

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

RECENSIONES

GREGORIO ROBLES: *Introducción a la Teoría del Derecho*, 177 páginas, Editorial Debate, Serie de Derecho dirigida por Gregorio Peces-Barba, Madrid, 1988.

Este sugerente trabajo del catedrático de Filosofía del Derecho español, merece un estudio bastante más extenso que el que someramente hemos de realizar aquí. La tesis fundamental de la obra, anunciada ya en anteriores investigaciones del autor (vid. especialmente *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, 1984; versión alemana, 1987), postula que, frente al "fracaso" de las dos grandes concepciones que, a su juicio, han reflexionado filosóficamente sobre el derecho en Occidente (la *Teoría del Derecho natural* y la *Filosofía del Derecho*, propiamente dicha), se impone una nueva consideración que se encuentre verdaderamente al servicio de los juristas y que el autor denomina *Teoría del Derecho*. Esta, a su juicio, "es la filosofía jurídica del pospositivismo, asentada no en la fe ciega de la descripción, ya de la idea, ya de los hechos, sino en la universal inmediatez del lenguaje. Su planteamiento no coincide ni con la Teoría general del Derecho, producto del positivismo en sus diversas manifestaciones, ni con la seca teoría analítica al uso, pues incorpora el modelo semiótico en todas sus dimensiones, a la vez que abre la puerta de par en par a la hermenéutica filosófica. Reformula los viejos problemas, colocándolos en un nuevo modelo epistemológico que les dota de una significación distinta" (pp. 11-2).

El libro se inicia (cap. I) con una ajustada crítica a la inclusión en el plan de estudios de la asignatura "Derecho Natural" ya que, a su entender, ésta alude a una forma epistemológica de reflexión jurídica con la que se puede (o no) estar de acuerdo, pero que es lógicamente incómoda para aquellos que se encuentran en la últi-

ma postura. De ahí que proponga el reemplazo de ella por la antes aludida *Teoría del Derecho*, como enfoque superador tanto de aquélla cuanto de la Filosofía del Derecho del positivismo (pp. 13-17). A continuación, y luego de reseñar los temas que desde siempre han preocupado a la filosofía del derecho (epistemología, ontología, axiología y filosofía de la existencia), el autor reitera su conocida opinión en el sentido de subrayar la importancia del primer aspecto ya que "toda forma de conocimiento —científico o filosófico— que pretenda validez ha de legitimarse necesariamente mediante una reflexión previa sobre lo que entiende por conocimiento y la manera de llevarlo a cabo sobre un objeto formalmente acotado" (p. 32). En esa perspectiva, los capítulos II, III y IV se ocupan de describir la evolución de las dos corrientes antes aludidas a la luz de sus respectivas estructuras epistemológicas, de suerte que se trata de una "*reconstrucción permanente de los modos de pensar* hasta hacerlos más nítidos y convincentes", reduciendo, de esta forma, "la enorme variedad y complejidad del conocimiento humano por medio de los modelos" con el objeto de, a la postre, "poder entender la historia de las ideas como una grandiosa sinfonía en la que se refleja el "espíritu objetivo" de la humanidad, la producción más acabada de ésta, nuestra civilización" (pp. 37-8).

Así las cosas, el capítulo II trata de la *Teoría del Derecho natural*, desde sus orígenes en la antigua reflexión griega, hasta el advenimiento del positivismo (pp. 41-74); el III, de la *Filosofía del Derecho, stricto sensu*, esto es, de la reflexión filosófica sobre el derecho, propia de la época positivista que triunfa, de modo inequívoco, desde finales del siglo XVIII (pp. 75-110) y, finalmente, el capítulo IV, se refiere al renacimiento de la *Teoría del Derecho natural* en este siglo (pp. 111-131).

