

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1990

HOMENAJE
A NORBERTO BOBBIO

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N.º 8 / 1990



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
1990

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 8
1990

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de
la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de
Concepción, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho
de la Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de
Derecho de la Universidad Central 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 79.432.

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.
Impreso en
EDEVAL

Errázuriz 2120 — Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1990

HOMENAJE A NORBERTO BOBBIO

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, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Hugo Tagle Martínez.

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, Sección Nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR), presenta su Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 8, correspondiente a 1990, y que sigue a los números anteriores que de esta misma obra han venido publicándose desde 1983.

A este N° 8 se le ha dado el título de *Homenaje a Norberto Bobbio*, en atención a que una de las secciones en que parece dividido está dedicada, precisamente, a reproducir la versión castellana de los textos que fueron leídos en el homenaje que la Universidad Degli Studi, rindió al jurista y pensador político italiano, en 1989, con ocasión de los 80 años del maestro de Torino. La traducción de estos textos fue hecha por el profesor de Derecho Romano e Historia del Derecho de la Universidad de Valparaíso, Aldo Topasio Ferretti.

Norberto Bobbio, con ocasión de la visita que efectuó a Chile en 1986, fue designado entonces Socio Honorario de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. Como resultado de esa misma visita, *Edeval*, sello editor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, y de su Escuela de Derecho, publicó la versión castellana de la conferencia que Bobbio ofreció en dicha Universidad, en abril de 1986, con el título de *Fundamento y futuro de la democracia*.

Por su parte, en la sección *Estudios* del presente Anuario se publican diversos trabajos inéditos de interés, en tanto que en la parte llamada *La filosofía jurídica chilena en la primera mitad del siglo XX*, se publica la segunda parte de la selección de textos preparada por Manuel Manson Terrazas. En cuanto a la primera parte de esta selección de textos, ella fue incluida en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 6, de 1988, titulado, por ello, *Lecturas*

de Filosofía Jurídica Chilena del Siglo XX. En cuanto al criterio empleado por el antologista para la selección de tales textos, el lector puede remitirse a lo que el propio Manuel Manson expresa, en la "Presentación" de su antología, en el ya mencionado *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 6.

El presente volumen concluye con una parte reservada a *Recepciones*, en la que se publican comentarios sobre diversas obras de interés.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social deja expresa constancia de sus agradecimientos a las distintas Facultades de Derecho del país que han colaborado en la publicación de este nuevo número de su *Anuario*, en especial a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, y a su Escuela de Derecho, en cuyo taller de imprenta se llevó a cabo la impresión del volumen.

En cuanto al *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 9, correspondiente a 1991, está abierta la recepción de estudios y recepciones que deseen publicarse en sus páginas. Las colaboraciones para este N° 9, así como los pedidos de ejemplares de cualquier número del *Anuario*, deben dirigirse a la Casilla 211-V, de Valparaíso.

Cabe consignar, por último, que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social cumplirá, en el mes de diciembre de 1991, diez años de existencia, puesto que fue ella constituida, en la ciudad de Valparaíso, en similar mes del año 1981.

Valparaíso, junio de 1991.

ESTUDIOS

LA FILOSOFIA JURIDICA CHILENA
EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

En todas partes nos encontramos con el mismo orden de ideas: el castigo ayuda a los reyes en sus funciones. El castigo mantiene a los hombres socialmente disciplinados.

2. La idea que prevalece es la de anular por medio del castigo, el hecho efectuado, pero no de prevenirlo. ¿Por qué? La explicación es clara: porque es el medio más sencillo y simple. El hombre hace siempre lo que encuentra más fácil en virtud de la ley y del esfuerzo mínimo, que tanta aplicación tiene en la vida industrial y práctica.

Muchos hablan, muchos charlan. Pocos escriben. Poquísimos obran. Porque charlar es más fácil que escribir, y escribir es más fácil que obrar.

Cuando se presenta un problema social, miles son las personas que hablan, y contadísimas las que operan en algún sentido.

Ahora bien, de todos los remedios contra el delito, la pena es el más fácil. Mucho más difícil es prever y prevenir.

Y esta tendencia inveterada en el hombre, de pretender curar el mal después de acaecido, se observa en todos los campos de las actividades humanas.

Nuestra vida social está inspirada en este viejo concepto de considerar a la pena como el único remedio para el delito.

En efecto, Beccaria, en su áureo libro: "De los delitos y de las penas", nos demuestra que durante siglos se escribió sobre la pena de muerte, sobre el tormento: pero nunca se escribió sobre la prevención del delito.

Y así, en la familia, en la escuela, en la sociedad, se espera la producción del mal para reprimirlo después.

