

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1994

ESTUDIOS JURIDICOS
Y SOCIALES

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N.º 12 / 1994



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
1994

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL.
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 12
1994

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las siguientes Universidades: Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Andrés Bello, Universidad Austral de Chile, Universidad Católica del Norte, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Universidad de Concepción, Universidad Las Condes, Universidad Diego Portales, Universidad de Chile, Universidad de Talca, Universidad Finis Terrae, Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad de La República.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,
Errázuriz 2120 - Valparaíso.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1994

ESTUDIOS JURIDICOS Y SOCIALES

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1993 - 1995)

Antonio Bascañán Valdés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Juan Enrique Serra Heisse, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle Acevedo.

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.

P R E S E N T A C I O N

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que opera en nuestro país como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR), presenta su Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 12, correspondiente a 1994, titulado "Estudios Jurídicos y Sociales".

Los trabajos que componen el presente volumen se distribuyen en distintas secciones que el lector puede identificar remitiéndose al índice de la obra.

El Anuario de Filosofía Jurídica y Social se edita por nuestra Sociedad desde 1983 y ha entregado hasta la fecha un total de 12 números.

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

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

RECENSIONES

HANS KELSEN: *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina), 1958.

1. En *¿Qué es la teoría pura del derecho?* —traducción de una obra publicada en 1953: *Was ist die reine Rechtslehre?*— Kelsen se preocupa por caracterizar el sentido y el método de su teoría.

En este libro Kelsen expone, por ejemplo, su posición respecto de la distinción entre el conocimiento jurídico y la política.

2. En el prólogo a la segunda edición de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1923), Kelsen reconoce que, en la edición de 1911, “sólo de vez en cuando, incidentalmente, se apuntan los diversos peligros que amenazan a la ciencia del derecho por la adopción, muchas veces inconsciente, de puntos de vista ético-políticos” (“Prólogo a la segunda edición”, en Kelsen, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* [Hauptprobleme], Porrúa, México, 1987, pp. XXXIX-XL).

“Este aspecto del problema —añade Kelsen— no ha sido debidamente subrayado sino en posteriores estudios” (p. XL).

Treinta años después de la publicación del “Prólogo a la segunda edición” de *Hauptprobleme*, Kelsen —precisamente en *Was ist die reine Rechtslehre?*— afirmará que la “pureza de la ciencia del derecho” reside “mucho más en la separación de la ciencia del derecho de la política, que en la distinción entre el conocimiento normativo de la ciencia del derecho y el conocimiento causal de la ciencia natural” (*¿Qué es la teoría pura del derecho?*, cit., pp. 31-32).

3. “La distinción entre la *ciencia del derecho* —orientada sólo por el valor verdad— en tanto conocimiento del derecho positivo, y la *política jurídica* —dirigida a la realización de otros valores, es-

pecialmente de la justicia— en tanto configuración voluntaria del orden social, es —escribe Kelsen— el segundo postulado que asegura la *pureza* de una teoría del derecho” (op. cit., p. 30).

La ‘despolitización’ no se refiere, por cierto, al derecho mismo.

“El derecho —afirma Kelsen— no puede ser separado de la política, pues es esencialmente un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas” (p. 31).

La ‘despolitización’ atañe al conocimiento jurídico. Al respecto, Kelsen expresa: “el conocimiento del derecho, la exposición del mismo, el análisis de su estructura, la definición de los conceptos necesarios para su concepción y su interpretación científica —tal como corresponde a la esencia de toda ciencia— debe ser estrictamente objetivo y por lo tanto no puede estar influenciado por los juicios de valor del sujeto que conoce el derecho” (p. 31).

4. Kelsen tiene razón al afirmar que el ‘jurista científico’ “no se identifica con ningún valor, ni siquiera con el que describe” (“Law and morality”, en Kelsen, *Essays in legal and moral philosophy*, Reidel, Dordrecht, 1973, p. 91).

Como bien dice Kelsen, “cuando la ciencia del derecho no se limita a conocer su objeto en su realidad... sino que aspira como ciencia a configurar, según una valoración cualquiera, el objeto propuesto a su conocimiento, se presenta lo que sólo es expresión de intereses subjetivos disfrazado con la autoridad de la ciencia, es decir, equipado con la autoridad del conocimiento objetivo” (*¿Qué es la teoría pura del derecho?*, cit., p. 37).

5. Sin duda, los juristas pueden, por ejemplo, como el mismo Kelsen admite, “recomendar una determinada interpretación”, “considerada por ellos, desde el punto de vista de una valoración, como la mejor” (op. cit., p. 30).

