

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 1995

DERECHO  
Y  
MODERNIDAD



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

*Editor:*

Agustín Squella

*Asistentes del Editor:*

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

*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  
1995

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 13  
1 9 9 5

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las siguientes Universidades: Universidad de Concepción, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Católica del Norte, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad Central, Universidad del Desarrollo, Universidad Diego Portales, Universidad Internacional SEK, Universidad de Las Condes, Universidad del Mar, Universidad Nacional Andrés Bello, Universidad de La República, Universidad de Talca y Universidad de Valparaíso.

©

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

## 1995

### DERECHO Y MODERNIDAD

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1995 - 1997)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, 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.

PRESENTACION

*La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, presenta el número 13 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 1995, el cual lleva por título "Derecho y Modernidad".*

*El título mencionado corresponde a la denominación que se dio en su momento a la Segunda Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, que se llevó a efecto en octubre de 1995, en la Universidad de Concepción, lo cual se debe a que la mayoría de las comunicaciones que entonces fueron presentadas se incluyen en la sección Ponencias de este volumen, que es la primera y más extensa que el mismo contempla.*

*A la sección indicada sigue una segunda, llamada Estudios, en la que el lector podrá encontrar cuatro trabajos de gran interés; una tercera, que lleva por nombre Discursos, en la que se incluyen, entre otros, los que fueron pronunciados en la inauguración y clausura de la Segunda Jornada Chilena de Filosofía del Derecho; y una cuarta y última, llamada Recensiones, en la que aparecen tres reseñas bibliográficas de gran actualidad.*

*Por último, deseamos expresar a nuestros lectores que ejemplares de éste y de los restantes números del Anuario pueden ser solicitados a la casilla 211-V, de Valparaíso.*

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

## PONENCIAS (\*)

---

\* Estas ponencias fueron todas presentadas en la Segunda Jornada Chilena de Filosofía del Derecho. Esta Jornada, sobre "Derecho y modernidad", tuvo lugar en la Universidad de Concepción, en Octubre de 1995.

más listo que yo”, lo cual no demuestra que fuese indistinguible de su lápiz.

#### OBRAS TRADUCIDAS AL ESPAÑOL DE KARL POPPER

— *La lógica de la investigación científica*. Tecnos, Madrid, España, 1977.

— *El desarrollo del pensamiento científico. Conjeturas y refutaciones*. Paidós, Buenos Aires, República Argentina, 1967.

— *La sociedad abierta y sus enemigos*. Paidós, Buenos Aires, República Argentina, 1957.

— *La miseria del historicismo*. Taurus, Madrid, España, 1961.

— *Conocimiento objetivo. Estructura y Función*. Tecnos, Madrid, España, 1982.

— *El yo y su cerebro*. (Popper, K. y John C. Eccles). Roche, Basilea, Suiza, 1980.

— *Búsqueda sin término*. Tecnos, Madrid, España, 1977.

#### LA DUDA DE H.L.A. HART SOBRE EL CARÁCTER “COGNITIVO” DE LOS ENUNCIADOS NORMATIVOS. OTRA VUELTA DE TUERCA SOBRE LA CRISIS DEL IDEAL MODERNO DE CIENCIA DEL DERECHO \*

CRISTOBAL ORREGO \*\*

#### SINTESES

H.L.A. Hart sostiene que las tesis centrales del “positivismo jurídico” son independientes de la opinión sobre el estatuto cognoscitivo de los juicios éticos. Sin embargo, al explicar la naturaleza de las reglas jurídicas como “razones para la acción” se presenta la cuestión de si se trata de “razones objetivas”. Si lo son, parece necesario sostener una unidad entre las razones objetivas de la moral y las del derecho. La alternativa es afirmar el carácter “no cognitivo” de los juicios éticos; o bien, dejar abierta la cuestión meta-ética y afirmar que los juicios normativos *jurídicos* son “no cogniti-

\* Este trabajo se basa en la tesis doctoral defendida por el autor con el título “H.L.A. Hart. Abogado del Positivismo Jurídico” (Universidad de Navarra, 1995). Su reelaboración es parte de un proyecto que continúa esa línea de investigación, financiado por la Dirección de Investigación y Postgrado de la Universidad Católica (Proyecto DIUC 95/09E).

