

¿OBLIGACIÓN MORAL DE OBEDECER EL DERECHO? LA DES- OBEDIENCIA CIVIL EN RAWLS Y SU INCLUSIÓN EN EL POSITI- VISMO JURÍDICO INCLUYENTE*

CAROLA COTRONEO ORMEÑO**
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE
carolacotroneo@gmail.com

RESUMEN: Pareciese ser que hablar de desobediencia civil hoy en día, significa apelar a teorías anarquistas, al caos o al fin del Estado. En este sentido, el artículo pretende reivindicar el concepto de desobediencia civil como un derecho legítimo en el marco de un Estado de Derecho. Con este objetivo en primer lugar, se defiende la tesis según la cual no existe una obligación *prima facie* de obedecer el Derecho, sino que por el contrario, la desobediencia al Derecho se encuentra justificada en un nivel ético. Luego, a fin de acercar este concepto a un entendimiento más práctico, se analiza el concepto de desobediencia civil liberal en Rawls y su realización en el positivismo incluyente, teoría gracias a la cual este derecho adquiere un mayor grado de consistencia y pragmatismo.

Palabras claves: *obligatoriedad del Derecho, desobediencia civil, John Rawls, positivismo incluyente.*

MORAL DUTY TO OBEY THE LAW? CIVIL DISOBEDIENCE IN RAWLS AND ITS ENCLOSURE IN INCLUSIVE POSITIVISM

ABSTRACT: It seems that nowadays, if we talk about civil disobedience, we are standing for anarchism, chaos or the end of the State. In this idea, this article pretends to reclaim the concept of civil disobedience as a genuine right in the rule of law. With this aim, first, it defends the thesis according to which there is no such thing as an absolute moral duty to obey the law, but on the contrary, civil disobedience is justified at an ethic level. Then, with the objective to approach this concept to a much more practical understanding, it analyzes the concept of civil disobedience in Rawls, and its realization in the inclusive positivism, theory by which this right achieves a certainly point of efficacy and pragmatism.

Keywords: *law obedience, civil disobedience, John Rawls, inclusive positivism.*

* El presente trabajo se enmarca en el Taller de Memoria Filosofía del Derecho Contemporáneo del Profesor Esteban Pereira Fredes, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, semestre primavera del año 2013

** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

“De todo corazón acepto el lema de que el mejor gobierno es el que gobierna lo menos posible, y me gustaría ver que esto se lograra pronto y sistemáticamente”.

HENRY DAVID THOUREAU (1848)

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

“En el momento de la huida o si te agrada más, de nuestra salida, si la Ley y la república misma se presentasen delante de nosotros y nos dijese: (...) ¿No soy yo la que debes la vida? ¿No tomó bajo mis auspicios tu padre por esposa a la que te ha dado a luz? ¿Qué encuentras de reprehensible en estas Leyes que hemos establecido sobre el matrimonio? Y yo le responderé sin dudar: nada”¹.

Estas son las palabras finales del diálogo entre Sócrates y Critón, utilizadas por el filósofo griego para convencer a su discípulo respecto de las inconveniencias de desobedecer las Leyes de enjuiciamiento de las Polis. De este modo, el famoso capítulo sobre *el Deber* en Platón se ha convertido en el punto de referencia obligatorio para aquellos que defienden la existencia de una obligación absoluta de obedecer el Derecho. No obstante lo anterior, una relectura del texto nos permite sostener justamente lo contrario: lo que en realidad pareciera estar defendiendo Sócrates es el deber que recaería sobre las Leyes de Atenas, respecto de promover las condiciones básicas para el pleno desarrollo personal del individuo. En efecto, Sócrates defiende la justicia sobre cualquier otro valor moral al interior de la Polis. Así, un Estado que no permitiera la plena realización individual —en palabras de Sócrates, el vivir bien— no sería justo, o al menos, podría admitirse la existencia de un sistema normativo esencialmente imperfecto al interior de este Estado. En efecto, cuando Sócrates se encuentra a sí mismo frente a la Corte, su objetivo primordial no es ganar el juicio al cual es sometido, sino, actuar de la manera más digna y con ello mantener exactamente los mismos principios que lo llevaron hasta dicha situación. La fidelidad a estos principios es más importante para él que su propia fe en el sistema jurídico-social ateniense.

Incluso, si aceptamos que los beneficios recibidos por parte del Estado ateniense —educación, protección, orden— constituyen un argumento idóneo que justificaría la obligación de obedecer las Leyes de dicha República, no por ello debemos aceptar que dicha obligación se extiende de manera general a obedecer todas las Leyes promulgadas por dicho Estado. De hecho, el ciudadano ateniense implícitamente ha aceptado los beneficios en cuestión con un importante margen de razonables expectativas, por lo que esta obligación cesará cuando éste mismo determine que dichas expectativas han sido derrotadas por las instituciones políticas y sociales de la polis. Así las cosas, obligar a los ciudadanos a obedecer dichas Leyes injustas, significaría, ni más ni menos, que admitir lo que Sócrates

¹ PLATÓN. *Diálogos*. México D.F, México: Editorial Parria, 1966. p. 35.

prohíbe: responder a la injusticia con injusticia. El no reconocimiento del sujeto como ser moral capaz de desobedecer conscientemente una norma injusta supone, asimismo, negarle la capacidad de vivir bien. ¿Es que acaso Sócrates no murió por sus propios ideales de lo que ha de ser una República? ¿Por qué negar esa posibilidad a otros ciudadanos que difieren del pensamiento mayoritario en cuanto a lo que han de ser los principios que rigen una conducta socialmente deseada? Así las cosas, lo que verdaderamente admitimos con la muerte de Sócrates es la posibilidad de cada individuo de llevar su vida de acuerdo a sus propias ideas, y esto substancialmente supone negar la imposición de un deber absoluto de obedecer el Derecho.

1.1 Obligación *Prima Facie* de obedecer al Derecho

A pesar de que muchos filósofos políticos han considerado como obvia la existencia de una obligación *prima facie* de obedecer el Derecho, por el contrario, sostenemos que en absoluto resulta obvia la existencia de tal obligación; más aún proponemos que si bien aquellos que obedecen al Gobierno tienen, con frecuencia, una obligación *prima facie* de obedecer sus Leyes, no tienen la obligación *prima facie* de obedecer *todas* sus Leyes. Sin embargo, antes de abundar más en el tema, es necesario explicar el alcance de la frase “obligación *prima facie*”. En este sentido, una definición interesante es la que plantea Smith: “Una persona S tiene una obligación *prima facie* de hacer un acto X si, y solo si, hay una razón moral para S de hacer X tal que, salvo que tenga una razón moral para no hacer X, al menos tan fuerte como su razón para hacer X, el fallo de S en hacer X es incorrecto”².

Aplicada al Derecho, lo que el autor intenta expresarnos es que cuando nos preguntamos acerca de la existencia de una regla moral general de obedecer las Leyes, en realidad, lo que estamos evaluando es si –reunidos determinadas condiciones– existe una obligación *prima facie* de obedecer al Derecho siempre que tengamos la oportunidad de no hacerlo. De este modo, la cuestión interesante sobre esta materia no es si existe una obligación moral de los ciudadanos de obedecer al Derecho, sino más bien, si la relación moral entre los individuos y las Leyes es tal que éstos tienen la obligación de obedecerlas, aun cuando bajo determinadas circunstancias el desarrollo individual de la persona entra en conflicto directo con el obedecimiento de tal obligación.

1.2. El argumento liberal

Aclarada la cuestión acerca de lo que debemos entender por “obligación *prima facie*”, pasaremos ahora a analizar los tres grupos de argumentos más comunes al interior de las teorías liberales, que justifican la existencia de una obligación absoluta de obedecer al Estado.

² SMITH, M.B.E. ¿Hay una Obligación Prima Facie de Obedecer al Derecho? *En*: BETEGÓN, Jerónimo (comp.) y DE PÁRAMO, Juan (comp.). *Derecho y Moral. Ensayos Analíticos*. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1990, pp. 183-203. p. 183.

