

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1995

DERECHO
Y
MODERNIDAD



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascañán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hubner, Máximo Pacheco y Eugenio
Velasco.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
1995

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 13
1995

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las siguientes Universidades: Universidad de Concepción, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Católica del Norte, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad Central, Universidad del Desarrollo, Universidad Diego Portales, Universidad Internacional SEK, Universidad de Las Condes, Universidad del Mar, Universidad Nacional Andrés Bello, Universidad de La República, Universidad de Talca y Universidad de Valparaíso.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,

Errázuriz 2120 - Valparaíso.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1995

DERECHO Y MODERNIDAD

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1995 - 1997)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle Acevedo.

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, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, presenta el número 13 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 1995, el cual lleva por título "Derecho y Modernidad".

El título mencionado corresponde a la denominación que se dio en su momento a la Segunda Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, que se llevó a efecto en octubre de 1995, en la Universidad de Concepción, lo cual se debe a que la mayoría de las comunicaciones que entonces fueron presentadas se incluyen en la sección Ponencias de este volumen, que es la primera y más extensa que el mismo contempla.

A la sección indicada sigue una segunda, llamada Estudios, en la que el lector podrá encontrar cuatro trabajos de gran interés; una tercera, que lleva por nombre Discursos, en la que se incluyen, entre otros, los que fueron pronunciados en la inauguración y clausura de la Segunda Jornada Chilena de Filosofía del Derecho; y una cuarta y última, llamada Recensiones, en la que aparecen tres reseñas bibliográficas de gran actualidad.

Por último, deseamos expresar a nuestros lectores que ejemplares de éste y de los restantes números del Anuario pueden ser solicitados a la casilla 211-V, de Valparaíso.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS (*)

* Estas ponencias fueron todas presentadas en la Segunda Jornada Chilena de Filosofía del Derecho. Esta Jornada, sobre "Derecho y modernidad", tuvo lugar en la Universidad de Concepción, en Octubre de 1995.

como apropiado y suficiente para justificar racionalmente enunciados sobre principios y normas de justicia. Este planteamiento conecta en el fondo con el imperativo categórico de Kant, que, en último término, expresa la idea de poder deducir enunciados de contenido moral de la pura forma. Sin embargo, para A. Kaufmann, todo intento de inferir enunciados materiales de justicia de un mero procedimiento está condenado al fracaso porque siempre los contenidos provienen sólo de la experiencia y no de la pura forma. Según este autor, las teorías procesales requieren un complemento de índole material (47).

En fin, es tiempo de concluir. Dije en los comienzos de este escrito que un desafío puede representar un estímulo o una amenaza desalentadora. Al parecer, el reto que nos hace la cultura contemporánea, a través del acelerado desarrollo científico y tecnológico y de su impacto en las formas de vida y en las relaciones humanas, ha estimulado el retorno de la razón práctica. Con entera independencia del mayor o menor valor que se asigne a los argumentos de Perelman, Rawls, Habermas y de tantos otros, como Dworkin, McIntyre y Apel, el aspecto positivo que nos presenta el actual estado de cosas en el terreno concreto de la filosofía jurídica y política es éste: se ha roto el estrecho cerco que desde el campo de la filosofía analítica se había puesto al cultivo de los estudios de ética. Los problemas emergentes en la sociedad contemporánea requieren de respuestas que pasan por ampliar el enfoque analítico a uno de carácter normativo. Digo ampliar y no reemplazar, porque la metaética es parte integrante de la ética como disciplina filosófica, en cuanto ésta no puede renunciar a la elucidación de sus conceptos y términos fundamentales.

47. Cfr. A. KAUFMANN, *La filosofía del derecho*, cit., pp. 43 y ss. En el mismo sentido, *Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho*, en "El pensamiento jurídico contemporáneo" (edición de A. Kaufmann y W. Hassemmer, trad. Gregorio Robles y otros, Debate, Madrid, 1992), pp. 132-41.

