ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1998

EL DERECHO COMO CIENCIA Y COMO PROFESION

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

1998

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 16
1 9 9 8

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Austral, Adolfo Ibáñez, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, Central, de Concepción, de Chile, del Desarrollo, Diego Portales, La República, y 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

1998

EL DERECHO COMO CIENCIA Y COMO PROFESION

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

D I R E C T O R I O
(1997 - 1999)

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.

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

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* Nº 16, correspondiente a 1998.

En su primera parte, esta obra contiene la tradicional sección *Estudios,* en la que se presentan diversos trabajos de interés en el campo de la filosofía jurídica y social.

Una segunda sección, llamada *Ponencias,* reproduce la versión escrita de las comunicaciones que fueron presentadas, en 1998, en la Tercera Jornada Chilena de Filosofía del Derecho. Dicha Jornada, que fue organizada por nuestra sociedad y que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, estuvo dedicada al tema "El derecho como ciencia y como profesión".

Seguidamente, la sección *Informe* contiene un texto de Manuel Manson acerca de las fuentes bibliográficas de la filosofía jurídica en nuestro país.

Por último, en la sección llamada *Traducción* se incluye la versión castellana de "El enfoque económico de la conducta humana", de Gary S. Becker.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social se encuentra preparando su Anuario Nº 17, correspondiente a 1999, que aparecerá en el primer semestre del año 2000.

Nuestra sociedad agradece a los autores que colaboraron con este Nº 16 del Anuario, así como a las distintas Facultades de Derecho que contribuyeron a su financiamiento.

consumo y servicios del Estado" ([58]). Y este exhorto de don Raúl ya no se inscribe, a mi ver, en las narraciones utópicas de la juventud latinoamericana, castigada como fue y es por el indiscreto engaño propinado por políticos e intelectuales de todo género: "La transformación no es una operación técnica y política, sino que debe ser esencialmente moral, y tiene que buscarse la compatibilidad entre el interés personal, que tiene un gran sentido dinámico, y el interés colectivo, entre decisiones colectivas en materia de ritmo de acumulación y distribución y decisiones individuales en el mercado. El Estado debe ser el regulador fundamental pero sin estorbar el crecimiento de la economía"... ([59]). Una exhortación ética reminiscente de los "incentivos morales y psicológicos" que la revolución cubana predicó en los sesenta; sin embargo, Prebisch nunca los difundió ni en su entorno institucional inmediato ni en las prédicas a la sociedad latinoamericana ([60]).

Debe ser materia de futuras incursiones si este hálito utópico prebischiano es un producto de la desesperanza o de su inquebrantable optimismo. Y si al cabo constituye una floración extemporánea del "discurso a la juventud" que pensadores decimonónicos gustaban enhebrar ([61]) o si es un ingrediente que todavía será reclamado por la modernización enajenante y la cultura de la impunidad que hoy caracterizan a la condición regional.

---

58. Ibid. pág. 311.

59. Ibid. pág. 86.

60. Obsérvese otro ardid de la dialéctica hegeliana que de ninguna manera almacena un reproche personal o una infidencia. El hijo único de don Raúl es hoy un ciudadano norteamericano que está forjando su carrera pública y profesional en California. Tal es el peso de la enigmática razón histórica.

61. Véase al respecto J. Hodara, *¿El fin de los intelectuales?*, op. cit., especialmente el ensayo dedicado a la sociología del "pensador".

PONENCIAS *

---

* En esta sección se incluye la versión escrita de las ponencias que fueron presentadas en la Tercera Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales el 23 de octubre de 1998. La Jornada estuvo dedicada al tema "El Derecho como Ciencia y como profesión".

SABERES JURIDICOS, IDEOLOGIA Y SOCIEDAD

SALVADOR MILLALEO *

"Pero ¿qué significa "olvidar"? El hombre moderno, que pone todo su empeño en olvidar lo más rápidamente posible, debería saber lo que es olvidar. Pero no lo sabe. Ha olvidado la esencia del olvidar, en el supuesto de que lo haya pensado alguna vez suficientemente...".
Aletheia (Heráclito, Fragmento 16), Martín Heidegger, 1954.

El hombre actual parece empecinado en consumir el tiempo, de un manera que solicita exageradamente a sus facultades que lo acompañen para hacer frente a los más diversos destinos. Exigimos a nuestros cuerpos energía, a nuestra inteligencia claridad y a nuestros fines utilidad para asumir la presencia fugaz del tiempo humano. El tiempo de nuestra vida es perseguido como el dios de la escasez cuyo favor disputan las tecnologías de la producción y, sobre todo, las ofertas de telecomunicación.

