

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 2000

### DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
2000

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL N° 18  
2000

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Valparaíso, Central de Chile, de Concepción, de Chile, de Los Andes, del Mar, Diego Portales, Finis Terrae, de la República y de Valparaíso.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de esta obra.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. - 0170 - 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL  
Errázuriz 2120 - Valparaíso

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2000

## DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1999 - 2001)

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 correspon-  
dencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

Este número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* corresponde a 2000 y aparece a inicios del segundo semestre de 2001, año este último en que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social cumple 20 años de existencia.

En efecto, nuestra Sociedad fue fundada el año 1981, en Valparaíso, y celebrará su vigésimo aniversario en el mes de diciembre de 2001, ocasión en la que contaremos con la presencia de Eugenio Bulygin, Presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, de la cual nuestra corporación es una de sus secciones nacionales a lo largo del mundo.

Por lo dicho previamente, el número próximo del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2001, el cual esperamos entregar en el primer semestre de 2002, será el número de aniversario de la sociedad, esto es, aquel que dará cuenta de nuestros 20 años de existencia.

En cuanto al presente número del Anuario, en él, luego de la habitual sección *Estudios*, se incluye una sección *Ponencias*. En esta sección se reproducen las ponencias que fueron presentadas en la IV Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, que fue organizada por nuestra Sociedad y por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. La mencionada jornada fue convocada con el título "*El derecho en la perspectiva de los cambios culturales*".

ciones dirigidas al monarca, cuando se les abría la puerta que les estaba destinada, debían seguir un largo proceso de tipo burocrático que involucraba a varios secretarios y ayudantes.

Saramago nos quiere decir algo bien claro cuando sitúa al rey junto a la puerta de los obsequios y no al lado de la puerta de las peticiones.

Al situarse junto a la primera de esas puertas, el monarca ciertamente ganaba, puesto que así estaba en mejores condiciones de recibir, acariciar y guardar los obsequios que le eran traídos. Pero, a la vez, el rey perdía, y mucho, porque la tardanza en responder a las peticiones aumentaba el descontento y las protestas del pueblo, lo cual tenía efectos negativos en el flujo de los obsequios que eran llevados al monarca.

Utilizando esas imágenes de Saramago, al Estado y a los poderes públicos que lo conforman hay que sacarlos de la puerta de los obsequios —dejando posiblemente allí sólo al servicio encargado de recaudar los impuestos— y llevarlos a las puertas de las peticiones y las decisiones.

Es en la intersección que forman la puerta de las peticiones y la de las decisiones donde debe estar el Estado.

Por lo demás, cuando los pueblos consiguen ligar bien ambas puertas consiguen tener ese bien que se llama democracia.

Un bien, entre otras cosas, porque la democracia, con todas sus imperfecciones —que las tiene—, es lejos la forma de gobierno que mejor examen ha rendido históricamente en el reconocimiento, consagración y protección efectivas de los derechos humanos.

En consecuencia, quien dé valor a esos derechos continuará teniendo una muy buena razón para preferir la democracia como forma de gobierno de la sociedad.

## P O N E N C I A S

Para terminar, también reconoció (luego de una mesa redonda en que se discutió el artículo en cuestión) que la función del Estado asistencial no se limita sólo a dar premios o castigos, sino que también se manifiesta en el reparto de la riqueza. Además, que los incentivos pueden ser obtenidos con sanciones negativas, por lo cual, mandatos y prohibiciones no se relacionan necesariamente con premios y castigos respectivamente. Finalmente, que el análisis funcional del Derecho deja abiertas varias incógnitas, como por ejemplo, saber si es posible y, en caso de serlo, qué ocurre, si el beneficiario de una sanción positiva no la aprovecha, o si requiere a su vez de un posterior control jurisdiccional para sacar partido de ella (57).

En todo caso, y de acuerdo al objetivo de estas Jornadas ("El Derecho en la perspectiva de los cambios culturales"), se percibe claramente que las distintas funciones del Estado han hecho variar sustancialmente la concepción tradicional del Derecho manejada por el positivismo jurídico normativista. El fenómeno jurídico no puede limitarse solamente a la validez, a la eficacia o a la sanción negativa, porque los fines del Derecho son una parte esencial del mismo.

---

y el fin se reclaman mutuamente, por lo que si se analiza el medio (esto es, la estructura de las sanciones, sean positivas o negativas), es porque tiene el fin en mente (la función). Esto choca, como puede apreciarse, con la relación de imputación entre norma y sanción propugnada por Kelsen.

