ISSN — 0716 — 7881

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1992

FILOSOFIA JURIDICA CHILENA. SIGLOS XVI AL XVIII

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 10 / 1992

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:
Agustín Squella

Asistentes del Editor:
Aldo Valle y Joaquín García-Huidobro

Comité Consultivo:
Albert Calsamiglia (Barcelona), Elías Díaz (Madrid), Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo), y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:
Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo, Jorge Iván Hubner, Máximo Pacheco y Eugenio Velasco.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1992

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL.
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 10
1 9 9 2

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades y Escuelas de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Universidad Católica del Norte, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Universidad de Valparaíso, Universidad de Concepción, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Diego Portales, Universidad Andrés Bello, Universidad La República, Universidad Finis Terrae y Universidad de Talca.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual
bajo el número 88.153.

ISSN — 0716 — 7881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,
Errázuriz 2120 - Valparaíso.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1992

FILOSOFIA JURIDICA CHILENA. SIGLOS XVI AL XVIII

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(1991 - 1993)

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

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* Nº 10, correspondiente al año 1992.

Como se sabe, nuestra Sociedad opera en Chile desde el año 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que data, por su parte, de 1906.

El primer número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* apareció en 1983 y desde entonces ha continuado editándose y publicándose en forma ininterrumpida, gracias, sobre todo, a las distintas Facultades de Derecho del país que nos colaboran para tal efecto.

En su parte principal, el presente Anuario reproduce una antología de filosofía jurídica chilena de los siglos XVI, XVII y XVIII, preparada por Manuel Manson, y que corresponde a una línea de investigación seguida por éste de la que nuestra publicación ha dado cuenta, respecto del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, en otros de sus números anteriores a éste.

El lector encontrará también, en nuestra tradicional sección de *Estudios,* diversos ensayos de interés. Otras secciones, con materiales diversos, completan un volumen que ponemos al alcance de nuestros socios, estudiantes, especialistas y público interesado.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Agosto de 1993

37. "La sociología de Ortega"; en *Revista de Sociología* (U. de Chile) Nº 5, Santiago, 1990.

38. "El mito ante la razón histórica"; en *Cuadernos Judaicos* (U. de Chile) Nº 19, Santiago.

Jorge Acevedo

RECENSIONES

criticada en nuestra comunicación al Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, efectuado en La Plata.

Como señalan Alchourrón y Bulygin, el intento de sustitución "no fue del todo satisfactorio, sobre todo porque no se pudo ofrecer en la lógica de las proposiciones normativas una reconstrucción satisfactoria de las normas condicionales" *(op. cit.*, p. XXVII).

Manuel Manson

OTFRIED HOEFFE: *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, Editorial Alfa, Barcelona, 1988, 203 páginas; traducción de Jorge M. Sena.

"Estudios sobre teoría del derecho y la justicia" incluye la traducción castellana de siete artículos publicados por Otfried Höffe entre 1979 y 1984. Cabe recordar que Editorial Alfa ya había publicado en 1980 "Estrategias de lo humano", del mismo autor, dentro de la Colección de Estudios Alemanes, y que existe versión española de su "Immanuel Kant" (Herder, Barcelona, 1986).

Höffe, uno de los más conocidos filósofos del derecho de lengua alemana actuales, enseña en Friburgo (Suiza). En esta obra se observa una marcada influencia kantiana, junto con el deseo de entrar en diálogo con autores como Rawls y los sostenedores de la teoría de la decisión. Como ya se ha hecho habitual, el autor va más allá de los estrictos límites de la filosofía del derecho (si es que alguna vez existieron) y argumenta sobre la base de otros campos de la filosofía práctica: ética, filosofía política e incluso la ciencia económica.

Ya en el Prólogo (pp. 5-6) Höffe manifiesta su rechazo de la versión "decisionista" y tendencialmente "absolutista" (p. 6) del positivismo jurídico, "que desea dejar libradas las relaciones jurídicas y estatales exclusivamente a la 'lucha por el poder'" (ibid.) y, en cambio, busca "contribuir a una rehabilitación de la ética jurídica y estatal" (p. 5).

El primer artículo se ocupa de un tema y autores bien conocidos por Höffe: "Acerca de la fundamentación contractualista de la justicia política: una comparación entre Hobbes, Kant y Rawls" (pp. 7-39). Frente a las utopías que identifican la legitimidad con

la ausencia de dominación, el autor pretende mostrar las condiciones bajo las cuales el orden jurídico resulta justificado, para lo cual se vale del examen de los autores citados. Estos tres filósofos contractualistas, no obstante sus diferencias, mantienen ciertas "afinidades básicas" (p. 9), que Höffe se encarga de mostrar (pp. 9-11). El pragmatismo hobbesiano, fruto de una filosofía mecanicista y de una concepción puramente instrumental de la razón, es corregido en el sistema kantiano por una fundamentación puramente racional. En Kant, el contrato social no describiría una situación política idealizada, sino que su misión consistiría en actuar como norma básica a la hora de juzgar las leyes. De lo que se trata aquí es de determinar su "aptitud para obtener consenso universal" (p. 26). Posteriormente examina y señala las deficiencias de la pretensión rawlsiana de reconstruir la teoría de la justicia de Kant con la ayuda de la teoría de la decisión.

