

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 2000

### DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
2000

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL N° 18  
2000

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Valparaíso, Central de Chile, de Concepción, de Chile, de Los Andes, del Mar, Diego Portales, Finis Terrae, de la República y de Valparaíso.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de esta obra.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. - 0170 - 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL  
Errázuriz 2120 - Valparaíso

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2000

## DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1999 - 2001)

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 correspon-  
dencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

Este número del Anuario de *Filosofía Jurídica y Social* corres-  
ponde a 2000 y aparece a inicios del segundo semestre de 2001, año este  
último en que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social cum-  
ple 20 años de existencia.

En efecto, nuestra Sociedad fue fundada el año 1981, en  
Valparaíso, y celebrará su vigésimo aniversario en el mes de diciembre  
de 2001, ocasión en la que contaremos con la presencia de Eugenio  
Bulygin, Presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del  
Derecho y Filosofía Social, de la cual nuestra corporación es una de sus  
secciones nacionales a lo largo del mundo.

Por lo dicho previamente, el número próximo del *Anuario de Fi-  
losofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2001, el cual esperamos en-  
tregar en el primer semestre de 2002, será el número de aniversario de  
la sociedad, esto es, aquel que dará cuenta de nuestros 20 años de exis-  
tencia.

En cuanto al presente número del Anuario, en él, luego de la  
habitual sección *Estudios*, se incluye una sección *Ponencias*. En esta sec-  
ción se reproducen las ponencias que fueron presentadas en la IV Jor-  
nada Chilena de Filosofía del Derecho, que fue organizada por nuestra  
Sociedad y por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. La  
mencionada jornada fue convocada con el título "*El derecho en la pers-  
pectiva de los cambios culturales*".

bajo intelectual era indisoluble de la conversación, es decir, de esa forma de encuentro por medio de la palabra en que las personas se perciben a sí mismas como iguales. Los más jóvenes, luego de conversar con él, y ser hechizados por la atención que él les prestaba, salían convencidos de que valía la pena ejercitarse en el oficio intelectual y de que la amistad era, también, una forma de enseñanza.

El año que recién pasó —y cuando quienes participamos del Sela volvimos, una vez más, a encontrarnos— nos sorprendió la noticia de su enfermedad inútil. Luego nos asaltó la noticia de su muerte. Debo confesar que, en mi caso al menos, esa noticia inesperada —y por lo inesperada, terrible— produjo la sensación de lo inacabado. Alguna vez discutimos severamente en público y no obstante que nuestro debate acabó cuando él guardó silencio, después tuve la sensación de que la razón había estado de su lado. Seguramente él, fiel a sus convicciones y a su capacidad de oír, prefirió que me diera cuenta por mí mismo. Frente a su muerte sólo puedo decir que es una lástima que personas como él tengan que morir.

## REVISIONES

mente yuxtapuestas, sino que es posible presentarlas bajo la forma de un sistema, son algunos de los aspectos del derecho sobre los que reflexiona Agustín Squella, sin abandonar nunca ese tono sensible a la complejidad de las cosas que caracteriza su trabajo. En su conjunto, el texto ensaya una caracterización del derecho que estaba presente ya en trabajos tempranos de su autor —v.gr. en *Derecho, desobediencia y justicia*— y conforme a la cual el derecho es un fenómeno normativo en el que se entrelazan, sin embargo, una dimensión fáctica y una valorativa. Es cierto, sugiere Agustín Squella, que el derecho consiste ante todo en normas; pero es cierto también que estas normas están infectadas de facticidad y que subyace en ellas una inevitable valoración de las acciones que pretenden regular. Todo ello —y este texto lo muestra con lucidez— exige indagar en cuestiones éticas y hasta cierto punto sociológicas si se quiere, en verdad, comprender el derecho.

Pero al margen de su contenido —absolutamente superior a buena parte de las obras relativas a este tema disponibles en español— el trabajo de Agustín Squella destaca, sobre todo, por la tonalidad de su escritura. Su estilo sin estridencias, consciente de su propia falibilidad y atento, como digo, a la complejidad de las cosas, es toda una lección intelectual para quien se acerca a él. Hay que alegrarse por este texto que —cosa rara en un libro de derecho— es toda una muestra de oficio intelectual.

Carlos Peña González

AGUSTIN SQUELLA NARDUCCI: *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, (páginas 576) \*

Este trabajo del Profesor Squella se estructura en seis capítulos, cada uno de los cuales posee un orden interno coherente con el objetivo del libro, esto es, introducir al lector en el conocimiento y análisis del derecho, considerado como fenómeno jurídico y como ciencia social que trata precisamente de explicar el alcance, los límites, la estructura y los conceptos jurídicos fundamentales.

