

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2003

ESTUDIOS DE TEORIA DEL DERECHO



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



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

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2003

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

CRISTOBAL ORREGO SANCHEZ: *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Eunsa, Pamplona, 1997, XXX + 457 págs.

1. Este libro es la versión final de una tesis doctoral defendida en la Universidad de Navarra a principios de 1995, después de ser preparada también en las universidades de Londres y Oxford, a partir de 1991.

En él se examinan en profundidad los planteamientos de Hart sobre la “separación conceptual entre moral y derecho” y el “análisis valorativamente neutral del derecho”.

2. Orrego escribe (pp. 136 y 197):

El conocimiento del derecho positivo tal como es —justo o injusto— es posible y necesario. Lo que examinamos ahora es si tal tipo de estudio puede ser una ‘rama autónoma’ de estudio jurídico, y si debe o no serlo. [...] La cuestión históricamente debatida no era si la ciencia del derecho debía incluir o excluir el derecho positivo injusto, sino si debía incluir o excluir el estudio del derecho natural —de lo justo por naturaleza, antes de cualquier determinación positiva—, es decir, de los criterios morales de justicia aplicables al derecho positivo.

Pedro Serna en su “Prólogo”, refiriéndose al análisis de Orrego relativo a la tesis de la separación conceptual, expresa (p. XIX):

De su análisis se desprende que la tesis de la separación conceptual no permite deslindar adecuadamente la frontera entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo porque definido el Derecho como Derecho positivo, lo que afirma dicha tesis resulta aceptable para un iusnaturalista. En realidad, éste último también suscribe que la moralidad no forma parte del concepto de Derecho positivo *qua talis*. La propuesta iusnaturalista de no considerarlo Derecho

no puede significar la negación de su existencia, sino simplemente la insistencia en su no-obligatoriedad, porque para el iusnaturalista, es Derecho aquella norma que debe ser obedecida. Obviamente, sólo debe obedecerse el Derecho justo. En relación con el Derecho positivo considerado con independencia de su justicia o injusticia, de acuerdo con la separación conceptual, también el teórico iusnaturalista rechaza el deber de obediencia.

3. Con razón, Orrego afirma que “la referencia a fines y valores es indispensable para explicar el concepto de derecho positivo” (p. 147). A su entender, “comprender el derecho positivo como obra de la voluntad y de la razón supone comprender los bienes para la comunidad política que con el derecho se persiguen: el bien común y las especies de justicia” (p. 183).

El autor observa (pp. 183-184, 245 y 325-326):

La tesis iusnaturalista clásica es simplemente que el concepto de derecho en general no puede definirse sólo mediante un aspecto —su positividad—, sino que es necesario incluir su finalidad de bien común. [...] Una regla de derecho, incluso si es injusta, se reconoce por referencia los fines de justicia. La comprensión de los regímenes jurídico-políticos corruptos acude a la misma noción de bien común, pero restringida, derivada. [...] El iusnaturalismo no dice que nada que sea derecho en sentido positivista [...] pueda ser inicuo, ni que nada inicuo pueda ser derecho en sentido positivista; sino que ningún ‘derecho’ en sentido positivista puede ser admitido como derecho en sentido iusnaturalista *si es inicuo*; o que nada que sea derecho *en sentido iusnaturalista* puede ser inicuo. [...] La teoría de la ley natural sostiene que las reglas son normativas o funcionan como tales porque pueden ser racionalmente comprendidas como señalando algo que, real o aparentemente, en sentido absoluto o bajo cierto aspecto, es un bien objeto de la voluntad.

4. Juiciosamente advierte Orrego: “el esfuerzo por entrenar a los hombres en la creencia de que ‘el derecho puede tener cualquier contenido’, en el mejor de los casos *deja abierta* la cuestión sobre si ha de resistirse alguna vez o no; por sí mismo, no se trata de un entrenamiento para resistir la injusticia” (p. 233).

