

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

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

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

NORBERT HOERSTER: "En defensa del positivismo jurídico", en Hoerster, *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, 2000, págs. 9-27.

1. En su estudio "En defensa del positivismo jurídico" sostiene Hoerster que "en el centro del positivismo jurídico se encuentra la tesis de la neutralidad", según la cual "el concepto de derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido" (pp. 16 y 11).

Al respecto expresa (p. 12):

El iuspositivista exige que el concepto de derecho sea definido a través de criterios puramente formales, neutros con respecto al contenido. Por lo tanto, desde el punto de vista del *concepto* del derecho, el derecho vigente puede tener cualquier contenido. Normas tan extremadamente inmorales o injustas como las leyes racistas en la Alemania de Hitler o en la actual Sudáfrica caen bajo el concepto de derecho si responden a los principios constitucionales internos del respectivo orden jurídico.

2. Hoerster plantea que "necesitamos un tal concepto valorativamente neutro porque a menudo —como juristas y como ciudadanos— no estamos interesados, o no lo estamos primordialmente, en una valoración moral de las normas estatalmente vigentes sino que simplemente queremos saber si una determinada norma en una determinada sociedad, en un sentido valorativamente neutro, es o no derecho vigente" (pp. 21-22).

Y en "La teoría iusfilosófica del concepto de derecho" —ensayo incluido también en el volumen *En defensa del positivismo jurídico*— asevera (p. 140):

Si se prescinde de su inmoralidad, una ley moralmente dudosa, pero dictada dentro del marco del orden jurídico vigente, posee —sea que el filósofo

del derecho la califique o no de 'derecho válido'— todas las propiedades que también posee una ley moralmente inobjetable: ha sido dictada de acuerdo con la Constitución vigente. Es aplicada e impuesta por las autoridades jurídicas. Y, si alguien le niega obediencia (a causa, por ejemplo, de su inmoralidad), tiene que contar con las consecuencias habituales de una violación del derecho. Todos estos hechos no pueden ser eliminados optando por una definición del derecho antipositivista, con connotaciones morales.

3. El autor reconoce que “los antipositivistas hablan de *derecho positivo* y contraponen a este derecho positivo el derecho moralmente aceptable como el *derecho* propiamente dicho” (p. 20).

Pero cree que “un tal uso del lenguaje puede tan sólo conducir a confusión”. A su entender, “de acuerdo con él, el concepto de derecho *positivo*, es decir, del derecho moralmente neutro, tendría que ser entendido de una manera más amplia que el concepto de derecho” y “existirían derechos positivos que ni siquiera serían derecho” (pp. 20-21).

4. Resulta admisible, empero, la incorporación de expresiones como 'derecho positivo' y 'derecho propiamente tal', mientras puedan ser utilizadas sin equívocos.

Cabría decir:

Las normas que “responden a los principios constitucionales internos” del estado nacional-socialista son de 'derecho positivo'; mas constituyen '*derecho* propiamente dicho' sólo aquellas que son 'moralmente aceptables'.

No hay que convertir a los dos conceptos en rivales.

5. Hart, que considera que “nada se ha de ganar en el estudio teórico o científico de las leyes como fenómenos sociales” aplicando un concepto como el de '*derecho* propiamente dicho', piensa que su utilización correspondería a una propuesta para “dejar a otra disciplina” el estudio de las reglas excluidas por tal concepto (*The concept of law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 205).

Pero no se trata de “dejar a otra disciplina” ese estudio. Las leyes, como fenómenos sociales, esto es, como 'derecho positivo', pueden constituir o no un “derecho moralmente aceptable”: ellas son, como dijera Tomás de Aquino, “justas o injustas” (*Summa theolo-*

gica, I-II, q. 96, a. 4, Encyclopaedia Britannica, Inc., Chicago, 1952). Precisamente por esto, la ciencia jurídica puede efectuar un examen al respecto y emplear también —aunque no solamente— un concepto como el de '*derecho* propiamente dicho'.

6. Sin duda, no se justifica proseguir con la controversia iuspositivismo-iusnaturalismo, en cuanto disputa sobre usos de la palabra 'derecho'. Debieran efectuarse, como hemos planteado, “confrontaciones racionales de diferentes modos de definir términos tales como 'derecho', 'norma' y 'validez', entendiendo que para distintos fines pueden admitirse acepciones diferentes de estos mismos vocablos” (*Filosofía del derecho*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2003, p. 433).

Sin embargo, hay que advertir que, superados los estériles enfrentamientos por el uso de palabras como 'derecho' y 'válido', permanecen en pie las preguntas relativas a los criterios del 'derecho recto' y la 'obligatoriedad' de las leyes positivas.