DERECHO Y MODERNIDAD, DESDE LA PERSPECTIVA DE
UNA ALDEA DEL SUR DE CHILE, MAS ACA DE
FINIS TERRAE

CHRISTIAN ALFARO MUIRHEAD *

I

Ortega señaló en su tiempo que vivíamos la era de las aglomeraciones. Jorge Millas nos advirtió, con esa gravedad tan característicamente suya, acerca de los desafíos espirituales de una sociedad de masas. En los años sesenta, el filósofo canadiense de la Aldea Global nos sentenció así, escuetamente, el mensaje es el medio. Antes, Heidegger, parafraseando las primeras líneas del Génesis, nos volvió a recordar que la palabra es la casa del ser. Hoy, Fukuyama puede sonreír lleno de optimismo, así le espeten que lo que él señala es una ironía de la historia, digna de un repertorio de Isaac Deutscher: la filosofía de Hegel, especialmente la del derecho, con la que remata su sistema, es hoy la historia del espíritu del mundo hecha pensamiento actual. "El fin de la historia y el último hombre" no tiene sino ese sólo y sencillo significado.

Con todo, la cuestión de los límites y alcances últimos de la matriz cultural de Occidente y su posible agotamiento especulativo, nos lleva también, indefectiblemente, a los orígenes, a aquello que Heidegger llamaba la vuelta a nuestros pensadores mañaneros. Que

* Profesor en la Universidad Católica de Temuco.

la proliferación de los entes, parecía decir, no nos oculte el ser de las cosas del mundo a una con las de allende el mismo.

En suma, a la manera de un marco de referencia conceptual, más allá de los lugares comunes que quisiéramos sugerir, lo que queremos significar es que los postulados de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, de finales del siglo XVIII, constituyen hoy, al fin del presente siglo, la atmósfera normal de cualquier sociedad con la pretensión de postularse, en tanto que viable histórica y políticamente como tal en el concierto general de las llamadas naciones del mundo civilizado. Es más, la condición post-moderna, independientemente de la arquitecturación de nuestras exterioridades, apunta ya al agotamiento de dicha matriz renacentista; y, ello, no sólo del punto de vista especulativo, siendo quizás más significativo desde la perspectiva de la existencia misma del orden espiritual y material de nuestro mundo hasta ahora conocido.

A estas alturas, nos debiera sorprender, y lo digo responsablemente con cierto énfasis, la conspiración del silencio que ha rodeado de manera efectiva entre nosotros a toda la obra recientemente difundida de un Francis Fukuyama. *Máxime* tratándose de un país como Chile que tuvo en su tiempo la fortuna de contar entre los fundadores de su orden jurídico moderno, a una figura tan rica y pro-teica como don Andrés Bello. Para nosotros, la noción de continuidad ideológica existente entre ambos pensadores, *mutatis mutandi*, desde la perspectiva del Estado en Forma, se nos impone, diríamos, automáticamente. Aquello de la Aldea Global no estamos, pues, condenados a vivirlo o entenderlo sólo desde una postura nostálgica o pesimista. La contabilidad del espíritu, valga la forma algo anglosajona de esta expresión, que se muestra en la historia general del mundo moderno y contemporáneo, que hace el autor antes citado, nos deja en óptimas perspectivas de inserción inteligente, viva y dinámica, en el movimiento, desarrollo y desenvolvimiento de las nuevas, quizás de no muy dilatados efectos en la curva del tiempo, energías y reservas de nuestras sociedades, aquí y en los extensos y variados territorios abiertos por Colón al cristianismo y al mercado, entendidos desde una perspectiva o dimensión de excedencia de la

era del mar Mediterráneo, que hoy se traduce, por lo demás, en el desplazamiento del eje del intercambio mundial desde el Atlántico al Pacífico. En todo ello, decimos, sin euforias, serenamente, vemos tan solo escandalosas continuidades. Giros maravillosos de la dialéctica en los interiores mismos de la enorme conciencia de Occidente. Es más, nada, absolutamente nada, se nos viene regalando o imponiendo en este omnicompreensivo despliegue finisecular. Parece que ya se termina en Chile eso de nuestra Hispanoamérica del dolor. (Para ser honestos, siempre nos atrajo, con bastante mayor decisión, eso de España en el corazón). Después de los horrores, preparémonos, pues, para los trabajos y los frutos de esa Civilización de la cual ya, definitivamente no nos escapamos. Qué pasó con Africa, nos preguntaría hoy, acaso, un Franz Fanon.

Las nociones de Derecho y Modernidad nos reconducen a viejos problemas que plantea o suscita la seriación lógica Estado o Derecho y Sociedad e Historia.

