes de la institución dotada de Autoridad serán beneficiosas para los gobernados, únicamente si es que estos validan su existencia, sin recurrir a la revisión de aquello que ya revisó y decidió la institución legítima. Si la norma decide una cuestión en determinado sentido, sólo será útil, si se le puede identificar por condiciones distintas de las circunstancias que la norma debe resolver; distintas de las circunstancias en que la norma debe basarse. Es esta otra razón, la que grafica cómo la Autoridad, que juega un rol de servicio al mediar entre el destinatario de la orden y las razones que debe cumplir, tiene un requisito importante para su éxito, que corresponde a que para lograr un correcto cumplimiento de la labor de servicio en cuestión, debe evitarse que el destinatario discuta la obligatoriedad de la conducta ya decidida. Esto no quiere decir que las personas se encuentren obligadas irrestrictamente a obedecer ordenes jurídicas, cual esclavo a su amo, si no que sólo esquematizar las dimensiones de cumplimiento y decisión de las normas. El espacio de discusión sobre los contenidos de las normas y las instituciones que las garanticen, tiene que ser anterior al momento de aplicación de la conducta, de lo contrario la función de servicio de la Autoridad del Derecho, generaría un esfuerzo estéril.

La teoría de las fuentes y su influencia a la relación entre Derecho y Moral.

Joseph Raz plantea su postura en relación a lo moral, desde “la tesis de las fuentes del Derecho” que en su concepción particular, es la teoría que mejor explica la labor de servicio que cumple la Autoridad del Derecho. Es esta su principal crítica a Dworkin, ya que considera, que la tesis de la Integridad no es capaz de describir la función de servicio social del Derecho, y su relación con la Autoridad del mismo. Este autor plantea que si bien, Dworkin incorporó a su teoría, el valor que pueden jugar las fuentes del Derecho, inclusive respecto de la institucionalización de cuestiones morales a la comunidad, no obstante, deja de reparar en la pretensión de Autoridad legítima y la relación directa entre ésta y la capacidad para ostentarla. Esto es muy desafortunado, pues la Autoridad permitiría mediar entre los aspectos éticos y su influencia sobre las razones últimas a cumplir por la

⁸² Idem.

sociedad. *“No podemos más que llegar a la conclusión de que la teoría de Dworkin resulta inconsistente con la naturaleza del Derecho en cuanto autorizado o dotado de Autoridad. Es decir, que no explica el hecho de que el derecho deba tener necesariamente una pretensión de Autoridad, y de que por lo tanto deba tener la capacidad de poseer Autoridad legítima. Para hacerlo, debe ocupar un papel de mediador, como toda Autoridad, entre los preceptos de la moral y su aplicación por parte de las personas a su conducta. Es este papel mediador de la Autoridad el que se le niega al derecho de acuerdo a la concepción de Dworkin”*⁸³.

En relación a esta crítica, Raz advierte, que si la Integridad del Derecho, no reconoce el valor de la Autoridad legítima en cuanto a contenidos normativos y morales, no reconocerá tampoco, la función de servicio que permite asimilar los preceptos morales a la vida social, e incorporarlos a la práctica del Derecho, ya sea como razones superiores y subyacentes de su cumplimiento, o como respaldo de dichos objetivos políticos.

Es según este sentido, a través del cual introduce “la tesis de las fuentes”, como una buena solución respecto del cuestionamiento sobre Autoridad, Moral y Derecho. Dentro de la tesis de las fuentes sociales, Raz describe la existencia de dos versiones o interpretaciones: la restringida y la amplia.

La tesis restringida se refiere a las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos puros, los que corresponden a aquellos enunciados que determinan el contenido del Derecho, como; doctrinas, normas y otros.

La tesis amplia analiza las condiciones de “verdad” de todos los enunciados jurídicos, incluyéndose en este sentido, los enunciados jurídicos aplicados, es decir, no sólo respecto de los enunciados de Derecho como tal, sino que también respecto de los enunciados referentes a hechos sociales, prefiriéndose estos últimos a recursos morales.

Entre ambas versiones, la tesis restringida es la que se relaciona de mejor forma con la pretensión de Autoridad del Derecho, ya que analiza la concepción mediadora del Derecho, respecto de los enunciados jurídicos propiamente tales, considerando los contenidos que directamente emanan del estudio legal⁸⁴.

Un punto fundamental del análisis corresponde a que, para que el Derecho cumpla con esta labor de mediación, las normas deben provenir del juicio de alguna institución relevante que discuta y decida respecto de los méritos de las acciones que se esperan respecto de los gobernados, con el fin de lograr las razones últimas requeridas para dichas conductas. En este sentido, las consideraciones morales que establezcan “el cómo deberían ser dichas decisiones de la autoridad” no importan la misma relevancia, que sí importa el hecho real de cómo finalmente resolvió en el ámbito material, la autoridad relevante. Al momento de

⁸³ Raz, Joseph. “La ética en el ámbito público”. 2001. Gedisa, Barcelona, p. 244.

⁸⁴ Esto permite afirmar, que cualquier análisis sobre la obra de Raz, que declare que esta autor elimina la relación de lo moral a lo jurídico, es absolutamente erróneo. Tempranamente ya podemos percibir, que lo que más preocupa y genera anticuerpos en la postura de Raz sobre la Moral, no es su intervención al Derecho, sino que más bien, la falta de precisión en cuanto a sus contenidos e influencias.

efectuar la identificación de las normas válidas de un ordenamiento, tendremos que remitirnos a saber si éstas son o no atribuibles a la institución dotada de Autoridad legítima para la creación del Derecho, lo cual puede ser basado únicamente en cuestiones fácticas, es decir, en cuestiones únicamente de hecho. Un análisis moral nos podrá decir cómo “debiera haber sido la orden” que decidió la institución relevante, pero no cómo realmente fue explicitada, y por ende -cómo es- dicha norma. En este sentido, un juez no podría aplicar cuestiones morales, que no hayan sido discutidas y luego concretizadas en la redacción de una norma, o fuente jurídica que la dote de certeza.

En este sentido, el autor, señala que no se debe pasar por alto el hecho de que la tesis de las fuentes no establece una forma determinada y única de interpretación, respecto de cómo se deben discutir los alcances de una norma, por lo cual es a la vez compatible con diversos sistemas de análisis interpretativo. Esta tesis será concordable, tanto con el análisis detallado del espíritu del legislador al momento de la creación de la norma, o la estricta observancia del enunciado lingüístico que encumbra la orden⁸⁵.

Sin embargo, el camino correcto de interpretación de las órdenes variará de un sistema jurídico a otro, concerniendo a sus propias normas de interpretación dicha labor, no obstante, lo esencial respecto de la teoría de las fuentes, es que el carácter de las reglas que se aplican para la imputación de intenciones e instrucciones respecto de las autoridades, sea una cuestión de hecho y no de Moral. Es una cuestión de hecho en un sentido específico, el cual consiste en determinar cuales son finalmente las decisiones tomadas por las instituciones relevantes respecto a determinados temas morales, y una vez que éstas han sido tomadas, analizarlas desde esa decisión concreta, la cual servirá de medio para que los gobernados cumplan objetivos y razones que ya se determinaron por la autoridad respectiva. Por eso, la tesis de las fuentes busca describir decisiones y no relativizarlas desde un sentido ético. Esto no obsta a que la decisión en si misma, concentre cuestiones morales.

Para complementar su postura, Raz determina que nada en esta teoría busca restringir lo que los jueces debieran hacer ante los casos jurídicos o a como debieran razonar, sino que se busca en ella, delimitar la naturaleza y márgenes del Derecho, no atando de manos al juez, sino que precisando su labor.

Por otro lado, respecto de la tesis en su sentido amplio, (esto es, respecto de los enunciados jurídicos aplicados a determinados hechos) se puede decir que siempre que entendamos que esos hechos, no son morales, entonces sólo ahí, la tesis de las fuentes del Derecho también será atingente a ellos. En otras palabras, lo que se requiere; es el supuesto de que lo que hace que sea contingentemente verdadero que un persona haya actuado de forma justa en una ocasión en particular, no constituya una valoración especulativa de equidad, sino que el hecho en bruto de que realizó una determinada acción que puede describirse en términos neutrales a su valor y acordes a la opinión concreta de las fuentes del Derecho. Cumpliéndose el supuesto, entonces la tesis es aplicable a los enunciados jurídicos aplicados de igual forma que en la tesis restringida.

⁸⁵ Se dan una serie de ejemplos para esto siendo muy pedagógico aquel que se expone respecto de los tratos crueles y los azotes, véase, en Raz, Joseph. “La ética en el ámbito público”. 2001. Gedisa, Barcelona, p. 251.

Sin embargo, pareciera que estos enunciado aplicados pueden ser morales también, pero sólo en la medida de que alguna fuente lo haya considerado previamente, como se verá más adelante.

Finalmente, Raz realiza una serie de afirmaciones con miras a disipar posibles errores ante esta teoría.

Por un lado manifiesta que no necesariamente todo el Derecho es explícito, pues mucho de lo que no está positivamente recogido en las fuentes del Derecho es también obligatorio. Esto, no relativiza en ningún aspecto la postura de Raz, pues reconoce la presencia de contenidos del Derecho, que no son necesariamente positivos, pero que sí deben estar reconocidos en alguna fuente, de alguna forma, para tener Autoridad. Luego, establece que es una falacia admitir que el Derecho no es controvertido; el hecho de que el Derecho y su contenido sea una cuestión de hechos sociales no implica que esos hechos sociales no sean controversiales, ni por el contrario es cierto que todo lo moral sí lo sea.

El último alcance es el que se relaciona con la discrecionalidad de jueces, y su relación con la teoría de las fuentes del Derecho, toda vez que su entendimiento implica la conclusión; de que a menudo los jueces al aplicar su discrecionalidad son parte del proceso de creación del Derecho. Si bien reconoce que los jueces se basan en algunas ideas personales al momento de fallar (de lo contrario serían insinceros), no pueden dictar resoluciones en relación al mundo ideal que ellos quisieran proyectar, pues la vigencia de estas decisiones se encumbra en lo que la sociedad -es-; por lo que sus razones económicas y morales son sólo aplicables ante lo que ciertamente exista.

La tesis de las fuentes del Derecho no presupone una posición ética antinaturalista, pues cuando un hecho social implique consecuencias y circunstancias morales, puede ser una fuente del Derecho, siempre y cuando, se le considere como hecho social y no como una obligación ética.

Raz plantea sus diferencias con Dworkin.

Raz utiliza un artículo de Ronald Dworkin con el fin de exponer de qué manera la confrontación entre ambos se vuelve un asunto necesario de debatir. Es así, como cita a Dworkin, respecto de la concepción que da este último, acerca de lo que cree que ha entendido el positivismo jurídico en relación a la función del Derecho. Esta consistiría en: *“Suministrar un conjunto público y confiable de normas establecidas para las conductas privadas y públicas, normas cuya fuerza obligatoria no puede ser cuestionada por la concepción de un funcionario individual acerca de la política y la moral”⁸⁶*. Esta descripción de Dworkin supone una serie de aspectos muy similares y aplicables a la tesis que propone Raz generando implicancias muy importantes.

⁸⁶ Esta cita fue incorporada desde: Raz, Joseph. “La ética en el ámbito público”. 2001. Gedisa, Barcelona, p. 254. en la cual se cita a su vez a: Dworkin, Ronald. “Taking rights seriously”. 1977. Londres, Duckworth. Segunda edición, p347. (Su traducción al español; Los Derechos en serio, 1997. Ariel. Barcelona).

Primero, Raz define este argumento estableciendo que es eminentemente evaluativo, lo cual es una virtud toda vez que cada análisis de la sociedad, mientras señale sus procesos y estructuras importantes (de forma evaluativa), será exitoso. Es en este sentido, donde Raz confronta esta descripción con la teoría de Dworkin, teniendo por base la evaluación del Derecho hecha por los positivistas. Argumenta, que dichas instituciones sociales jurídicas, que dictan normas cuya fuerza obligatoria no puede ser cuestionada y que cumplen esta labor de mediación respecto de las personas y sus conductas, tienen un valor relevante desde un sentido de importancia estructural, y no respecto de la conformación de algún tipo de perfección moral. *“Al afirmar que estos rasgos son importantes, no se los está recomendando como buenos”*⁸⁷.

Se señala que las instituciones que establecen órdenes de conducta, son fundamentales para nuestra experiencia e interacción social; para el éxito del cumplimiento de determinadas razones “últimas”⁸⁸, pero no desde un sentido moral. Esta es una tesis evaluativa desde el ámbito de los hechos, no desde el ámbito de una valoración ética, pues no analiza méritos del “deber ser”. En este sentido, Raz advierte una falencia en la descripción hecha por Dworkin, pues habría obviado mencionar, el análisis y búsqueda del cumplimiento de estas razones que son de gran importancia en la Autoridad jurídica. No obstante, esta falencia sería una constante tanto en lo que Dworkin cree que los positivistas han razonado, como también en su propio razonamiento, toda vez, que en su teoría no advierte análisis profundos sobre este juego de; Autoridad y Mediación sobre razones relevantes.

El Derecho, reconoce constantemente a las personas como el sustento de su existencia y la cultura a la cual debe adaptarse, teniendo una gran importancia en relación a cómo los juristas y las personas comunes entienden sus actúes. En palabras del propio Raz: *“Forma parte de la manera en que (las personas) <<conceptúan>> a la realidad social”*⁸⁹.

Es en ese sentido, donde esta cultura genera dicho concepto del Derecho, que no entrega directrices ni contornos identificables al momento de seleccionar qué norma es correcta, en los dispares juicios de contradictoriedad entre éstas. La labor de la teoría del Derecho será entonces, determinar, fuera de parámetros morales, cómo se entiende en el ámbito social fáctico, desde una determinada concepción, que interactúan dichas normas al generar conductas ciertas.