Mas, como previene Kelsen, “esto no puede hacerse —como tan a menudo ocurre— en nombre de la ciencia, invocando la autoridad de la ciencia, es decir, la autoridad de la verdad” (p. 30).

Como advierte Kelsen, con su recomendación el jurista “intenta ejercer influencia en la formación del derecho”, de manera que “está realizando una función de política jurídica pero no de *ciencia política*” (p. 30).

En verdad, como anota Agustín Squella, “la actitud que asume la dogmática jurídica ante su objeto de estudio —según la convicción

de los juristas— presupone la aceptación del principio o postulado de la prescindencia valorativa con que debe proceder el agente de esta modalidad de conocimiento ante ese mismo objeto” (“Ciencia y política en el derecho”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 6, 1988, pp. 79-94).

6. Como bien señala Kelsen, cuando “se presenta lo que sólo es expresión de intereses subjetivos disfrazado con la autoridad de la ciencia”, entonces ésta “se transforma en instrumento de la política” y se convierte en una mera ideología (*¿Qué es la teoría pura del derecho?*, cit., p. 37).

“Toda ideología —escribe Kelsen— tiene su raíz en el querer, no en el conocer; proviene de ciertos intereses, o mejor aún, de otros intereses que el interés por la verdad... El conocimiento desgarrará cada vez más el velo que el querer extiende sobre las cosas. La autoridad que crea al Derecho y que por eso procura conservarlo, acaso se pregunte si sería útil un conocimiento ideológicamente libre de su producto; y tampoco es mucho lo que aprovecharían de semejante conocimiento del Derecho las fuerzas que quieren destruir el orden existente y reemplazarlo por otro considerado mejor. Sin embargo, una ciencia del Derecho no puede preocuparse ni por la una ni por las otras” (*La teoría pura del derecho*, trad. de J. Tejerina, Losada, Buenos Aires, 1941, pp. 43-44).

7. Kelsen ha sabido poner en evidencia la función ideológica cumplida por algunas doctrinas jurídicas.

Así, critica con razón la ‘teoría de la prioridad de los derechos subjetivos’, según la cual el derecho subjetivo sería “lógica y temporalmente anterior al objetivo” (cf. *Teoría general del derecho y del estado*, UNAM, México, 1969, 3ª ed., p. 91).

Según advierte Kelsen, el propósito de esta doctrina es “ejercer influencia en la formación del derecho, más que analizar la naturaleza del derecho positivo” (op. cit., p. 93).

Al respecto, Kelsen escribe asimismo: “Si el orden jurídico no puede crear, sino únicamente garantizar la existencia de los derechos subjetivos, tampoco podrá destruirlos. De este modo resulta jurídicamente imposible la abolición de la propiedad privada y, lo que es más, la legislación resulta incapaz de privar a cualquier individuo de sus derechos particulares de propiedad... La doctrina de la priori-

dad del derecho subjetivo no es una descripción del derecho positivo, sino una ideología política" (op. cit., p. 93).

8. Criticando otra doctrina que asume una función ideológica, Kelsen expresa en *Teoría pura del derecho* (trad. de 2ª ed. en alemán, UNAM, México, 1981, 1ª reimp., p. 143): "Dado que el derecho, como sistema social, regula la conducta de los hombres en su relación —inmediata o mediata— con otros hombres, la propiedad no puede consistir, jurídicamente, sino en determinada relación de un hombre frente a otros hombres, a saber: en la obligación de éstos en no impedir la disposición que éste haga de determinada cosa, sin intervenir de ninguna manera en sus actos de disposición. Lo que se designa como dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, consiste en la exclusión estatuida por el orden jurídico de todos los demás de la disposición de la cosa... Si, pese a ello, se insiste terca-mente en la definición tradicional de la propiedad, como dominio excluyente de una persona sobre una cosa, pasando por alto la relación jurídicamente esencial, ello sucede claramente porque la definición de la propiedad como una relación entre persona y cosa sirve para ocultar su decisiva función socioeconómica".

Por otra parte, Kelsen expresa que la ideología que "funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal", conduce a "la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado... en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la finalidad del Estado en el marco de la ley y aun contra la ley si las circunstancias lo exigieran" (*Teoría pura del derecho*, trad. ed. en francés de 1953, Eudeba, Buenos Aires, 1970, 9ª ed., p. 183).

9. El jurista 'dogmático' puede, por cierto, evitar mezclar o confundir el conocimiento del derecho con la política jurídica.

También puede, usando un lenguaje enunciativo y no valorativo, mencionar soluciones axiológicamente satisfactorias, de acuerdo con determinados criterios.

Pero, aunque así proceda, para atribuir a su obra el nombre de 'ciencia' habría que modificar el significado normal del término, haciéndolo menos restrictivo (cf. nuestro estudio "Filosofía del derecho, ciencia jurídica y lógica formal", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 3, 1985, pp. 209-244).

