

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1994

ESTUDIOS JURIDICOS  
Y SOCIALES

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N.º 7 / 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 Universida-  
des: Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Andrés  
Bello, Universidad Austral de Chile, Universidad Ca-  
tólica del Norte, Universidad Católica de Valparaíso,  
Universidad de Valparaíso, Universidad de Concep-  
ción, Universidad Las Condes, Universidad Diego  
Portales, Universidad de Chile, Universidad de Talca,  
Universidad Finis Terrae, Pontificia Universidad Cató-  
lica 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 Bascuñán 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

ROBERT ALEXY: "El concepto y la validez del derecho" (*El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Gedisa, Barcelona, 1994).

1. En su estudio sobre el concepto y la validez del derecho, Alexy formula una concepción 'no-positivista'.

"Ningún no positivista que merezca ser tomado en serio —advierte Alexy— excluye del concepto de derecho los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social. Lo que lo diferencia de los positivistas es más bien la concepción de que el derecho debe ser definido de forma tal que, a más de estas características que apuntan a hechos, se incluyan también elementos morales" (p. 14).

A juicio de Alexy, el derecho es un sistema de normas que "no son extremadamente injustas" (p. 123). Según él, las normas "dictadas de acuerdo con el ordenamiento pierden la validez jurídica cuando no poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y/o cuando son extremadamente injustas" (p. 125).

2. Alexy plantea que "una aceptación mayoritaria o general de un concepto de derecho no positivista aumenta el riesgo de aquellas personas que cometen o participan en actos de injusticia respaldados por el Estado injusto" (p. 56). Así, estima que "una aceptación mayoritaria o general de un concepto de derecho no positivista puede tener ya efectos positivos en un Estado injusto" (p. 56).

Suponiendo el caso de un juez que "se ve enfrentado con la cuestión de si debe o no pronunciar una sentencia penal terrorista, respaldada por una injusticia legal", Alexy escribe (p. 56):

El juez no es ni un ángel ni un héroe. El destino del acusado

le interesa poco y, en este respecto, tanto más el suyo propio. De acuerdo con todas las experiencias históricas, no puede excluir la posibilidad de que el Estado injusto se derrumbe y reflexiona acerca de lo que le puede ocurrir entonces. Si tiene que suponer que mayoritariamente o en general habrá de aceptarse un concepto de derecho no positivista, de acuerdo con el cual la norma en la que puede apoyar su sentencia de muerte no es derecho alguno, corre un riesgo relativamente grande de no poder justificarla y, más tarde, ser por ello perseguido judicialmente. El riesgo disminuye si puede estar seguro de que su conducta será juzgada después sobre la base de un concepto de derecho positivista. No desaparece del todo porque puede dictarse una ley retroactiva en virtud de la cual puede ser responsabilizado, pero el riesgo no es igualmente grande. A causa de los problemas de las leyes retroactivas, es bien posible que no se dicte una ley tal y que si se dicta pueda intentar defenderse sobre la base de derecho otrora vigente" (p. 56).

3. Sin embargo, Alexy no considera que, en verdad, siempre tendría lugar un efecto retroactivo, al ser, para el nuevo derecho, *ab initio* nulas o desprovistas de validez jurídica normas extremadamente injustas que eran válidas en el ordenamiento estatal injusto. Este efecto retroactivo permanece precisamente oculto para un planteamiento no-positivista como el de Alexy.

Las definiciones expresan convenciones para el uso de los términos. Como tales no introducen cambios en una realidad dada.

4. Alexy piensa, por otra parte, que "Kelsen tiene razón cuando dice que sólo si se presupone su norma fundamental puede interpretarse como orden jurídico todo orden coactivo eficaz en general" (p. 114).

El autor queda, pues, afecto a las críticas aplicables a la concepción kelseniana de la 'norma fundamental', expuestas en nuestro estudio "La doctrina kelseniana de la validez normativa ante el tribunal de la lógica" (*Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 11, 1993, pp. 157-193).

5. Pero, a diferencia de Kelsen, Alexy cree, además, que la 'norma fundamental' "necesita fundamentación" (p. 116).

El mismo Alexy —que califica a la 'norma fundamental' de Kelsen como 'analítica' (p. 96)— añade al respecto: "Esto conduce al problema de una norma fundamental normativa" (p. 116).

A juicio de Alexy, la variante más importante de la 'norma fundamental normativa' se encuentra en Kant, cuya fundamentación conduce, como el propio Alexy indica, "al deber moral de la obediencia del derecho" (pp. 96 y 116).

6. Sin duda, puede haber normas morales que prescriban la obediencia al derecho. Pero, ¿es necesario que existan? Y, de existir, ¿estarían justificadas?

El mismo Alexy reconoce que la 'norma fundamental' kantiana conduce a "una prioridad estricta, basada iusracionalmente, del derecho positivo frente al derecho racional" (p. 118). "Un tal positivismo radical moralmente fundamentado —expresa Alexy— es mucho menos aceptable que la variante epistemológicamente escéptica de Kelsen" (pp. 120-121).

7. También a diferencia de Kelsen, Alexy confunde las normas con los enunciados que sobre ellas se formulan.

Así se explica, por ejemplo, que manifieste: "Se puede introducir en la formulación de la norma fundamental una cláusula que tome en cuenta el argumento de la injusticia. Una formulación que responde tanto al argumento de los principios como al de la injusticia reza: Si una Constitución ha sido realmente promulgada y es socialmente eficaz, entonces sí, y en la medida en que, las normas de esta Constitución no son extremadamente injustas, está jurídicamente ordenado comportarse de acuerdo con esta Constitución tal como corresponde a la pretensión de corrección" (p. 105).

Una formulación semejante expresa, más bien, un lenguaje enunciativo, relativo a normas (y a lo ordenado por ellas), y no el lenguaje de las normas mismas.

Sin duda, conviene advertir, asimismo, que una 'norma fundamental' completamente determinada se referiría —a diferencia de un esquema de 'normas fundamentales'— a una constitución singular determinada.

Manuel Manson