El autor, manifiesta que no se debe entender al Derecho; ni en su utilidad sociológica, ni en su probabilidad de idealidad moral, sino que, como se desarrolla en los hechos; y cómo las personas lo entienden cada vez que se relacionan. *“No estamos libres de elegir cualquier concepto (de Derecho) que nos resulte útil”*⁹⁰. Si cada vez que una norma fuese dictada, cada persona a ella sometida u operario jurídico que la deba poner en práctica; se detuviera a cuestionar sobre si es éticamente legítima dicha norma y/o la razón que descansa en su

⁸⁷ Raz, Joseph. “La ética en el ámbito público”. 2001. Gedisa, Barcelona, p. 256.

⁸⁸ A lo largo de su obra, Raz habla de “razones últimas” para enfatizar sobre la existencia de ciertas razones sociales de gran importancia, que gozan de una prioridad sustancial en cada comunidad, como objetivos o fines a cumplir.

⁸⁹ Raz, Joseph. “La ética en el ámbito público”. 2001. Gedisa, Barcelona, p. 256.

⁹⁰ Idem.

contenido, sin duda alguna, cualquier proyecto que esta norma pretendiera cumplir, fracasaría sin apelación.

Raz no dice, que no haya relación entre Derecho y Moral, sino que establece que a la hora de analizarlo, dicho análisis debe ser evaluativo y considerativo de lo que socialmente ocurre desde un ámbito cotidiano, a partir de una comprensión común del Derecho, y no desde una consideración valorativa de juicios morales abstractos. En ese sentido la pretensión de Autoridad y el papel mediador de ésta, juegan un rol fundamental para lograr dicho entendimiento. La relación entre Derecho y Moral supone un reconocimiento consistente de ésta, por las circunstancias sociales en las cuales se aplica dicho Derecho, pero que una vez decidido, no podrá ser cuestionado; ni por las personas, ni por los jueces, ya que dicha solución ya se encuentra elaborada. Aún así, no cualquier Moral podrá influir al Derecho, sino sólo aquella que según las fuentes sociales de una determinada comunidad, se encuentre reconocida y cotidiana políticamente, en conductas y actitudes.

“Esta es una idea que no han tenido en cuenta aquellos que consideran al Derecho como una situación equivalente a la de un pistolero con un “writ large” y quienes al señalar la estrecha conexión entre el Derecho y la moral, suponen una vinculación que es inconsistente con él”⁹¹.

3.5 Conclusiones.

Me parece importante referirme al gran error en que se ha incurrido toda vez que se considera que Raz no admite relación entre Derecho y Moral. Considero que muy por el contrario, para este autor, la Moral es muy importante, y puede jugar un rol fundamental, siempre y cuando se le entienda cubierta por la teoría de las fuentes. De esta manera puede conjugarse de forma y fondo coherente con la naturaleza de la Autoridad del Derecho; y su carácter de servicio y mediación, materializado a través de las instituciones jurídicas encargadas de producir el Derecho.

Si bien, cuando este autor establece que toda descripción de la naturaleza del Derecho que busque determinar definitivamente qué es Derecho, debe ser una descripción concreta, aterrizada y cotidiana⁹², rechazando especulaciones de valor moral que elucubren el Derecho que debiera ser; lo que plantea, es que sólo la Moral recogida por las prácticas sociales aceptadas, será la Moral que pueda influir al Derecho. En ese sentido cada sociedad tendrá su propia moral cotidiana y válida desde el desarrollo de su propio proceso social y cultural, y no desde una teoría de la Moral excesivamente general y abstracta.

⁹¹ Ibid. Op cit n° 88, pp. 257.

En el Derecho inglés un “writ” es un auto o mandamiento decretado por un tribunal, una corte o una autoridad con competencias jurídicas. Su significado para este caso implica que se le otorgue desde la moral un mandamiento tan amplio como inconsistente con lo que socialmente se entiende válido, produciéndose una libertad inconsistente con la concepción que se tenga del Derecho.

⁹² Véase lo que Miguel E. Orellana Benado analiza, respecto de la disputa dentro de la filosofía analítica entre los científicistas y los cotidianistas, en sus textos: “Identidades, Filosofía y Tradiciones” 2002. En Logoi, No. 5, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas . y en “P.F. Strawson (1919-2006)”, 2006. En Isegoría, No. 34, Madrid .

Por consecuencia, no podría aplicársele a un determinado ordenamiento jurídico una ética que no sea aquella recogida por alguna fuente social, como la costumbre, o las prácticas sociales mismas, pues sólo una moral cotidiana y socialmente aplicada es posible de validar.

Es aquí donde se producen grandes diferencias con Dworkin; siempre que nos demos cuenta de que Raz acepta el rol moral del Derecho siempre y cuando se cumplan determinados supuestos fácticos y sociales.

Podría aventurar una pre-conclusión de esta confrontación, y decir que si por un lado Dworkin plantea una perfecta solución del Derecho y su vinculación con lo moral desde un espectro de entendimiento abstracto y con altas pretensiones de pureza, Joseph Raz plantea algo distinto pero no por eso menos ambicioso ni pretencioso; toda vez que circunscribe la posibilidad de la influencia de la Moral al Derecho. Mientras uno eleva el Derecho a su relación con la Moral, el otro, concretiza y hace descender a la Moral para relacionarse con lo jurídico.

Pareciera que la postura de Dworkin al señalar que existen estándares que son parte del Derecho pero que muchas veces no son directamente reconocidos por éste, y que por lo demás no tienen la necesidad de ser reconocidos (positivamente) en razón de su naturaleza; se vuelve irreconciliable con Raz, cada vez que este último, sostiene que dichos estándares podrán direccionar la discreción de los jueces ante posibles casos difíciles de forma vinculante siempre y cuando cumplan con la tesis de las fuentes.

No obstante, me parece que existe un punto de confrontación mas álgido aún, que corresponde a la labor interpretativa de los jueces sobre el Derecho aplicable al caso concreto. Para Raz, la aplicación de las normas, no puede involucrar una asimilación jurídica, al caso, del Derecho que según el juez “debiera ser”, pues esto generaría el detrimento directo de la razón última que subyace a la Autoridad de esa norma jurídica. Desde el momento en que un juez realiza un juicio valorativo del Derecho aplicable, desconoce la característica básica de legitimidad de la norma que está aplicando, que no es otra cosa que su Autoridad, la cual nace directamente de la función de mediación que la norma debe concentrar, entre el individuo y las razones que fueron elegidas para ser cumplidas mediante su contenido. En este sentido, el juez no crea más Derecho, que aquel que ya existe según los conductos regulares, y que debe aplicar sin una consideración valórica⁹³.

3.6 Problemas con la teoría de las fuentes.

⁹³ Tanto Raz, como Dworkin; plantean que la discrecionalidad judicial en un sentido fuerte es perjudicial para la recta aplicación del Derecho, pues vulnera el tan importante “consenso democrático”, que se traduce en las decisiones legislativas, dejando en manos de pocos, la modificación de cuestiones que decidieron muchos. El problema, es que la solución a esta cuestión es diversa en cada autor. Para Dworkin, es la Moral convencional la que imprime en los jueces una limitación a su actuar, mientras que en Raz, el camino para mantener a raya la discrecionalidad fuerte, es justamente circunscribir a lo jurídico, todo aquello que escape a un reconocimiento semántico o directo del Derecho.

En la tesis de las fuentes se plantea la necesidad de una calificación específica a la hora de hablar de una posible intervención de la Moral en el Derecho, negándose de forma categórica y directa las posibles intervenciones de ésta en un ordenamiento jurídico social, desde postulados teóricos y abstractos que no se recojan en las prácticas sociales cotidianas.

Ronald Dworkin, argumenta que los positivistas no logran con éxito, describir la naturaleza del Derecho, siempre que pasan por alto una serie de estándares distintos a las normas-leyes que conforman los sistemas jurídicos modernos y que no logran ser distinguidos con la regla de reconocimiento Hartiana.

No me parece atinente referirme a la discusión entre Raz y Dworkin respecto de principios y el estudio de los positivistas, pero si me parece necesario manifestar algunas observaciones a la tesis de las fuentes y de cómo ésta permite correcciones respecto de la Moral.

En el estudio de esta tesis cabe preguntarnos: ¿Que sucede si en un determinado ordenamiento jurídico, las fuentes sociales no reconocen parámetros morales que si han sido pactados en consensos morales sociales?

La respuesta más probable, es que en aquellos casos donde la línea de lo moral y lo jurídico sea tan delgada como poco identificable, se forzará por las circunstancias, a la procedencia de una discreción en sentido fuerte respecto de los jueces, toda vez que éstos, se verán mas conciente que inconscientemente obligados, a razonar en gran parte, desde su propia moralidad, inadvirtiendo ciertos acuerdos no-semánticos de la comunidad en que operan, respecto a estas materias.

Raz no se hace cargo de esta posibilidad, de alta probabilidad, pero que a la vez según su tesis se vuelve insalvable.

Si existiera un vacío legal, o las normas aplicables al caso fueran absolutamente contradictorias; el juez tendría que utilizar estándares que no necesariamente van a estar inscritos en algún texto jurídico y que incluso podrían no estar reconocidos en las prácticas sociales de un determinado lugar, por lo cual, (el juez) en su obligación de fallar aquel caso que le es inexcusable, se vería obligado a usar parámetros no jurídicos, incluso morales, que podrían ser fuertemente incompatibles con la tesis de las fuentes; ante lo cual, nuestros jueces se encontrarían en un espacio de tal amplitud al momento de decidir, que el riesgo posible, de una aplicación de subjetividades duras de su parte, parece ser inminente y fuertemente atrayente, pudiendo poner en jaque la admisibilidad y legitimidad de sus decisiones, respecto del espíritu político fundante de todo el Estado de Derecho moderno⁹⁴.

⁹⁴ Me parece ridículo pretender que un juez es en absoluto objetivo, incluso creo que se podría discutir la verdad de la voz “objetividad” en un sentido filosófico, pero aún así existen ciertos marcos que direccionan el actuar de un juez y que mantienen a raya toda la subjetividad de la que se pueda valer. Es en este sentido, que planteo el término de “subjetividades duras”, entendiéndolo por ellas, subjetividades de gran magnitud que puedan contenerse en la decisión del juez, que concentran asimilaciones de cuestiones morales y políticas particulares, no consensuadas en sociedad, generando una posible presencia de ilegitimidad; y una cercanía vertiginosa a lo arbitrario e injusto.

Por otro lado, esta tesis no reconoce que en los sistemas jurídicos modernos, gran parte de sus normas tienen literal y directamente remisiones morales abstractas, como sucede en nuestro código civil, en el artículo 1.461, inciso final, que señala: *“Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o el orden público”*.⁹⁵

En la opinión del profesor Fernando Atria, éste es un ejemplo de que comúnmente los ordenamientos jurídicos modernos occidentales, contienen reglas de validez de los actos que realizan los mismos particulares, que se remiten de forma directa a la Moral. En la posición de los positivistas duros, dichas normas simplemente, no serían Derecho⁹⁶. Es en este sentido, donde se puede decir que si bien la teoría de Raz parece ser muy seductora debido al importante valor que éste le da al desenvolvimiento social de los consensos cotidianos, me parece, que no logra de forma correcta describir qué es Derecho; no encontrando la respuesta que tanto han perseguido los teóricos jurídicos, en cuanto a descifrar dicha interrogante.

Una última crítica que me parece importante realizar, tiene relación con la concepción de Raz, sobre que las normas son órdenes dotadas de Autoridad, donde la base de ésta, corresponde a que en razón de la utilidad de la norma y su eficiencia para el cumplimiento de razones últimas, los gobernados debieran admitir dichas ordenes y cumplirlas sin discutir lo que ya discutió la institución que tiene legítimamente otorgada la labor de establecer y decidir sobre esas órdenes.

Esto, no sólo implica que la norma no sea discutida por sus destinatarios, sino que también, que no lo sean por los jueces, quienes son los encargados de hacerlas cumplir. Una relativización de este tipo, impediría el cumplimiento del rol de mediación de la norma respecto del destinatario y la razón fundamental a cumplir.

⁹⁵ Artículo 1.461 del código civil de Chile. Referente a los contratos, Libro cuarto; De las obligaciones en general y de los Contratos. Título II; De los Actos y declaración de Voluntad. Otro ejemplo similar es el que se desprende del artículo 1.467, donde en su inciso tercero, se establece que: *“Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa justa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”*. Donde nuevamente nos encontramos con una remisión directa del legislador, a la moral, toda vez que un hecho inmoral, para conocer su condición de tal, requiere advertir primero, la presencia afirmativa de lo que hace, que algo pueda ser considerado moral, es decir, la ley expresa un reproche moral directo y real, sin especificar que debiésemos entender por moralmente correcto o no, para efectos de respaldar y aplicar dicho reproche.

⁹⁶ Atria, Fernando. “La Ironía del Positivismo Jurídico” 2004. Doxa 27, pp. 85 a 88. En la opinión de este autor, el positivismo duro o excluyente, ha realizados grandes esfuerzos por compatibilizar la tesis de las fuentes, con estos enunciados de Derecho. Un ejemplo de ello es “la validez prima facie”, según lo cual tendrían que haber otros elementos jurídicos que determinen la validez de los contratos, ya que dicha norma (art1461 C.C.) implica un reconocimiento social de amplio carácter moral, contradictorio con la doctrina planteada por la teoría del las fuentes. Sin embargo, Una resolución judicial que reconozca la validez del contrato, es un hecho social que permitiría adaptar la tesis de las fuentes al problema ya presentado. Lo conflictivo es que mientras no se haya presentado una decisión judicial sobre el contrato, dicho acto no sería válido de manera conclusiva, a salvo que cumpliera con ciertos parámetros desde otras leyes, que para este caso lo auxiliaran. Este asunto, de la validez “prima facie”, presenta una serie de objeciones. Para mas detalles, estudiar el texto de Atria que ya fue citado.

