

LA FORMA DEL DERECHO Y EL CONCEPTO DE LO POLÍTICO

Fernando Atria*

EL DERECHO Y LO POLÍTICO

§1. Sobre el derecho y la política. El dato fundamental del conflicto político es que es polémico. Uso esta palabra en un sentido preciso, que no se reduce a "controversial" o "discutible". Lo político es controvertido en un sentido específico. Un conflicto es polémico cuando no puede ser adjudicado con imparcialidad, cuando decidirlo es tomar partido. El conflicto político, entonces, no puede ser decidido por apelación a la razón, debe ser decidido por ejercicio unilateral del poder por quien tiene más. Esto implica que la decisión de un conflicto político consiste en un ejercicio unilateral de poder por quien tiene más¹.

* Facultad de Derecho, Universidad de Chile (FAtria@derecho.uchile.cl). Este artículo fue escrito originalmente para ser presentado en la versión 2020 del Seminario en Latinoamérica (SELA), sobre el tema Democracy under Fire: Populism, Authoritarianism, Nativism, Economic Dysfunction, and the Exclusion of Disadvantaged Groups, que se realizaría en June 2020 en Santiago.

¹Esta es la idea importante de la caracterización de Carl Schmitt de lo político en términos de amigo/enemigo (Schmitt, Concept of the Political, p. 26). Pese a que Schmitt dice al final del párrafo de la referencia que esta distinción "denota el mayor grado de intensidad de una unión o separación, de una asociación o disociación", su "criterio" en mi opinión no sugiere que lo político necesariamente envuelve ese grado máximo de separación. Su importancia, en esta lectura, emerge uno párrafos más adelante: "solo los participantes reales pueden correctamente reconocer, entender y juzgar la situación concreta y decidir el caso extremo de conflicto. Cada participante está en la posición de juez respecto de si el adversario pretende negar la forma de vida de su oponente y debe en consecuencia ser rechazado o enfrentado para preservar la propia existencia" (ibid, p. 27). El punto aquí, en

En contraposición, el conflicto jurídico es adjudicable. "Adjudicar" es la función de la jurisdicción, y consiste en dar a cada uno lo suyo de acuerdo a normas comunes a las partes, lo que quiere decir conforme al derecho. Para decirlo de un modo que puede parecer provocativamente ingenuo: el conflicto político se resuelve unilateralmente mediante el ejercicio de poder por quien tiene más, mientras que el conflicto jurídico se resuelve mediante la fuerza del argumento, con independencia del poder relativo de cada parte².

§2. Sobre las instituciones y su inteligibilidad. Esta caracterización parece provocadoramente ingenua, pero las apariencias engañan. De hecho, toda explicación del sentido de una institución tiene un momento inicial de aparente ingenuidad; como he explicado con detalle en otra parte³, las instituciones han de ser entendidas como formas de hacer probable lo que es improbable. De acuerdo a esta idea, la forma general de la explicación de cualquier institución tiene tres pasos:

(1) Una institución realmente existente puede ser identificada por dos dimensiones: por un lado, por una determinada estructura (características formales); por el otro, una pretensión que es aparentemente ingenua. En mi experiencia, esto se hace evidente por el hecho de que los

mi opinión, es que el conflicto político no puede ser decidido sino por los participantes, i.e. que no puede ser adjudicado desde fuera, desde una perspectiva imparcial. Es decir que es polémico.

² Lon Fuller sostenía que "la característica distintiva de la adjudicación yace en el hecho de que ella permite una forma especial de participación a las partes afectadas, que consiste en presentar pruebas y razones para una decisión a su favor" (Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication", p. 364.

³ Atria, La Forma del Derecho, capítulo 7.

estudiante usualmente describen esta pretensión sin atreverse a asumirla: "se supone que" los tribunales deciden conforme a derecho, que la ley es la voluntad, del pueblo, que los contratos son intercambios justos, etc. Nótese que en esta etapa "preinterpretativa" los tribunales, la ley y los contratos son identificados por sus características formales.

(2) Esa pretensión es improbable en condiciones "naturales" (Def.=no institucionales). En efecto, en esas condiciones, es improbable que las controversias sean decididas dando a cada uno lo suyo conforme a normas comunes, que las normas generales sean las que van en el interés general, que los intercambios sean conmutativamente equitativos. Lo probable es que todas esas decisiones vayan en el interés de quien en las circunstancias tiene más fuerza.

(3) Las características formales identificadas en (1) neutralizan la improbabilidad detectada en (2) y así hacen probable eso que era improbable. Si hay una judicatura independiente y protegida de la presión del más fuerza (inamovilidad, etc.) se hace probable que los jueces decidan dando a cada uno lo suyo conforme al derecho; si las normas generales deben ser decididas por una asamblea de representantes electos que discuten y deciden en público se hace probable que los intereses particulares sean purgados y emerge así el interés general; si los contratos son válidos en ausencia de error, fuerza y dolo (etc.) es probable que cada parte solo consienta si ve que la prestación de la otra parte es más valiosa que la suya, y si ambas partes piensan eso lo probable es que el intercambio sea conmutativamente justo, etc⁴.

⁴ Las afirmaciones sobre los tribunales, la ley y los contratos no deben aquí ser vistas como afirmaciones de hecho. No estoy (aquí)

Lo anterior se puede expresar mediante la siguiente tesis general: los conceptos jurídicos son conceptos funcionales estructuralmente mediados. Su función es esa que es naturalmente improbable. Pero no son conceptos puramente funcionales: el desempleo de la función está mediado por características formales que, al neutralizar las causas de esa improbabilidad natural, hacen la función probable⁵.

Esta es la razón por la que la explicación de toda institución tiene un momento inicial de aparente ingenuidad, el momento en que la función que es naturalmente improbable es identificada. La ingenuidad es sin embargo, solo aparente, porque es parte de la explicación que esa función es de desempeño naturalmente improbable. Lejos de ser ingenua, la explicación ahora ofrecida anticipa que las instituciones nunca (o en raras ocasiones) lograrán ser plenamente exitosas y entonces hacer necesario lo que es improbable.

§3. La improbabilidad del derecho. El derecho crea espacio no-polémico. Podemos incluso decir que el derecho existe para hacer probable la existencia y sostenibilidad de espacios

expresando una opinión acerca de si es realmente el caso, en nuestras instituciones respecto de nuestras instituciones realmente existentes, que la independencia judicial y la inmovilidad, o la elección popular y la discusión y decisión pública o las condiciones de validez de los contratos hacen probable la decisión judicial, la voluntad general, o la justicia conmutativa, El punto es sobre el sentido de esas características institucionales de los tribunales, la legislación y los contratos. Si la tesis del texto principal es rechazada en abstracto, la institución deviene irracional (a menos, por cierto, de que una explicación alternativa sea ofrecida en su reemplazo); si es rechazada en concreto, eso cuenta como una crítica a la instancia relevante de la respectiva institución.