7. Según Kelsen, “el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto” (*¿Qué es justicia?*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina), 1957, n. 32).

Pero con razón Carlos Santiago Nino, en “Justicia” —en E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia* (Trotta— Consejo Superior de Investigaciones Científicas— Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996)— manifiesta (p. 469):

Por cierto que cuando formulamos un juicio de justicia no podemos excluir la posibilidad de que otros formulen juicios de justicia opuestos, lo mismo que ocurre con juicios de cualquier otra índole. Pero sí parece que estamos lógicamente comprometidos a rechazar tales juicios, o sea, a considerarlos falsos o inválidos. No parece tener sentido sostener, por ejemplo, «la pena de muerte es injusta, pero bien podría ser justa».

Hay que tener presente, además, que los mismos ordenamientos de derecho positivo se presentan con una 'pretensión de corrección'. Como precisa Robert Alexy, ésta se relaciona “con el acto de establecer una constitución” y “en este caso se trata, principalmente, de una pretensión de justicia” (“Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, en R. Vázquez (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, p. 130).

8. Es cierto que, como observara Eugenio Bulygin, “ni la pretensión de la corrección moral de la regla de reconocimiento, ni la pretensión de legitimidad de las autoridades y funcionarios implican por sí la corrección moral o justificabilidad de las normas jurídicas que pertenecen a un orden jurídico positivo” (“¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?”, en R. Vázquez (comp.), *Derecho y moral*, p. 223).

Mas no lo es menos que el mismo derecho reclama un fundamento moral. Por esto, la pregunta por los criterios del ‘derecho recto’ reviste especial importancia.

9. Hoerster entiende que “no es contradictorio creer en criterios objetivamente válidos del derecho recto y concebirlos a éstos como principios de la *ética* jurídica —es decir, como principios acerca de cómo *debería* ser razonablemente el derecho— y no como criterios definitorios del derecho efectivamente vigente” (p. 15). Pero expresa que no cree “en la posibilidad de la fundamentación de criterios suprapositivos del derecho recto objetivamente válidos” (p. 25).

A juicio de Hoerster, “puede perfectamente sostenerse que el positivismo jurídico, en el *sentido pleno* de la palabra, debe ser definido como aquella posición que abarca”, además de la ‘tesis de la neutralidad’, la ‘tesis del subjetivismo’ (p. 15) —según la cual “los criterios del derecho recto son de naturaleza subjetiva” (p. 11)—.

10. Con todo, afirma Hoerster que “la renuncia a una fundamentación objetivista de las normas en modo alguno tiene que tener *consecuencias relativistas* tan radicales como suele suponerse” (p. 25).

Al respecto, plantea (pp. 26 y 27):

Los criterios normativos, las normas supremas (tanto del derecho como de la moral) no son *verdades encontradas* por los hombres en una realidad metafísica sino *instrumentos de la convivencia social inventados* o creados por los hombres: los individuos que ponen en vigencia ciertas normas (como, por ejemplo, la prohibición de matar o de violar las promesas o los contratos) llevan, en el grupo o en la sociedad en la que viven, una vida mejor, pueden realizar más eficazmente sus respectivas necesidades e intereses que en el caso en que viviesen sin tales normas [...] En principio, como enfoque de fundamentación,

bastan los intereses de supervivencia de las personas reales y la intelección en los medios empíricamente adecuados para la realización de estos intereses.

11. Al atender a los “medios empíricamente adecuados” para la realización de las “respectivas necesidades e intereses” y el logro de una “vida mejor”, Hoerster se aproxima al objetivismo ético —el cual no tiene por qué presuponer, como cree el autor alemán, una realidad que “sólo podría ser de naturaleza extraempírica”, una “realidad *metafísica*” (p. 25)—. Pero se aparta de él al sostener en “*Ética jurídica sin metafísica*” (en *En defensa del positivismo jurídico*, pp. 67 y 70):

todo enunciado que diga que una determinada acción es ‘correcta’ o que una determinada norma está ‘fundamentada’ debe ser entendido como expresión del interés de quien formula este enunciado. [...] *A* tiene perfectamente el derecho de abogar *por* y *B* el derecho de abogar *contra* la vigencia de una prohibición general de matar y hasta luchar por sus respectivas posiciones. Quién habrá de imponerse aquí es, en realidad, una *cuestión de poder*. [...] Deberíamos dejar de contraponer a un orden jurídico basado en el poder otro orden jurídico que supuestamente estaría legitimado por un derecho superior.

Como el propio Hoerster admitiera en otro lugar, “los juicios morales tienen *pretensión de validez universal*” (“La fundamentación de las normas y el relativismo”, en Hoerster, *Problemas de ética normativa*, Alfa, Buenos Aires, 1975, p. 154).

Manuel Manson