

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 2003

### ESTUDIOS DE TEORIA DEL DERECHO



ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 21 / 2003

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
2003

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 21  
2 0 0 3

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

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 este volumen.



Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL  
Errázuriz 2120 - Valparaíso  
E-mail: edeval@uv.cl

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2003

## ESTUDIOS DE TEORIA DEL DERECHO

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO  
(2003 - 2005)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés,  
Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo,  
Joaquín García-Huidobro Correa, 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 3325, Correo 3,  
Valparaíso, o al correo electrónico [asquella@vtr.net](mailto:asquella@vtr.net)

PALABRAS PRELIMINARES

*La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social* presenta el número 21 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2003. Esta obra se edita desde 1983, esto es, dos años después de que la mencionada sociedad fuera fundada en Valparaíso como sección nacional de la *Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*.

El presente volumen se inicia con la sección *Estudios*, donde el lector encontrará 13 trabajos de teoría y filosofía del derecho de distintos autores nacionales y extranjeros.

Sigue a continuación la sección *In Memoriam*, con textos de Miguel Reale, Gregorio Peces-Barba, Gianni Vattimo, Celso Lafer y Agustín Squella, que fueron escritos en enero de 2003, con motivo de la muerte de Norberto Bobbio. En cuanto a la sección *Testimonio*, contiene el texto de las últimas voluntades de Norberto Bobbio, escritas por éste en 1999, al momento de cumplir 90 años, y que fueron dadas a conocer después de su muerte.

En cuanto a la sección *Debate*, contiene un texto de Fernando de Laire, titulado "Ser progresista en Chile al despuntar el siglo XXI. 25 tesis para un urgente debate".

Por último, la sección *Recensiones* contiene 9 comentarios bibliográficos sobre igual número de libros de interés de Ray Monk, Francis Fukuyama, Robert Dahl, Otfried Höffe, Tadeusz Guz, Ricardo Guastini, Norbert Hoerster, Joaquín García-Huidobro y Cristóbal Orrego.

Tanto éste como los anteriores números del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* pueden ser solicitados a la Casilla 3325, Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico [asquella@vtr.net](mailto:asquella@vtr.net)

*Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*

RICCARDO GUASTINI: "Imágenes de la teoría del derecho", en Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, págs. 15-28.

1. Guastini retoma un planteamiento de Norberto Bobbio, según el cual correspondería distinguir "entre filosofías del Derecho escritas por filósofos y filosofías del Derecho escritas por juristas" ("Naturaleza y función de la filosofía del derecho", en Bobbio, *Contribución a la filosofía del derecho*, Torres, Valencia, 1980, p. 96).

En "Imágenes de la teoría del derecho" Guastini escribe (pp. 17-20):

Hacer filosofía del derecho, para un filósofo, consiste en asumir una u otra concepción del mundo y, desde ella, extraer léxico, conceptos y principios preconstituidos para responder (también) de un modo sistemático a los problemas del derecho (y/o de la justicia). Tales problemas se afrontan, de este modo, a partir de las soluciones ya previstas para problemas de una naturaleza totalmente distinta, y no desde 'el interior' de la experiencia jurídica. Por ello, pueden encontrarse sistemas de FD [filosofía del derecho] elaborados por filósofos que no conocen en absoluto el derecho, o tienen un conocimiento del mismo muy vago y superficial [...]. En otras palabras, los filósofos están esencialmente interesados en determinar los confines del reino del derecho, sin cruzarlos en modo alguno. No están interesados en absoluto en los conceptos 'internos' de la experiencia jurídica, esto es, en los conceptos empleados por los juristas en la interpretación o en la sistematización de las normas jurídicas [...]. En principio, la FD de los juristas no está interesada en determinar el concepto de derecho ni tampoco en establecer ningún concepto de justicia [...] uno u otro concepto de derecho —aceptado de un modo no siempre consciente y, de todas formas, sin problematizar— siempre forma parte de los presupuestos indiscutibles de todo jurista. Por otro lado, los juristas no

sienten la necesidad de interrogarse acerca del concepto de justicia (o sobre las problemáticas relaciones entre justicia y derecho), no porque carezcan de alguna concepción de la justicia, sino porque piensan que la justicia pertenece al dominio de la moral y no al de la ciencia jurídica. La FD de los juristas, o TD [teoría del derecho], no es más que el análisis lógico del lenguaje jurídico.