Sin embargo, creo que el pretender alejar de estas cuestiones valóricas a jueces y gobernados es un “sin sentido” respecto de los sistemas jurídicos y políticos modernos, donde la democracia como sistema ideológico político central, ha buscado establecer la protección de las minorías ante la legitimidad de la mayoría democrática válida, que muchas veces se trasforma en lo que Hobbes llamaría, un Leviatán, que oprime sus intereses.

Es por esto que actualmente la ciudadanía juega un rol cada vez más directo e invasor de lo jurídico, donde pareciera que nuestra sociedad occidental, ha decidido claramente preferir la intervención más o menos libre de los particulares en el Derecho, dándole a los jueces un rol activo de tutela de estos intereses, por sobre aquella utilidad de la que habla Raz, y el eficiente cumplimiento de las órdenes que las instituciones autorizadas pretenden. Por lo demás, me parece que el autor, no da argumentos concretos que nos convenzan respecto, “al grave perjuicio” que un juicio valórico puede provocar en la Autoridad de las normas y su función de mediación, más que una cuestión de conveniencia y eficiencia, que en nada impide un resultado final exitoso sobre las razones últimas que se propongan. Finalmente si algo hemos descubiertos en años de historia, es que no siempre lo mas eficiente, será lo que mejor sirva para cumplir los objetivos que la sociedad considera necesarios.

Constantemente, los ciudadanos estamos revisando y cuestionando las decisiones de los legisladores electos, y de los jueces, lo cual es algo más bien fáctico y no teórico. Las personas invocan constantemente sus Derechos para evitar que las mayorías los perjudiquen; pues no parece tan aventurado afirmar, que los derechos humanos son finalmente la reivindicación de las minorías y la gran victoria de éstas, contra la democracia.

Capítulo Cuarto.

El MetaDebate jurídico.

4.1 Propósito del análisis.

En el presente apartado, concentraré el análisis conclusivo de este trabajo, que consiste en confrontar a ambos autores, respecto a sus posturas sobre las relaciones entre el Derecho y la Moral. Con dicho propósito, argumentaré sobre la base de los objetivos que ya fueron señalados al inicio de este escrito y que a groso modo, podemos enumerar en dos. Primero, será menester discutir y analizar cómo, los autores ya señalados, elevan el debate jurídico, superando las clasificaciones y rígidas doctrinas de positivistas y naturalistas. En virtud de esto señalaré, en qué sentido, podemos concebir que Dworkin es un “no positivista” y en qué otro, Joseph Raz es un “positivista renovado”⁹⁷.

Finalmente, concluiré los argumentos referentes a la premisa principal del presente trabajo, según la cual se afirma que para Dworkin la Moral debe influir al Derecho, mientras que en Raz, la Moral puede hacerlo; y cómo esto se relaciona con el primer punto. Finalmente, argumentaré de cómo, se produce un meta-debate jurídico, que genera un nuevo prisma de análisis, otorgando una serie de trascendentales consecuencias en la realidad Jurídica de cualquier ordenamiento legal.

4.2 Breve reseña acerca del Positivismo y Naturalismo jurídico.

La noción de Moral ha sido ampliamente discutida a lo largo de los años, no sólo porque ha sido complejo lograr un acuerdo en cuanto a su concepto, desde el cual generar concepciones⁹⁸, sino que también, porque no se ha generado un consenso concluyente

⁹⁷ Esto confronta directamente con la clasificación que se ha hecho sobre este autor, rotulándolo de “Positivista duro o excluyente”

⁹⁸ Es fundamental, distinguir que concepto y concepción, no son la misma cosa. Los conceptos son construcciones mentales, que se realizan a partir de la interrelación de quien crea dicho concepto, con aquella cuestión que está describiendo, generándose una experiencia cierta, que manifiesta bases más o menos sólidas, que de ser aceptadas y acordadas, generan certeza respecto de algo. Sin embargo, es innegable el carácter subjetivo de los conceptos, siempre que nacen como resultado de la interrelación vivida con ese algo que se está conceptuando. Lo fundamental es que dichos conceptos adquieren objetividad, cuando son consensuados por muchos y acordados como correctos. Las concepciones, por el contrario, implican

respecto del peso que debiéramos darle a la Moral en función del Derecho. Esta discusión ha generado básicamente dos polos: los ya mencionados positivistas y naturalistas, que han visto en este debate, una batalla prácticamente interminable. Los primeros, desde posturas más o menos radicales, han negado en mayor o menor medida, la relación del Derecho y la Moral, impidiendo cualquier relación intrínseca de naturaleza, en una búsqueda de “racionalizar la Teoría Jurídica”. Los segundos, en una postura clásica han mantenido un razonamiento ideológico del Derecho que concibe a la Moral como un contenido superior, que direcciona todo el accionar jurídico, con pretensiones de existencia y validez general. Plantean la existencia de patrones morales, que son conocidos por todos, objetivados y universalizados, que generan un examen de moralidad para cada norma del Derecho. Una norma sólo será válida, (en primer término) si es que al menos comulga con los principios morales universales.

Según esto, podemos corroborar al menos, que la posición en que una u otra doctrina sitúa a la Moral es distinta. Para positivistas, la Moral se encuentra bajo el Derecho, y será éste el que de acuerdo a determinados “permisos” aceptará su intervención, mientras que para naturalistas, la cuestión es tangencialmente diversa. La Moral se encumbra sobre la validez del Derecho, siendo esta misma la que nos dirá: qué es un buen o mal Derecho.

A primera vista, podríamos afirmar en un sentido poco riguroso que Dworkin y Raz, nada nuevo plantean en relación al debate jurídico-filosófico que ya tiene larga data. No porque sus teorías y premisas no sean originales, (una afirmación como esa sería en suma absurda), sino que en razón, a que desde una mirada somera, se podría afirmar que Dworkin es un naturalista y que Raz es un positivista, y que su discusión no es más que un nuevo ataque entre positivistas y naturalistas, que constantemente se han enfrentado, cual Griegos y Persas.

Sin embargo, todo aquel quien realice exploraciones intelectuales en materias filosóficas, sabe que la rigurosidad es un imperativo fundamental, y que desde dicha obligación cada análisis debe tener un respaldo argumental. Una afirmación que clasifique a estos autores, según la vieja tabulación de positivista o naturalista, no recoge el tenor estricto de las voluntades jurídicas de ambos.

Queda ya anunciado entonces, que el siguiente recorrido analítico, tendrá por objetivo argumentar lo siguiente: primero, según qué razones podemos afirmar que, ni Dworkin es un naturalista, ni Raz es un positivista del todo excluyente. Una vez hecho esto, iniciaré el análisis correspondiente a la interpretación del rol de la Moral en cada autor, para finalizar con la premisa de que el debate analizado, es un metadebate de filosofía legal, señalando su importancia y valoración.

4.3 Dworkin, un “no positivista” de fuerte intuición liberal.

elucubraciones que tienen por base al concepto, pero que despliegan una teorización de mayor abstracción y que no requieren necesariamente ser consensuadas para tomarse por relevantes. De un concepto pueden nacer múltiples concepciones.

En el capítulo destinado al análisis de la teoría de Ronald Dworkin, expuse la articulación de la Integridad del Derecho como sistema de coherencia de la interpretación legal, en virtud de la cual, la Moral juega un importante rol. El autor considera que las operaciones judiciales son una cuestión básicamente interpretativa, que deben incorporar a su razonamiento, tanto los contenidos explícitos, (como las leyes), como los contenidos implícitos, (como la Justicia o la Equidad), del Derecho.

En ese sentido, el autor norteamericano invita a que los jueces, al momento de interpretar y aplicar el Derecho, relacionen en coherencia tanto los enunciados literales de las reglas, como los principios que subyacen a las mismas, y que se encuentran presentes en cada situación jurídica, en cada momento de decisión legal.

Posteriormente se señala, que la naturaleza de esos principios tan importantes que deben ser conciliados con los contenidos explícitos del Derecho, tienen una naturaleza de Moral política, estableciendo que toda buena descripción, interpretación y análisis del Derecho, requiere de la presencia de cuestiones morales.

Es en este sentido, en virtud del cual, superficialmente, podríamos definir a Ronald Dworkin como naturalista, pues le da a la Moral, un valor más que fundamental al momento de hacer justicia. Sin embargo, un análisis riguroso de lo mismo nos impide entregar credibilidad a dicha afirmación, toda vez que la postura teórica de Dworkin dista en bastante de la concepción naturalista clásica.

El Naturalismo, relaciona al Derecho con la Moral, de acuerdo a la base de tres aspectos fundamentales, a saber: “a). *Existen principios de moralidad universales; b). Esos principios son susceptibles de ser conocidos; c). una regla, para ser una regla de Derecho válida, debe poseer un contenido que resulte compatible o se derive de esos principios*”⁹⁹.

Podemos reconocer entonces, que tanto para Dworkin como para los naturalistas, los principios morales deben ser susceptibles de ser conocidos, y que los contenidos jurídicos para ser válidos deben aprobar satisfactoriamente este examen de moralidad. Sin embargo, existe una diferencia tangencial, ya que para Dworkin sólo será atingente al Derecho de una determinada comunidad, la Moral institucionalizada en dicha sociedad, y los parámetros socialmente aceptados, y considerados como válidos; lo que podemos llamar, la Moral convencional.

El autor señala tajantemente, que el Derecho no es influido por parámetros morales, que no tengan un reconocimiento directo de la sociedad en cuestión, de acuerdo a lo cual, parece sumamente lógico que la pretensión naturalista referente la existencia de principios morales universales, se vuelva contradictoria con la postura del autor. Si bien Dworkin, no niega que determinados principios puedan llegar a tener relevancia universal, dicha relevancia requerirá al menos, la aprobación previa por parte de cada una de las comunidades a las que influye. Finalmente, un principio moral no puede tener de forma abstracta y originaria un

⁹⁹ Peña Gonzales, Carlos. Op cit. n° 1.

reconocimiento universal, mientras no goce de una validación estricta de la sociedad.

Es así, como podemos concluir, que si bien, en Dworkin la Moral es fundamental, sólo lo será la Moral convencional o política, aquella consensuada por cada comunidad donde rige un determinado ordenamiento jurídico.

Podemos concluir en un juego de ficción jurídica, que un principio moral, director de la validez de normas legales, sólo podría tener legitimidad en un espectro universal, si fuera acogido por todas y cada una de las comunidades socio-jurídicas existentes. De no mediar dicha aprobación ciudadana, los preceptos morales en cuestión no tendrán validez, ni legitimidad (universal) alguna. Si bien, en la postura de Dworkin, lo ético implica una dimensión fundamental en la interpretación del Derecho, esos parámetros serán acordados en conjunto por los individuos a los que atañe, siendo ésta, su prueba de validez. Es este acuerdo sobre su legitimidad el que dota a lo moral de relevancia jurídica, y no, como durante una gran cantidad de años postularon los naturalistas, pretendiendo descubrir desde la razón, aquella Moral que mal validada, tanto ha ayudado a mitificar el Derecho.

En este sentido, ya hemos descartado al menos, la posibilidad de que el pensamiento de Dworkin, sea correctamente rotulado como una doctrina jurídica naturalista.

Dworkin inicia su análisis desde críticas sustanciales al modelo filosófico planteado por el positivista; analítico y cotidianista, H.L.A. Hart, en su obra: "Taking Rights Seriously"; solidifica su crítica a la regla de reconocimiento del Derecho, denotando la in-completitud en la que cae el ya mentado autor, toda vez que esta regla no advierte la existencia de cuestiones jurídicas relevantes para cada caso concreto, que no revisten la naturaleza de regla: los principios.

Dworkin pretende demostrar no sólo, que la doctrina positivista, que alcanza su máxima expresión en Hart (hasta ese momento), es incompleta, sino también, que se deben incorporar a todo análisis jurídico, la presencia de cuestiones que no habían sido consideradas, al menos, en la naturaleza, forma, y fondo en que Dworkin lo hace. Introduce la presencia de la Moral como base de la Integridad del Derecho, en un análisis que culmina con notoria claridad y lúcida argumentación en "Law's Empire".

Claro queda entonces, que Dworkin se erige como una de las principales figuras contemporáneas de resistencia a las concepciones y teorizaciones positivistas. No obstante confronta también, directamente con naturalistas en el sentido universal de la Moral (además del modo de objetivación de la misma).

De acuerdo a esto, podemos anunciar que Dworkin es más, un detractor y crítico constante de los postulados positivistas, que un estandarte naturalista. Constantemente, el foco de atención y ataque argumental de Dworkin, es el positivismo. Sin embargo, parece atinente decir, que el autor se encumbra en una posición teórica que reconoce falencias en uno y otro lado de la "trinchera intelectual", en una tesis interpretativa que entiende algo bastante

novedoso, que corresponde a que el Derecho que “es”, no es tan diverso del Derecho que “debiera ser”; toda vez que la Moral dicta constantes parámetros para determinar un mejor Derecho desde la concepción ética política de la comunidad, siendo ésta la base del accionar adjudicativo.

Es aquí donde el contenido político liberal del pensamiento de Dworkin se hace más evidente. El autor diseña un sistema de interpretación, que concibe en su base a la Moral, pero como ya se dijo, no cualquier Moral, sólo aquella, institucionalizada por la adopción de la ciudadanía, sobre la figura de la moralidad convencional. Esta última corresponde, a la observación de la comunidad, de determinados principios o estándares morales que son seguidos, porque los mismos individuos los creen vinculantes, y porque, advierten un método de validación de los mismos. En otras palabras, los siguen porque los creen válidos y obligatorios, respecto de una Autoridad que descansa, en que exista un determinado mecanismo de adopción política de los mismos.

Claramente advertimos que para Dworkin la intervención ciudadana, y la coherencia, entre comunidad y ética es fundamental; lo cual tiene un germen claro de liberalismo democrático, en la búsqueda de sistemas jurídicos que respeten la autonomía de los individuos y los acuerdos mayoritarios de la ciudadanía, hacia el noble fin del auto gobierno democrático.