Una ciencia del derecho debe también formular explicaciones, predicciones y leyes, en relación con las normas jurídicas, las autoridades que las dictan y las personas regidas por ellas.

10. Como plantea Werner Krawietz, "se trata, sobre todo, de concebir al sistema de derecho no sólo como una construcción lingüístico-mental —en mayor o menor medida documentada en los textos legales— sino también y ante todo como una construcción social dependiente de las fuerzas de la sociedad y caracterizada por ellas" ("Derecho y racionalidad en la moderna teoría del derecho", en Ernesto Garzón Valdés (comp.), *Derecho y filosofía*, Alfa, Barcelona, 1985, p. 170).

El mismo Krawietz observa: "Desde el punto de vista de la teoría del derecho, tal como es sostenida hasta hoy por el positivismo jurídico, todas las concepciones del derecho se reducen a la norma jurídica establecida en los textos legales; el sistema del derecho es entendido como un sistema de normas jurídicas y el sistema de la ciencia del derecho como un sistema de enunciados acerca de las normas jurídicas. Esto hace difícil tomar plenamente en cuenta las múltiples dependencias del derecho con respecto a las fuerzas sociales y comprender al sistema jurídico como parte del sistema social con el que mantiene relaciones de reciprocidad" (op. cit., pp. 168-169).

11. A nuestro juicio, más que de nuevos conceptos de doctrina jurídica, "lo que es ya imprescindible —y debiera ser normal en el siglo XXI— es una ciencia jurídica unificada, dotada de una teoría general adecuada" ("Los modelos kelsenianos de ciencia jurídica ante el umbral del siglo XXI. Un análisis lógico-epistemológico", en A. Pedrals y otros, *En el umbral del siglo XXI. ¿Nuevos conceptos e instituciones jurídicas?*, Edeval, Valparaíso, 1989, p. 82).

Como bien dice Alfred Büllesbach, "no sólo es necesaria la interdisciplinariedad, sino también la fundamentación de una nueva concepción científica". Según expresa Büllesbach, la ciencia jurídica "debería realizar las siguientes tareas: la descripción (formas en las

que se manifiesta el derecho), la explicación (con ayuda de leyes generales) y el pronóstico de la práctica jurídica, así como también la crítica de ésta" ("La ciencia jurídica ante las ciencias sociales", en A. Kaufmann, W. Hassemmer, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992, p. 369).

Con razón, Karl Olivecrona observa: "Obviamente una ciencia jurídica unificada y realista es una rama de la ciencia social. No se encuentra un límite fijo en relación con la psicología, la sociología y la economía política. Solamente las concepciones metafísicas han engendrado la doctrina de que la ciencia jurídica debe moverse dentro de otra esfera de la realidad que la ciencia social en general" ("El derecho como hecho", en L. Cabral de Moncada y otros, *El hecho del derecho*, Losada, Buenos Aires, 1956, p. 238).

12. Distinta es, por cierto, la posición de Kelsen al respecto. No sin razón Ross estimó que "Kelsen no es un revolucionario, sino un sostenedor íntegro de los puntos de vista de la misma doctrina tradicional" (*Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 48).

Como precisa Ross, el verdadero significado de la doctrina de Kelsen se comprende mejor si se consideran sus factores genéticos.

13. Según manifiesta Kelsen, "la Teoría pura del Derecho extrae las consecuencias últimas de la filosofía y la teoría jurídica del siglo XIX, originariamente antiideológicas y positivistas" (*Teoría pura del derecho*, trad. de J. Tejerina, cit., p. 51). A su juicio, "la teoría pura del derecho arranca al derecho de la niebla metafísica con la que la teoría del derecho natural encubre el origen o la idea del derecho" (*¿Qué es la teoría pura del derecho?*, cit., p. 34).

Pero también es menester arrancar al saber jurídico de la niebla metafísica con la que la doctrina kelseniana encubre la idea del derecho.

14. Friedrich Lachmayer tiene, sin duda, razón cuando afirma que el valor de uso científico de la doctrina de Kelsen está "en continua disminución" ("Análisis retórica della dottrina pura del diritto" (*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 59, 1982, pp. 28-41).

"La teoría pura del derecho —anota Lachmayer— se distingue ya del estado de desarrollo más moderno de la teoría jurídica en el

hecho de que está desprovista absolutamente de formalización. En relación a la metodología científica, la teoría pura ha sido superada con el advenimiento de la lógica formalizada" ("Elementos indicativos del ordenamiento jurídico", en J. E. Serra y otros, *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho*, Edeval, Valparaíso, 1982, p. 65).

