

# 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 Bascañán, 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 N° 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

N. E. SIMMONDS, *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

H. L. A. Hart llamaba la atención, hace años, sobre el hecho de que juristas experimentados, con profundo conocimiento del derecho en sus dimensiones teóricas y prácticas, pudieran diferir tanto a la hora de ofrecer una definición explicativa del concepto de derecho (cf. *The Concept of Law*, 1ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1961, págs. 1-2). El mismo Hart sugirió que no debía darse una sola definición esencial del concepto de derecho, que pretendiera identificar unívocamente su género y su diferencia específica, sino que, más bien, se necesitaba una identificación de ciertos rasgos de familia —en expresión de Wittgenstein— para configurar un concepto analógico, que pudiera aplicarse a realidades muy diversas, desde el derecho primitivo hasta el derecho internacional pasando por el derecho de un estado nacional moderno (cf. *ibidem*, págs. 15 y 234).

Hart no pudo evitar, sin embargo, pronunciarse sobre una de las disputas perennes a lo largo de la historia del pensamiento jurídico. Me refiero a la controversia entre *iusnaturalismo* y *iuspositivismo*, que ha revestido innumerables formas (cf. *ibidem*, págs. 151-207). Uno de los aspectos de la cuestión consiste en determinar si es o no necesario recurrir a algún tipo de valoración, o, a veces, más específicamente, a alguna forma de conocimiento o juicio moral, para explicar el derecho, su esencia y sus funciones. Otra cuestión relacionada es la de si el derecho tal como es —en cuanto creación del poder humano o “derecho positivo”— cumple o no necesariamente alguna función moral, si realiza o no necesariamente alguna finalidad ética. Nadie discute que el derecho

puede cumplir una función ética y ordenarse hacia un bien moral contingentemente, es decir, como fruto de la bondad y de la justicia de los legisladores históricos. La cuestión es si acaso puede hablarse, más bien, de una orientación necesaria del derecho como tal hacia la justicia. Nadie niega, tampoco, la posibilidad contingente de usar el derecho para la iniquidad, como fruto de la injusticia y de la malicia de los gobernantes. El asunto es si acaso, a pesar de ese uso inicuo, algún grado de justicia se realiza necesariamente como consecuencia de la forma misma del derecho.

Hart procuró dar una respuesta matizada a estas cuestiones. Admitió muchas conexiones entre el derecho y la moral, pero negó que fuese necesario algún conocimiento o valoración moral para comprender el derecho (cf. *ibídem*, 195-207). Hart afirmó la existencia de lo que denominó *el contenido mínimo de derecho natural*, es decir, aquellas reglas imprescindibles en todo tiempo y lugar para garantizar la supervivencia; pero destacó que ese mínimo era compatible con una gran iniquidad. Por eso calificó estas conexiones entre el derecho y la moral como “no necesarias” (cf. *ibídem*, 189-195). Y se consideró a sí mismo como iuspositivista, a pesar de abandonar la mayoría de las tesis fuertes del positivismo jurídico precedente (cf. *ibídem*, págs. 181-189 y 203-207, y su clásico “Positivism and the Separation of Law and Morals”, de 1958, ahora en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, págs. 49-87). Su línea es seguida por Joseph Raz, Matthew Kramer, Jeremy Waldron y, me atrevería a decir, por la mayoría de los teóricos analíticos de teoría del derecho. Otros autores, entre los que sobresalen Lon L. Fuller, Ronald Dworkin y John Finnis, en el ámbito anglosajón, y Javier Hervada, Andrés Ollero, Francesco D’Agostino, Francesco Viola, Joaquín García-Huidobro y Carlos Ignacio Massini, en el ámbito latino, siguen, cada uno a su manera, la tesis clásica de que la realidad del derecho solamente se comprende a la luz de la filosofía moral y política, y de que, además, la misma realización del derecho está orientada, en la práctica, por principios de naturaleza moral.

El debate entre estas dos orientaciones es interminable por varias razones. Una de ellas es que la tradición iuspositivista se ha transformado continuamente, de manera que ha dejado de lado tesis que antes

eran esenciales, como el relativismo ético y la obligación de obedecer el derecho injusto. En consecuencia, se nos hace parecer, a los críticos del iuspositivismo, como si atacásemos fantasmas, cuando esos fantasmas eran realmente el iuspositivismo hasta hace no tanto. Algunos autores, como Waldron, por ejemplo, quieren revivir esos fantasmas incluso. Sobre el particular me remito a las investigaciones, entre otros, de Max Silva, sobre Norberto Bobbio, y mía sobre Herbert Hart. Otra razón de la imposibilidad de terminar el debate, o siquiera de plantearlo en términos inteligibles, es que los puntos de partida de cada tradición son a la vez contradictorios e implícitos, a tal punto que resulta difícil identificarlos de manera explícita para discutirlos abiertamente. La complejidad de la argumentación aumenta, además, en la medida en que los autores del ámbito analítico pretenden que sus distinciones y subdistinciones, sus ejemplos y contraejemplos, son capaces de zanjar el asunto. Con otras palabras, la discusión en el ámbito angloamericano ha degenerado en un escolasticismo complicado y estéril, que exige mucho discernimiento para traspasar el velo de las palabras y de las sutilezas y abocarse a la discusión de los problemas y de las realidades.

