

El sistema propuesto tiene la ventaja de independizarse de la prueba de la subjetividad en el autor del daño, requisito que desvirtuaría el sistema de responsabilidad pública, dejando en una débil posición a la víctima. Así establece —claramente— la responsabilidad directa de los órganos administrativos, con prescindencia de toda consideración subjetiva del funcionario que actúa. Con ello, logra su objetivo de contribuir a la seguridad y protección del derecho de toda persona a no ser lesionada.

Empero, a mi juicio, el que la responsabilidad sea directa, no necesariamente significa que sea objetiva. La irrelevancia de la ilicitud del actuar del agente no implica que no se requiera la falta de servicio. A este respecto, es necesario recordar que la discusión sobre el tema no ha sido pacífica, por el contrario han surgido no pocas controversias en torno a la naturaleza de la responsabilidad del Estado. Así, la tesis de la responsabilidad objetiva ha sido discutida, planteándose —también a partir de normas públicas— el sistema de la falta de servicio, que exige —además de la relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión— la culpa del Servicio.

En mi opinión, si bien no es posible ignorar que el constituyente alude a la responsabilidad directa de los órganos de la Administración, por otro lado no es posible afirmar que éste se haya pronunciando por un sistema específico de responsabilidad. En este sentido, no se puede desconocer el sistema establecido por el legislador, al exigir la falta de servicio, en el artículo 44 de la LOC 18.575, directamente aplicable a los órganos no excluidos del título II de la misma ley, entre los cuales se encuentran los Servicios de Salud.

Por lo demás, la falta de servicio no es incompatible con un sistema público de responsabilidad, y ésta siempre implica una responsabilidad directa del órgano, excluyendo la prueba del elemento subjetivo asociado al funcionario público que actúa.

En fin, siendo un tema no resuelto y que ha originado arduos debates en doctrina, se echa de menos un planteamiento más global, toda vez que no existe unanimidad en los autores en orden a la determinación del sistema de responsabilidad vigente en nuestro ordenamiento jurídico público. Habría sido deseable un mayor tratamiento del sistema establecido por el artículo 44 de la LOC 18.575, con el fin de clarificar de mejor forma en qué consiste este sistema *ius publicista* de responsabilidad.

Como se habrá podido apreciar esta obra, premiada por la Fundación Fernando Fueyo, es de relevante interés práctico, por la permanente actualidad del tema aquí tratado, representando un

significativo aporte al desarrollo de una discusión no agotada, mediante una exposición coherente con la tesis seguida por el autor y ricamente enriquecida con las principales sentencias sobre la materia.

Javier Millar S.

AGUSTÍN SQUELLA NARDUCCI. *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000. (pp. 576).

Este trabajo del Profesor Squella se estructura en seis capítulos, cada uno de los cuales posee un orden interno coherente con el objetivo del libro, esto es, introducir al lector en el conocimiento y análisis del derecho, considerado como fenómeno jurídico y como ciencia social que trata precisamente de explicar el alcance, los límites, la estructura y los conceptos jurídicos fundamentales.

Muchos autores de tratados jurídicos introductorios conciben su trabajo desde un punto de vista puramente funcional y práctico, sin intentar asumir una idea, una concepción del derecho o una teoría de la fundamentación desde la cual emerja un modo científico de explicar, clasificar e interpretar los conceptos, las instituciones y las relaciones entre estos diversos factores. Aunque el propio autor llama a su libro “manual”, creo que hay en él mucho más que eso si, sobre todo, por manual se entiende un texto introductorio, no crítico y carente de una fundamentación racional de fondo. Squella reclama para sí una determinada visión jurídica que, desde luego, extrae de la tradición positivista moderna y contemporánea, pero que somete a un cuidadoso escrutinio para decantar, a partir de ella, su propia manera de concebir el derecho.