Muchos autores de tratados jurídicos introductorios conciben su trabajo desde un punto de vista puramente funcional y práctico, sin intentar asumir una idea, una concepción del derecho o una teoría de la fundamentación desde la cual emerja un modo científico de explicar, clasificar e interpretar los conceptos, las instituciones y las relaciones entre estos diversos factores. Aunque el propio autor llama a su libro "manual", creo que hay en él muchos más que eso si, sobre todo, por manual se entiende un texto introductorio, no crítico y carente de una fundamentación racional de fondo. Squella reclama para sí una determinada visión jurídica que, desde luego, extrae de la tradición positivista moderna y contemporánea, pero que somete a un cuidadoso escrutinio para decantar, a partir de ella, su propia manera de concebir el derecho.

\* Esta recensión fue publicada antes en Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, diciembre de 2000.

La concepción jurídica que emerge de este tratado se debe, por un lado, a la experiencia académica del autor —Profesor de Introducción al Derecho por más de treinta años—, a su afiliación intelectual (se percibe en seguida una admiración por el pensamiento jurídico principalmente de Kelsen, Bobbio y Hart) y, desde luego, a su talante democrático, tolerante y pluralista que le permite examinar desapasionadamente los diversos argumentos jurídicos, éticos y políticos, sin adherirse incondicionalmente a ninguno de ellos en especial aunque eso no implica que el autor no tenga sus propias preferencias en este terreno.

El Capítulo primero, “Derecho, sociedad y normas de conducta”, aborda de manera introductoria estos conceptos y sus relaciones con la vida social y jurídica.

En el Capítulo segundo, “El concepto de derecho, las relaciones entre derecho y moral y los derechos fundamentales de la persona”, se exponen y se examinan los diversos puntos de vista que tradicionalmente han sostenido y sostienen las principales corrientes jurídicas y filosóficas. Particularmente interesante resulta su didáctica y detallada discusión acerca del origen, evolución y sentido que cobran hoy día los derechos fundamentales, especialmente en un estado democrático y de derecho.

El Capítulo tercero, “Las fuentes del derecho”, versa sobre las fuentes formales y materiales con una adecuada discusión y variados ejemplos que sin duda ayudarán al lector y al estudiante a comprender mejor esta materia.

En el Capítulo cuarto, “El ordenamiento jurídico”, se distingue prolijamente entre los conceptos de orden jurídico, ordenamiento jurídico, sistema jurídico y comunidad jurídica y se aborda el problema de la relación, siempre compleja, entre validez y eficacia.

El Capítulo quinto, “Interpretación e integración del derecho”, consta de dos partes. En la primera se establecen las nociones básicas, se analiza y explica el tema de la interpretación de la ley, se exponen algunas doctrinas acerca de la interpretación y se concluye explicando el problema que representa la interpretación de otras fuentes jurídicas como los tratados internacionales, la costumbre, los contratos y las sentencias judiciales. En la segunda parte se estudia el problema de la integración del derecho y los métodos de integración de la ley.

A medida que el autor despliega la temática bajo análisis va mostrando las teorías e ideas principalmente de los grandes juristas y filósofos del siglo XX, lo que permite quedar al lector perfectamente informado —y también motivado para posibles búsquedas ulteriores— de los principales argumentos jurídicos de pensadores como Kelsen (autor admirado por Squella y a quien sigue a la distancia a la hora de enfrentar los problemas teóricos más difíciles), Hart, Bobbio, Ross, Feces Barba, Rawls, Dworkin, Bodenheimer, Henkel, Pérez Luño, Radbruch, por nombrar sólo algunos. Una mención especial merece el rescate que Squella hace de algunas nociones jurídicas de gran interés propuestas por el filósofo chileno Jorge Millas en su otrora conocida y hoy casi totalmente olvidada *Filosofía del Derecho*.

Finalmente, en el Capítulo sexto, “Concepto y fines del derecho”, Squella regresa, ahora sobre la base de todo el desarrollo sistemático logrado, a meditar sobre el concepto, las funciones y los fines del derecho. En los dos primeros capítulos del libro se asume que el derecho es, en lo esencial, un conjunto de normas y que, por tanto, la norma constituye el centro gravitacional en torno al cual gira la actividad de los profesionales del derecho y los estudios jurídicos. Squella matiza esta concepción al admitir las críticas al normativismo provenientes del realismo jurídico y, principalmente, de Hart, lo cual le permite concluir “que el derecho es, constitutivamente, una específica normatividad reguladora de la conducta humana, sin perjuicio que, como tal normatividad que es, resulte necesariamente vinculado a determinados hechos, conductas, valores y valoraciones cuya identificación y comprensión son posibles a partir de la propia existencia del derecho como conjunto de prescripciones obligatorias y coactivas” (p. 508).