Nosotros, en el área latina, podemos beneficiarnos, sin embargo, del contacto con dos autores contemporáneos que están llevando adelante el debate en la *Universidad de Cambridge*: Matthew Kramer y Nigel Simmonds. Se puede sostener —con una simplificación mínima— que Kramer continúa la senda del iuspositivismo de H. L. A. Hart y Simmonds la senda “iusnaturalista” de Lon L. Fuller (el entrecomillado se debe a que no se trata de un iusnaturalismo clásico, sino de una especie de sentido común jurídico que capta las exigencias permanentes de justicia en las estructuras formales del derecho positivo, lo que Fuller denominó “la moral interna del derecho”).

Kramer separa conceptualmente el derecho y la moral, a la vez que reconoce las conexiones contingentes entre esos dos ámbitos normativos; al mismo tiempo, sostiene el deber moral de desobedecer el derecho injusto, con lo cual rechaza la tesis de eso que Bobbio denominó “positivismo ideológico”, la pretensión de que existe un deber moral de obedecer todo tipo de derecho, no importa cuán inicuo pueda parecer a la conciencia del ciudadano o del funcionario llamado a aplicarlo. Remito al lector a una obra representativa de la posición del

profesor Kramer (*In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings*, Oxford, Oxford University Press, 1999), pues en esta reseña deseo tratar con más detalle una obra reciente del profesor Nigel E. Simmonds: *Law as a Moral Idea*.

Simmonds expone su concepción del derecho como idea moral a lo largo de seis capítulos densos y sugerentes. El primero ("Jurisprudence and the Nature of Law", págs. 1-36) se refiere a las diversas tradiciones de investigación en teoría del derecho (*jurisprudence*) que han intentado dar cuenta de la naturaleza del derecho. El segundo capítulo ("Dualism and Archetype", págs. 37-68) contrapone las dos posibilidades básicas, que él denomina "dualismo" y "arquetipo". Según la visión dualista, una cosa es *el derecho que es* y otra, del todo diversa, *el derecho que debe ser* según un ideal moral cualquiera. Según la idea de un "arquetipo", en cambio, toda forma del *derecho tal como es* se comprende a la luz de un arquetipo o ideal de derecho justo. Las dos posiciones son representadas paradigmáticamente, en la historia reciente del pensamiento jurídico anglosajón, por H. L. A. Hart y Lon L. Fuller, respectivamente.

Los cuatro capítulos restantes exploran sendos aspectos de la controversia sobre la posible conexión (necesaria o contingente) entre el derecho como institución social y el ideal moral al que sirve. Así, el capítulo tercero ("Evil Regimes and the Rule of Law", págs. 69-112) estudia la cuestión de si el "Rule of Law" (expresión traducida al castellano, en los textos oficiales, como "Estado de Derecho") es solamente un instrumento neutral en manos del poder, para cualesquiera fines, buenos o malos, o, por el contrario, es ya en sí mismo una exigencia de la justicia política y una restricción de la capacidad de acción de las tiranías. El capítulo cuarto ("Normativity, Legality and Justice", págs. 113-144) explora en qué medida puede verse afectado el carácter normativo del derecho —*i.e.*, su capacidad de crear deberes— y la validez de las normas particulares por su mayor o menor concordancia con el ideal de justicia. El capítulo quinto ("Ideal and Experience", págs. 145-168) elabora la tesis de que el ideal de derecho se plasma en principios de moralidad, que incluyen, entre otros, las exigencias del imperio del derecho ("*Rule of Law*"); pero no es estático, sino que ha de realizarse mediante una continua adaptación a la luz de la experiencia.

Simmonds no defiende, en este punto de su desarrollo, una epistemología moral compatible con la afirmación de principios universales e inmutables, como los que acepta la tradición tomista de la ley natural (cf., entre otros, John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, págs. 91-129 y 308-317, y Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, 7ª ed., Eunsa, Pamplona, 1993, págs. 139-172). Por el contrario, el profesor de Cambridge considera que el ideal ético, al que el derecho tiende en cuanto arquetipo y en cuanto ideal, es él mismo un ideal culturalmente construido. En este sentido, se trata de un ideal relativo, esencialmente variable. Sin embargo, precisamente por ser un ideal socialmente construido por muchas generaciones, no depende del poder político que crea el derecho positivo.