La concepción jurídica que emerge de este tratado se debe, por un lado, a la experiencia académica del autor —Profesor de Introducción al Derecho por más de treinta años—, a su afiliación intelectual (se percibe en seguida una admiración por el pensamiento jurídico principalmente de Kelsen, Bobbio y Hart) y, desde luego, a su talante democrático, tolerante y pluralista que le permite examinar desapasionadamente los diversos argumentos jurídicos, éticos y políticos, sin adherirse incondicionalmente a ninguno de ellos en especial aunque eso no implica que el autor no tenga sus propias preferencias en este terreno.

El Capítulo primero, “Derecho, sociedad y normas de conducta”, aborda de manera introductoria estos conceptos y sus relaciones con la vida social y jurídica.

En el Capítulo segundo, “El concepto de derecho, las relaciones entre derecho y moral y los

derechos fundamentales de la persona”, se exponen y se examinan los diversos puntos de vista que tradicionalmente han sostenido y sostienen las principales corrientes jurídicas y filosóficas. Particularmente interesante resulta su didáctica y detallada discusión acerca del origen, evolución y sentido que cobran hoy día los derechos fundamentales, especialmente en un estado democrático y de derecho.

El Capítulo tercero, “Las fuentes del derecho”, versa sobre las fuentes formales y materiales con una adecuada discusión y variados ejemplos que sin duda ayudarán al lector y al estudiante a comprender mejor esta materia.

En el Capítulo cuarto, “El ordenamiento jurídico”, se distingue prolijamente entre los conceptos de orden jurídico, ordenamiento jurídico, sistema jurídico y comunidad jurídica y se aborda el problema de la relación, siempre compleja, entre validez y eficacia.

El Capítulo quinto, “Interpretación e integración del derecho”, consta de dos partes. En la primera se establecen las nociones básicas, se analiza y explica el tema de la interpretación de la ley, se exponen algunas doctrinas acerca de la interpretación y se concluye explicando el problema que representa la interpretación de otras fuentes jurídicas como los tratados internacionales, la costumbre, los contratos y las sentencias judiciales. En la segunda parte se estudia el problema de la integración del derecho y los métodos de integración de la ley.

A medida que el autor despliega la temática bajo análisis va mostrando las teorías e ideas principalmente de los grandes juristas e iusfilósofos del siglo XX, lo que permite quedar al lector perfectamente informado –y también motivado para posibles búsquedas ulteriores– de los principales argumentos jurídicos de pensadores como Kelsen (autor admirado por Squella y a quien sigue a la distancia a la hora de enfrentar los problemas teóricos más difíciles), Hart, Bobbio, Ross, Peces Barba, Rawls, Dworkin, Bodenheimer, Henkel, Pérez Luño, Radbruch, por nombrar sólo algunos. Una mención especial merece el rescate que Squella hace de algunas nociones jurídicas de gran interés propuestas por el filósofo chileno Jorge Millas en su otrora conocida y hoy casi totalmente olvidada *Filosofía del Derecho*.

Finalmente, en el Capítulo sexto, “Concepto y fines del derecho”, Squella regresa, ahora sobre la base de todo el desarrollo sistemático logrado, a meditar sobre el concepto, las funciones y los fines del derecho. En los dos primeros capítulos del libro se asume que el derecho es, en lo esencial, un conjunto de normas y que, por tanto, la norma constituye el centro gravitacional en torno al cual gira

la actividad de los profesionales del derecho y los estudios jurídicos. Squella matiza esta concepción al admitir las críticas al normativismo provenientes del realismo jurídico y, principalmente, de Hart, lo cual le permite concluir “que el derecho es, constitutivamente, una específica normatividad reguladora de la conducta humana, sin perjuicio que, como tal normatividad que es, resulte necesariamente vinculado a determinados hechos, conductas, valores y valoraciones cuya identificación y comprensión son posibles a partir de la propia existencia del derecho como conjunto de prescripciones obligatorias y coactivas” (p. 508).

Cuando se trata de explicar el derecho de una manera racional, crítica y fundamentada, surgen inevitables problemas que el autor de una obra dedicada a la teoría jurídica no puede, e incluso no debe, evitar so pretexto de que se trata de cuestiones teóricas o filosóficas sin importancia práctica. Squella, como jurista y filósofo, se plantea la cuestión del fundamento, de la razón de ser del sistema jurídico y de la naturaleza del derecho y las enfrenta resueltamente.

