

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 11 / 1993

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1993

RECUERDO DE JORGE MILLAS



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
1993

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL.
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL N° 11
1993

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades y Escuelas de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Universidad de Concepción, Universidad Diego Portales, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Andrés Bello, Universidad Finis Terrae, Universidad de Las Condes, Universidad Católica del Norte y Universidad de Talca.

ISSN — 0716 — 7881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,
Errázuriz 2120 - Valparaíso.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
1993

RECUERDO
DE JORGE MILLAS

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1991 - 1993)

Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Andrés Cuneo Macchiavello, Jesús Escandón Alomar, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci, Juan Enrique Serra H. 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.

En la asamblea general de socios correspondiente a 1993, se eligió al siguiente nuevo Directorio por el período 1993-1995: Antonio Bascuñán, Jorge Correa, Jesús Escandón, Pedro Gandolfo, Fernando Quintana, Nelson Reyes, Juan Enrique Serra, Agustín Squella y Aldo Valle.

PRESENTACION

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 11, correspondiente a 1993.

Hemos titulado este nuevo número del Anuario "Recuerdo de Jorge Millas", puesto que en 1992 se cumplieron diez años de la muerte del destacado filósofo chileno, socio fundador en 1981 de nuestra Sociedad e integrante de su primer directorio. Con ese motivo, en el mes de abril de 1992, la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en conjunto con la Universidad de Chile, organizaron un acto en memoria de Jorge Millas, que tuvo lugar en el Salón de Honor de esa casa de estudios superiores. Intervinieron en ese acto el Rector de la mencionada universidad, Jaime Lavados, el presidente de nuestra Sociedad, y el filósofo y profesor Humberto Giannini.

La primera sección del presente Anuario reproduce precisamente el texto de las tres intervenciones antes aludidas.

Sigue luego una sección de Estudios, en la que el lector podrá encontrar diversos trabajos de interés.

La sección denominada Documentos reproduce un trabajo del sacerdote y profesor de Filosofía del Derecho, Rafael Gandolfo, quien impartió la asignatura en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Rafael Gandolfo estuvo también vinculado hasta su desaparecimiento al Instituto de Filosofía de esa misma universidad. A continuación se reproduce un comentario del profesor Ismael Bustos a tres obras de Ronald Dworkin. Se incluye también la versión escrita de las palabras pronunciadas por el presi-

dente de nuestra Sociedad, Agustín Squella, con motivo de conferirse a Ronald Dworkin, en diciembre de 1993, la calidad de Socio Honorario de la corporación. En esta misma sección se agrega un trabajo del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, sobre Violencia y Justicia.

Se incluye una Sección titulada In Memoriam, con un trabajo del profesor José F. Palomino M.

El volumen concluye con la sección Recensiones, en la que se contiene una importante cantidad de reseñas de libros de evidente interés.

Este y los restantes números del Anuario de Filosofía Jurídica y Social pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Abril de 1994

EN RECUERDO DE JORGE MILLAS

RECENSIONES

- Band 16 Rechtsvergleichende Schriften (Hg.): H. Scholler.
 Band 17 Biographische Schriften (Hg.): G. Spindel (1988).
 Band 18 Briefe I (Hg.): G. Spindel (1991).
 Band 19 Briefe (Hg.): G. Spindel.
 Band 20 Reichstagsreden (Hg.): W. Schild.
 Band 21 Gesamtregister (Hg.): M. E. Wallner-Neumann.

Un breve comentario puede servir de explicación sobre la importancia del pensamiento de Radbruch no sólo como filósofo del derecho, sino también como pensador político que participó activamente en política durante la República de Weimar: 2 veces ministro de justicia del Reich (1921-1922): Gabinete Wirth; 1923: Gabinete Stresemann) y diputado del SPD. La obra de Radbruch alumbra uno de los capítulos más fascinantes y trágicos de la historia política moderna alemana: la República de Weimar (1919-1933). Sus escritos político-jurídicos son una magistral interpretación en defensa de los principios democráticos de libertad e igualdad que la Constitución de Weimar pretendía desarrollar. En mayo de 1933, 5 meses después de la llegada de Hitler y el nazismo al poder, Radbruch es privado de su cátedra universitaria. Es el triunfo del irracionalismo y la brutalidad sobre el derecho y la justicia.

Deseo finalizar este breve comentario con las palabras del editor alemán, A. Kaufmann, discípulo de Radbruch: "Gustav Radbruch ist einer der bedeutendsten Rechtsdenker deutscher Sprache in unserem Jahrhundert, darüber hinaus einer der wenigen deutschen Juristen mit Weltgeltung".

