

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 1987

TEORIA GENERAL  
DEL DERECHO,  
LOGICA E  
INFORMATICA  
JURIDICAS



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



1987 / F I L O S O F I A / J U R I D I C A / Y / S O C I A L

ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

1987

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 5  
1987

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral, Facultad de Derecho de la Universidad Central, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso

©  
Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social  
Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual  
bajo el número 69.474

Diseño gráfico: Allan Browne E.  
Impreso en  
EDEVAL

Errázuriz 2120, Valparaíso.

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1987

## TEORIA GENERAL DEL DERECHO, LOGICA E INFORMATICA JURIDICAS

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1987 - 1989)

Antonio Bascuñán Valdés, Mario Cerda Medina, Jorge Correa Sutil, Gonzalo Ibáñez Santa María, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Juan Enrique Serra Heisse, Agustín Squella Narducci y Jaime Williams Benavente.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social fue fundada en Valparaíso en 1981, como Sección Nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que data, por su parte, del año 1909.

Nuestra sociedad aspira a reunir a todos quienes, en Chile, enseñan, investigan o promueven la Filosofía del Derecho, la Filosofía Social y otras disciplinas afines. Cuenta en la actualidad con un número de socios superior a cincuenta y su Directorio, por el período 1987 - 1989, está integrado por los profesores Antonio Bascuñán, Jaime Williams, Nelson Reyes, Mario Cerda, Jorge Correa, Juan Enrique Serra, Gonzalo Ibáñez, Fernando Quintana y Agustín Squella.

Por su parte, el actual Comité Directivo de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, elegido en 1987, está integrado por Alice Erch-Soon Tay (Australia, presidenta), por los vicepresidentes Aulis Aarnio (Finlandia), Dzhangir Kerinov (Unión Soviética), Ora Weinberger (Austria), Carl Wellman (Estados Unidos), y por los consejeros Eugenio Bulygin (Argentina), Kálman Kulcsár (Hungría), Adam Lopatka (Polonia), Nicolás López-Calera (España), Neil MacCormick (Escocia), Werner Maihofer (Alemania Federal), Karl Molinau (República Democrática Alemana), Enrico Pattaro (Italia), Agustín Squella (Chile), Ton-Kak Suh (Corea), Francois Terré (Francia) y Mitsukuni Yasaki (Japón).

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social ha editado, desde 1983 a la fecha, cinco números de su Anuario, que han sido titulados, respectivamente, *La filosofía del derecho en Chile*, *Estudios en memoria de Jorge Millas*, *Filosofía, derecho y sociedad*, *Antología de filosofía jurídica chilena del siglo XIX* y *Teoría General del derecho, lógica e informática jurídicas*.

Por otra parte, la misma sociedad viene realizando, desde 1982, diversas jornadas de estudio destinadas al análisis y discusión acerca de los contenidos y finalidades de algunas modalidades del conocimiento jurídico, tales como Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho, Sociología Jurídica, Teoría General del Derecho y Lógica e Informática Jurídicas. La última de estas jornadas tuvo lugar en 1987 y estuvo dedicada a la Antropología Jurídica.

Los trabajos presentados en cada una de tales jornadas han sido publicados en los distintos números del *Anuario de Filosofía Jurídica*

y Social. El presente N° 5, correspondiente a 1987, reproduce por su parte los trabajos presentados en dos de estas jornadas, a saber, las que estuvieron dedicadas a Lógica e informática jurídicas (abril de 1986) y a Teoría general del derecho (diciembre de 1986). Los trabajos que sirvieron de base a estas dos últimas jornadas fueron preparados, respectivamente, por Manuel Manson y Antonio Pedrals. En cuanto a las restantes jornadas, los trabajos fueron presentados por Antonio Bascañán (Introducción al Derecho), Mario Cerda (Filosofía del Derecho) y Edmundo Fuenzalida (Sociología Jurídica).

La Sociedad espera publicar en un número próximo de su Anuario el trabajo del profesor Carlos Aldunate, que sirvió de base a la jornada de estudio sobre Antropología Jurídica

En cuanto al *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 6, de 1988, estará dedicado, en su parte principal, a difundir una antología de filosofía del derecho chilena de la primera mitad del siglo actual, preparada por Manuel Manson.

Los mencionados números del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* pueden ser adquiridos en la librería *Andrés Bello*, de Santiago, o bien ser solicitados a la casilla 211-V de Valparaíso. A esta misma casilla deben enviarse los trabajos que sus autores deseen publicar en números futuros de esta misma publicación.

#### LOGICA E INFORMATICA JURIDICAS \*

---

\* Se reproducen a continuación los trabajos de Manuel Manson, Ismael Bustos, Eduardo Hajna y Sonia Doren, presentados en la jornada de estudio sobre Lógica e Informática Jurídicas, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, el 19 de abril de 1986, y que fue organizada por la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.