En primer lugar, bajo la lógica de las teorías contractualistas clásicas de Hobbes, Locke, o Rousseau, la obligación *prima facie* de obedecer al Derecho descansa claramente en el antiguo principio romano *pacta sunt servanda*. Así, el Derecho se encontraría justificado en las decisiones de los individuos –quienes por distintas razones y motivos– elijarían, voluntariamente, someterse a su autoridad y obedecerlo bajo cualquier circunstancia. Para algunos, este consentimiento sería expreso e hipotético y estaría plasmado en un contrato social; mientras que para otros, el consentimiento de obedecer las Leyes sería tácito y se expresaría en la residencia en un país y el disfrute silencioso de la protección del Estado³.

Al respecto, se ha criticado el hecho que, bajo la lógica de las teorías del consentimiento expreso, sería preciso demostrar que todos los ciudadanos a los cuales se les pretende aplicar la Ley han entregado premeditadamente su consentimiento al denominado pacto social. Más aun, urgiría de igual manera averiguar –caso a caso– bajo cuáles términos se ha brindado el consentimiento, con el objeto de determinar si éste es válido o no. Asimismo, respecto de las teorías del consentimiento tácito, se ha dicho que bajo esta fórmula resultaría imposible justificar una teoría moral de obediencia al Derecho, ya que la mera residencia del ciudadano no considera las razones personales del individuo para decidir si consiente o no con determinado Gobierno. Precisamente, podría darse el caso en que algunos individuos tienen razones morales para no consentir y este hecho no quedaría reflejado por la interpretación dada a la residencia voluntaria.

Vistas las dificultades que surgen al justificar la existencia de una obligación *prima facie* de obedecer al Derecho en el consentimiento de los individuos, los utilitaristas buscaron demostrar la existencia de una obligación absoluta de obedecer al Estado fuera o independiente de la elección de los destinatarios de sus normas. De este modo, las doctrinas utilitaristas de Hume, Bentham o Mill sostienen que las razones para obedecer al Derecho descansan en que las bondades de éste superan en gran medida los males probables de la desobediencia al Derecho, trasladando con ello la máxima cuestión moral de la desobediencia civil a la pregunta ¿Qué pasaría si todos lo hicieran? En resumen, el argumento utilitarista podría reducirse al siguiente silogismo: *P1*: la mejor sociedad es aquella que maximiza sus utilidades; *P2*: tener un Estado que prescriba la forma en que sus súbditos deben actuar genera mayor utilidad que no tenerlo, pues lo último supondría el caos y

³ En este sentido se ha llegado a afirmar que, incluso, el acto de sufragar supondría la aceptación de la existencia de una obligación *prima facie* de obedecer al Derecho, pues si suponemos que el propósito de una elección es conferir autoridad y poder a una persona determinada, entonces ha de aceptarse primero que los súbditos están dispuestos a someterse a las órdenes de dicho individuo. De este modo se ha manifestado Gewirth: “el método del consentimiento combina y salvaguarda la unión de los valores de libertad y orden como ningún otro método lo hace. Sumista la opción sobre el poder del Gobierno que protege los Derechos del electorado más efectivamente que cualquier otro método.” GEWIRTH, Alan. *Political Justice*. EN: BRANDT, Richard (ed.). *Social Justice*. Nueva Jersey, Estados Unidos: Prentice Hall Inc., 1962, pp. 12-168. p. 139.

la violencia; C: tenernos un deber moral no sólo de crear el Estado sino, de ayudar a su mantenimiento a través de la obediencia a sus normas.

Sin embargo, el salto de dichas premisas a esta conclusión no es lógicamente correcto. En primer lugar, es discutible el cálculo de consecuencias del acto de desobediencia, pues en la práctica, existen determinados actos de desobediencia que maximizan la felicidad de los ciudadanos. De este modo, bajo los supuestos utilitaristas se debiese admitir que sólo existiría una obligación *prima facie* de obedecer a la Ley cuando su obediencia en particular reporta mayores beneficios que su desobediencia; sin embargo, dicho cálculo resulta, a lo menos, ilusorio, pues se desconoce con qué frecuencia la desobediencia es óptima y con qué frecuencia no lo es. Luego, es discutible que las consecuencias de no tener un Estado sean el caos o la violencia, pues la mayoría de los individuos se abstienen de cometer determinados delitos –como el homicidio o el robo– no porque éstos estén prohibidos por el ordenamiento jurídico, sino más bien, porque dichas acciones atentan contra sus principios morales básicos. En este supuesto, la regla “debes de obedecer al Derecho” carece de sentido, ya que los individuos guían sus acciones por motivos diferentes a los legales. Asimismo, este argumento sólo justificaría la obligación de obedecer al Derecho, más en ningún caso legitimaría dicha obligación. La justificación de la obligación *prima facie* de obedecer al Derecho –bajo los supuestos de la teoría utilitarista– radica en que este acto tiene un valor intrínseco, vale decir, sus beneficios siempre excederán su costo. Por el contrario, no se alcanza una legitimación de dicha acción, en el sentido de que se muestra incapaz de revelar una relación con significación moral entre el individuo y la norma, de modo tal, que verdaderamente se pueda aceptar que el Derecho cuenta con una autoridad absoluta y el individuo con una obligación absoluta de obedecerlo. Esta clase de legitimación, simplemente no puede ser demostrada por la mera justificación de las virtudes de la existencia de la obligación.

Por último, el grupo de argumentos más interesante que justifica la existencia de una obligación moral absoluta de obedecer al Derecho señala que –con independencia de si las personas prestan su consentimiento al Estado o no– resulta contrario a los principios de la justicia que algunos individuos disfruten de los beneficios de la existencia de un Estado, sin cargar con las consecuentes desventajas de éste. Así, cualquiera que resulte beneficiado de la existencia de un Estado, se encuentra revestido de la obligación moral absoluta de obedecer el Derecho, ya que este acto supondría la mejor forma de demostrar gratitud hacia un Estado que entrega beneficios a sus ciudadanos. Este argumento ha sido denominado por la doctrina anglosajona como “*fair play*” o “juego limpio”, y sus principales representantes son Hart y Rawls.

Sin embargo, del hecho que sea racional dotarse de determinadas normas, no se deduce que de esta circunstancia surja un deber moral de obedecer al Estado. Así, debemos especificar en primer lugar que los beneficios se otorgan a la ciudadanía en su conjunto

-de forma general y no particular- por lo que resulta absurdo mostrar gratitud por actos de Gobierno que fueron realizados con el objetivo de alcanzar el bien común y no el bienestar particular del individuo. Luego, no se puede delimitar la existencia de una obligación *prima facie* de obedecer al Derecho en la mera gratitud, sin tener en consideración la naturaleza de los beneficios recibidos, los motivos del benefactor y/o el grupo que se ve favorecido con la medida. Además, no existe tal obligación porque los beneficiarios no han consentido en participar en dicha actividad, por lo que el individuo no tiene la obligación de soportar determinadas cargas que contradigan sus propios principios morales. Ahora bien, el defensor del juego limpio podría intentar modificar su teoría y señalar que únicamente surgiría el deber de obediencia respecto de los beneficios que los ciudadanos aceptan. No obstante, en este punto la teoría del *fair play* se enfrentaría a un dilema: o se mantiene en su posición originaria de juego limpio basada en la simple recepción, o asume la exigencia de la aceptación y con ello la serie de críticas efectuadas en contra de las teorías del consentimiento. En razón de lo anterior, debemos aceptar que las teorías del *fair play* se encuentran dotadas de mayor claridad sólo cuando éstas son aplicadas a empresas pequeñas, ya que difícilmente se puede dimensionar de qué forma se daña al ordenamiento jurídico por medio de insignificantes actos de desobediencia al Derecho al interior de sistemas que contienen cierto número de Leyes inanes o dañinas⁴.

