

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 11 / 1993

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 1993

### RECUERDO DE JORGE MILLAS



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
1993

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL.  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL N° 11  
1993

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

ISSN — 0716 — 7881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,  
Errázuriz 2120 - Valparaíso.

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1993

## RECUERDO DE JORGE MILLAS

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.

En la asamblea general de socios correspondiente a 1993, se eligió al siguiente nuevo Directorio por el período 1993 - 1995: Antonio Bascuñán, Jorge Correa, Jesús Escandón, Pedro Gandolfo, Fernando Quintana, Nelson Reyes, Juan Enrique Serra, Agustín Squella y Aldo Valle.

PRESENTACION

*La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 11, correspondiente a 1993.*

*Hemos titulado este nuevo número del Anuario "Recuerdo de Jorge Millas", puesto que en 1992 se cumplieron diez años de la muerte del destacado filósofo chileno, socio fundador en 1981 de nuestra Sociedad e integrante de su primer directorio. Con ese motivo, en el mes de abril de 1992, la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en conjunto con la Universidad de Chile, organizaron un acto en memoria de Jorge Millas, que tuvo lugar en el Salón de Honor de esa casa de estudios superiores. Intervinieron en ese acto el Rector de la mencionada universidad, Jaime Lavados, el presidente de nuestra Sociedad, y el filósofo y profesor Humberto Giannini.*

*La primera sección del presente Anuario reproduce precisamente el texto de las tres intervenciones antes aludidas.*

*Sigue luego una sección de Estudios, en la que el lector podrá encontrar diversos trabajos de interés.*

*La sección denominada Documentos reproduce un trabajo del sacerdote y profesor de Filosofía del Derecho, Rafael Gandolfo, quien impartió la asignatura en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Rafael Gandolfo estuvo también vinculado hasta su desaparecimiento al Instituto de Filosofía de esa misma universidad. A continuación se reproduce un comentario del profesor Ismael Bustos a tres obras de Ronald Dworkin. Se incluye también la versión escrita de las palabras pronunciadas por el presi-*

dente de nuestra Sociedad, Agustín Squella, con motivo de conferirse a Ronald Dworkin, en diciembre de 1993, la calidad de Socio Honorario de la corporación. En esta misma sección se agrega un trabajo del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, sobre Violencia y Justicia.

Se incluye una Sección titulada In Memoriam, con un trabajo del profesor José F. Palomino M.

El volumen concluye con la sección Recensiones, en la que se contiene una importante cantidad de reseñas de libros de evidente interés.

Este y los restantes números del Anuario de Filosofía Jurídica y Social pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

*Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*  
*Abril de 1994*

EN RECUERDO DE JORGE MILLAS

—añade— no puede proponerse finalidades de prevención general, que harían de toda condena suya una sentencia ejemplar<sup>(22)</sup>. Bien se comprende que estas últimas palabras comportan el quiebre del sistema. Si es cierto que de la solución del problema del fundamento del Derecho penal depende, en último análisis, la respuesta que se dé a la cuestión del fin de la pena, qué duda puede haber de que en esto el sistema del Derecho penal mínimo se contradice a sí mismo: mientras en tema del fundamento de nuestra rama del Derecho se refugia en posiciones utilitaristas, en llegando al problema del fin de la punición las abandona con desaire, reclamando una "comprensión equitativa" que nada tiene en común con la utilidad y que, en cambio, mucho se parece a la retribución. Más que de un utilitarismo penal reformado, debe hablarse aquí de una doctrina ecléctica. No sin alguna exageración y licencia, puede sostenerse que la concepción de Ferrajoli sobre el derecho de penar recuerda la de otro ecléctico, Pellegrino Rossi, pero al revés: mientras éste pone como fundamento de este derecho la ley moral dictada al hombre por su propia conciencia, pero que halla su límite y medida en la utilidad social, aquél fundamenta el castigo en la utilidad, mas lo mide concretamente con la justicia<sup>(23)</sup>. Con toda su erudición y preparación filosófica, parece que el autor descubre el significado valorativo del Derecho penal justamente cuando acaba su construcción: y ésta, por más que se nos presente con la actualidad de una doctrina idónea para resolver los modernos problemas de la penalidad, padece del defecto común y de la conclusión que se extrae de todos los sincretismos ideológicos.

## DOCUMENTOS

---

22. Cfr. *Diritto e ragione*, cit., pp. 395 y ss.

23. Sobre Rossi hay que ver el estudio *Influencia historicista en Pellegrino Rossi*, en *Doctrina penal*, año 2, número 5, enero-marzo 1979, pp. 39 y ss, del profesor Rivacoba.

