

INTRODUCCIÓN

El pensamiento jurídico contemporáneo ha evolucionado desde el estricto legalismo decimonónico, bien preservado en las culturas jurídicas latinoamericanas, hacia una nueva imbricación de los elementos autoritativos —las fuentes sociales del derecho— y los factores éticos-jurídicos racionales —los principios no positivos, los derechos humanos, etcétera— en la vida del derecho y en la conformación de su dinámica. El proceso viene de la mano de un renacer de la retórica (Perelman) y de la tópica (Viewegh), del despertar de la conciencia hermenéutica general y jurídica (Gadamer, Betti) y de una crítica demoledora del positivismo jurídico desde posiciones que algunos, por no calificarlas de “iusnaturalistas”, han denominado “no positivistas” o “anti-positivistas” (Dworkin, Aarnio, Alexy). Las sociedades tardomodernas y autosatisfechas —las élites latinoamericanas, las masas europeas, los angloamericanos—, que habían confiado su seguridad al funcionamiento racional de las instituciones legales, más allá de las diferencias ideológicas, vienen a caer en la cuenta de que el sentido supuestamente objetivo de sus Constituciones y de sus leyes está siendo transformado mediante la interpretación judicial orientada por las convicciones éticas de los grupos más activos, que rodean a los jueces —especialmente a los de los tribunales supremos y constitucionales— y los mueven a encontrar nuevos argumentos para consagrar jurídicamente pretensiones no rara vez *contra legem*. El juego del activismo judicial —los jueces han descubierto su poder, el que siempre han tenido— con los conceptos jurídicos indeterminados y con los derechos humanos reconocidos o creados por los textos constitu-

cionales y los tratados internacionales, produce un derecho malleable, dúctil (Zagrebelsky), ajustable a las diversas necesidades de los pueblos, mas también a las variables exigencias de minorías selectas y refinadas —económicamente poderosas y fuertemente activas en los medios de comunicación— que quieren imponer sus cosmovisiones y sus sistemas éticos —sobre la política, la familia, el sexo— a toda la humanidad.

Puede advertirse, pues, que el proceso es ambiguo. Por una parte, se recupera la visión clásica de que el derecho incorpora ineludiblemente aspectos éticos y políticos, de tal manera que la lucha por el derecho —por la orientación moral del derecho— no admite un supuesto terreno neutral y seguro, el texto de la ley positiva. Por otra parte, se rechaza la exigencia clásica de que esas orientaciones morales, que a la postre terminarán rigiendo las vidas de todos los ciudadanos, sean justificadas objetivamente en una doctrina ética válida para todos, es decir, en una *lex naturalis*. Se quiere la unidad entre moral y derecho —que los jueces reinterpretan el derecho según exigencias éticas— y, al mismo tiempo, que el relativismo de las concepciones del bien sea la concepción ética dominante, aunque no justificada racionalmente sino sólo en el hecho bruto de la diversidad y en la reivindicación desorbitada de la propia autonomía. De esta manera, se obliga a todos a aceptar y a legitimar conductas tradicionalmente consideradas inmorales, y las minorías que quieren sentirse así acogidas en la sociedad terminan, so pretexto de tolerancia, imponiendo su visión y su presencia a quienes simplemente tienen otra visión y quieren otra sociedad.

En este contexto cultural nos parece necesaria una nueva análtica del derecho justo. Ya no podemos analizar el derecho positivo —el derecho a secas, si se quiere: *de nominibus non est disputandum*— sin vincularlo con una teoría de la justicia. Este análisis exige tanto comprender la crisis del positivismo jurídico como responder a la crítica de la teoría clásica del derecho natural, todo en el marco de una visión de la ciencia del derecho y de los autores más importantes del siglo XX. En efecto, la respuesta

a las críticas contra el iusnaturalismo y la búsqueda de un nuevo lugar para la visión clásica del derecho natural no se dan aisladas de la adecuada comprensión del iuspositivismo y de su crisis, al parecer irremediable.

El presente libro es el resultado de diversas investigaciones en torno a la teoría del derecho natural y la crisis del positivismo jurídico. El capítulo primero defiende una visión del derecho y de la ciencia jurídica de corte aristotélico, donde lo normativo está en el trasfondo de una realidad jurídica primaria, lo justo o lo debido a cada uno. Ya en este capítulo se advierte que, con tal punto de partida, el derecho natural, es decir, lo que es debido por razones morales que son también jurídicas —de justicia y por tanto normativas para los creadores del derecho positivo—, es de la esencia tanto de la realidad jurídica como de su conocimiento práctico. En consecuencia, el siguiente capítulo sostiene esta tesis central del pensamiento clásico en el contexto de los actuales sistemas normativos, haciendo ver que el moderno proceso de reconocimiento de los derechos humanos resulta incompatible con que el sistema de fuentes del derecho se cierre legalistamente a la captación y utilización de los principios del derecho natural.