⁵ Sobre conceptos funcionales y estructurales (y nominales), véase Moore, "Law as a functional kind", y sobre la "tesis general" formulada en el texto principal, véase Atria, La Forma del Derecho, pp. 154-157.

artificiales para la adjudicación, donde se hace probable que el conflicto es decidido mediante la apelación al argumento antes que por el uso unilateral del poder por quien tiene más.

Tal como no hay ingenuidad en la tesis de que el conflicto jurídico se resuelve mediante la apelación a la razón, no hay cinismo en la tesis de que el conflicto político se resuelve mediante el ejercicio unilateral del poder. La tesis no supone ni implica nada respecto del modo en que el poder político es creado y acumulado. Debemos seguir el mismo camino, comenzando por el principio: dada la naturaleza polémica del conflicto político, es improbable que las decisiones políticas se tomen desde la perspectiva del interés de todos. Lo que es probable es que ellas reflejen una determinada correlación de fuerzas en un determinado momento. El interés de todos (=la voluntad del pueblo, la voluntad general) necesita ser hecha probable. Las instituciones democráticas pretenden hacer eso sin negar sino construyendo sobre la polemicidad de lo político. Lo que ellas pretenden hacer probable no es que la política deje de ser polémica, sino que el poder que estará disponible para decidir unilateralmente el conflicto político sea un poder que no puede ser creado ni utilizado utilizado unilateralmente⁶.

⁶ En otras palabras, la tesis no es y no implica forma alguna de lo que Judith Shklar llamó "legalismo", la creencia de que "l apolítica es considerada no solo algo separado del derecho, sino además inferior al derecho. El derecho tiende a la justicia, mientras la política es solo mira a la conveniencia. El primero es neutral y objetivo, mientras la segunda es el hijo incontrolable de intereses e ideologías" (Shklar, Legalism, p. 111).

§4. La política es polémica. Esto no es presentado como un teorema derivado de una gran teoría, sea sobre la moral o el derecho o la política. El punto es, en realidad, banal, y comienza comparando algunas notas claras de las prácticas que tenemos. Comparando, por ejemplo, el modo en que se resuelve el conflicto entre quienes apoyan y quienes rechazan un proyecto de ley y el modo en que se resuelve el conflicto entre el que quiere ejecutar el contrato y el que cree que el contrato es nulo.

Comencemos por el primer caso. Aquí son los mismos involucrados los que lo deciden, y lo hacen (cuando hay condiciones de democracia representativa) votando en una asamblea legislativa compuesta por representantes que están ahí porque han sido elegidos mediante elección popular. Ellos habrán sido elegidos después de un proceso electoral en el cual habrán anunciado explícitamente el posicionamiento político al cual apelarán cuando llegue el momento de tomar decisiones. En el Congreso, la cuestión será eventualmente votada. Esto significa que el lado más numeroso podrá, por ese mismo hecho, decidir por el todo. Los votos son la métrica del poder político, en condiciones normales de política democrática representativa (esto podría leerse al revés, como una especificación de qué cuenta como "condiciones normales de democracia representativa"). Este es el momento de ejercicio unilateral del poder. Es unilateral en el sentido de que la aceptación del lado más débil (en el Congreso, de la facción menos numerosa) podrá ser estratégicamente conveniente pero no es necesaria, de modo que la decisión no necesita ser justificada frente a los derrotados. La decisión está, para ponerlo en el útil lenguaje de Michael Detmold, extrínsecamente vinculada a la razón.

La unilateralidad de este momento es lo que a veces se manifiesta diciendo que el que tiene más votos en algún sentido está por eso mismo legitimado para "imponer" su decisión sobre el que tiene menos votos⁷.

Como ya está dicho, que el conflicto político se resuelva mediante el ejercicio unilateral de poder por quien tiene más no supone ni implica nada acerca de cómo se crea y se usa el poder. Es una cuestión sobre la lógica del conflicto político, que se sigue de su característica fundamental, de que es polémico y por consiguiente no puede ser adjudicado. Como la decisión es en el sentido ya explicado unilateral, no hay razón para pensar que esa decisión estará ordenada a un interés común, que será la Voluntad General. De hecho Rousseau, el descubridor de la Voluntad General, notó al

⁷ Una observación sobre el uso aquí de la palabra "imponer". Como veremos, parte del problema es que en nuestra situación histórico-espiritual este momento, el momento en el que se ha dicho todo y no queda más que decidir votando, es decir, mediante la afirmación unilateral del que tiene más fuerza (=votos) es visto como el momento central, el momento en que el principio democrático aparece en su dimensión más clara y nítida. Viendo las cosas de este modo, el momento más conspicuamente democrático es el momento que se caracteriza por la unilateralidad de la decisión en términos del que tiene más votos. Esto es por cierto un error, y por eso es tan parte del principio democrático el tipo de poder que se ejerce unilateralmente (poder que surge de la discusión pública, poder comunicativo) como el modo en que la decisión se toma (por mayoría). Esto es agudamente notado por E W Böckenförde, que observa que la regla de mayoría se plantea al final, no al principio de la decisión democrática: antes ha venido la discusión pública, de donde emerge el poder que se manifiesta en la votación (Böckenförde, "La democracia como principio constitucional", p. 114). Hoy, sin embargo, este vínculo entre discusión pública y decisión por mayoría es visto como "externo" al principio democrático, como una exigencia "normativa". Y entonces, claro, la decisión por mayoría no es más que la imposición de una parcialidad, y en ese sentido es, como decía Ferrajoli, "fascista" (Ferrajoli, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales", p. 19).

mismo tiempo que las condiciones en las cuales ella debía ser identificada hacían improbable esa identificación:

Para descubrir las mejores reglas sociales que convienen a las naciones, sería preciso una inteligencia superior capaz de penetrar todas las pasiones humanas sin experimentar ninguna; que conociese a fondo nuestra naturaleza sin tener relación alguna con ella; cuya felicidad fuese independiente de nosotros y que por tanto desease ocuparse de la nuestra; en fin, que en el transcurso de los tiempos, reservándose una gloria lejana, pudiera trabajar en, un siglo para gozar en otro. Sería menester de dioses para dar leyes a los hombres⁸.

Las instituciones democráticas deben ser discutidas y evaluadas en su aptitud para hacer probable la emergencia de la Voluntad General antes que la voluntad de la mayoría. Su sentido es hacer probable que el poder a ser usado unilateralmente para decidir el conflicto político es, para ponerlo en términos habermasianos, poder comunicativo, que emerge de la discusión pública.