Cuando se trata de explicar el derecho de una manera racional, crítica y fundamentada, surgen inevitables problemas que el autor de una obra dedicada a la teoría jurídica no puede, e incluso no debe, evitar so pretexto de que se trata de cuestiones teóricas o filosóficas sin importancia práctica. Squella, como jurista y filósofo, se plantea la cuestión del fundamento, de la razón de ser del sistema jurídico y de la naturaleza del derecho y las enfrenta resueltamente.

En términos generales, el problema de fondo que aparece directa o indirectamente detrás de casi toda discusión jurídica rigurosa po-

dría plantearse de la siguiente manera: ¿en qué consiste y cuáles son los compromisos ontológicos y gnoseológicos que se está dispuesto a asumir como consecuencia de sostener determinados juicios o incluso opiniones en el terreno jurídico? Tomada conciencia de la situación en juego, se puede observar que la problemática implica al menos tres dimensiones que han de ser tenidas en consideración —y que Squella explica detallada y consistentemente en su libro— a la hora de asumir una teoría jurídica y a partir de ella tratar con los problemas prácticos y teóricos que implica el derecho. Esto es, una dimensión normativa, una axiológica y una realista. Si se pondera de manera principalísima la primera y se concibe la norma como la esencia del derecho, entonces se está asumiendo un positivismo jurídico fuerte. Desde este punto de vista quedarían fuera del estudio del derecho los aspectos éticos y morales ya que, formalmente, no aparecen registrados en el ordenamiento jurídico y, además, por principio, escapan a toda prueba científica, sobre todo si por prueba científica se entiende más o menos el criterio empirista de significado.

La postura axiológica, en cambio, sostiene en términos generales que además del derecho positivo, vigente, legislado o consuetudinario, existe, sin duda, un orden normativo quizá más sutil, anterior al derecho legislado e, incluso, en su versión más fuerte, sostiene que este orden normativo es —y así debe ser considerado por la ciencia y la filosofía jurídica— el fundamento del derecho positivo. Esta versión adquiere, al menos, tres variantes. La primera sostiene que hay un derecho que emana de Dios y que está presente en la mente de todos los hombres por obra del Creador. La segunda, sostiene que incluso sin el concurso de la divinidad, es posible reconocer en la naturaleza racional del hombre un conjunto de valores normativos que mandan determinadas acciones y prohíben tajantemente otras. Tanto la versión uno como la dos afirman la universalidad e inmutabilidad de este derecho “no escrito” y, por tanto, sostienen y reclaman el primado del derecho divino o natural sobre el derecho humano o positivo. Una tercera versión, más morigerada, sostiene también que en realidad en toda comunidad social, y por ende jurídica, existe una serie de principios morales y éticos, anteriores al derecho positivo, fuentes reales del ordenamiento jurídico, asimilados por la comunidad a lo largo de los siglos y estabilizados

como valores y creencias históricas permanentes como consecuencia de la socialización. Estos principios prácticos serían más fuertes que las normas jurídicas y, en caso de conflicto, deberían prevalecer.

El realismo, en cambio, sostiene que la verdadera explicación de lo que es el derecho no está ni en la idea de norma, ni mucho menos en un supuesto orden normativo universal anterior y superior a la realidad jurídica empírica. El centro del derecho está en la realidad, entendiendo por tal el conjunto complejo de actos y actividades que llevan cotidianamente a cabo las personas que profesional o accidentalmente se relacionan con el derecho. Naturalmente que, de acuerdo a este punto de vista, las normas que rigen y determinan el sistema y los valores o estimaciones que sostiene y defiende la gente, son parte de la realidad jurídica, pero en modo alguno constituyen el factor esencial.