Dicho esto, debe reconocerse que hay una evidente diferencia entre la TD practicada por los juristas positivos y la TD practicada por los teóricos profesionales formados en la escuela de la filosofía analítica (una pequeña minoría, por otra parte, en el seno de los teóricos del derecho). Esa diferencia, en mi opinión, consiste en el uso consciente de algunos instrumentos de análisis. Así, hay instrumentos de análisis, elaborados sobre todo por los lógicos, que son usados de un modo consciente por los teóricos profesionales. Los mismos instrumentos, sin embargo, son utilizados también por los juristas en su trabajo teórico, aunque a menudo de una forma más rudimentaria y con menor rigor.

2. Pero hablar de una 'filosofía del derecho de los juristas', que no sería 'de filósofos', es —en cierto sentido— como hablar de una 'filosofía que no es filosofía'.

¿O cree Guastini que puede haber filosofías especiales —v. gr. del arte, del derecho, de la política— sin una fundamentación filosófica básica?

Hay, por cierto, quienes son objeto de la siguiente observación de Hegel, formulada en *Enciclopedia de las ciencias filosóficas* (Porrua, México, 1980, 4ª ed., § 5):

Esta ciencia tiene la mala suerte de que aun aquellos mismos que nunca se han ocupado de ella se imaginan y dicen comprender naturalmente los problemas que trata, y ser capaces, ayudados de una cultura ordinaria, [...] de filosofar y juzgar en filosofía.

3. Guastini asevera que para un filósofo hacer filosofía del derecho "consiste en asumir una u otra concepción del mundo" y afrontar los problemas "a partir de las soluciones ya previstas para problemas de una naturaleza totalmente distinta, y no desde 'el interior' de la experiencia jurídica".

No considera que pueda el filósofo proceder respecto del derecho de otra manera. Pero, como señalara Charlie D. Broad, junto a la 'filosofía especulativa' existe una 'filosofía crítica', que se ocupa del análisis de conceptos y juicios "usados en la vida práctica y en

las ciencias especiales" ("Filosofía crítica e especulativa", en J. H. Muirhead (ed.), *Filosofía inglesa contemporánea*, Bompiani, Milán, 1939, pp. 261 y 262).

4. Por otra parte, Guastini cree equivocadamente que "los juristas no perciben ninguna necesidad de interrogarse sobre el concepto de derecho" y "no sienten la necesidad de interrogarse acerca del concepto de justicia".

A juicio de Guastini, los problemas relativos a los conceptos de derecho y justicia serían concernientes a "los confines del reino del derecho". Los filósofos los afrontarían "a partir de las soluciones ya previstas para problemas de una naturaleza totalmente distinta".

En verdad, quienes afronten así estas cuestiones, a partir de soluciones previstas para problemas de una naturaleza "totalmente distinta", no las consideran debidamente. Ya Georges Renard criticó la mera "transposición de una filosofía general, previamente admitida", al ámbito jurídico (*Le droit, l'ordre et la raison*, Sirey, París, 1927, p. 6). A quienes así proceden son aplicables las siguientes palabras de Cicerón: "juzgan de lo que no conocen, y, sea cual fuere el sistema hacia el cual les empuje la tempestad, se aferran a él como el náufrago a la roca" (*Cuestiones académicas*, Libro II de las "Primeras cuestiones académicas", Espasa-Calpe, Madrid, 1972, p. 49).

5. Afirmar que "la FD de los juristas no está interesada en determinar el concepto de derecho ni tampoco en establecer ningún concepto de justicia" es discutible. Su determinación ha interesado siempre a los juristas.