No es parte de la tesis que hay algo en la naturaleza intrínseca de un conflicto que lo haga o no polémico.. Si ese fuera el caso, ese "algo" constituiría la característica definitoria de lo político. Pero no hay conflictos que sean políticos per se. En principio, cualquier conflicto puede devenir polémico, y una cuestión que era polémica puede despolitizarse, hacerse susceptible de decisión imparcial. En este último caso, se tratará usualmente de cuestiones que fueron políticas pero que hoy son tratadas como técnicas (un buen ejemplo puede ser la cuestión de la inflación y la de bancos centrales autónomos). LO político no se define por su contenido⁹.

⁸ Rousseau, El Contrato Social, Parte II, capítulo VII.

⁹ Esta cuestión puede ser objetada por quienes deploran el hecho de que los bancos centrales independientes y el control de la inflación hayan devenido cuestiones no polémicas, "técnicas". Ellos objetarán la "naturalización" del monetarismo, etc. Si

§5. El derecho es imparcial. Consideremos ahora el segundo caso, un conflicto jurídico entre las partes de un contrato acerca de si el contrato es o no nulo. Aquí la resolución del conflicto no es dejada solo a las partes, que entonces pueden recurrir a un tercero imparcial que decidirá el caso después de que cada una de las partes haya tenido su oportunidad de presentar su argumento. Desde el punto de vista jurídico, el conflicto puede ser decidido de un modo imparcial apelando a razones, de modo que el criterio institucional de corrección es independiente de la fuerza relativa de las partes.

Como antes, esto no es una afirmación puramente "normativa" sobre lo que sería bueno que pasara, es la pretensión que está implícita en las instituciones que efectivamente existen. Debemos de nuevo empezar desde observaciones banales, no desde sofisticadas teorías. El caso paradigmático de solución jurídica del conflicto tiene una característica que lo distingue al menos en principio de lo que hemos visto: el conflicto no es decidido por las mismas partes, es decidido por un tercero. No estoy diciendo que el derecho es reducible a lo que hacen los jueces, pero es evidente que hay algo en la óptica del juez hace que esa óptica sea privilegiada, que en algún sentido estemos justificados en asumir la óptica del juez como la del derecho¹⁰. A diferencia de la óptica de las partes (que incluye la del abogado), la óptica del juez reclama imparcialidad. Que reclame imparcialidad quiere decir que de ella puede decirse exactamente lo que no puede decirse de las

tienen éxito en su protesta, la cuestión puede volver a ser polémica (política).

¹⁰ Y en este sentido Detmold tiene razón contra Raz: Detmold, "Law as practical reason".

bancadas parlamentarias que votan para decidir un proyecto de ley: que no es parte del conflicto, que decide el conflicto en este sentido "desde fuera".

Lo anterior, por cierto, no supone que el derecho necesaria o "conceptualmente" ha de estar a la altura de esta pretensión de imparcialidad. Y aquí podemos dar un paso: la diferencia entre derecho y política que hemos formulado no es una nota conceptual del derecho. En realidad es exactamente al contrario: es improbable, y de lo que se trata es precisamente de hacerla probable. Es una diferencia (a) que no puede darse por sentada (es improbable) y (b) cuya realización en los hechos depende de las características contingentes de una práctica social que puede ser de otro modo. Ambas características están vinculadas: como puede ser de otro modo, las características de esa práctica no pueden darse por sentadas. Y sin embargo en nuestra situación histórico-espiritual son dadas por sentadas. Aquí vale lo que con mucha agudeza notó Michael Detmold: "the ease of our developed practice misleads us as to its nature"¹¹.

Podemos usar las consideraciones anteriores para identificar la función (naturalmente improbable) del derecho mismo: es crear espacios de imparcialidad en un contexto en el cual todos los conflictos son naturalmente polémicos. También nos provee de la clave para entender la función del derecho constitucional, del derecho que crea y regula las instituciones políticas, instituciones que existen para procesar y decidir el conflicto polémico: su función es hacer probable que la única forma de poder que estará disponible para decidir unilateralmente el conflicto polémico sea

¹¹ Detmold, "Law as the structure of meaning", p. 162.

precisamente aquella forma de poder que no puede ser creada o usada unilateralmente, es decir, poder comunicativo.

§6. Una comprensión "realista" de la democracia. La facilidad con la que procede nuestra práctica desarrollada nos engaña porque nos lleva a creer que lo que nuestra práctica institucional desarrollada logra no es improbable, nos induce a darlo por sentado. Ya no vemos la separación entre derecho y política, la creación de espacios artificiales donde la decisión dependa de la razón y no del ejercicio unilateral de poder, como algo improbable que debe ser cuidado y mantenido. Ahora pensamos que es parte de nuestro mundo social, y que está, simplemente, ahí.

Al mismo tiempo, la capacidad racionalizadora de la discusión pública es cada vez más precaria de modo que el poder actualmente disponible es cada vez menos poder comunicativo habermasiano y cada vez más poder creado a través de la manipulación de los medios de comunicación, fake news, pos-verdades y similares; en suma es cada vez más poder comunicacional. Como consecuencia, la pretensión de las instituciones políticas de hablar por el pueblo, como representantes de él, es crecientemente vista como una pretensión falsa, ficticia, una que solo puede ser afirmada irónicamente, con un subtexto cínico. La idea de que la discusión pública puede hacer probable la emergencia de la Voluntad General se hace en el mejor de los casos ininteligible (en el peor derechamente una mentira, pura falsa conciencia), con lo que la diferencia entre la Voluntad General y la voluntad de la mayoría desaparece. Esto evidentemente priva de autoridad al derecho, porque no hay autoridad en los números.

Puede ser conveniente mirar esta cuestión con más detalle. Las características estructurales de la democracia representativa descansan en una idea, la de representación política. Así, por ejemplo conforme al artículo 1° del Código Civil "la ley es una declaración de la voluntad soberana".

El lector contemporáneo entiende que una afirmación como esta debe ser o descriptiva o normativa. Si es normativa, es trivialmente verdadera (sería bueno que la ley fuera una declaración de la voluntad soberana) pero irrelevante. Cuando hablamos de instituciones realmente existentes, asumir que ellas corresponden al ideal normativo es obviamente ingenuo. Y por esta razón la afirmación debe ser reinterpretada, debe significar algo que puede ser afirmado sin ignorar las limitaciones de las instituciones que existen. Así, por ejemplo, Luigi Ferrajoli explica que la democracia es un método de "formación de las decisiones públicas" que realiza la autonomía y la "libertad positiva" como autogobierno, idea de acuerdo a la cual

Las decisiones son tomadas, directa o indirectamente, por los destinatarios mismos o más exactamente por la mayoría de ellos y son, en consecuencia, expresión de la "voluntad" y la "soberanía popular"¹².