57. "Intervento", en AA. VV., *Incentivi C.E.E. per la riforma delle strutture economiche*, cit., pp. 32-34.

## EL DEBER DE CUIDADO, EXPRESION DE RESPONSABILIDAD POR EL OTRO, UN POSIBLE CONTENIDO ETICO PARA LA NORMA HIPOTETICA FUNDAMENTAL

JORGE CRISTIAN ULLOA PLAZA \*

¿Si no respondo de mí, quien responderá por mí?

Pero si sólo respondo por mí, ¿aún soy yo?

(Talmud de Babilonia: Tratado de Aboth 6<sup>a</sup>).

Esta cita del talmud, heteronomía que se anuncia al nivel ético, manera de adentrarse en el pensamiento de la exterioridad, de la alteridad radical, a propósito de la obra del filósofo lituano Emmanuel Levinas, en contraposición a la autonomía moral, objeto esta última de una férrea y profunda crítica de las escuelas antihumanistas, en el nivel epistemológico, político y ético, llevando este diagnóstico a señalar nuestra época como la crisis del humanismo; crítica que es necesario ensayar a un nivel de lo que, actualmente, se entiende por ciencia jurídica o ciencia del derecho, y la pretensión de inclusión de esta última dentro del

---

\* Abogado, actualmente cursando Magister en Filosofía mención Axiología y Filosofía Política, en la Universidad de Chile; profesor de Introducción al Derecho y Derecho Civil en la Universidad de Atacama.

status de las ciencias. Manera por la cual, durante el siglo XX, se intentó adecuar el Derecho al discurso científico positivista, explicándolo, al nivel de ciencia, como la única posibilidad válida de estudio de una disciplina y este discurso científico como único posible de explicar el objeto de la disciplina.

### 1. La crisis del humanismo

La crisis del humanismo no debe ser una apertura al antihumanismo; lo que se debe realizar es repreguntar, en efecto, en el diagnóstico de Fukuyama, connotado posmodernista, *"Para Kant y Hegel y la tradición cristiana a partir de la cual construyeron sus pensamientos, la distinción entre hombre y no hombre era absolutamente crucial. Los seres humanos tienen una dignidad superior a cualquier cosa de la naturaleza, porque ellos solos son libres, es decir, son causas sin causa, no determinados por el instinto natural y capaces de decisiones morales autónomas"* (1), pero en nuestro tiempo *"el hombre autónomo, capaz racionalmente de seguir las leyes que ha creado para sí mismo, ha quedado reducido a un mito que se autofelicita"* (2), en este mito es actualmente aún bajo el cual se articula nuestro Derecho de tradición occidental.

Esto último, la autonomía del hombre, ha sido objeto de una fuerte crítica a nivel académico, la que conduce por la irrupción de la fenomenología a la cuestión por el "ser", ya que se hace necesaria una nueva pregunta ante la crisis que anuncia el antihumanismo, de la muerte del hombre. Es por tanto necesario preguntarse cómo el sujeto zanja sobre el "ser", aquí es donde se produce la ruptura con la tradición filosófica occidental.

Pero, el antihumanismo no deja de ser una manera de enfocar el problema del sujeto desde una perspectiva de la inmanencia; su repugnancia frente al hombre no es más que una conclusión dada al hombre a partir del análisis y diagnóstico de una determinada metodología,

1. Fukuyama Francis, "El fin de la historia y el último hombre", pág. 398, Edit. Planeta, Barcelona 1992.

2. Op. Cit. nota 1, pág. 399.

que busca imponerse en las ciencias humanas vía un formalismo en el cual los principios metodológicos se convierten en afirmaciones sobre el fondo de las cosas, *"De hecho la Cruzada antihumanista ha partido ante todo de una supuesta constatación: aquella según la cual el desarrollo de las ciencias humanas prohibiría en adelante para el hombre toda esperanza de una "congruencia consigo mismo"; "como si la interioridad del sujeto no se cerrara desde el interior. El psiquismo y sus libertades (donde se despliega, sin embargo, el pensar explorador del sabio), no serían más que un rodeo pedido prestado por las estructuras para encadenarse en sistema y para mostrarse a la luz. No es más el hombre por vocación propia el que buscaría o poseería la verdad; es la verdad "de las estructuras o del sistema" la que suscita y sostiene al hombre (sin sostenerse en él!): la interioridad del yo idéntico a sí mismo se disuelve en la totalidad sin repliegues ni secretos. Todo lo humano es exterior. Esto puede pasar por una formulación muy consistente del materialismo"* (3); así también, para Foucault *"la desaparición próxima o probable del hombre que tanto nos preocupa, mientras hacemos todo lo posible, en el momento presente, por convertirlo en póstumo, con nuestra curiosidad que lo reduce a no ser más que un simple objeto de encuesta, de estadística, e incluso de sondeos"* (4), pero también puede pasar por una realidad constatable históricamente, el holocausto judío, las violaciones a los derechos humanos en Latinoamérica, el gulag estalinista. Todas muestras que redujeron al hombre a un mero objeto, un número; todas, de una u otra manera, legitimadas por sus respectivos Ordenamientos Jurídicos.