En variadas oportunidades, el autor señala, que la Moral a la cual se refiere no es una moral costumbrista o religiosa, sino que una ética política, que se genera al ser aceptada y debatida por la sociedad. Los individuos creen que deben existir patrones de dirección, y los aceptan porque como conjunto, los creen relevantes. Inobservar dicha situación implicaría una falta al Derecho, que no puede ser cometida por los operadores jurídicos, considerando juristas, jueces y legisladores. La teoría de Dworkin, implica una concepción que no se limita a lo estrictamente jurídico, sino que más bien, propone un sistema de interpretación del Derecho de gran impacto político, toda vez que convierte a los ciudadanos en intervinientes directos del Derecho, que de acuerdo a determinados procedimientos, podrán adoptar o no, estándares morales que posteriormente condicionarán todo el sistema legal y actuar judicial. Sin embargo, esta decisión ciudadana tendrá un tope, que corresponderá a determinadas garantías constitucionales básicas de los individuos, que significarán “la carta de triunfo contra las mayorías”.

El autor en distintos ensayos sobre el liberalismo, señala que en ciertos momentos importantes, la democracia y el liberalismo se confrontarán en una incómoda disputa. La democracia genera una protección de respeto al individuo; sin embargo el ideal liberal, que concentra cuestiones económicas y políticas, en determinadas situaciones podrá provocar; que la mayoría válida vulnere el respeto de los individuos en la búsqueda de los ideales ya mentados, contrariando los mensajes de la equidad y justicia. La solución será entonces, la consideración político-jurídica de determinados derechos inviolables de las personas, que permitirán incluso, reprochar la actividad democrática mayoritaria.

Es en este último sentido, en virtud del cual se configura la faz convencionalista de la Moral que plantea Dworkin, toda vez que para los ciudadanos, la razón de validez de dichos estándares morales, es que en su conjunto, los individuos de la presente comunidad, acordaron incorporar dicha moral al Derecho que los rige; lo cual de alguna forma genera una institucionalización de los estándares descritos.

Esta relevancia intrínseca que Dworkin transfiere al reconocimiento social de la Moral, como base de su intervención al Derecho, parece tener; tanto objetivos propiamente jurídicos como también objetivos políticos, toda vez que, la intención de reivindicación de la participación popular sobre el Derecho, es un imperativo democrático liberal que busca aunar voluntades y promover la autonomía de los individuos sociales. Esta visión jurídica-política, implica la protección de los postulados de objetividad política sobre las decisiones judiciales, además de establecer una especie de seguro, en virtud del cual, garantizamos que los jueces deberán advertir en sus decisiones ciertas implicancias de estándares morales, no en base a un moralidad propia de los mismos o de un grupo particular de personas, sino que, sobre aquella ética socialmente acordada por la comunidad en cuestión.

Mediante la Integridad y coherencia; de reglas y principios, la argumentación judicial aplicará reglas desde el razonamiento de estándares morales como la justicia o la equidad, que encuentran un nicho en cada ordenamiento de forma intrínseca. Es finalmente, esta argumentación del juez la que genera un examen de coherencia, en virtud del cual podremos determinar si su decisión se ajusta o no a Derecho.

Para finalizar, me gustaría hacer una breve referencia a la crítica hecha a Dworkin sobre su elitismo democrático. Si bien es cierto que Dworkin otorga a los jueces una importancia primordial, suponiendo que (al menos teóricamente) siempre responderán mejor a las encrucijadas jurídicas que los propios ciudadanos fundidos en la mayoría democrática, con lo cual manifiesta una posible voluntad de “paternalismo intelectual”, éste no debiera ser necesariamente negativo. El problema es que dar en democracia, vigencia omnipotente a la intervención judicial respecto de los ciudadanos, tanto para interpretar, como para decidir sobre temas que no son estrictamente jurídicos, me parece un sin sentido (considerando por ejemplo la realidad Chilena, donde los jueces no son elegidos mayoritariamente).

La democracia es finalmente, un sistema político que busca integrar una pluralidad de concepciones al debate respectivo. Podríamos decir, que al igual que en los aspectos económicos, una mayor cantidad de sectores compitiendo por generar la mejor solución a un problema social, cual productores para un servicio, realizarán un debate que en la medida que más completo sea, aumentará su complejidad y logrará la solución “más correcta”. Con esto quiero decir, que si damos como cierto que la democracia es un sistema que protege la pluralidad, el debate, y la promoción de cada forma de vida; la solución, que en la discusión de su creación concentre la mayor cantidad de contenidos intelectuales acordes al tópico en cuestión, generará la respuesta “más correcta”, desde el punto de vista

de la ética democrática.

No obstante, me parece que este “paternalismo intelectual” o “elitismo” de la doctrina planteada por Dworkin, genera su mayor relevancia en los casos judiciales. Esto queda manifiesto cuando el autor plantea que la integridad del Derecho en aspectos legislativos, no presenta una estricta coherencia interpretativa, toda vez que entiende que los momentos legislativos, no son sólo jurídicos, sino que también sociológicos, históricos y sobre todo políticos, razones que impiden una estricta conjugación de la Moral que subyace a los principios de justicia y equidad. En razón del “interés común”, habrá situaciones en que ciertas permisiones, a una interpretación y aplicación no estrictamente coherente a estos principios, será válida y necesaria.

En este sentido, el autor plantea que existirían momentos más participativos que otros para los ciudadanos, sin embargo, en lo atinente a lo jurídico, sólo será el juez quien entenderá de mejor manera la integridad de esta teoría, ya que ha sido entrenado para estudiar y trabajar sobre ello. Entonces, si un juez entrenado para lo jurídico, comprende que la mejor forma de interpretar el Derecho, es según la Integridad del mismo, será el mejor indicado para aplicarlo.

Dworkin no dice, que el juez será quien mejor sepa sobre Derecho, ni quien debiera decidir con absoluta importancia, excluyendo a las personas, sobre qué direccionamientos legales debiera tomar cada sentido de la vida social. Lo que plantea el autor, es que existen diferentes momentos sociales, siendo dos en particular los que investiga con mayor ahínco, que son: los momentos legislativos y los momentos judiciales. Sólo respecto de los últimos, debiéramos tener la certeza, de que quien mejor sabrá resolverlos, será el juez¹⁰⁰.

Sin embargo, creo que Dworkin adolece de una falencia importante en su análisis, diferente de la ya rebatida, pues si bien genera una nueva concepción del Derecho y de lo político, no dice cómo, o bajo qué mecanismos podemos “institucionalizar” a la Moral. Si esta teoría pretende ser una alternativa a lo expuesto por Hans Kelsen, y toda la tradición positivista, parece que al menos requiere una complementación práctica de cómo generar una moralidad convencional. Parece que la delegación del autor a los jueces, no basta por completo. En su obra manifiesta que dejará de lado el principio del debido proceso, advirtiendo que la justicia y la equidad son más importantes, no obstante, pareciera que el debido proceso, algo importante podría habernos dicho al menos, respecto de cómo complementar la labor de la equidad; en cuanto a la intervención social de las personas en lo jurídico; y cómo establecer la tan importante moral política, dentro de los parámetros de la integridad.

¹⁰⁰ Este juez es el afamado “juez Hércules”, quien encarna como un buen ejemplo, la aplicación perfecta de la Integridad del Derecho.

4.4 La postura de Raz.

En variadas instancias de discusión académica sobre el Derecho, una gran cantidad de autores han afirmado el acentuado carácter positivista de la teoría de Joseph Raz; lo cual parece ser una cuestión muy evidente, al menos a primera vista. Esta postura se encuentra cronológicamente ubicada después de las críticas que Dworkin realizó a Hart, en virtud de lo cual, nace como un ataque al académico de Nueva York, y una revalidación y corrección de la teoría Hartiana, que concentra de forma panorámica el contexto jurídico-filosófico de aquel entonces.

Ya fue desarrollada en el capítulo tres, la teoría de Joseph Raz, pero en líneas generales podemos decir que Raz, intenta describir qué es Derecho, haciéndose cargo de la discusión respecto de la intervención de la Moral a lo jurídico. En este sentido estructura su argumentación, con la intención de determinar la Autoridad del Derecho, es decir, establecer bajo qué preceptos podemos afirmar que una norma es moralmente correcta y digna de ser obedecida, y bajo qué preceptos no. Para determinar la Autoridad de las normas y por ende su justificación, establece que toda autoridad se divide en una faz fáctica y una faz legítima, siendo esta última la de mayor relevancia. Por otro lado, esta dimensión legítima, se subdivide a la vez, en un aspecto práctico y otro teórico.

El aspecto práctico es definido como aquel: donde las instrucciones normativas implican en su contenido, razones para la aplicación y acción de sus súbditos, mientras que, en la dimensión teórica, “el consejo” de una autoridad o institución, implica en sí misma, una razón, para que aquellos destinatarios, que consideran que quien emite dicho consejo inviste Autoridad, sostengan una determinada creencia y conducta, generando el cumplimiento posterior de razones fundamentales.

Una vez encausado el esquema teórico que propone Raz, señala, que sólo se dedicará a analizar la dimensión legítima práctica, pues es ésta, la que mejor concentra los aspectos de legitimidad de las normas. Esta labor la realiza desde el estudio de tres tesis, a saber: la tesis de la dependencia, la tesis de la justificación normal y la tesis de la exclusividad¹⁰¹.

Señala que la Autoridad de un ordenamiento jurídico requiere al menos de una base, la cual consiste en la pretensión de tener Autoridad. Esto no asegura, que el ordenamiento en cuestión tenga ciertamente esa Autoridad, pero al menos con dicha pretensión, sabremos que tiene en capacidad, la posibilidad de contenerla, y si contiene la capacidad o potencia de Autoridad, entonces tendrá también, una capacidad de contener propiedades morales que la determinen.

Es así, como el autor dota de gran importancia a la pretensión de Autoridad de los ordenamientos jurídicos, señalando, que si de algo podremos estar seguros, es de dicha pretensión y consecuente potencialidad de legitimidad, toda vez, que cuando una institución dicta determinadas normas, lo hace sobre la base de pretender, que dichas direcciones son autoritativamente obligatorias. Una Institución como Servicio de Impuestos Internos, dicta

¹⁰¹ Véase capítulo tercero, punto primero.

circulares que son vinculantes para sus subordinados, aún cuando teóricamente son sólo opiniones jerárquicas supeditadas a la ley, pero que al momento de ser emitidas, concentran al menos, la suposición de que serán rectamente obedecidas. Es más, estas direcciones son emitidas porque se supone que serán observadas, de lo contrario no tendrían razón de ser, y serían un esfuerzo inútil.

Esta pretensión de Autoridad, se relaciona directamente con la Moral, toda vez que esta capacidad o potencialidad del Derecho de contener Autoridad, se traduce por un lado en que es necesario que el sistema que regula las relaciones inter-sociales, y que promueve la paz social, lo tenga (tiene mucho sentido que el Derecho como mediador entre las personas, sea obligatorio) y por el otro, que para que un ordenamiento tenga Autoridad, deberá contener una serie de condiciones morales, además de una serie de cuestiones normativas que le otorguen a sus órdenes Autoridad. Así vemos como el autor introduce la presencia de parámetros morales, como base de la pretensión de Autoridad.

La Autoridad es finalmente un aspecto central en cuanto a la naturaleza de las normas, que juega un rol fundamental en la labor mediadora del Derecho y su relación con los destinatarios de las reglas y leyes.

Todo esto ya fue desarrollado en extenso en el capítulo tres de este trabajo. Lo relevante ahora es realizar un breve recuerdo de la concepción de Raz respecto de la Moral y la tesis de las fuentes del Derecho. Para este autor, el camino correcto de interpretación de las leyes variará de un sistema jurídico a otro, de una realidad social a otra. Lo esencial respecto de la teoría de las fuentes, es que el carácter de las reglas y por ende de la interpretación de las mismas, tiene relevancia como una cuestión de hecho y no de ética. La teoría de las fuentes, condena la existencia de parámetros morales que encaucen o relativicen las normas jurídicas positivas, toda vez que, si bien existen cuestiones morales propias de la pretensión de Autoridad del Derecho, al momento de aplicarlo, sólo serán atingentes las cuestiones sociales ciertas, y no cuestiones valóricas abstractas. En este sentido, la Moral sólo sería utilizable para interpretar el Derecho, cuando ésta, se encontrara recogida expresamente en una fuente Jurídica, en una fuente social del Derecho¹⁰².

Lo relevante al momento de preguntarnos; sobre qué es Derecho, es aquello que se traduce en las decisiones tomadas por las instituciones, que socialmente, tienen atribuidas las potestades para dictar normas. Estas decisiones concentrarán tanto contenidos jurídicos como extra jurídicos, sin embargo, estos últimos sólo importarán al Derecho, siempre que estén recogidos en las decisiones de las instituciones, con la Autoridad correspondiente. Estas decisiones pueden provenir no solamente de las instituciones pertinentes, sino que

¹⁰² Raz condena las doctrinas que para interpretar al Derecho establecen cuestionamientos referentes a “cómo debiera ser” ese Derecho, pues la labor interpretativa debiera concentrar una objetividad valórica, coherente con las fuentes del Derecho, por lo cual, sólo podremos preguntarnos en un caso cualquiera, “cuál es el Derecho que debiera ser”, sólo si las fuentes jurídicas así lo reconocen. Raz no plantea que toda interpretación deba ser a-valórica, plantea que la valorización que se haga deberá estar subordinada a un reconocimiento social, el cual descansa en el tenor positivizado pro el legislador.

también, ser adoptadas por la propia sociedad, en las formas que el Derecho permite, ya sea mediante fuentes formales, materiales o históricas¹⁰³.