\*\* Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Católica de Chile y en la Universidad de Los Andes.

vos". Hart hace esto último, dando un paso adelante en la crisis del ideal de una ciencia jurídica "objetiva".

### I. Introducción.

El intento de estudiar las relaciones entre "modernidad" y "derecho" parece explicarse porque los juristas somos tremendamente tradicionalistas, y, tras algunos siglos de "era moderna", los tópicos sobre la "razón", la "técnica", el "progreso", el "Estado" (con modernísima "E" mayúscula), la "libertad", la "igualdad" y tantos otros, constituyen una tradición muy poderosa. La modernidad está en crisis: he aquí otro tópico modernista. Luego, más que revisar las "concepciones tradicionales" sobre el derecho, es preciso analizar críticamente los "mitos tradicionales" de la era moderna.

En la filosofía del derecho se ha llegado a una situación de crisis que parece totalmente contraria a los ideales modernos sobre el derecho y la ciencia del derecho. En efecto, en un primer momento la sola razón puso en duda su propia capacidad para el conocimiento metafísico, y adoptó como modelo de "ciencia" el de la nueva ciencia físico-matemática. Los intentos racionalistas de elaborar una "ciencia moral" y una "ciencia del derecho natural" según el paradigma matemático y geométrico, terminaron en la decepción y el fracaso. Posteriormente, el positivismo jurídico legalista, que fue una reacción comprensible contra los castillos de naipes del iusracionalismo, intentó una ciencia del derecho "objetiva" y "racional", y por tanto separada de las divagaciones "subjetivas" o "controvertidas" de la ética y el derecho natural. El iuspositivismo posterior, incluido el de Hans Kelsen, tiene una muy buena razón para separar el estudio del "verdadero derecho" —por definición, el "derecho positivo"— de las opiniones, reflexiones o "estudios" éticos. La razón es ésta: no distorsionar el conocimiento objetivo del derecho con influencias de elementos extrajurídicos. Los juicios morales no deben interferir en la determinación de qué es lo jurídico o lo establecido por el derecho en determinado sistema. Sólo de este modo será posible una ciencia del derecho verdadera, es decir, objetiva, independiente de las variables opiniones éticas de los juristas.

En el siglo XX surgen corrientes de pensamiento jurídico que aplican a la ciencia normativa *del derecho* el mismo proceso crítico

que el ideal moderno de ciencia jurídica había aplicado a la "moral". Los diversos "realismos" o "empirismos" jurídicos niegan el valor cognoscitivo de los juicios normativos sobre el derecho. La idea de "norma" y de "deber ser" sería un resabio de la teoría de la ley natural, en el cual incurriría el pseudo— o cuasi-positivismo de Hans Kelsen (1). Por otra parte, los estudios de Perelman y Viewegh han mostrado en qué gran medida el derecho no es racional, sino emotivo, retórico y estructurado en torno a problemas (2). Los mismos autores de orientación más o menos normativista han destacado la radical insuficiencia del "sistema" jurídico, que exige a los funcionarios y jueces usar de su discreción y acudir a consideraciones "extrajurídicas" (por definición). Sin embargo, mantienen la tesis de que es posible una "ciencia del derecho", que se expresa en juicios objetivos sobre el "deber ser" jurídico.

En el presente artículo pretendo mostrar cómo un autor normativista de la segunda mitad del siglo intenta sostener al mismo tiempo el ideal de una ciencia "positivista" del derecho, separada de la moral, y volver a presentar las normas —morales y jurídicas— como "razones para la acción", volviendo en este punto a la intuición básica de la teoría iusnaturalista sobre la esencia de la ley (3). Ahora bien, si las normas son "razones para la acción", ¿en qué sentido podría decirse que no son "objetivas"? Y si son "objetivas",

1. Cfr. los comentarios de ROSS, A., "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural", en *El concepto de validez y otros ensayos* (Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969) 21 ss.

2. Tesis que, a mi modo de ver, no pueden tomarse de modo unilateral, exclusivista, pues entonces se llegaría al irracionalismo en lugar de simplemente corregir los excesos del racionalismo jurídico y de sus derivados tardo-modernistas. Cfr. VIEWEGH, Th., *Tópica y jurisprudencia* (Madrid, Taurus, 1964); y PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica* (Madrid, Civitas, 1979). Sus ideas básicas están expuestas ya desde 1958 en su tratado con L. OLBRECHTS-TYTECA, *La Nouvelle Rhétorique*.

