

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1985

SOCIOS DE LA SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

Jorge Acevedo, Enrique Aimone, Miguel Luis Amunátegui, Andrés Aninat, Enrique Barros, Aníbal Bascuñán (Socio honorario), Antonio Bascuñán, Norberto Bobbio (Socio honorario), Susana Bontá, Ismael Bustos, Crisólogo Bustos, Héctor Carvalho, José Luis Cea, Mario Cerda, Sergio Contardo, Marcelo Contreras, Jorge Correa, Andrés Cúneo, Manuel de Rivacoba, Gabriel del Favero, Crescente Donoso, Percy Ecclefield, Jesús Escandón, Roberto Escobar, Mario Fernández, Ricardo Ferrada, Edmundo Fuenzalida, Hugo Frühling, Pedro Gandolfo, Joaquín García-Huidobro, Abel González, Felipe González, Luis Rafael Hernández, Jorge Iván Hubner, Gonzalo Ibáñez, Hernán Larraín, Carlos León, Manuel Manson, Kurt Mardorf, Máximo Pacheco, Antonio Pedrals, Fernando Quintana, Nelson Reyes, Pablo Ruiz-Tagle, Jaime Sepúlveda, Juan Enrique Serra, Agustín Squella, Hugo Tagle, Humberto Torres, José Ugarte, Fernando Valenzuela, Aldo Valle, Carlos Verdugo, Jaime Williams, Rafael Yuseff y Hugo Zepeda.

FILOSOFIA DERECHO Y SOCIEDAD



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO 1985

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral y Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual
bajo el número 64.635.

Diseño gráfico: Allan Browne E.
Impreso en
EDEVAL

Errázuriz esquina de Freire, Valparaíso.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1985

FILOSOFIA
DERECHO Y
SOCIEDAD

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

1985

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1985 - 1987)

Antonio Bascuñán Valdés, Mario Cerda Medina, Jorge
Correa Sutil, Gonzalo Ibáñez Santa María, Fernando
Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Juan Enrique
Serra Heisse, Agustín Squella Narducci y Jaime Wi-
lliams Benavente.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V,
Valparaíso.

I

EN MEMORIA DE
JORGE MILLAS *

* El día 11 de abril de 1985 tuvo lugar, en la ciudad de Santiago, el acto de entrega del "Anuario de Filosofía Jurídica y Social" N° 2, correspondiente a 1984, y titulado *Estudios en memoria de Jorge Millas*. Se incluye a continuación el discurso que el Presidente de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Agustín Squella, pronunció en dicho acto, como también el texto de la disertación del Profesor Juan Enrique Serra, acerca de la persona y la obra de Jorge Millas.

V
RECENSIONES

Recomiendo iniciar la lectura del volumen a través del anejo "Filosofía y Ética", ya que sus esclarecedores párrafos nos ubican rápida y eficazmente en el núcleo del magnánimo espíritu de Francisco Soler.

Jorge Acevedo *

* Profesor de Filosofía Contemporánea en la Facultad de Filosofía, Humanidades y Educación de la Universidad de Chile.

ALEKSANDER PECZENIK: *The basis of legal justification*. Lund: s/mención ed., 1983, 218 páginas.

La obra comentada constituye una versión ampliada del reciente libro de Peczenik *Grundlagen der juristischen Argumentation* (Viena-N. York; Springer Verlag; 1983). En ambos trabajos, ofrece una culminación sistemática de trabajos ampliamente conocidos por el lector especializado. Desde *Essays in legal theory* —prologado por Alf Ross— (1970) y *Causes and damages* —tratado dogmático de derecho civil— (1979) hasta sus varias decenas de ensayos en temas de teoría de la argumentación, lógica y teoría general, la obra de Peczenik ha ido cobrando una estructuración sistemática que preanunciaba un trabajo como el comentado, organizado bajo la forma de tratado y dirigido a una visión integral de los problemas de la justificación en la teoría jurídica contemporánea. El propio autor sugiere la eventual conveniencia de un título aún más descriptivo como el de "justificación de la justificación jurídica", o bien "justificación profunda de una justificación jurídica contextualmente suficiente", denominaciones todas de un trabajo no solamente descriptivo sino, sobre todo, acentuadamente programático, desarrollado en el doble nivel del análisis conceptual y la sociología descriptiva.

