

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1988

LECTURAS DE FILOSOFIA
JURIDICA CHILENA
DEL SIGLO XX



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

1988

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL N° 6
1 9 8 8

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, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual
bajo el número 72.199

Diseño Gráfico: Alland Browne E.
Impreso en
EDEVAL

Etrázutiz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1988

LECTURAS DE FILOSOFIA
JURIDICA CHILENA
DEL SIGLO XX

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1987 - 1989)

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 Williams 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.

PRESENTACION

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 6, correspondiente a 1988, y que sigue a los números anteriores que han venido publicándose desde 1983.

A este N° 6 se le ha dado el título de *Lecturas de Filosofía Jurídica Chilena del Siglo XX*, en atención a que una de las secciones o partes en que aparece dividido, bajo el título a su vez de "La Filosofía Jurídica Chilena en la Primera Mitad del Siglo XX", reproduce una selección de textos, hecha por Manuel Manson Terrazas, de autores que han contribuido en Chile a la filosofía jurídica y social durante los primeros cincuenta años del siglo en curso. En cuanto al criterio empleado por el antologista para la selección de estos textos, el lector puede remitirse a lo que Manuel Manson expresa en la "Presentación" de su antología. Por otra parte, una segunda selección de lecturas similares, también correspondientes a la primera mitad del siglo XX, se publicará el año próximo en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 7.

En la sección *Estudios* de este Anuario se publican diversos trabajos inéditos de interés, en tanto que en la parte llamada *Debate* se incluye un artículo de Manuel Manson, en el que este autor critica algunos planteamientos formulados por Alfonso Gómez-Lobo, en su trabajo sobre "Derecho natural: un análisis contemporáneo de sus fundamentos", que fue publicado en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 3, de 1985.

La tercera sección, titulada *Lectura*, reproduce el trabajo "El Derecho", de Antonio Hernández Gil, con el que se inicia el primer tomo de las obras completas de este autor, que se están publicando desde 1987 por Espasa-Calpe, en Madrid.

La parte llamada *In Memoriam* reproduce necrologías sobre Aníbal Bascuñán, Carlos León, Carlos Cossío, Theodor Viehweg y Michel Villey, cuyos decesos hemos tenido que lamentar en el último tiempo.

El volumen concluye con una parte reservada a *Recensiones*

RECENSIONES

mo se sabe, es en la *Summa* donde se encuentra lo fundamental de la reflexión tomista sobre la cuestión de la ley natural. Cabe pensar que la importancia del tema, la originalidad de algunos alcances de Tomás y la atención que ha merecido en los últimos años, justificarían un lugar para dicho tema en estas valiosas lecturas introductorias a la filosofía de Tomás de Aquino.

JOAQUIN GARCIA-HUIDOBRO *

* Profesor de la Universidad de Valparaíso.

ROBERTO MAYORGA LORCA: *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Naturaleza Jurídica*, colección Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 6, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, prólogo del Profesor Francisco Cumplido, Santiago, 1988, 210 páginas.

El tema de los derechos humanos, me parece, puede ser dividido en dos grandes zonas: una, la de sus especies; otra, la de sus problemas.

En lo que dice relación con lo primero —o sea, en lo que dice relación con la zona de las especies— los derechos humanos se clasifican en dos, básicamente: los derechos civiles y políticos, por un lado; los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro. Los primeros ponen —o pretenden poner— límites a la dimensión represiva del Estado, o sea, pretenden liberarnos de la tiranía; los segundos, dirigen —o pretenden dirigir— la dimensión promocional del Estado, o sea, pretenden liberarnos de la pobreza. Ni el primer tipo de derechos supone al otro, ni el segundo tipo supone al primero, es decir, se puede ser pobre y no estar sometido a la tiranía y, viceversa, se puede estar sometido a la tiranía y no ser pobre, en fin, se puede ser, a la vez, pobre y oprimido o, incluso, pero esto es más improbable, se puede ser libre y, a la vez, estar satisfecho. Hasta aquí la zona de las especies; vayamos, ahora, a la zona de los problemas.