En opinión de nuestro autor, ambas teorías tienen puntos de contacto y, al mismo tiempo, profundas diferencias. Sin embargo, su común denominador parece ser la imposibilidad que han mostrado a la hora de resolver los concretos problemas jurídicos de la sociedad. Al respecto, ilustra Robles: "Si algo llama la atención tanto en el iusnaturalismo como en el positivismo es el no haber sido, al menos de modo primario, teorías *para juristas*. En el mejor de los casos han sido teorías elaboradas *por* juristas pero puede decirse que el "fracaso" de la filosofía jurídica ha sido, y es, el haber vivido —al

menos en gran parte— de espaldas a las necesidades intelectuales de los juristas. La teoría del Derecho natural fue construida por metafísicos y teólogos para mejor comprender el mundo; el positivismo jurídico no puede ocultar su origen fiscalista o, lo que viene a ser algo parecido, sociologista. Aquélla es la forma metafísica de la filosofía jurídica, ésta su forma naturalista" (pp. 153-4).

No siendo nuestro propósito detenernos sobre este aspecto de su trabajo (que, como dijimos, es el presupuesto que justifica la aparición de su teoría y que constituye una interesante síntesis histórica de agradable lectura) nos limitaremos a señalar una sola observación que juzgamos indispensable. En efecto, a nuestro entender, el autor simplifica en exceso su consideración del derecho natural, de modo que no resalta con el vigor necesario las profundas diferencias que separan al derecho natural "clásico" del "contractualista o racionalista". Por ello, decir que esta teoría fue construida por teólogos o metafísicos, parece aplicarse más adecuadamente a Leibniz o a Wolff (conocidos estudiosos de teología), que a Aristóteles, a los jurisprudentes romanos o al propio Tomás de Aquino, quien, en sus Tratado de la Justicia, de la Prudencia e, incluso de la Ley, en contra de la concepción teológica del derecho que había impuesto el agustinismo de su época, adopta, los criterios del *Digesto* o de la *Ética*, la *Retórica* o la *Política* aristotélica. Así, el derecho, ni es una idea abstracta ni es un hecho carente de sentido propio, sino lo justo que se determina luego de un prudente análisis del sentido de cada litigio y en cuya decisión, para la teoría clásica, siempre ha jugado un papel fundamental —a pesar de la opinión del autor, p. 153— el derecho positivo.

En el cap. V, Robles sugiere la vía adecuada para superar la crisis dejada por las teorías antes estudiadas: ella, dice, es "*boy*, el *análisis del lenguaje*", para aclarar de inmediato que "el lenguaje es una realidad que posee muchos planos o niveles. Cuando aquí empleamos la expresión "análisis del lenguaje" no hay que entender con ello sólo el análisis de las formas sintácticas o de los usos del lenguaje, sino que con dicha fórmula pretendemos un estudio progresivo de los distintos niveles, sin desprestigiar ninguno de ellos. La conjugación de la llamada filosofía lingüística con las aportaciones de la hermenéutica filosófica pueden conducir a una comprensión integral del lenguaje" (pp. 138 y 154-5). En efecto, en la parte final del ca-

pítulo se incluye una inmejorable síntesis de la hermenéutica, cuya lógica, dice el autor, es la lógica de la pregunta y de la respuesta, esto es, de la conversación. Pero toda conversación es sólo posible porque existe algo "puesto en el medio" entre los conversantes: un lenguaje común" (p. 146). De ahí que "el gran descubrimiento de la hermenéutica es haber caído en la cuenta de la universalidad del lenguaje en la interpretación y por lo tanto también en la comprensión" (p. 147). Sin embargo la rehabilitación de la ontología a la que llega la hermenéutica por medio del lenguaje ("a través del lenguaje se conoce el *concepto*, pero lo importante es conocer este último" p. 148), no satisface a Robles para quien "la filosofía del Derecho se ha ocupado demasiado del concepto del Derecho y ha atendido demasiado poco las demandas teóricas sentidas por los juristas" (ibid.), lo cual la ha sumido en un justificado descrédito. Así las cosas, continúa, y puesto que el derecho es una obra humana, la pregunta adecuada debe ser: "¿Cómo construimos el derecho? y la respuesta sólo puede ser ésta: *mediante las palabras*" (p. 149). Sin embargo, ante esta respuesta, pensamos que cabría otra pregunta, que no puede ser sino ¿y qué denotan las palabras?, esto es, ¿cuál es la razón por la que, ante algunas palabras, actuamos de una o de otra forma? Sobre esto volveremos al final.