El capítulo tercero mira la otra cara de la moneda, la crisis del positivismo jurídico clásico que ya se advierte en Hans Kelsen, pero que es patente en Herbert Hart y Norberto Bobbio. En efecto, Kelsen no renuncia a la separación entre derecho y moral en el plano científico descriptivo del derecho, pero reconoce la necesaria actividad valorativa ético-política —meramente subjetiva, según él— de los creadores-aplicadores del derecho. Hart, por su parte, mantiene la tradición iuspositivista abandonando sus principales tesis sustantivas. Bobbio, en fin, narra adecuadamente la historia de la crisis de dicha tradición, y procura aferrarse, al menos, al mito del conocimiento avalorativo del derecho. Esta crisis del iuspositivismo no ha sido ajena a los representantes latinoamericanos de esa tradición. En Chile, Agustín Squella, destacado profesor de filosofía del derecho, bien cono-

cido en otras latitudes, ha procurado mantener en pie la tradición no solamente difundiendo las ideas centrales de Kelsen, Hart, Bobbio y otros representantes del pensamiento jurídico de matriz agnóstica o escéptica, como Alf Ross, sino también criticando incluso que vuelva a hablarse de “derecho natural”. Su crítica motivó una respuesta de mi parte, que ahora presento en el cuarto capítulo, titulado de una manera que recoge el espíritu de todo este libro: “¿Podría no hablarse de derecho natural alguna vez?”. No dejo pasar esta oportunidad sin agradecer al profesor Squella su apertura al intercambio de ideas y la amabilidad con que me ha invitado a participar en las reuniones y publicaciones académicas que él promueve con tanta eficacia como espíritu de camaradería y tolerancia.

El quinto capítulo enfrenta la descripción del oficio de jurista tal como es —un oficio esencialmente ligado a la justicia— con la pseudo-científica pretensión del positivismo jurídico no valorativo, que pretendió describir el derecho “tal como es” y no “como debería ser”—separar el derecho de la moral—, pero terminó construyendo una imagen de cómo deberían ser el derecho y la ciencia jurídica, imagen que poco o nada tiene que ver con el derecho y la ciencia jurídica que los juristas conocen y practican a diario.

Los dos últimos capítulos presentan algunas ideas madre de dos de los filósofos del derecho más destacados de la hora presente, renovadores del pensamiento iusnaturalista. Uno de ellos, Javier Hervada, siguiendo y corrigiendo las intuiciones básicas de Michel Villey, ha elaborado lo que él denomina “realismo jurídico clásico”, una visión del derecho centrada en “lo justo” y reconocedora de los títulos naturales (*i. e.*, racionales, independientes de la voluntad política) de atribución de lo suyo a cada uno. El otro, John Finnis, es el más destacado defensor de la tradición iusnaturalista en el mundo anglosajón, siguiendo la tradición analítica de H. L. A. Hart, sin su aversión al derecho natural. Finnis es uno de los más provocativos representantes actuales del pensamiento sobre el derecho natural, y quien, sin duda alguna,

INTRODUCCIÓN

5

mejor lo ha presentado de manera inteligible en el mundo de la teoría analítica del derecho.

A lo largo de la elaboración de este trabajo he recibido el apoyo moral y económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes de Chile, la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, el Fondo Interno de Investigación de la Universidad de los Andes (Proyecto de Investigación DER-002-98), la Fundación Andes, el Fondo Nacional de Investigación Científica y Tecnológica de Chile (Proyectos FONDECYT 1990734 y 1010711) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. A todos ellos vaya mi más profundo reconocimiento.

De manera especial agradezco al profesor Diego Valadés la hospitalidad con que me acogió durante un mes en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, donde pude beneficiarme no solamente de la tranquilidad necesaria para avanzar en este proyecto, sino también de la conversación y del intercambio de ideas con los miembros del instituto. Agradezco especialmente la atención que me prestaron los profesores Javier Saldaña, Jorge Adame, Jorge Witker, Juan Vega, Enrique Cáceres y Carlos de la Torre.

Javier Saldaña, sobre todo, ha sido un apoyo constante en lo académico y en lo personal. Se empeñó en que yo regresara a México tras veinticinco años de ausencia. Mi agradecimiento se prolonga ahora en una nostalgia nueva.

México D. F., sábado 2 de abril de 2005