Es también cierto que, quizás, en nuestras capas muy profundas del inconsciente colectivo, de aquellas dimensiones de nuestro ser americano del cual se han ocupado ciertas antropologías e historias especiales, como la historia de las mentalidades, oculten no pocas irracionalidades o goyescos gestos de rechazo constitucional a la obra de un F. Fukuyama afincando ello, en la hora presente, en la sospecha no menos verdadera, de ver cumplida en él, en su pensamiento y publicaciones, la tantas veces vilipendiada undécima tesis sobre Feuerbach de K. Marx. Con todo, olvídense así, los asustadizos de estas y aquellas horas, que en la misma cultura germana, lo propio había dicho ya, de manera casi exacta, el gran Goethe.

En fin, sería de lamentar que a estas alturas del siglo que nos deja, no seamos capaces, en tanto que testigos abonados de nuestros tiempos, de superar una visión demasiado estrecha, cuando no mezquina, de la historia del mundo que a nosotros los chilenos también nos incluye. Esto es, que no nos predispongamos, por esquematismos o pequeñez de espíritu, a negarnos a ver, de una vez, las continuidades de nuestra historia y de nuestras tareas.

Por supuesto que mucha agua ha corrido bajo los puentes de todos estos tiempos. A nadie se le pedirá concurrir, entonces, con la misma entidad y calidad del entusiasmo con que el padre funda-

dor de la dos veces centenaria filosofía jurídica contemporánea y su amigo Hölderlin plantaran, cantando la autora de los nuevos días, en las afueras del seminario de Tübingen, el árbol de la Libertad. Es pues, en este marco general de nuestros presupuestos teóricos del tratamiento de la dicotomía Derecho y Modernidad, que hacemos nuestro lo sostenido por Kelsen en su obra ya clásica: El hombre no es libre sino en la medida en que a pesar de las leyes causales que lo determinan se convierte en el punto final de una imputación, esto es, en la condición de una consecuencia específica (castigo, penitencia o pena).

I I

Causalidad e Imputación. Naturaleza y Valor. Necesidad y Libertad. Determinismo y Librearbitrismo. Prevención y Retribución Penales. Derecho Penal de Autor y Derecho Penal de Culpabilidad. Positivismo y Normativismo. Podríamos extendernos ad infinitum en esto de enumerar las dicotomías que han atravesado contradictoriamente la historia reciente del mundo del derecho.

Ahora bien, por su parte, el penalista argentino E. Bacigalupo, inspirándose al parecer de un modo bastante elocuente en el pensamiento jurídico de Kelsen, ha llegado a formular de manera también harto convincente, lo que él ha llamado las teorías de la unión, por ejemplo, en la exposición de las doctrinas fundadoras de la pena, logrando perfilar a aquellas, dentro del contexto de una teoría general del delito centrada fundamentalmente en criterios unívocamente jurídicos, con un carácter y orientación de tipo normativo. Incluso, sostiene con agudeza, que la disputa de causalistas y finalistas en derecho penal, más allá del problema de las modas, es en definitiva inútil. Pues, señala, a iguales resultados puede llegarse, perfectamente, con ambas teorías. Ello, a nuestro juicio, evidencia de manera transparente el uso increíblemente productivo, enriquecedor, abierto y racional, del normativismo kelseniano en la ciencia del derecho penal actual. Lo que viene a significar lo mismo, dicho autor contribuye, eficazmente, en poner de relieve el carácter universalista de la teoría general del Derecho y del Estado de Hans Kelsen. Es más, la inflexión normativista del jurista argentino, ape-

nas si se exhibe ella misma de manera nada enfática. Sin embargo, su teoría general del derecho penal logra no sólo una coherencia y sencillez verdaderamente notables sino que, además, y quizás esto sea lo más significativo, ella resulta como una totalidad de carácter teórica inclusiva de las más variadas y dispares doctrinas, más o menos en boga, en la actual ciencia del derecho penal. Toda explicación universalista en derecho, pareciera querer recordárnoslo aquel autor de allende los Andes, se aprecia ética y culturalmente por su valor de integración. Ello, no se confunde, necesariamente, con ningún género de consensualismo como fundamento de validez teórica; y, tampoco, con un sincretismo sin principios como forma de obliteración de un dogmatismo o absolutismo teóricos, de raíz epistemológica u ontológica.

