

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.

P R E S E N T A C I O N

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*

después de haberlo "reconstruido" gracias a un hábil y científico manejo de los restos o huellas que de ese pasado tenemos.

Tal vez alguien crea que pretendemos reproducir íntegra y minuciosamente lo pretérito. ¡No!; el verdadero historiador —no el "datólogo"— se ocupa —nada más y nada menos— de "actualizar el pasado en su espíritu", como tan enjundiosamente dijera Benedetto Croce.

No faltará quien me tache de forjador de eruditos, de profesionales y juristas desligados de la vida real; y yo le responderé que quienes todo lo ignoran de la realidad son aquellos que confeccionan leyes sin más luces que la de su razón, y aquellos que invocan o aplican el derecho sin más horizonte que el articulado de los Códigos.

Otros esperarán descubrir u oír en esta asignatura la formulación de leyes generales del desenvolvimiento histórico-jurídico, grandes y sucesivas etapas en la evolución de la humanidad; pero tales esperanzas saldrán defraudadas. La Historia del Derecho —a la vez que destruye la idolatría por lo legislado y actual— muestra al desnudo la indigencia científica de tanto maestro y político que bajo el rodaje del positivista y denigrando toda Metafísica, no hace más que falsa Metafísica al pretender ceñir la realidad histórica a ciertas y determinadas leyes evolutivas. Si la mayor parte de quienes investigan el pasado se muestra dubitativa frente al aparente simplismo, con el cual Bossuet buscaba el alma de la Historia en la Divina Providencia, no debiera ser menos recelosa ante otras fórmulas simplistas que pretenden dar razón con exactitud casi matemática de la fenomenología general, y, concretamente, de la fenomenología jurídica.

Si sonreís cuando el mahometano os afirma que Dios "decide la suerte de los combates", sonreíd también cuando se os asegure "la fatalidad ineludible de las leyes de la historia".

R E C E N S I O N E S

cia"; y "no hay democracia allí donde se confía o se entrega su defensa a un haz o una falange de funcionarios".

Siento la necesidad de valerme de unas palabras de Manuel Azaña, pronunciadas inmediatamente antes del desmoronamiento de la monarquía y próximas al arribo de la República (1931), citadas por Rivacoba, cuya erudición acude otra vez en nuestra ayuda, transformándolas para responder a quienes nos combatían con argumentos sofisticados o sin argumento alguno: "El jurado, como forma democrática de administrar justicia y de proceder de hombres libres, no torna justos a los hombres, sino que los erige, simplemente, en hombres".

Bueno es repetir, al finalizar, con el discurso de contestación del Sr. Dr. Petschen Verdaguer, no ya la biografía del Prof. Dr. Rivacoba, o la bibliografía a él debida, para lo cual basta consultar esa parte del impreso, sino el hecho de que él, en sus años mozos y no tan mozos, sufriera en carne propia su adhesión a las ideas que explica y profesa: en su tierra (1947) fue detenido, juzgado por un tribunal militar y condenado a treinta años de reclusión; fugó de la cárcel, emigró hacia nuestra tierra y aquí volvió a perder su cátedra en una de las tantas dictaduras militares que sufrimos.

Como amigo, me emocionó el relato de la partida desde su país al exilio, que recuerda el autor en la introducción de su discurso, y, también, el Sr. Dr. Petschen Verdaguer en su contestación. Quizás sea éste, sin saberlo, el motivo inicial de este comentario. Quiera la razón, que el autor adjudica a los hombres como distinción esencial, permitirle vivir feliz en su tierra, consuelo principal de quienes ahora lo sentimos, por la distancia, más no en el afecto, lejos de nosotros.

Julio B. J. Maier *

* Esta recensión fue escrita para la revista *Doctrina Penal*, que publica en Buenos Aires Ediciones Depalma, S. R. L. Y la parte central del opúsculo a que se refiere, o sea, el discurso del Profesor Rivacoba sobre el liberalismo y la democracia, fue publicada en este *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, de Valparaíso, en el número de homenaje a la memoria del Profesor Aníbal Bascuñán Valdés, 1989, pp. 171-191.

JUAN PABLO FORNER: *Discurso sobre la tortura*. Prólogo, edición y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Valparaíso (Chile), EDEVAL (Colección Juristas Perennes, 9), 1990. 154 páginas, una ilustración.