El conocimiento de cuáles sean "los confines del reino del derecho" no podría serles irrelevante: ellos fijan también los límites de su actividad. Quien vuelca su atención hacia cierto derecho positivo, sin reflexionar sobre la naturaleza de sus disposiciones ni examinar su situación en la sociedad, no merece ser llamado 'jurista'.

¿No intervienen los juristas en la confección de las leyes? ¿No les corresponde entonces preocuparse por la justicia de las normas que ellas establezcan? ¿No preguntan por la justicia de las diferentes instituciones? Y, si así es —lo que no puede negarse— ¿cómo puede pensarse que a ellos no les incumbe la justicia?

6. Aunque contrapone una 'filosofía del derecho de los filósofos' a otra 'de los juristas', Guastini asevera: "La FD de los juristas, o TD, no es más que el análisis lógico del lenguaje jurídico".

Mas el análisis lógico del lenguaje jurídico hace uso de una disciplina filosófica: la lógica formal. No es aventurado pensar entonces que una 'FD de los juristas', sin filósofos, no realizará bien su tarea.

El propio Guastini reconoce que "hay instrumentos de análisis, elaborados sobre todo por los lógicos", que "son utilizados también por los juristas en su trabajo teórico, aunque a menudo de una forma más rudimentaria y con menor rigor".

7. Como observara Georges Kalinowski, la lógica jurídica "exige conocimientos lógicos suficientes", que "no pueden ser adquiridos por el futuro jurista en el curso de sus estudios secundarios" ("Sur l'enseignement de la logique dans les facultés de droit", *Archives de Philosophie du Droit* 15, 1970, pp. 319-329).

Pero hay que reconocer, igualmente, que la filosofía jurídica, como disciplina filosófica especial, ha de basarse en una adecuada información —relativa a la experiencia jurídica— y fundarse en la filosofía general. No hay filosofía jurídica desvinculada de la filosofía general.

Como bien dijera Ronald Dworkin, "ningún problema filosófico del que valga la pena hablar, puede separarse del cuerpo general de la filosofía" ("Filosofía y política", en B. Magee, *Los hombres detrás de las ideas. Algunos creadores de la filosofía contemporánea*, F.C.E., México, 1993, reimp., p. 276).

8. Sin cuestionar la afirmación de Guastini de que "pueden encontrarse sistemas de FD elaborados por filósofos que no conocen en absoluto el derecho", es conveniente advertir que mientras ningún jurista puede hacer filosofía del derecho sin asumir el oficio de filósofo, un filósofo puede, en cambio, contribuir a la filosofía jurídica sin ser un jurista de profesión.

Basta, por ejemplo, preguntar, sin salir de la época moderna, si fueron juristas profesionales Hobbes, Spinoza, Locke, Hume y Kant. De ellos sólo Hume hizo algunos estudios de derecho, que abandonó para consagrarse a la actividad literaria y filosófica (cf. "My

own life", en R. Wollheim (ed.), *Hume on religion*, Collins, Londres, 1968, reimp., pp. 271-272).

9. Las fuentes de conocimiento jurídico no están situadas únicamente al alcance de los juristas.

El derecho no se reduce al 'discurso legislativo' y el trato con lo jurídico no se limita a una "actividad de interpretación, manipulación y sistematización" de ese lenguaje.

Todos los miembros de la sociedad participan en la vida del derecho. "Para evaluar un derecho y una cultura jurídica —hemos afirmado— hay que conocer también el conjunto de convicciones, creencias, puntos de vista, maneras de sentir, de pensar y de actuar que acerca del derecho prevalecen en el pueblo común" (*Derecho, cultura y sociedad*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2001, p. 219).