Como salvar la crítica antihumanista, desgarradora. Levinas plantea una doble insuficiencia; primeramente, una incongruencia en cuanto a la forma, ya que *"Si la conciencia de sí se desintegra se debe preguntar de hecho cómo el antihumanismo puede aún reservar al hombre el descubrimiento del saber verdadero"*, *"además, en cuanto al contenido mismo dado a la idea de sujeto, el antihumanismo parte de la convicción que la imposi-*

3. Levinas Emmanuel, "Humanismo del otro Hombre", pág. 115, Edit. Siglo XXI, Madrid 1993.

4. Blanchot Maurice, "Michel Foucault tal y como yo lo imagino", Edit. Pre Textos, Valencia 1993.

bilidad, transformada en evidente de coincidir consigo mismo, equivale a la muerte del sujeto y a la ruina de todo humanismo concebible; luego—en una sorprendente dependencia respecto de lo que se combate— el antihumanismo reproduce de esta manera bajo la forma de un error sobre la idea de sujeto, la ilusión más característica del humanismo clásico o de las metafísicas de la subjetividad”<sup>(5)</sup>.

## 2. La subjetividad como apertura hacia la exterioridad, la irrupción del “otro”

Hasta el momento, en nuestra tradición filosófica, “La subjetividad humana interpretada como conciencia siempre es actividad. Siempre puedo asumir aquello que se me impone. Tengo siempre el recurso de consentir lo que padezco y de poner a mal tiempo buena cara”<sup>(6)</sup>. Pero la subjetividad no se agota ahí, detrás existe aún algo que se me presenta como imposibilidad de reducción, la idea de infinito, aquello que Descartes reconoce “Reflexionando a continuación, sobre el hecho de que yo dudaba y que, por lo tanto, mi ser no era enteramente perfecto, pues veía con claridad que había mayor perfección en conocer que en dudar, se me ocurrió indagar de qué modo había llegado a pensar algo más perfecto que yo; y conocí con evidencia que debía ser a partir de una naturaleza que, efectivamente, fuese más perfecta”, “de manera que solo quedaba la posibilidad de que hubiera sido puesta en mí por una naturaleza que fuera realmente más perfecta que la mía y que poseyera, incluso, todas las perfecciones de las que yo pudiera tener alguna idea, esto es, para decirlo en una palabra, que fuera Dios”<sup>(7)</sup>. Descartes le reconoce en la idea de Dios, imposible de reducción y constitutiva de su subjetividad.

En Levinas el intento es el de reconocer esta trascendencia en la irrupción del otro, “Lo otro metafísico es otro como una alteridad que no

5. Renault Alain, “Positive et Transcendence”, pág. 91, en francés el original, Edit. P.U.F., París 2000.

6. Levinas Emmanuel, “Entre Nosotros”, pág. 76, Edit. Pre-Textos, Valencia 1993.

7. Descartes Rene, “Discurso del método”, págs. 49 y 50, Edit. Altaya, Barcelona 1993.

es formal, con una alteridad que no es un simple revés de la identidad, ni de una alteridad hecha de resistencia al Mismo, sino con una alteridad anterior a toda iniciativa, a todo imperialismo del mismo”<sup>(8)</sup>, como irreducibilidad de su subjetividad ante mi idea, como imposibilidad de objetivación de su persona, pero a la vez como otro que me inviste de responsabilidad para con él y, en ese sentido, funda mi libertad; solo puedo ser libre si respondo ante el otro, la libertad ya no se causa a sí misma, “De forma que todo sucede como si yo estuviese siempre en el comienzo. Salvo en la proximidad del prójimo. Ahí se me requiere una responsabilidad que jamás he contraído y que se inscribe en el rostro del otro. Nada hay más pasivo que este cuestionamiento anterior a toda libertad. Hemos de pensarlo con gran acuidad. La proximidad no es conciencia de la proximidad. Es obsesión que no se confunde con una conciencia hipertrofiada. es una conciencia a contracorriente que invierte la conciencia”<sup>(9)</sup>.

