



"Cuando me matriculé en el Curso de Aníbal Bascuñán, amigos míos, de cursos superiores, me habían hablado maravillas de su erudición, de su estupenda capacidad expresiva y de la seriedad y novedad con que desempeñaba su cátedra" (*Alamiro De Avila Martel*).

"Las clases de Bascuñán constituían una novedad para nosotros. Su forma de hablar, su entusiasmo por incitarnos a investigar, los libros que traía en los que leía o traducía pasajes apropiados: todo contribuía a que nos sintiéramos verdaderamente universitarios" (*Manuel Salvat Monguillot*).

"Aníbal Bascuñán investía un aire doctoral indisimulado. En él resaltaban su pulcritud en el estar y en el vestir, su cuidado en el decir, su prudencia en el pensar, su decisión en el actuar. Hacía las cosas con convicción profunda y entusiasmada. Comunicaba su modo de ser, francamente, contagiándolo" (*Juan Enrique Serra*).

"Vocación docente, predilección por las tareas de investigación y esa íntima, fuerte, inconfundible y a la vez rara persuasión de que la Universidad constituye para sí un medio casi natural y por tanto irremplazable de trabajo: he ahí, pienso, tres constantes de la vida académica de Aníbal Bascuñán" (*Agustín Squella*).

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 1989

### ESTUDIOS EN MEMORIA DE ANIBAL BASCUÑAN



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

1989

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL. Nº 7  
1989

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 Andrés Bello, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho de la Universidad Central, Facultad de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Facultad de Derecho de la Universidad de La República.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social  
Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual  
bajo el número 75.076.

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en  
EDEVAL.

Errázuriz 2120 - Valparaíso

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 1989

ESTUDIOS  
EN MEMORIA DE  
ANIBAL BASCUÑAN

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1989 - 1991)

Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Andrés Cuneo Macchiavello, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Hugo Tagle Martínez, Nelson Reyes Soto y Agustín Squella Narducci.

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 fue fundada en Valparaíso, en 1981, como Sección Nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR), que data, por su parte, de 1909. Hoy son ya cerca de 40 las secciones nacionales, correspondientes a un número similar de países, que se encuentran afiliadas a esa Asociación Internacional.

Una de las principales actividades que viene cumpliendo desde su fundación la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, está constituida por la edición y publicación del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, cuyo primer número, correspondiente a 1983, apareció precisamente ese año. A continuación, y en los años inmediatos posteriores, han sido publicados otros seis números del Anuario, el último de los cuales, correspondiente a 1989, tenemos el agrado de presentar hoy a nuestros socios y lectores en general.

El Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 7, de 1989, está dedicado a la memoria del profesor Aníbal Bascuñán Valdés, muerto en 1988 después de una larga, fecunda e influyente labor de docencia e investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. En atención, precisamente, a sus méritos académicos, nuestra Sociedad, en 1982, designó a Aníbal Bascuñán Socio Honorario de la corporación, distinción que compartieron más tarde los profesores Norberto Bobbio, de la Universidad de Torino, y Genaro R. Carrió, de la Universidad de Buenos Aires.

Por el motivo antes indicado, las secciones iniciales del presente volumen están destinadas a la persona y obra del profesor Bascuñán. En la primera de ellas se incluyen cinco trabajos sobre el particular, que firman Alamiro de Avila, Juan Enrique Serra, Manuel Salvat, Alvaro Drapkin y Agustín Squella, en tanto que en una segunda sección de este mismo volumen se reproduce un capítulo de los apuntes de Teoría General del Derecho dejados por Aníbal Bascuñán, dedicado al tema de los principios generales del derecho. Por su parte, los trabajos antes mencionados de los profesores Alamiro de Avila y Juan Enrique Serra, corresponden a la versión escrita de las intervenciones que ellos tuvieron en el acto

de homenaje a la memoria de Aníbal Bascuñán que nuestra Sociedad llevó a cabo, en el mes de diciembre de 1988, en la Sala de Consejo de la Facultad de Derecho de la U. de Chile.