3. Cfr. AQUINO, T., de *Summa Theologiae*, I-II, 90, 1. Vale la pena observar que la tesis de que la ley es "algo de la razón" —originado en la razón y dirigido a la razón— preside todo el tratado de la ley de Tomás de Aquino.



¿no debe afirmarse una unidad de los diversos tipos de razones y de su estudio? H.L.A. Hart se encontró ante un dilema que quiso resolver negando el carácter “objetivo” de las razones jurídicas para la acción, y dejando abierta la posibilidad de que las razones morales para la acción sean “objetivas”. Entonces arriba a la situación exactamente inversa de aquella que había “justificado” inicialmente la separación positivista del derecho y la moral. Y, en definitiva, tras unas cuantas vueltas, se difumina el ideal moderno de una “ciencia” —i.e., conocimiento objetivo— del derecho.

Terminemos esta introducción con una aclaración semántica. Son varias las posiciones epistemológicas y metaéticas que ponen en duda, de alguna manera, el valor cognoscitivo de los juicios morales. Para los efectos de este artículo, hablaremos de modo genérico de “cognitivismo” y “no cognitivismo” normativo, englobando bajo esta última expresión el relativismo, el escepticismo y el subjetivismo éticos. Joseph Raz, uno de los mejores conocedores del pensamiento de Hart, explica de modo sencillo que la distinción depende de si se considera o no que las expresiones normativas *son susceptibles de verdad y falsedad* (4).

## II. *El estatuto cognoscitivo de la moral y el “positivismo jurídico”.*

Si aceptamos la distinción entre “moralidad positiva” —la que de hecho es aceptada socialmente— y “moralidad crítica” —los principios racionales que sirven para criticar la moralidad social practicada—, cabe preguntarse: ¿Cuál es el estatus epistemológico de la “moralidad crítica”? Hart será siempre ambiguo sobre este tema. Por una parte, el uso que él hace de la “moralidad crítica” supone concebirla como una “moral verdadera” (5). La distinción entre mora-

4. Cfr. RAZ, J., “HART Herbert Lionel Adolphus, 1907-”, en *Dictionnaire des Philosophes* (París, Presses Universitaires de France, 2ª ed., 1993 [1ª ed. 1984]-), 1264-1267. Traducción castellana de VERDUGO, C., “H. L. A. Hart”, en *Revista de Ciencias Sociales* 28, 1986, 17-31, por la que se cita. Cfr. p. 21. Raz afirma que Hart debería ser clasificado como “no cognitivista”.

5. Cfr. LYONS, D., *Moral Aspects of Legal Theory. Essays on Law, Justice, and Political Responsibility* (Cambridge, Cambridge University Press, 1993) 99-101.

lidad positiva y moralidad crítica la recibe Hart de manos de los utilitaristas del siglo XIX, quienes eran objetivistas o cognitivistas (6); su filosofía jurídica era “universalista en el sentido de que los criterios que proponían para la crítica del derecho y de las instituciones sociales eran los valores universales de la felicidad humana y de la libertad humana” (7). Hart procura defender reformas de legislación y determinadas opiniones morales concretas. Ni lógica ni pragmáticamente resulta posible decir “la homosexualidad y la fornicación son moralmente lícitas; pero no sé si esto es verdadero o falso” o “lo racional y ‘crítico’ es que el derecho permita el aborto; pero esto es solamente mi opinión emotiva, subjetiva, indemostrable”. Por el contrario, Hart tiene que hablar explícitamente de “un contenido mínimo de derecho natural” (8) y de “valores universales” (9) reconocibles racionalmente y presentes en toda sociedad.

Por otra parte, si bien es cierto que el “uso” de la moralidad crítica parece objetivista, sus afirmaciones explícitas acerca del estatus cognoscitivo de los juicios morales no quieren parecerse al iusnaturalismo. Hart vacila entre decir que no es necesario optar por una de las alternativas —el positivismo jurídico sería correcto en cualquier caso— (10) y sostener más o menos abiertamente la tesis

6. Cfr. HART, H.L.A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review* 71, 1958, 593-629; ahora en HART, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford, Clarendon Press, 1983) 47-87, 82 (se refiere a Austin y Bentham). En adelante se cita como PLM en EJP.

