

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2008

ESTUDIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO



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 Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2008

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 26
2008

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, del Mar y La República.

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

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

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

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2008

ESTUDIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2006 - 2008)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, 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 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 26, correspondiente al año 2008, y del cual se hace entrega en el segundo semestre de 2009. En proceso de edición se encuentra el número 27 de esta obra, correspondiente a 2009, el cual incluirá las ponencias que autores chilenos presentaron este año en la Tercera Jornada Argentino Chilena de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que tuvo lugar en Mendoza en el mes de mayo de 2009. En cuanto a la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, ella tendrá lugar en 2011 en la Universidad de Valparaíso.

El presente volumen de nuestro *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* está dividido en 5 secciones, a saber, Estudios, Traducciones, Debate, Informe en Derecho, y Recensiones.

Sin perjuicio de lo que fue indicado al inicio de esta Presentación, estudios y recensiones destinados al número 27 del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* se esperarán hasta el 31 de diciembre de 2009.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

Sartori Giovanni *et al.*, "Consideraciones sobre alternativas semipresidenciales y parlamentarias de gobierno", en *Estudios Públicos*, 42, 1991.

Siavelis, Peter M.: *The President and Congress in Postauthoritarian Chile: Institutional Constraints to Democratic Consolidation*, University Park: Pennsylvania State University Press, 2000.

Siegel, Reva B.: "Text in contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective", en *U. Pa. L. Rev.*, Vol. 150, 2001.

Squella, Agustín (ed.): *La Evolución de la Cultura Jurídica Chilena*, Santiago: CPU, 1994.

Sunstein, Cass R.: *One Case at a Time*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

Tushnet, Mark: *Taking the Constitution Away from the Courts*, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

Waldron, Jeremy: *Law and Disagreement*, New York: Oxford University Press, 1999.

_____. *The Dignity of Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

Whittington, Keith E.: *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RECENSIONES

LA LUCHA POR EL DERECHO NATURAL (Actas de las Jornadas en homenaje a John Finnis, a 25 años de la publicación de *Natural law and natural rights: Cuadernos de Extensión Jurídica* (Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes) 13, 2006, 291 páginas).

1. Esta obra, editada por Santiago Legarre, Alejandro Miranda Montecinos y Cristóbal Orrego Sánchez, reproduce tres conferencias —“John Finnis. La lucha por el derecho natural”, de Cristóbal Orrego Sánchez (pp. 63-81), “Dworkin, Finnis y la <única respuesta correcta>”, de Carlos Ignacio Massini Correas (pp. 95-117), y “El pensamiento de John Finnis y el diálogo entre el iusnaturalismo y la tradición analítica en filosofía del derecho”, de Pedro Serna Bermúdez (pp. 151-169)—, junto con sendos comentarios (a cargo de Santiago Legarre, Roberto Moreno Rodríguez Alcalá y Pilar Zambrano, respectivamente).

2. El texto de las conferencias y comentarios es precedido por: (a) una “Presentación” de la obra, efectuada por Santiago Legarre y Cristóbal Orrego (pp. 13-25); (b) una carta de Finnis, dirigida a los participantes en las Jornadas, en la cual formula varias observaciones sobre la formación, sentido y alcance de *Natural law and natural rights* (pp. 31-35); (c) una “Evocación de la figura del profesor John M. Finnis”, por Mercedes Ales Uría (pp. 37-43); y un texto de Finnis, “Sobre la incoherencia del positivismo jurídico” (pp. 45-61), publicado originalmente en inglés (*Notre Dame Review* 75, 2000, pp. 1597-1611).

3. La edición se completa con siete ponencias: “El diálogo entre el pensamiento de John Finnis y la tradición romano-germánica”, de

Alfredo de J. Flores (pp. 183-192); "Convergencias y divergencias en el iusnaturalismo contemporáneo: John Finnis y Martin Rhonheimer", de Klaus Cohen Koplin (pp. 193-202); "Derechos humanos y ley natural: ¿continuidad o ruptura?", de Joaquín Migliore (pp. 203-228); "La infalibilidad en el conocimiento de los primeros principios de la ley natural. Análisis a partir de los textos tomistas", de Alejandro Miranda Montecinos (pp. 229-247); "El punto de vista interno en la filosofía del derecho de John Finnis", de Carolina Pereira Sáez (pp. 249-263); "La metodología de John Finnis y la gnoseología tomista: una comparación", de Elton Somensi de Oliveira (pp. 265-269); y "La hermenéutica como modo de pensar jurídico. Notas desde el iusnaturalismo a la doctrina de H. G. Gadamer", de Felipe Widow Lira (pp. 271-291).