Nótese cómo la idea de que el derecho es la voluntad del pueblo es transformada, para hacerla compatible comuna sensible dosis de realismo, en la idea de que el derecho es la voluntad de la mayoría. Pero esto es todavía demasiado ingenuo. En efecto, asume que la decisión de la mayoría de una asamblea de representantes elegidos corresponderá a la

¹² Ferrajoli, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales", p. 16. Nótese las comillas que usa Ferrajoli, que cumplen la misma finalidad que el "se supone que" que usan los estudiantes referidos supra, __: permiten a Ferrajoli describir la idea sin asumirla en primera persona.

voluntad de la mayoría de los votantes, y así ignora que los representantes pueden ser "capturados" por poderes fácticos (económicos, militares, etc.). En realidad, entonces, el derecho es simplemente la voluntad de la mayoría de los representantes electos. Purgado así de su misticismo, el "mito" de la voluntad del pueblo es reemplazado por una idea mucho más realista de la voluntad de la mayoría de los representantes. La democracia realmente existente se trata en realidad de esto.

Pero las ideas y las estructuras institucionales están relacionadas. Las estructuras institucionales se justifican porque ellas hacen probable lo que es naturalmente improbable. Por eso, si la idea que la institución pretende hacer probable se convierte en un mito, la institución se hace irracional, sinsentido. Nadie vio esto con más claridad que Carla Schmitt en su famosa crítica al "parlamentarismo" (su designación para lo que hoy llamarías "democracia representativa"):

La situación del parlamentarismo es hoy tan crítica porque la evolución de la moderna democracia de masas ha convertido la discusión pública que argumenta en una formalidad vacía. Algunas normas de derecho parlamentario actual, especialmente las relativas a la independencia de los diputados y de los debates, dan, a consecuencia de ellos, la impresión de ser un decorado superfluo, inútil e, incluso, vergonzoso, como si alguien hubiera pintado con llamas rojas los radiadores de una moderna calefacción central para evocar la ilusión de un vivo fuego¹³.

Una vez que la idea que daba sentido a las estructuras de las instituciones políticas es desechada y reemplazada por una idea diferente, muchas de sus características (poderes, modo de operación y otros similares) devienen problemáticos o derechamente irracionales, y quedan entonces expuestos a

¹³ Schmitt, Sobre el parlamentarismo, p. 9.

ser reinterpretados para eliminar esos aspectos problemático o irracionales. Cuando la idea de Voluntad General es desechada y reemplazada por lo que Rousseau correctamente vio como su opuesto, la voluntad de la mayoría, la legislación democrática no puede ser entendida como internamente vinculada a la libertad positiva (i.e. como una de las condiciones de la libertad colectiva) y ha de ser interpretada como una amenaza a la libertad, justificable solo por razones externas, como la necesidad de coordinación, o el aseguramiento de la paz en un sentido hobbesiano u otras similares.

Desde un punto de vista político, una vez que la legislación democrática es entendida como propiamente la voluntad de la mayoría, gran parte de los dispositivos institucionales orientados a hacer probable la emergencia de una voluntad de común aparecerán pasados de moda, incluso vergonzosos; en particular, la idea de discusión pública aparecerá crecientemente como una pérdida de tiempo, que no justifica el retraso en las decisiones políticas que normalmente implica. La política será vista cada vez más como ejercicio de poder desnudos. Los llamo "desnudos" porque la idea de que el poder político es solo poder comunicativo será ahora vista como otro mito, pura ingenuidad. Pero el poder comunicacional es solo poder fáctico. Si la legislación democrática es solo poder fáctico, entonces las personas necesitan ser protegidas del poder democrático. Esto lleva a la juridificación de lo político.

§7. El derecho se hace polémico. Esto, de nuevo, no es mera teorización. Lo que vemos hoy es exactamente lo que esperaríamos, asumiendo el argumento anterior: el derecho se hace crecientemente polémico. Esta tendencia tiende a ser

ignorada por los formalistas, que se niegan a ver la incluso hoy; y es también ignorada por los críticos, que afirman que no hay nada nuevo bajo el sol, que siempre el derecho ha sido una máscara de la política (volveremos sobre esto más adelante). Fara quienes están dispuestos a mirar más a las instituciones que realmente existen y menos a las teorías, sin embargo, la tendencia no puede ser ignorada. Una de sus dimensiones más evidentes (no necesariamente la más profunda, ni la más fundamental, sino la más obviamente discernible) es la transformación del concepto de golpe de Estado. Hasta hace algún tiempo, los golpes de Estado mostraban su realidad en sí mismos: cuando ocurrían, era posible verlos desarrollarse en los tanques en la calle, los aviones bombardeando palacios presidenciales. Todo esto ya es historia. Hoy lo s golpes de Estado son "institucionales", usan el derecho. Lo hemos visto ocurrir en Paraguay, Perú, Honduras, Bolivia y más espectacularmente en Brasil, después del ejemplo provisto por el golpe fallido contra Clinton en Estados Unidos. Como estos golpes de Estado son institucionales, su identificación es polémica.

Y esto no es todo. Los golpes de Estado institucionales son un marcador especialmente espectacular de lo que ocurre, pero hay algo más profundo que esto. La advertencia de Carl Schmitt en su discusión con Hans Kelsen sobre la jurisdicción constitucional se ha realizado. Schmitt vio en la creación de tribunales constitucionales un paso en un proceso que nosotros también podemos ver:

Lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un Estado de derecho¹⁴.

¹⁴ Schmitt, La Defensa de la Constitución, p. ___.

La consecuencia de esto, advertía Schmitt, “no sería una juridificación de la política, sino más bien una politización de la justicia”¹⁵.

Y así hoy ocurre que una de las más importantes victorias a ser logradas en el campo de batalla de la política del poder es control de los órganos judiciales, porque eso aumenta el poder político. De nuevo Estados Unidos marcó el camino a seguir, cuando la Corte Suprema decidió quién sería presidente en 2000, en una decisión tan obviamente partisana que la propia Corte se vio forzada a declarar que no debía ser tomada como precedente¹⁶. Y en Venezuela el gobierno, actuando a través de su mayoría en el Corte Suprema, suspendió a la Asamblea Nacional después de que había perdido su mayoría en ella en 2015¹⁷; y en Bolivia el Tribunal Constitucional Plurinacional autorizó la candidatura a la reelección del presidente Evo Morales, pese a una regla explícita que limitaba la reelección, porque esa regla fue declarada en contradicción con el derecho del ciudadano Evo Morales a votar y ser elegido (pese a que Morales había buscado una reforma constitucional que eliminara la restricción a la reelección, que había sido rechazada por el pueblo boliviano en plebiscito el 21 de febrero de 2016)¹⁸; y en Brasil, por cierto, la Corte Suprema decidió la última elección presidencial en favor de Jair Bolsonaro, al sostener una decisión tomada por un juez que sería nombrado ministro del presidente Bolsonaro a pocos días de asumir el cargo; y en Chile los defensores del modelo neoliberal usan su control

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000).

