

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 Bascuñán, 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 Bascañán Rodríguez, Antonio Bascañán Val-
dés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro
Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nel-
son 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.

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

*La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en
Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Inter-
nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, presenta el nú-
mero 13 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondien-
te 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 De-
recho, que se llevó a efecto en octubre de 1995, en la Universidad
de Concepción, lo cual se debe a que la mayoría de las comunicacio-
nes que entonces fueron presentadas se incluyen en la sección Po-
nencias 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 bi-
bliográficas de gran actualidad.*

*Por último, deseamos expresar a nuestros lectores que ejempla-
res de éste y de los restantes números del Anuario pueden ser soli-
citados 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.

pués de la caída de los "socialismos reales", de tanta fama como antaño. Pero la pretensión de organizar la sociedad a partir de las ideas claras y distintas de los ideólogos persiste y con virulencia. El matrimonio, la familia y la vida de los que están por nacer, constituyen en los días que corren el blanco favorito de los ataques.

La pretensión de que por ley se pueda convertir al matrimonio en una unión divorciable y, por ende, pasajera, es un claro caso de ingeniería social. La libertad real y concreta de los contrayentes se verá, en esta hipótesis, subordinada a la voluntad del poder político que declarará cuándo un matrimonio puede continuar y cuándo ha de acabarse. También será ella la que declare qué tipo de unión es matrimonio o no; por ejemplo, las uniones con cierto grado de estabilidad entre homosexuales o lesbianas comienzan a ser consideradas —en nombre de los derechos humanos— como uniones matrimoniales legítimas a las cuales se les pueden asignar hijos en adopción o custodia. Por último, un hecho biológico tan claro como la vida del que está por nacer es perfectamente desconocido para dejar entregada esa vida humana, por ahora, a la decisión de la madre, pero con la clara presión para que, en definitiva, sea el poder político el que decida quiénes nacen y quiénes no y, si fuera posible, cuál es el sexo de los que van a nacer: ingeniería genética.

Llama la atención sí, el hecho de que estas ideas sigan gozando de gran aceptación. Adulada la libertad por la perspectiva de ser considerada como absoluta, la tentación de profesarlas es fuerte; la soberbia no lo es menos. La aceptación de nuestra condición de criaturas libres, inteligentes y responsables constituye la base para una vida individual y social bien ordenada de acuerdo a los requerimientos de nuestra naturaleza, según lo veíamos en la primera parte. Sucede, sin embargo, que la aceptación de esta realidad parece ser, para muchos, imposible. Antes que reconocerse criaturas, ordenadas a un fin que ellos no han establecido y para alcanzar el cual han de seguir normas que ellos no han dictado, prefieren las consecuencias de los errores contrarios. El dilema para el hombre actual, en el umbral del tercer milenio, es así el mismo a que se ha enfrentado el hombre de todos los tiempos: reconocerse como hombre en toda su dimensión o jugar a convertirse en angel con el riesgo de terminar haciendo la bestia.

¿ QUE QUEDA DE LA VOLUNTAD SOBERANA ? (Antecedentes históricos y consideraciones político-jurídicas)

EDUARDO ANDRADES RIVAS *

"... La tiranía de los legisladores es actualmente, y esto durante muchos años todavía, el peligro más temible". (Tomás Jefferson) (1).

Introducción.

Ha sido el Constitucionalismo clásico, tanto en su vertiente decimonónica, como en los atisbos legislativos de principios de este siglo, el que ha legado a los ordenamientos públicos de Occidente, la noción —ya que no teoría articulada y unívoca— de *voluntad soberana*, aplicada por unos al concepto político de Soberanía y por otros al concepto jurídico de Ley, en la forma de voluntad popular o general.

Los primeros esbozos u orígenes históricos del concepto se encuentran en las teorías pactistas o más precisamente contractualistas de fines del siglo XVII, que se desarrollan hasta alcanzar su punto culminante en el siglo siguiente, en la Europa Continental.

* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

1 Carta de Jefferson a Madison, 15 de marzo de 1789, citado por TOCQUEVILLE, Alexis, "La Democracia en América", Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 265 y 693.

Antecedentes históricos:

Si es que se puede hablar de un triunfo del concepto de *voluntad soberana o popular*, dicho logro se debería en parte fundamental a los autores del siglo XVIII, que reaccionan contra el sistema político imperante.

Debe recordarse sobre este punto el panorama político específico, vigente a la época en que el pensador de nuestro análisis desarrolla su sistema.

Es particularmente notable el observar la evolución que la Monarquía experimenta en el Continente desde la monarquía Estamental Medieval hasta el sistema concéntrico de la Monarquía Absoluta de corte racionalista vigente hacia el siglo XVIII.