En términos generales, el problema de fondo que aparece directa o indirectamente detrás de casi toda discusión jurídica rigurosa podría plantearse de la siguiente manera: ¿en qué consiste y cuáles son los compromisos ontológicos y gnoseológicos que se está dispuesto a asumir como consecuencia de sostener determinados juicios o incluso opiniones en el terreno jurídico? Tomada conciencia de la situación en juego, se puede observar que la problemática implica al menos tres dimensiones que han de ser tenidas en consideración –y que Squella explica detallada y consistentemente en su libro– a la hora de asumir una teoría jurídica y a partir de ella tratar con los problemas prácticos y teóricos que implica el derecho. Esto es, una dimensión normativa, una axiológica y una realista. Si se pondera de manera principalísima la primera y se concibe la norma como la esencia del derecho, entonces se está asumiendo un positivismo jurídico fuerte. Desde este punto de vista quedarían fuera del estudio del derecho los aspectos éticos y morales ya que, formalmente, no aparecen registrados en el ordenamiento jurídico y, además, por principio, escapan a toda prueba científica, sobre todo si por prueba científica se entiende más o menos el criterio empirista de significado.

La postura axiológica, en cambio, sostiene en términos generales que además del derecho positivo, vigente, legislado o consuetudinario, existe, sin duda, un orden normativo quizá más sutil, anterior al derecho legislado e, incluso, en su versión más fuerte, sostiene que este orden normativo es –y así debe ser considerado por la ciencia y la filosofía jurídica– el fundamento del derecho positivo. Esta

versión adquiere, al menos, tres variantes. La primera sostiene que hay un derecho que emana de Dios y que está presente en la mente de todos los hombres por obra del Creador. La segunda, sostiene que incluso sin el concurso de la divinidad, es posible reconocer en la naturaleza racional del hombre un conjunto de valores normativos que mandan determinadas acciones y prohíben tajantemente otras. Tanto la versión uno como la dos afirman la universalidad e inmutabilidad de este derecho "no escrito" y, por tanto, sostienen y reclaman el primado del derecho divino o natural sobre el derecho humano o positivo. Una tercera versión, más morigerada, sostiene también que en realidad en toda comunidad social, y por ende jurídica, existe una serie de principios morales y éticos, anteriores al derecho positivo, fuentes reales del ordenamiento jurídico, asimilados por la comunidad a lo largo de los siglos y estabilizados como valores y creencias históricas permanentes como consecuencia de la socialización. Estos principios prácticos serían más fuertes que las normas jurídicas y, en caso de conflicto, deberían prevalecer.

El realismo, en cambio, sostiene que la verdadera explicación de lo que es el derecho no está ni en la idea de norma, ni mucho menos en un supuesto orden normativo universal anterior y superior a la realidad jurídica empírica. El centro del derecho está en la realidad, entendiéndose por tal el conjunto complejo de actos y actividades que llevan cotidianamente a cabo las personas que profesional o accidentalmente se relacionan con el derecho. Naturalmente que, de acuerdo a este punto de vista, las normas que rigen y determinan el sistema y los valores o estimaciones que sostiene y defiende la gente, son parte de la realidad jurídica, pero en modo alguno constituyen el factor esencial.

¿Cómo se posiciona Squella en esta problemática? Comienza observando que toda interpretación y determinación del objeto implica la presencia de algunos presupuestos que condicionan la selección (p. 495). Sostiene que una exposición del derecho "debe intentar dar cabida a todos los aspectos o elementos que muestran la realidad de ese determinado dato o fenómeno, a la vez empírico e histórico, que se denomina derecho" (p. 496). Entre estos datos o presupuestos distingue, principalmente, los siguientes: primeramente la persona, en cuanto ésta es el centro del derecho y éste sólo alcanza sentido por causa de ella; seguidamente, el derecho se nos aparece, sostiene, como un producto de la vida social, ya que sólo en sociedad tiene sentido hablar de derecho. Con todo, la dimensión más decisiva del derecho es, y no puede dejar de serlo, la normativa. Sin embargo, de que el derecho muestre como su rasgo más distintivo su carácter sistemático-normativo no se sigue que esta

propiedad sea la exclusiva. Como se ha dicho, asume el avance de la teoría jurídica contemporánea que incorpora otros factores, como la dimensión valorativa que es real en cuanto implica hechos, conductas y estimaciones que, puestas en una determinada conexión con las normas, se hallan estructuralmente ligadas a ellas.