En "Orden económico y justicia" (pp. 41-62) hace ver que no basta el juego del mercado —cuya limitación se encarga Höffe de mostrar— para solucionar los problemas de justicia. Por tanto tiene sentido la pregunta por la cualidad de las reglas de juego, leyes y estructuras de acuerdo con las cuales transcurre el comportamiento económico de los sujetos. En este sentido, el autor reflexiona sobre el orden económico como institución social (pp. 43-54), los derechos humanos como principios de un orden económico justo (pp. 54-56), y las estrategias de la justicia económica (pp. 56-62). Especial interés tiene la denuncia de la simplificación que muchas veces esconden ciertos modelos racionales de decisión. Frente a ellos, o como complemento, el autor desarrolla un modelo comunicativo de toma de decisión (pp. 59-62), que no se limita al puro ejercicio de la racionalidad científica, sino que está abierto al ámbito de la praxis y sus fines, exige el consenso y la cooperación, y supone los principios de justicia.

En "Deberes y derechos de los hombres: un canje fundamental" (pp. 63-82) se aborda el problema de la legitimación de los derechos humanos, cuestionada no sólo desde posturas premodernas, sino que "son sobre todo el positivismo jurídico y el anarquismo los que de diferente manera, pero siempre radicalmente, ponen en tela de juicio la legitimación de los derechos humanos" (p. 63). La legitimación de esos "imperativos *jurídicos* categóricos" (p. 65) supone, a su vez, fundar tanto los deberes ajenos en los que se apoyan como la coacción que se ejerce contra los que lesionan esas "exigencias morales" (p. 67) intangibles. Nos parece ver, tanto en este artículo como en el primero de todos, la presencia de la cuestión de la voluntad como problema político básico en la modernidad. Es decir, ¿por qué alguien —sea la potestad política o el titular de un derecho humano— se me puede imponer sin haberlo yo consentido? o, en palabras de Höffe: "la tarea de legitimación puede también ser formulada así: ¿Existen competencias coactivas que los hombres puedan ejercitar recíprocamente, también en el caso de que no hayan realizado los acuerdos correspondientes?" (p. 68). Aquí busca el autor argumentar sobre la base de una premisa de legitimación "débil" (p. 69), que pueda ser generalmente compartida: la coacción es legítima cuando, para cada uno de los afectados, su existencia "es más ventajosa que su no existencia" (p. 69). Aunque el autor no es utilitarista, su argumentación contractualista a lo largo de este artículo permanece conscientemente en este terreno, con las ventajas e inconvenientes que esta postura lleva consigo (podríamos preguntarnos, por ejemplo, si acaso no se da un paso demasiado apresurado desde una cuestión de hecho, la "ventaja", hacia una de derecho, la "legitimidad"). Tras mostrar cómo "las renuncias a la libertad son las condiciones de posibilidad de los correspondientes derechos de libertad" (p. 73), el autor explica por qué todos los ciudadanos deben realizar este canje. A nadie se le escapa la ventaja que implica la situación del "polizón" (p. 79), es decir, de aquel que se aprovecha de las renuncias ajenas sin pagar el precio de renunciar a las propias libertades. Este ejemplo plantea notables dificultades al contractualismo, las que Höffe con no poco ingenio procura sortear.

En "¿Existe en la historia un progreso jurídico?" (pp. 83-104) el profesor de Friburgo propone un cierto desencanto frente a la ingenua idea moderna del progreso, que es una inferencia ilícita a partir de los avances técnicos. Para ello procura replantear el asunto sobre bases más "sobrias" (p. 90), reconociendo que lo que hoy llamamos derechos humanos tiene orígenes muy anteriores al siglo XVIII, y que estamos lejos de presenciar esa evolución rectilínea hacia un futuro mejor que cierta historia oficial de los derechos del

hombre suele postular. Tanto una suposición en este sentido como su contraria de sesgo pesimista, pretenden en el fondo que el desarrollo o deterioro de los derechos humanos es fruto de un proceso que se realiza a espaldas del hombre, pretensión por cierto muy poco humanística. Como interesante contraste, Höffe termina el artículo con un bosquejo de la "historia del derecho como un acontecimiento subjetivo de la libertad", de clara inspiración kantiana (pp. 99-104).

"Derecho natural sin falacia naturalista: un programa iusfilosófico" (pp. 105-132) es el quinto artículo de esta obra. El paso del tiempo y ciertas objeciones parecen haber calmado el renacimiento iusnaturalista de la postguerra. Sin embargo, no parece sensato renunciar al "impulso crítico-normativo" (p. 106) que conlleva este pensamiento. Höffe expone las razones que hacen necesario al iusnaturalismo, examina las famosas objeciones que le hacen Hume (paso del ser al deber ser) y Moore (falacia naturalista) y desarrolla un esquema de argumentación iusnaturalista que no quede afectado por esa crítica (pp. 126-132). El autor muestra que ni los principios morales ni los elementos no normativos bastan por sí solos para obtener principios de justicia política. Estos son la conclusión normativa de un juicio práctico que se basa tanto en una premisa normativa como en una descriptiva. A su vez, después se requiere aplicar los principios de justicia a los complejos requerimientos de las sociedades actuales. Para esta tarea de mediación se necesitan ciertas "estrategias de la justicia política" (p. 132), tema que remite a la obra "Estrategias de lo humano", del mismo Höffe.