Finalmente podemos decir que lo moral, se relacionará con el Derecho, sólo si es reconocido, por una fuente social de éste, como la costumbre, la doctrina, las leyes u otros. Sin embargo, Raz genera un tope a estas situaciones, el cual corresponde a que lo moral, no podrá tener un carácter excesivamente general o abstracto, toda vez que sólo si se encuentra conceptualizado y recogido racionalmente en una fuente, será válido. En este sentido, una remisión legal, a aspectos morales generales sería absurda y contraria al Derecho, pues entorpecería la función de mediación de la Autoridad, como característica natural de lo jurídico.

El Profesor Fernando Atria, considera que dicha situación corresponde, a una falta de reconocimiento de los sistemas jurídicos modernos, los cuales tienen constantes referencias a cuestiones morales abiertas y abstractas¹⁰⁴.

Lejos de generar una relativización a este respecto, me parece relevante aportar que la tesis de Raz, corresponde a una teoría de determinación de la naturaleza del Derecho, en virtud de la cual, relaciona a la Moral con lo jurídico de forma evaluativa, más que conclusiva, sobre la base de ciertos requisitos claves, que básicamente se resumen en el reconocimiento de las fuentes del Derecho. Sin embargo, según el razonamiento Raziano, parece a primera vista sensato, que si una ley reconoce en su contenido literal una remisión a cuestiones morales, existe claramente al menos en cuanto a forma, un reconocimiento del mismo. El problema surge al preguntarnos si dicho reconocimiento es completo. Si una ley, declara que determinada conducta se regirá según la Moral y las buenas costumbres, podemos advertir en un primer sentido, que se reconoce la presencia moral, sin embargo este reconocimiento es incompleto, toda vez que se está incorporando un enunciado tan amplio como impreciso, que poco nos dice sobre qué debemos entender por Moral. En este sentido, me parece que Raz, advertiría, que una conducta generalizada en dicho sentido es nociva para el Derecho, toda vez que la Moral requiere un reconocimiento cierto por parte de las fuentes, un reconocimiento que acote y regule su contenido. La intención de Raz respecto del reconocimiento de la Moral por parte de las fuentes, no es otra cosa, que la búsqueda de establecer delimitaciones y certezas, respecto de una materia tan difusa, como conflictiva. En otras palabras, una racionalización de la Moral y su relación al Derecho.

Una vez que ya se ha revisado en amplias líneas lo que expone Raz, podemos intuir, al menos desde un análisis lejano, que el autor, presenta una postura, con nuevos aires de positivismo. Si bien supera las posturas más exegéticas o recalcitrantes de separación

¹⁰³ Sabemos que las fuentes jurídicas pueden tomar diversas clasificaciones, ya sea formales o materiales, o positivas y no positivas (o racionales), abarcando desde las leyes, decretos y reglas, entre otras, a la costumbre, jurisprudencia o doctrina, incluyendo autoridades del Derecho. Puede que sea útil considerar un concepto de fuentes del Derecho, para lo cual usaremos el siguiente: “Las fuentes del Derecho; son tanto el acto concreto de creación, modificación o extinción normativa, como también la forma de expresión de la norma jurídica, siendo su principal clasificación la de fuentes formales y materiales. Las primeras corresponden a la forma de exteriorización o materialización del Derecho como por ejemplo una ley, mientras que las segundas son aquellas que concurren, a la producción de la norma jurídica, y que determinan en mayor o menor grado el contenido de la misma; como por ejemplo la Moral”.

¹⁰⁴ Véase cita n° 93, en lo referente al artículo 1.461, del Código Civil de Chile.

absoluta entre la Moral y el Derecho, manifiesta que lo ético y lo jurídico, son cuestiones que pueden convivir siempre que la primera se adecue en ciertos términos al segundo, lo cual ya ha sido recogido por otras facciones del positivismo. Sin embargo, Raz plantea algo novedoso, que permite continuar la línea de Dworkin y elevar el debate, superando ciertas cuestiones del positivismo ante la Moral.

Raz considera, que la Moral puede influir al Derecho, (inclusive señala, que constantemente lo ha hecho) pero que en dichas situaciones, debe existir un reconocimiento de las fuentes que inspiran los ordenamientos. Lejos de la majadería con el enunciado anterior, es fundamental releerlo para comprender la que creo, es, la principal motivación de Raz.

El autor busca, que mediante el reconocimiento de fuentes formales y materiales, se puedan acotar y precisar las dimensiones de los estándares morales que se pretenden utilizar. Si bien la Moral no se encuentra en la validez de los ordenamientos, como requisito fundamental del Derecho (como sí sucede en Dworkin), Raz cree que la influencia moral puede ser importante; pero sólo lo será, si puede ser utilizada de manera cierta para la labor de mediación que cumple la Autoridad del Derecho; entre éste y los destinatarios de las normas. Si los contenidos morales, son generales, abstractos e imprecisos, dicha situación obstaculizará la labor de mediación que cumple la Autoridad del Derecho. La pretensión de Autoridad que tiene todo ordenamiento jurídico debe concentrar normas con certeza, y no contenidos difusos.

En este sentido, es como planteo que la postura de Raz, es novedosa, y no tan positivista como pareciera en un primer momento, ya que no sólo admite la presencia moral cotidiana reconocida en fuentes de la comunidad respectiva en cuestión, sino que además, postula, que la forma de reconocimiento moral es el método cierto de precisión de los contenidos éticos de la sociedad en cuestión, que son aplicables a si misma. Carece de sentido utilizar parámetros indeterminados y generales de una moralidad que no sea coherente con las costumbres, prácticas y concepciones de la comunidad¹⁰⁵.

Me parece que esto último no implica necesariamente, que esta postura declare que la interpretación del Derecho sea una cuestión a-valórica por naturaleza. Por el contrario, me parece que la tesis de las fuentes plantea, que sólo en la medida que lo ético se encuentre ciertamente delimitado y acordado, no implicará un perjuicio a la función de mediación que cumple la Autoridad del Derecho, que implica en si mismo el fin de cumplimiento y así logro de las razones sociales relevantes. Finalmente, Raz advierte que, todas las personas realizan un juicio ético de las ordenes de Derecho que deben seguir, y es la Autoridad del mismo la que legitima que las personas sigan obligatoriamente las mismas, en ese sentido, el rol de la Autoridad del Derecho, es el de superar un “test” mínimo de valoración jurídica, es precisamente la Autoridad la que nos dice porqué debemos seguir esas normas, por negativas que nos parezcan. No obstante si no se logra el equilibrio entre reconocimiento ético de fuentes del Derecho y Autoridad jurídica, cualquier juicio valorativo de

¹⁰⁵ La presencia de parámetros morales indeterminados y confusos, no hacen otra cosa, que potenciar elementos propios de la discrecionalidad fuerte de los jueces.

interpretación jugará un rol antagonista de la Autoridad.

Es en este sentido, en virtud del cual, podemos señalar que Raz continúa con la novedosa introducción de Dworkin, desde un espacio confrontacional, pero que recoge ciertos aspectos de fondo similar. Afirmar que Raz es un nuevo positivista, me parece más certero que denominarlo como un positivista excluyente de la Moral. Si bien este autor cree que la característica más importante del Derecho es la Autoridad y que ésta se basa en cuestiones sociales ciertas; si la Moral cumple con los mencionados requisitos de precisión y reconocimiento, entonces nada impedirá para que la Autoridad del mismo, pueda recoger cuestiones morales, y que incluso pueda implicar un juicio ético. Finalmente, La Autoridad, en su inicio requiere de cuestiones morales que le den su condición legítima ante la comunidad, pues el cumplimiento de su función de mediación, no es absolutamente excluyente de razones éticas.

4.5 ¿Por qué Metadebate?.

Ya se explicó, bajo qué cuestiones podemos señalar que Dworkin y Raz, superan la pugna positivista-naturalista, generando una dimensión superior de análisis. Ya carece de importancia, discutir si el Derecho debiera admitir intromisiones morales en un sentido de corrección conceptual, o si el valor de la Moral, juega o no un rol relevante en la aplicación de justicia; toda vez, que los sistemas normativos modernos constantemente hacen uso de cuestiones morales, siendo menester delimitar hasta qué punto algo debe ser entendido como puramente jurídico, o puramente moral, o una relación de ambos.

Por consiguiente, la discusión respecto a los alcances de la intromisión de la Moral al Derecho se vuelve fundamental, cada vez que las cuestiones morales han ido tomando protagonismo en los sistemas político-jurídicos contemporáneos.

En este contexto, el propósito siguiente del presente trabajo, será argumentar una afirmación ya publicitada, la que versa que: para Ronald Dworkin la moral debe influir al Derecho, mientras que para Joseph Raz puede influirlo. Esto permitirá posteriormente concluir la argumentación de cómo esta confrontación intelectual genera un metadebate teórico-jurídico.

Como ya se dijo, Ronald Dworkin cree que el Derecho es un conjunto de elementos que no se reducen sólo a los enunciados positivos, discutiendo la labor interpretativa desarrollada por años, por los positivistas del Derecho. Una interpretación correcta, debe evaluar la relación entre el Derecho y la Moral toda vez que el Derecho es reglas y principios. Estos principios son estándares que subyacen a la norma específica, y que también subyacen al ordenamiento jurídico en su totalidad. El autor determina que la naturaleza de esos principios, es de una moralidad política, es decir, se desempeñan en un ámbito que adquiere ribetes políticos, toda vez que sólo la Moral institucionalizada en una sociedad permitirá

generar los conceptos de justicia y equidad, base para este raciocinio.

Finalmente podemos decir, que si Dworkin cree, que el Derecho no puede ser interpretado en ausencia de determinados principios, que tienen una naturaleza moral, podemos deducir entonces, sin forzar razonamiento alguno, que el Derecho y la Moral tienen en Dworkin una relación intrínseca. Si el objetivo de un juez es aplicar justicia, de querer hacerlo bien, deberá advertir los “imperativos” morales que subyacen a las normas.

Por otro lado, respecto de la postura de Raz, si consideramos que la Moral intervendrá en las materias atinentes al Derecho, sólo y sólo si, esos estándares fueran reconocidos por las fuentes formales, materiales o históricas del mismo, nos daremos cuenta que existe en su teoría, el germen de posibilidad para que lo moral intervenga en el Derecho, sin considerarlo como un elemento trascendental de la naturaleza original de los ordenamientos¹⁰⁶.

Mientras las cuestiones morales, sean precisas y recogidas directamente por una fuente Socio-Jurídica, podrán influir al Derecho, sin perjudicar la característica básica de éste, cual es: la Autoridad como elemento mediador entre el propio ordenamiento y los destinatarios de los contenidos normativos, es decir, entre el Derecho y las personas de la sociedad relativa a éste, para el cumplimiento de objetivos relevantes a la totalidad de la comunidad.

A diferencia de Dworkin, Raz ubica a la moral en una posición no tan privilegiada, no siendo un requisito básico de validez interpretativa, sino que, más bien, un elemento posible de utilizar a la hora de determinar qué es Derecho.

Finalmente podemos afirmar que según lo expuesto ahora, y lo revisado a lo largo del trabajo; en Dworkin, la Moral debe influir al Derecho, mientras que en Raz, la Moral puede hacerlo.

Esta diferencia entre uno y otro, es más que una simple cuestión lógica, implica entender que ambos autores presentan posturas que difieren absolutamente al momento de determinar si es que la Moral es algo intrínseco a la naturaleza del actuar interpretativo de los operadores jurídicos, pero no en cuanto a la interpretación ética del Derecho, y su valoración. Uno cree que el Derecho es más que cuestiones puramente jurídicas (en su esencia), mientras que el otro cree que si bien el Derecho no es absolutamente completo en lo positivo, existen cuestiones morales de relevancia trascendental, que sólo operarán mediando un reconocimiento especial “ex-ante”. Para Dworkin la Moral influye al Derecho en un sentido originario, teóricamente siempre están en contacto, mientras que para Raz, debe mediar antes un reconocimiento jurídico o social.

Si bien es cierto que la teoría de Dworkin se encumbra como una tesis esencialmente interpretativa del Derecho, mientras que la teoría de Raz es esencialmente descriptiva y

¹⁰⁶ Con esto me refiero a que, para Raz, no siempre habrá relación entre Derecho y Moral al momento de aplicar las normas, independientemente de que esas normas deben ser autoritativas en un sentido moral, toda vez que deben exhibir razones para ser cumplidas. Nada obsta a que para aplicar el Derecho, se inadviertan cuestiones morales, es más, se deben inadvertir las cuestiones morales, si no han sido precisadas e incorporadas socialmente por alguna fuente socio-jurídica.

evaluativa, la motivación de ambos, al menos en relación a la moral, es exactamente la misma. Ambos pretenden dar respuesta a la interrogante referente, a ¿qué debemos hacer, cuando nos preguntamos sobre la relación entre Derecho y Moral?. ¿Cómo debemos razonar dicha relación?.

Sin duda, ambas teorías no tienen como único objetivo satisfacer estas preguntas; sin embargo, ambas destinan gran parte de sus esfuerzos argumentales para reivindicar o limitar, en uno u otro caso respectivamente, la relación existente entre estas dos dimensiones del humanismo, que intervienen directamente en las conductas de la personas.

La pregunta que ya se anunció, y que es título de este apartado: ¿por qué metadebate?, implica finalmente la conclusión del análisis de este trabajo, y concentra gran parte de su originalidad.

La interrogante ya planteada puede ser resuelta desde dos soluciones diversas, pero relacionadas, donde una es más simple y la otra más compleja.

La solución simple es la que se genera a partir del significado lingüístico de la palabra “metadebate”. Así como el metalenguaje, es el estudio humanístico sobre otros lenguajes, y así como por ejemplo, la “gramática generativa”¹⁰⁷, es un análisis sobre la gramática básica, o sea un metalenguaje, este metadebate adquiere su condición de tal, toda vez que corresponde a un nuevo debate ético sobre el Derecho, que ya había sido desarrollado durante muchos años en confrontaciones positivistas-naturalistas. La pregunta de si el Derecho y la Moral estaban o no conectados, generó el mas alto nivel de confrontación entre estas dos doctrinas, generando un espectro de análisis más acotado que amplio, condicionando el estudio de estas materias.