4. Las Jornadas —en las que se presentaron tanto las conferencias y sus comentarios, como las ponencias y la evocación de la figura de Finnis— tuvieron lugar en junio de 2005 en la ciudad de Buenos Aires, convocadas por el Departamento de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de la Universidad Austral de Buenos Aires y por el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de los Andes de Chile.

5. Según advierte Finnis en "Sobre la incoherencia del positivismo jurídico", la doctrina clásica de la ley natural "no rechaza las tesis de que lo que ha sido puesto es positivo y lo que no ha sido puesto es no positivo" (p. 49). Pero, como el mismo Finnis observa en su carta, una cabal concepción de lo jurídico requiere "una comprensión firme y precisa acerca de la plenitud y el desarrollo, y por ende la naturaleza, de la persona humana" (p. 33).

Como bien afirmara Herbert Hart, la postura iusnaturalista de Finnis es "complementaria, en muchos aspectos, de la teoría jurídica positivista" (*Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983, p. 10). A juicio de Neil MacCormick, *Natural law and natural rights* —que "ha devuelto a la vida, para los estudiosos británicos, la teoría clásica, tomista y aristotélica, de la ley natural"— constituye "un hito intelectual, uno de esos contados libros que provocan un cambio permanente en el pensamiento propio, una modificación en el paradigma personal" ("Natural law and the separation of law and

morals", en R. P. George (ed.), *Natural law theory. Contemporary essays*, Oxford University Press, Oxford, 1992, p. 105).

6. Finnis acierta al considerar especialmente los bienes humanos básicos. Pero es controvertible su afirmación de que "los primeros principios de la ley natural, que especifican las formas básicas de lo bueno y lo malo", son "autoevidentes para cualquiera con experiencia e inteligencia suficientes para comprender las palabras mediante las cuales son formulados" (*Natural law and natural rights*, Oxford University Press, Oxford, 1993, reimp., p. 101).

Únicamente la verdad de los enunciados analíticos es conocida mediante el solo "comprender las palabras mediante las cuales son formulados". Y es así porque ella se determina suficientemente en virtud del uso de definiciones y convenciones de significación. Basándonos en la definición de 'soltero', según la cual 'soltero' es el 'no casado', podemos afirmar, como enunciado analíticamente verdadero: 'Todos los solteros no son casados'.

Como atinadamente expresa W. E. May, los 'principios primarios' de la ley natural no proporcionan "a priori un conocimiento de qué actos humanos específicos son buenos o malos", ni permiten que podamos deducir, "prescindiendo de la experiencia, las reglas específicas de conducta" ("La ley natural y la moralidad objetiva: perspectiva tomista", en W. E. May (ed.), *Principios de vida moral*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1990, p. 117).

7. Tiene razón Charles R. Pigden al aseverar: "A pesar de los pronunciamientos apocalípticos de Moore y de los no cognitivistas que desecharon el naturalismo (casi por definición) como una doctrina falaz, el naturalismo constituye en la actualidad una orientación vigente" ("El naturalismo", en Peter Singer (ed.), *Compendio de ética*, Alianza, Madrid, 2000, reimp., p. 579).

Como también lo admite George Nakhnikian, "los juicios éticos son cognoscitivos y empíricos": "pueden ser descubiertos, justificados y comunicados por medio de los mismos recursos que los usados en las ciencias físicas y sociales" (*El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, p. 13).

8. Con razón MacIntyre observa que "las argumentaciones iniciales de Aristóteles en la *Ética* presumen que lo que G. E. Moore

iba a llamar 'falacia naturalista', no es una falacia en absoluto, y que los juicios sobre lo bueno —y lo justo, valeroso o excelente por otras vías— sean un tipo de sentencia factual" (*Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 2001, p. 187).