Patricio Carvajal

MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA: *Función y aplicación de la pena*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, XX + 175 páginas.

La obra cuyo comentario emprendemos, no obstante estar fechado su Prólogo en Quito el 28-30 de mayo de 1993, esto es, hace casi un año cabal, no fue puesta en circulación sino muy a finales del año recién pasado.

El Prólogo referido da cuenta del origen de esta obra, que se encuentra en las enseñanzas de especialización en ciencias penales impartidas por el autor en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, en junio de 1991 y noviembre de 1992. Aquí ya perfila el sentido de este estudio al declarar que es "por su designio y naturaleza, eminentemente dogmático", pero aclarando enseguida que "una auténtica dogmática no puede desconocer u olvidar los fundamentos del ordenamiento en que se ocupa ni los condicionamientos que lo configuren, ni, por tanto, puede prescindir de considerar y tener presentes en sus tareas unos y otros".

La obra, con propiedad magisterial, se encuentra dividida en siete Capítulos y, éstos, a su vez, se subdividen en apartados, con excepción del séptimo.

El Capítulo I se titula "La pena y su finalidad", estando dedicado su apartado primero, a fijar el sentido del tema; el segundo, a precisar tres importantes conceptos que es de toda conveniencia distinguir: punibilidad, penalidad y pena; en el tercero, se destacan las finalidades del Derecho y las finalidades de la pena, los fines de la pena y los fines de privación de libertad, los fines de la pena y los fines de su ejecución; reservando el cuarto, a los fines y a los

medios y a la necesidad de relacionar el problema de la finalidad de la pena con los de su aplicación, comprensiva de su determinación o imposición y de su ejecución.

El Capítulo II versa sobre las teorías acerca del fin de la pena y se encuentra dividido en tres partes, en que nos da cuenta sucesivamente, de la multiplicidad de teorías existentes acerca del fin de la pena, de su clasificación y de la consideración particularizada de las más significativas e importantes.

El Capítulo III, que lo titula "La finalidad de la pena en su relación con las concepciones científicas y con la realidad jurídica", revela prístinamente el valor intelectual y moral del autor cuando, haciéndose cargo de la riqueza y variedad de las teorías existentes sobre el fin de la pena, desestima la "posición abierta, de carácter ecléctico, y, todavía más, amplia y sincrética, que acoja la mayor cantidad posible de criterios y trate de conjugarlos en una síntesis comprensiva y superior, o sea, desechar cualquier pretensión de finalidad única y exclusiva y asignarle una finalidad múltiple que se cumpla de manera armónica", esto, sin dejar de observar que esta postura pudiera aparecer como la más recomendable y sensata. Se refiere luego a la concepción política y función de la pena, contrastando una organización de auténtico espíritu liberal con la de los "totalitarismos, con su fondo irracionalista, intuicionista y voluntarista", en que "la punición se convierte en arma del terror, que petrifica a los hombres y perpetúa el goce y los beneficios del poder".

Explica después los conceptos de retribución y de prevención, demostrando razonadamente cómo éstos constituyen una perfecta antítesis. Expone más adelante, sobre la teoría y realidad en el Derecho penal: "A riesgo de ser reiterativo, conviene precisar que el estudioso no pertenece a las radiosas regiones de la poesía, y no es, por tanto, un creador, ni de los valores absolutos, y tampoco es un legislador incondicionado, sino que ha de partir de y atenerse a un ordenamiento dado, con el designio teórico de captar y elaborar las instituciones establecidas en él para fomentar y regular conductas", advertencia certera que resulta siempre conveniente tener presente para que los dogmáticos del Derecho no reincidan en las conductas que merecieron el juicio sarcástico de Ihering en el siglo pasado, en la célebre "Jurisprudencia en serio y en broma".

El Capítulo IV se centra en la idea de la retribución, caracterizándola, indicando sus orígenes, depurándola y distinguiéndola de otras afines, señalando sus fundamentos y su significación política y sus consecuencias; de estas últimas reproducimos un párrafo extraído de la consecuencia sexta, mencionada en el libro: "En fin, tratándose en ella al hombre como hombre, es decir, reconociendo y respetando su dignidad, la retribución tiene que suscitar la humanización de las penas y hacer que éstas sean radical y completamente humanas, o lo que es igual, compatibles con la noción de dignidad y sus exigencias, proscribiendo y evitando la inflicción de cualquier dolor o sufrimiento, ya físico, ya moral. Como proclama la Declaración Universal de Derechos del Hombre, del 10 de diciembre de 1948, en su art. 5º, "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes", explicando en el apartado 2 su fuerte significado simbólico: "más que de infligir dolor y provocar sufrimiento a nadie por el delito que haya ejecutado, se trata de desaprobarlo y significar y dar realidad a semejante desaprobación en la pena", simbolismo que se confirma si se repara en el volumen y en la importancia en la cifra negra existente en toda clase de delitos, tanto que no habría "exageración de aseverar que sólo por excepción se castigan". Simbolismo que "no resta la más mínima autoridad y prestancia al Derecho penal; antes bien, lo realza, pues hace que constituya representación operativa de lo que una sociedad estima más entrañable e importante, genuino y elevado".