Por otra parte, la corriente normativista en el pensamiento jurídico contemporáneo, se ha independizado progresivamente de su propio fundador, adquiriendo un grado tal de autonomía que acentúa, aún de manera más radical, la independencia científica que aquella escuela, desde sus orígenes, solía estimular en la reflexión interna de cada uno de sus adeptos o seguidores. Quizás, dicha evolución, imperativo inexcusable desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, aunque de manera larvada por la acentuación de la guerra fría que se deslizó por todo el orbe enseguida ~~de terminada~~ aquella, se fundamenta en otro proceso también de amplio alcance como aquel que deriva de la llamada convergencia de sistemas, primeramente, del continental europeo con el angloamericano y, luego, muy profundamente, por imperativos cada vez menos ideológicos y marcadamente técnicos, de los sistemas económicos liberales con el de las economías centralmente planificadas. No nos olvidemos que Marcuse, de fuerte impronta heideggeriana, tras sus importantes estudios, ya tempranos, relativos al marxismo soviético, en los años 60 formuló su penetrante concepción antropológico-filosófica del hombre unidimensional.

Por último, recientemente, a modo de culminación de los procesos generales de carácter convergente, que como tendencia centrífuga de índole conservacionista del género humano, pudiéramos decir, más allá de la militarización extrema de las fuerzas técnicas de las sociedades modernas realmente significativas para la historia in-

mediata del mundo de la hora presente, en el orden jurídico se aprecian cursos de acción tan globales como de efectos tan determinantes para el futuro de los juristas como, por ejemplo, la constitucionalización progresiva y generalizada del derecho en todos los Estados, la llamada judicialización no discriminatoria de grandes y graves conflictos sociales y políticos, como la tendencia a la consagración definitivamente mundial, planetaria, de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano como base esencial, además, del Moderno Estado Democrático de Derecho.

I I I

Pues, bien, la relación derecho y modernidad, a partir de la praxis jurídica desde escenarios y parajes económico-sociales distantes de las megalópolis; y, desde niveles de escaso desarrollo cultural e integración, no podría, ciertamente, dar lugar jamás a un estético proceso de inversión en el tiempo, como aquel que protagonizara, con ribetes de heroicidad y belleza casi metafísicos, el musicólogo de los pasos perdidos de un Alejo Carpentier.

Desde el punto de vista del derecho, de su ejercicio y configuración, la experiencia que pudiera resultar de aquel encuentro con los orígenes del tiempo, invitaría más bien a asumírsela como el absurdo mismo. Su atmósfera e inercias serían aquellas del extranjero de un Albert Camus, su ethos el de un Sísifo y sus obstáculos los propios de la peste del mismo autor.

Con todo, es nuestra convicción, entre puritana y ridícula, cuando no gótica, que le cumple a la filosofía jurídica enriquecer aquella experiencia, dotarla de un examen a conciencia acerca de sus verdaderas posibilidades y limitaciones, introduciendo en la concepción de sus operadores el factor tiempo o calendarización o alternancia de los esfuerzos por llevar hacia la universalización, hacia criterios de objetividad y sentido de género, las prácticas del derecho en los medios sociales y étnicos a los que estamos apuntando.

Es obvio que una tarea de esta envergadura, atendida sus proyecciones, no cabe encarársela como una opción unilateral, en solitario, de la clase jurídica. Su éxito y pertinencia tiene que ver, pues, con las políticas de desarrollo local del Estado en otros ámbitos pa-

rales y convergentes del quehacer social, educacional, de salubridad, urbanización, economía agraria y demás políticas de crecimiento de cada municipio o aldea. En breve, lo que queremos señalar, si de modernización de la praxis jurídica se trata, ella debe encarársela desde la base de nuestras sociedades. Los procesos de juridización de las relaciones sociales primitivas e inmaduras, desde la perspectiva de la fisonomización de un Estado Democrático de Derecho, en una dinámica de crecimiento también espiritual, no puede pretender siquiera una mínima juridicidad, compatible con un crecimiento siquiera relativamente estable y coherente con el entero proceso social en marcha, si no se asumen las tareas de modernización de la praxis jurídica de nuestra sociedad a partir de su propia base, desde los niveles y estratos sociales más debilitados. De no ser ello así, nuestras posibilidades de ingreso al conjunto de los llamados pueblos históricos, por oposición a los que el darwinismo social expreso tiene por marginados de la historia del mundo actual, no pasaría de ser otra utopía, infinitamente más cruel en su reconversión que todas aquellas conocidas o imaginadas por nosotros, con los caracteres, fáciles de concebir, de una verdadera lápida de cara a un tiempo peor que el infinito, indefinido; alzándose, así, en definitiva, la figura social e histórica de un auténtico fracaso.