10. Guastini —que sostiene que la 'filosofía del derecho de los juristas' "está muy estrechamente ligada a la idea de la filosofía característica del empirismo y, en particular, de su desarrollo más coherente: la filosofía analítica contemporánea" (p. 19)— también asevera (p. 27):

El trabajo de los teóricos, por su parte, es una reflexión crítica acerca del discurso de los juristas: por ello es, precisamente, una metajurisprudencia o filosofía de la ciencia jurídica.

Entendiendo por 'ciencia jurídica' a la dogmática jurídica, declara asimismo (pp. 26-27):

la dogmática y la TD no tienen el mismo objeto: la dogmática versa acerca del derecho, en tanto que la TD versa sobre la propia dogmática.

La línea de demarcación entre las dos disciplinas puede ser clarificada con una simple noción lógica: la dogmática y la teoría del derecho se colocan en dos niveles del lenguaje distintos.

Si se concibe el derecho —al estilo de Bobbio— como un lenguaje, se puede decir que la dogmática se ocupa del discurso del legislador (el "derecho"), mientras que la teoría del derecho se ocupa —a pesar de su nombre— no propiamente del derecho sino, más bien, del discurso de la propia dogmática.

11. La 'teoría del derecho' de Guastini no es, pues, una teoría del derecho, sino una teoría de la dogmática jurídica. Para el autor, ésta

última realiza “típicamente, una actividad de interpretación, manipulación y sistematización del discurso legislativo” (p. 27).

Consciente de que se aparta del uso comúnmente dado a la expresión ‘teoría del derecho’, el autor escribe (p. 24):

Esta concepción de la TD quizá no haya sido nunca elaborada por nadie explícitamente (excepto por mí mismo, en *Lezioni di teoria analitica del diritto*, 1982, Introducción).

Pero en Chile Aníbal Bascañán Valdés ya presentó en 1972 una ‘teoría general del derecho’ como ‘teoría de la ciencia jurídica’ en sus *Anotaciones para un curso de teoría general del derecho (como teoría de la ciencia del derecho)*, que circularon como apuntes mimeografiados. Una parte, intitulada “Los principios de la ciencia general del derecho”, fue publicada en el número 7, correspondiente a 1989, del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (pp. 61-90).

12. La concepción de Guastini corresponde a una visión iuspositivista que jibariza a los juristas.

Como los juristas imaginados por él “no perciben ninguna necesidad de interrogarse sobre el concepto de derecho” y “no sienten la necesidad de interrogarse acerca del concepto de justicia”, les sería aplicable el juicio de Julius Hermann von Kirchmann, quien en una célebre conferencia pronunciada en 1847 —traducida por Antonio Truyol y Serra como *La jurisprudencia no es ciencia* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983)— expresó (pp. 28-29 y 55):

¿Cuál es el contenido de tanto comentario y tanta exégesis? ¿Cuál el de tantas monografías, cuestiones y meditaciones, de tantas disertaciones y colecciones de casos prácticos? [...] Las nueve décimas partes, y más, se ocupan de las lagunas, los equívocos, las contradicciones de las leyes positivas; de lo que en ella hay de falso, de anticuado, de arbitrario. Su objeto es la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador [...] tres palabras rectificatorias del legislador convierten bibliotecas enteras en basura [...] Ese tan ponderado perfeccionamiento del derecho por los juristas, de que vemos que hablan ahora todos los manuales, sólo se refiere a la filigrana del detalle nimio. Poner los cimientos y levantar enérgicamente el edificio nuevo, no pueden hacerlo los juristas.

13. Además de una teoría de la dogmática, los juristas necesitan una teoría de la ciencia jurídica integral, a la cual no sólo le cabe describir, interpretar y sistematizar las normas jurídicas vigentes. También le incumbe evaluarlas y formular explicaciones, predicciones y leyes, en relación con esas normas, las autoridades que las dictan y las personas regidas por ellas.

Por esto hemos dicho que “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 *et al.*, *En el umbral del siglo XXI. ¿Nuevos conceptos e instituciones jurídicas?*, Edeval, Valparaíso, 1989, p. 82).

*Manuel Manson*