No obstante, dentro de ésta cualidad superior del análisis, que juega una suerte de “segundo analisis”, existe una base o piso desde el cual se produce el nuevo debate, que es específicamente la discusión entre Hart y Dworkin. En este sentido, podemos decir que la discusión entre Dworkin y Raz, es una confrontación argumental que parte de ciertos supuestos ya analizados con anterioridad. Si por un lado, el primer debate que consideraba la presencia de aspectos relacionados a lo jurídico y lo moral, (que por lo demás logra en cierta medida superar las trabas impuestas por las irreconciliables luchas entre positivistas y naturalistas), es el de Hart y Dworkin, esta nueva discusión, nace como un debate de precisión sobre el anterior.

Si decimos que el estudio de la metafilosofía, puede entenderse como la reflexión acerca de la filosofía como tal, es decir, de aquello que los filósofos han hecho; este metdebate tiene en ese sentido su condición de tal. Podemos ejemplificarlo como que, si filosofía es cuestionarse sobre “el ser”, metafilosofía sería el estudio de los autores y clasificaciones realizadas en cuanto a esas nociones y corrientes. Entonces, si la discusión entre Raz y

¹⁰⁷ La gramática generativa, corresponde a un estudio superior sobre la gramática misma, y su desempeño lingüístico. Implica una teoría lingüística que establece una serie de marcos teóricos que estudian y direccionan la sintaxis de los lenguajes, teniendo por centro de investigación a la actividad lingüística. Abre una nueva dimensión de estudio filosófico. El autor de esta teoría es Noam Chomsky. Véase en; Velarde Lombraña, Julian. “Metodología de la Gramática generativa”. 1979. El Basilisco, número 7, Mayo-Junio, Oviedo.

Dworkin, nace como un asunto que por base tiene un conjunto de discusiones previas, que re-analiza, podemos decir que es un metadebate. Las discusiones o debates previos que forman el piso de esta discusión son: por un lado, la pugna entre positivistas y naturalistas; de racionalizar o moralizar respectivamente al Derecho, y por otro, el debate que precisa los contenidos del concepto de Derecho, producido entre Herbert Hart y Ronald Dworkin. Esto nos permite concluir, que la confrontación argumental producida entre Dworkin y Raz es: “un debate de un debate”.

No obstante, esta primera solución carece de relevancia, toda vez que no es más, que una asimilación analógica, de mayor o menor éxito, referente a la definición de metafilosofía respecto de la de metadebate, que no nos entregaría otra cosa más novedosa que, analizar el debate en cuestión comprendiendo de forma esquemática las concepciones y conceptos ya expuestos por otros autores. Esta solución no aporta más que una buena precisión de lo que Hart hubiera dicho, o de lo que naturalistas y positivistas hubieran razonado en torno a esta disyuntiva, dejando una deuda importante, en cuanto al valor jurídico innovador de estas posturas, y su relación a la ética del Derecho.

La segunda solución, que como ya se anunció tiene mayor complejidad, corresponde a un asunto que está directamente relacionado con el aporte que da a la teoría del Derecho, esta discusión.

Cuando cada autor plantea su análisis sobre la materia, considera de una u otra forma la presencia de cuestiones éticas en el Derecho. Si bien, por un lado Dworkin nos dice que siempre que se interprete el Derecho, se tendrán que utilizar principios de un carácter moral, y Raz por el otro, declara que la Moral requerirá el reconocimiento de las fuentes socio-jurídicas para intervenir, se postula que ya sea desde la interpretación o desde la Autoridad de las normas, éstas exhibirán mandatos éticos a cumplir por los operadores jurídicos que las estudien. Esto es lo primero, Dworkin cree que no se puede interpretar el Derecho si no es en un razonamiento que integre de forma coherente lo explícito con lo implícito, las reglas positivas con los estándares morales políticos, y Raz advierte que para que una norma sea obligatoria y legítima, debe contener al menos en potencialidad la capacidad de ostentar la Autoridad que razonablemente nos permita afirmar, que dicha norma cumple con los requisitos para que la consideremos moralmente obligatoria. Ambos autores advierten presencia moral en dos aspectos diversos, pero complementarios, la interpretación para la práctica jurídica, y la legitimidad moral y luego jurídica de la Autoridad de las normas. No obstante, confrontan en cuanto a la posibilidad de un análisis ético de las ordenes a cumplir, toda vez que Dworkin cree que cada interpretación implica cuestionarse por el Derecho que “debiera ser” en relación a la justicia y la equidad básicamente, mientras que para Raz, un juicio ético sobre las decisiones ya dotadas de Autoridad, puede implicar un serio perjuicio para su naturaleza autoritativa y su relación al cumplimiento de las razones últimas que implica. Me parece que Raz sólo permitiría esta situación, en la medida que ese juicio ético se desenvuelva en base a una aceptación por parte de las fuentes del Derecho, respecto de su procedencia y de sus contenidos morales.

Sin embargo, el planteamiento de estas dos cuestiones se vuelve aun más relevante cuando nos percatamos de que estas posturas tienen una directa relación con un sistema novedoso de análisis jurídico, que orienta el estudio de esta materia hacia una nueva dimensión, cual es el análisis ético de cuestiones morales, es decir una segunda ética, una metaética.

Dentro del estudio de este trabajo, no ha sido relevante el analizar las diferentes corrientes que existen tanto dentro del positivismo jurídico (como positivismo ético, positivismo lógico u otros), como tampoco hacerlo respecto del naturalismo en relación a sus diversas falanges. Esto no obsta a que analicemos un punto que me parece relevante respecto del desempeño de estas corrientes filosóficas y políticas del Derecho, relacionado a la argumentación que han realizado para efectos de la discusión de la materia referente a “Derecho y Moral”.

Pareciera que la extrema tenacidad con que estas doctrinas han defendido sus postulados, no ha sido suficiente para lograr respuestas exitosas en relación a lo ético. El positivismo manifestó su pretensión de devolverle al estudio filosófico del Derecho, su dimensión lógica de racionalidad, argumentando que el naturalismo ha permitido (o ha forzado) que cuestiones ajenas a la razón recta del Derecho, como la religión o las asimilaciones ecuménicas, hayan mitificado aspectos de intrínseca relevancia teórica sobre los direccionamientos legales de las comunidades. No obstante, el naturalismo se ha empeñado, en conciliar aspectos eminentemente no-racionales (desde dimensiones religiosas) como doctrinas teológicas y dogmáticas, con una cuestión que pareciera ser directamente racional, como lo es el Derecho.

Pero siempre que analicemos materias filosóficas, debemos intentar descubrir los velos que impidan los estudios rigurosos.

Si el positivismo acusa al naturalismo de “mitificar” el Derecho en base a postulados ajenos a la “razón”, creo que el positivismo no ha hecho algo tan diferente. Si condenamos al naturalismo, por pretender descubrir desde la razón, el Derecho y las cuestiones éticas que por “gracia divina” han sido colocadas en nuestro mundo, tendremos que condenar también al positivismo por su excesiva racionalización del mismo, que ha impedido contemplar que el Derecho no es tan perfecto como una fórmula matemática de certeza formal. El positivismo ha impedido que el Derecho sea “razonable”, volviéndolo una cuestión excesivamente “racionalizada”. Una vez más, el Profesor, Fernando Atria, plantea algo fundamental, que implica que el Derecho será más exitoso en el cumplimiento de los objetivos para los cuales ha sido destinado por nuestra comunidad, en la medida que haga de sus instituciones y razonamientos, cuestiones “razonables”, más que “racionales”¹⁰⁸.

Creo entonces, que el positivismo ha “mitificado” tanto al Derecho como lo hicieron los naturalistas, toda vez que forzar la racionalidad de las normas y del actuar jurídico, ha castrado la voluntad básica de maleabilidad del Derecho en su relación directa con el

¹⁰⁸ Para profundizar en esto, Véase el análisis que hace Fernando Atria en; “La Ironía del Positivismo Jurídico” 2004. Doxa 27.

recorrido evolutivo de la sociedad, pues si en algo podemos estar de acuerdo, es que el Derecho, debe observar e incorporar a su contenido, los nuevos cambios y mutaciones de la comunidad, siendo un objeto evolutivo y no rígido. De lo contrario caeríamos nuevamente en lo que Herber Hart se esforzó por resolver, a través de las “reglas de cambio”, en “El Concepto de Derecho”.

De acuerdo a esto, es donde el debate Dworkin-Raz aporta algo que es muy importante. Esta discusión nos permite comprender que además de la relación entre Derecho y Moral, que genera un estudio ético de lo jurídico en lo que Dworkin llamaría; “moralidad política”, debemos realizar una re-evaluación de los razonamientos y parámetros bajo los cuales cuestionamos y evaluamos esa relación. Así, si por un lado tenemos el estudio de la relación misma entre aspectos morales y jurídicos, es necesario generar por otro lado, un análisis específico, de segundo nivel, que tenga por base esa primera evaluación; y que también implicará consideraciones valorativas.

Los autores plantean dos cuestiones muy relevantes, una que tiene por supuesto la función de lo moral en la labor de interpretación jurídica, y la otra, que se refiere tanto a la Autoridad de las normas como también, al auxilio que puede prestar la Moral a la solución de conflictos sociales atinentes al Derecho.

Si consideramos que ambos autores, ya sea desde un análisis conclusivo (Dworkin) o evaluativo (Raz), plantean que debe o puede existir una relación entre la Moral y el Derecho, y continuamos el recorrido analítico que de ahí se puede intuir, deberemos hacernos cargo de al menos dos cuestiones cada vez que pretendamos que lo moral influya al Derecho. Primero será necesario estudiar “qué Moral” será aquella que válidamente podrá ser utilizada, para luego, una vez analizado esto y sus métodos de legitimación, (como por ejemplo lo puede ser la cobertura de ésta por parte de fuentes sociales del Derecho o desde la institucionalización política de lo moral a través de consensos ciudadanos), realizar un segundo análisis que tenga por contenido bruto de origen, ese primer estudio sobre “qué Moral” es la atinente al Derecho. Este segundo análisis, requiere cuestionarse cómo, aquellos parámetros morales que se han considerado relevantes y legítimos para lo legal, serán aplicados, y ponderados, para el logro de procedimientos y mecanismos que permitan cumplir con los objetivos que la comunidad ha fijado, por tareas para el Derecho.

En otras palabras, el primer estudio se encargará de cuestionarse por la Moral válida para cada sistema jurídico – (1) mediante la identificación de estándares político-morales y el correspondiente análisis de su legitimidad. Pero una vez concluido esto, será momento de realizar un segundo estudio que implicará realizar un análisis valorativo del resultado del primer estudio, que discuta; no el método de legitimidad o validez de los parámetros morales relevantes, si no que, el sistema de práctica ética mediante el cual será desarrollado el plan de cumplimiento de los objetivos sociales, es decir; (2) el movimiento práctico de ponderación y exclusión de estándares político-morales legítimos, para el cumplimiento de

determinados fines.

Así, en casos de intrínseca relevancia social, como por ejemplo lo es el conflictivo tema de la “integración laboral de los discapacitados”, no bastará con hacer un primer análisis valorativo según el cual podamos concluir que deben existir mecanismos ciertos de promoción de esta integración. No sólo será relevante entender, que como sociedad creemos de gran valor integrar a los discapacitados cualquiera sea su discapacidad, a cada aspecto de la vida social; ya sea en un sentido laboral, familiar o político. También será relevante realizar un segundo análisis, que no sólo buscará establecer los mecanismos más idóneos para que este objetivo sea cumplido, también intentará discutir en un sentido ético, cómo esperamos que estos mecanismos logren exitosamente los objetivos que han sido validados por las personas.

En el ejemplo ya revisado, un primer paso será identificar el problema, que al caso es integrar laboralmente a los discapacitados; no obstante, debemos generar una teoría que respalde esta promoción. Si como medida establecemos que cada industria, empresa, o centro productivo que tenga un determinado nivel de inversión en recursos y generación de servicios, cuente con al menos una determinada cifra de trabajadores, empleados o ejecutivos discapacitados (por ejemplo que el 15% de sus empleados tengan alguna discapacidad), requerimos una teoría que respalde esta decisión, una teoría que nos diga porqué esta “discriminación positiva” que realizamos a favor de una determinada cantidad de personas de la sociedad, (que a la vez implica un perjuicio para el resto de las personas sin discapacidad en un primer sentido), no es arbitraria y cuenta con la legitimidad suficiente para ser coherente al Derecho.

La respuesta es simple, mas sólo cubre el primer análisis del cual hablábamos. La respuesta será, que como sociedad hemos advertido que el esfuerzo que desarrolle un discapacitado para lograr el mismo puesto de trabajo que una persona en plena facultad de sus capacidades, no será el mismo, y que sus probabilidades de éxito son mucho menores, por diversas razones, ante lo cual potenciaremos sus situaciones, incluso sacrificando en un plano estricto de igualdad a determinadas personas. Este argumento presenta gran “razonabilidad” toda vez que según el principio de justicia, entendemos que es bueno tratar “igual lo que es igual” pero a veces será necesario, en una segunda lectura, tratar “distinto lo que sea distinto”. Si concedemos legitimidad a este argumento, y volvemos sólida la promoción legal que estamos haciendo a favor de los discapacitado, de no realizarse el segundo análisis valorativo que se expuso, podríamos caer en un error garrafal que terminaría por hacer de todo este esfuerzo social, algo absolutamente inútil.