7. HART, H.L.A., *The Morality of the Criminal Law. Two Lectures* (London, Oxford University Press, 1965), 37. En este pasaje Hart se refiere a Bentham y a J.S. Mill.

8. HART, H.L.A., *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 1961) 189 ss. Se cita reimpresión de 1993, en adelante como CL.

9. HART, H.L.A., *Law, Liberty and Morality* (Oxford, Oxford University Press, 1963) 70.

10. Cfr. PLM en EJP 83-84; CL 164; y *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 2ª ed., 1994, “with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz”). Publicado póstumamente, lo citamos como CL (2ª ed.); cfr. CL (2ª ed.) 253-254. Finnis nota las fluctuaciones de Hart en esta

no cognitivista o escéptica<sup>(11)</sup>. Según Raz, Hart desarrolló una posición que combina elementos cognitivos y no cognitivos, pero el elemento normativo de los enunciados morales sería “no cognitivo”. Por eso, si hubiese que clasificar a Hart según esta división, sería mejor clasificarlo como no cognitivista<sup>(12)</sup>.

Hart no resolvió para sí mismo de modo claro la cuestión metaética. Sin embargo, afirmó siempre que las tesis del positivismo jurídico eran independientes de esa respuesta y, por ende, compatibles con el objetivismo moral. Esta afirmación constituyó una de las defensas hartianas del positivismo jurídico.

Hart defendió el iuspositivismo desde 1952 hasta su escrito póstumo en réplica a Dworkin. Esta defensa pasó por diversas etapas, en las cuales Hart planteó y resolvió las cuestiones acomodándose en buena medida al planteamiento de otros autores. Algunos hitos de esta labor como “abogado” del positivismo jurídico fueron los siguientes:

a) La defensa durante los años cincuenta culminó en su *Holmes Lecture*, publicada en 1958. El modo de plantear la controversia de-

cuestión y resalta su acercamiento al “objetivismo” y “cognitivism” en los artículos recogidos en HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law* (Oxford, Clarendon, 1968). Finnis cree que Hart ha evolucionado desde un utilitarismo, que todavía deja huellas, a posiciones más cercanas a las tesis clásicas —judías y cristianas— sobre el castigo. Cfr. FINNIS, J., “Old and New in Hart’s Philosophy of Punishment”, *The Oxford Review* 8, 1968, 73-80.

11. Cfr. HART, H.L.A., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory* (Oxford, Clarendon Press, 1982) 266-267. Citado en adelante como EB. Cfr. también HART, H.L.A., “Morality and Reality”, *The New York Review of Books* 25, 3, 1978, 35. Otros autores que desean seguir a Hart en la defensa de una “moralidad crítica” que debiera orientar la legislación y en su “positivismo jurídico” se esfuerzan por hablar sin afirmar la “objetividad” de los juicios morales. Cfr. MAC CORMICK, N., *H.L.A. Hart* (London, Edward Arnold, 1981) 10-11, 150 ss.; y BAYLES, M.D., *Hart’s Legal Philosophy. An Examination* (Dordrecht, Kluwer Academic Publisher, 1992) 101-110.

12. Cfr. RAZ, J., “H. L. A. Hart”, cit., 21.

pende enteramente de Fuller<sup>(13)</sup>, aunque Hart procuró tomar en cuenta el resurgimiento iusnaturalista con ocasión del nazismo. Hart defendió como “positivismo jurídico” la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser según un criterio moral y la posibilidad de una teoría jurídica analítica moralmente neutral. Su defensa consistió en afirmar que todo lo que los críticos decían podía entenderse y debía formularse sin negar la separación ser/deber, y que por lo tanto el positivismo jurídico era *compatible* con las tesis presentadas como contrarias: la objetividad de los juicios morales<sup>(14)</sup>; la discrecionalidad de los jueces al aplicar las reglas jurídicas<sup>(15)</sup>; la crítica de la teoría imperativa<sup>(16)</sup>, y, aparentemente, la superioridad de la moral sobre el derecho, que si es injusto debe ser resistido<sup>(17)</sup>.

b) El año 1960 Hart participó en la *Bellagio Conference* sobre el positivismo jurídico<sup>(18)</sup>. Defendió sus ideas sobre el tema, pero tu-

13. Cfr. FULLER, L.L., *The Law in Quest of Itself* (Chicago, The Foundation Press, 1940) 5: “Entiendo por positivismo jurídico esa orientación del pensamiento jurídico que insiste en trazar una distinción aguda entre el derecho que es y el derecho que debe ser [. . .] El derecho natural, en cambio, es la opinión que niega la posibilidad de una separación rígida de *ser* y *deber*, y que tolera una confusión de ellos en la discusión jurídica”. Nótese que se trata del año 1940, de modo que Hart entra en escena con las coordenadas ya establecidas.