¹⁷ Exp. 16-0449, de 20 de agosto de 2016 (sala constitucional), disponible en <http://www.tsj.gob.ve/>.

¹⁸ Sentencia 0084/2017, de 28 de noviembre de 2017, disponible en buscador.tcpbolivia.bo.

de la mayoría del Tribunal Constitucional para detener cualquier reforma legal que afecta ese modelo y que ellos resultan incapaces de detener en el proceso legislativo¹⁹.

Estos golpes de Estado inconstitucionales y el surgimiento del "lawfare" son la marca de que la distinción entre derecho y política se está perdiendo. Es que el desplazamiento de cuestiones desde el battground of power politics al forum of principle ha tenido un resultado exactamente contrario al previsto. En vez de someter la política a los principios, en vez de crear un modo imparcial de solucionar el conflicto polémico, lo que ha ocurrido es que ese foro de los principios se ha transformado en un campo de batalla más, que las decisiones judiciales ahora se negocian como las decisiones que se obtienen en el Congreso, que el derecho pierde su capacidad de crear artificialmente espacios de imparcialidad y deviene, él mismo, polémico.

Ahora que los tribunales tienen competencia para decidir muchas cosas que en el pasado eran entendidas como cuestiones polémicas, el efecto no ha sido que esas cuestiones han devenido no polémicas, sino que la decisión judicial ha devenido polémica. Los jueces conservadores deciden conforme a un derecho conservador mientras los jueces progresistas deciden de acuerdo a un derecho progresista. Ahora ni el derecho resulta ser común.

§8. La juridificación de la política. Esta transformación de nuestra comprensión de la política democrática implica una transformación correspondiente de su relación con el derecho: si las decisiones democráticas han de ser entendidas como ejercicios de poder desnudos de quienes tienen más, si ellas

¹⁹ Véase, por ejemplo, Atria y Salgado, "El tribunal constitucional desatado".

son decisiones enteramente unilaterales que son indiferentes a los intereses o pretensiones de las minorías, y si ese poder tienen en su origen nada más que el poder fáctico (del capital, de las armas, etc.) transformado en poder político en la forma de poder comunicacional, entonces parece necesario que las personas y sus intereses estén protegidos de la arbitrariedad con la que ese poder unilateral puede actuar en su perjuicio. Esto significa que la esfera de la decisión democrática debe ser reducida a esa esfera en la que las decisiones unilaterales y arbitrarias nos resultan aceptables.

Huelga decir que esa esfera es harto reducida. Una manera de caracterizarla, por ejemplo, es la que sugirió Dworkin en *Los Derechos en Serio*: la política sería la esfera de la policies, no de los derechos²⁰. Ahora bien, ¿cómo es posible confinar a la política de ese modo, como es posible asegurar que las cuestiones que son demasiado importantes como para quedar entregadas al ejercicio del poder desnudo sean adecuadamente decididas? La respuesta es: a través del derecho, porque el derecho es una alternativa al conflicto político, el derecho no es polémico, es imparcial. El derecho tiene precisamente eso que ahora le falta a la política democrática: razón, imparcialidad, justicia. La consecuencia ha sido, especialmente en las últimas décadas, un movimiento persistente hacia la juridificación de lo político, hacia trasladar cuestiones que eran vistas como propiamente asuntos de decisión política hacia lo que el mismo Dworkin llamó "el foro de los principios". Este es un foro de la razón, al cual las cuestiones son "llamadas"²¹ desde lo que correspondientemente Dworkin llamo el "campo de

²⁰ Dworkin, "Model of rules".

²¹ Dworkin, "The forum of principle", p. 71.

batalla de la política del poder" (the battleground of power politics²²). Este desplazamiento contiene una promesa,

La promesa de que los conflictos más profundos, más fundamentales entre individuos y sociedad se transformarán, en algún momento, en algún lugar, finalmente, cuestiones de justicia. Yo no llamo a eso religión ni profecía. Lo llamo derecho²³.

El supuesto implícito es el error diagnosticado por Detmold: que, engañados por la facilidad de nuestras prácticas desarrolladas, hemos de tomar la imparcialidad del derecho como dada, de modo que al juridificar la política el espacio del conflicto polémico quedará reducido y el alcance de la razón se expandirá correspondientemente; que podemos hacerlo porque podemos asumir que la imparcialidad del derecho domesticará la naturaleza polémica del conflicto político, porque el derecho en su capacidad de recurrir a la razón y no al poder estará siempre ahí, disponible. Dworkin fue convenientemente explícito en este sentido:

La revisión judicial asegura que las cuestiones más fundamentales de moralidad política serán finalmente expuestas y debatidas como cuestiones de principio y no como cuestiones de puro poder político, una transformación que no puede ocurrir, al menos no completamente, dentro de la legislatura misma²⁴.

Aquí yace el error. El error no se encuentra en el anhelo: por cierto que hay algo intranquilizador en la idea de que las cuestiones más fundamentales de moralidad política sean decidida por el ejercicio unilateral del poder desnudo. LA respuesta de las instituciones democráticas no suponía negar el dato fundamental de la política, sino construir sobre él: las ideas de discusión pública y representación política

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

harían probable que el poder a ser usado para decidir el conflicto político sería poder comunicativo. Esta es la única manera de realizar la promesa de Dworkin. Pero nuestro tiempo no tiene siquiera un lenguaje en el cual expresar inteligiblemente esta respuesta; y entonces renuncia a construir una solución sobre la característica definitoria de lo político, y busca confinar y desplazar lo político. La política es vista como el problema, no como la solución (esto es "legalismo en el sentido ya visto de Shklar). Pero esto no es solución alguna, como Dworkin, mucho más tarde, notaría²⁵. No es una solución porque descansa en el error identificado por Detmold: asume el derecho como algo dado, ignora que la política tiene una suerte de toque de Midas.

UNA AGENDA PARA LA TEORÍA DEL DERECHO

§9. ¿Nada nuevo bajo el sol? A todo esto, los teóricos del derecho responderán con impaciencia. Como ya hemos visto, esta es la reacción esperable en ambos lados del espectro teórico. Los formalistas de hoy, que han apoyado y celebrado cada paso en la dirección del a juridificación de la política, no ven nada problemático, porque ellos son las víctimas principales del error conta el cual nos advertía Detmold. Dirán, sin notar que con eso enuncian un problema, que la interpretación constitucional es una tarea "jurídico-política", que la interpretación jurídica, especialmente la constitucional, siempre ha estado influenciada por las opiniones políticas de los jueces, que Dworkin ha mostrado que "la lectura moral de la Constitución" no es incompatible con el foro de los principios, etc.