Finalmente, el capítulo sexto ("Legality as a Value", págs. 169-197), apoyándose en la idea de la "fuerza justificatoria" que poseen las reglas legalmente válidas —un punto enfatizado también por Hart al explicar el aspecto interno de las reglas—, viene a sacar la conclusión de los capítulos precedentes, a saber, que la legalidad no es un "hecho bruto" o un mero hecho desprovisto de valor, sino que, muy por el contrario, está revestida de un valor ético específico. Este valor específico, según Simmonds, es que la legalidad crea una estabilidad en las interacciones y expectativas humanas, que resulta imprescindible para la libertad y la independencia de los individuos sometidos al derecho. Lógicamente, la identificación de este bien humano —la libertad y la autonomía individuales— como principio orientador del valor intrínseco del arquetipo de derecho es especialmente visible en nuestra cultura liberal, que ha construido socialmente la escala de valores en la cual se yergue la libertad como el supremo. Los argumentos de Simmonds sobre las relaciones esenciales entre el concepto de derecho y la idea moral intrínseca a su arquetipo son, no obstante, independientes de cuál sea el valor (o los valores) identificado como sentido último del derecho positivo. En rigor, a su ejercicio de identificación habría que aplicar también sus cautelas acerca del valor relativo de los ideales morales socialmente construidos.

Los argumentos de detalle no pueden ser analizados en una breve reseña como la presente. La tesis central del libro es que el concepto de

derecho es una idea intrínsecamente moral; que el derecho mismo, como realidad humanamente construida, tiene un "arquetipo" que jamás se realiza plenamente, pero que incluye ese ideal moral que la humanidad va construyendo a lo largo de su historia. En consecuencia, la investigación acerca de la naturaleza del derecho es en último término una forma de investigación moral (cf. pág. 6). Sólo así se explica el lugar prominente que ocupa la idea del derecho en nuestra reflexión moral y política (cf. pág. 9).

A mi juicio, cabe dar algunos pasos más en esta línea de reflexión. En efecto, si tanto el derecho positivo legislado como el ideal ético al que tiende, que sirve para explicar su importancia, son construcciones sociales más o menos contingentes, subsiste la pregunta inicial: ¿existe una justicia más allá de la convención? ¿Es posible una captación racional de exigencias de justicia y de moralidad independientes del consenso dominante, que incluso puedan cambiar ese consenso dominante precisamente porque poseen una fuerza racional superior al consenso? No me cabe duda, desde una perspectiva sociológica, de que no habrá mejora en el derecho establecido —más aún en el caso del derecho legislado— si no precede alguna forma de construcción social de un arquetipo mejorado, o alguna forma de articulación cultural del ideal ético, capaz de influir al menos en los legisladores, jueces y otras personas responsables de la configuración empírica del derecho positivo. Sin embargo, esta evidencia sociológica deja abierta la cuestión del orden de los factores: el ideal o el principio (*e.g.*, la igualdad de las razas), ¿vale moralmente porque ha sido construido socialmente o, por el contrario, comienza a ser socialmente reconocido y construido —no sin dificultades y luchas— porque posee un valor racional de suyo?

En definitiva, la obra de Simmonds constituye, al nivel de la discusión anglosajona sobre el derecho, un refrescante recordatorio del carácter intrínsecamente ético del derecho positivo. Al nivel de la fundamentación del discurso ético mismo, en cambio, el autor reincide en el problema que denuncia: la incapacidad de la filosofía práctica contemporánea —las excepciones son pocas— de admitir una norma racional que se imponga a la autonomía de los seres humanos. Mas si una norma de ese tipo no existe —antes la agrupábamos bajo el rótulo de "la ley natural"—, estamos tan solamente ante un positivismo de

dos niveles: ético y jurídico; un positivismo de dos velocidades, si se quiere, pero no tenemos razones definitivas ni suficientes para defender los ideales morales que ahora abrazamos por la fuerza del consenso.

El libro de Simmonds tiene la virtud de presentar el estado actual de la discusión en su ámbito académico y de analizar los diversos argumentos con un grado de precisión y de sutileza al que no estamos acostumbrados en los países latinos. Recomiendo sinceramente su lectura como valioso complemento de nuestras propias reflexiones y controversias sobre el derecho y la justicia.

*Cristóbal Orrego S.*