14. Cfr. PLM en EJP 82 ss; CL (2ª ed.) 253-254.

15. Cfr. PLM en EJP 62 ss, 84-87; EJP 107-108; CL (2ª ed.) 252-254, 259, 272 ss. En su última etapa la discrecionalidad judicial ya no aparecía como una crítica antipositivista errónea, y el positivismo como compatible con la discrecionalidad, sino que el “antipositivismo” (Dworkin) negaba la discrecionalidad y el iuspositivismo la consideraba de la esencia de su tradición. Hart se asombraba ante esta evolución del debate, “asombrosa voltereta”, “el mundo al revés” (cfr. EJP 152).

16. Cfr. PLM en EJP 58 ss; CL 26 ss, 151-152.

17. Cfr. PLM en EJP 72 ss; CL 203 ss; CL (2ª ed.) 254, donde Hart es, por decir lo menos, ambiguo.

18. Cfr. la reseña de dos jóvenes participantes: FALK, R.A. y SHUMAN, S.I., “The Bellagio Conference on Legal Positivism”, *Journal of Legal Education* 14, 1961, 213-228. “Diecinueve participantes se dedicaron durante dos

vo que constatar que fuera de la tradición angloamericana el iuspositivismo tenía otras connotaciones. Por una parte, el no cognitivismo moral (relativismo o subjetivismo) era un componente esencial<sup>(19)</sup>. Hart sabía que era defendido por autores como Kelsen, pero le parecía una idea separable del iuspositivismo<sup>(20)</sup>. Por otra parte, existe una multitud de usos de la denominación “positivismo jurídico”<sup>(21)</sup>, que Hart no consideró en sus análisis posteriores. Estos significados de “positivismo jurídico” parecían ajenos al ámbito angloamericano contemporáneo, y realmente no fueron aducidos en los debates donde él intervino. Finalmente, algunos autores continentales, especialmente italianos, defendían el iuspositivismo también como forma de contrarrestar la autoridad de la Iglesia católica, que representaba la tradición del derecho natural, oponiéndola, según dichos autores, al derecho estatal<sup>(22)</sup>.

---

semanas a una consideración detallada del positivismo jurídico”<sup>(213)</sup>, en septiembre de 1960, financiados por la Fundación Rockefeller. Dirigida por d'Entrevies y Bobbio, reunió además a Hart y a Ross (213-214). Cfr. también BOBBIO, N., “Sul positivismo giuridico”, *Rivista di Filosofia* 52, 1961, 14-34. Bobbio no cuenta toda la historia que cuentan los jóvenes norteamericanos, con su proverbial sencillez y transparencia.

19. Cfr. FALK, R.A. y SHUMAN, S.I., “The Bellagio Conference on Legal Positivism”, cit., 217-219, 221-223.

20. Cfr. PLM en EJP 57-58 (contraste con CL 253) y 82 ss; e infra IV.1.1.2.

21. Cfr. FALK, R.A. y SHUMAN, S.I., “The Bellagio Conference on Legal Positivism”, cit., 219 ss. Son alrededor de veinte usos de la expresión, algunos contradictorios, según diversos contextos.