¿Cómo se posiciona Squella en esta problemática? Comienza observando que toda interpretación y determinación del objeto implica la presencia de algunos presupuestos que condicionan la selección (p. 495). Sostiene que una exposición del derecho “debe intentar dar cabida a todos los aspectos o elementos que muestran la realidad de ese determinado dato o fenómeno, a la vez empírico e histórico, que se denomina derecho” (p. 496). Entre estos datos o presupuestos distingue, principalmente, los siguientes: primeramente la persona, en cuanto ésta es el centro del derecho y éste sólo alcanza sentido por causa de ella; seguidamente, el derecho se nos aparece, sostiene, como un producto de la vida social, ya que sólo en sociedad tiene sentido hablar de derecho. Con todo, la dimensión más decisiva del derecho es, y no puede dejar de serlo, la normativa. Sin embargo, de que el derecho muestre como su rasgo más distintivo su carácter sistemático-normativo no se sigue que esta propiedad sea la exclusiva. Como se ha dicho, asume el avance de la teoría jurídica contemporánea que incorpora otros factores, como la dimensión valorativa que es real en cuanto implica hechos, conductas y estimaciones que, puestas en una determinada conexión con las normas, se hallan estructuralmente ligadas a ellas.

Así concebidos los ingredientes que conforman el fenómeno jurídico, Squella sostiene que una teoría del derecho debe tener en consideración que éste es cosa del hombre, que es forma de vida social y que requiere y demanda cierta igualdad entre los hombres a quienes rela-



ciona y cuyos conflictos e intereses encauza, sin excepciones (cf., p. 497). Estos antecedentes complementan su afirmación más rotunda según la cual, reconocido todo lo anterior, debe quedar claro que el derecho, ante todo, consiste y se nos presenta como una específica normatividad reguladora de la conducta humana (cf., p. 503).

Parece quedar claro, en consecuencia, que Squella asume, a la hora de explicar el derecho, una concepción positivista, si por positivismo se entiende la teoría que sostiene que la norma positiva es el ingrediente esencial del derecho en torno al cual se ordenan todos los demás. El positivismo de Squella es en todo caso moderado, comparado con el de Kelsen y el de otros juristas contemporáneos.

¿Ha logrado Squella, podemos preguntarnos, resolver el conflicto sempiterno que enfrenta principalmente a positivistas y a iusnaturalistas por la cuestión de la supremacía de una explicación racional y justa del derecho? Claro que no; y ello porque posiblemente se trata de un problema aporético, es decir, sin solución. Lo que sí ha quedado de manifiesto es el espíritu de diálogo, tolerancia y pluralismo con el que el autor discute los argumentos y propone sus puntos de vista, en la convicción de que en las cuestiones relativas a la teoría y a la filosofía jurídica no hay cosa juzgada ni verdad que se alce con pretensiones de eternidad. En materia de ciencia, filosofía o teoría jurídica todo es revisable y objeto de análisis y discusión racional. De este ethos da cumplida cuenta el excelente libro de Squella que estamos comentando.

Cualquiera sea la perspectiva asumida en materia de teoría y filosofía jurídica, siempre habrá problemas que quedan sin resolver o cuya solución no es enteramente satisfactoria, según el punto de vista desde el que se mire. Creo que también en este competente y esclarecedor trabajo de Squella reaparecen algunos problemas que una teoría positivista, por moderada que sea, no puede resolver. Por ejemplo, a la hora de tratar el problema de las valoraciones o estimaciones, como los ideales de justicia, o la noción misma de justicia que de manera clara o confusa perviven en la conciencia de un pueblo y aún de toda la humanidad, me parece que Squella intenta resolver el enigma sosteniendo, por un lado, que estos ideales constituyen fuentes materiales del derecho. "En cuanto a la significación jurídica, sostiene el autor, de estas valoraciones socialmente dominantes, debemos decir, en primer término,

que ellas pueden obrar como fuentes materiales del derecho en cuanto se nos presentan como uno de aquellos factores —y quizás de los más poderosos— que pueden determinar la aparición y el contenido prescriptivo de las normas jurídicas vigentes..." (p. 502).

Pero si ello es así —y así lo creo yo personalmente—, es lógico pensar, como lo haría un iusnaturalista, que las valoraciones, y muy en especial los ideales de justicia, no pueden *presuponer*, como por otro lado sostiene Squella (cf. pp. 505, 508), la previa existencia de un ordenamiento jurídico positivo porque entoces no pueden ser propiamente fuentes materiales del derecho ya que no están antes, sino que devienen y se integran al ordenamiento jurídico una vez que éste ha sido promulgado y se encuentra en vigencia.

Espero que la comunidad jurídica, los profesores y los estudiantes de derecho lean y estudien este texto por sus innumerables bondades: estilo claro y lineal, sentido didáctico, rigor científico y, sobre todo, un esfuerzo destinado no sólo a repetir lo que otros ya han dicho sino, principalmente, a reelaborar a la luz de la investigación contemporánea los conceptos fundamentales de que se vale la teoría jurídica para explicar la naturaleza, los límites y el alcance del derecho.

Juan Omar Cofré Lagos