El segundo estudio ético o valorativo, tendrá por base el mismo principio utilizado para el primer análisis, es decir, el principio de justicia que se asimila desde el “tratar distinto lo que es distinto”, pero que requiere un nivel superior de cuestionamiento toda vez que tendrá que advertir, primero la viabilidad de los sistemas ciertos para el logro del objetivo (que en este caso es la norma que obliga a las empresas, industrias y centros productivos a

establecer en su plantel de operarios una cantidad determinada de discapacitados). No obstante tendrá también que analizar; cómo en un sentido teórico, y posteriormente práctico, se logrará el objetivo en cuestión. Puede ocurrir que no se advierta, el que una norma general tan abierta como la expuesta, provoque en si misma una discriminación dentro del grupo que “discrimina positivamente”: en otras palabras, que genere una protección ineficiente toda vez que proteja sólo a algún tipo de discapacitados. Por ejemplo, todos sabemos que una persona paralítica es discapacitada y que una persona no vidente también lo es, sin embargo en un trabajo de escritorio, probablemente se preferirá a la persona paralítica, toda vez que la inversión de integrar al trabajo a una persona no vidente será mayor, ya que se tendrá que reacondicionar el sistema laboral, a un sistema de lenguaje acorde a la comunicación del no vidente, que para el caso sería el sistema Braille, pudiendo provocarse graves diferencias de salarios y cargas productivas.

En este sentido, si no realizamos este segundo análisis valorativo, podemos caer en el error ya mencionado, y así fallar en el cumplimiento del objetivo social detrás de la norma, generando en nuestra “supuesta discriminación positiva legítima”, una cierta discriminación arbitraria, a causa de un mal análisis legislativo.

Es este segundo análisis valorativo, que tiene por base los parámetros morales que ya han sido legitimados en la primera discusión, que cuestionaba; sobre qué moral influirá al Derecho, presentará un examen completo de los elementos necesarios para la satisfacción del objetivo que la comunidad ha delegado al Derecho. Esa valoración de segundo nivel, es lo que podemos llamar, una metaética jurídica, que busca aplicar la Moral ya validada en un primer análisis, re-valorándola hacia el cumplimiento del fin social propuesto.

Al referirme al ruido “nueva ética jurídica”, me refiero más, a un sistema de análisis considerativo y valorativo de los estándares morales legitimados en una primera instancia, que a una moralización de la decisión jurídica. El ejemplo anterior cae dentro de los casos de “Policy” que hablaba Dworkin, sin embargo, siguiendo su diferenciación entre dimensión legislativa y judicial, la aplicación de este segundo análisis ético, tiene la misma procedencia en la dimensión adjudicativa, toda vez que siempre que un juez se enfrente a un caso difícil, donde no pueda aplicar normas literales de forma automática, tendrá necesariamente que ponderar desde las concepciones de justicia y ética jurídica más adecuadas, las normas a aplicar y los estándares políticos, sociológicos y morales que estime pertinentes. En su argumentación, el juez, tendrá que respaldar su veredicto, exponiendo las razones en virtud de las cuales ponderó una u otra orientación de las normas jurídicas (incluyendo en ellas a estándares no positivos y reglas), dándole a la comunidad la facultad de examinar su decisión en un sentido de reproche o de aceptación. Esta segunda ética, o segundo análisis considerativo, es coherente con la certidumbre jurídica que tenemos acerca de que; ni las normas literales son maleables por si solas a la facticidad de la realidad social, ni los estándares políticos o morales, podrán entregar abstractamente una solución directa. Será la labor de jueces y juristas, la de interpretar y pensar en Derecho cada caso, estableciendo orientaciones y doctrinas dentro del actuar judicial, que permitan a la comunidad acordar, objetivar y hacer más razonables esas corrientes. Alguien, tendrá

entonces, que realizar aquel meta-análisis, observando los límites que la sociedad ha impuesto sobre dicha labor interpretativa, argumentando sus postulados en miras a aquello que sea “más razonable”.

Si de algo podemos estar seguros, es de que jurídicamente; no hay más verdad que aquella que ha sido acordada por las personas en conjunto, a base de un respaldo argumental certero. Cuando un juez falla un caso difícil, tendrá entonces que realizar dos análisis éticos, al igual que el legislador al momento de crear Derecho. Primero reconocerá las acepciones de cada estándar no literalizado, pero que sea relevante al caso, para después, en un segundo análisis (que tiene más de analítico que de identificatorio), ponderar valorativamente los estándares que al caso tengan mayor peso relativo¹⁰⁹.

4.6 Valor de la discusión.

La discusión entre Ronald Dworkin y Joseph Raz, que he denominado como metadebate, tiene un valor que está muy relacionado a los objetivos que debe cumplir el Derecho.

Las comunidades modernas han considerado como importante, que quienes conforman las sociedades, se interrelacionen en base a lazos pacíficos que permitan el desarrollo del conjunto, bajo el entendimiento de que la unión de voluntades permite un desarrollo social; tanto de la comunidad, como de los individuos en particular. Para esto se han acordado normas que son consideradas como relevantes, cada vez que permiten lograr objetivos como los ya señalados.

No obstante, requerimos que cada vez, que quienes están entrenados para redactar y formular estas normas en un sistema democrático, deban representar la voluntad mayoritaria, y el contexto fáctico que involucra la toma de sus decisiones.

Tanto al momento de discutir las cuestiones relevantes que debieran materializarse en Derecho, como también, al momento de definir en que parámetros solidificaremos dichas normas, debemos realizar un examen socio-jurídico que implique una valoración de aquello que se discuta. En otras palabras, que un Derecho sirva para una comunidad, implicará que sea una fiel adaptación (explícita e implícita) de lo que ciertamente ocurre, como también una revisión valórica de aquello que se pretenda mejorar u obtener desde ese Derecho.

¹⁰⁹ Por ejemplo; si dos garantías constitucionales entran en conflicto sustancial, el juez encargado de decidir; tendrá entonces una doble misión. Primero identificar y definir conceptos y concepciones morales legítimas que lo puedan auxiliar, para después en un segundo momento aplicar la ponderación correcta para la solución, decisión que podrá después ser reprochada o alabada por la comunidad.

Lo valórico involucra una investigación sobre “el Derecho que debiera ser”, en cuanto a proyectos y finalidades de una comunidad en un tiempo determinado. Si las normas, en su inicio, presentan una estructura valorativa discursiva, que distingue entre lo que debiéramos considerar cómo buen o mal Derecho, diferenciándolo en la medida que sirva o no sirva para cumplir con las necesidades que la comunidad delega en él, la interpretación y descripción de las normas debe considerar dicha estructura. Si la interpretación jurídica no recoge esta naturaleza originaria de las reglas, principios (positivos o no) y demás normas, será deficiente, toda vez que no sabrá identificar qué Derecho es aquel que consta en el ordenamiento jurídico, ya sea en un código escrito; en una costumbre institucionalizada; o en la concepción ética de una comunidad determinada, y cual es el objetivo que se espera cumplir a través de ese contenido.

Dworkin y Raz, advierten que el Derecho requiere auxiliarse tanto de cuestiones jurídicas como de otras de naturaleza distinta, para solucionar aspectos de carácter interdisciplinario, pues la realidad es evolutiva, y las necesidades de la sociedad también. Es inviable modificar la estructura legal de cada ordenamiento, toda vez que las concepciones ciudadanas varíen o muten, no obstante es necesario que el Derecho sea un fiel reflejo de lo que ocurre en los hechos y de lo que la comunidad pretende realizar. En este sentido, si construimos valoraciones y juicios éticos en relación a aquellos parámetros morales que se vuelven políticos, al ser discutidos y acordados, podemos permitir que el Derecho en cuanto al contenido literal de sus enunciados, sea adaptable a los cambios evolutivos como también a los casos que no podemos predecir.

Si bien, Ni Dworkin , ni Raz llegan a un acuerdo, sino que al contrario confrontan directamente, sus postulados permiten hacernos intuir que los juicios de interpretación o descripción del Derecho, incluyen una dimensión que es valorativa y que promueve la discusión y construcción de soluciones democráticas que deben ser objetivadas. Esta objetivación se logrará en la medida que el acuerdo de lo discutido, le permita volverse algo; más o menos razonable.

Lo planteado anteriormente referente a la metaética, y cómo esto se relaciona con el metadebate de estos dos autores, corresponde a una interpretación que puede ser exitosa o fallida, sin embargo tiene asidero en la medida que sea razonable. En este sentido podemos afirmar que no existen conclusiones lógicas absolutas en la filosofía del Derecho, pero sólo tendrán relevancia aquellas cuestiones que puedan ser objetivadas en la medida que su argumentación sea completa y que genere acuerdo entre los intervinientes a la discusión. Así esa idea será más correcta, en la medida que “más” y “mejor” acordada sea.

Creo que el origen de una idea o su motivación natural no es relevante al momento de objetivarla. No importa si una idea sobre la Moral atingente al Derecho proviene de concepciones religiosas, o de la mas absoluta de las estructuras lógicas, lo que importa es que dicha idea será objetivada, en la proporción acorde a su “razonabilidad”, pues será mas

razonable en la medida que la argumentación que la respalde sea asentada en consensos. En este sentido, concluiremos que toda valorización del Derecho que “debiera ser” se institucionalizará de acuerdo a ciertos mecanismos comunes, delimitados por el Derecho o el sistema político imperante, pero que deberán concretizarse en las normas. Si las normas no recogen esa voluntad valorativa, entonces traicionan los objetivos básicos para los cuales ha sido creado el Derecho. Finalmente, si ese Derecho es Moral en su génesis, la interpretación del mismo y su aplicación; tendrán que ser justamente coherentes a ese sentido de valoración original.

No obstante, suele ocurrir que el Derecho, debido a una serie de defectos políticos, no logre adaptarse a la violencia de los cambios sociales. Será en ese caso complejo donde pueda suceder que los jueces y juristas tengan que reinterpretar el Derecho. Sin embargo, incluso en ese caso, exigiremos, que se respete aquello que parezca al menos desde los ojos de la comunidad, como algo acordado.

Si damos por cierto que las reglas de Derecho desde su inicio, cuando son redactadas y escritas no están exentas de cuestiones valorativas, intrínsecas al objetivo que buscan cubrir al momento de ser aplicadas, tendremos que hacer un importante esfuerzo por identificar cuales son esos objetivos que pretenden realizar. Esto incluye la posibilidad de que se realice una re-evaluación valorativa que aúne los contenidos de dichas normas. Pues finalmente cabe preguntarnos; si la labor judicial es sólo una investigación histórica de los objetivos y voluntades que pretendían como necesarios los legisladores que las crearon, o una labor de reinterpretación ética del Derecho acorde con el dinamismo de los días contemporáneos.

Es así como este debate permite advertir que el análisis del Derecho “que es”, implica un juicio valorativo o ético en relación al mejor Derecho aplicable al caso, ya sea desde la Autoridad del Derecho de Raz o desde la integridad interpretativa de Dworkin, ya que ambas posturas nos dicen; que nada impide que jueces y juristas analicen el Derecho en un sentido ético, siempre y cuando la consideración ética o moral que realicen cumpla cierto requisito común a ambas posturas, que es; que el análisis ético del Derecho observe los límites morales que la misma comunidad ha determinado, ya sea que utilice “la Moral institucionalizada” de Dworkin o “la cotidianizada en fuentes sociales” de Raz, invitándonos a pensar en esta ética, que razona sobre cuestiones morales previas.

4.7 Comentario Final.

Por último me parece atinente hacer un comentario referente al inicio de este tópico que se empieza a “perfeccionar” a mi modo de ver, desde la discusión entre Ronald Dworkin, y H.L.A. Hart que tuvo un dilatado análisis durante más de treinta años, donde se asumió (con mal fundamento), que Dworkin representaba a la facción naturalista, al exponer la

presencia indispensable de la Moral en sus teorías. No obstante esto, el debate entre los autores mencionados, implica la base desde la cual se desarrolló el debate Dworkin-Raz¹¹⁰.

Así como, el recorrido referente a los argumentos entre Dworkin y Hart se siguió estudiando durante varias décadas, es ésta nueva confrontación, la que permite subir un peldaño en el estudio de la Moral y el Derecho; y superar de una vez por todas el estorbo en el que parecían haber caído los teóricos legales.

Sin embargo, el análisis entre Dworkin y Raz, permite también superar la pugna entre positivistas y naturalistas, lo cual es una virtud, toda vez que las testarudas posturas de unos y otros, no permitían un sincero análisis jurídico de la Moral. El relacionar de forma errada al Derecho y la Moral genera un riesgo inmenso, ya que ante un mal análisis de ello, se puede producir una mezcla difícil de individualizar entre cuestiones jurídicas y no jurídicas, que no permite un estudio correcto de lo legal.

Aunque parezca una obviedad, la única forma de aplicar y razonar bien en Derecho, es considerar todos y cada uno de los elementos que juegan un rol importante en éste, pues siempre que busquemos la respuesta a la identidad jurídica; debemos sumar contenidos (cuando al menos valga la pena hacerlo) y no restarlos, haciendo de la identidad del Derecho una cuestión interdisciplinaria, que relacione las diversas dimensiones del humanismo que importan a la tradición jurídica. Cuando pensamos en el Derecho, más vale pensar en un inmenso mar, con olas de distintas estirpes y colores que nacen en distintos lugares, y que viajan en un ir y venir de diversos sentidos, más que en una muralla de concreto, limitada y atrofiada por sus propios componentes. Es este entendimiento el que nos alejará de aquel error en que incurrió John L. Austin; y así comprender al Derecho como algo complejo, distinto de un simple “encargo” respaldado en una amenaza, cual voluntad de un “Capo mafioso” como Don Vito Corleone, en “el Padrino”, a alguno de sus “soldados” de confianza, como Luca Brasi.

Cuando unos y otros, analizan y reanalizan la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen buscando afanadamente encontrar errores o imprecisiones, para clavar a tinta sus nombres en la historia, parecen no advertir el verdadero legado de ésta, y muchas otras teorías filosóficas del Derecho, que no corresponden a una solución perfecta y positiva al actuar judicial o legislativo, sino que implican el análisis y razonamiento de argumentos que plantean diversas encrucijadas, y que pretenden mediante la confrontación intelectual, lograr una evolución del pensamiento jurídico.