22. Cfr. Ibid. 217, 221, 227, 229. En esa reunión, el kelsenismo era la corriente de humo de “un fuerte compromiso con posiciones sociopolíticas [. . .] democrático-liberales, especialmente sobre la conexión apropiada entre la Iglesia y el Estado. Sin embargo, esto se hizo explícito sólo hacia el final del congreso, y fue removida la máscara de neutralidad. [Especialmente en los italianos] había un deseo de fortalecer el orden jurídico contra la influencia de la Iglesia católica, ejercida ya directamente por influencia institucional ya indirectamente mediante su defensa del derecho natural” (Ibid. 17). El iuspositivismo es “una forma conveniente de unificar las posiciones anti-derecho natural (versiones tomistas)” (Ibid. 221); y de “aislar a los jueces de influen-

c) *The Concept of Law* (1961) expuso una teoría pretendidamente iuspositivista, donde la crítica del imperativismo y la elucidación *anológica* del derecho como “reglas” con un aspecto interno (aceptado como *justificado* o *racional*) entran en conflicto con la defensa del positivismo jurídico simplemente como una tesis sobre “el” concepto (*univoco*) de derecho que debemos *elegir*. En esta obra, la esencia del positivismo jurídico sigue siendo expresada como la separación del derecho que es (positivo) y el derecho que moralmente debe ser (según la moral social o individual); y la necesidad de practicar una ciencia jurídica no valorativa. Toda otra tesis es o bien no esencial —el relativismo moral continental, por ejemplo— o bien está implícita todavía en las ya mencionadas. El éxito de *The Concept of Law* fue algo insospechado y fijó las bases para el debate sobre el iuspositivismo en el ámbito anglosajón durante los treinta años siguientes.

En la segunda edición de *El Concepto de Derecho* y en sus *Ensayos sobre Bentham*, Hart sigue sosteniendo la compatibilidad entre positivismo y cognitivismo ético. Sin embargo, adopta la explicación de las normas como un tipo de “razones para la acción”, siguiendo a Joseph Raz, quien, a su vez, había llegado a esta concepción partiendo de la noción hartiana de “punto de vista interno” ante las reglas. Esta explicación de ~~lo normativo~~ como “algo de la razón”<sup>(23)</sup> es una reedición de posturas clásicas incompatibles con

---

cias gubernamentales [del fascismo], y darles un escudo efectivo contra presiones totalitarias y eclesiásticas” (Ibid. 227). El “desco sociopolítico” contra el derecho natural era una guía de los positivistas italianos (Ibid. 228). Un resultado de este coloquio fue SCARPELLI, U., *Cos'è il positivismo giuridico* (Milano, Edizione di Comunità, 1965). Critica la definición estipulativa de “positivismo jurídico”, porque su significado debe buscarse en la cultura y la historia (Ibid. 13). Destaca que la estrategia de Hart consiste en separar diversas tesis para defender una (separación ser-deber) y dejar caer las que parecen insostenibles (Ibid. 27). Muestra que todo positivismo jurídico tiene una finalidad política, incluido el de Hart (Ibid. 35-37 y 53-89). Villey, comentando este libro, afirma que deforma al contrincante (“derecho natural”) y sólo convencerá a los que ya son positivistas. Cfr. VILLEY, M., “Ugo [sic] Scarpelli —Cos'è il positivismo giuridico”, *Archives de Philosophie du Droit* 12, 1967, 365-368.

23. Cfr. AQUINO, T. de, *Summa Theologiae*, I-II, 90, 1.

la separación del derecho y la moral (salvo que esta "separación" se entienda como un simple cambio de nombre a la distinción clásica entre "derecho positivo" y "derecho natural", como sucede en algunas formas confusas de positivismo conceptual).

### III. *El estatuto cognoscitivo de las "razones para la acción".*

Hart intenta refutar la tesis semántica de que los significados de los términos normativos son idénticos en su contexto jurídico y moral, porque implica que la obligación jurídica es una especie de obligación moral. Según Hart, si se aceptara que los juicios ordinarios morales son afirmaciones de razones objetivas para la acción, y también se aceptara una explicación cognitiva del deber jurídico, entonces "sería difícil negar que el deber jurídico es una forma de deber moral. [. . .] Pues en tal caso, sostener que los deberes morales y jurídicos son conceptualmente distintos implicaría la hipótesis extravagante de que existen dos 'mundos' independientes o conjuntos de razones objetivas, uno jurídico y el otro moral" (24).

Ahora podemos preguntarnos, ¿no es precisamente ésa la hipótesis "extravagante" —la de los dos mundos— del positivismo normativista, que Kelsen evita declarando irracional uno de ellos? Hart parece estar a punto de dar la razón a Kelsen, y sería harto sencillo hacerlo afirmando sin ambages la tesis no cognitivista ética como "esencial" para el positivismo jurídico. No obstante, ese curso argumental le llevaría a rechazar su posición básica sobre la compatibilidad del positivismo jurídico con las posiciones éticas cognitivistas. Hart intentará dar una explicación no cognitivista de las razones jurídicas para la acción.