Demasiados han sostenido que en ese proceso subyace un olvido apenas soslayable que se extiende con el destino que han cobrado los seres humanos en su orden mundial. La forma privilegiada en que se ha articulado esa crítica ha sido a través de la noción de ideología. El término hunde, como sabemos, sus raíces en la ilustración —aunque el origen del significado crítico del concepto se remonte ya a la teoría de los ídolos de Lord Francis Bacon— para

---

* Profesor de Introducción al Derecho, Programa de Bachillerato de la Universidad Diego Portales.

prolongarse a través de la Cultura Moderna y hasta volver remozado en el verso de los pensadores posmodernos.

De lo que se trata es saber, no obstante toda la literatura disponible sobre el tema, por qué volver a discutir aquí una vez más la incumbencia de esa noción para el mundo jurídico. Para ello haremos dos determinaciones previas: el emplazamiento que se ha dado la ciencia del derecho, y su relación con el lenguaje ordinario.

1. El quehacer científico está comprometido en preguntas directrices. Se trata de una investigación organizada por preguntas; pero, antes que nada, como lo indica Martín Heidegger, se trata de una investigación comprensora que hace una determinación descubridora de aquello por lo que se pregunta ([1]). Más allá de los modelos epistemológicos progresivo-lineales, demasiado descreditados por su ingenuidad desde hace décadas, podría ser útil recordar que la ciencia se hace cargo con su investigación de un complejo de objetos que pertenecen a una región de lo real ([2]).

La región del derecho es una provincia de lo real cuya demarcación ha sido ensayada en variados momentos teóricos. Por ejemplo, uno de los intentos más interesantes es el que emprende Hart a través de la *"clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico"* ([3]) mediante el análisis de los enunciados internos en la práctica jurídica.

La discusión de los especialistas de la que tenemos memoria ha esbozado varias concepciones que han tenido diversa suerte al buscar demarcar los límites de la investigación del derecho en su pretensión de pensarse como ciencia jurídica.

---

1. Heidegger, Martín, *Ser y Tiempo, & 2: La Estructura Formal de la Pregunta por el Ser,* trad. de Jorge Eduardo Rivera, Universitaria, Santiago, 1997, pág. 28.

2. La perspectiva heideggeriana que aquí estamos empleando es diáfanamente clara al respecto del objeto científico: *"La ciencia es la teoría de lo real"*. Heidegger, Martín, *Ciencia y Meditación,* en *Conferencias y Artículos,* trad. por Eustaquio Berjau, Odos, Barcelona, 1994, pág. 40.

3. Hart, Herbert, *El Concepto de Derecho,* Abeledo-Perrot, Bnos. Aires, 1977, Prefacio, pág. XI.

Esas propuestas no pueden hacerse ajenas a la determinación social del tiempo que ha transcurrido mientras se formulaban. La Modernidad generó una ciencia dominadora, especializada y casi monopolizadora de la pretensión de verdad, como ha sido destacado por diversas tradiciones críticas, despoblando la reflexión válida de todo lo "extracientífico". Pero la característica sobresaliente de ella es el emplazamiento que hace la ciencia moderna a lo real. La ciencia, señala Heidegger en "Ciencia y Meditación", emplaza a lo real "en vistas a que lo real se presente siempre en una trama que opera y es operada, es decir, en las consecuencias supervisables de causas puestas. De este modo lo real puede ser así perseguido y supervisado en sus consecuencias" ([4]). Horkheimer, por su parte, insistió en que la ciencia moderna entra a escena con la racionalidad subjetiva, la cual se balancea sobre las inclinaciones de un sujeto obsecado en sus intereses propios, extendiendo un certificado de defunción para cualquier objetividad común a los individuos aislados ([5]).