⁴ Mención aparte merece la crítica a la teoría del *fair play* respecto de su pretensión de fundamentar la obligación moral de obedecer el Derecho en la existencia de una mera necesidad. En efecto, bajo la lógica de esta teoría es correcto suponer que si el Gobierno hace entrega de algún beneficio es porque existe algún tipo de necesidad al interior de la ciudadanía que exige ser colmada. Por ende, si la obligación *prima facie* de obedecer al Derecho se justifica en la existencia de una necesidad, únicamente una teoría capaz de explicar de qué forma esa necesidad es suficiente para fundamentar un deber moral, podrá dar cuenta de sus pretensiones correctamente. Al respecto, cabe hacer dos importantes prevenciones. La primera de ellas radica en que si suponemos –como estas teorías pretenden hacer- que únicamente un propósito, fin o deseo hacen de una necesidad una obligación, entonces, sólo cuando el individuo comparte con la autoridad el objetivo rector del Estado existirá en él una justificación moral válida de obedecer las normas emanadas de dicha autoridad. De este modo, por ejemplo si los fines del Estado hobbesiano, son extraer al individuo de una situación de soledad, pobreza, miseria y violencia por medio de un gran aparato estatal esencialmente coercitivo, entonces sólo aquel que comparta la tesis de que el Estado tiene como objeto saciar dichas necesidades, propias de un estado de naturaleza, asumirá con gusto la obligación de obedecer las normas emanadas del Leviatán. La segunda prevención guarda relación con la pregunta acerca del método que se ha de utilizar para determinar cuál necesidad ha de ser satisfecha por el estado, y cuál no. En otras palabras, se exige dejar en claro por qué determinadas necesidades se encuentra dotadas de autoridad, en desmedro de otras. Aquellos que defienden esta teoría responderán diciendo que las autoridades políticas determinan la legalización de ciertas necesidades en base a la idoneidad –*suitability*– de dicha necesidad. Frente a esto, se puede contra-argumentar señalando que cuando hablamos de trasladar una necesidad desde el sistema normativo ético hacia el sistema normativo legal, nos estamos refiriendo esencialmente a cuestiones deontológicas, donde la moral (política) de cada legislador, jugará un papel trascendental a la hora de emitir su opinión. Así pues, resulta aventurado dar por sentado que todos los parlamentarios –incluso los que pertenecen a un mismo sector político- comparten idénticos criterios morales y por ende tienen igual opinión acerca de

Así, ha quedado demostrado que existen buenas razones para —a lo menos— dudar acerca de la existencia de una obligación *prima facie* de obedecer al Derecho. Es por ello, que sostenemos que la necesidad de abandonar la idea de una supuesta obligación *prima facie* de obedecer al Derecho, en aras de mantener claridad respecto de las cuestiones políticas y éticas que se suscitan en este tipo de debates. En efecto, sólo si abandonamos esta idea seremos capaces de enfocar esta problemática sin tener que preocuparnos de lo que Smith ha llamado “obligación *prima facie* trivial”. Con esto, no queremos decir que el debate acerca de la existencia de una obligación absoluta de obedecer a la Ley se encuentre zanjado, sino más bien pretendemos señalar que, al rechazar esta teoría con argumentos contundentes, la discusión se vuelca correctamente hacia un punto moralmente fructífero, cuál es, estudiar el carácter de los actos que rechazan tal obligación.

1.3. Obligación moral de (des)obedecer el Derecho.

No cabe duda que las instituciones se encuentran al servicio de la persona humana, y no al revés. Por ello, tanto el Derecho como cualquier otra institución moderna con pretensiones de justificación ética deben situar al individuo como fin último de su existencia. En esta línea de ideas, la noción kantiana de hombre y dignidad alcanzan su mayor realización cuando, en efecto, el Derecho reconoce y respeta al individuo. La pregunta entonces es ¿Estos fines se satisfacen de mejor manera por medio de la imposición de una obligación absoluta de obedecer al Derecho? Sostenemos que frente a dicha pregunta debemos entregar una respuesta negativa; más aún, las razones para desobedecer al Derecho definen de mejor forma los argumentos kantianos de dignidad, responsabilidad y autodeterminación. Si bien es cierto que Kant aboga por un deber moral de obedecer al Derecho —derivado del deber moral de promover la justicia—, dicha obligación no es en ningún caso absoluta, más bien, contiene de forma implícita determinadas excepciones justificadas en la teoría moral del autor. En efecto, no existe el deber de obedecer al Derecho cuando por medio de dicha obediencia el individuo contradice su propia conciencia personal. Apoyándonos en los propios términos de justicia utilizados por Kant, debemos afirmar que nuestro deber consiste únicamente en respetar los derechos morales del resto de los individuos, sin importar si con ello se satisface o no las demandas expresadas en la Ley. Así pues, resulta imposible hablar de la existencia de una obligación *prima facie* de obedecer al Derecho en Kant.

Cualquier argumento tendiente a demostrar una obligación moral del individuo de obedecer las normas dictadas por otros, siempre será sospechoso, en el sentido de que puede

cuáles necesidades merecen ser dotadas de autoridad, y cuáles no. Por todo lo anterior, sugerimos que las teorías que apelan a la necesidad deben ser tomadas como un primer estadio hacia la justificación moral de obedecer al Derecho, más no como una teoría completa e independiente.

convertir al ciudadano en un medio para la concretización de los deseos ajenos. Cuando se fuerza al individuo a hacer lo que la autoridad quiere que haga, sin ningún tipo de justificación razonablemente aceptable, se viola la autonomía del individuo, pues no se toman en serio las consideraciones personales del mismo. Es por ello, que la sujeción del súbdito a las decisiones de la autoridad es una materia moralmente seria y su defensa exige argumentos poderosos. De este modo, si bien reconocemos la existencia de una obligación moral de obedecer al Derecho, mientras no se encuentren argumentos éticamente correctos que justifiquen dicha obligación, solo podemos aceptar que el sistema más justo al interior de una sociedad democráticamente estable es aquel que reconoce excepciones al deber moral de obedecer al Derecho. Lo anterior, queda expresado de mejor manera en las siguientes palabras: “The legal system (in stable societies) needs only general compliance to function at peak efficiency, not universal compliance. Such examples can be multiplied endlessly (what if everyone ate lunch at noon, as I am considering doing?)”⁵.

Sin embargo, dichas excepciones han de ser cuidadosamente delimitadas, pues la herramienta de violar la Ley apelando a cuestiones éticas, puede perder cualquier tipo de efectividad si es que no se usa con el debido cuidado. Asimismo, debemos cuidarnos de caer en “*favoritismos*” confiriendo justificación moral únicamente a determinados actos, evidenciando de esta manera, un cierto carácter elitista en el establecimiento de determinadas excepciones⁶.

2. JUSTIFICACIÓN ÉTICA DE LA DESOBEDIENCIA AL DERECHO

Con el objeto de lograr una absoluta reivindicación y un buen entendimiento del concepto de desobediencia civil, conviene analizar la fundamentación ética del mismo, para más tarde lograr una adecuada comprensión práctica del fenómeno. En primer lugar, nos referiremos a las razones que nos permiten sostener la existencia de una justificación a nivel individual, para, luego, analizar los argumentos de una fundamentación social.

2.1. *Justificación individual: el reconocimiento moral*

Se advierte en H.L.A. Hart la presencia de dos razones que han de tenerse en cuenta para justificar la obediencia al Derecho: el punto de vista interno y externo de la norma. Mientras este último supone que las razones para obedecer al Derecho sólo pueden ser prudenciales, el punto de vista interno implica una adhesión a las normas del Derecho por razones morales. En virtud de que para Hart el punto de vista interno es una condición necesaria para la existencia del Derecho, de ello se desprende que el aspecto volitivo

⁵ GEWIRTH, Alan, *op cit.* (n. 5), p.53.

⁶ Trataremos estos problemas con mayor profundidad en el capítulo final de este trabajo.

de la adhesión a las normas del sistema es siempre necesario. El individuo, como sujeto dotado de moralidad, siempre tendrá alguna opinión acerca del valor de las normas básicas del sistema. Si bien, no se puede negar que determinadas normas son cumplidas por cuestiones de habitualidad, lo cierto es que cuando nos referimos a normas que integran importantes contenidos morales o que deben ser defendidas a través de una robusta argumentación moral, no podemos decir que el individuo cumple esas normas por mero hábito, tradición o aburrimiento. En efecto, cuando éste decide desobedecer una Ley que le es impuesta porque la considera contraria a sus principios morales, no hace más que asumir una actitud crítica hacia la norma imputada por la autoridad. Luego, es evidente que frente a normas de alto contenido moral, los individuos toman en consideración los costos morales del cumplimiento de dicha norma y por ello, podemos sostener que el punto de vista interno hartiano es un reconocimiento explícito de la racionalidad del hombre. Así también lo reconoce el propio Hart:

“[Una] condición necesaria para la existencia de un poder coactivo es que algunos al menos tiene que cooperar en el sistema y aceptar sus reglas (...) pero no es (...) verdad que aquellos que aceptan el sistema voluntariamente tengan que concebirse a sí mismo como moralmente obligados a hacerlo (...) En verdad, no hay razón por la cual quienes aceptan la autoridad del sistema deberían no examinar a conciencia y decidir que, moralmente, no deberían aceptarla; sin embargo, por una variedad de razones, continúan haciéndolo”⁷.