Los resultados han sido desastrosos. El delito no disminuyó ni siquiera en los tiempos en que se descuartizaban a los criminales.

La experiencia milenaria nos ha venido a demostrar que el castigo es el peor, el más estéril, el más infecundo de los remedios.

LA CIENTIFICIDAD DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

LEON GRINBERG S.

1. Cuando se habla de ciencia del Derecho se alude generalmente en el actual pensamiento jurídico, a una disciplina expositiva y explicativa de la dogmática jurídica conocida con el nombre de Jurisprudencia sistemática. La misión que se le atribuye es, pues, doble: conceptualizar fielmente y con plena coherencia lógica el contenido particular de un Derecho determinado e indagar, al mismo tiempo, el exacto sentido y alcance de cada una de sus disposiciones. La idea de una ciencia de este tipo tiene un origen reciente en la historia del pensamiento jurídico, y proviene de la elaboración sistemática de los contenidos particulares del Derecho positivo que se inicia, de una manera definitiva, a partir del siglo XIX. Dicha elaboración representa la culminación de un proceso evolutivo de las doctrinas, cuyas raíces se remontan a, por lo menos, un siglo antes, y en el curso del cual se va haciendo cada vez más preciso el concepto que hoy tenemos de la ciencia del Derecho. Una rápida ojeada al pensamiento jurídico anterior a aquella centuria nos permitirá seguir, en sus líneas fundamentales, el desarrollo de ese proceso, y precisar, finalmente, el verdadero alcance y significado histórico de la elaboración a que condujo.

2. Si contemplamos en conjunto la historia del pensamiento jurídico desde sus orígenes en el seno de la filosofía griega, hasta principios del siglo pasado, lo hallaremos asumiendo la forma de una metafísica dogmática consagrada por entero a la especulación sobre el ideal jurídico y la validez absoluta del Derecho, conocida con el nombre de doctrina del Derecho Natural.

Esta doctrina, a pesar de las peculiaridades con que se manifiesta a través de sus diversos expositores, presenta siempre un común supuesto fundamental: el de que en el orden jurídico hay

un factor de validez absoluta e incondicionada, tanto en lo relativo al ser como al valor; en otras palabras: que las relaciones entre los hombres se desenvuelven según normas anteriores y superiores a cualquiera legislación histórica o positiva, y ampliamente eficaces para mantener la armonía y la justicia en las sociedades humanas.

3. Durante los siglos XVII y XVIII, bajo la influencia del racionalismo dominante, el pensamiento iusnaturalista alcanza la plenitud de su desarrollo. Sin duda, las circunstancias eran favorables para ello, ya que en contacto con la filosofía mencionada la doctrina adquiere un método adecuado a sus pretensiones. En efecto, el ideal típico de la metafísica racionalista era lograr la reconstrucción conceptual del universo según un esquema similar al de la deducción matemática. Ya en el siglo XIII, Raimundo Lulio había hecho un intento semejante; pero es sólo en el XVII cuando el método se generaliza y las matemáticas pasan a ser el modelo de la filosofía. Con Descartes, Spinoza, Leibniz y sus discípulos la filosofía se transforma en un verdadero "matematismo", es decir, "en un esfuerzo para fundar el sistema de la verdad universal en el molde suministrado por la ciencia que parecía entonces la única viviente y fecunda" (1).

4. El extraordinario estímulo recibido por la doctrina del Derecho Natural en medio del ambiente racionalista, hizo que muy pronto ella excediera los límites de un pensamiento jurídico estricto, para proyectarse también sobre otros dominios, como el sociológico, el político y el económico. La gran difusión alcanzada por las teorías del "estado de naturaleza" (Hobbes y Locke), del "contrato social" (Rousseau) y del "orden natural de la sociedad" (Quesnay y Adam Smith), atestiguan el formidable poder de generación que caracteriza al iusnaturalismo moderno.

1. Camilo Meyer: "La filosofía de las Matemáticas y su evolución en el siglo XIX". Rev. de Filosofía. Direc. de José Ingenieros. B. A. Julio de 1916, p. 12.