El Capítulo V, que se titula "Finalidad y determinación de la pena", en su apartado 1 se define la individualización de la pena como "el proceso por el cual se adapta y concreta para el singular suceso delictivo la abstracta previsión penal de la ley para la especie o categoría criminosa a que pertenezca, escogiendo para aquél y haciendo cumplir al reo la magnitud y la posibilidad, de las comprendidas dentro de los límites de dicha previsión, que más o mejor se adecue a las particulares de tal suceso, siempre, claro es, que el delito en cuestión se halle amenazado, según es lo común en nuestra época y páginas atrás que he señalado, con penalidades divisibles, elásticas, flexibles, graduables, o bien, lo que es menos frecuente, alternativas o paralelas". El apartado 2 de este capítulo es una consideración especial a la individualización judicial y un estudio compa-

ratista entre diversos ordenamientos, de su regulación en relación con la idea de finalidad, el que culmina con seis conclusiones, del mayor valor científico, que explican: "La oposición de la peligrosidad y la prevención especial a la retribución y, por detrás o por debajo de ello, su indiferencia a la noción de injusto, permiten captar, mejor que cualquier otra explicación, el por qué para los positivistas más consecuentes no hay razón de castigar menos la tentativa que la consumación, no obstante que en la primera la afectación del bien jurídico es inferior, y comprender asimismo otras cuestiones análogas, como la sanción del delito imposible, la equiparación de autores y cómplices, etcétera".

En el Capítulo VI, bajo el título "Finalidad y ejecución de la pena", se estudia y aclara en su primer apartado, la ubicación de la ejecución de la pena, dentro del Derecho, expresándose: "Esta representa, pues, mucho más que su medición, la verdadera culminación y remate de la teoría de la pena. De donde a las claras se sigue que su regulación no es ni puede ser, en buenos conceptos, sino una parte del Derecho penal, la parte en que se corona y concluye, no pudiendo, por tanto, pertenecer a otra rama del árbol jurídico, aunque de hecho haya estado y continúe incardinada o abandonada en su porción más significativa a alguna, ni tampoco constituir una privativa y distinta, con sustantividad y autonomía que la separasen de las demás. O sea, que así queda descartada, por un lado, su inclusión en el Derecho administrativo o en el procesal, y, en otro aspecto, la pretensión de un Derecho de ejecución penal o, en términos más ceñidos, de un Derecho penitenciario". El apartado segundo es una amplísima visión respecto a las orientaciones actuales en materia de ejecución de las penas, constituyendo la parte más importante una reflexión acerca de las privativas de libertad, donde concluye: "refiriendo la cuestión a las meras penas de encierro o reclusión, es un dato elemental, pero que por elemental muchas veces se olvida o se prefiere, que el único bien jurídico sobre el cual deben recaer es la libertad ambulatoria. Su objeto o contenido no es más que la libertad de desplazamiento, que limitan severamente, hasta casi privar de ella completamente al condenado. Fuera de tal aspecto de la libertad, no afectan ni pueden afectar o deben afectar ningún otro derecho del penado, es decir, no se les puede ni debe dar otro contenido". El apartado tercero es una completa revista de los Códigos y

leyes de ejecución de las penas, examinando críticamente la legislación española sobre la materia y destacando el "interesantísimo Anteproyecto de ley de ejecución penal, para Costa Rica, de 1992, el cual, haciendo honor a su nombre, se ocupa sucesivamente de la ejecución de la pena de prisión, de la multa, de las de inhabilitación e interdicción, de la de detención de fin de semana, de la de prestación de trabajo de utilidad pública, de la de limitación y prohibición de residencia, de la de arresto domiciliario, de la de cumplimiento de instrucciones, de la de multa reparatoria, de la de amonestación y de la de caución de no ofender, así como de la ejecución de las medidas de seguridad". Está dedicado el apartado cuarto y último de este Capítulo VI a razonar sobre la necesidad de jurisdiccionalizar la ejecución de la pena, destacando la figura pionera en este tema de su maestro, don Luis Jiménez de Asúa, recordando, entre otras, su relación al Congreso penal y penitenciario de Berlín, en 1935, exponiendo todo lo que se ha avanzado en este tema hasta ahora y perfilando la figura del juez de ejecución, remarcando su actuación netamente valorativa que es algo distinto y más a un simple traspaso de la función administrativa que hasta ahora se ha ejercido en este aspecto.