De esta manera, se advierte que las cualidades morales del individuo hacen que éste, al enfrentarse a una norma con altos contenidos morales, no pueda sino reflexionar acerca de la conveniencia de su obediencia. Este cálculo no ha de ser entendido en términos de mayor o menor preferencia cuantitativa, sino respecto a consideraciones netamente morales dentro de las cuales no tienen cabida las reflexiones utilitaristas. En efecto, aceptar que el súbdito tiene una capacidad crítica respecto de la norma, no sólo concede un mayor acercamiento hacia la teoría moral kantiana, sino además permite reafirmar la eficacia del sistema jurídico. Si bien es cierto que frente a divergencias morales, el súbdito justificadamente decidirá no obedecer al Derecho, tampoco es menor que si éste encuentra una coherencia entre sus principios morales y el contenido de la norma, obedecerá a la misma de forma consciente, reforzando la fidelidad al sistema. Así, desde el punto de vista del legislador, es conveniente que los ciudadanos tengan la oportunidad de prestar su asentimiento a las Leyes. De este modo, sorpresivamente para las corrientes autoritarias que niegan la justificación moral de la desobediencia al Derecho, el reconocimiento de la capacidad crítica reflexiva del individuo frente a la norma supone una herramienta de legitimación de la autoridad misma: “Alguien que abiertamente sostuviera que gobierna sólo

⁷ HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Alfredo Perrot, 1968. p. 250.

por la fuerza bruta y sin tener en cuenta ningún esquema valorativo racional no podría ser entendido como alguien que gobierna a través del Derecho y mucho menos bajo éste”⁸.

Así, es dable suponer que la autoridad procurará siempre conferir un dejo de moralidad en sus normas y decisión, y por ello sostendrá que son justas y adecuadas a Derecho. Sin embargo, de esto no se deriva que la actitud que ha de seguirle a esta pretensión de la autoridad sea la obediencia ciega al Derecho por parte de la ciudadanía. Siempre, en cualquier caso, la actitud de obediencia/desobediencia de los destinatarios dependerá de sus consideraciones morales internas y de la capacidad de cotejar estas consideraciones con las impregnadas en la norma o la decisión. De este modo, se reconocen los principios kantianos de libertad y autodeterminación del individuo: el hombre no se encuentra encarcelado a un Derecho absoluto, pues si así fuese, este perdería toda su legitimidad. Por el contrario, el Derecho es la herramienta para cumplir con el imperativo categórico kantiano, de modo tal, que el hombre ha de ser visto como fin en sí mismo, y no como un medio por el cual se cumplen los deseos del Soberano.

2.2. *Justificación social: la pretensión de justicia*

El argumento de Alexy acerca de la necesaria pretensión de corrección que debe estar presente en cualquier sistema jurídico, es una razón más que nos permite sostener la existencia de un Derecho moral de desobedecer al Derecho. Primeramente, el autor distingue entre dos tipos de conexiones necesarias entre el Derecho y la moral. Las del primer tipo son llamadas conexiones “*definitorias*” y se caracterizan por considerar que, si una norma no satisface determinado criterio moral, entonces aquella no pertenece a dicho sistema jurídico. Luego, las del segundo tipo, las denominadas “*calificativas*”, señalan que cuando existe dicha discrepancia, la norma ha de ser considerada como parte del sistema jurídico y por ello se ha de aceptar que dicho sistema es defectuoso por razones conceptuales⁹. Trasladada esta cuestión al tema de la desobediencia civil, la pregunta está en determinar si la Ley que el individuo desobedece, por no cumplir con los parámetros éticos mínimos que subyacen en el interior del propio ordenamiento, es parte del sistema jurídico o no.

Retomando la tesis de la corrección de Alexy, ésta consiste en la obligación moral impuesta a todos los participantes del sistema jurídico, a actuar de manera correcta, de modo tal, que el resultado de su acción sea el más justo posible. Esto se traduce en el deber de crear Constituciones, Leyes, decisiones y actos justos. Por ende, no podemos hablar de una pretensión de corrección aislada, sino complementada con las pretensiones

⁸ MCCORMICK, Neil. The Separation of Law and Morals. En: ROBERT, George (ed). *Natural Law Theory. Contemporary Essays*. Gran Bretaña: Oxford University Press, 1994, pp. 105-133. p. 120.

⁹ Al respecto ver ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral. En: VÁSQUEZ, Rodolfo (comp.). *Derecho y Moral. Ensayos Sobre un Debate Contemporáneo*. España: Editorial Gedisa, 1998, pp. 115-137. p. 120.

de corrección moral y de justicia¹⁰. En opinión de Alexy, ésta sería la característica que diferencia al Derecho de cualquier otro sistema normativo:

“Así, se puede preguntar cuál es la diferencia entre un sistema de reglas y un sistema de forajidos bandidos. La diferencia no es la introducción de ciertas reglas generales, porque éstas ya aparecen en el sistema de los bandidos. La diferencia tampoco puede ser el hecho de que el sistema de reglas otorgue cierta ventaja a todos mediante la protección de la vida, la libertad y la propiedad, pues robar y matar sigue siendo posible en cualquier momento. El punto decisivo es que una *pretensión de corrección* está enraizada en la práctica del sistema de reglas y ésta se sostiene contra cualquiera”¹¹.

En concreto, actuar bajo las exigencias de una pretensión de corrección nos conduce a elevar nuestras prácticas, de manera tal, que éstas signifiquen una justificación para la aceptación del resto de los individuos. En otras palabras, el constituyente que se esfuerce por alcanzar “la” Constitución más justa posible, tendrá el respeto y la aceptación por parte de sus súbditos. Por ende, un sistema jurídico que pretenda ser reconocido como el monopolio de la fuerza y con ello proponga dotar a sus normas de coercitividad, debe necesariamente reconocer –de forma explícita o implícita– una pretensión de corrección moral en él. Sostenemos que esta pretensión sólo se alcanzará en la medida que efectivamente dicho sistema reconozca la dignidad y autonomía del individuo, en todos los estadios posibles. Como quedó de manifiesto anteriormente, dicho reconocimiento sólo se alcanzará cuando se advierta en el individuo la capacidad suficiente para reconocer en él, una reflexión seria respecto de las normas que lo constriñen. Por ello, únicamente un sistema que reconozca la desobediencia civil como parte integral de los derechos del individuo que emanan de su propia dignidad, podrá ser efectivamente diferenciado del resto de los sistemas normativos expuestos en nuestra sociedad. El argumento de la pretensión de corrección de Alexy resulta útil en nuestro objetivo, ya que por medio de él podemos aceptar que un sistema jurídico será reconocido como tal, solamente cuando éste reconozca la existencia de un deber moral en los ciudadanos de desobedecer al Derecho.

Asimismo, la tesis de Alexy es conveniente, pues reconoce que si bien todos los sistemas jurídicos deben contener una pretensión de corrección que los justifique, de dicha aseveración no puede concluirse que estos ordenamientos tengan éxito en dicha tarea. En

¹⁰ Esta tesis de Alexy es respaldada igualmente por Viehweg, Raz y Garzón Valdés. El primero señala que ninguna sociedad puede mantener su cohesión si no cuenta con una estructura jurídica que establezca dogmáticamente qué es lo en ella se considera justo. Luego, Raz defiende la pretensión de legitimidad, pues todo sistema jurídico debe pretender tener legitimidad. Asimismo Garzón Valdés denomina “*pretensión de legitimidad*” al intento de conciliar los valores de verdad y justicia al interior de un sistema jurídico.