Hart, en su intento de desligar el derecho de sus connotaciones morales, llegó a decir que el derecho consiste en "razones perentorias para la acción con independencia de su contenido" (25); pero, al mismo tiempo, que no son una cuestión de conocimiento objeti-

vo (26); no son razones "objetivas" (27). Los enunciados jurídicos de deberes sólo significarían que determinada acción "puede ser correctamente exigida o arrancada [. . .] según reglas o principios jurídicos que regulan tales exigencias para la acción" (28).

Ante esa tesis, pueden señalarse algunos inconvenientes.

En primer lugar, es un círculo vicioso, porque define las obligaciones en términos de reglas y viceversa. En efecto, el deber u obligación es una "razón" no objetiva en el sentido de que "según una regla" puede exigirse la acción; pero la regla es a su vez una "razón" porque realmente establece lo debido. Desde otro punto de vista, si la noción de lo debido o lo justificado o lo que es racional, etc., se usa para explicar qué es una regla, no puede luego decirse que lo debido o justificado o "racional" no tiene significado cognitivo, sino que sólo significa. . . exigido por la regla. Hart tiene que explicar qué significa que un "deber" es una razón para la acción, y lo hace diciendo que significa simplemente estar exigido por una regla; pero una regla es una razón para la acción. A nuestro juicio, para salir del círculo hay que decir que toda regla es una razón para la acción fundada en otra regla, y así sucesivamente hasta afirmar que la razón en cuanto tal posee un carácter de "regla" evidente en su raíz; es decir, que las nociones de "lo debido" y "regla de la razón" son correlativas y análogas, y que no es que una explique la otra, sino que las dos son nociones primeras evidentes en el primer principio (o regla) de la razón práctica. En la filosofía práctica clásica, la noción de "deber" expresa la misma necesidad racional de determinados medios y/o acciones en orden a un fin, de manera que en orden a lo que tiene razón general de fin, que es el bien en general, la razón enuncia indefectible y evidentemente una nece-

24. EB 267.

25. EB 243, 260-261.

26. Cfr. Ibid. 159-161.

27. Ibid. 266.

28. Ibid. 160.

sidad de alcanzarlo (o “deber”) (29). La única forma de evitar esta conclusión, una vez que se empieza a explicar la normatividad en términos de *razones para la acción* y no de meros actos de voluntad (mandatos), consiste en detenerse en algún punto anterior y decir que es normativo por sí mismo sin referencia a las razones últimas —luego, consiste en volver a atribuir normatividad a la voluntad por sí misma, sin referencia a las “razones para la acción” que subyacen a ella.

Un segundo inconveniente de la explicación no cognitivista de las “razones para la acción” estriba en que hace indiscernible el derecho respecto de las reglas de una banda, según las cuales también hay acciones que pueden ser exigidas o arrancadas de aquéllos a quienes se aplican (sean o no miembros de la banda).

En tercer lugar, cabe preguntarse: ¿Cómo puede haber razones que *no* sean conocidas ni cognoscibles, de las que no quepa afirmar que son “verdaderas” o “falsas” razones? ¿No es esto lo contradictorio de la racionalidad? Es lo mismo decir “X es una razón para Y” que decir “X es una razón verdadera para Y”, y decir “X es una razón falsa para Y” es lo mismo que decir “X no es una razón para Y”. ¿Cómo puede Hart compatibilizar este análisis con su rechazo del “realismo” jurídico de Ross, que decía lo mismo, a saber, que la normatividad jurídica no es algo objetivo?

Al parecer, la necesidad de mantener el “positivismo jurídico” lleva a Hart a no sacar las conclusiones de sus propios análisis de la normatividad en términos de “razones”, y a contradecirse. Hart *niega* que “existen razones [. . .] ‘externas’ u objetivas, en el sentido de que existen independientemente de su [del súbdito] motivación subjetiva” (30). Sin embargo, al mismo tiempo *afirma* que “los enunciados judiciales de los deberes jurídicos del súbdito no necesitan tener nada que ver directamente con las razones del súbdito para

29. Esto no significa, como han creído algunos impugnadores de la idea de “derecho natural”, que todos los principios y reglas de la razón natural sean igualmente evidentes “en sí mismos” y/o “para todos”.