El punto de partida es, precisamente, una delimitación conceptual destinada a proporcionar una noción amplia del objeto de estudio. Por "justificación" entiende Peczenik "proporcionar razones suficientes para una conclusión". Esas "razones" pueden ser halladas ya sea dentro del marco del razonamiento jurídico como fuera del mismo. En el primer caso, proporcionan el tipo de justificación que denomina "justificación jurídica contextualmente suficiente" que constituye el centro de atención de la obra. En el segundo, ofrecen tanto la justificación "profunda" o fundamental, que proporciona soporte o en su caso crítica a aquellas premisas que el jurista tiene por garantizadas, como otros tipos de justificación como sería por ejemplo, la histórica.

Las relaciones posibles entre estos diversos niveles de justificación sugieren a Peczenik los argumentos centrales de su investigación. Sus tesis de partida serían las siguientes: a) la justificación jurídica contextualmente suficiente es en parte similar y en parte diferente a la justificación científica; b) las dificultades propias de una justificación profunda de la "justificación jurídica contextualmente suficiente" obedecen principalmente al hecho de que las inferencias no deductivas juegan un papel central, significativamente más importante que en otros ámbitos, de la justificación científica; c) esta presencia inusual de inferencias no

deductivas responde a su vez a que las formas de justificación jurídica contextualmente suficiente resultan siempre de un compromiso entre, por un lado, descripción de las fuentes de derecho y, por otro, adaptación creativa a las valoraciones que constantemente genera el autor del razonamiento; d) en tanto que la descripción de las fuentes es susceptible de una justificación profunda por la vía de las teorías ordinarias y en función de la idea regulativa de verdad, en el caso de las adaptaciones creativas, la justificación profunda es posible bajo el modo de las teorías morales normativas y en función de la idea regulativa de corrección práctica. En última instancia, el compromiso entre descripción y valoración está "justificado" si es "racional" y "aceptable" y esto último estará condicionado finalmente por las formas de vida en el seno de las cuales se opera la argumentación.

El primer capítulo del libro va destinado precisamente a la formulación de una teoría general de las "transformaciones" o "saltos", expresiones con las que Peczenik ha venido denominando a las inferencias no deductivas, a partir de su conocido artículo *Non-equivalent transformations and the law* (en *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979). Por transformaciones en el derecho entiende Peczenik los procedimientos lógicos tendientes a asignar validez jurídica a un sistema de normas como tal, o sea, a determinar la juridicidad *externa* de un sistema. En otros términos, serían las transformaciones del conocimiento acerca de un orden social determinado en conocimiento acerca del derecho válido.

Por transformaciones *dentro* del derecho entiende, en cambio, aquellas inferencias no deductivas dirigidas a establecer la juridicidad interna de una norma, en función de su pertenencia a un determinado sistema de normas. Casos típicos de este tipo de transformaciones serían aquellos pasos no deductivos del razonamiento destinados a constituir fuentes del derecho.—ej. derivación del carácter de fuente de un precedente a partir de la constitución—, o a constituir normas generales o normas individuales. En éste el campo de la interpretación de la decisión judicial y, en general, del razonamiento jurídico, en el que las inferencias no deductivas aseguran una "justificación jurídica contextualmente suficiente" a las operaciones de identificación de las fuentes, de ulterior aplicación de las mismas y, genéricamente, a las adaptaciones entre fuentes jurídicas y valoraciones morales, entre las razones teóricas y las razones prácticas que toda aplicación suscita. El propósito de esta teoría de las transformaciones en el derecho es, en la concepción de Peczenik, el de dar cuenta de procedimientos centrales en el razonamiento jurídico, que de otro modo podrían ser calificados de a-lógicos y aun irracionales. Estos procedimientos son a su juicio racionales y, en el fondo, se encuentran vinculados a formas de vida. Ello hace posible su justificación, aun cuando quede pendiente la problemática de orden metodológico ulterior, relativa a los modos como se operan esas justificaciones. De este modo, una teoría de las transformaciones abre la vía para que la teoría de la justificación supere las insuficiencias de las teorías tradi-

cionales de la validez. En este sentido, el libro de Peczenik es un buen exponente del enfoque analítico que tiende a cuestionar de modo radical las construcciones hasta no hace mucho hegemónicas en este punto (Kelsen, Hart, Ross), aunque en este caso específico la intención constructiva y sistematizadora deja en segundo plano cualquier énfasis crítico.