Hay, en verdad, "una afinidad entre los planteamientos de Moore sobre la 'falacia naturalista' y el emotivismo ético", según indicamos en *Naturaleza, razón y derecho. Filosofía del derecho natural* (Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2004, p. 133).

9. Sobre la justicia y la injusticia no podemos limitarnos a tener simples opiniones o meros 'puntos de vista'. Debemos buscar una justificación adecuada, lograr un conocimiento suficiente.

Juiciosamente Cristóbal Orrego sostiene en su conferencia que "la combinación de escepticismo consciente y emotivismo práctico tiende a reemplazar la antigua cultura moral —fundada en la roca firme de la verdad sobre el bien— por una cultura moral nueva", que "se mueve en el sentido de los vientos de la opinión, de la moda intelectual, de las exigencias de los grupos de presión moral, en una mutabilidad impredecible y peligrosa" (p. 73).

10. Mas, ¿qué se entiende por 'derecho natural'? Hay diversas concepciones.

Según recuerda Javier Hervada, refiriéndose al pensamiento de santo Tomás, "no faltan ocasiones en que el ilustre teólogo utiliza la palabra *ius* (derecho) para designar la norma o el ordenamiento jurídico" (*Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992, p. 500). Pero el Aquinate observa que este nombre "primeramente se impuso para significar la misma cosa justa" (*Suma teológica*, II-II, 57, 1, versión de Ismael Quiles, Club de Lectores, Buenos Aires, 1948, t. XI).

Hay, pues —como admite Legarre en su comentario a la conferencia de Orrego—, un 'realismo iusnaturalista' y un 'iusnaturalismo normativista'. Sin embargo, la diferencia es, más bien, "una de nombres y de enfoques o énfasis", según previene el mismo Legarre ("John Finnis. La lucha por el verdadero derecho natural", en *La lucha por el derecho natural*, p. 90).

11. Sin duda, los iuspositivistas restringen el significado del término 'derecho', para referirse sólo a órdenes normativos coactivos,

establecidos socialmente. Mas, como reconoce el mismo Kelsen, un 'orden jurídico' "puede ser juzgado como injusto según determinada pauta de justicia" (*Teoría pura del derecho*, trad. de la 2ª ed. en alemán, UNAM, México, 1981, reimp., p. 62).

La oposición principal que se manifiesta entre la doctrina de Kelsen y el iusnaturalismo no radica, en verdad, en diferencias en el uso de los términos. La kelseniana es una concepción que no sólo intenta reducir la tarea del jurista al mero conocimiento de los significados de las normas positivas. También desvincula esos significados de sus conexiones lógicas y favorece un decisionismo extremo, al negar infundadamente la plena aplicabilidad de la lógica al derecho y desconocer la utilidad de los métodos interpretativos.

Como hace presente Finnis, Kelsen "no deja, al final, lugar a exigencia alguna de consistencia lógica en el derecho, ni a ningún intento de razonar desde una regla general ('el asesinato ha de ser castigado') hasta una conclusión obligatoria ('Smith, habiendo asesinado a Jones, ha de ser castigado')" ("Sobre la incoherencia del positivismo jurídico", pp. 48-49).

12. Uberto Scarpelli tiene razón al afirmar: "la posición de Kelsen respecto de la interpretación es insostenible: los juristas, en realidad, se someten, al menos en parte, en esta fase de su labor, a criterios y métodos susceptibles de control racional" ("Società e natura nel pensiero di Hans Kelsen", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 30, 1954, pp. 767-780).

Como hemos indicado, los mismos seguidores de Kelsen "reconocen que sus reflexiones sobre la interpretación jurídica son insuficientes" (*Hans Kelsen, la teoría del derecho y la lógica de las normas jurídicas*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2004, p. 26). Así, para Heinz Mayer, Kelsen "no ha desarrollado ninguna doctrina acabada de la interpretación" ("La doctrina de la interpretación de la teoría pura del derecho", en R. Walter (ed.), *Problemas centrales de la teoría pura del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 95).