25

Los críticos, por su parte... estarán de acuerdo. También ellos dirán que no hay nada nuevo bajo el sol. Sus razones serán diferentes, por cierto. Ellos dirán que el derecho siempre ha sido una forma de enmascarar la política, que la idea de que el derecho puede crear artificialmente espacios de imparcialidad donde la razón y no el poder unilateral es decisiva es y siempre ha sido falsa. Como esto siempre ha sido una mentira, nada de significación se está perdiendo ahora. Si algo, al menos ahora estamos viendo las cosas como realmente son.

§10. Sobre la teoría del derecho. La reflexión teórica acerca del derecho moderno, que se entiende a sí mismo como artificial y puesto ("positivo"), tuvo conciencia del problema que hemos estado discutiendo. Esa reflexión teórica se identifica con la tradición del positivismo jurídico, entendida ésta de un modo amplio.

Por "tradición positivista" me refiero a una tradición de reflexión sobre el derecho que se inició con la distinción entre la figura del censor y del expositor²⁶; que entendía que la existencia del derecho era una cosa y su mérito o demérito era otra; que comprendía al derecho como una práctica social que debía ser analizada en tanto tal y no como un conjunto de verdades inmutables; que esas prácticas sociales; que esas prácticas sociales tenían características que no vienen fijadas ni aseguradas teórica o normativamente, sino que dependen del "aspecto interno", de las creencias de los participantes de esa práctica, etc.

En algún momento, sin embargo, esa tradición de reflexión sobre el derecho dejó de preguntarse sobre las

²⁶ En Bentham, Fragment, p. 229.

características contingentes de esas prácticas sociales y comenzó a entender su función como la reflexión acerca de "el concepto" de derecho. Entonces las teorías positivistas se enfrascaron en una larga disputa acerca de cuán "excluyente" o "inclusivo" de "la moral" podía ser el concepto de derecho. Por cierto, el argumento nunca es que las cuestiones morales son poco importantes. Se trata más bien de un ejercicio que podríamos llamar "cartográfico": aunque importantes, las cuestiones morales no corresponden a la teoría del derecho. Pero si es una cuestión fundamentalmente cartográfica, ¿por qué dedicarle tanta atención? ¿Qué sentido tiene asumir el rol del guardia fronterizo? Todos estamos familiarizados aquí con varias respuestas: como la de Hart, que afirma la dudosísima tesis de que solo si el derecho y la moral se mantienen separados es posible criticar el derecho injusto²⁷. Pero se trata de argumentos débiles, que no soportan todo el peso cartográfico que se pone sobre ellos.

La cuestión importante, que debe ser rescatada de estos esfuerzos cartográficos, es la distinción entre lo jurídico y lo político, entre lo imparcial y lo polémico. Esta es la distinción que es ignorada y reemplazada por la distinción entre derecho y moral. Este reemplazo tiene un efecto cartográfico considerable. Porque cuando una cuestión (una objeción a la jurisdicción constitucional, por ejemplo, o una comprensión del deber del juez, o la función de un determinado concepto jurídico, etc.) es calificada de "moral", ella deja de ser importante para la teoría del derecho. Una manera de solucionar problemas en la teoría del derecho actual, entonces, es lo que podríamos llamar "la fuga a la moral", que consiste en adelantar todo lo posible el

²⁷ Hart, "Positivism and the separation between law and morals", pp. 76-77. El profesor Squella la hace suya: __

momento en que una cuestión es declarada "moral" (o meramente "normativa") y por consiguiente indiferente desde el punto de vista de la reflexión teórico-jurídica. Aquí la calificación como "moral" de una tesis opera irónicamente al modo en que Richard Rorty decía que operaba la religión en ciertos contextos: como un "conversation stopper"²⁸, como una afirmación que cumple la función de terminar la conversación, de detener la reflexión (por eso es una fuga)²⁹.

Así, por ejemplo, yo creo que la noción de "jurisdicción constitucional" es una contradicción en los términos: dado lo que hoy se entiende que es la constitución, si es constitucional no es jurisdicción y si es jurisdicción no puede ser constitucional³⁰. Es que las cuestiones constitucionales son polémicas, y lo que define a la jurisdicción es la pretensión de imparcialidad que caracteriza al derecho. "Pero", es común escuchar, "esta caracterización de lo jurídico como imparcial y lo político como polémico es una caracterización normativa del derecho, no una especificación del concepto de derecho. Al presentar sus ideas normativas sobre el derecho como parte de la descripción del concepto de derecho, Ud. está pasando sus compromisos normativos de contrabando". Al diferenciar de este modo las cuestiones conceptuales sobre el derecho de los ideales normativos de cada uno, es posible responder a la objeción a la jurisdicción constitucional diciendo no que

²⁸ Rorty, "Religion as a conversation stopper".

²⁹ "Irónicamente", porque el conversation stopper de Rorty alude a una actitud autoritaria del que afirma conocer una verdad cuyo conocimiento le niega al otro. Aquí parece haber lo contrario, indiferencia a lo que viene después, respecto de lo cual "todo vale". Las dos actitudes parecen ser opuestas, pero en términos de continuar la conversación (para seguir con Rorty) ambas formas son análogas, porque ambas la terminan. Al respecto, aunque en un contexto distinto, véase Atria, La Forma del Derecho, pp. 359-364.

³⁰ Ibid, pp. 301-328.

ella es incorrecta, sino declarándola fuera de lo que resulta de interés para la teoría del derecho, y transformándola en una cuestión de preferencias normativas.

La cuestión puede ser generalizada: muchas de las cuestiones substantivas que la teoría del derecho discute son así transformadas en cuestiones puramente normativas, y son eludidas por razones cartográficas (ellas no corresponden al tema de la teoría del derecho). El precio, por cierto, es el de la irrelevancia: la teoría del derecho consiste en la discusión de cuestiones conceptuales que, en general, se caracterizan por no enfrentar sino conscientemente eludir las cuestiones importantes de nuestra época. Eso es lo que hace el que entiende que un argumento como el ya indicado, que ve en la separación entre la política (que se resuelve mediante el ejercicio unilateral del poder por el que lo tiene) y el derecho (que se resuelve mediante la apelación al argumento) una forma de "positivismo normativo".

§11. Una teoría construida "desde abajo". Contra este giro "conceptual" (conceptualista) de la teoría del derecho, ella necesita recuperar su preocupación institucional inicial. Una óptica institucional comienza desde abajo, desde las instituciones que existen y no desde teorías sobre el derecho o sobre el lenguaje etc. Esa perspectiva presenta a algunos problemas tradicionales de la teoría del derecho bajo una nueva luz.