ESTUDIOS

la Revolución Francesa, hasta una igualdad de oportunidades reales, como es la que busca hoy la sociedad contemporánea. La idea de igualdad que exige nuestra sociedad excluye obviamente la existencia de clases privilegiadas, de amos y esclavos, de siervos y señores, de nobles y vasallos; pero alcanza incluso a la igualdad económica básica entre todos los hombres, a la igualdad racial, a la igualdad entre los sexos y a la igualdad de consideración social. El concepto fundamental de la dignidad del hombre frente a sus demás congéneres exige la exclusión de privilegios, incluso respecto de los gobernantes y detentadores del poder político.

Creemos que todos los socialismos que florecen en el siglo XX se proponen como objetivo común limitar el exceso de poder económico de los pocos, en aras de un mayor bienestar de los demás, y en este sentido, son movimientos que buscan una mayor igualdad, en desmedro a veces del propio concepto de libertad.

e) *La libertad de pensamiento y de acción.*

El concepto de libertad fue sin duda uno de los valores fundamentales que informó la cultura occidental durante el siglo XIX. A él se deben las luchas por la independencia de muchas naciones, los movimientos y revoluciones liberales y los ideales republicanos, y a consagrarlo se destinaron los mejores esfuerzos de las Constituciones decimonónicas. Pensamos que los ideales de libertad se conservan hoy como ayer; pero, que el esfuerzo de la sociedad contemporánea tiende a conjugar estos ideales de libertad con el concepto de igualdad básica que se predica de todos los hombres. Que nuestra sociedad rechaza la exacerbación de los ideales de libertad si con ello se atenta a la igualdad. Y que en este sentido, por ejemplo, tiende a poner cortapisas al ejercicio arbitrario del derecho de propiedad, si se determina que un exceso de protección de ese derecho lleva a la concentración de la propiedad en pocas manos y con ello se atenta contra la igualdad de oportunidades entre todos los hombres. Un justo medio entre libertad e igualdad pareciera ser un valor a que aspira la sociedad del siglo XX.

## ESTABILIDAD SOCIAL Y DERECHOS HUMANOS

FELIPE GONZALEZ M. \*

En un ensayo titulado "La opinión pública y los principios liberales", Karl Popper señala que pensar que los postulados del pensamiento liberal nos ofrecen soluciones para enfocar las más distintas clases de conflictos entre derechos, constituye una utopía. Ante este dilema, ante la insuficiencia de criterios, Popper presenta la siguiente salida: "En la práctica, esos problemas sólo pueden ser resueltos mediante el recurso a las tradiciones y costumbres existentes, y además al sentido tradicional de la justicia"; "la interpretación requiere de algunos principios prácticos, que sólo una tradición viva puede proporcionar"<sup>1</sup>.

En este punto, Popper ha dejado la cuestión demasiado abierta, ya que no me parece satisfactoria su proposición para los peligros que él mismo ha advertido envuelven estos asuntos. De hecho, pienso que podrían avanzarse algunas preguntas. Primero, ¿tiene algo que decir una posición liberal sobre las reglas que rigen la conducta de los grupos sociales, sobre esas "tradiciones" aludidas? Segundo, llevado un caso de este tipo a los tribunales, ¿deberían éstos seguir las tendencias mayoritarias en esa moral social imperante? Y la tercera: ¿cómo juega el problema de la estabilidad a este respecto?

En torno a este tercer punto, el de la estabilidad y los derechos de las personas, se centrarán nuestras reflexiones. Ello, sin perjuicio de atender a los otros dos puntos, de manera complementaria.

Es claro que, por una parte, existen limitaciones de carácter jurídico en un estado de derecho respecto del grado de intolerancia que pueda permitirse: hay tradiciones fuertemente intolerantes que entran

\* Abogado. Docente en Fundamentos Filosóficos del Derecho e Instituciones Políticas, U. Diego Portales. Investigador del Programa de Derechos Humanos de la Academia de Humanismo Cristiano.

1 Ambas citas son de Karl Popper, *La Opinión Pública y los principios Liberales*; en: *Conjeturas y Refutaciones*, Editora Universidade de Brasilia, 1982, p. 383.

en pugna con la idea de estado de derecho. Por otro lado, esta concepción también tiene algo que decir acerca de las relaciones sociales no reguladas directamente por el derecho (o que, en la práctica, sólo ocasionalmente son alcanzadas por regulaciones jurídicas).

Además, es relevante considerar el uso que resulte legítimo darle a cláusulas como la "moral", las "buenas costumbres" y el "orden público", en particular por el elemento común que las recorre: la noción de estabilidad. La importancia de estos conceptos es manifiesta, puesto que atraviesan el ordenamiento jurídico entero, apareciendo ya en normas de rango constitucional. Por lo demás, ellos pueden constituir a menudo fórmulas de solución de casos en que entran derechos en conflicto.

Existe un punto de partida que se plantea con frecuencia y que puede llamarnos a equívoco. El estado de derecho forma parte de toda una tradición. Lo propio ocurre con los derechos de las personas en un estado de derecho. Empalman aquí distintas tradiciones: la racionalista, francesa, la inglesa, el concepto de Rechtsstaat y otras más. Algunos autores identifican el estado de derecho con sólo algunas de ellas. Pero sin entrar a este punto, lo cierto es que el estado de derecho se configura históricamente a través de una serie de instituciones, que en muchos casos le pertenecen, que nacen con él.