La tercera sección del presente volumen, llamada Bibliografía, reproduce el listado de las obras publicadas por el profesor homenajeado. Sigue luego una sección de Estudios, en la que se contienen diversos artículos sobre temas históricos, políticos, jurídicos y filosóficos: un espectro amplio, sin duda, pero que habría gustado al profesor Bascuñán, cuyos intereses intelectuales y científicos nunca se circunscribieron únicamente al derecho. La obra cierra, por último, con algunas secciones adicionales, de Recensiones, Documentos y Noticias, completándose de este modo un volumen de más de 200 páginas.

Como es de conocimiento de nuestros lectores, el Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 6, de 1988, contuvo, en su parte principal, una primera selección de lecturas de filosofía jurídica chilena de la primera mitad del siglo XX, preparada por Manuel Manson Terrazas. En esa misma obra se anunció que una segunda parte de dicha selección sería publicada en el Anuario correspondiente a 1989. Sin embargo, y por razones de espacio, ello no resultó posible, dejándose entonces la publicación de esa segunda parte de lecturas de filosofía jurídica chilena correspondientes a la primera mitad del siglo XX para el Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 8, de 1990.

Podemos informar, por otra parte, que el autor de dicha selección de lecturas prepara actualmente una antología de textos de filosofía jurídica chilena en el período colonial, que será publicada en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 9, completándose así un valioso trabajo iniciado por Manuel Manson en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 4, de 1986, en el que se reprodujo una antología de filosofía jurídica y social chilena del siglo XIX.

Por último, nuestra Sociedad agradece a las Facultades de Derecho del país que han colaborado a la impresión de esta obra, como asimismo a los autores de los trabajos que se publican en ésta.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social  
Valparaíso, diciembre de 1989.

EN MEMORIA DE ANIBAL BASCUÑAN

Oficialmente socialista, el filósofo no ha ahorrado críticas al partido de Craxi y a su líder sobre la cuestión moral. Por ejemplo, después que en el congreso socialista de Verona, Craxi fue elegido secretario general de su partido por aclamación, Norberto Bobbio escribió: "La elección por aclamación es la más radical antítesis de la democracia".

Nacido en Turín en 1909, filósofo del Derecho y de la política, Norberto Bobbio se ha distinguido con frecuencia en una sociedad en la cual generalmente todos se agregan de forma compacta, por estar siempre de "la otra parte". Educado en la cultura liberal-progresista, laico declarado y convencido, dijo "no" a la legalización del aborto. Defensor de la responsabilidad individual, se declaró, sin embargo, contrario al referéndum que establecía la responsabilidad de los jueces con una motivación durísima. Dijo "no" a una propuesta comunista sobre el aumento automático del salario y Berlinguer le pagó incluyéndole en la lista de "aquellos profesores que no han leído ni una línea de Gramsci". Desde las páginas de "La Stampa", el periódico de la FIAT, aparece con un tema, en el templo de la industria, que pone en discusión cierta forma de ganancias, "Ganancias y poder". Se pregunta Bobbio: "¿Existe una razón plausible para poner un confín entre lo lícito y lo ilícito en la acción de un hombre de negocios, como ha existido durante siglos una razón para proponer el mismo problema en las acciones de un hombre político?".

A sus ochenta años, libertario y polémico, analista y sarcástico, sigue siendo la conciencia acusadora de la sociedad del rebaño. Un punto de referencia para la libertad. Un ilustrado de nuestro tiempo.

¡Y quedan tan pocos!

## RECENSIONES Y COMENTARIOS

ENRIQUE BARROS: *Derecho y Moral*, Revista del Centro de Estudios Públicos, Nº 10 (1983);

ANTONIO BASCUÑAN: *Derecho y Moral*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Nº 11 (1989); y

AGUSTIN SQUELLA: *Derecho y Moral. ¿Tenemos obligación moral de obedecer el Derecho?*, Colección Temas Nº 15 (1989).

Con las interesantes publicaciones de los connotados profesores Antonio Bascuñán Valdés y Agustín Squella Narducci, el tema de las relaciones entre el Derecho y la Moral recobra en nuestro medio toda su riqueza polémica. A estos dos ensayos se agrega el trabajo anterior del profesor Enrique Barros Bourie, que sirve de interesante punto de contraste. El intento de comentar estos tres ensayos conjuntamente, corre el riesgo de abarcar mucho y no apretar lo suficiente. Sin embargo, después de leer los trabajos, es difícil resistir la tentación de reflexionar y abundar en las excelentes argumentaciones de sus autores.