Tómese por ejemplo el caso de la cuestión de la relación entre derecho y moral. Desde esta óptica "desde abajo", esta no es una pregunta sobre el "concepto" de derecho, porque en la medida en que es tratada como una pregunta puramente conceptual ella deviene una cuestión verbal, de regimentación del uso de las palabras. La cuestión importante es sobre la

capacidad del derecho entendido como una práctica social, de la práctica social del derecho, de mantener la diferencia entre lo jurídico y lo político, entre lo que se decide mediante el ejercicio unilateral de poder y lo que se decide mediante el argumento, cuando de lo que se trata es de la moral.

Como en este sentido el problema de la relación entre derecho y moral no es uno conceptual, no depende de indagaciones en torno al concepto de derecho; como no es tratado como un problema normativo, la cuestión no es defender alguna forma de positivismo "ideológico" (Bobbio) o "normativo" (Waldron)³¹. La cuestión importante no es ni conceptual ni normativa, es institucional: es una pregunta sobre el sentido de las instituciones que tenemos. Y lo que está en cuestión es la capacidad de las instituciones realmente existentes de crear espacios de imparcialidad en contextos de conflicto polémico.

¿Es la distinción entre derecho y política la misma que entre derecho y moral? ¿Hay aquí una tesis metaética, conforme a la cual la moral es política, o la moral es puramente convencional y entonces depende de lo que acordemos o entendamos como correcto? ¿Confunde esto lo que Hart llamo la moral "positiva" y la moral "crítica"?³²

No, no, no. La tesis no pretende ser una tesis filosófica o sociológicamente pretenciosa, sino política. Pero política no en un sentido teóricamente portentoso, sino en uno

³¹ Bobbio, El Positivismo Jurídico, Waldron, "Normative positivism".

³² La distinción entre "moral crítica" y "moral positiva" está en Hart, "Legal and moral obligation". Sobre esto véase MacCormick, H L A Hart, pp. 123-125 (este texto de MacCormick es el comentario de conjunto más agudo sobre la filosofía hartiana del derecho).

pedestre. Ese es el sentido afirmado por Hobbes, en un pasaje que ha sido provechosamente comentado por Jeremy Waldron:

Cuando los hombres que se juzgan a sí mismos más sabios que todos los demás invocan a la verdadera razón como juez, ellos pretenden en realidad que las cosas sean decididas por la razón suya y no la de otros hombres³³.

Esta afirmación de Hobbes debe ser entendida en un sentido político³⁴: la razón o la moral nunca aparecen en primera persona, sino siempre como las creencias contingentes de alguien³⁵. Por consiguiente, si el derecho se confunde con la moral, entonces el que tiene autoridad para decir el derecho tiene autoridad para presentar ante los demás sus creencias morales contingentes como si fueran un derecho que vincula a todos.

Es común en la teoría del derecho que esta afirmación, que la moral nunca aparece en primera persona y que siempre aparece como las creencias contingentes de alguien, sea entendida y discutida como si fuera una tesis metaética. Los filósofos dedicados a la metaética discuten sobre si es posible el conocimiento de la moral, sobre si la discusión moral es racional o no, y las escuelas se clasifican en cognoscitivistas/no-cognoscitivistas, etc. Desde esta perspectiva, Hobbes estaría asumiendo una perspectiva no cognoscitiva, en la que los juicios morales serían solo una manifestación de voluntad del que los emite. Podría tratarse, por ejemplo, de una teoría metaética emotivista, en la cual

³³ Hobbes, Leviathan, p. 33. Este pasaje de Hobbes es el epígrafe del libro de Jeremy Waldron, Law and Disagreement, que entonces podría ser considerado un largo comentario del mismo.

³⁴ Lo dicho en el texto principal no pretende ser una contribución a los estudios sobre Hobbes. Que los especialistas de Hobbes discutan si esta lectura es correcta. A mí lo que me interesa es lo que se sigue de la lectura que aparece en el texto. Me basta que sea, en términos del texto de Hobbes, una lectura posible.

³⁵ Waldron, "The irrelevance of moral objectivity".

las proposiciones morales son analizables como manifestación de voluntad o deseos del que las formula. Habiendo llegado hasta este punto, el filósofo puede desentenderse de Hobbes y preguntarse sobre la corrección del emotivismo como teoría metaética. Cuando haya arribado a la conclusión de que el emotivismo es insostenible como teoría metaética (porque no puede dar cuenta del desacuerdo moral, porque no puede distinguir entre acción estratégica y acción comunicativa, porque no puede dar cuenta de la universalidad de los juicios morales³⁶, etc... nótese: por razones que no tienen relación alguna con el dictum hobbesiano original) volverá sobre el texto de Hobbes y lo declarará metaéticamente equivocado, lo desechará por eso y seguirá su camino.

Pero en el sentido que nos interesa aquí esto no tiene sentido, porque el pasaje de Hobbes no debe ser leído como afirmando una tesis metaética, no es una tesis sobre los significados morales, no es una tesis sobre las condiciones o límites del acuerdo y desacuerdo moral. Es una observación política. Quizás unos tienen razón y la moral es lo que todos acordarían en condiciones ideales de habla, en las cuales el desacuerdo se disolvería bajo la coacción no coactiva del mejor argumento³⁷; quizás hay allá afuera hechos morales en virtud de los cuales las proposiciones morales que hacemos son verdaderas o falsas³⁸; quizás todo es un error³⁹; quizás, quizás, quizás. Todo esto puede ser así o de otro modo, pero nada de esto es relevante para la observación política de Hobbes: cuando en la discusión política los agentes apelan a la moral o a la verdadera razón, lo que hacen tiene el

³⁶ Sobre esto, véase la aguda (y a mi juicio definitiva) crítica de MacIntyre, After Virtue.

³⁷ Cf., por ejemplo, Habermas, Between Facts and Norms, p. 228.

³⁸

³⁹ Cf., por ejemplo, Mackie, Ethics: Inventing Right and Wrong.

sentido político de apelar a su voluntad. Cuando los conservadores que se oponen al matrimonio igualitario afirman que eso es porque la "verdadera naturaleza" del matrimonio implica que es entre un hombre y una mujer, lo que aparece políticamente no es la verdadera naturaleza del matrimonio, lo que aparece es la posición de una persona o agrupación que se opone al matrimonio igualitario.

Como la tesis de Hobbes/Waldron no es de filosofía moral, sino una tesis banalmente política, no necesita especificar las condiciones necesarias y suficientes de su aplicación: al decir que la moral no aparece en primera persona sino como las creencias contingentes de alguien no necesitamos estar refiriéndonos a toda la moral, a cada proposición que algún filósofo pueda llamar "moral". Es posible que haya contextos sociales de comunidades con culturas tan estrechamente compartidas que la observación que comentamos no apunte a nada relevante en la experiencia; es posible que incluso en nuestras condiciones haya afirmaciones morales que ya no se nos aparecen como las creencias contingentes de alguien, en buena parte porque ya estamos de acuerdo. Hoy no hay muchos que defiendan, como se hacía hasta hace más o menos poco tiempo poco, que la esclavitud era una práctica justificada, que la homosexualidad es una enfermedad para la cual se recomiendan terapias compulsivas, que el lugar natural de las mujeres es el espacio doméstico. La negación de estas afirmaciones ya no se nos aparece como afirmaciones contingentes de alguien, las podemos dar por verdaderas. Que discutan los metaéticos si eso es porque estamos de acuerdo o si estamos de acuerdo porque la razón ha prevalecido, lo que nosotros podemos decir es: ya no se trata de cuestiones políticas, porque ya no son cuestiones en virtud de las

cuales se produzcan alineamientos políticamente relevantes. Ya no son polémicas.