Así, resaltan la supremacía de las normas fundamentales (Constitución), que contiene las declaraciones de derechos; la distinción entre Poder Constituyente y Poderes Constituidos; la designación por elección de los titulares del Poder Constituyente y de los poderes constituidos, mediante competencia pacífica normativamente regulada; la institucionalización de la oposición; una serie de características de que deben ir revestidas las leyes; etcétera.

Y detrás de todas ellas está el reconocimiento de los derechos personales como criterio fundamental.

Pero lo anterior no significa que una vez instaurado un estado de derecho deba propugnarse por el mantenimiento de todas las tradiciones en general. De hecho muchas de las instituciones anotadas se han ido desarrollando en el transcurso del tiempo, se han ido incorporando en forma paulatina e, incluso, su concreción efectiva a veces ha sido bastante posterior al momento en que habrían comenzado a tener vigencia legal.

Estas mismas instituciones, más aún, van adquiriendo históricamente un significado diferente, son percibidas por los poderes del Estado

y por la opinión pública de otro modo. Hoy en día se entiende que la idea de un estado de derecho lleva incorporada una serie de derechos personales e instituciones que originalmente o no aparecerían tan inequívocamente o bien ni siquiera se vislumbraban.

De esta forma, si incluso las instituciones básicas no pueden ser entendidas a la manera de rígidas tradiciones, menos podrán serlo otras que quizá ni siquiera pertenezcan propiamente a la idea de un estado de derecho. Y, precisamente, algunas de esas otras tradiciones son vinculadas con frecuencia a los conceptos de moral, buenas costumbres y orden público.

Ahora bien, estos tres conceptos juegan también un papel importante en el mantenimiento de las instituciones básicas de un estado de derecho. Por ejemplo, es la adecuada garantía del ejercicio de los derechos personales la que va a quedar en tela de juicio si no hay una preservación del orden público. Con todo, por la vía de rigidizar estos conceptos, de conformar tradiciones mosaolíticas en torno a ellos, también pueden ser puestos en peligro los presupuestos de un estado de derecho.

El problema se plantea especialmente porque por mal entender estos conceptos y, en último término, por confundir la noción de estabilidad en un estado de derecho, se puede llegar a institucionalizar situaciones de abierta injusticia e intolerancia.

En este sentido, la confusión tiene lugar en algunos casos por introducir en los contenidos de la moral, las buenas costumbres y el orden público elementos ajenos a las concepciones sobre el estado de derecho. Esto es lo que llamo "introducción de verdades doctrinarias", de conceptos de ciertas doctrinas en particular que se intenta imponer a la sociedad.

Por otro lado, la confusión puede sobrevenir en razón de la identificación de estabilidad con ausencia de cambio.

A cada uno de estos problemas le dedicaremos los apartados centrales de este trabajo.

#### *Introducción de "verdades doctrinarias"*

El proceso de conformación de las ideas de un estado de derecho ha ido históricamente de la mano con procesos de secularización, vale decir, con la progresiva independencia de las instituciones públicas de las nociones de carácter religioso. El pensamiento jurídico mismo tiende a laicizarse. Este fenómeno comprende también, por supuesto, a



gran parte de las instituciones sociales, pero no es lo que nos interesa ahora.

No es que el estado de derecho no pueda poseer un basamento ideológico y filosófico vinculado a una religión (de hecho muchas corrientes religiosas lo apoyan en buena medida), sino que sus instituciones —y él mismo— pueden ser comprendidos y operar al margen de ese tipo de pensamiento religioso.

Pero el desarrollo de este proceso no ha sido todo lo vertiginoso y radical que se ha querido ver a veces. En muchos países, la separación de la Iglesia del Estado ha sido muy posterior a la instauración de un régimen democrático (y en algunos aún no tiene visos de producirse siquiera; caso de Inglaterra, por ejemplo)<sup>2</sup>.

El sistema de libertades públicas, de cualquier modo, permite una mayor autonomía de los ciudadanos respecto de la esfera religiosa, y en su fundamento se opone a la idea de una "dictadura moral". Habida cuenta de esta tendencia, entonces, los mecanismos de imposición de doctrinas religiosas o morales particulares son otros y creo que uno de los que opera con mayor frecuencia es el recurso a la "moral" y las "buenas costumbres". Lo que se pretende proteger son ciertas tradiciones propias de religiones específicas.