¹¹ ALEXY, Robert, *op cit.* (n. 10), p. 127.

efecto, no debemos desconocer que, aun cuando las intenciones de todo sistema jurídico son alcanzar la justicia, este cometido es imposible de lograr a cabalidad, pues –en un primer estado– resulta imposible aceptar una justicia procesal perfecta en las materias propias de una Constitución. En efecto, es sabido que durante el proceso de generación de una norma que rige la conducta de la sociedad confluyen una serie de circunstancias que pueden alterar lo justo del resultado final. Por consiguiente, es razonable suponer que bajo el amparo de una Constitución justa, podrán dictarse Leyes que no lo son. Generalmente, esta Ley injusta, en determinadas circunstancias, será contraria a las consideraciones morales de alguno de los ciudadanos. Así, manteniendo la pretensión de justicia de la cual nos hablaba Alexy, el ordenamiento jurídico deberá procurar resolver dichas injusticias, si es que desea mantener la estabilidad política-social que pretende. Una forma eficaz de alcanzar este cometido es a través del reconocimiento del carácter moral del ciudadano, plasmado en el Derecho a desobedecer la Ley cuando las consecuencias de obedecerla resulten más perjudiciales que la primera acción. Con ello, se da cumplimiento al estándar de justicia propio de un Estado de Derecho: tratar a los individuos como personas dignas, no como meros súbditos.

Ahora bien, junto al argumento de la injusticia procesal al interior de cualquier proceso legislativo, existe una segunda razón por la cual el ciudadano puede considerar que la Ley a la cual se le pretende constreñir es injusta. Así, puede darse el caso de que el ciudadano simplemente no concuerda con los criterios morales de la autoridad, y por ello el resultado de la aplicación de la Ley, en su caso particular, es injusto. En efecto, del hecho que una mayoría elegida democráticamente detente el poder, no se deriva que sus Leyes son justas o reflejan el sentimiento de justicia de toda la sociedad. Frente a esta realidad, debe asumirse que la única obligación del ciudadano es adoptar como parámetro de conducta únicamente lo que según su pensamiento crítico moral ha de ser considerado como justo. En este contexto, la justificación moral a la desobediencia al Derecho puede ser vista como una apelación directa a la autoridad para que ésta cambie de opinión a favor de aquellos que no están de acuerdo con los principios morales que subyacen en su actuación.

En esta misma línea, una de las conquistas del régimen republicano fue el reconocimiento de que –bajo el principio de igualdad– ninguna persona tiene sobre otra un poder absoluto y arbitrario. En este contexto, los grupos mayoritarios cuenta con las herramientas necesarias para reconocer a la minoría: si reconoce en ella su capacidad racional y los trata como hombres con sentido moral, intelectual y político, intentará convencerlos acerca de lo correcto de su razonamiento por medio de la intelectualidad, y no por la fuerza propia que detentan las mayorías. Solo a través de este tratamiento se alcanzará un verdadero Estado Democrático, el cual reconozca la importancia de las minorías a la hora de gobernar: “La violencia extrema de todo atisbo de justicia vuelve imposible la seguri-

dad, es decir los valores de justicia y seguridad se entrelazan de modo tal que la existencia misma del Estado amenaza con derrumbarse¹².

En resumen, la desobediencia civil constituye un intento de restablecer las condiciones en las que ha quedado una sociedad, cuando en opinión de la minoría, las acciones de la mayoría no han sido correctamente justificadas, ni justas. De este modo, la protesta que apela directamente a las autoridades, parece una manera correcta de actuación bajo la lógica de los Estados modernos.

3. LA DESOBEDIENCIA CIVIL

En 1846 Henry Thoreau, manifestando su oposición a un Estado que justificaba una guerra contra México y a una nación donde la sexta parte de su población era esclava, decidió conscientemente no pagar sus impuestos y con ello expresar públicamente su oposición al *statu quo* de la política norteamericana. Como resultado de su acción, Thoreau fue sentenciado a pasar una noche en prisión y contrariamente a lo que se podría pensar, éste aceptó con gusto el cumplimiento del castigo. En efecto, desde su celda en Massachusetts declaró que: “bajo un gobierno que encarcela a cualquiera injustamente, el lugar apropiado para el justo es también la prisión”¹³. De este modo, a través de un hábil uso de la retórica, el intelectual norteamericano hizo un llamado público a toda la nación a desobedecer sus Leyes de manera pacífica, y con ello alcanzar la realización de sus valores políticos.

3.1. ¿Cuál es el acto que defendemos?

Este ejemplo histórico nos sirve de buena manera para comenzar a explicar el concepto de desobediencia que se ha justificado en las líneas anteriores. Al respecto, es importante advertir que el presente trabajo no tiene por objeto defender la justificación ética y la realización práctica de cualquier tipo de desacato a la Ley; sino pretende demostrar que existe un solo un tipo de acto, en particular, que efectivamente cuenta con el sustrato ético-moral que nos permite abogar por su necesario reconocimiento al interior del sistema jurídico. En concreto, nos referimos a la desobediencia civil por oposición a los simples actos de desacato a la Ley –como por ejemplo, eludir las Leyes del tránsito en un sitio asolado- o los actos de desobediencia que se mueven en un plano individual de la conciencia (objeciones de conciencia)– como por ejemplo, el desacato militar.

¹² GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Derecho y moral. En: Vásquez, Rodolfo (comp.). *Derecho y Moral. Ensayos Sobre un Debate Contemporáneo*. España: Editorial Gedisa, 1998, pp. 19-55. p. 27.

¹³ THOREAU, Henry David. *El deber de la Desobediencia Civil*. Medellín, Colombia: Editorial Pi, noviembre 2008. p. 27.

Para que un acto cumpla el test moral de ser calificado como desobediencia civil ha de contar necesariamente con las siguientes características. En primer lugar, ha de ser un acto *contrario a la Ley*. Esto significa que los implicados en la cuestión han de estar dispuestos a oponerse al Derecho válido y efectivo, respecto del cual, si bien se pueden tener ciertas aprensiones morales, nadie puede negar que es Derecho vigente. Es por ello que, utilizando la terminología de Alexy, abogamos por una relación “*calificativa*” entre el Derecho y la moral, ya que si bien existe una discrepancia entre el sustrato moral de la norma y el sujeto, dicha diferencia no es motivo para expulsarla del sistema. Asimismo el acto debe ser *político* en dos sentidos: primero, porque va dirigido hacia las autoridades, es decir, hacia la mayoría que ejerce el poder político; y segundo, porque el mismo se encuentra guiado y justificado por principios políticos de justicia. Esto significa suponer que existe una concepción pública y compartida de lo que debemos entender por justicia, con referencia a la cual los ciudadanos guían su actuar. Seguidamente, la desobediencia civil ha de ser un acto realizado *en conciencia*, lo que quiere decir que el individuo no sólo realiza un acto consciente de desacato a la norma, sino además tiene conocimiento acerca de las principales consecuencias de su acción. Por ello es que rechazamos el ejemplo de las infracciones a las Leyes del tránsito en un lugar desolado como un caso amparado por la desobediencia civil. Luego, ha de ser un acto *público*, tanto en el sentido que apela a este sentimiento público de justicia, como también porque se comete en público. Este elemento va de la mano con el siguiente requisito que justifica que un acto pueda ser catalogado como desobediencia civil, en efecto, la acción ha de ser realizada con el propósito de *realizar cambios* en la sociedad. De este modo, el acto realizado en público pretende dar cuenta a la mayoría que existe una divergencia moral importante entre sus normas y la forma en que un grupo social ha decidido llevar a cabo su vida. Ahora bien, en este punto ha de advertirse una diferencia entre esta teoría y el anarquismo o el acto revolucionario. Estos últimos, realizan una crítica mucho más compleja respecto de la totalidad del sistema y las instituciones que nos gobiernan, por el contrario, los cambios que se pretende alcanzar por medio de la desobediencia civil solo buscan modificar situaciones concretas en las que se evidencia una violación a los principios de justicia. En otras palabras, los infractores no buscan instaurar un nuevo sistema social, sino únicamente tienen como propósito lograr que la Ley o la política objetada dejen de ser tales. Por ello, es que en último lugar, el acto debe tender lo más posible a ser un acto *no violento*, dentro de los márgenes que la propia estabilidad social lo permita.