Así concebidos los ingredientes que conforman el fenómeno jurídico, Squella sostiene que una teoría del derecho debe tener en consideración que éste es cosa del hombre, que es forma de vida social y que requiere y demanda cierta igualdad entre los hombres a quienes relaciona y cuyos conflictos e intereses encausa, sin excepciones (cf., p. 497). Estos antecedentes complementan su afirmación más rotunda según la cual, reconocido todo lo anterior, debe quedar claro que el derecho, ante todo, consiste y se nos presenta como una específica normatividad reguladora de la conducta humana (cf., p. 503).

Parece quedar claro, en consecuencia, que Squella asume, a la hora de explicar el derecho, una concepción positivista, si por positivismo se entiende la teoría que sostiene que la norma positiva es el ingrediente esencial del derecho en torno al cual se ordenan todos los demás. El positivismo de Squella es en todo caso moderado, comparado con el de Kelsen y el de otros juristas contemporáneos.

¿Ha logrado Squella, podemos preguntarnos, resolver el conflicto sempiterno que enfrenta principalmente a positivistas y a iusnaturalistas por la cuestión de la supremacía de una explicación racional y justa del derecho? Claro que no; y ello porque posiblemente se trata de un problema aporético, es decir, sin solución. Lo que sí ha quedado de manifiesto es el espíritu de diálogo, tolerancia y pluralismo con el que el autor discute los argumentos y propone sus puntos de vista, en la convicción de que en las cuestiones relativas a la teoría y a la filosofía jurídica no hay cosa juzgada ni verdad que se alce con pretensiones de eternidad. En materia de ciencia, filosofía o teoría jurídica todo es revisable y objeto de análisis y discusión racional. De este ethos da cumplida cuenta el excelente libro de Squella que estamos comentando.

Cualquiera sea la perspectiva asumida en materia de teoría y filosofía jurídica, siempre habrá problemas que quedan sin resolver o cuya solución no es enteramente satisfactoria, según el punto de vista desde el que se mire. Creo que también en este competente y esclarecedor trabajo de Squella reaparecen algunos problemas que una teoría positivista, por moderada que sea, no puede resolver. Por ejemplo, a la hora de tratar el problema de las valoraciones o estimaciones, como los ideales de justicia, o la noción misma de justicia que

de manera clara o confusa perviven en la conciencia de un pueblo y aún de toda la humanidad, me parece que Squella intenta resolver el enigma sosteniendo, por un lado, que estos ideales constituyen fuentes materiales del derecho. “En cuanto a la significación jurídica, sostiene el autor, de estas valoraciones socialmente dominantes, debemos decir, en primer término, que ellas pueden obrar como fuentes materiales del derecho en cuanto se nos presentan como uno de aquellos factores –y quizás de los más poderosos– que pueden determinar la aparición y el contenido prescriptivo de las normas jurídicas vigentes...” (p. 502).

Pero si ello es así –y así lo creo yo personalmente–, es lógico pensar, como lo haría un iusnaturalista, que las valoraciones, y muy en especial los ideales de justicia, no pueden *presuponer*, como por otro lado sostiene Squella (cf. pp.505, 508), la previa existencia de un ordenamiento jurídico positivo porque entonces no pueden ser propiamente fuentes materiales del derecho ya que no están antes, sino que devienen y se integran al ordenamiento jurídico una vez que éste ha sido promulgado y se encuentra en vigencia.