Lo que el profesor Bernardino Bravo Lira, ha llamado precisa y adecuadamente, el "Absolutismo Ilustrado", regía a la sazón como sistema político indiscutido en gran parte del Viejo Continente.

Vale la pena preguntarse, entonces, cuáles fueron las causas que condujeron a tal situación y entender cómo la Monarquía medieval con sus frenos y cortapisas estamentales, en la que la figura del Rey era la de un Supremo Juez, devino en la del Omnipotente Soberano Absoluto.

Diversos factores juegan aquí un papel de importancia, pero a nuestro juicio los más decisivos serían los siguientes:

1) La afirmación de la idea de un Estado Nacional: Lograda la Unidad Española, y afianzada la idea nacional en Francia e Inglaterra, los reyes recurren a nuevos métodos e instrumentos con el fin de concentrar en sus personas las potestades radicadas hasta entonces en los grandes señoríos que el feudalismo había hecho casi tan poderosos como la misma corona, pero que ahora se desmoronaban junto a las seculares instituciones del período estamental. Eficacísima herramienta al respecto, será el re-descubierto Derecho Romano, que aportará la nueva concepción del Rex-imperator intra Estado.

2) El aporte de ciertos pensadores, que, como Bodino y Maquiavello, definirán la nueva naturaleza del Príncipe y sus nuevos poderes. Así la Soberanía de que nos habla Bodino se expresará en un órgano llamado Rey. Maquiavello le revestirá del poder de usar

cualquier medio para llevar a cabo su misión y Hobbes le dará la autoridad absoluta con el fin de evitar las confrontaciones civiles.

La idea cobra fuerza en el continente y de no mediar la revolución puritana de Cromwell, también habría tenido éxito en Inglaterra.

Por lo tanto, ya a fines del siglo XVII, están sentadas las bases para un perfil absolutista del poder regio.

Y naturalmente, la reacción en su contra que siguió a este proceso, fue el traspaso del sumo poder, desde el órgano unipersonal del monarca, al pluripersonal (oligárquico o democrático) del "pueblo", elusiva noción que hasta hoy es imposible precisar en sus contornos definitivos.

La pregunta esencial, era, ¿por qué habría de pertenecer todo el poder a uno sólo?, y su corolario: ¿no podría corresponder a todos? (¿o a algunos?).

Definida la cuestión en estos términos la conclusión parecía obvia y no tardará en surgir quien le diera forma.

Figura principalísima a este respecto, es la de Juan Jacobo Rousseau, aun cuando aportes en este sentido se encuentran presentes también en Kant.

La voluntad soberana para J. J. Rousseau:

Dos son los conceptos fundamentales a que acude el ginebrino, para fundar su sistema o propuesta política; a saber:

1) La noción de un Estado de Naturaleza que debido a las luchas humanas conduce a la celebración del famoso "Contrato Social" ⁽²⁾, con lo cual rechaza la noción de sociabilidad natural en el hombre que venía desde Aristóteles, y hace nacer al Estado como simple producto de la razón humana y

2) La necesidad de una "Voluntad colectiva o general" que se impone a las voluntades particulares de los integrantes de esa sociedad creada en virtud del contrato ⁽³⁾.

Para Rousseau, esta voluntad general, que es soberana, por serlo su titular, "El Pueblo", posee algunos atributos especiales, que

2 ROUSSEAU, Juan Jacobo, "El Contrato Social", Sarpe, Madrid, 1983, p. 40 y sgtes.

3 Ibidem, p. 44.

hacen a su obra caer en las contradicciones que sus propios contemporáneos hicieron notar.

La voluntad general es ante todo "infalible". Como Rousseau cree en una elusiva idea de "Bondad" *ab initio* del hombre, atribuye por consecuencia derivativa el mismo carácter de rectitud a la voluntad de la sociedad toda, y por ello llega a sostener que "El pueblo siempre quiere el bien", "el pueblo no puede equivocarse" (4).

Pero la voluntad general es también "Soberana". Es decir, si existe una potencia espiritual colectiva que determina todo el movimiento de la sociedad política, será lógico pensar que tal potencia se reviste del poder necesario para dominar sin contrapesos al Estado.

En otros términos, el pueblo es Soberano, y como la voluntad general pertenece al pueblo, dicha voluntad participa de la cualidad del pueblo, siendo también soberana. Esta sesgada concepción que crea a un hombre y a una sociedad artificiales, ha producido, casi sobra decirlo, algunos de los resultados políticos más trágicos de la historia.