Con la calidad y pulcritud que le han sabido imprimir quienes dirigen esta Colección, aparece hoy su noveno número, que contiene un texto que permaneciera inédito por cerca de dos siglos, como nos lo recuerda su docto prologuista, que supo transformar en fallida una profecía respecto a su no publicación y que para mayor enseñanza, atendido su tema, se edita en Chile en un momento de reencuentro con la libertad.

El Prólogo, que es un valioso estudio preliminar salido de la pluma siempre elegante de don Manuel de Rivacoba, dividido en cinco apretados párrafos, nos da primero noticias respecto al autor y su época, para seguir luego, en el segundo, en lo que pudiera denominarse la descripción de la conciencia disidente española, corriente constituida por una tenue cadena que se inicia al día siguiente del Edicto de Teodosio, que impuso la fe católica a todos los súbditos del imperio el año 380, con Prisciliano, silenciado y desfigurado, continuando en épocas más cercanas con los erasmistas, siguiendo con los pocos y nada acérrimos ilustrados españoles del siglo XVIII, mencionando después "el torcedor drama de los afrancesados, sobre los que es de rigor arrojar dicterios desde lejos", terminando esta enumeración con "los diversos liberales" del siglo pasado y del actual, que desembocaron cual río en la década de los treinta, como lo describiera el mismísimo Azaña para referirse a esta corriente como "un arroyuelo murmurante de gentes descontentas, del cual arroyuelo nosotros venimos y nos hemos convertido en ancho río". El tercero está dedicado a tocar la obra propiamente jurídica de Forner, refiriéndose primero a la *Disertación sobre el modo de formar unas instituciones del Derecho de España*, presentada a un concurso llamado por la Academia madrileña de Derecho, que obtuviera el premio ofrecido y que fuera publicado en

forma póstuma el año 1843, obra ésta más extensa y general que la que se comentará luego, de donde el prologuista extrae y pone a la vista de los lectores la concepción que el autor tenía del Derecho, resaltando la importancia que confería o reconocía a los fines y la necesidad de contemplar las leyes en relación con el ambiente social para el que se dan, lo que se confirma con una precisa cita. Se sigue con un examen del opúsculo que publica y que su autor titulara originalmente como *Nuevas consideraciones sobre la perplejidad de la tortura*, que trata de un discurso no muy conocido, lo aclara el autor del Prólogo, enunciando las escasas referencias de pocos autores a esta obra, y, por nuestra parte, tal circunstancia queda bien a las claras, cuando el autor de este Prólogo y del maravilloso estudio preliminar a la obra de Verri sobre el mismo tema, no lo menciona, entonces, cuando hubiese parecido atinente hacerlo. Sucintamente se refiere al origen de la obra, que no es otro que acceder a la petición del “señor don Pedro de Castro, canónigo de esta Iglesia de Sevilla e inexorable defensor de la tortura”, como lo caracteriza el propio autor en el Preámbulo de su *Discurso*, de dar por escrito las razones y fundamentos para oponerse a la tortura. Sobre la data de este opúsculo no existe fecha precisa, a pesar de la acuciosidad del prologuista, quien debe contentarse con dejar anotado “que es de 1791 o en todo caso, de muy a fines de 1790 o muy a principios de 1792”, consignando, eso sí, los datos que apoyan estas fechas como probables. Este apartado termina proporcionando los antecedentes de las fuentes de donde extrajo esta obra, que ha visto la luz y ha dado a la imprenta en este recóndito país. En el cuarto párrafo, el prologuista destaca el tema principal de la obra y su tesis central, a saber, la ninguna fuerza y, menos todavía, valor probatorio de la tortura, y el espíritu que la anima, de razonar sobre su falta de fiabilidad antes que conmovier con el martirio que produce inevitablemente y que le es consubstancial. Se la compara con la obra de Verri, a la que antes habíamos aludido, y se transcriben expresiones de López en que la contrasta con el *Dei delitti e delle pene* del inmortal Beccaria, caracterizándola con acierto como “una disertación jurídica fundada en el examen de la legislación nacional, del Derecho romano, de las doctrinas de los antiguos, de los Padres y de los teólogos”, y