Con todo, hacia esta misma época aparecen también los primeros gérmenes de oposición al Derecho Natural, especialmente como una consecuencia del amplio desarrollo alcanzado desde comienzos de la Edad Moderna por los métodos objetivos de investigación científica. Los resultados innegables obtenidos gracias al empleo de tales métodos, dan ocasión a que el pensamiento social a su vez empiece a servirse de ellos. La vía más adecuada de acceso del nuevo criterio parece ser la de la historia. El primero en concebir una teoría de la sociedad humana fundada preferentemente en el método comparativo-histórico, es Juan Bautista Vico ("Nueva Ciencia", 1725). Montesquieu, en su famoso libro "El espíritu de las leyes" (1748), sostiene que tanto el Derecho como las instituciones sociales son productos, conjuntamente, del carácter peculiar de cada pueblo y de las condiciones del medio físico en que vive — contribuyéndose así a acentuar el valor puramente relativo de aquéllos. Más tarde, Turgot ("Plan de dos discursos sobre la Historia universal") insiste con renovados bríos en la importancia de construir la filosofía social y jurídica sobre bases objetivas, particularmente históricas; al tiempo que Voltaire ("Ensayo sobre las costumbres y espíritu de las naciones", 1754) echa las bases de lo que ha de constituir la moderna crítica científica de la Historia.

5. Pero esto era aún insuficiente desde el punto de vista gnoseológico. Desde luego, se hacía necesario introducir también un distinguo fundamental. El iusnaturalismo, al pretender que el orden jurídico era expresión de la Justicia, había emparentado las nociones de Derecho y de Moral, como la especie con su género, y hecho del pensamiento jurídico una nueva dependencia del pensamiento ético. De ahí que, para que el Derecho dejara de ser un simple objeto de valoración, debía separarse previamente su concepto del de la Moral.

La necesidad de distinguir esos conceptos la había puesto ya en evidencia Tomassio; pero fue el punto de vista de Kant, fundado en el principio de la autonomía de la legislación moral, el que ejerció a este respecto mayor influencia sobre el pensamiento jurídico. Conforme al principio mencionado ("Fundamentos de la metafísica de las costumbres", 1785), el deber moral se caracteriza por el hecho de ser la propia voluntad del sujeto la que se lo impone,

“la que se da a sí misma la ley” de la conducta⁽²⁾. En cambio, cuando la norma se impone al individuo desde fuera, la voluntad es respecto de ella “heterónoma” y, en consecuencia, la conducta resultante carece de toda significación moral.

6. Cualquiera que sea el juicio que merezca la actitud romántico-nacionalista de la Escuela Histórica, lo cierto es que ella representa, en sus rasgos esenciales, la concreción de un nuevo punto de vista en la concepción y tratamiento del Derecho, ya que a la luz de su doctrina el conocimiento jurídico se concibe como el de una realidad puramente histórica, cuya fuente está en las costumbres y creencias populares, y que adquiere fuerza obligatoria una vez sancionada por el legislador.

En esta forma, y definitivamente, “la investigación jurídica se hace positiva... en cuanto se comprende que no hay otro Derecho fuera del Derecho positivo, de modo que el problema consiste en captarlo a éste tal cual es”⁽³⁾. ¡He aquí la meta lógica a que tendía el pensamiento jurídico desde hacía un siglo!

Pero el aporte de Savigny no se limitó a la elaboración metafísica de un concepto relativista del Derecho: con él se inicia, además, de una manera definitiva, el tratamiento sistemático de los contenidos jurídicos particulares, debiendo, por tanto, considerársele como el verdadero fundador de la ciencia del Derecho⁽⁴⁾.

7. Al mismo tiempo que en Alemania el pensamiento jurídico alcanzaba un extraordinario desarrollo sistemático y un rango

2. “No es de admirar, si consideramos todos los esfuerzos emprendidos hasta ahora para descubrir el principio de la moralidad, que todos hayan fallado necesariamente. Véase al hombre atado por su deber a leyes; mas nadie cayó en pensar que estaba sujeto a su propia legislación” (Kant: Fundamentos..., ed. Ercilla, p. 52).

3. C. Cossio: “La valoración jurídica y la ciencia del derecho”, *Universidad* (Universidad Nacional del Litoral, Argentina) 8, p. 43.

4. En realidad, el mismo Savigny reconoce que hubo ensayos de tratamiento sistemático de los contenidos del Derecho, ya en el siglo XII, considerando como tales las “summae” de los glosadores de Bolonia; pero dichos ensayos no tuvieron sino un carácter fragmentario y no ejercieron gran influencia sobre el pensamiento jurídico posterior.

preeminente en la cultura de la época, en Francia se había despertado también un gran interés por los problemas del Derecho, si bien con un sentido muy diverso que en el país germano.

En efecto, mientras aquí la preocupación jurídica engarzaba directamente en el pensamiento filosófico, siendo una de las tantas direcciones en que éste se había desenvuelto —basta mencionar los nombres de Kant⁽⁵⁾ y de Hegel⁽⁶⁾ para comprender cuán hondo calaba la problemática jurídica en la tradición filosófica alemana—, en Francia, en cambio, esta misma problemática se presenta a comienzos del pasado siglo como respondiendo a una circunstancia meramente histórica: la necesidad de exponer el contenido del Código Civil, a la sazón recién publicado (1804).