El problema de la justificación profunda de la "justificación jurídica contextualmente suficiente" lleva a Peczenik a una revisión general del debate actual en torno a la racionalidad científica y sus vinculaciones con los tipos específicos de racionalidad en el discurso jurídico. En este sentido, piensa que la racionalidad mínima de una conclusión jurídica depende siempre de una combinación entre *consistencia* lógica, *generalidad*—posibilidad de expresión general de las descripciones y valoraciones implicadas en la decisión— y *sopORTE* argumental—coherencia— a través de razones derivadas tanto de fuentes jurídicas como morales. Los criterios al respecto no pueden ser establecidos de un modo preciso: se encuentran de cierto modo embebidos en nuestra forma de vida. Desde esta perspectiva, la idea de coherencia remite a una forma trascendental de justificación que rompe la circularidad implícita en aquel tipo de respuesta al problema de la racionalidad formulada en términos que remiten a una definición previa de criterios de la racionalidad.

De esta forma, entiende Peczenik fundar la posibilidad de justificación profunda de los tipos de razonamiento mixto o cuasi cognitivo implicados en las transformaciones, sin necesidad de recurrir a un concepto "ontológico" de verdad. Afirma en tal sentido que para lograr los fines de su acciones, quien actúa tiene de algún modo ante sí la posibilidad de una "corrección" o "verdad práctica". Es decir que "presupone que su acción es en *algún* sentido (moral, legal, hedónico, utilitario, etc.) mejor que su ausencia, que es, en algún sentido, verdadera" (pág. 94). Las normas serían verdaderas o falsas no en un sentido "ontológico"—que presupondría que "afuera" existe algo real a lo cual una proposición verdadera corresponde—, sino en un sentido "lógico formal" derivado de su valor positivo en el marco de un cálculo semántico-formal.

Paralela a esta vía de desarrollo de la cuestión de la racionalidad cabe plantear la de sus límites. En este sentido, Peczenik, revela su inserción clara aunque no incondicional en el marco intelectual de la segunda filosofía de Wittgenstein. La justificación profunda del razonamiento jurídico implica una referencia no sólo a la racionalidad, sino también a un conjunto más rico de convicciones e imperativos que una cultura determinada tiene por ciertos y garantizados. Si la racionalidad implica búsqueda de razones, esta operación no se extiende, sin embargo, hasta el infinito. El último paso, el último marco de referencia, será una "forma de vida". Las nociones de "consenso" y "auditorio", que Peczenik comparte con los trabajos de A. Aarnio y R. Alexy, deben interpretarse dentro de estas coordenadas filosóficas. A su juicio, las transformaciones en el razonamiento jurídico resultan contextualmente jus-

tificables en el marco de una *ideología jurídica*, entendida como parte especializada de una tradición cultural y de una forma de vida. El límite de la racionalidad está en la propia idea de coherencia, y en su dependencia forzosa de una forma de vida social, entendida a su vez como un todo en el que se fraguan los compromisos entre valores individuales —ej.: utilidad, justicia— y transpersonales —ej.: progreso cultural—, entre "buenas razones" diversas e irreducibles a esquemas fijos de jerarquización. La perspectiva de Peczenik reconoce un fondo tradicional. Bajo su traducción de la noción de "forma de vida" el plano del razonamiento jurídico se adivinan los perfiles de la vieja idea de las premisas supuestas propias de la construcción clásica del entimema.

La proyección de esta naturaleza cuasi-cognitiva del razonamiento jurídico al terreno estricto de la dogmática jurídica da ocasión a Peczenik para una reflexión en torno a los problemas del progreso científico y, particularmente, de la aplicación a la investigación jurídica de categorías provenientes de la filosofía de la ciencia.