30. EB 266-267.

la acción” (31), pues dependen sólo de las reglas del sistema, sean o no aceptadas por el súbdito (32). O sea, los deberes jurídicos enunciados por los tribunales existen con independencia de lo que piense el súbdito, de su “motivación subjetiva”.

Hart llega a afirmaciones paradójicas. Por una parte, al rechazar el empirismo jurídico afirma que la ciencia jurídica descriptiva puede conocer objetivamente un derecho normativo, reproduciendo sin compartir los enunciados normativos de quienes se guían por el derecho o lo aplican —jueces, especialmente—; pero, por otra parte, cuando trata de descartar los elementos “morales” o la connotación moral de las “razones para la acción”, termina por renunciar a la tesis de que la ciencia jurídica conoce y describe reglas objetivamente normativas. ¿Cómo ha sido posible este resultado? En nuestra opinión, la explicación yace en los objetivos que el mismo Hart dice perseguir. El fin de su argumentación es descartar la teoría imperativa del derecho, introduciendo la noción de “una razón jurídica autoritativa [. . .] una razón para la acción de un tipo especial [. . .] ‘perentoria e independiente de su contenido’” (33); pero mostrando, a la vez, que “sería todavía posible preservar una parte distintivamente ‘positivista’ de su teoría [de Bentham], que insiste en una separación conceptual del derecho y la moral (34).

En síntesis, ha sucedido lo siguiente: Hart reniega de su creencia en la *objetividad* del carácter normativo (“obligatorio”, etc.) del derecho, lo cual sorprende porque ése era el objetivo de toda la especulación que llevó a cabo en sus principales obras, a saber, defender la realidad de la obligatoriedad del derecho contra el re-

31. Ibid. 267.

32. Ibid. 267-268.

33. Ibid. 243.

34. Ibid. 243. Hart vuelve a mostrar, en la conclusión, que la introducción de la idea de una “razón para la acción perentoria e independiente del contenido” es necesaria para comprender el derecho, quienquiera tenga razón “en el más amplio debate entre el positivista jurídico y sus críticos”. Luego, se ve que son esos dos puntos los que él ha procurado compatibilizar a lo largo del artículo. Cfr. Ibid. 268.

duccionismo empirista, y eso era lo que daba sentido a una ciencia jurídica descriptiva "objetiva". Negada la objetividad de la normatividad jurídica, no se entiende cómo puede concebirse el derecho como "razones para la acción" que se imponen incluso contra los deseos e intereses de las personas "obligadas". Eso equivale a exigir el sometimiento de intereses y deseos "subjetivos" —pero muy reales— sin justificar objetivamente la exigencia; es decir, que unos se sometan irracionalmente a los intereses y deseos subjetivos de otros. Si las reglas no pueden concebirse como razones *objetivas* para la acción, no son razones en absoluto, y quien pregunta "¿por qué he de obedecer?" encontrará como respuesta una voluntad que se le impone.

## SOBRE LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE JORGE MILLAS

ENZO SOLARI ALLIENDE \*

Este artículo intenta, en primer lugar, condensar en sus rasgos básicos la filosofía jurídica del pensador chileno Jorge Millas. Enseguida, propone las vías que ha de seguir una adecuada crítica de dichas ideas. Y por último, procura examinar con alguna rigurosidad la teoría de los valores en la que se apoya la axiología del derecho construida por Millas.

### 1. *Síntesis de la filosofía del derecho de Jorge Millas.*

La filosofía del derecho de Jorge Millas se halla, íntegramente, en su obra homónima <sup>(1)</sup>. Pues bien: de los diez capítulos de ella, Millas dedica los tres primeros a acotar el perfil y las tareas de la filosofía jurídica, reservando los restantes para el estudio de las diversas cuestiones de que trata tal filosofía. Estas serán, pues, las dos partes que compondrán la exposición —un parafraseo, generalmente, y por momentos, una cita textual— de la idea de derecho de Millas.

---

\* Ayudante en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso.

1. *Filosofía del Derecho* (Universitaria, Santiago de Chile 1961).