De manera tal que no hay que confundirse en los términos: el “otro” postulado como infinito no se debe a una insuficiencia del psiquismo que, eventualmente, impidiera la posibilidad de englobar en la totalidad. Es propiamente la imposibilidad de integración de lo infinito, lo que impide la totalidad en el yo, esa imposibilidad viene dada por lo infinito del “otro”.

Pero el “otro”, no sólo es reconocido como infinito irreductible, además el “otro” es la causa de mi libertad; a diferencia de lo que en la tradición occidental se ha entendido por libertad, solo como una medida del sujeto, en un decir Sartreano inclusive una condena. Pero aquello no es exacto, la libertad no se justifica por la libertad como se pretendía por los pensadores decimonónicos. Tampoco podría fundarse en lo que pretende Habermas en una “libertad con autonomía comunicacional”, por que esta sigue siendo autónoma, por tanto aún una medida del ser que solo se actuaría ante los otros, como una modalidad del ser, así Habermas intenta “socavar el ataque nietzscheano contra nuestras tradiciones religiosas y metafísicas reemplazando la filosofía de la subjetividad

8. Levinas Emmanuel, “Totalidad e Infinito”, pág. 62, Edic. Sígueme, Salamanca 1977.

9. Op. Cit. Nota 6, pág. 76.



por una filosofía de la ínter subjetividad: reemplazando la antigua concepción de la "razón" centrada en el "sujeto", compartida por Kant y Nietzsche, por lo que Habermas llama razón comunicativa. Habermas hace aquí el mismo movimiento que Sellars: ambos filósofos intentan analizar la razón como la internalización de normas sociales antes que como componente constitutivo del yo humano" es aquí donde aparece su noción de "comunicación libre de dominación", (10), pero si todo se resuelve al nivel del lenguaje, nadie observa el rostro del otro y se vuelve a olvidar el papel del sujeto en tanto sujeto, en tanto "otro".

En definitiva la libertad sólo puede plantearse en la relación con el otro, relación en la cual soy pura pasividad, no se trata de negar la libertad, sino de reinvertirla en su origen, pensada en una libertad gracias a la irrupción del otro, el quien al aparecer me inviste de responsabilidad y, en consecuencia, me declara libre en mi actuar voluntario, "la relación con el rostro se produce como bondad. La exterioridad del ser es la moralidad misma. La libertad, acontecimiento de la separación en lo arbitrario, que constituye el yo, mantiene al mismo tiempo la relación con la exterioridad que resiste moralmente toda aproximación y toda totalización en el ser. Si la libertad se planteara fuera de esta relación, toda relación, en el seno de la multiplicidad, sólo operaría el apresamiento de un ser por otro o su participación común en la razón en donde ningún ser mira el rostro del otro, sino que todos los seres se niegan" (11).

### 3. Disolución tensión autonomía-heteronomía

En ese sentido, primeramente la subjetividad debe ser entendida como pasiva, una subjetividad en que la heteronomía alcanza el status de principal en el discurso, anterior a la autonomía, fundante de ésta, ya que "La heteronomía es aquí más fuerte que la autonomía, si bien esta heteronomía no es una esclavitud, no es una servidumbre. Es como si unas relaciones puramente formales, al llenarse de contenido pudieran alcanzar

10. Rorty Richard, "Contingencia, Ironía y Solidaridad", pág. 81, Edit. Paidós, Barcelona 1991.

11. Op. Cit. Nota 8, pág. 306.

un contenido más fuerte que la necesidad formal que significan. "A manda a B", es una fórmula de no libertad de B; pero si B es hombre y A es Dios, la subordinación no es servidumbre sino, al contrario, una apelación al hombre" (12). No es carga, es una investidura, una "orden", la relación padre-hijo, la relación maestro-pupilo, o ées que ellas no son acaso heteronómicas?

En nuestra filosofía actual existe una angustia por el sujeto, la cual desvaría debido a la pérdida de la conciencia en el primer puesto de la relación con otro; la irrupción entre otros del psicoanálisis significa una disputa a la conciencia como principio del sujeto, es así como Levinas no busca negar la conciencia, no busca negarle un rol de privilegio, sino sólo fundarla no en sus poderes "sino en su responsabilidad. En la pasividad, en el acoger, en la obligación con respecto a otro. El otro es primero y, por eso, la cuestión de mi conciencia soberana no es la cuestión primera. Preconizo como reza el título de uno de mis libros, <El Humanismo del otro Hombre>" (13).