En otro de sus estudios, el jurista austriaco escribe: "En lo que respecta a la teoría pura del derecho como ciencia jurídica, ella está superada sintácticamente, ya que ella proviene del período preformalizado de la evolución científica. También semánticamente está superada en gran parte" ("La retórica científico-política de Kelsen en la primera edición de su Teoría Pura del Derecho", *Revista Chilena de Derecho* 11 (1), 1984, pp. 127-136).

No cabe, en verdad, hablar de que haya sido "iniciada por Kelsen" la "formalización de la ciencia jurídica" —según dijera J. Iturmendi ("Una aproximación a los problemas del método jurídico desde la filosofía del derecho", en J. Iturmendi, J. Lima (eds.), *Estudios de filosofía del derecho y ciencia jurídica en memoria y homenaje al catedrático don Luis Legaz y Lacambra (1906-1980)*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, t. I, p. 602).

15. Juiciosamente Robert Walter ha afirmado: "sería de importancia para el ulterior desarrollo de la Teoría Pura del Derecho que se intensificara el contacto con los esfuerzos filosóficos serios que se realizan en la actualidad" ("El estado actual de la Teoría Pura del Derecho", *Revista de Ciencias Sociales* 6, 1974, pp. 327-362).

El mismo Walter asevera al respecto: "Sólo puede ser fundamento para una teoría científica del derecho una filosofía que no esté orientada hacia una concepción del mundo o de la vida, sino al conocimiento. Una dirección tal de la filosofía la constituye sobre todo el Círculo de Viena del Neopositivismo" (p. 334).

Kelsen no perteneció, sin embargo, a dicho círculo, con el cual sólo tuvo contactos ocasionales. Arthur Kaufmann se equivoca, pues, al aseverar que "proviene del círculo de Viena del neopositivismo o positivismo lógico" ("Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho", en A. Kaufmann, W. Hassemmer (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, cit., p. 122).

16. Kelsen recibe la influencia de Kant y el neokantismo, lo que reconoce, por ejemplo, en el "Prólogo a la segunda edición" de *Hauptprobleme*.

Así, en dicho prólogo Kelsen manifiesta: "la presente obra toma como punto de partida la *fundamental antinomia entre el ser y el deber ser*, la primera que, en cierto modo, descubre Kant, en su esfuerzo por fundamentar la sustantividad de la razón práctica frente a la razón teórica, del valor frente a la realidad, de la moral frente a la naturaleza. Acogiéndonos a la interpretación kantiana de Windelband y Simmel, vemos en el deber ser la expresión de la autonomía del derecho, que a la ciencia jurídica cumple determinar, a diferencia de un ser social 'sociológicamente' captable" (p. XL).

En el mismo prólogo Kelsen se refiere a la influencia de Cohen, diciendo: "A encontrar el punto de vista epistemológico decisivo, sin el cual no habríamos podido llegar a enfocar certeramente los conceptos de Estado y derecho, nos ayudó la interpretación que Cohen da a la doctrina de Kant, principalmente en su *Ethik des reinen Willens*" (p. L).

17. Sin duda, Kelsen también manifiesta que, para él, la posición o 'conclusión lógica' "es el criticismo, el positivismo y el empirismo, entendiéndose por tales aquella dirección de la filosofía y de la ciencia que parte de lo positivo, esto es, de lo dado en la experiencia sensible, de lo que los sentidos pueden percibir y la razón comprender, de la experiencia eternamente cambiante" ("Forma de estado y filosofía", en Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Barcelona, 1977, 2ª ed., pp. 153-154).

Sin embargo, Kelsen no adopta resueltamente la posición empirista.

No sigue Kelsen cabalmente una dirección a la cual él mismo se refiere en su artículo sobre la aparición de la idea de causalidad a partir del principio de retribución (publicado en 1939 en *The Journal of Unified Science*, órgano del empirismo lógico).

En la traducción al castellano de dicho artículo —"La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución" (en Kelsen, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Editora Nacional, México, 1979, p. 97)— podemos leer:

Pero el dualismo de Naturaleza y Sociedad no es en modo al-

guno la última palabra del conocimiento. También es superado este dualismo, y ello por la disolución del concepto de norma. La pretensión del deber ser como un sentido completamente distinto del ser, la pretensión de la normatividad como una legalidad de la sociedad distinta de la legalidad de la naturaleza e independiente de la causalidad, es contemplada como una 'ideología' tras de la que se ocultan, como realidad, muy concretos intereses de grupos e individuos, intereses que, para alcanzar el dominio, se presentan como normas. En lugar del dualismo de naturaleza y sociedad aparece el de realidad e ideología.

Manuel Manson