El esfuerzo científico moderno se identifica por ser la antesala de la técnica, su producto visible, la cual no vendría a ser sino ciencia aplicada. Heidegger previene de lo errado de esa concepción. Lo que importa no es la preeminencia histórica y lógica de la ciencia sobre la técnica, sino que el sentido de la ciencia viene determinada por la técnica moderna que concibe al mundo como un depósito de existencias a disposición de la técnica. Por ejemplo, la física está provocada por la solicitabilidad de la Naturaleza como existencias ([6]). El sentido instrumental del saber dota de sentido a su discursividad. Ello es lo que también quisieron expresar Simmel ([7]) y Weber al señalar el sentido práctico de la ciencia especializada. Este último pone especial atención a la relación que descubre entre la diferen-

---

4. Op. cit., pág. 48.

5. Cfr. Horkheimer, Max, *Crítica de la Razón Instrumental,* trad. de H. Murena y D. Vogelman, Sur, Bnos. Aires, 1969.

6. Heidegger, Martín, *La Pregunta por la Técnica,* idem, pág. 24.

7. Simmel, Georg, *Sociología, Estudio sobre las Formas de socialización, Tomo I, Cap. 1: El Problema de la Sociología,* trad. de J. Pérez Bances, Revista de Occidente, Madrid, 1926.

ciación de una esfera científica profesional, escindida de la sabiduría de las imágenes globales del mundo, y la acción social de acuerdo a fines, que sería luego denominada acción instrumental por los teóricos de la primera Escuela de Frankfurt. La ciencia precisamente viene emplazada por la necesidad de proporcionar el discurso necesario para hacer posible el poder de acción instrumental del hombre moderno.

Habermas introduce una distinción más precisa en el concepto de actividad instrumental distinguiendo en su *"Teoría de la Acción Comunicativa"* ([8]) el actuar teleológicamente en general, del actuar estratégico. La acción estratégica surge precisamente cuando la acción teleológica acaece en una interacción social, donde el agente tiene que considerar las decisiones de otro agente para realizar sus propósitos. En esa apreciación del otro, está demás decirlo, el agente considera al otro en tanto que medio y no como un fin.

Precisamente en esta categoría es que observamos como la ciencia jurídica se hace parte de la instrumentalidad tratada por Heidegger y la escuela de Frankfurt. Weber dio cuenta cómo la racionalización del derecho moderno hizo posible la constitución de las instituciones políticas y económicas que nos son familiares: el Estado y el Mercado. La racionalización fue tarea de notables juristas romanistas y canonistas que vertieron en sutiles conceptos la sabiduría jurídica de la antigüedad. La historicidad de la ciencia jurídica puede ser comprendida cuando se representa la presencia de los juristas en los palacios y cortes del príncipe, y en los parlamentos provinciales que dominaba la burguesía floreciente. En definitiva el destino de la ciencia jurídica y su desarrollo en la modernidad quedó marcado por la búsqueda de un saber sistemático que permitiera hacer visible con claridad la norma, de tal manera que quedara a disposición de la manipulación por los agentes de sus relaciones sociales, de modo que se hicieron calculables y predecibles en sus líneas generales. La interpretación de la norma consiste, en esta vía, propiamente en elucidar, en traer-ahí-delante el sentido de la regla para los actores autointeresados. Así como la física emplaza a la Naturaleza, la ciencia jurídica emplaza a la Solidaridad Social que se deposita en la norma convencional para ponerla como existencia a disposición de la técnica. Son demasiados los ejemplos de eso como para enunciarlos: los conceptos de derecho subjetivo, de responsabilidad, de patrimonio, de obligación, de tributo, gobierno, administración, etc.

8. Cfr. Habermas, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa,* Tomo I, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1987.

2. En un gesto que quizá merezca alguna desconfianza política, Heidegger escribe en su *"Introducción a la Metafísica"*: "Sólo los menos son todavía capaces de descubrir, en toda su importancia, la torcida relación, o falta de ella, entre la existencia actual y el lenguaje" ([9]).

La relación torcida a que Heidegger se refiere, creemos nosotros, consiste en la relación utilitaria con el lenguaje, la cual "determina una pasiva disponibilidad instrumental de los signos" ([10]). El lenguaje instrumental está cazado en la necesidad de presentar con transparencia el sentido de las cosas, sentido que está preordenado en el mundo. El lenguaje en medio de ese aherrojamiento se limita a reproducir el orden preestablecido, y lo hace con el estilo de una fría lógica de la expresividad.

En el parágrafo 35 de "Ser y Tiempo", el citado Heidegger indica a la medianía como aquella que escucha y comprende en el discurso comunicado, sin compartir la relación originaria con el lenguaje, presentándose en cambio la escucha y la comprensión como fijadas de antemano y sin comunicación con aquello sobre lo que recae el discurso. Habiendo perdido la relación con lo dicho, lo hablado se comunica sólo por difusión y repetición, es decir, se transforma en habladuría sin fundamento. Heidegger se refiere a la habladuría como un modo de cerrar, esto es, como un resorte del encierro. La comprensión mediana queda así encerrada, en la circulación pública de un discurso, que hace patente un saber de las cosas que ya no se deja interpelar por las cosas, sino que las emplaza para que queden en estado de disposición técnica.