Impulsados por este propósito práctico, una pléyade de juristas, entre los que destacan Merlin, Demolombe, Aubry et Rau, Laurent, Baudry-Lacantinerie y muchos otros, se entregan con entusiasmo a la magna obra de la investigación jurídica. Pero ésta, por circunstancias explicables, es concebida como mera interpretación o exégesis de los textos legales. De ahí el nombre de Escuela exegética con que se conoce esta corriente del pensamiento francés.

8. A pesar de todo, la Escuela exegética, por cuanto orientó también su actividad hacia el conocimiento de los contenidos históricos del Derecho, contribuyó a dar un significado nuevo a la investigación jurídica; aparte de que, indudablemente, a ella corresponde además el mérito de haber llamado la atención sobre un importante elemento de esta última, como es la determinación del sentido (interpretación) de las diversas disposiciones que integran el sistema legal.

9. Toda ciencia tiene una condición formal, sin la cual no hay pensamiento teórico posible: la unidad sistemática de su contenido. Es evidente que tal condición ha sido satisfecha, en el caso de la Jurisprudencia, por Savigny, quien vio claramente la importancia que tiene para la disciplina la integración de todos los datos suministrados por la fuente jurídica en una unidad lógica coherente y

5. Kant: “Principios metafísicos del Derecho” (1797).

6. Hegel: “Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho” (1821).

sistemática, a la que se llega mediante el método de la construcción. Sin embargo, este último no alcanza la fisonomía de un método científico propiamente tal, sino en la obra de Ihering.

Imbuido por la pasión hacia la objetividad científica, Ihering reprocha a Savigny su actitud formalista en la investigación y construcción jurídicas, ya que, al asignar este último un papel preponderante en la Jurisprudencia a los "principios" (que no son sino abstracciones metafísicas), hace de la disciplina un puro engendro intelectual, sin relación alguna con la realidad del Derecho. Tal es el sentido de su famosa sentencia: "Se desconoce la esencia misma del Derecho, y se incurre en un error completo queriendo, en nombre de la lógica, hacer de la Jurisprudencia las matemáticas del Derecho. La vida no debe plegarse a los principios, sino que éstos deben moldearse sobre aquélla" (7). En esta forma destaca Ihering de una vez para siempre la verdadera exigencia de un método jurídico, que es atenerse a lo efectivamente dado en el contenido normativo que sirve de objeto a la investigación. Sólo así se conseguirá liberar a esta última de todo elemento subjetivo o dogmático.

10. Desde la época de su formación hasta nuestros días, la Jurisprudencia se ha enriquecido con numerosos aportes, tanto en el aspecto meramente interpretativo de la ley como en el de la "teorización" de nuevas instituciones. Sin embargo, un problema fundamental que se ofrece a la crítica epistemológica es averiguar si todo ello ha sido suficiente para hacer de la Jurisprudencia, efectiva y definitivamente, una verdadera disciplina científica. Es indudable que las condiciones estaban dadas para ello, y que para la mayor parte de los juristas de nuestra época no ofrece ninguna duda la validez científica de la Jurisprudencia.

Con todo, ¿constituye ésta, en realidad, un sistema coherente y objetivamente fundado de conocimientos relativos a un orden jurídico particular, condición esencial para que pueda considerársela como una verdadera ciencia? Si examináramos críticamente algunos aspectos del proceso de constitución de la disciplina, tal como habitualmente se la presenta en la cátedra y en los tratados especia-

lizados, no tardaríamos en convencernos de que a menudo el investigador no obtiene su conocimiento del Derecho, del examen del mismo Derecho, sino que, dogmáticamente, va ya premunido de un **armazón conceptual** que sobrepone a lo efectivamente dado en el objeto que investiga; es decir, veríamos que con frecuencia el jurista procede con una idea preconcebida acerca de lo que son o deben ser, el Derecho y las instituciones jurídicas. Y ello porque en el conocimiento del Derecho, más que en el de cualquier otro objeto cultural, puede fácilmente incurrirse en una cantidad de vicios que sólo mediante una paciente reflexión crítica es posible descubrir y eliminar. No es éste el lugar en que debemos insistir sobre este punto. Sólo hemos querido destacar la importancia de someter a reflexión crítica la estructura misma de la Jurisprudencia, de indagar sus posibilidades y sus fundamentos, y señalar sus límites y su método, con el fin de asentar sobre base segura nuestro conocimiento del Derecho.

7. Ihering: "Espíritu del Derecho Romano". Madrid, 1891. T. IV, p. 347.