El sexto y último capítulo se aboca al planteamiento de las líneas maestras de su *Teoría del Derecho*, de la cual este trabajo es tan solo una "Introducción". En cuanto al nombre adoptado (Teoría del Derecho como análisis del lenguaje de los juristas), el autor nos previene que obedece, no al descrédito que, en algunos ámbitos, caracteriza a la voz "filosofía", sino a la necesidad de diferenciar este planteamiento del anterior enfoque positivista (p. 156). De seguido, expresa que el análisis ha de ser del lenguaje *de los juristas* y no "análisis del Derecho", como suele decirse, por la sencilla razón de que son éstos (en el sentido amplio de la expresión, esto es, extensivo no sólo a los científicos del derecho sino también a los órganos de creación y aplicación del mismo) los que *crean* el derecho. Al mismo tiempo, considera importante distinguir entre el lenguaje jurídico y el vulgar no porque este último "no sea de interés en la investigación (pensemos, por ejemplo, en el gran interés que tal suerte de trabajo puede tener para la Sociología del Derecho)", sino porque una comprensión lo más exacta posible del derecho exige

un estudio "desde dentro, para lo cual no hay otra vía que saber Derecho" (p. 157). Entrando ya más de lleno en la estructura interna de la Teoría, considera Robles que la división de la semiótica de Morris resulta sumamente útil para una adecuada comprensión de la expresión que aquí se estudia, ya que ésta distingue el nivel pragmático, que atiende al *uso* del lenguaje; el semántico, que se preocupa del *significado*; y el sintáctico, que contempla la *forma* del mismo (p. 160). En esta perspectiva, agrega nuestro autor que si utilizamos la categoría "texto" como punto de referencia en estas disquisiciones, la pragmática corresponde al momento de la *creación* del texto, la semántica al texto *ya creado* y la sintaxis, al texto también ya creado, pero en su estructura formal (pp. 160-1). La Teoría del Derecho es, pues, una teoría de textos jurídicos aunque con acierto, el autor previene que "el derecho no sólo está en los textos escritos, sino, también, en los textos de la realidad social" (p. 161).

En razón de lo expuesto, la *Teoría del Derecho* ha de comprender tres niveles: a) "el estudio de los problemas teóricos del momento o los momentos de la creación del texto jurídico, o *Teoría de la decisión jurídica*"; b) el estudio de aquellos problemas teóricos que conlleva la tarea de comprensión del texto jurídico ya creado, o *Teoría de la Dogmática jurídica*; y c) el nivel del *análisis formal* del lenguaje jurídico, cuyo objeto de estudio es el método lógico-lingüístico" (p. 161).

El primer aspecto, sobre el que —expresa el autor— tradicionalmente ha discurrido la Teoría del Derecho natural (aunque en su perfil "clásico", agregamos nosotros) recibe un sugerente planteamiento que el autor distingue en tres niveles: la teoría de la legislación, la teoría de la decisión judicial y la teoría de la retórica jurídica, teoría esta última que tiene por objeto el análisis del lenguaje de convicción. De no menos importancia es la conexión que, a juicio de Robles, se plantea entre esta teoría de la decisión y la justicia, en razón de que como "toda decisión persigue, intrínsecamente, unos fines, la teoría de la decisión jurídica ha de dar cabida también a una reflexión material o axiológica en relación con los procesos de decisión" (pp. 162-3).

La antigua denominación de *Dogmática jurídica* obtiene con el análisis de Robles una oportuna revalorización, ya que considera que su objeto principal (el estudio de los métodos interpretativos, el de

la formación de los grandes conceptos dogmático-jurídicos y el de la formación del sistema dogmático jurídico) debe vincularse —como vía para contrarrestar la crítica recibida por la sociología jurídica— con los aportes de la hermenéutica filosófica y con el concepto amplio de texto antes aludido (p. 163).