Podemos pensar la tecnificación primordialmente no como la generación del aparato venerado y con poderes cuasi-mágicos, sino co-

9. Heidegger, Martín, *Introducción a la Metafísica,* Trad. de Emilio Estiú, Edit. Nova, Bnos. Aires, 1966, pág. 88.

10. Rojas, Sergio, Revista de Crítica Cultural, pág. 37.

mo el deslizamiento hacia una comprensión mediana que encierra el saber que habita en el lenguaje, separándolo de las cosas, sean naturales o sociales, y poblando el mundo con la habladuría acerca de ellas, que es una repetición de los signos que hace posible su manipulabilidad técnica en las relaciones humanas de índole estratégico.

Si la miramos desde esa perspectiva, la ciencia del derecho, a disposición de la técnica moderna, se ha deslizado hacia la habladuría acerca de los entes sociales. Queda así en el encierro del castillo de sus categorías y conceptos jurídicos fundamentales, de su repertorio de fuentes autoritativas, de sus reglas hermenéuticas y sus hileras de distinciones. No estamos diciendo que lo que queda afuera del castillo jurídico-kafkiano quede a resguardo de otras ciencias, presas también de la habladuría, sino que el corazón de lo que queda afuera es algo que el derecho moderno no se permite comprender.

Pero, ¿cómo se desliza el derecho hacia la habladuría? a través de su repetición en forma de conceptos dogmáticos. En la dogmática lo que acontece es la nivelación de los casos en el supuesto abstraído en la norma, para poder tener como destinatarios a una masa de sujetos. En ella habita lo que Walter Benjamin llamó la concepción burguesa de la lengua, cual es aquella que señala que el medio de comunicación es la palabra, su objeto es la cosa, y su destinatario es un hombre ([11]). El lenguaje jurídico opera en la sociedad sacando las cosas del contexto del caso particular, y dirigiéndolas a otro hombre que se ve compelido a aceptarlas en la dimensión reducida que proporciona la técnica jurídica. Cuando el lenguaje de los hombres pierde la relación originaria con las cosas naturales o sociales, como en el caso del lenguaje jurídico, advierte Benjamin que sobreviene la superdenominación, la repetición. En el caso del derecho, la repetición se puede captar con la triste descripción de los estudios de derecho como el rumiar la paja que por añadidura han rumiado mil bocas antes que uno, que hace Kafka en su "Carta al Padre".

11. Benjamin, Walter, *Sobre el Lenguaje en General y sobre el Lenguaje de los Hombres*, en *El Programa de la Filosofía Futura*, Monte Avila, Caracas, 1969.

3. Aquí es donde hace entrada la noción más pródiga de las ciencias sociales, cual es el concepto de ideología. Podríamos introducirla de la mano de la siguiente cita de Benjamin.

"Masas humanas, gases, fuerzas eléctricas fueron arrojadas al campo raso, corrientes de alta frecuencia atravesaron el paisaje, nuevos astros se elevaron al cielo, el espacio aéreo y las profundidades marinas resonaron con el estruendo de las hélices y en todas partes se excavaron fosas de sacrificio en la madre tierra. Este gran galanteo con el cosmos se realizó por primera vez a escala planetaria, es decir, en el espíritu de la técnica. Pero como el afán de lucro de la clase dominante pensaba satisfacer su deseo en ella, la técnica traicionó a la humanidad y convirtió el lecho nupcial en un mar de sangre. Pero ¿quién confiaría en un maestro que, recurriendo al palmetazo, viera el sentido de la educación en el dominio de los niños por los adultos?" ([12]).

Esa era la desconfianza que inundaba a Marx cuando otorgó a la noción de ideología su significado más duradero, su sentido peyorativo y negativo, que recubre la superficie de un sistema de dominación que hoy por hoy se ha vuelto planetario. La noción de ideología es hija de la sospecha y su historia viene dada por las posibilidades que abrieron al sospechar sus tres grandes maestros. Al citado Marx hay que agregar entonces a Freud y Nietzsche. Sin embargo, no haremos aquí una revisión sistemática de las dimensiones de la ideología. Lo que buscamos es situarla en el encierro de la comprensión del dasein, del ser humano, respecto de su propia estructura fundamental.