Pero también se opera vía "orden público". En efecto, el concepto de estabilidad social peculiar del orden público es extendido, hasta abarcar la protección de aquellas "verdades doctrinarias" a las que se hacía mención. Se supone, mediante dicho razonamiento, que implica un peligro para la estabilidad del estado de derecho el que sean puestas en tela de juicio la "moral" y las "buenas costumbres" de determinadas concepciones religiosas. El hablar de "desorden moral" o "subversión moral" a menudo no sólo tiene connotaciones individuales sino que se

2 La constante asociación de las religiones con el estado suele servir de pie de apoyo para sostener que así como una iglesia tiene la facultad de restringir la conducta de sus miembros, así la tiene también el estado en relación a quienes lo integran. Y la idea de que, como la Iglesia, el Estado sería una sociedad perfecta, también ha apuntado en esta dirección. Desde una perspectiva tomista, puede verse en Chile, de Osvaldo Lira SS.CC., *Verdad y Libertad*. Una selección de ese texto aparece en los *Estudios de Ética 1829-1981: 150 Años de Pensamiento Ético en Chile*, Edición de la Sociedad Chilena de Filosofía, 1984, pp. 223-251. En defensa de esta obra, véase el comentario de Gonzalo Ibáñez, publicado en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* de 1984 (pp. 321-323).

refiere también al ámbito social. Por ello sería la estabilidad de la sociedad misma la que se vería sometida a prueba.

En materia de libertad de expresión han sido innumerables las manifestaciones de estas tendencias. Piénsese por ejemplo en las clases de argumentos empleados para impedir que Bertrand Russell se incorporara al Departamento de Filosofía del City College de Nueva York. Básicamente los argumentos eran de carácter moral, y aludían a las negativas influencias que Russell podría ejercer en los estudiantes. Debe recordarse aquí que Russell era escéptico frente a los que usualmente se estiman beneficiosos efectos de las religiones en la cultura; de otra parte, sometía a constante revisión crítica las pautas de moralidad de las sociedades occidentales. Para el juez Mc Geehan, que falló en contra de Russell, estas críticas alcanzaban tal nivel que en la práctica podía concluirse que alentaba la violación de la ley penal del Estado de Nueva York.

En el trasfondo estaba la discusión sobre si es posible que la ética sea un tema de argumentación. A lo largo de la historia ha sido corriente que no se la acepte como tal. La cuestión es si en el contexto de un estado de derecho puede mantenerse esa constante<sup>3</sup>.

Pero estas "verdades doctrinarias" que se pretende introducir no corresponden, ni con mucho, únicamente a doctrinas religiosas. Podemos encontrarlas también en otras corrientes muy distintas. Voy a detenerme aquí en el caso de Herbert Marcuse.

Marcuse, que a mi juicio, realizara algunas observaciones certeras acerca de la sociedad industrial avanzada, incluyendo reflexiones sobre el tema de la estabilidad en dicha sociedad<sup>4</sup>, cree, sin embargo, que el propósito de mejorar las condiciones de vida hace indispensable recu-

3 Como lo señalara la Sra. Russell: "Para ellos (para los grupos que se oponían al Prof. Russell) la argumentación misma es impía. No son tanto las opiniones reales de mi esposo lo que ellos objetan, como su creencia en que la ética es un tema de argumentación, que corresponde a los seres humanos descubrir mediante el pensamiento y el experimento qué reglas de conducta y qué instituciones sociales contribuirán más a promover el bienestar humano en cualquier época, y que la moralidad está hecha para el hombre y no el hombre para la moralidad". Citado en Krikorian y otros, *El Caso Bertrand Russell*, en: *Censura y Libertad de Expresión*, Nicholas Capaldi compilador, Ediciones Libera, Buenos Aires, 1976, p. 213.

4 Véase, p. ej., *El Hombre Unidimensional*, Joaquín Mortiz, ed., México, 1969.

rir a restricciones permanentes a ciertas libertades públicas, justificando por ejemplo la censura previa en relación con la libertad de expresión.

En su ensayo "La tolerancia represiva", explica Marcuse: "En este trabajo se examina la idea de la tolerancia en nuestra sociedad industrial avanzada. La conclusión a que se llega es que la realización del objetivo de la tolerancia requeriría intolerancia hacia las políticas, actitudes y opiniones predominantes, y la extensión de la tolerancia hasta abarcar políticas, actitudes y opiniones que están fuera de la ley o son reprimidas"<sup>5</sup>. Y más adelante: "(la) tolerancia indiscriminada se justifica en los debates inocuos, en la conversación, en la discusión académica; es indispensable en las empresas científicas, en la religión privada. Pero la sociedad no puede ser indiscriminada cuando está en juego la pacificación de la existencia, la libertad y la felicidad misma: en este caso, hay ciertas cosas que no pueden decirse, ciertas ideas que no pueden expresarse, ciertas políticas que no pueden proponerse y cierta conducta que no puede permitirse sin hacer que la tolerancia se convierta en un instrumento de la servidumbre"<sup>6</sup>.

También escribirá que los esfuerzos para contrarrestar la deshumanización que advierte "deben comenzar en el lugar de entrada, en el punto donde toma forma (o más bien, es sistemáticamente formada) la falsa conciencia —debe comenzar deteniendo el flujo de palabras e imágenes que alimentan esta conciencia. Sin duda esto es censura, e incluso censura previa (...)"<sup>7</sup>.

En definitiva hay un cierto concepto de verdad (en este caso, el de las minorías radicales) que debe privilegiarse. Marcuse lo explicita y pretendiendo basarse en John Stuart Mill, anota: "Hay un sentido en el cual la verdad es el fin de la libertad, y la libertad se define y delimita por la verdad"<sup>8</sup>.

Pero es del caso que precisamente es, entre otros pensadores, a

5 Marcuse, La Tolerancia Represiva, en Censura y Libertad de Expresión (citado), pp. 101-102. Véase también su Postscriptum 1968, publicado en la misma antología.

6 Id., p. 106.

7 Ibid., p. 123. Esto correspondería, según Marcuse, a una "represión progresista" en distinción de Freud (p. 125).

8 Ibid., p. 105.

partir de Stuart Mill que se funda con mayor fuerza la idea de que es posible encontrar la verdad en distintas fuentes o partes, y no sólo en una. Al reflexionar acerca de las desventajas de impedir las opiniones ajenas es elocuente: "Si la opinión es verdadera se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad; y si errónea, pierden lo que es un beneficio no menos importante: la más clara percepción y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error"<sup>9</sup>. Resalta además el valor del proceso personal: "la verdad gana más por los errores del hombre que con el estudio y la preparación debidas, piensa por su cuenta, que con las opiniones verdaderas del que sólo las mantiene por no tomarse la molestia de pensar"<sup>10</sup>.

De más parece dejar constancia que estas doctrinas contienen determinados elementos benéficos: las objeciones aquí planteadas se han referido a las pretensiones que a veces ellas tienen de imponer sus criterios al resto de la sociedad.

Y retomando nuestro hilo conductor: ¿Qué ocurrirá, entonces, si en un estado de derecho despojamos las nociones de moral, buenas costumbres, orden público y otras análogas de lo que hemos llamado "verdades doctrinarias"? Lo que nos quedará será la médula de las concepciones sobre el estado de derecho: el afianzamiento de los derechos de las personas.

Vistas desde esta óptica las cosas, no habrá ninguna concepción particular sobre la moral o las buenas costumbres que, *de suyo*, deba poseer valor propio al margen de los derechos de las personas. Similar situación se plantea respecto del orden público: la preservación del orden público no constituye un objetivo "en sí", por sí mismo, en un estado de derecho. Su función es instrumental, y consistirá en asegurar la estabilidad del sistema permitiendo un adecuado ejercicio de los derechos de cada cual.

No se trata, de este modo, de "entes" abstractos, de "entelequias" independientes. Tampoco se trata de la preservación de los intereses de la autoridad, concebidos como distintos de los de la población, ni de asegurar simplemente la estabilidad del gobierno de turno. Son, en cambio, valores dependientes de los derechos personales. De allí que

9 Mill, Sobre la libertad, Alianza Editorial, Madrid, 1979, p. 77.

10 Id., p. 97.

al momento de presentarse problemas de interpretación, éstos deberán operar como criterio rector.

En consecuencia, y ejemplificando, cuando se afirma que un determinado derecho (v. gr. la libertad de asociación) encuentra, en otras limitaciones, al orden público, quiere decir que se está velando ya por la garantía de esa misma libertad de un tercero, o bien por la de otros derechos en juego (v. gr. la libertad de expresión, en el caso que se trate de asociaciones que atenten contra ésta).

*Estabilidad: ausencia de cambio?*

Además del problema de aquellas doctrinas que pretenden "apoderarse" de los conceptos de moral, buenas costumbres y orden público en un estado de derecho, tenemos otra cuestión de fondo, que ya enunciáramos y que es la confusión de estabilidad con ausencia de cambio.

Se postula entonces que la propia constitución humana, tanto en el aspecto biológico como en el social, hace necesario privilegiar constantemente la estabilidad. No es que en estas concepciones se identifique 'a priori' con ciertas "verdades doctrinarias" el contenido de nociones como las de moral y otras anotadas, sino que sencillamente se señala que sin pautas rígidas la sociedad está condenada a la destrucción.

Un buen ejemplo a este respecto lo constituye el antropólogo Arnold Gehlen. Gehlen reconoce, incluso, el carácter "artificial" (en el sentido de ser creaciones del hombre) de las instituciones, de la moral en general y del derecho, por cierto. Ellos surgen como consecuencia de la carencia de procesos conductuales fijos en los seres humanos, esto es, por la insuficiencia de mecanismos de reacción naturales frente a los estímulos del ambiente.

El valor de la estabilidad de las instituciones radica, entonces, en que ellas conforman pautas de comportamiento, constituyéndose en sistemas de referencia para la conducta humana.

Dichas pautas operan, además, como criterios de legitimidad, simplificando la vida del hombre en sociedad al evitarle un constante cuestionamiento acerca del sentido y orientación de muchas de sus acciones<sup>11</sup>.

11 Vid. Arnold Gehlen, *Ensayos de Antropología Filosófica*. Editorial Universitaria, Santiago, 1973.

Sin embargo, en muchos otros estudios de antropología, sociología y otras disciplinas afines, a partir de una caracterización parecida a la de Gehlen, se arriba a conclusiones diferentes. Se plantea que si bien es cierto que la misma carencia de procesos conductuales fijos en los seres humanos hace necesaria una normatividad que la regule, no lo es menos que ésta no debe ser rígida ni pretender ser definitiva. De otro modo, se corre el grave riesgo de impedir toda capacidad de adaptación, perdiendo así la normatividad su función original.

Ya en Konrad Lorenz encontramos algunos planteamientos distintos a los de Gehlen. En sus "Consideraciones sobre las conductas animal y humana", escribe: "Son tan profundas las modificaciones —condicionadas por la civilización— de la ecología y la sociología humanas, que prácticamente ninguna de nuestras 'inclinaciones' naturales basta por completo para hacer frente a las exigencias de la estructura de la sociedad actual. A cada paso es necesario un estímulo adicional en forma de un categórico 'debes hacerlo', o una inhibición suplementaria en forma de un 'no debes hacerlo' también categórico"<sup>12</sup>.

Pero Lorenz coloca énfasis asimismo en el requerimiento de que exista una evolución constante de normas e instituciones, según sean las variaciones que a su vez experimente el ser humano. No existe, por ello, una idea o concepto definitivo de "orden" o "estabilidad", sino que estos cambian, dependiendo de las modificaciones estructurales del comportamiento de los hombres. Y afirma Lorenz que "las estructuras del sistema existente han de romperse una y otra vez si se pretende alcanzar un sistema cuya integración y armonía tengan un grado superior"<sup>13</sup>.

Berger y Luckmann observan por su vez que "La organización de los instintos del hombre puede calificarse de subdesarrollada, si se la compara con la de los demás mamíferos superiores. Por supuesto que el hombre tiene impulsos; pero ellos son sumamente inespecíficos y carentes de dirección. Esto significa que el organismo humano es capaz de aplicar el equipo de que está dotado por su constitución interna a un campo de actividades muy amplio y que además varía y se diversifica constantemente. Dicha peculiaridad del organismo humano se basa

12 Konrad Lorenz, *Consideraciones sobre las conductas animal y humana*, Plaza y Janés, Barcelona, 1980, p. 239.

13 Id., p. 230.

en su desarrollo ontogenético. En realidad, si se examina la cuestión en términos de desarrollo orgánico, cabe afirmar que el período fetal del ser humano se extiende más o menos hasta el primer año de vida" <sup>14</sup>.

De todo ello resulta que la apertura en múltiples direcciones es aún mayor. Porque sumada a la propia estructura biológica humana, por así decirlo, "abierta", el hombre está abierto también al medio cultural y social. Como apuntan Berger y Luckmann, "el proceso por el cual se llega a ser hombre se produce en una interrelación con un ambiente" <sup>15</sup>, ambiente que, a su vez, es tanto natural como humano.

Conforme este argumento, llegarán a sostener que "no hay naturaleza humana en el sentido de un substrato establecido biológicamente que determine la variabilidad de las formaciones socio-culturales. Sólo hay naturaleza humana en el sentido de ciertas constantes antropológicas (por ejemplo, la apertura al mundo y la plasticidad de la estructura de los instintos) que delimitan y permiten sus formaciones socio-culturales" <sup>16</sup>.

Pero ello no acarrea, en el entender de Berger y Luckmann, la dislocación de la existencia humana. Se basan para ello, primeramente, en "el hecho evidente de que todo desarrollo individual del organismo está precedido por un orden social dado" <sup>17</sup> y en segundo término en "que la apertura al mundo, intrínseca biológicamente a la existencia humana, es siempre transformada —y es fuerza que así sea— por el orden social en una relativa clausura al mundo. Aun cuando esta nueva clausura nunca pueda acercarse a la de la existencia animal, aunque más no fuese por su carácter de producto humano y por ende 'artificial', puede no obstante proporcionar casi siempre dirección y estabilidad a la mayor parte del comportamiento humano" <sup>18</sup>.

Es interesante constatar, por otra parte, cómo en la sociología actual "estabilidad" y "cambio", "estabilidad" y "conflicto" no son vis-

<sup>14</sup> Peter Berger y Thomas Luckmann. *La Construcción Social de la Realidad*, Amorrortu, Buenos Aires, 1972, pp. 67-68.

<sup>15</sup> *Id.*, p. 68.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pp. 72-73.

tas necesariamente como parejas opuestas. Así, Dahrendorf distingue entre las teorías sociales que aceptan el conflicto como elemento central y aquellas que no lo aceptan en tal carácter, teorías estas últimas a las que, entre otras denominaciones, llama "del consenso". A estas corresponderían, por ejemplo, la teoría de la voluntad general de Rousseau y el funcionalismo de Talcott Parsons.

Critica Dahrendorf el calificar a las actitudes de conflicto como "desviaciones", por cuanto ello importaría identificar una estructura principal o básica con lo correcto. De allí a considerar tales conflictos como trastornos patológicos habría sólo un paso (o ninguno, a veces) y subraya: "¿Qué se sigue de la contradicción existente entre gobierno y oposición? Para la mera supervivencia del sistema vigente bastaría un grupo. Si la oposición sólo fuera un elemento patológico, un factor de inestabilidad, sería superflua. Mas, la finalidad manifiesta del juego entre gobierno y oposición consiste en mantener vivo el proceso político, descubrir nuevos caminos en la réplica y discusión, y conservar así la cualidad creadora de las sociedades humanas" <sup>19</sup>.

Y sin perjuicio de las observaciones anteriores, existen, tanto en las teorías "del consenso" (o "del consenso en la integración") cuanto en las "del conflicto", algunos autores que señalan la necesidad de contar a la vez con los elementos "estabilidad" y "conflicto". El propio Dahrendorf indica áreas de análisis en las que debe recurrirse a la otra teoría: "(...) existen también en la actividad social fenómenos que sólo pueden ser explicados apelando a la teoría de la integración, como son los procesos de ordenación jerárquica de los cometidos o funciones, o de 'socialización'. Por otra parte, existen otros fenómenos para cuya explicación precisamos la teoría de la autoridad (o del conflicto), tales (como) el conflicto de clases, existiendo, finalmente, otros, conciliables con ambas teorías, como el de la 'conducta desviada' (deviance), p. ej., la criminalidad" <sup>20</sup>.

Desde el punto de vista de las teorías del consenso se reconoce algún valor al conflicto en Lewis Coser: "El conflicto puede servir para eliminar los elementos disgregadores de una relación y restablecer la

<sup>19</sup> Ralf Dahrendorf, *Más allá de la Utopía*, en: *Sociedad y Libertad*, Tecnos Madrid, 1966, p. 120.

<sup>20</sup> Dahrendorf, *Las Clases Sociales y su Conflicto en la Sociedad Industrial*, RIALP, Madrid, 1970, p. 207.

unidad. En cuanto que el conflicto significa una descarga en la tensión entre elementos hostiles, posee una función estabilizadora y se transforma en componente integrativo de dicha relación"<sup>21</sup>. Obsérvese, sin embargo, que Coser incorpora al conflicto dentro de su tesis funcional. Lo propio hace, p. ej., H. M. Johnson en su ensayo sobre el cambio social<sup>22</sup>. Dahrendorf, en tanto, le ha reconocido un valor independiente a las tesis funcionalistas en ciertas áreas.

En este orden de problemas, resultan atinentes también las observaciones de J. J. Brunner a propósito de la distinción entre ordenación social y disciplinamiento. En este último caso, señala, "La creatividad y sus mecanismos de socialización han sido dispuestos de tal modo que a ellos tiene acceso decisivo solamente el bloque en el poder"<sup>23</sup>. Para proseguir: "En el plano de la comunicación y la creación sociales, el disciplinamiento de la sociedad adquiere la forma de una organización autoritaria de la cultura que permite asegurar el funcionamiento cotidiano del sistema a través de la constante producción de obediencia"<sup>24</sup>.

Brunner reúne en dos grupos los problemas que, no obstante, se le presentarán a un modelo disciplinario: el primero, relativo a la falta de legitimidad comunicativamente elaborada, y el segundo que consiste en la anomia (ausencia de normas) conflictiva introducida por la división y fragmentación de la cultura.

La constatación de estas dificultades la hace Brunner en un régimen como el que actualmente impera en Chile, ajeno a un estado de

21 Coser, *The Functions of Social Conflict*, p. 80; citado por Dahrendorf, *Más allá de la Utopía*, en *Sociedad y Libertad*, p. 117.

22 "(...) por el momento tenemos que conformarnos con los conceptos de estructura y función —anota Johnson—, y con el concepto relacionado de problemas del sistema, o 'necesidades'. No podemos ocuparnos simultáneamente de todos los cambios que se producen en un sistema social. Estamos obligados a considerar el impacto de cierto impulso al cambio —una perturbación del sistema, una tensión o conflicto, o un impulso cultural o ambiental de alguna especie— sobre una parte del sistema total, y al hacerlo consideramos temporariamente el resto del sistema como fijo o constante". H. M. Johnson, *Cambio Social*, en: *idem* (varios autores), Paidós, Buenos Aires; la cita es de p. 51.

23 José Joaquín Brunner, *La Cultura Autoritaria en Chile*, FLACSO, Santiago, 1981, p. 31.

24 *Id.* p. 32.

derecho, pero, atenuadas por cierto, también podrían presentarse en el contexto de un estado de derecho casi nominal en que se malentendiera el concepto de estabilidad oponiéndolo radicalmente a la idea de cambio. Existen múltiples razones para ello, como la concurrencia de mensajes contradictorios que se envían a la opinión pública (legitimación del sistema basado en la idea de libertad, por una parte; exigencia de obediencia ciega, por otra) o el hecho observado por Horkheimer de que en las sociedades actuales el hombre distinga entre su lugar en la sociedad y su propia "naturaleza": "Antes era dueño o servidor, caballero o siervo: su sustancia humana era definida por las facetas de la desigualdad social. Hoy, en cambio, el lugar que ocupa en la jerarquía social no constituye ya una parte de su propia naturaleza: sabe establecer diferencias entre él mismo y su función en la sociedad"<sup>25</sup>.

La observación que no quisiera dejar de hacer es que la contraposición entre estabilidad y conflicto social resulta, en más de un sentido, ficticia. Y resulta ficticia porque se pasa por alto que esa pretendida estabilidad puede ser la fuente más portentosa de conflictos. Instituciones nominalmente sólidas y uniformes pueden, especialmente, si son rígidas, originar violentos e imprevistos conflictos.

#### *Observaciones finales.*

En el contexto de un estado de derecho la tendencia a la diversidad es más fuerte que en otros contextos, en la medida que mayor es también la libertad para las personas. Ahora, habiendo tal diversidad, no es de extrañar que existan más conflictos entre diversos grupos. Súmese a ello el que la vigencia de la libre expresión hace más transparente la presencia de los conflictos. Pero de allí no se sigue que el conflicto con los elementos básicos del sistema haya de ser mayor, sobre todo si se percibe y valora socialmente de que es este campo el que permite tal diversidad y él mismo el que contempla los mecanismos para solucionar los conflictos.

Confundir a este respecto estabilidad con uniformidad puede acarrear graves consecuencias para la primera, dado que se pavimenta el camino para la intolerancia y la restricción de los derechos de las mino-

25 Max Horkheimer, *La Familia y el Autoritarismo*, en: *La Familia* (Fromm, Horkheimer, Talcott Parsons y otros), Ediciones Península, Barcelona, 1978, p. 182.

rías discrepantes. Y el permitir el libre ejercicio de los derechos constituye precisamente el papel de la estabilidad en un sistema democrático. La coexistencia de distintos grupos es la que impide muchas veces que un grupo esté en condiciones de imponer su visión completa.

No se me escapa que la brevedad y forma de presentación de estas líneas pudieran producir la impresión de estar simplemente ante la solución de un acertijo, como si con haber adelantado un juicio sobre la estabilidad hubiéramos superado todos los escollos.

Desde luego, no es así. La formulación de un criterio —y aquí sólo hemos estructurado un esbozo del mismo— es sólo un hito en el camino. La tarea sigue con difundir socialmente tales enfoques, influyendo en las percepciones de la población. De hecho, la de estabilidad es una noción estrechamente ligada con las percepciones de la opinión pública. Y esto envuelve a menudo un círculo vicioso, ya que se produce la inestabilidad, entre otras razones, porque la gente cree ver eso.

Reconocer la vinculación entre estabilidad y opinión pública no comporta, con todo —y con esto quisiera cerrar estas páginas—, justificar lisa y llanamente que la valoración social dominante deba encontrar reconocimiento jurídico. En este sentido, no se divisa por qué tendría de suyo que acogerse la moral social predominante cuando ésta resulte ser intolerante y se contraponga con las normas fundamentales reguladas en las garantías constitucionales.

También hay entonces una tarea a este respecto: difundir que no se habrá de justificar la vigencia de los propios postulados intolerantes sobre la base del constante recurso a la "piedra de toque" de la estabilidad del estado de derecho.

## SISTEMAS PENALES Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA \*

ALDO VALLE ACEVEDO \*\*

### I.— *Nota preliminar*

Antes de la experiencia de las dictaduras militares en nuestro continente, los sectores intelectuales y políticos no mostraron, en general, una preocupación muy atenta por el tema de los derechos humanos. Esto tiene interés decirlo, porque una consideración amplia del mismo nos lleva a la conclusión de que numerosa parte de la población que es víctima ahora de los atropellos que se denuncian, ya lo era en la historia previa de América Latina. Pensemos en el tema carcelario, en la institucionalización psiquiátrica, la represión de menores, la marginación geriátrica y otras a que se aludirá más adelante<sup>1</sup>.

Lo anterior nos lleva a sostener que en cuanto se afectó a la clase política (y con ello a la clase media), sin importar aquí —como se verá— su calidad crítica al orden social —es decir, sectores no críticos se sintieron y fueron brutalmente afectados— en este momento, la reacción fue lo suficientemente fuerte y llegó a provocar los efectos relevantes que conocemos en la conciencia política de nuestras sociedades. Lo anterior no niega para nada la autenticidad ética y jurídica del problema, y la urgencia de revertir la situación actual.

El sentido que tiene la constatación hecha se refiere a que reper-

\* Este trabajo discute sobre la base de un primer informe acerca de este tema, entregado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, redactado por el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984.

\*\* Abogado. Ayudante de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valparaiso.

1 No escapan a esto la Iglesia Católica, otras organizaciones religiosas y los propios organismos internacionales en relación a América Latina.