La aplicación del pensamiento Rousseauiano en la Revolución Francesa, es suficientemente esclarecedora para dejar fuera de discusión la imposibilidad de concebir una sociedad basada en estos postulados. El mismo Rousseau, por otra parte, lo reconoce implícitamente, cuando admite la necesidad de "un legislador" (5), que guíe al pueblo que "es torpe e inculto". Aunque este caudillo no podrá valerse de la razón ni de la fuerza, por lo cual hay que acudir a la "grandeza del alma" (v/gr el "Incorruptible ciudadano Robespierre"), que por obra, quizá, de misteriosas alquimias o taumaturgias cumplirá su misión salvífica, abandonada ya "la razón" de la decisión tomada y olvidada, por cierto, la "representación legítima" que pudieran dar algún sustento a la tesis, cosa esta última que Rousseau no comparte, por lo demás, pues para él el único gobierno legítimo es la democracia directa.

4 Ibidem, p. 58.

5 ROUSSEAU, Juan Jacobo, Ob. cit., p. 75 y 75.

Basta lo anterior para indicar las falencias del sistema rousseauiano. Pero pese a que las pruebas históricas deberían resultar apabullantes, y que hoy en día nadie se atrevería a sostener con seriedad unos fundamentos similares, sí han subsistido las ideas asociadas a la voluntad general, como veremos más adelante.

Vigencia de la voluntad soberana:

Bien decía Alexis de Tocqueville, en "La Democracia en América", que uno de los peligros más grandes para la sociedad libre radica, no en la libertad de que goza, sino en los escasos medios de protección de dicha libertad (6).

Si examinamos lo que ha sido la historia del siglo XX, advertiremos que sus palabras han sido proféticas.

Una comunidad mundial en la que, como nunca antes, se lanzan al viento las enseñas de liberación para los pueblos y de constante respeto a unos "Derechos humanos" (olvidados los deberes), ha contemplado los más horribles ensayos de "ingeniería social", que un famoso autor inglés ha llamado con acierto "La fatal tentación de los tiempos modernos" (7), que como el espantoso Moloch comunista y su Gulag, se han convertido en ídolos de barro, cubiertos de pies a cabeza por la sangre de millones de inocentes y que pese a ello continúan pretendiendo presentarse como los campeones de la "libertad" y de los "derechos de los oprimidos".

La caída de la tiranía comunista ha dado paso a sucesivos intentos por reflotar el pensamiento racionalista, que, heredero de Marx y Lenin, es descendiente directo de Rousseau, pero ahora bajo las apariencias de un curioso pastiche, mezcla de panteísmo ecologista, hasta feminismo radical.

La idea de que la voluntad general debe imponerse a como dé lugar, genera aún hoy en día, fervientes adhesiones. Constituciones como la francesa de 1958 y la española del 78, continúan adheridas a la tesis de la "soberanía nacional", tras la cual el concepto de vo-

6 TOCQUEVILLE, Alexis, Ob. cit. p. 264.

7 JOHNSON, Paul, "Tiempos Modernos", Javier Vergara Editor, Buenos Aires, 1993, p. 711.

luntad soberana y general aparece asociado de inmediato. Pero aún más allá, la idea ha continuado ligada a la concepción legislativa de la gran mayoría de las naciones de Occidente.

Aún hoy se cree que la ley, por el sólo hecho de provenir de Parlamentos elegidos democráticamente, puede satisfacer las exigencias del derecho natural, sin posibilidad de yerro. De otra manera, ¿cómo podrían entenderse que las sucesivas legislaciones divorcistas, abortistas, eutanásicas y otras cuya sola mención hace estremecer las conciencias, encuentren apoyo y entusiasta adhesión en países que se llaman a sí mismos "Desarrollados"?

Parece que el elusivo y por ello peligroso totalitarismo democrático de que nos habla Julián Marías, continúa firmemente anclado en la mente de muchos de los legisladores de Occidente⁽⁸⁾.

Vale decir, el atávico pensamiento de que la sociedad, revestida de un poder supremo y por desconocidas vías, decide siempre lo correcto e incluso, se pretende fundar en ella la determinación de lo que es moralmente bueno o malo, a través del mecanismo de las mayorías.

Casi huelga decir, que nuestra tradición jurídica ha sido permeada ampliamente por este tipo de pensamiento. Desde el iusnaturalismo racionalista recepcionado por Bello (influencia directa del empirismo inglés) en el Código Civil, del cual la definición de Ley es la mejor y más contundente muestra⁽⁹⁾, hasta las recientes controversias acerca de la moralidad de la Legislación sobre adulterio civil. Bien ha dicho un autor, que la voluntad popular hace lo que se le da su "popular" gana⁽¹⁰⁾. Si se observa con la mínima atención la a veces tremenda frivolidad del debate parlamentario, tendremos que reconocer la certeza del postulado enunciado.

8 MARIAS, Julián, "Totalitarismo Democrático", Diario El Mercurio, Cuerpo E, Santiago, 26-07-1987.

9 ANDRADES, Eduardo, "Los derechos fundamentales y su contenido esencial", Universidad de Concepción, Concepción, 1990, p. 158, 166.