## LA OBRA DEL PROFESOR DWORKIN

ISMAEL BUSTOS

El profesor Ronald Dworkin ha desarrollado sus tesis a lo largo de unos treinta años, durante los cuales ha publicado una serie de artículos en diversas revistas especializadas, como las *Law Review* de las Universidades de Harvard, Chicago o Yale. Después, esas tesis han sido sistematizadas y, convenientemente agrupadas, han dado origen a sus tres libros: *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985) y *Law's Empire* (1986). Cada uno de ellos va precedido de una Introducción o un Prefacio y completado con un buen número de notas que, en su conjunto, ayudan a la comprensión general del pensamiento de su autor.

*Taking Rights Seriously* ha conocido una segunda impresión, en 1978, la que lleva un Apéndice de considerable extensión, en que el profesor Dworkin contesta algunas críticas que ha recibido de colegas tan importantes como los profesores Hart y Raz, ambos de la Universidad de Oxford, en donde él mismo desempeña la cátedra de *Jurisprudence*. Según advierte su autor en la Introducción, este libro defiende una teoría liberal del derecho frente a lo que él mismo llama "la teoría liberal dominante" y sus vertientes: el positivismo jurídico y el utilitarismo. Una teoría general del derecho —según el profesor Dworkin— ha de ser lo mismo normativa que conceptual, debiendo contener una teoría de la legislación, de la adjudicación y del *compliance* ciudadano (*i.e.* obediencia y coerción). Esta teoría general está muy relacionada con otras partes de la filosofía; así, la

teoría normativa se hallará empapada en una filosofía moral y política más general, y la teoría conceptual en la filosofía del lenguaje, la lógica y la metafísica.

El libro critica el positivismo en la versión del profesor Hart, quien, como se recordará, fue un crítico de Austin, con lo que la polémica viene a remontarse hasta Bentham que —a decir del profesor Dworkin— ha sido el último filósofo anglo-americano que ofreció una teoría general del derecho como la que él quiere ofrecer.

Se ofrece, por lo tanto, una teoría normativa de la adjudicación que se hace extensiva a la justicia constitucional en sus casos centrales más fundamentales. Luego, tratándose de los derechos vinculados a la legislación, se sostiene que hay un derecho que es fundamental y axiomático, el derecho al igual trato y respeto. Los capítulos finales del libro se refieren al "así llamado" derecho a la libertad, del cual se dice que, como tal, no existe, y que lo que existe son derechos a ciertas libertades determinadas, todas las cuales derivan del derecho a la igualdad a que anteriormente aludimos.

*A Matter of Principle*, por su parte, se presenta como un libro que trata problemas fundamentales de filosofía política y teoría del derecho (*Jurisprudence*), sobre todo de las relaciones entre dos niveles de la conciencia política, *i.e.* los problemas prácticos y la teoría filosófica. Primeramente, trata del rol que las convicciones políticas jugarían, en ciudadanos o funcionarios, cuando se pronuncian acerca de cuál es la ley y cuándo ha de obedecerse. Enseguida, trata de una distinción de capital importancia y a la cual hace inmediata referencia el libro, *i. e.* la distinción entre los argumentos políticos (relativos a los programas de interés general) y los argumentos de principios (relativos a los derechos de los particulares). Más adelante, toda una parte del libro (la segunda), está destinada a defender la tesis de que el análisis jurídico es fundamentalmente interpretativo, y la parte cuarta vuelve a las relaciones entre las teoría política y jurídica, en tanto que en las partes cinco y seis se ilustra la importancia de distinguir entre los argumentos de principio y de política. En síntesis, *A Matter of Principle* reafirma o esclarece algunos conceptos de la obra anterior y, al mismo tiempo, anticipa y esboza otros que desarrolla o explicita *Law's Empire*. Si esto es así —como creemos—, quiere decir que la parte segunda —"El de-

recho como interpretación"— es la fundamental en *A Matter of Principle*, especialmente su capítulo 6 —"Cómo el derecho es como la literatura"—; no en balde la ha reproducido in extenso Lord Lloyd en su erudita *Introduction to Jurisprudence*.

*Law's Empire*, finalmente, es el libro que recoge todo el pensamiento del profesor Dworkin hasta el momento de su publicación (1986), lo que justifica —suponemos— nuestra decisión de valernos de él sólo, al efecto de analizar las tesis del profesor.

Un breve Prefacio expone sumariamente el contenido del libro que, a su vez, resumiremos del modo siguiente. Se trata de una obra de teoría del derecho que, como tal, toca asuntos intrincados, pero muy estudiados, de filosofía general. Este estudio se completa con numerosas notas al final del libro tratándose de las materias más importantes. El autor confiesa que no le ha preocupado el si en esta obra cambia o no algunos conceptos que haya sustentado anteriormente en otras obras. Por otra parte, se dan en *Law's Empire* reiteraciones que, como también se refieren a conceptos básicos de su autor, resultan útiles para quien quiera comprenderlos cabalmente. Examinemos brevemente el contenido de las once secciones que componen este libro, a fin de mencionar las principales tesis del profesor Dworkin.