Según expresa Orrego, “el positivismo describe la ley injusta en cuanto a su contenido positivo, sin detectar por sí mismo su justicia o injusticia —v. gr., diría ‘la ley nazi condena a estos hombres por ser judíos’ con la misma ‘neutralidad’ con que diría ‘la ley inglesa protege el libre comercio’” (p. 245). Pero, como manifiesta asimismo el autor, “cabe una teoría jurídica analítica no positivista, la

cual no admite que la valoración sea excluida de la ciencia del derecho, y no deja por eso de buscar un método y estilo de análisis riguroso de los problemas jurídicos” (p. 286).

5. Orrego, es cierto, también atribuye a la ‘ciencia jurídica’ tareas de aprobación y censura —al hablar, por ejemplo, a propósito de la legislación nazi contra los judíos, de “su inmediata condenación como parte de la función de la ciencia jurídica” (p. 245)—.

Ya Dilthey aseveró que “como se han desarrollado, las ciencias del espíritu contienen, junto al conocimiento de lo que es, la conciencia del complejo de juicios estimativos e imperativos, en el cual están ligados valores, ideales, normas, la tendencia a configurar el futuro”. Mas, como el mismo Dilthey admitió, “así se originan dos clases de proposiciones con una distinción primaria” (*Introducción a las ciencias del espíritu*, Revista de Occidente, Madrid, 1966, 2ª ed., p. 70).

6. Sin duda, no basta informar que una situación es injusta: moralmente se requiere actuar, para evitar su realización e impedir su extensión.

Mas no es lo mismo conocer que expresar alabanzas, proferir condenas o impartir directivas —aunque un científico, como ser humano, también las formule—.

Hay diferentes modos de decir. Santo Tomás distinguió, por ejemplo, a propósito de las ‘maldiciones’: “un modo, a manera de enunciación”, para “referir lo malo de otro” —que “consiste en la simple enunciación del mal”— de un “modo imperativo” y un “modo optativo”, “por los que se dice lo malo por modo imperativo o por modo optativo”, si “uno impera o desea el mal de otro” (*Suma teológica*, segunda sección de la segunda parte, cuestión LXXVI, art. I, versión castellana de Ismael Quiles, Club de Lectores, Buenos Aires, 1948, t. XI). Pero el único modo mediante el cual se expresan propiamente los conocimientos es el enunciativo.

7. Orrego considera que las “mejores aportaciones de Hart” “proviene de usar el método analítico para reflejar aspectos de la experiencia jurídica, pero la defensa del positivismo jurídico puso un límite a esta inclinación” (p. 430).

A juicio de Orrego, esta defensa fue en Hart “una necesidad moral-psicológica unida a la defensa de sus otras ideas morales”, sobre “la moralidad del derecho, la homosexualidad, el aborto, etc.” (p. 430).

8. En su libro Orrego afirma, con razón: “La reducción de las opiniones morales a lo ‘meramente privado’ deja como única moral públicamente reconocida aquella que se expresa en las leyes positivas” (p. 225).

Atinadamente el autor asevera (p. 225):

Lo extremadamente ingenuo es creer que se puede predicar el carácter meramente privado de los juicios morales, y que las leyes injustas se califiquen ‘como *meramente* inmorales o erróneas’, pero pretender luego que todo un pueblo o toda una profesión resistan esas leyes. ¿Cómo puede justificarse la imposición de preferencias ‘privadas’ por sobre los criterios ‘públicos’, si precisamente es lo público lo que se ha establecido para todos y lo privado aquello que cada uno dispone a su manera? La única forma, en nuestra opinión, sería considerar los criterios morales como públicos, y admitir respecto de ellos el estudio científico, la argumentación judicial y política, y su primacía definitiva —en principio, aunque sea difícil su determinación— sobre la voluntad creadora del derecho positivo.

El profesor Orrego declara fundadamente, en esta valiosa monografía: “Una teoría general que no acuda a fines morales no puede explicar la realidad jurídica” (p. 428).

Manuel Manson

I N D I C E