3.2. La desobediencia civil en Rawls

Es momento de esgrimir una definición acabada de lo que en adelante deberemos entender por desobediencia civil. Al respecto consideramos que el concepto de desobediencia civil en Rawls satisface de mejor manera no sólo los elementos morales que nos permiten hablar de una justificación ética de la desobediencia al Derecho, sino además cumple

con todos los elementos de la acción. En concreto, el autor de “*Una Teoría de la Justicia*” (1971), opta por la definición clásica de desobediencia civil introducida por Hugo Adam Bedau: “Un acto público, no violento, consciente y político, contrario a la Ley, cometido habitualmente con el propósito de ocasionar un cambio en la Ley o en los programas de gobierno”¹⁴.

La correlación entre esta definición y los elementos esbozados en el acápite anterior son evidentes, por lo que referirse en extenso sobre este punto no parece tener mucho sentido. Sin embargo, hay una cuestión que nos gustaría tratar y esta es la importancia que Rawls entrega al elemento de la conciencia en la desobediencia civil. En este sentido, el autor introduce el concepto de “*equilibrio reflexivo*” a través del cual, el individuo se hace consciente respecto de la plausibilidad de los argumentos que él ha escogido para justificar su desobediencia civil. Este equilibrio reflexivo supone el ejercicio intelectual de confrontar los argumentos con las convicciones del individuo, y además con los principios de justicia comunes del resto de los ciudadanos. Se ha reconocido pues, que el equilibrio reflexivo es un constructo enteramente metodológico, representado como un medio idóneo para alcanzar los argumentos que permiten al agente actuar bajo la lógica de la desobediencia civil justificada. En resumen, ésta sería una actividad intelectual entre el actuar del sujeto y los principios comunes de justicia: “Si después de una debida consideración, llega a la conclusión de que la desobediencia civil está justificada y actúa conforme a ello, estará actuando por motivos de conciencia, y aunque pueda incurrir en un error, no habrá hecho su simple voluntad”¹⁵.

Por otro lado, respecto de la justificación moral de la desobediencia civil en Rawls, es necesario destacar que el autor presenta la desobediencia civil como una herramienta de protección de la justicia al interior de la sociedad. En este sentido, el norteamericano introduce una primera condición a la aceptación de la desobediencia civil, la cual ha sido denominada como *justa causa*. Ésta consiste en restringir los casos en los cuales procede la desobediencia civil únicamente a aquellos en los cuales se viola el primer principio de justicia y la segunda parte del segundo principio de justicia (principio de libertad e igualdad y principio de igualdad de oportunidades). Lo anterior significa que la desobediencia al Derecho opera en aquellas instancias de injusticia sustancial y clara; pero de preferencia, en aquellas que obstruyen el camino para remover otras injusticias. Luego, Rawls como buen liberal, se encuentra consciente de los riesgos de esta teoría y es por ello que —con el objeto de responder a las críticas que sostienen que la desobediencia civil, no es otra cosa que simple anarquismo o desacato— introduce dos condiciones adicionales que limitan aún más su teoría: en primer lugar, señala que la desobediencia civil es un recurso de *ultima ratio*, la cual solo tiene cabida cuando todos los esfuerzos anteriores se han agotado;

¹⁴ RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo Cultura Económica, 1997. p. 332.

¹⁵ *Ibid.*, p. 353.

y segundo, que el acto debe ser *proporcional*, es decir, el agente debe realizar una ponderación entre los costos y beneficios de la pretendida intervención, de modo tal que si éstos resultan ser más dañinos que el mal, la acción no es legítima.

No obstante, quizás el aporte más significativo del concepto rawlsiano de desobediencia civil, es la consideración de fundamentar este desacato a las Leyes como un marco de actuación legítimo de las minorías respecto de las mayorías. En concreto, el autor radica el origen de este problema en el hecho de que no existe una sola minoría que se sienta legitimada para actuar bajo los principios del Derecho construido por la mayoría; sino que existen demandas igualmente fundadas, las cuales, en conjunto pueden llegar a exceder el límite permitido. Frente a este escenario, Rawls plantea la necesidad democrática histórica de idear un plan justo, bajo el cual todas las minorías sean consideradas de forma equitativa. Como forma de respuesta a esta necesidad, el autor propone el *principio de imparcialidad*, según el cual los miembros más favorecidos de la sociedad cuentan con una obligación política clara, por lo que éstos se encuentran en una mejor posición para optar a cargos públicos y no encuentran dificultad en beneficiarse del sistema. Por el contrario, las minorías sometidas –quienes, según Rawls, son las que cuentan con el Derecho a la desobediencia civil– no tendrían una obligación política de tal clase. La importancia de esta distinción radica en que, en virtud de la intensidad de esta obligación, el individuo se verá constreñido a distintos límites en la actuación de la vida política. De este modo, la desobediencia civil sería vista como una especie de recompensa otorgada a las minorías, en virtud del menor poder que éstas detentan en relación con otras capas sociales.¹⁶ Así descrita, la desobediencia civil se constituye como un proceso capaz de reconocer en el individuo su calidad de persona moral, y por lo mismo, lo dota de la capacidad necesaria para alejarse de las decisiones de la mayoría cuando éstas son injustas. Igualmente, Rawls reconoce que las decisiones de la mayoría cuentan únicamente con pretensiones de ser justas, por tanto, éstas no pueden ser impuestas coercitivamente a la minoría con el único argumento de que es una decisión justa, sino que tienen que ser asumidas libremente por el ciudadano. Del mismo modo que la clasificación hartiana sobre el punto de vista interno y externo de las normas, vemos en Rawls una preocupación por referirse a la actitud moral del agente con respecto a la norma heterónoma que guía su conducta.

Por último, es importante señalar que la teoría rawlsiana de desobediencia civil nos permite adoptar la justicia como un valor social, en el sentido de afirmar que existe un

¹⁶ Asimismo, Rawls reconoce que esta institución no solo es condición necesaria para el desenvolvimiento de su teoría de la justicia, sino, además, la desobediencia civil puede ser vista como un fundamento de la democracia. En palabras del autor: “La desobediencia civil, utilizada con la debida moderación y sano juicio, ayuda a mantener y reforzar las instituciones justas, (...) una disposición general a participar en la desobediencia civil justificada introduce cierta estabilidad en una sociedad bien ordenada, o al menos en una sociedad casi justa”. RAWLS, John, *op cit.* (n. 15), p. 348

sentimiento común de justicia al interior de la sociedad, ya que -como señalamos anteriormente- para Rawls la desobediencia civil es un acto enteramente político, el cual apela al sentido de justicia de la comunidad. Es justamente por esta razón que decimos que el autor, si bien mantiene una concepción liberal de la desobediencia civil, a su vez es comunitario, ya que utiliza el sentimiento social de justicia para justificar en un último estado su teoría. En este punto Rawls se pregunta *¿Cuál es la última instancia posible para evaluar las razones y los actos de los desobedientes?* Para él, la respuesta se encuentra limitada por la concepción pública de justicia. De este modo, se evidencia un intento claro por parte del norteamericano de conciliar la tensión entre la voluntad general de Rousseau y la autonomía individual de Kant, reconociendo el valor de la colectividad en la democracia, sin anular con ello el importe de la conciencia misma del individuo:

“Pero aunque cada quien haya de decidir por sí solo las circunstancias que justifican la desobediencia civil, de allí no se sigue que cada quien puede decidir lo que le plazca. No hemos de tomar nuestras decisiones considerando nuestros intereses personales, o nuestras lealtades políticas estrechamente interpretadas. Para actuar autónoma y responsablemente, el ciudadano debe atender a los principios políticos que subyacen y guían la interpretación de la constitución”¹⁷.

4. EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE COMO MEDIO DE SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS DEL CONCEPTO DE DESOBEDIENCIA CIVIL JUSTIFICADA

Desde el comienzo hemos sostenido que el problema fundamental de la justificación ética de la desobediencia civil es determinar de qué manera esta justificación puede ser extrapolada al concepto de Derecho, de modo tal, que incluso pueda ser sostenido en juicio. Asimismo, se hace necesario encontrar un criterio objetivo que nos permita delimitar el tipo de acciones que se encuentran justificadas en la desobediencia civil. A continuación sostenemos que la solución a ambos problemas yace en los postulados del positivismo jurídico incluyente.