La ideología actúa como una clausura del universo de representación para permitir su transparencia. Es válida la crítica de Baudrillard a Marx en el sentido de que la ideología no puede ser más entendida como una relación infraestructural-superestructural entre una producción material (relaciones de producción) y una producción cultural de signos que expresa y enmascara las contradicciones de clase. Si entendemos con el concepto ampliado de ella que propor-

12. Benjamin, Walter, *Hacia el Planetario*, en *Dirección Obligada*, trad. de Juan del Solar y Mercedes Allendesalazar, Alfaguara, Madrid, 1987, pág. 97.

ciona Jorge Larraín, podemos sostener que ella consiste en una clase contradictoria en favor del sistema establecido ([13]).

La ideología reduce la contradicción a la lógica del sistema. Opera, por supuesto, en el lenguaje, a través de la sobredenominación, desarraigándolo de su comprensión originaria. Ideología es erradicación de lo diferente, de la posibilidad en general de toda diferencia, y con ella de toda disidencia, para reconducir a los signos a su economía conceptual continua y repetitiva. En ello que la ideología instale una cierta inefabilidad de la otredad, para impedir su evasión al cálculo y la seguridad del dominio.

La crítica de la ideología quiere reconstituir la distancia en la cual acontecen las diferencias de la alteridad que atormentan a lo dominante. La distancia adviene con la disociación de los cuando sucede el acontecimiento de lo otro.

4. Sin embargo, ya es hora de preguntarse que es eso otro. Heidegger diría que es la comprensión originaria que rememora el ser, el *Sein,* en el acontecimiento. Ahora bien, si apoyamos la tesis de Levinas y otorgamos prioridad a la ética sobre la ontología, diremos que lo otro, es algún otro, esto es, otro ser humano: el prójimo.

La apertura del lenguaje que constituye al *dasein,* significa en esta posición, la apertura del *dasein* a su sociabilidad, ya no en el plano dominador de la técnica, sino en la gratuidad de la comunicación. ¿Qué puede significar esto para quienes pueblan el discurso jurídico?

Significa demasiado, un exceso tanto para nosotros como para los otros. Una ampliación excesiva del discurso jurídico que lo sobrepase, que lo desborde y lo rompa. Esa grieta da respiración a todo el mundo técnico, y no es otra que el discurso de los derechos humanos.

Los derechos humanos no son meros textos convencionales ni tampoco emanaciones de una esencia que habita en ultratumba o quien sabe donde, sino la articulación discursiva de una interpretación comprensora del hombre como una apertura. El pensamiento

13. Larraín, Jorge, *Modernidad y Teorías Irracionalistas de la Ideología,* Revista Estudios sociales, CPU, Santiago, 1993, pág. 11.

que se pone en juego en los derechos humanos no aspira a diseñar una noción ideal de dignidad humana, sino que se dirigen al humano tal como vive en el mundo real.

Habermas sostiene que los derechos humanos son condiciones ideales que reconstruyen el autoentendimiento recíproco que se dan los sujetos como libres e iguales, pero sobre todo, son condiciones cuya factibilidad hace posible ese autoentendimiento mutuo. Derrida explora precisamente esa comprensión que se desliza con los derechos humanos. El la llama sencillamente con su nombre más común: el nombre de la justicia.

La justicia no corresponde al derecho, sino que es su límite y su horizonte. Y qué es un horizonte, dice Derrida, una apertura, pero también el límite que define una espera ([14]). La justicia no espera al derecho, sino que lo interrumpe, lo urge, lo critica, le exige una decisión. La justicia clausura la amnistía, la inmunidad o la impunidad que el derecho otorga y le impone su fuerza, su violencia inmediata. La justicia clausura el encierro del derecho y lo pone delante de lo otro, del acontecimiento. Es decir, la justicia detiene al encierro, y lo pone bajo su custodia. La justicia es el horizonte y no puede tener fin, pero su advenimiento depende de que sea posible la llegada de lo otro. No hay porvenir para los otros sin la justicia, y hay un porvenir de la justicia en la medida que el acontecimiento es posible. El acontecimiento es la democracia que nos puebla de prójimos en todas partes del mundo, que solidarizan con sus fuerzas para transformar el derecho, para que éste a su vez transforme el mundo en una morada más habitable.

14. Derrida, Jasques, *Del Derecho a la Justicia,* en *Fuerza de Ley.*