13. Pero la doctrina de Kelsen es más unilateral y excluyente.

Para Kelsen, la 'justicia absoluta' es "un ideal irracional" y el 'problema de los valores' "es en primer lugar un problema de conflicto

de valores". A su entender, "este problema no puede resolverse mediante el conocimiento racional". Según él, la respuesta sería "un juicio de valor determinado por factores emocionales y, por tanto, subjetivo de por sí, válido únicamente para el sujeto que juzga y, en consecuencia, relativo" ("¿Qué es justicia?", en Kelsen, *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 59 y 39).

Para la tradición iusnaturalista, en cambio, son susceptibles de conocimiento racional tanto el bien humano como las conductas que lo hacen suyo y las normas que regulan la convivencia en función de él. Si no fuera así la 'razón jurídica' podría asentarse en la 'ley del más fuerte', establecida sin miramientos hacia la verdad por un tirano o por una mayoría sin freno. Si así no fuera carecerían de legitimidad los derechos humanos fundamentales y habría que admitir, como "válido para el sujeto que juzga", a un juicio que atribuya licitud al aborto, el infanticidio, el parricidio, la eutanasia, el genocidio, etc.

14. La legitimidad de los derechos humanos tampoco se funda en el mero consenso, según advertimos en *Filosofía del derecho* (Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2003, p. 450). Como previene Rex Martin, "lo que parece ser especialmente crucial con respecto a los derechos humanos, es la creencia de que existen principios morales críticos que son objetivamente correctos u objetivamente razonables" (*Un sistema de derechos*, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 97).

Con razón Luigi Ferrajoli, impugnando las críticas a la concepción universalista de los derechos humanos, observa que el 'relativismo cultural' es "el equivalente antropológico del relativismo moral, o sea, de una doctrina ética inconsistente desde el punto de vista lógico antes aun que ético, dado que equivale al indiferentismo moral y a la aceptación de cualquier moral, aun si está fundada sobre la desigualdad y la opresión" ("Los fundamentos de los derechos fundamentales", en L. Ferrajoli *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 365).

15. El iusnaturalismo se plantea en oposición a una concepción iuspositivista relativista o escéptica. De esta índole es también la expuesta por Eugenio Bulygin, quien prefiere "considerar el escepticismo ético como una característica definitoria del positivismo jurídico" ("Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos", *Doxa* 4, 1987, pp. 79-84).

Pero, como advirtiera Karl Olivecrona, al "convertir el no-cognoscitivismo en la piedra de toque del positivismo jurídico", "Bentham, Austin, los juristas alemanes del s. XIX y otros, llamados positivistas, se verían excluidos del campo del positivismo jurídico" (*El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Labor, Barcelona, 1980, p. 58).

Como bien dijera Norbert Hoerster, "no es contradictorio creer en criterios objetivamente válidos del derecho recto y concebir a éstos simplemente como principios de la *ética* jurídica —es decir, como principios acerca de cómo *debería* ser razonablemente el Derecho" ("En defensa del positivismo jurídico", en Hoerster, *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 15).

16. Como lo ha comprendido también Eusebio Fernández, es necesario reivindicar "la importante función histórica del Derecho Natural", su "aspiración ética" y su dimensión de "ética jurídica material" (*Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, pp. 41, 39 y 42).

Es atribuible al iusnaturalismo, como reconoce Antonio-Enrique Pérez Luño, "haber contribuido a fomentar en la sociedad el ideal de la racionalidad" y "haber enseñado a los hombres a vivir en la sociedad y en el Estado según una ley que no sea el producto de la fuerza o del arbitrio, sino de aquella facultad que hace del hombre un ser humano: la razón" ("En torno a la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos", *Revista de Ciencias Sociales* 41, 1996, pp. 227-244).

Según observa Pedro Serna, cada vez que "en la Historia de Occidente han tenido lugar sucesos o acontecimientos que han subvertido los cimientos mismos del orden político y social o la paz entre las comunidades o las naciones, la Humanidad ha dirigido la mirada hacia los fundamentos de dicho orden y de dicha paz, es decir, al Derecho natural" ("El pensamiento de John Finnis y el diálogo entre el iusnaturalismo y la tradición analítica en filosofía del derecho", p. 152).

Manuel Manson