Primeramente, es necesario aclarar que la tesis del Positivismo Incluyente nace en el marco del ya antiguo debate entre el Derecho y la moral, específicamente en su disputa más reciente originada por las Críticas de Dworkin a “*El concepto de Derecho*” de H.L.A Hart. El ataque del autor se centra básicamente en resaltar la incapacidad de la teoría hartiana para dar cuenta de los principios jurídicos, normas que aun cuando no son definidas como primarias o secundarias, igualmente tienen la aptitud para resolver casos difíciles. Luego, en virtud del contenido esencialmente moral de estos principios, la regla de reco-

¹⁷ RAWLS, John, *op cit.* (n. 15), p. 354.

nocimiento hartiana debe sufrir una inminente apertura hacia cuestiones materiales, en especial hacia los principios políticos. Lamentablemente, Hart no vivió lo suficiente como para entregar una respuesta contundente a las críticas dworkinianas; sin embargo, fueron sus propios discípulos quienes se encomendaron la tarea de inferir que hubiese respondido Hart a semejante ataque. Algunos adoptaron una línea más conciliadora y decidieron integrar de manera contingente los contenidos de la moral al Derecho –por ello fueron llamados como *positivistas incluyentes*–; mientras que otros sugirieron que el contenido Derecho no debe estar determinado por los contenidos de la moral – y por ello se les denominó *positivistas éticos o normativos*¹⁸.

4.1. Primer problema: Un concepto de Derecho que incluya la desobediencia civil justificada

Proponemos que únicamente aquel operador del sistema jurídico que adopte la teoría del positivismo incluyente será capaz de entender al Derecho de modo tal, que no habría incongruencias ni contradicciones entre su teoría del Derecho y la teoría de la desobediencia civil.

Tal y como se señaló anteriormente, el Positivismo Jurídico Incluyente nace como una de las alternativas de respuesta hacia la crítica de Dworkin. En concreto, esta doctrina señala que en determinadas ocasiones puede suceder que las normas jurídicas incorporen conceptos morales y/o requieren de argumentación moral para ser sustentadas. Pues bien, en dichos casos se puede afirmar que la determinación de aquello que el Derecho es depende de su adecuación a la moral crítica. Luego, existirán situaciones, en donde la norma no necesita ni de argumentos ni de sustratos morales que la justifiquen, por ende, en estos casos la determinación de lo que el Derecho *es* no depende de su adecuación a la moral crítica. De esta forma, frente a las críticas de Dworkin se podría decir que, efectivamente –bajo la lógica del positivismo inclusivo– se reconoce la presencia de principios con componentes morales al interior del sistema jurídico. Al mismo tiempo, se recoge la tesis de la discrecionalidad dworkiniana al señalar que la práctica y aplicación del Derecho

¹⁸ El positivismo jurídico normativo, asumiendo como verdadera la tesis del positivismo jurídico incluyente, señala que si bien es cierto que en determinadas ocasiones la determinación de lo que el Derecho *es* solo se alcanza apelando a consideraciones y argumentos morales, también sostiene que dicha relación no debe ser así. En efecto, para estos teóricos, lo primordial es que el Derecho sea de tal manera que pueda identificarse aquello que prescribe sin acudir a fuentes morales. Por ello, al contrario de los positivistas incluyentes, éstos no están dispuestos a sacrificar la certeza en el Derecho por medio de la introducción de componentes éticos indefinidos en el discurso jurídico. El sacrificio de esta certeza redundaría inexorablemente en una violación a la autonomía del individuo, pues éste no podrá determinar con la debida facilidad cuáles comportamientos están prohibidos por el ordenamiento jurídico. De este modo, se vislumbra una nueva diferencia entre ambas corrientes, pues si bien las primeras abogaban por una objetivación de la moral, éstos reconocen la imposibilidad de conciliar una armonía entre los distintos valores individuales en una sociedad y, justamente en este punto radica la peligrosidad de introducir la moral en lo que el Derecho *es*.

por parte de los jueces, se ve reforzada por la utilización de argumentos morales presentes al interior del sistema normativo legal. Wilfried J. Waluchow –principal exponente de esta corriente– reconoce que las demandas morales se encuentran insertas en la misma naturaleza del Derecho; sin embargo, dicha inclusión no es de ningún modo necesaria. Así, solo se justificaría la inclusión de la moral en aquellos asuntos humanos “*moralmente dignos de alabanza*”, haciendo de la relación entre el Derecho y la moral una relación meramente contingente. En palabras del autor:

“Una consecuencia del positivismo incluyente es que las consideraciones morales pueden ser relevantes para la identificación de la existencia y contenido del Derecho sólo si el sistema jurídico mismo ha reconocido algún modo que cumple ese rol. Y la aceptada regla de reconocimiento podría ser tan simple como ‘todo lo que la Reina dice es Derecho’, en cuyo caso las consideraciones morales no tendrían papel alguno en las cuestiones de validez. Alternativamente una regla de reconocimiento podría especificar principios de libertad e igualdad como fundamentos de la validez jurídica, en cuyo caso la moral estaría seriamente implicada; o podría haber reglas secundarias de interpretación según las cuales ciertos factores morales ayudan a determinar el real contenido o significado de reglas validas por una regla de reconocimiento”¹⁹.

Bajo esta lógica, la desobediencia al Derecho fundada en razones morales, tendría plena cabida en la teoría del positivismo jurídico incluyente que propone una valoración moral de las normas prescriptivas. En efecto, gracias al concepto de Derecho que nos entrega esta teoría, podemos afirmar que el individuo es capaz de utilizar razonamientos morales a la hora de determinar si una norma es válida o no. Asimismo, dado que Waluchow comprende que los requisitos de justicia propios de cualquier sistema jurídico (la pretensión de corrección en Alexy) debe ser colmada con elementos que se encuentran al interior del Derecho, podemos señalar que los argumentos que permiten justificar una acción de desacato a las Leyes deben ser buscados y encontrados al interior del sistema jurídico. Finalmente, la justificación ética de la desobediencia civil es justamente uno de aquellos casos donde Waluchow –y el resto de los representantes del positivismo incluyente– aceptarían la inclusión de contenidos morales al concepto de Derecho.

4.2. Segundo problema: la necesidad de un criterio objetivo para determinar cuáles conductas de desacato se encuentran justificadas por la desobediencia civil

Otros de los beneficios de adoptar el concepto de Derecho a la luz del Positivismo Incluyente, es el argumento de esta teoría que sostiene la existencia de criterios objetivos

¹⁹ WALUCHOW, Wilfrid J. *El positivismo jurídico incluyente*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2007. p. 127.

al interior de la argumentación moral. Si bien, es cierto que esta teoría comparte la tesis de discreción judicial Dworkiana, además introduce criterios de corrección moral encargados de velar por la certeza y equidad de las decisiones judiciales. Sin embargo, cuando se hace referencia a la objetividad moral, en ningún caso se está apelando a una teoría absolutista capaz de obligar a los ciudadanos a creer en una única concepción natural de lo correcto. Por el contrario, esta teoría apela a una objetividad abierta, en el sentido de desplegar espacios de tolerancia y reconocimiento a la diversidad de modos de vida en las sociedades modernas caracterizadas por el pluralismo.

En suma, podemos señalar que la problemática de aceptar una teoría incluyente entre el Derecho y moral, se reduce a la cuestión de determinar si las pretensiones subjetivas propias de la normatividad moral, pueden ser eficazmente reducidas a criterios objetivos, de modo tal que permita al individuo determinar con precisión los márgenes de acción permitidos –para el caso en estudio: las conductas que se encuentran justificadas en la desobediencia civil. En otras palabras, la pregunta que se debe responder es *¿Existe una fundamentación racional de las normas con un importante contenido moral?* La tesis del Positivismo Incluyente nos demuestra que sí es posible reducir el contenido moral de las reglas a criterios objetivos, sin embargo reconocer una reducción absoluta sería un despropósito y contradeciría la lógica de los sistemas normativos morales. Por ende, proponemos que la reducción a criterios objetivos sólo puede darse hasta el núcleo esencial del sistema moral que pretendemos reducir, en otras palabras, es posible llegar a un acuerdo general pero delimitado respecto de lo que debemos entender por el contenido moral del Derecho. Del mismo modo lo entiende Rawls, cuando señala que existe un contenido mínimo de justicia compartido por la comunidad, el cual se traduce en el principio de justicia. Ahora bien ¿Cuál será ese criterio objetivo que nos permita delimitar cuando hemos alcanzado el núcleo del cual hablábamos? Sostenemos que dicho criterio objetivo no es otro que la dignidad humana. En efecto, este concepto nos permite llegar hasta argumentos racionalmente accesibles que permiten comprender la extensión y alcance de los parámetros morales objetivos introducido en el Derecho. La dignidad humana, nos permite asumir una actitud imparcial –alejada de cuestiones religiosas, metafísicas o políticas–, por lo tanto ha de ser considerada como una razón factible de ser recorrida y comprendida por todos aquellos que desean argumentar en este sentido.