La primera sección —"¿Qué es el derecho?"— desarrolla la problemática que indica muy claramente el encabezado de la misma. Contiene las críticas a las teorías de Austin y, principalmente, del profesor Hart, su antecesor en la Cátedra de Oxford. Concluye advirtiendo que estos problemas lo llevan a encarar problemas también filosóficos, cosa que se propone hacer en la sección siguiente. En ésta —"Conceptos interpretativos"—, el profesor Dworkin desarrolla ampliamente su teoría del derecho y, conforme a lo que acabamos de decir, trae a colación a los filósofos más conocidos de la vertiente hermenéutica, como Gadamer, Habermas y Dilthey. Más aún, no teme analizar las obras de un Dickens (*Christmas Carol*) o *La Strada*, de Fellini, si lo cree oportuno para ilustrar su concepto de interpretación. Las notas que vienen al final del libro son, a este respecto, decisivas.

La sección tercera, comprensiblemente, se titula *Jurisprudence Revisited* y parte de la base de que el derecho es un concepto in-



terpretativo, menciona el rol de la ideología en la judicatura, la relación entre derecho y moral y entre derecho y política, etc. La sección cuarta —“Convencionalismo”— analiza la tesis del vacío legal, la discrecionalidad del juez y la retroactividad de la sentencia que, en estos casos, implica el llenar dicho vacío *a posteriori*, concluyendo que es un completo fracaso. Propone, en su reemplazo, su tesis del derecho como integridad. La sección quinta —“Pragmatismo y personificación”— contrapone la referida tesis de la integridad al pragmatismo que niega la existencia una visión correcta del bien común que oriente al derecho y que deja que el juez decida a su amañío a este respecto. Tal escepticismo conduce —según el profesor Dworkin— a no “tomar los derechos en serio”. La sección concluye con una amplia disertación acerca de las exigencias de la integridad jurídica, con lo que se da paso a la sexta sección siguiente, que se titula, justamente, “La integridad”. Se trata de una sección importante que forma como un solo todo con la siguiente —“La integridad en el derecho”—, y en las que se desarrolla una de las dos o tres grandes tesis que gobiernan toda la teoría del derecho del profesor Dworkin. Constitución, legitimidad, comunidad o sociedad y fraternidad son conceptos que se analizan en la sección sexta; la “cadena jurídica”, la figura literaria de “Hércules” y un “Resumen provisorio” resultan, por su parte, los momentos más importantes de la sección séptima.

La sección octava, que se titula y trata del *Common Law*, reviste importancia aún para los países “del continente” —como dicen los ingleses— porque su análisis resulta igualmente útil tratándose de los que nosotros llamamos la ley (positiva), en inglés *statute*. De éstos trata, precisamente, la sección novena —“Statutes”— del libro, en que se estudia la función legislativa, la interpretación de la ley (*statute*), la acción del tiempo sobre el texto legal, etc. La décima sección —“La Constitución”— se refiere a ésta como la ley básica o fundamental, principalmente desde el punto de vista del derecho norteamericano, pero las observaciones que allí se contienen resultan útiles para el análisis del concepto de Constitución en sí mismo. *Law's Empire* concluye —sección undécima— con un breve pero agudo estudio que se titula “El derecho más allá del derecho” y en que ubica su problemática dentro de la tesis de la integridad ju-

rídica. Dentro de esta última sección, un Epílogo resume brevemente toda la problemática de la obra bajo el título de “¿Qué es el derecho?”. El resto son las notas que, adicionadas al texto mismo, hacen un total de 453 páginas en que se consigna sistematizado el *approach* del profesor Dworkin sobre lo que generalmente se denomina “Teoría General del Derecho”.

Al terminar esta reseña de los libros del profesor, y antes de iniciar nuestro análisis de sus tesis, quisiéramos expresar nuestra convicción de que sólo la lectura directa de los textos, en su idioma original, puede dar acceso a la cabal comprensión de los mismos y, análogamente, sólo el empleo de ese idioma puede —*puede*— facilitar el camino a la conveniente fidelidad tocante al pensamiento que se analiza. Valga esta explicación respecto a por qué hemos redactado en inglés nuestro pequeño ensayo: “Un nuevo enfoque de la Justicia Constitucional: el del profesor Dworkin”, o “Un análisis interpretativo acerca de un enfoque interpretativo”.