Pero la teoría del derecho no entiende de este modo la cuestión, la entiende "conceptualmente". Y al entenderla de este modo, la desvincula de lo que la hace importante (en realidad, urgente). Lo hace, por ejemplo, distinguiendo entre moral "positiva" y "moral crítica". Habiendo hecho esta distinción, el teórico nota que la moral "positiva" en realidad es un tipo especial de hechos sociales, por lo que la pregunta por la relación entre moral positiva y derecho es la pregunta por la relación entre unas reglas sociales y otras. Para recuperar la dimensión filosófica de la pregunta, entonces, el teórico debe aclarar que se refiere a la moral "crítica", es decir la moral "correcta", "objetivamente correcta"⁴⁰. Pero al hacer de la moral "objetivamente correcta" una idea a la que es posible apelar directamente, pasa totalmente por encima de la observación hobbesiana, para la cual no tiene sentido la apelación a la moral "objetivamente correcta", porque objetivamente correcta o no, la apelación a la verdad tiene el sentido político de ser una apelación a la voluntad del que hace la apelación (por cierto, si uno reemplaza en el pasaje de Hobbes "la razón suya" por "la razón objetivamente correcta", el pasaje pierde todo su sentido).

§12. La agenda de la teoría del derecho. A diferencia de una conceptualista, una teoría del derecho construida así desde abajo tienen los recursos para entender la importancia del desarrollo que ha sido identificado en estas páginas. Comenzando desde la afirmación trivial desde Hart de que el

⁴⁰ Como lo hace, por ejemplo, Alexy, El Concepto y la Validez del Derecho, pp. 81-84.

derecho es una práctica social cuyas características no vienen fijadas ni aseguradas teórica o normativamente, sino que dependen del aspecto interno, de las creencias de los participantes de esa práctica; que tales prácticas son inteligibles a la luz de las funciones que hacen probable; que debe haber alguna diferencia entre el derecho y la política, aunque como esa diferencia es improbable es absurdo esperar que ella sea categórica y total. Ninguno de estos puntos es, por cierto, indiscutible. Pero ellos, o la misma controversia acerca de ellos, deberían dirigir nuestra atención a los cambios fundamentales que están ocurriendo. La reflexión teórica sobre el derecho no será lo que evite o fomente esos cambios, por supuesto. Pero al menos sabremos qué es lo que está pasando, qué estamos perdiendo con ellos y qué estamos ganando. Ya es hora de que la teoría del derecho, en vez de continuar discutiendo conceptos, dirija su atención a esto.

REFERENCIAS

- Alexy, R.: El Concepto y la Validez del Derecho (Barcelona: Gedisa, 1994).
- Atria, F.: La Forma del Derecho (Madrid: Marcial Pons, 2016).
- Atria, F. y C. Salgado: "El tribunal constitucional desatado" en Cárdenas, H. (ed): Jurisprudencia Crítica. Comentarios de Fallos 2015-2017 (Santiago: Rubicon, 2018).
- Bentham, J.: Fragment on Government, en The Works of Jeremy Bentham (ed. por J Bowring), vol. 1 (Edinburgh: William Tait, 1843; ed.orig. 1790).
- Bobbio, N.: El Positivismo Jurídico (Madrid: Debate, 1998; ed.orig. 1961).
- Böckenförde, E. W.: "La democracia como principio constitucional" en Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia (Madrid: Trotta, 2000), pp. 47-131.
- Detmold, M. J.: "Law as practical reason", en 48 Cambridge Law Journal (1989), pp. 436-471.
- : "Law as the structure of meaning" en Jeffrey Goldsworthy y T. Campbell (eds): Legal Interpretation in Democratic States (Dartmouth: Ashgate, 2002), pp. 153-172.

- Dworkin, R. M.: "The model of rules (II)" en Taking Rights Seriously (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977), pp. 46-80.
- : "The forum of principle" (1981), en A Matter of Principle (Oxford: Clarendon Press, 1985), pp. 33-71.
- Ferrajoli, L.: "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales", en 29 DOXA (2006), pp. 15-31.
- Fuller, L.: "The Forms and Limits of Adjudication", en 92 Harvard Law Review (1978), pp. 353-409.
- Habermas, J.: Between Facts and Norms (Cambridge, MA: Polity Press, 1996; ed.orig. 1992).
- Hart, H. L. A.: "Legal and moral obligation" en Melden, A. I. (ed): Essays in Moral Philosophy (Seattle, WA: University of Washington Press, 1958).
- Hart, H. L. A.: "Positivism and the separation between law and morals" (1958), en Essays in Jurisprudence and Philosophy (Oxford: Clarendon Press, 1983), pp. 49-87.
- Hobbes, T.: Leviathan (Cambridge: Cambridge University Press, 1996; ed.orig. 1651).
- MacCormick, D. N.: H L A Hart (Madrid: Marcial Pons, 2010).
- MacIntyre, A.: After Virtue. A study in moral theory (London: Duckworth, 1985).
- Mackie, J. L.: Ethics: Inventing Right and Wrong (London: Penguin, 1977).
- Moore, M. S.: "Law as a functional kind" (1994), en Educating Ourselves in Public (Oxford: Clarendon Press, 2000), pp. 294-332.
- Rorty, R.: "Religion as a conversation stopper" en Philosophy and Social Hope (London: Penguin, 1999), pp. 168-174.
- Rousseau, J. J.: El Contrato Social (Madrid: Espasa-Calpe, 1975).
- Schmitt, C.: The Concept of the Political (New Brunswick, NJ: Rutgers University Press, 1976).
- : Sobre el parlamentarismo (Madrid: Tecnos, 1990; ed.orig. 1923).
- : La Defensa de la Constitución (Barcelona: Labor, 1998).
- Shklar, J.: Legalism (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986; ed.orig. 1964).
- Waldron, J.: "The irrelevance of moral objectivity" en Law and Disagreement (Oxford: Oxford University Press, 1999).
- : Law and Disagreement (Oxford: Clarendon Press, 1999).
- : "Normative (or ethical) legal positivism" en Coleman, J. (ed): Hart's Postscript. Essays on the postscript to The Concept of Law (Oxford: Oxford University Press, 2001).