La reflexión acerca de los derechos humanos, ha de encarar, al menos, cuatro grandes problemas: primero, el de determinar cuáles son, en efecto, aquel conjunto de derechos que, en mérito a su especial valía, merecen ser llamados 'humanos' o, como a veces se prefiere, 'fundamentales'; segundo, el de establecer cómo es posible justificar aquel repertorio a través de métodos racionales dotados de validez intersubjetiva; tercero, el de establecer si son, en efecto, vigentes los dichos derechos y, en caso de una respuesta negativa, establecer bajo qué condiciones podrían llegar a serlo. Hay, todavía, un cuarto problema que, aunque menos discutido por modo explícito, resulta igualmente relevante, el de establecer en qué condiciones resulta justificada la violación o —para

usar una palabra de matices más neutros— la infracción de los dichos derechos.

El primero, es un problema ético (¿qué derechos deben ser enunciados como fundamentales?); el segundo, es un problema metaético (¿en mérito a qué procedimientos racionales e intersubjetivos esos enunciados resultan válidos?); el tercero, es un problema empírico (¿en qué condiciones son, en efecto, vigentes los tales derechos y en cuáles, en cambio, no?); el cuarto, en fin, es ético de nuevo y mira al carácter de obligatoriedad *prima facie* de esos derechos (¿cuáles son las excusas que hacen admisible el abandono de esa obligatoriedad *prima facie*?).

La obra del Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, publicada bajo los auspicios de esa misma facultad, D. Roberto Mayorga Lorca, se ocupa de una especie de derechos humanos, en particular, de los llamados “derechos económicos, sociales y culturales”, y, enfrente de ellos, encara los dos primeros problemas de los cuatro que arriba se dejaron señalados, a saber, encara el problema de cuáles son los derechos económicos, sociales y culturales y el problema de cuál es su fundamento racional.

Al primer problema —esto es, al problema de la identificación de los dichos derechos— dedica el Profesor Mayorga los capítulos segundo, tercero y cuarto de su obra, capítulos esos que, según su propia caracterización, son “descriptivos”. Al segundo problema, a su turno, —esto es, al problema de cuál es la fundamentación de esos derechos— dedica el capítulo quinto y final de la misma obra el que, según su propio decir, constituye ya no un apartado “descriptivo”, sino, en cambio, un apartado “analítico”.

El capítulo primero, por su parte, se halla dedicado a situar el problema y a avistar el conjunto de cuestiones que el mismo deja planteadas.

Comienza el Profesor Mayorga por suscribir, enfrente del fenómeno jurídico, una concepción tridimensional del mismo, según la cual el Derecho posee, al menos, tres fases, aspectos o dimensiones que, enlazadas unas con otras, lo constituyen: una dimensión axiológica o estimativa, otra fáctica y una tercera, en fin, normativa, dimensiones esas que, si bien pueden comparecer con diversos niveles de énfasis en la atención intelectual, no han, em-

pero, de excluirse mutuamente, en el sentido que la atención prestada a una de ellas lleve a olvidar las otras dos.

Por lo mismo —y no obstante el énfasis normativo que su trabajo posee— el Profesor Mayorga no deja de advertir que en el citado tema comparecen, en conjunto con el jurídico-normativo, al menos otros dos problemas: primero, el de la eficacia de los derechos humanos en su dimensión económica y social; segundo, el de la relación entre economía y derecho, entendidas estas dos como disciplinas.

Por virtud del primero, el asunto de los derechos económicos y sociales se vincula con el Estado Promocional (por oposición al Estado puramente represivo) y con la problemática del subdesarrollo; por virtud del segundo, esta vez, esos derechos se vuelven vinculantes para la economía, en la medida que ésta debe poseerlos no sólo como meta a alcanzar, sino también como directivas a respetar en la elección de las diversas vías para alcanzar esa meta, con lo cual, me parece a mí, el Profesor Mayorga reclama para el Derecho no una pura función instrumental puesta al servicio de la previsión y el cálculo económicos, sino, cosa distinta, una función modeladora de los mismos, en la medida que si bien la economía parece estar mejor dispuesta a responder la pregunta acerca de qué es lo que *podemos* hacer, es, en cambio, el Derecho, el que parece estar mejor dispuesto para responder la pregunta acerca de qué es lo que *debemos* hacer, siempre que, claro está, la expresión ‘Derecho’ la entendamos no en una pura modalidad descriptiva, sino también, como es el caso del lenguaje de los derechos humanos, en una modalidad, a la vez, normativa y legitimadora.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico-normativo, ahora, los derechos económico-sociales, advierte el Profesor Mayorga, dejan planteados al menos dos problemas relevantes: por un lado, el de la distancia que media entre el reconocimiento de los tales derechos y su garantía (que el Profesor Mayorga, cogiendo la terminología alemana, llamará el problema de la “justiciabilidad”); por otro lado, el problema de su fundamentación (que el Profesor Mayorga llamará el problema de la “conceptualización”). La opinión del Profesor Mayorga, desenvuelta a lo largo del texto, es que los dos problemas se hallan estrechamente relacionados, en

el sentido que, a su juicio, al no responderse el segundo, se ha hecho dificultosa la resolución del primero: “al carecerse de una conceptualización generalmente aceptada —expresa el autor— surgen las más controvertidas interpretaciones acerca de cómo concebir y garantizar estos derechos al interior de las legislaciones nacionales”.