El trabajo del profesor Enrique Barros destaca el carácter convencional de la moral y del derecho privado contemporáneo. Según el profesor Barros, las ideas de confianza, buena fe, buenas costumbres, el derecho de propiedad, la autonomía privada y la responsabilidad basada en la idea de culpa dan forma a una tradición jurídica individualista-humanista que debemos rescatar. El planteamiento del profesor Barros es que la argumentación efectuada a partir de esta tradición jurídica, supera el enfoque positivista en lo relativo a las conexiones entre el Derecho y la Moral. Según esta tradición humanista-individualista el Derecho se conecta con un concepto restringido de la moral que el profesor Barros llama, moral del deber, siguiendo las ideas de Lon Fuller. El concepto de moral del deber sirve al profesor Barros para hacer una interesante crítica a la expansión legislativa del Estado Benefactor de la segunda mitad del siglo XX y también sirve para criticar algunas justificaciones utilitaristas de la aplicación de la pena. De esta forma de argu-

mentación, se puede desprender que el trabajo del profesor Barros se conecta con el enfoque contemporáneo de Ronald Dworkin, que a partir de los supuestos filosófico-políticos del liberalismo descuelga su crítica a distintas versiones del positivismo jurídico. Aun cuando el profesor Barros omite toda referencia directa en su crítica del positivismo jurídico, de sus argumentaciones se desprende que está refiriéndose a una forma de positivismo similar al postulado por Hans Kelsen y sus seguidores.

Justamente, este punto de vista kelseniano es el que eligió el profesor Antonio Bascuñán para tratar el tema del Derecho y la Moral. En efecto, el trabajo del profesor Bascuñán es una ilustración de los conflictos que pueden producirse entre el Derecho y la Moral, mediante el análisis de tres casos históricos. En el trabajo del profesor Bascuñán destaca la exposición del polémico conflicto que se produjo en nuestro país, entre el Vicario de la Solidaridad que se negaba a entregar sus archivos, la Justicia Militar y después la Corte Suprema. La idea que el profesor Bascuñán desprende de su análisis es que en la historia humana los conflictos entre el Derecho y la Moral se entrecruzan en ese oscuro y pantanoso terreno que es la conciencia individual. El profesor Bascuñán concluye que la historia del hombre nos muestra cómo la orden de autoridad (Derecho) y la concepción ética del sujeto obligado (Moral) están en perpetuo conflicto sin que exista ningún criterio absoluto y permanente que nos sirva como pauta para resolver los problemas que de esta situación se derivan.

Compartiendo en parte este enfoque, el excelente trabajo del profesor Agustín Squella profundiza y enriquece esta clásica argumentación relativista, hasta hacerla casi irrefutable. El profesor Squella muestra la vigencia de la tradición positivista en el tema del Derecho y la Moral, analizando en profundidad las diferencias de planteamiento que existen entre Hans Kelsen y H. L. A. Hart y se inspira en una famosa polémica que tuvo lugar en España entre los profesores Felipe González Vicen, Elías Díaz, Manuel Atienza y Javier Muguerza para discutir si tenemos obligación de obedecer el Derecho. De su análisis, el profesor Squella concluye: "No, no nos

parece que exista una obligación moral de obedecer el derecho, como tampoco nos parece que la haya para desobedecerlo. Lo que ocurre— aparte del carácter más bien excepcional de los conflictos entre uno y otro orden normativo— es que en cada caso, o sea, todas las veces que sea necesario, tenemos cada cual, en conciencia, que examinar la moralidad del derecho". La justificación de esta aseveración del profesor Squella, se deriva a mi juicio de la forma en que concibe el fundamento de la obligación moral que según sus propias palabras se origina; "en la conciencia autónoma y voluntaria del individuo, de acuerdo a la idea de bien o de perfección moral que éste admita, o que —puesto de otro modo— provienen de normas y de principios de índole moral que el individuo ha forjado o a lo menos aceptado libremente en su conciencia".