Por último, el Capítulo VI, con muy buen sentido docente, es una recapitulación en que se reseñan interesantísimas conclusiones a las que no aludiré, prefiriendo transcribir una reflexión de las palabras proemiales: "Ni tampoco se ha de olvidar que la pena no es, ni, por ende, puede funcionar como, medio ni remedio de nada, sino sólo una amarga realidad, que hay que administrar igual que se maneja y proporciona todo lo amargo, ingrato y doloroso: con suma parsimonia".

In fine.

Al concluir, teniendo clara conciencia que las dimensiones de este comentario exceden a las usuales de este género, no puedo silenciar que se trata de la obra de un hombre que ha meditado largamente sobre el tema, preocupación que se remonta a su tesis doctoral, calificada como *Sobresaliente*, por la Universidad de Madrid, en

1957: "Relaciones entre las diversas disposiciones que regulan la ejecución de las penas de privación de libertad en el Derecho positivo español", y siguen y suman en una enumeración no exhaustiva en: "Configuración y desfiguración de la pena", discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, del Instituto de Chile: 1980, "El Derecho de ejecución de las penas y su enseñanza", en la Revista Penal-Penitenciaria, de Santa Fe, 1965; "El espectro de la pena de muerte y la actualidad jurídica argentina", en la Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1961; y las intervenciones: "La revisión de conceptos sobre las penas cortas privativas de libertad", en las Jornadas Internacionales de Derecho penal, celebradas en Buenos Aires, en agosto de 1962 y "El papel del juez en la determinación y aplicación de las penas", en el X Congreso Internacional de Derecho penal, celebrado en Roma, en 1969.

Por último, lo que quisiera resaltar en estas líneas postteras, es que se trata de la obra de una autoridad en el genuino sentido de la palabra que, a su justo título de ilustre penalista, une la de licenciado de presidio, como él mismo lo recuerda en el proemio y que esta nota tiene el propósito sincero de transmitir la efusión del sentimiento más cordial, y de ser saludo y felicitación por su reciente nombramiento como miembro de la "Fundación Internacional Penal y Penitenciaria", con sede en Ginebra, institución a la que muy pocos y selectos acceden y que se enorgullecerá, como otras a la que pertenece, y de una que añora el término de su retiro voluntario, honra y prez a este maestro, que sin embargo, para decirlo con palabras de Jean Francois Revel, en virtud de mecanismos inversores se le ha pretendido transformar de "Gran espíritu liberal en maestro tiránico e intolerante".

Valparaíso, mayo 13 de 1994.

Hugo E. Marzi Rivera

BROEKMAN, JAN M.: *Derecho y Antropología*. Editorial Civitas, Madrid, 1993, 324 págs.

Una de las preguntas centrales que este libro intenta responder se refiere a la imagen del hombre en el derecho. Cabría también decir, la imagen del hombre "del" derecho. Esto equivale a preguntar por la antropología implícita, la concepción del hombre que, por estimarse evidente de suyo, no creen los especialistas de la juridicidad, explicar, explicitar o tan siquiera poner de manifiesto. Con razón podría decirse que la antropología es el "discurso sumergido" que alienta en todo quehacer intelectual. Para el estudioso de las ideas, aquel que no se queda en la mera comprobación del tecnicismo del oficio, es una tarea fascinante la de reconstruir, en base al discurso "oficial", aquel otro discurso, que en realidad sustenta y legitima al primero, que es el discurso reprimido.

Es tal discurso el que, como pre-supuesto, marca los límites de las posibilidades de una disciplina, señala sus limitaciones y proporciona sus legitimaciones sociales. Su exploración suele concebirse, especialmente entre los juristas prácticos, como una pérdida del valioso tiempo que debiera dedicarse a depurar el arsenal de conceptos y técnicas que hoy constituyen lo ortodoxo. Lo que no entra en la jurisdicción del discurso oficial, esto es, lo no dicho, no vale la pena de ser estudiado.

El libro de Broekman es un llamado a la *alteridad*, que no a la alternatividad. Su examen de la antropología cultural, del psicoanálisis y de la crítica de la ideología legitima campos epistemológicos distintos de los usuales y de gran importancia para concebir al *derecho como forma de pensamiento y de cultura*. Es una tentación permanente tomar los discursos de la propia disciplina como totaliza-