Finalmente, la *Teoría de la estructura formal* del derecho se aboca al estudio de las reglas jurídicas, esto es, de "las proposiciones lingüísticas orientadas, directa o indirectamente, a dirigir la acción humana" (p. 164). Una vez más, dice nuestro autor, es preciso plantearse aquí "el problema de la reconstrucción hermenéutica de ellas, las cuales, al constituir un *sistema*, introducen dos elementos de importancia: el tema de la *validez* de las reglas jurídicas y el de las *fuentes* del derecho, aspecto éste que, con acierto, el autor estudia desde la óptica del derecho comparado, no con ánimo de erudición, sino "con el objeto de hacer caer en la cuenta de que ningún sistema concreto de fuentes es consustancial al derecho, sino que éste admite muchas posibles soluciones" (p. 165). Finalmente, dentro de este ámbito, han de incluirse un estudio de los conceptos jurídicos fundamentales ya implicados, como es natural, en las reglas jurídicas y que debe responder al análisis lógico-lingüístico de ellas y, un estudio de las relaciones existentes entre ordenamientos jurídicos distintos, tales como Derecho internacional-estatal; comunitario-interno; etc. (p. 165).

Como conclusión, pensamos que resulta difícil concordar con el autor en su negativa de éste a aceptar una consideración ontológica del derecho y de la justicia. En este sentido, no creemos que sea fácilmente conciliable lo que acaba de expresarse, con un planteamiento que incluye como elementos de reflexión jurídica el recurso de la hermenéutica o a una reflexión amplia del texto, pues, en ambos casos, el tránsito a una consideración ontológica de lo jurídico se encuentra explícito en aquél y latente en éste. En definitiva, si juzgamos de inmensa importancia la vinculación que el autor propone de la teoría de la decisión jurídica, en todos sus niveles, con la justicia, "puesto que al fin y al cabo si reflexionamos sobre ella, y sentimos la necesidad de hacerlo, es porque hay que decidir en la vida social sobre los problemas de los hombres" (p. 168), no nos resulta sencillo dilucidar con qué *criterios* o elementos de juicio se ha de llevar a cabo esa decisión, habida cuenta que se di-

luye la necesidad de encontrar, en la medida en que esto sea *razonablemente* posible, el *sentido* último —radical y por tanto, ontológico— de la justicia y del derecho. Si, en efecto, "carece de sentido disputar sobre qué *es* la justicia en relación con el concepto del Derecho" (p. 169), y si tampoco conocemos qué es este último (vid. pp. 148-9), creemos que la antigua tarea de dar a cada uno lo *suyo* puede correr el riesgo de convertirse, precisamente, en lo que el autor procura evitar, es decir, en lo que manden los dictámenes políticos predominantes o, lo que es lo mismo, que la *Teoría del Derecho* haya dejado de servir a los juristas.

Sin embargo, estas observaciones no empañan los múltiples aciertos de este trabajo, anotados a medida que se avanzaba en la reseña y cuya principal virtud radica, a nuestro entender, en el hecho de incorporar todos los componentes de la realidad jurídica, sin cuya consideración parece difícil alcanzar una *decisión justa*. Así, merecen resaltarse, muy especialmente, la inclusión, en el marco de un análisis lingüístico insustituible, de la hermenéutica filosófica; de una lectura "amplia" del texto jurídico; de una consideración no restringida de las fuentes del derecho y, fundamentalmente, de la inclusión de la Teoría de la decisión jurídica la cual, a nuestro juicio, entronca con el creciente interés que se advierte por vincular la ciencia del derecho con la realidad que plantean los casos, esto es, con los problemas concretos que afectan diariamente a nuestras sociedades.

Por ello, si la tercera parte de su teoría se encuentra de alguna manera formulada en *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, cabe aguardar, con entusiasmo, la confección de las restantes.

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas