



"Cuando me matriculé en el Curso de Aníbal Bascuñán, amigos míos, de cursos superiores, me habían hablado maravillas de su erudición, de su estupenda capacidad expresiva y de la seriedad y novedad con que desempeñaba su cátedra" (*Alamiro De Avila Martel*).

"Las clases de Bascuñán constituían una novedad para nosotros. Su forma de hablar, su entusiasmo por incitarnos a investigar, los libros que traía en los que leía o traducía pasajes apropiados: todo contribuía a que nos sintiéramos verdaderamente universitarios" (*Manuel Salvat Monguillot*).

"Aníbal Bascuñán investía un aire doctoral indisimulado. En él resaltaban su pulcritud en el estar y en el vestir, su cuidado en el decir, su prudencia en el pensar, su decisión en el actuar. Hacía las cosas con convicción profunda y entusiasmada. Comunicaba su modo de ser, francamente, contagiándolo" (*Juan Enrique Serra*).

"Vocación docente, predilección por las tareas de investigación y esa íntima, fuerte, inconfundible y a la vez rara persuasión de que la Universidad constituye para sí un medio casi natural y por tanto irremplazable de trabajo: he ahí, pienso, tres constantes de la vida académica de Aníbal Bascuñán" (*Agustín Squella*).

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1989

ESTUDIOS EN MEMORIA DE ANIBAL BASCUÑAN



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

1989

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL. Nº 7
1989

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 Andrés Bello, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho de la Universidad Central, Facultad de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Facultad de Derecho de la Universidad de La República.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual
bajo el número 75.076.

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en
EDEVAL.

Ertázuriz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1989

ESTUDIOS
EN MEMORIA DE
ANIBAL BASCUÑAN

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1989 - 1991)

Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Andrés Cuneo Macchiavello, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Hugo Tagle Martínez, Nelson Reyes Soto y Agustín Squella Narducci.

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.

PRESENTACION

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 (IVR), que data, por su parte, de 1909. Hoy son ya cerca de 40 las secciones nacionales, correspondientes a un número similar de países, que se encuentran afiliadas a esa Asociación Internacional.

Una de las principales actividades que viene cumpliendo desde su fundación la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, está constituida por la edición y publicación del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, cuyo primer número, correspondiente a 1983, apareció precisamente ese año. A continuación, y en los años inmediatos posteriores, han sido publicados otros seis números del Anuario, el último de los cuales, correspondiente a 1989, tenemos el agrado de presentar hoy a nuestros socios y lectores en general.

El Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 7, de 1989, está dedicado a la memoria del profesor Aníbal Bascuñán Valdés, muerto en 1988 después de una larga, fecunda e influyente labor de docencia e investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. En atención, precisamente, a sus méritos académicos, nuestra Sociedad, en 1982, designó a Aníbal Bascuñán Socio Honorario de la corporación, distinción que compartieron más tarde los profesores Norberto Bobbio, de la Universidad de Torino, y Genaro R. Carrió, de la Universidad de Buenos Aires.

Por el motivo antes indicado, las secciones iniciales del presente volumen están destinadas a la persona y obra del profesor Bascuñán. En la primera de ellas se incluyen cinco trabajos sobre el particular, que firman Alamiro de Avila, Juan Enrique Serra, Manuel Salvat, Alvaro Drapkin y Agustín Squella, en tanto que en una segunda sección de este mismo volumen se reproduce un capítulo de los apuntes de Teoría General del Derecho dejados por Aníbal Bascuñán, dedicado al tema de los principios generales del derecho. Por su parte, los trabajos antes mencionados de los profesores Alamiro de Avila y Juan Enrique Serra, corresponden a la versión escrita de las intervenciones que ellos tuvieron en el acto

de homenaje a la memoria de Aníbal Bascuñán que nuestra Sociedad llevó a cabo, en el mes de diciembre de 1988, en la Sala de Consejo de la Facultad de Derecho de la U. de Chile.

La tercera sección del presente volumen, llamada Bibliografía, reproduce el listado de las obras publicadas por el profesor homenajeado. Sigue luego una sección de Estudios, en la que se contienen diversos artículos sobre temas históricos, políticos, jurídicos y filosóficos: un espectro amplio, sin duda, pero que habría gustado al profesor Bascuñán, cuyos intereses intelectuales y científicos nunca se circunscribieron únicamente al derecho. La obra cierra, por último, con algunas secciones adicionales, de Recensiones, Documentos y Noticias, completándose de este modo un volumen de más de 200 páginas.

Como es de conocimiento de nuestros lectores, el Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 6, de 1988, contuvo, en su parte principal, una primera selección de lecturas de filosofía jurídica chilena de la primera mitad del siglo XX, preparada por Manuel Manson Terrazas. En esa misma obra se anunció que una segunda parte de dicha selección sería publicada en el Anuario correspondiente a 1989. Sin embargo, y por razones de espacio, ello no resultó posible, dejándose entonces la publicación de esa segunda parte de lecturas de filosofía jurídica chilena correspondientes a la primera mitad del siglo XX para el Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 8, de 1990.

Podemos informar, por otra parte, que el autor de dicha selección de lecturas prepara actualmente una antología de textos de filosofía jurídica chilena en el período colonial, que será publicada en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 9, completándose así un valioso trabajo iniciado por Manuel Manson en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 4, de 1986, en el que se reprodujo una antología de filosofía jurídica y social chilena del siglo XIX.

Por último, nuestra Sociedad agradece a las Facultades de Derecho del país que han colaborado a la impresión de esta obra, como asimismo a los autores de los trabajos que se publican en ésta.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Valparaíso, diciembre de 1989.

EN MEMORIA DE ANIBAL BASCUÑAN

Oficialmente socialista, el filósofo no ha ahorrado críticas al partido de Craxi y a su líder sobre la cuestión moral. Por ejemplo, después que en el congreso socialista de Verona, Craxi fue elegido secretario general de su partido por aclamación, Norberto Bobbio escribió: "La elección por aclamación es la más radical antítesis de la democracia".

Nacido en Turín en 1909, filósofo del Derecho y de la política, Norberto Bobbio se ha distinguido con frecuencia en una sociedad en la cual generalmente todos se agregan de forma compacta, por estar siempre de "la otra parte". Educado en la cultura liberal-progresista, laico declarado y convencido, dijo "no" a la legalización del aborto. Defensor de la responsabilidad individual, se declaró, sin embargo, contrario al referéndum que establecía la responsabilidad de los jueces con una motivación durísima. Dijo "no" a una propuesta comunista sobre el aumento automático del salario y Berlinguer le pagó incluyéndole en la lista de "aquellos profesores que no han leído ni una línea de Gramsci". Desde las páginas de "La Stampa", el periódico de la FIAT, aparece con un tema, en el templo de la industria, que pone en discusión cierta forma de ganancias, "Ganancias y poder". Se pregunta Bobbio: "¿Existe una razón plausible para poner un confín entre lo lícito y lo ilícito en la acción de un hombre de negocios, como ha existido durante siglos una razón para proponer el mismo problema en las acciones de un hombre político?"

A sus ochenta años, libertario y polémico, analista y sarcástico, sigue siendo la conciencia acusadora de la sociedad del rebaño. Un punto de referencia para la libertad. Un ilustrado de nuestro tiempo.

¡Y quedan tan pocos!

RECENSIONES Y COMENTARIOS

tativo; que conexas con la noción de No-Estado y extinción del Estado (en su versión engelsiana).

Para concluir, Bobbio recoge en este libro uno de sus escritos relativos a Democracia y Dictadura. La democracia, tema recurrente en la obra del maestro italiano, retoma viejos tópicos con una erudición que impresiona: la democracia de los antiguos y la democracia de los modernos, la democracia representativa y la democracia directa, la democracia política y la democracia social, etc.; frente a la dictadura de los antiguos y la dictadura de los modernos, abarcando lecturas que comprenden desde Tocqueville hasta Schmitt. La profundidad, erudición y estilo de Bobbio sin duda lo sitúan como un clásico, que aporta a la ciencia y la filosofía, y sobre todo, a la teoría y praxis de la democracia en el presente siglo.

CARLOS SANTIAGO NINO: *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2ª edición ampliada y revisada, 1989, 494 págs.

El estudio emprendido por Carlos Nino, Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, constituye probablemente una de las iniciativas de mayor alcance en lengua castellana acerca de la fundamentación de los Derechos Humanos. En este sentido, el abordaje a su reciente publicación —una segunda edición sumamente remozada— debe realizarse en el entendido de que se trata de un trabajo básicamente teórico. Por lo mismo, podrá echarse de menos el tratamiento de otros problemas, como por ejemplo la ausencia de referencias más completas a las realidades latinoamericanas en materia de Derechos Humanos o el estudio de las normativas internacionales respectivas. Pero no son esos los propósitos del libro, sino que ellos se orientan al problema de su fundamentación. No se trata tampoco de una teoría por la teoría: Nino señala que su libro “tiene un objetivo esencialmente práctico: se trata de contribuir a la vigencia de los derechos del hombre a través de la discusión de ideas que le son adversas”.

Lo que sucede es que en la tesis de Nino el reconocimiento jurídico de los Derechos Humanos es un paso relevante pero insuficiente por sí solo. Por lo demás, aun ese reconocimiento carece en muchos casos de la necesaria fuerza o vigor que lo respalde para su cumplimiento efectivo. Así las cosas, hay un paso indispensable, que lo constituye el avance en la conciencia acerca de estos derechos y su trascendencia. La formación de esta conciencia podría desarrollarse ya fuere a través de la propaganda o de la discusión racional. “El primer método —escribe Nino— puede ser más eficaz a corto plazo, pero, como la experiencia lo demuestra, es notablemente frágil, puesto que condiciona las mentes a un tipo de respuesta que bien puede adaptarse con relativa facilidad al estímulo opuesto”.

El debate racional acerca de los Derechos Humanos, en cambio, resulta a su juicio un mecanismo mucho más eficaz y que en

definitiva podría calar más hondo y por lo mismo perdurar. El autor observa que en ocasiones son los propios defensores de los derechos del hombre quienes rehúyen profundizar en esta discusión, en circunstancias que ella sería muy beneficiosa para su causa. "Por otra parte —anota Nino—, no se trata sólo de optar entre una posición que reconoce y otra que desconoce los derechos del hombre: se trata de determinar también cuáles son esos derechos que deben ser reconocidos y qué alcance debe asignárseles, cosa que no puede zanjarse de otra forma que no sea a través de la discusión racional en el plano de la filosofía moral".

La obra se divide en tres grandes partes o secciones: una primera dedicada a la Metaética, una segunda concerniente a los principios en juego y una tercera que trata de Instituciones. En la primera parte se aborda sucesivamente el concepto de Derechos Humanos, el escepticismo ético, el constructivismo ético y lo que el autor denomina "El nuevo desafío comunitarista al Liberalismo kantiano". La parte segunda comprende los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona. Finalmente, en la tercera parte, se analizan los siguientes temas: el alcance de los derechos y la polémica entre liberalismo conservador y liberalismo igualitario; la justificación de la interferencia estatal y los problemas de la Democracia y de la obligación de obedecer el Derecho; y, a propósito de los límites de la interferencia estatal, se estudia el problema del Perfeccionismo (moral) y el de la pena de muerte.

Nino, cuya tesis de doctorado en Oxford versara sobre "Los límites de la responsabilidad penal", recoge ahora algunos elementos desarrollados en esa obra, como asimismo otros argumentos que expusiera en su "Introducción al análisis del derecho", así como en otras publicaciones. Ello permite advertir también cómo diversas disciplinas jurídicas pueden servir de pie de apoyo para la articulación de una teoría de los Derechos Humanos. Sin embargo, no por ello "Ética y Derechos Humanos" pierde su unidad ni autonomía, debiendo destacarse igualmente su abundante y reciente bibliografía, en su mayor parte sin traducir todavía a nuestro idioma.

Atendida la vastedad y diversidad de elementos que recorre el libro es imposible proporcionar una explicación aunque sea somera de todos ellos. De allí que debamos realizar una selección, en

la cual podríamos incluir dos grandes temas que aborda el autor. El primero, acerca del concepto de Derechos Humanos y el segundo relativo al alcance de estos derechos, tema que concierne a cuestiones tan centrales como el papel del Estado en su protección y en definitiva a las relaciones entre libertad e igualdad y entre Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En cuanto al primer tema, Nino muestra las insuficiencias de las clásicas explicaciones iusnaturalistas y positivistas para abordar adecuadamente el concepto de Derechos Humanos. En este sentido, el autor emprende la ardua tarea de diseñar una teoría objetiva de los Derechos Humanos, sin caer en la tentación de entenderlos a la manera de ciertas extrañas entidades o, por decirlo de otro modo, de una suerte de "entelequias", como a menudo lo harían las perspectivas iusnaturalistas. Sin embargo, abandonadas dichas concepciones puede derivarse también en una posición escéptica y que relativice los Derechos Humanos al punto de desfigurarlos completamente, alternativa que el autor procura asimismo sortear.

En su médula, señala, la disputa entre iusnaturalistas y positivistas es una mera disputa verbal: "su significación desaparece —escribe— no bien se abandona el prejuicio esencialista de que debe haber un *único* concepto de derecho. Si se advierte que pueden coexistir para ser empleados en distintos contextos —tal como de hecho son empleados— tanto un concepto *normativo* de derecho (que alude a las normas que *deben justificadamente* ser reconocidas por los órganos estatales) como un concepto *descriptivo* de derecho (que alude a las normas que *son de hecho* reconocidas por los órganos estatales), la discusión filosófica se desvanece, subsistiendo meramente la posible cuestión de cuál de estos conceptos es funcionalmente más adecuado en diferentes contextos (...)"

Así, Nino formula sus críticas a los enfoques que parcializan el problema. Al respecto, uno de sus ataques más incisivos se dirige al tratamiento que suele dársele en los países de la tradición continental europea (entre los que se cuenta Chile). En estos países se ha llegado en ocasiones a desfigurar incluso las tesis del positivismo, desembocando en enfoques notoriamente parciales acerca del Derecho en general y de los Derechos Humanos en particular.

Ello ha ocurrido especialmente en el tratamiento dado por los Tribunales a estos problemas, puesto que, ampliando más allá de toda lógica el ámbito que cubren las normas y los conceptos jurídicos, han pretendido solucionar los casos supuestamente sin el recurso a valoraciones. Con lo cual no han hecho sino encubrir sus propias valoraciones, a menudo tolerantes con los regímenes autoritarios y sus medidas.

Aquí se perciben las implicancias prácticas de este problema, ya que sin el concurso del Poder Judicial difícilmente la violación de los Derechos Humanos podría haber alcanzado el grado de brutalidad y masividad que hemos conocido en muchas naciones latinoamericanas. La insuficiencia de esta perspectiva meramente normativista para solucionar los casos concretos es puesta de relieve una y otra vez por el autor, planteándose la necesidad de reconocer que existen ciertos principios que subyacen a esas normas, principios que más allá de su carácter jurídico, moral o una combinación de ambos, se encuentran presentes en toda decisión judicial. De esta manera, por generales que puedan aparecer en ocasiones ciertos principios y disposiciones relativas a los Derechos Humanos, ellos no pueden ser dejados a un lado sin más, cual letra muerta, sino que deben ser considerados al momento de la resolución de los casos.

A partir de estos planteamientos, la obra se adentra en una serie de otras cuestiones concernientes al concepto de Derechos Humanos, buscando establecer con mayor claridad su status, pero con lo expuesto ya hemos proporcionado una relación general de las ideas con que enfrenta el tema.

El otro gran tema que hemos escogido se refiere al alcance de los Derechos Humanos. Aquí la cuestión fundamental es determinar el rol que le cabe al Estado en la protección de estos derechos. ¿Se trata de un mero "dejar hacer" a los particulares, esto es, de un papel básicamente pasivo del Estado, en el que éste se limita al rol de gendarme o guardián? ¿O, por el contrario, este papel se extiende también a la acción de su parte? La primera de estas tesis corresponde a la corriente que Nino denomina "Liberalismo conservador" y que es usualmente conocida como "Neoliberalismo". La segunda tesis la caracteriza como "Liberalismo igualitario".

Según se observa, para Nino el Liberalismo está en la base de la concepción de los Derechos Humanos, sin perjuicio de los complementos con que puede ser apuntalado desde otras corrientes de pensamiento. Para Nino, en cierto modo se trata de poner al día el espíritu de los clásicos liberales, los cuales, en cualquier caso, habrían formulado las tesis básicas de la teoría de los Derechos Humanos. De allí que él rescate la expresión "liberalismo".

En la tesis del liberalismo conservador, la autonomía de las personas, base de sus Derechos Humanos, se vería menoscabada si el Estado interviniese más allá de su papel de guardián. Ello ocurriría especialmente con su intervención en la esfera económica. De esta manera, para el liberalismo conservador es suficiente con el reconocimiento de una igualdad ante la ley, esto es, de una igualdad formal, para ver satisfechas sus aspiraciones. En la práctica, entonces, con la garantía de los Derechos Civiles y Políticos su tarea estaría cumplida. En cambio, todo intento de promoción de una cierta igualdad material que significara una intervención estatal en las actividades económicas, no sólo estaría de más: sería llevar su papel más allá de lo justificable.