A mi juicio, esta concepción individualista restringida de la obligación moral que parece tener una raíz kantiana iusnaturalista, dificulta la cabal comprensión del complejo tema de las relaciones entre el Derecho y la Moral. Esta dificultad se nota en el planteamiento que hace el profesor Squella cuando intenta minimizar la importancia que tienen como conceptos legitimadores la idea de Democracia y Derechos Humanos, dos verdaderos elefantes blancos de la filosofía legal contemporánea. El profesor Bascuñán relativiza la posibilidad de encontrar una solución argumentando escépticamente que el conflicto entre la orden de autoridad y la conciencia individual admite cualquier respuesta. Por su parte, el profesor Barros intenta salvar la dificultad entre Derecho y Moral, recurriendo a la tradición jurídico-política individualista, humanista y liberal, representada en la concepción clásica del Derecho Privado y del Derecho Penal.

A mi juicio, estos tres enfoques merecen ser puestos en duda en cuanto minimizan el carácter metropolitano y la complejidad de los consensos que subyacen en la sociedad contemporánea. El paradigma jurídico que postula el carácter neutral y general del derecho se ha erosionado por la mayor producción legal que se deriva de la actividad estatal, por eso la referencia a una tradición jurídica clásica o humanista tiene una validez muy restringida. La mayor actividad estatal que deriva en mayor producción jurídica, muchas veces se justifica sin referencia alguna a una norma determina-



da. Tampoco es comprensible ni evaluable desde la perspectiva de la conciencia individual, porque se apoya muchas veces en criterios de eficiencia, en decisiones que tienen que ver con consecuencias socialmente deseables. Estos criterios consecuencialistas de eficiencia y beneficio social que sirven para justificar la obediencia al Derecho en nuestros días tienen como propósito favorecer a grupos o instituciones heterogéneas en forma alternativa. Su legitimidad se apoya en una historia exitosa de transacciones entre grupos y personas que tienen concepciones de la vida y del hombre diferentes, que no necesariamente coinciden en una tradición jurídico-política determinada. El problema es postular la unidad de los sistemas jurídicos contemporáneos ante las mutaciones que está sufriendo la idea de Estado Nacional como forma de organización política y para ello debe justificarse la obligatoriedad de obedecer el derecho en forma convincente. Tal como sucede en los estados metropolitanos contemporáneos donde no existe un modelo de vida ideal y cada persona o grupo puede adoptar el plan o modelo de vida que mejor le parezca, la legitimidad del derecho deriva del diálogo en que se origina y que debe recoger los intereses sociales más importantes y además beneficiar a los actores sociales más relevantes.

Por eso, no podemos enfrentar este problema argumentando que la obligación moral de cumplir el derecho se deriva de una tradición política que no sea compartida por todos los grupos relevantes. Tampoco podemos arriesgar la estabilidad del sistema legal diciendo que la obligación ética de cumplir el derecho no existe o lo que es lo mismo, que depende de la conciencia individual autónoma y relativa de cada ser humano.

A mi juicio, la interacción previa de los grupos e instituciones sociales que se benefician a través del tiempo de lo que proporciona la cooperación social, es el hecho social que en gran medida determina la obligación moral de cumplir el derecho. Cuando un ciudadano de un Estado moderno piensa por qué debe obedecer el derecho, piensa si sus predecesores, su familia, su grupo laboral, sus vecinos, etc., han participado y se han beneficiado del sistema legal. La conciencia humana individual no puede separarse de su contexto. Por supuesto, tal como postuló en su época Thomas Jefferson, aproximadamente cada 20 años una generación se siente lla-

mada a intentar cambios revolucionarios, sin embargo, los compromisos que se tienen con nuestros predecesores muchas veces obligan a aceptar y obedecer lo ya establecido. Por último, para ilustrar lo aquí expuesto, esto es, la primacía del derecho sobre la conciencia moral individual y la consecuente obligatoriedad de obedecer el derecho en el estado metropolitano contemporáneo, evoco en beneficio de mi argumento el excelente filme de Spike Lee: "Haz lo correcto", (1989). En este filme se aprecia el papel poco importante que tiene la conciencia individual y las tradiciones político-jurídico-administrativas en un suburbio de la urbe metropolitana por excelencia: la ciudad de Nueva York. Los grupos étnicos y sus predecesores, los lazos familiares, los intereses económicos y vecinales, etc., determinan las decisiones del insignificante personaje que representa el mismo Spike Lee y le dicen: "Haz lo correcto".

PABLO RUIZ TAGLE V.