Espero que la comunidad jurídica, los profesores y los estudiantes de derecho lean y estudien este texto por sus innumerables bondades: estilo claro y lineal, sentido didáctico, rigor científico y, sobre todo, un esfuerzo destinado no sólo a repetir lo que otros ya han dicho sino, principalmente, a reelaborar a la luz de la investigación contemporánea los conceptos fundamentales de que se vale la teoría jurídica para explicar la naturaleza, los límites y el alcance del derecho.

*Juan Omar Cofré Lagos*

SÓFOCLES, *Antigone*, Reclam, Stuttgart, 1998, 64 págs. Traducción, notas y comentario de Wilhelm Kuchenmüller.

Si existe tragedia griega que debiese ser lectura obligatoria en las Escuelas de Derecho, ésa es *Antígona*. La obra de Sófocles, continuación de *Edipo Rey*, se ha transformado desde el momento de su creación, en el símbolo de la polémica positivismo-iusnaturalismo.

Tras la muerte de Edipo, sus dos hijos, Eteocles (Eteocles, en castellano) y Polyneikes (Polinices) se disputan la sucesión del reino de Tebas. El segundo se alía con los enemigos de la ciudad y resulta muerto junto con su hermano en la batalla. Su tío Kreon (Creonte) asume el gobierno y ordena que el primero, que luchó por su patria, sea enterrado con honores de héroe, mientras que el cuerpo

del segundo, que había combatido junto a los enemigos de Tebas, habría de permanecer insepulto para ser devorado por las aves y perros. A los ojos de los griegos, esto era un sacrilegio, e impedía que el muerto pudiese entrar al Hades.

Antígona, hermana de Eteocles y Polyneikes, no está dispuesta a obedecer la orden de su tío y decide sepultar el cuerpo de su hermano, pese a la amenaza de muerte que pesa sobre aquel que desobedezca la orden de Creonte.

Descubierta y apresada, es llevada a presencia de su tío, quien la condena a muerte.

El resto de la obra no reviste tanta importancia para el abogado en tanto abogado. Se desarrolla el resto de la trama de la típica tragedia griega que, como es sabido, debe terminar siempre mal. Haimon (Hemón), el hijo de Creonte y prometido de Antígona, intenta convencer a su padre de que deje sin efecto la condena a muerte sobre su novia. El padre se niega y, tras escuchar el augur del adivino Teiresias (Tiresias), quien le reprocha su perfidia, se retracta demasiado tarde: el hijo se ha suicidado. Para completar el cuadro, Eurydike (Eurídice), esposa de Creonte, se suicida a su vez tras conocer la muerte del hijo, maldiciendo al padre.

La parte de la obra de Sófocles que ha transformado a Antígona en el símbolo del iusnaturalismo, es la escena en la cual ésta se enfrenta a Creonte (versos 375 a 581, págs. 19-29) y la escena en la cual se dirige al pueblo tebano (800-940, p. 38-42). Consultada por su tío sobre el porqué había dejado de obedecer su decreto, Antígona responde que “Quien lo ordenó no era Zeus, tampoco Dike, en el consejo de los dioses de los muertos, dio tal ley nunca a los hombres. Tan grande no me pareció tu orden, de mortal, que pudiese sobrepasar los inmutables mandamientos de los dioses. Ellos no provienen del hoy o del ayer, ellos viven siempre, nadie sabe desde cuándo. No quería parecer culpable delante de los dioses por temor al orgullo de los hombres. Y tengo necesariamente que morir, eso lo sabía, también sin tu sentencia” (cfr. 450-461, p. 22). Creonte responde que “la arrogancia no tiene lugar donde hay que obedecer. Ella ya era maestra en el arte de profanar, cuando rompió (las) leyes establecidas. Y a su primer sacrilegio sigue el segundo: sonriente fanfarronea con su hecho” (478-483, p. 23). A su hijo Haimon, que intercede por Antígona, le expresará ese credo del positivismo jurídico que dice que “... aquél que se permite violar la ley, o piensa mandar al gobierno, ése es imposible que obtenga mi alabanza. A aquél que elige el pueblo hay que seguirlo en lo pequeño –ya justo, ya injusto” (663-671, p. 31).

Las frases de Antígona se transforman en verdadero símbolo de lo que serán posteriormente las