Por esto es fundamental que se entienda, que al percibir constantemente intromisiones morales al Derecho, deja de ser relevante discutir si debiéramos o no aceptar dicha situación, sino que parece más importante distinguir qué es Derecho y qué es Moral, y según qué parámetros, preceptos y cuestionamientos, podemos validar sus relaciones. En un

¹¹⁰ El orden de los autores en el estudio de esta materia, no tiene mayor relevancia que la de considerar que el análisis de Raz, corresponde a una postura evaluativa, que busca complementar la doctrina positivista, en contraposición a Dworkin. No obstante, Raz señala en varias ocasiones que su exposición argumental es evaluativa y no conclusiva, con lo cual señala su voluntad de abrir el debate, más que concluirlo en una solución.

mundo jurídico sumamente dinámico y evolutivo como el que vivimos, es menester de los juristas e intelectuales de Derecho, satisfacer de forma rigurosa los acertijos que de la interpretación y determinación de la identidad del mismo surgen; pues finalmente si se va a hacer justicia, que se haga bien. Recordemos que; si la Filosofía puede ser considerada como una ignorancia enriquecida, en virtud de la cual, mediante el constante debate y exposición de argumentos, logramos avanzar de una duda a otra en un perseverante sistema de cuestionamientos, desde un motor, inicio y objetivo, que no es otra cosa que el asombro. La teoría del Derecho, debiera al menos asumir una limitación al respecto, y es que en su afán analítico (y menos romántico) de las instituciones y figuras jurídicas, no debe inadvertir uno de los máximos motores del Derecho, el que es, la paz social en las relaciones interpersonales de una comunidad. Por esto, si la ya anunciada “Ignorancia enriquecida”, nada aporta al conocimiento jurídico para enfrentar los dilemas de la cotidianidad de forma inteligente, podremos afirmar con certeza, que los intelectuales legales no han hecho bien su trabajo.

Capítulo Quinto.

Notas finales.

La Moral ha obligado el análisis de muchos autores y estudiosos del Derecho, pero creo, que al menos el énfasis de este trabajo, da alguna luz de relevancia al respecto. Llegar a una solución absoluta parece algo complejo y casi utópico, pues finalmente lo que enriquece estos cuestionamientos, no es una respuesta matemática, sino que el constante debate a su respecto.

Por consiguiente, si observamos detenidamente cualquier ordenamiento jurídico, sabremos

que no podemos entenderlo como un sistema cerrado, perfecto y sagrado desde lo literal. Ya sea desde la práctica jurídica, o incluso desde la teoría, la idea de un catálogo que proporcione soluciones para cada conflicto en la sociedad parece imposible. En relación a este razonamiento, podremos sin gran trabajo concluir, que si lo literalmente jurídico no basta para satisfacer los objetivos y motivos que se pensaron para el Derecho, pueden existir cuestiones no literales, e incluso no jurídicas estrictamente, que permitan auxiliar a los sistemas legales en determinados “casos difíciles”. El que no podamos solucionar todos los casos en base a la simple aplicación maquinal del Derecho positivo, no excusa a los jueces, en su imperativo de aplicar Derecho concluyentemente, finalmente -el Derecho- fue creado para resolver controversias sociales de forma pacífica, por mandato directo de las personas que democráticamente colocaron en sus manos, la facultad de decidir en sus vidas. El Derecho es un elemento social, mas no un conjunto de elementos inviolables, sin embargo, tenemos que reconocer que al permitirle a un juez interpretar Derecho, le estamos permitiendo crear contenidos jurídicos que deben ser coherentes con la legitimidad política de los mismos. Con dicho propósito, estableceremos entonces un riguroso examen de procedencia para la intervención de aspectos que involucren discrecionalidad¹¹¹. Valorar la interpretación judicial, no implica requerirla sagradamente para todos los casos.

Así; Dentro de estas cuestiones no jurídicas que puedan auxiliar al Derecho, tenemos entre otras a la Moral, una dimensión diferente, pero a la vez similar, que puede jugar un importante rol en cuanto a la validez de las normas, y a la solución de cuestiones extra jurídicas, que pone a prueba la inteligencia de los operadores del Derecho, invitándolos a razonar más que a re-petir cuestiones memorizadas.

La posiciones de Dworkin y Raz, son sin duda, corrientes de gran peso teórico, pero es deber de todo estudioso del Derecho combinar en la medida justa, la teoría y la práctica, para así darle validez social a algo que sobre las propias comunidades trata. La búsqueda de conjugar el Derecho y la razón, y desmitificar su naturaleza a base de conocimiento certero, debe distinguir qué es relevante y qué no.

Quiero finalmente hacer referencia al “buen anuncio” de Fernando Atria, referente a que, buscar un análisis del derecho a-valorativo, y desconocer la intuición ética que deben tener los juristas para perseguir aquel Derecho “que debiera ser”, hace del positivismo, o de cualquier otra doctrina del Derecho, una corriente “trivial y estéril”¹¹². Toda vez que analizamos una norma, por muy positiva y rigurosamente semántica que se encuentre recogida, en cuanto a sus límites y contenidos, debemos advertir que subyace a ella una

¹¹¹ La discrecionalidad implica un conflicto político serio. El que un individuo no electo democráticamente, decida en cuestiones donde debiera bastar lo decidido por quienes si han sido elegidos democráticamente, y se les ha establecido como encargados de crear leyes, es una situación que pone en discusión a la teoría democrática, con la inexcusabilidad judicial en la necesidad de soluciones. Por esto, es necesario congeniarlas, y la forma de hacerlo, es que el permiso para que alguien no electo democráticamente cree en cierto grado Derecho, se encuentre circunscrito a la presencia de un “caso difícil”, que será aquel donde el Derecho positivo, creado por los legisladores, sea insuficiente o incorrecto para fallar. Es decir, no siempre el juez estará facultado para interpretar.

¹¹² Atria, Fernando. “La Ironía del Positivismo Jurídico” 2004. Doxa 27. Pp135.

discusión jurídica de creación y aplicación, que involucra las más relativas subjetividades de lo que durante años hemos minimizado en el término de “creencias”.¹¹³

No obstante esto, la “creencia” de naturalistas o positivistas, sobre que la verdad del Derecho está en hacer de las normas algo religiosamente moral, o algo obsesivamente racional, entre una y otra postura, traiciona los más intrínsecos valores de la filosofía del Derecho, como base de la inteligencia jurídica. Estas obtusas posturas generan dogmas jurídicos irreconciliables con el valor sublime de la filosofía, que no es otro que, el estudio del conocimiento sobre la constante tensión intelectual que alimenta el “asombro”. Podemos afirmar, que los dogmas soberbios e intratables de las posturas ya señaladas, castran el espíritu viajero del Filósofo, siempre que lo podamos entender, como alguna vez lo describió; el Profesor, Agustín Squella, siendo como un viajero que emprende su recorrido sin fecha de regreso, hacia la búsqueda de un conocimiento que no tiene límites, a través de lugares desconocidos que se suceden de uno en otro, sin otra preocupación más, que la del siguiente paradero por-conocer.

Referencias bibliográficas.

1.-Atria, Fernando. “La Ironía del Positivismo Jurídico”. 2004. Doxa 27: Pp.81 a 139.

¹¹³ Ibid, pp 132 a 135.

- 2-.Betegón, J y De Paramo, J.R. “Retorno al Derecho natural”. 1990. Volumen; Derecho y moral. Ensayos analíticos. Ariel. Barcelona.
- 3-.Delgado Pinto, José, “La noción de Integridad en la teoría de R.Dworkin”: Análisis y valoración. 2002. Universidad de Salamanca. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas; Derechos y Libertades. España.
- 4-. Dworkin, Ronald. “Taking rights seriously”. 1978. Harvard University Press. Massachusetts.
- 5-. Dworkin, Ronald. “Filosofía del Derecho”. 1980. Fondo de Cultura Económica. México.
- 6-.Dworkin, Ronald. “Law’s Empire”. 1986. Harvard University Press. Massachusetts.
- 7-.Dworkin, Ronald. “El Imperio de la Justicia”. 1992. Segunda edición. Gedisa. Barcelona.
- 8-.Dworkin, Ronald. “Los Derechos en Serio”. 1993. Planeta-Agostini, Barcelona.
- 9-.Hart, Herbert. L.A. “El Concepto de Derecho”. 2004. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- 10- Herrera, Francisco. “La matriz Kantiana en la Propuesta Filosófico Política de J. Rawls.” “Kant 1804 – 2004. En el bicentenario de su muerte”. 2004. Publicaciones especiales. Departamento de Filosofía, Universidad de Chile. Santiago.
- 11-.Kelsen, Hans. “¿Que es la teoría pura del Derecho?”. 1993. Fontamarcá. México.
- 12-.Martinez, Jose F. “Metafilosofía, Perifilosofía, Metafísica”. 2005. II Congreso de la Sociedad Académica de Filosofía. Santiago de Compostela. España.
- 13-.Orellana Benado, Miguel. “El Cosmopolita en la Azotea. Isaiah Berlin y el siglo terrible”. 1997. Anuario de filosofía Jurídica y Social. Número 15. Chile.
- 14-.Orellana Benado, Miguel. “Identidades, Filosofía y Tradiciones”. 2002. En Logoi, No. 5, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas .
- 15-.Orellana Benado, Miguel. “P.F. Strawson (1919-2006)”. 2006. En Isegoría, No. 34, Madrid .
- 16-.Peña González, Carlos. “Derecho y Moral”. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. “Manuscrito inédito en poder del autor”. Santiago.

- 17-.Peña González, Carlos. “Hart y el concepto de derecho”. 1988. Anuario de filosofía jurídica y social. Número 6. Chile.
- 18-.Rawls, John. “Teoría de la justicia”. 1971. FCE. México.
- 19-. Raz, Joseph. “Razonamiento práctico”. 1986. Fondo de Cultura Económica. México.
- 20-.Raz, Joseph. “La ética en el ámbito público”. 2001. Gedisa, Barcelona.
- 21-.Raz, Joseph. “Incorporation by Law”. 2004. Legal Theory, 10. Cambridge University Press.
- 22-.Rodriguez, César. “Teoría del Derecho y Decisión Judicial”. “En torno al debate entre H.L.A. Hart Y R. Dworkin”. 1998. Siglo Del Hombre Editores. Santa Fe de Bogotá, Colombia.
- 23-.Guest, Stephen. “Integrity, equality and justice”. 2005. Internationale Revue de Philosophie. Expuesto en el “Trinity College meeting” de Noviembre de 2004.
- 24-.Ruiz Schneider, Carlos. “Democracia y Liberalismo en Ronald Dworkin”. “Kant 1804 – 2004. En el bicentenario de su muerte”. 2004. Publicaciones especiales. Departamento de Filosofía, Universidad de Chile. Santiago.
- 25-.Saffie G, Francisco J. “Una revisión al Estado actual de la discusión entre Ronald Dworkin y los Positivistas”. 2007. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile. Santiago.
- 26-.Squella Narducci, Agustín. “Derecho y moral: ¿Tenemos obligación moral de obedecer al derecho?”. 1989. Edeval. Valparaíso.
- 27-.Squella Narducci, Agustín. “Positivism Jurídico y Democracia”. 1989. Academia Chilena de Ciencias Sociales. Chile.
- 28-.Squella Narducci, Agustín. “Filosofía del Derecho”. 2001. Editorial Jurídica. Santiago.
- 29-.Squella Narducci, Agustín. “Introducción al Derecho”. 2003. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 30-.Velarde Lombraña, Julián. “Metodología de la Gramática Generativa”. 1979. El Basilisco número 7. Oviedo.¹¹⁴

¹¹⁴ Agradecimiento especial para Don Salustio Montalva Nouveau y Doña María de Los Ángeles Figueroa C, por su importante colaboración en cuanto a la discusión de estos temas, que ha sido fundamental en varios aspectos de los análisis del autor. Agradecimiento especial, para el profesor Don Javier Couso Salas, por sus relevantes orientaciones y acompañamientos en este trabajo, así como en otros aspectos.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Introducción.....	6
Capítulo Primero: Contexto.....	11
1.1 Breve contextualización del escenario teórico jurídico.....	11
1.2 Confrontación argumental entre Dworkin y Raz.....	19
Capítulo Segundo: La integridad del Derecho.....	26
2.1 Dworkin.....	Ronald 26
2.2 La integridad confrontada con el pragmatismo y convencionalismo.....	28
2.3 El Derecho como integridad, coherencia.....	la 30
2.4 La Integridad; Una relación entre principios y Moral.....	37
2.5 Diferenciación. Identificación entre Integridad, coherencia, justicia y equidad.....	42
2.6 La integridad y su articulación en relación a los principios. Dimensión legislativa judicial.....	49 y
2.7 La integridad como sistema de interpretación.....	56
2.8 Conclusiones.....	62
Capítulo Tercero: La Teoría de las Fuentes.....	67
3.1 Raz.....	Joseph 67
3.2 Autoridad y Derecho.....	y 71
3.3 La teoría de las fuentes y su influencia a la relación entre Derecho y Moral.....	78

3.4	Raz plantea sus diferencias con Dworkin.....	83
3.5	Conclusiones.....	86
3.6	Problemas con la teoría de las fuentes.....	88
Capítulo Cuarto: EL MetaDebate Jurídico.....		93
4.1	Propósito del análisis.....	93
4.2	Breve reseña acerca del Positivismo y Naturalismo.....	94
4.3	Dworkin, un “no positivista” de fuerte intuición liberal.....	96
4.4	La postura de Raz.....	104
4.5	¿Por qué Metadebate?.....	112
4.6	Valor de la discusión.....	125
4.7	Comentario Final.....	129
Capítulo Quinto.....		133
	Notas finales.....	13
	Referencias bibliográficas.....	3
		13
		6