Por su parte, el liberalismo igualitario —que no debe ser confundido con el igualitarismo o tendencia que postula nivelar la sociedad en todos sus aspectos— sostiene que dicha igualdad formal resulta insuficiente para la protección de los Derechos Humanos, toda vez que la autonomía y libertad de cada persona depende, a lo menos en parte, de la de los demás, "y es algo que cada uno debe parcialmente a los demás, en el sentido de que la posee gracias a las limitaciones en la autonomía de los demás".

"¡Dejen que la autonomía se distribuya espontáneamente! —parece exclamar el liberalismo conservador en palabras de Nino—, es decir, según hechos no dirigidos deliberadamente a efectuar esa distribución (la "mano invisible") y que no violan los derechos de nadie; cualquier intento de intervenir deliberadamente en esa distribución es inaceptable, puesto que no hay ninguna forma de redistribuir esa autonomía sin usar a ciertos hombres como meros medios en beneficio de otros. "Sin embargo —prosigue—, la réplica obvia a esta posición es que ella también implica sacrificar a

ciertos hombres en beneficio de otros, fundamentalmente por omisión”.

La cuestión, como se ve, es que la mayor autonomía de algunas personas no se base precisamente en el menoscabo de la condición de los demás. “Yo no utilizo a otro como un instrumento —escribe el autor— cuando dejo de reconocerle un grado de autonomía de que él sólo podría gozar si yo u otra persona tuviéramos mucho menos autonomía que él”. Nino previamente ha definido la autonomía de la persona como aquel principio que prescribe que “siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”. Y esta autonomía no viene para cada individuo “parcelada naturalmente” —para emplear una expresión del autor—, como lo señalarían ciertas corrientes del derecho natural y otras perspectivas como la de Hayek. Por el contrario, la relación social entre personas es relevante al respecto.

En consecuencia, el liberalismo igualitario no perseguiría la igualdad por la igualdad misma, sino que perseguiría más bien la expansión de la libertad.

Es interesante considerar que estas ideas representan un replanteamiento del carácter y relación de los Derechos Civiles y Políticos y los Derechos Económicos y Sociales. Casi todos los derechos tendrían un componente negativo y otro positivo, debiendo en ocasiones el Estado desempeñar un rol pasivo y en otras uno activo. Así lo señala Nino a propósito del derecho a la vida y a la integridad corporal, entre otros.

De esta manera, serían los mismos principios que justifican los derechos clásicos (Civiles y Políticos) los que servirían de fundamento al desarrollo posterior de la Doctrina (que incluye los Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En uno y otro caso se trata de expandir la libertad y autonomía de las personas, pero no entendidas a la manera de individuos aislados, sino de sujetos interrelacionados socialmente.

Incluso, apunta el autor, “en ciertos casos el ideal del liberalismo igualitario se satisface, aparentemente, no mediante la expansión de los derechos clásicos o el reconocimiento de nuevos derechos instrumentales, sino mediante lo que a primera vista parece una restricción de los derechos clásicos (...). Este efecto restrictivo se advierte sobre todo en el caso de la regulación de algunos contratos, como los que se celebran en materia laboral. (Estas regulaciones, como se sabe, venían a suprimir la aplicación al respecto de las laxas normas del arrendamiento de servicios de la legislación civil). Sin embargo, esa regulación, en una sociedad igualitaria es necesaria para impedir que se supedite la autoridad de algunos a la de otros, dadas las circunstancias fácticas que condicionan el poder de negociación de las partes. No se trata de dejar de mano la voluntad de los participantes sino de ofrecer un marco para que ella pueda hacerse efectiva (...).”.

Los otros temas estudiados en el libro son igualmente sugerentes y poseen la misma pertinencia, dándole un sentido de actualidad a la obra. Por lo mismo, y al margen de los alcances que pudieran hacerse a diversos pasajes, resulta claro que ella puede convertirse en terreno fértil para profundizar en el debate sobre los Derechos Humanos, en especial en los países de habla hispana. Y no sólo al nivel puramente teórico, sino para el análisis y evaluación de una serie de problemas prácticos y candentes, algunos de los cuales hemos vislumbrado en estas líneas.

FELIPE GONZALEZ M. *

* Profesor de la Universidad Diego Portales.