explicando la falta de cita del célebre Marqués, por una pretendida originalidad o por una comprensible prudencia, alternativa esta última que estimo más acertada, si nos atenemos al título original de este discurso *Nuevas consideraciones...* y por lo que el mismo autor señala paladinamente en su Preámbulo como justificación de su estudio. Cierra este apartado una digresión, que no deja de ser significativa, respecto al equívoco en que se incurre en una contemporánea monografía al atribuir una respuesta, que fue el broche de oro en lo que concierne a España respecto a la tortura, a Don Miguel de Lardizábal, cuando casi un cuarto de siglo antes Rivacoba había dejado sentado en firme que verdaderamente quien la había dado fue su hermano don Manuel, “un penalista ilustrado”. Por último, el prologuista dedica el párrafo quinto a justificar la oportunidad de esta edición, atendido que “la lucha contra la tortura, muy lejos de solazarse y darse por concluida con su terminante victoria de finales del dieciocho o comienzos del diecinueve en el plano formal de las leyes, con la que el tormento pasó a los senos tenebrosos de la historia, ha de continuar debelando sin tregua en la realidad su persistencia en la aplicación del Derecho, como espantosa práctica policial extendida en innúmeros países y aceptada por muchos jueces para la averiguación de los delitos y de cuantos intervienen en su perpetración...”, cuestión respecto a la cual nuestros dolientes países del cono sur de América se encuentran en la mejor situación de dar trágico testimonio.

Es de comprender, de cuanto se ha venido diciendo respecto a las palabras proemiales, que no es mucho más lo que podemos agregar sobre el opúsculo mismo que hoy ve la luz pública, aparte de dejar consignado que se encuentra dividido en un Preámbulo y veintidós breves apartados, seguidos de 180 enjundiosas notas entremezcladas, las del autor y del editor, distinguiéndose las últimas con la signatura *M. de R.* entre paréntesis y sin perjuicio de haber éste enriquecido también las notas del autor.

Sólo resta agradecer al editor, no sólo la ocasión, sino también el lugar de esta edición, pues, como se ha dicho, con razón, el conocimiento del pasado, no como acto huero de mera erudición, nos ayuda a comprender el presente, valorando la obra de quienes nos han antecedido en la preocupación de la llamada “dolorosa y

humanísima disciplina de los delitos y las penas''; y, como acontece en este caso, se nos devela la profunda congruencia que existe entre el pensamiento del canónigo hispalense, ferviente partidario de la aplicación de la tortura, y un Senador de esta República, que recientemente ha sostenido el profundo valor rehabilitador de la pena de muerte, ya que él ha observado un proceso de conversión en quien debe ser ajusticiado.

Hugo E. Marzi Rivera.

ALDO TOPASIO FERRETTI: *Fuentes del Derecho Chileno en la Codificación*, EDEVAL, Valparaíso, 1990. 113 páginas.

Hace cuatro años cabales, en *Gaceta Jurídica* N° 82, 1987, nos ocupamos de la obra precedente del mismo autor, titulada *Fuentes del derecho chileno en la precodificación (1810-1857)*; a dicha nota nos remitimos y nos excusa de referirnos hoy a la valía del autor y su proficua obra.

La obra que hoy reseñamos cuenta con una elegante presentación del reputado civilista porteño, Profesor don Alvaro Quintanilla Pérez, en que rinde homenaje "al trabajo acucioso de investigadores talentosos (en su mayoría recordados y citados en esta obra) que han iluminado aspectos fundamentales de nuestro pasado jurídico", entre los que, por cierto, se debe contar al autor de este estudio.

El libro se encuentra dividido en siete capítulos y en cuarenta y siete párrafos, todos bajo un comprensivo y acertado epígrafe que orientan al lector y facilitan su conocimiento.

El capítulo primero está dedicado a la Ley, adquiriendo preponderancia dentro de él, la exposición de la evolución del pensamiento de Bello frente a esta fuente que, en definitiva, se plasmó en el Código Civil como preeminente, relegando a una condición muy disminuida a todas las demás.

El capítulo segundo se refiere a la Costumbre, que en los primeros proyectos de Bello tenía un lugar mucho más destacado y relevante, cuestión que algunos estiman obedecería a la estada del ilustre jurista hispanoamericano en Inglaterra y otros, a la influencia de las Partidas del Rey sabio, no obstante lo cual, su positividad en el Código resultó muy menguada.

El capítulo tercero se centra en la consideración de la Jurisprudencia de los Tribunales, como fuente del Derecho y con realismo le asigna el verdadero lugar que ocupa en nuestra práctica forense, al margen de la posición relativa que tiene en nuestro Ordenamiento jurídico y lo importante que para su consolidación co-