10 IBÁÑEZ SANTA MARIA, Gonzalo, "El Estado de Derecho", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, p. 17.

Si incluso en nuestra propia Carta Fundamental lo indicado queda fuera de duda cuando se examina con cuidado la evolución que ha experimentado el Capítulo I, luego de sus sucesivas reformas.

El articulado referente a la "soberanía nacional", fórmula mantenida por tradición más que por adherir a la teoría respectiva, fue claramente limitado por la indicación del comisionado Guzmán, acerca de la protección de "los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". Tal precepto, unido al contenido del artículo primero de la Carta y a la cláusula de seguridad jurídica consagrada en el artículo 19 N° 26, esta última a propósito de la protección de los derechos constitucionales, dejaban bien establecido que la Sociedad a través de los poderes públicos tenía límites que iban más allá de la propia Constitución.

Sin embargo, y en un intento de complementar lo indicado, se ha incorporado al art. 5 una nueva parte final que hace aplicable la limitación de la soberanía en cuanto a su ejercicio, a los tratados internacionales sobre derechos fundamentales, suscritos por Chile y que se encuentren vigentes.

La filosofía implícita en este nuevo articulado, difiere en nuestra opinión de la original. Esta se funda en la supuesta garantía que significan los acuerdos jurídicos internacionales (leyes-tratados), sobre la potestad política de los Estados. Es decir, se pretende aplicar el mismo razonamiento ya esgrimido por Norberto Bobbio, en el sentido de fundar los derechos en el simple "consenso fundamental o básico de la sociedad expresado en el derecho".

La suerte del pensamiento diseñado por Bobbio, es ilustrativa de lo arraigada que se encuentra en nuestra conciencia colectiva la idea de voluntad general soberana, en lo político y en lo jurídico⁽¹¹⁾.

Es claro que si fundamentamos los derechos esenciales en los preceptos jurídicos vigentes en un momento determinado, no tendremos problema alguno, y si los poderes públicos olvidan su legítima órbita de acción natural, allí estará la barrera legal que la señala. Pero qué sucederá cuando dicha barrera legal se torne difusa o cambie, o, como en palabras del propio Bobbio, el consenso fun-

11 BOBBIO, Norberto, "Presente y Porvenir de los derechos humanos", Anuario de los Derechos Humanos, Madrid, 1981, p. 10.

damental se rompa. Ahí radica el peligro de tal tesis, que no es más que la reactualización del iusracionalismo que encuentra sus orígenes mediatos en el XVIII francés y en la reiterada noción de voluntad general soberana. Y es lo que debería tenerse presente a la hora de decidir la senda que habrá de recorrer la sociedad en procura del bien común y del respeto a la ley natural.

Hoy pareciera imponerse una reacción ante tal estado de cosas, basada en lo que los alemanes llaman la "teoría de las competencias", que ha ayudado al proceso de integración europea. Pero dicha postura no hace sino reiterar algunos de los peligros vistos, al apoyarse exclusivamente en los mecanismos formales de mayoría para funcionar.

Sólo un retorno a los principios aportados por el derecho natural y una correcta definición de la naturaleza de las leyes positivas, son el camino correcto para evitar los muchos perjuicios que se han derivado y derivan aún de un erróneo concepto de voluntad colectiva, bajo la forma de "Voluntad Soberana".

EL HOMBRE, LA LIBERTAD Y EL ORDEN

HUGO TAGLE MARTINEZ *

El hombre, en todo tiempo y lugar —por tanto en todas las culturas, en especial en la llamada genéricamente occidental, pues en ésta distinguimos en nuestros días al menos tres distintas, que son la liberal o individualista, la socialista y la católica— ha afirmado que la libertad y el orden son pilares fundamentales de la sociedad y en consecuencia les ha reconocido y otorgado la máxima importancia, aun cuando dándoles distinta significación, jerarquía y predicación.

Así y de acuerdo a la influencia de las mencionadas culturas y comenzando nuestro análisis desde los dos últimos siglos en los que las dos primeras han influido con mucha fuerza, ha habido períodos en los que ha predominado en la preferencia de los hombres, la libertad por sobre el orden, pensando éstos que el orden se logra necesariamente como efecto natural de la libertad, libertad y orden entendidos al modo individualista, como ocurrió en el siglo XIX, acentualmente caracterizado por el liberalismo; o bien otro, que es el del siglo XX, en el que al contrario del anterior y como reacción a él, el hombre ha pensado que es más importante el orden que la libertad y que en consecuencia ésta se conseguirá una vez que aquel se haya impuesto en todo el mundo, como lo ha pensado el marxismo.

* Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.