Esos dos problemas —a saber, el de la “justiciabilidad” y el de la “conceptualización” de los derechos económicos, sociales y culturales— son los que se entrecruzan permanentemente en el texto del Profesor Mayorga. De ellos, interesa detenerse particularmente en el último.

Al comenzar esta nota, dije que de los cuatro problemas que los derechos humanos ofrecen a la reflexión, el autor se ocupaba por modo predominante, aunque no exclusivo, de los primeros dos, o sea, del problema de determinar cuáles eran los dichos derechos (para lo cual el autor echa mano del test empírico de su positivización como tales en los instrumentos internacionales), y del problema de establecer cuál era su fundamento, o sea, del problema de determinar por virtud de qué son debidos esos derechos.

Ahora bien, como el criterio de identificación de los derechos que en el texto se emplea, es el de su reconocimiento en instrumentos internacionales, el problema del fundamento de esos mismos derechos queda planteado —aunque no necesariamente resuelto— de un modo restrictivo. Así, la pregunta que en torno al fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales, el Profesor Mayorga se plantea es ¿por virtud de qué esos derechos han merecido reconocimiento?, y no, en cambio, la pregunta más general, ¿por virtud de qué fundamentos ciertos derechos merecen ser reconocidos y amparados, aunque, *en el hecho*, no haya ocurrido ni lo uno ni lo otro? Se trata, como se advierte, de preguntas distintas, que, justo por eso, pueden poseer respuestas también distintas.

Con todo, creo que el Profesor Mayorga planteando la primera pregunta resuelve, en rigor, la segunda. Y lo hace de un modo que me parece necesario consignar aquí. Creo no traicionar su opinión si la interpreto en el sentido de que, para él, los derechos económico-sociales son derechos naturales; aunque lo son no

en un sentido metafísico, sino en un sentido que deseo llamar descriptivo.

En efecto, a juicio del Profesor Mayorga, los dichos derechos establecen como debido aquello que es necesario para satisfacer necesidades básicas, las que, a su turno, él vincula con la necesidad de autorrealización que Maslow, desde la psicología, ha auscultado en la naturaleza humana. Por lo mismo, la fundamentación postulada por el Profesor Mayorga, es, a la vez, empírica y normativa. Los derechos económicos, sociales y culturales, son debidos si se satisfacen al menos dos enunciados: uno empírico (a saber, que hay una naturaleza humana y que ella posee una pulsión a autorrealizarse); otro normativo (a saber, que poseyendo yo la dicha pulsión y suponiendo que los demás también la posean, debemos, todos en conjunto, arbitrar las condiciones para que ella se actualice). Si el primer enunciado puede ser discutido con arreglo a métodos empíricos (al menos en principio), el segundo, en cambio, no: ¿por qué yo debo permitir que otros se autorrealicen? Me parece a mí que, de suscribirse el análisis del Profesor Mayorga, habría que proveer de una respuesta a esta última pregunta, la que, creo también, podría ser similar a la postulada por Hoerster en su ética del autointerés, o, incluso, similar a la establecida por Hart cuando este autor reclama un contenido mínimo para el derecho natural. Así, habría que decir que la respuesta a la pregunta de por qué las necesidades básicas de autorrealización han de ser satisfechas, se contiene en el contexto de la propia discusión, pues, como anotó alguna vez el filósofo oxoniano, “nos ocupamos de medidas sociales para una existencia continuada, no de reglas para un club de suicidas”.

El otro tema que, se señaló denantes, es objeto de reflexión en la obra, es el de la “justiciabilidad” de los derechos económicos, sociales y culturales. Se trata de un tema vinculado —aunque no estrictamente coincidente— con el problema de los ‘deberes positivos generales’ y, más que eso, se trata de un tema que posee una inmensa relevancia social y política. Sin “justiciabilidad” —al cabo, sin coercibilidad que los ampare— esos derechos equivalen fácilmente a esas esperanzas que, según Nietzsche, Zeus dejó a los hombres para que, así, “tuvieran que dejarse torturar siempre de nuevo”.