5. CONCLUSIÓN

Luego de demostrar que existen buenas razones para negar la existencia de una obligación *prima facie* de obedecer al Derecho, sostenemos que el deber moral de desobedecer al Derecho es una cuestión que se mueve en plano deontológico y por ende, cualquier justificación a su favor debe reconocer la individualidad, personalidad y capacidad del hombre.

La sujeción del súbdito a las decisiones de la autoridad es una materia moralmente seria y su defensa, por tanto requiere de argumentos moralmente poderosos, éstos se encuentran en la justificación ética de la desobediencia al Derecho. En primer lugar, respecto de la justificación a nivel individual, recogiendo la teoría hartiana, se ha de concluir que el aspecto volitivo de adhesión a las normas del sistema es siempre necesario para mantener un sistema jurídico estable. De este modo, solo el sistema que reconozca en el individuo la capacidad de reflexionar frente a la norma, reconocerá también los principios kantianos de libertad y autodeterminación del individuo. Un segundo nivel de justificación es social se encuentra definido por la introducción que realiza Alexy de la pretensión de corrección en todo sistema jurídico. Sin perjuicio de lo anterior, al ser una mera pretensión, no se puede negar la existencia de Leyes injustas en sistemas amparados bajo una Constitución justa. Frente a esta injusticia el Estado debe reconocer el Derecho de los ciudadanos a desobedecer la Ley con el objeto de dar cumplimiento al estándar de justicia democrática: tratar a los individuos como personas, no como súbditos.

A fin de acercar este concepto a un entendimiento más práctico, sostenemos que el concepto de desobediencia civil en Rawls, satisface de igual manera no sólo los elementos morales que nos permiten hablar de una justificación ética de la desobediencia al Derecho, sino además cumple con todos los elementos que han de componer la acción.

Por último, el problema fundamental de la justificación ética de la desobediencia civil es determinar de qué manera esta justificación puede ser incluida en un concepto de Derecho moderno. Proponemos que la teoría Positivista Incluyente es la que satisface de mejor forma esta pretensión. Ésta señala que en determinadas ocasiones puede suceder que las normas jurídicas incorporen conceptos morales y/o requieren de argumentación moral para ser sustentada. Así, la justificación de la desobediencia civil se representa como uno de estos casos. Un segundo problema es encontrar un criterio objetivo moral que entregue certeza y seguridad al sistema jurídico que justifica la desobediencia civil, lo cual, se soluciona con el argumento del Positivismo Jurídico Incluyente, el cual señala que las pretensiones subjetivas propias de la normatividad moral, pueden ser eficazmente reducidas a criterios objetivos, de modo tal, que permita al individuo determinar con precisión los márgenes de acción permitidos. Frente a ello, sostenemos que es justamente el concepto de dignidad humana el criterio que nos permite llegar hasta argumentos racionalmente accesibles que permiten comprender la extensión y alcance de los parámetros morales objetivos introducido en el Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. Sobre las Relaciones Necesarias Entre el Derecho y la Moral. En: VÁSQUEZ, Rodolfo (comp.). *Derecho y Moral. Ensayos Sobre un Debate Contemporáneo*. España:

Editorial Gedisa, 1998, pp. 115-137.

ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

ATRIA, Fernando. “La Ironía del Positivismo Jurídico”, en: *Doxa. Cuadernos de la Filosofía del Derecho*, n° 27, 2004, pp. 81-139.

BOBBIO, Norberto. *El Problema del Positivismo Jurídico*. España: Editorial Universitaria, 2004.

COHEN, Marshall. “Liberalism and Disobedience”, en *Philosophy & Public Affairs*. <En línea>, Princeton University Press, vol. 1, n° 3, 1972, pp. 283-314 [Citado 2 enero 2014] Disponible en la World Wide Web: <<http://www.jstor.org/stable/2265054>>.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona, España: Editorial Ariel, 2002.

DWORKIN, Ronald. “Civil Disobedience: The Case against Prosecution”, en: *The New York Review of Books*, vol. 10, n° 2, 1968.

FALCÓN Y TELLA, María José. *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid, España: Servicio de Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, 2001.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Derecho y Moral. En: VÁSQUEZ, Rodolfo (comp.). *Derecho y Moral. Ensayos Sobre un Debate Contemporáneo*. España: Editorial Gedisa, 1998, pp. 19-55.

GEWIRTH, Alan. Political Justice. En: BRANDT, Richard (ed.). *Social Justice*. Nueva Jersey, Estados Unidos: Prentice Hall Inc., 1962, pp. 12-168.

HALL, Robert. “Legal Toleration of Civil Disobedience”, en *Chicago Journals (Ethics)*. <En línea>, The University of Chicago Press, vol. 81, n° 2, 1971, pp. 128-142. [Citado 2 enero 2014] Disponible en la World Wide Web: <<http://www.jstor.org/stable/2379833>>.

HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Alfredo Perrot, 1968.

MCCORMICK, Neil. The Separation of Law and Morals. En: ROBERT, George (ed.). *Natural Law Theory. Contemporary Essays*. Gran Bretaña: Oxford University Press, 1994, pp. 105-133.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. Rawls y la Filosofía Política de Kant. En: SQUELLA NARDUCI, Agustín (ed.). *Filosofía y Política en Rawls*. Valparaíso, Chile: Editorial Edeval, 2007, pp. 461-397.

PLATÓN. *Diálogos*. México D.F, México: Editorial Parria, 1966.

POWER, Paul. “On Civil Disobedience on Recent American Thought”, en *The American Political Science Review*. <En línea> American Political Science Association, vol. 64, n° 1, 1970, pp. 35-47 [Citado 2 enero 2014] Disponible en la World Wide Web: <<http://www.jstor.org/stable/1955611>>.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo Cultura Económica, 1997.

RAZ, Joseph. Autoridad, Derecho y Moral. En: RAZ, Joseph (comp.). *La Ética en el Ámbito de lo Público*. Barcelona, España: Editorial Gedisa, 2001, pp. 227-257.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín. ¿Obligación Moral de Obedecer al Derecho? Rawls y la Desobediencia Civil. En: SQUELLA NARDUCI, Agustín (ed.). *Filosofía y Política en Rawls*. Valparaíso, Chile: Editorial Edeval, 2007, pp. 381-393.

SMITH, M.B.E. ¿Hay una Obligación Prima Facie de Obedecer al Derecho? En: BETEGÓN, Jerónimo (comp.) y DE PÁRAMO, Juan (comp.). *Derecho y Moral. Ensayos Analíticos*. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1990, pp. 183-203.

THOUREAU, Henry David. *El Deber de la Desobediencia Civil*. Medellín, Colombia: Editorial Pi, noviembre 2008.

VILAJOSANA, Josep. *Identificación y Justificación del Derecho*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2007.

WALUCHOW, Wilfrid J. *El Positivismo Jurídico Incluyente*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2007.

WELLMAN, Christopher y SIMMONS, John. *Is There a Duty To Obey The Law?* Nueva York, Estados Unidos: Cambridge University Press, 2005.

ZALAQUETT, José. La Desobediencia Civil en John Rawls y la Ética de Medidas de Excepción y de Medidas Extremas. En: SQUELLA NARDUCI, Agustín (ed.). *Filosofía y Política en Rawls*. Valparaíso, Chile: Editorial Edeval, 2007, pp. 355-377.

ZINN, Howard. *The Zinn Reader: Writing on Disobedience and Democracy*. Estados Unidos: Seven Story Press, 1992.