En penúltimo lugar figura "Pluralismo y tolerancia: acerca de la legitimación de dos condiciones de la modernidad" (pp. 133-150). Por pluralismo se entendería "no sólo una variedad, sino la coexistencia y contraposición con igualdad de derechos de elementos naturales o sociales que carecen de un principio supraordenado de verdad" (p. 133). Esta heterogeneidad sólo se apoyaría "sobre la base de un consenso fundamental acerca de los procesos de decisión institucionalizados" (p. 135), en los que todas las fuerzas sociales tienen el mismo derecho de intervenir. El pluralismo absoluto es, para el autor, un sinsentido, "lo único que es viable y deseable es un pluralismo relativo, que se desenvuelva dentro de afinidades básicas" (p. 140). Aunque las sociedades modernas tengan una fisonomía escéptica, lo cierto es que "necesitan como contexto de trabajo y comunicación, por lo menos, algunas obligatoriedades normativas de validez general, que escapen a la polémica de las convicciones y planes de vida particulares" (p. 140). Aquí encuentran su lugar los derechos humanos. En este tema es de lamentar que el autor no profundice más sobre la relación entre pluralismo y derechos humanos, ya que los elementos aportados en el trabajo sobre derechos y deberes (pp. 63-82) no parecen suficientes, puesto que allí el autor opera conscientemente con premisas "débiles", que no permiten acercarse al fondo de la cuestión.

En lo que respecta a la tolerancia, es necesaria al Estado moderno al menos en su forma más elemental, el mero "tolerar lo diferente" (p. 141). Sin embargo, una forma responsable de la misma exige una apertura, reconocimiento y libre confrontación de las opiniones, actitudes que ofrecen, a su vez, mejores posibilidades para conocer la verdad. Aquí Höffe parece apartarse, al menos parcialmente, de aquellas posturas que fundan la democracia en el relativismo y escepticismo axiológicos. Esta forma más elevada de tolerancia se funda no sólo en el "principio práctico (ético-político) de la libertad" sino también en el "interés teórico en la verdad" (p. 142). Después de analizar el problema de la tolerancia religiosa, Höffe retoma la cuestión de la libertad y la dignidad como límites de la tolerancia y desarrolla la idea de "no imponer a nadie una limitación a su libertad que no les sea impuesta igualmente a los demás" (pp. 148-149).

En el último artículo "Las figuras conceptuales de la teoría de la decisión y la fundamentación del derecho" (pp. 151-194), el autor se ocupa de la teoría de la decisión. Sus autores, después de aplicarla en el terreno económico, procuran presentarla como un nuevo paradigma que confiera al derecho la precisión de las ciencias exactas. Basta atender al teorema de Arrow, por ejemplo, para percibir su relevancia en el campo jurídico. Dicho teorema serviría para probar que un principio central del ordenamiento jurídico, el principio democrático, es contradictorio. De ahí el interés que la exposición y crítica que Höffe realiza de las diversas formas de esta teoría (teoría de la decisión en sentido estricto, teoría de los juegos y

teoría de la decisión social) tendrá para los lectores de lengua española. En la parte final del trabajo se atiende a la utilización por parte de Rawls del instrumental analítico de la teoría normativa de la decisión en la tarea de obtener principios de justicia científicamente fundados.

Joaquín García-Huidobro

FERNANDO FUEYO LANERI: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990.

Un libro de interés general (1). La meta básica de la ciencia, de toda ciencia, es avanzar hacia fórmulas generales que cubran y expliquen, progresivamente, la mayor cantidad posible de hechos y temas estudiados. Con razón dice Ortega que la aspiración final del saber sería, justamente, alcanzar *una idea* que, con toda su comprensión y generalidad, explicara de modo unitario y súbito la totalidad del Universo.

Este anhelo global del trabajo científico tiene como expresión singular, en nuestro campo, el tema de los "principios generales del Derecho".

Como es sabido, la expresión "principios generales del Derecho" posee, en nuestro ámbito y en distintas sedes, múltiples acepciones. De esta manera, por ejemplo, con diversos criterios *se llama* "principios generales del Derecho" a los principios de Derecho Natural, a los principios de justicia universal, a los principios de equidad, a los principios del Derecho Romano, etc. Pero al margen de esta multiplicidad de significados, que no nos sorprende pues es un hecho habitual en las ciencias culturales, en este comentario tomamos a los principios en el sentido que queda anotado al comienzo; es decir como fórmulas que, al tenor del indicado propósito científi-

1. Escrita poco antes del fallecimiento del profesor Fueyo, entregamos esta recensión como un modesto homenaje al maestro caído en plena actividad en enero de 1992.