En suma, y a fin de cuentas, el texto del Profesor Mayorga resulta, en extremo, valioso, y ha de prestársele atención al menos, me parece a mí, por los tres siguientes motivos: primero, porque son pocos los textos sobre estos temas que se han producido al interior de la universidad chilena durante estos últimos años (producir estos textos, sobre estos temas, acarrea, hasta hace poco, "sospechas políticas" respecto de los partícipes de la empresa); segundo, porque el texto nos abre un conjunto de problemas relevantes y, creo yo, ausculta unas cuantas soluciones posibles clara y persuasivamente expuestas; tercero, porque nuestra época y nuestro medio se preocupó —creo yo excesivamente— del tercer y cuarto problema que, dijimos, dejaban planteados los derechos humanos (o sea, de los problemas de qué era necesario hacer para alcanzarlos y de cuáles eran las excusas para infringirlos), desatendiendo, en demasía, los otros dos. El gesto discursivo de esa preocupación excesiva han sido las ideologías del desarrollo.

Todas esas ideologías, en efecto, al compás de la modernidad y con arreglo a criterios técnicos de cálculo y previsión, intentan establecer el conjunto de condiciones estructurales necesarias para lograr la máxima coincidencia posible entre los valores socialmente deseados y el orden institucional: a esa coincidencia situada en el futuro de una historia linealmente concebida se le llamó "desarrollo". Así, el desarrollo —como meta y no como simple vía— ha pasado a ser —para usar una expresión de Octavio Paz— "el rostro sin facciones del futuro". De ahí, a la resolución del cuarto problema, ha habido sólo un paso: si la *explicación* de la no vigencia de esos derechos ha sido el subdesarrollo, la *razón justificativa* para infringirlos ha sido, con frecuencia, el propio desarrollo: el sacrificio de los derechos ha sido, de esa suerte, y sobre todo en nuestro medio, el "costo social" del desarrollo; la pena de una esperanza —muchas veces, demasiadas quizá— engañada. A que el engaño no se consume de nuevo puede contribuir, creo yo, el texto del Profesor Mayorga.

CARLOS PEÑA GONZALEZ *

* Profesor de Derecho Civil y de Introducción al Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

CARLOS IGNACIO MASSINI: *El Derecho, Los Derechos Humanos y el Valor del Derecho*, Ediciones Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.

En este libro el profesor Massini, de la Universidad de Mendoza, reúne una serie de ensayos sobre temas jurídicos redactados, según él mismo lo subraya en el prólogo a propósito de alguna polémica: "dentro del iusnaturalismo, con las opiniones del profesor de París, Michel Villey, o con la de autores como Jean Dabin, Jean-Marie Aubert, Francisco Puy y los ya clásicos Francisco Suárez y Domingo de Soto. Dentro del iuspositivismo, se discuten ciertas afirmaciones de Kelsen, Bobbio, Klüg y los ya también clásicos Hume y Moore..."

En la primera parte, *La Noción del Derecho*, el autor entra en debate especialmente con Villey a propósito de cuál sea la realidad que Santo Tomás de Aquino designa con el nombre de derecho. Para Villey, esa realidad es una "proporción en las cosas". En cambio, Massini sostiene que ella es la "conducta justa", esto es, la que se adecua a los títulos de la contraparte, el acreedor. Es muy posible que así sea, pero hay que tener en cuenta que de ninguna manera Villey formula su doctrina contra aquella que sostiene Massini. El esfuerzo del profesor Villey se ha dirigido constantemente contra las falacias que encierra la doctrina más en boga acerca de los derechos humanos, poniendo de relieve sus errores y sus inconsecuencias (ver, al respecto, entre otras obras, *Le Droit et les Droits de l'Homme*, París, P.U.F., 1983, comentada en la edición de 1985 de este Anuario). Por lo demás, el que el derecho sea una proporción en las cosas o la conducta justa puede sin duda tener importancia, pero no parece extraordinariamente aventurado afirmar que estas dos realidades son complementarias: la conducta justa es la que da al acreedor la proporción en las cosas que le corresponde.

Más útil hubiera sido averiguar qué grado de razón le asiste a Villey en su crítica a la noción corriente de los derechos humanos. Es una lástima que Massini, al tratar de ellos en la tercera parte de su obra, no haya abordado esta cuestión, que es la ver-