En este punto, es particularmente destacable el análisis del problema de los paradigmas en la dogmática jurídica. A través de un análisis de la viabilidad de los esquemas conceptuales del induccionismo, de Popper, Lakatos, Sneed y Kuhn, Peczenik subraya el valor de la metodología de los paradigmas para el análisis de la dogmática jurídica. En primer lugar en función de su capacidad para dar cuenta de la existencia de límites a la racionalidad jurídica, derivados del reconocimiento de ciertas instancias que se dan por garantizadas, más allá de la crítica y de cualquier demanda justificadora; en segundo lugar, por las perspectivas que ofrecen a un análisis del problema del cambio en la comunidad científica de los juristas, especialmente a través de la noción de inconmensurabilidad de las teorías.

En un diálogo vivo con las tendencias principales del análisis filosófico actual, la obra de Peczenik es al mismo tiempo testimonio de un tipo de investigación con bases estrictamente jurídicas a la búsqueda de claves filosóficas para una comprensión cabal de aquellos problemas que, como el de la justificación, carecen de respuesta satisfactoria en el plano puramente dogmático. Reflejo de una actitud sintetizadora y abierta a la integración pluralista de perspectivas diversas que tiende felizmente a predominar, el libro de Peczenik es reflejo de un momento de maduración de la teoría jurídica en el que al acento fragmentario y predominantemente crítico parece suceder otra fase de elaboración sistemática y creación constructiva.

Enrique Zuleta Puceiro *

* De la Universidad de Buenos Aires.

LUIGI LOMBARDI VALLAURI: *Corso di filosofia del diritto*. Padua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1981, 648 págs.

La circunstancia de que esta entrega del "Anuario" posibilite comentarios de bibliografía reciente no estrictamente "recién aparecida" anima por varios motivos a dar cuenta de la publicación en 1981 de este *Corso*. En sucesivas ediciones de 1978 y 1979, Lombardi Vallauri había adelantado sus partes I y II —págs. 1 a 488 en la presente edición— ofreciendo ya entonces una obra de originalidad y valor poco frecuentes. Contra una corriente ampliamente generalizada en la literatura filosófico-jurídica, tendiente a desechar el modelo del "tratado" o el "curso", la obra implicaba un retorno a esa tradición expositiva, nutrido, sin embargo, de intenciones de renovación sustancial. Los temas clásicos de la tratadística filosófico-jurídica de inspiración neo-kantiana —en la que siguen figurando como exponentes más significativos los permanentemente reeditados manuales de Radbruch y Del Vecchio— se ven así reformulados y traducidos a un nuevo esquema "funcionalmente" adaptado a una tesis programática central: para Lombardi la actividad del jurista es, ante todo, vocación humana y política integral, abierta al empeño y al testimonio de un mundo más digno del hombre. La afirmación de un espacio de libertad responsable para el jurista y para la ciencia del derecho no es para él una expresión de deseos o una reivindicación corporativa: es la constatación y reconocimiento de un espacio objetivo, técnicamente insoslayable.

En función de esta tesis central, Lombardi Vallauri procede a una reestructuración de la estructura del discurso filosófico-jurídico tradicional, tendiente a hacer posible una nueva justificación del mismo sin dejar por ello de afrontar lo que no vacila en denominar "temas o *topoi* clásicos de la disciplina" (pág. 4). De este modo, los temas propios de la metodología jurídica descriptiva —teoría de las lagunas, de las antinomias, teoría de la interpretación y lógica jurídica— son objeto de un primer capítulo, referido al problema de los "presupuestos de la politicidad de la ciencia jurídica", en el que se analizan críticamente los factores indicativos de la insuficiencia de la lógica aplicada a la ley. A su vez, los temas que serían propios de una teoría general del derecho —concepto del derecho, teoría de los tipos de existencia jurídica y teoría de las fuentes— son reconsiderados a la luz de un análisis de las insuficiencias de la lógica aplicada ya concretamente al *derecho positivo* y de un análisis crítico del panorama de las teorías acerca de la esencia y existencia del derecho. Los problemas propiamente filosófico-jurídicos —ontológicos y aun teológicos— se plantean, a su vez, como cues-