Salvado el obstáculo señalado por la distinción entre norma moral y norma jurídica, artificialmente basado en pensar la moral como autónoma, la buena voluntad como fuente de la acción moral, que Kant expresaba "No hay nada en el mundo y ni siquiera más allá del mundo, nada concebible que pueda considerarse como bueno sin restricción: salvo solamente una buena voluntad". "Así la voluntad moral, por su propia naturaleza, está fuera de la sucesión cual que obra universalmente en el mundo fenoménico: El hecho mismo de que no toma en cuenta las simpatías o antipatías, de que es indiferente a las circunstancias, sugiere que no es el reflejo de simpatías o antipatías ni el producto de las circunstancias. ¿De dónde procede pues? Kant responde que procede de la naturaleza del hombre considerado como ser moral: Por consiguiente, que el hombre como ser moral no forma parte del mundo fenoménico sino que es miembro del mundo nouménico: por esta razón, cuando obedece a la ley moral, se dice que obedece a una ley que emana de él mismo, es decir, de él mismo considerado como un ser real y racional, y no como un miembro del mundo de las causas

12. Op. Cit. Nota 6, pág. 136.

13. Op. Cit. Nota 6, pág. 137.

y efectos: esa obediencia a la ley moral, que es también libertad moral, es algo que no puede explicarse. Porque la explicación es obra del entendimiento, y todo lo que el entendimiento entiende es ipso facto presentado como fenoménico" (14).

En síntesis, lo que se postula es la disolución de la tensión categorial entre norma moral autónoma y norma jurídica heterónoma, de manera tal de intentar, integrar como categoría fundamental la heteronomía jurídica. Así la norma hipotética fundamental que en el esquema kelseniano, es solo un principio de formalismo lógico, torna en un fundamento ético, partiendo de la base que "la justificación moral de la libertad no es certeza, ni incertidumbre. No tiene la jerarquía de un resultado, sino que se cumple como movimiento y vida, consiste en dirigir a su libertad una exigencia infinita, en tener para su libertad una no-indulgencia radical. La libertad no se justifica con la conciencia de la certidumbre, sino con la exigencia infinita frente a sí, en el sobrepasar toda buena conciencia. Pero esta exigencia infinita frente a sí, precisamente porque cuestiona mi libertad, me coloca y me mantiene en una situación en la que no estoy solo, donde soy juzgado. Socialidad primera: La relación personal consiste en el rigor de la justicia que me juzga y no en el amor que excusa. Este juicio no me viene, en efecto de un Neutro. Ante el neutro soy espontáneamente libre. En la exigencia infinita frente a sí misma produce la dualidad del cara a cara. No se prueba a Dios así, por que se trata de una situación que precede la prueba y que es la metafísica misma. La ética, más allá de la visión y la certidumbre, esboza la estructura de la exterioridad como tal. La moral no es una rama de la filosofía, sino la filosofía primera" (15).

#### 4. Crítica a la Teoría pura del derecho, como ciencia

Ahora bien, si la ética, como esta relación cara a cara, es la fundante en la relación, necesario se hace entender el derecho más allá de una noción científica del mismo a la manera positivista o como la entiende "La teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o

14. Joad C.E.M., "Guía de Filosofía", pág. 342, Edit. Losada, Buenos Aires 1960.

15. Op. Cit. Nota 8, pág. 308.

sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico" (16).

Así, se concluye que, la Teoría pura del derecho pretende eliminar del estudio del derecho a un nivel científico toda incumbencia a la pregunta por el ser, en cuanto ciencia sólo estudia las normas de derecho positivo, olvida que son esas mismas normas jurídicas las que en definitiva van a ser aplicadas en sujetos. Si la ciencia del derecho, de este modo entendido, pretende solo alcanzar su objeto de estudio con prescindencia del sujeto, incurre en *hybrys*. El derecho no puede escindirse como lo pretendía Kelsen de la pregunta por el ser; el Derecho es uno de los campos donde se juega la apuesta por el Ser, "El discurso no es simplemente aquello que traduce las luchas o los sistemas de dominación, sino aquello por lo que, y por medio de lo cual se lucha, aquel poder del que quiere uno adueñarse" (17). Por tanto, la validez del ordenamiento jurídico no puede estar extraída en principio de una norma hipotética fundamental, formulada solo como hipótesis científica desprovista de todo contenido, como un mero continente, presupuesto lógico, si es un presupuesto lógico por lo demás, no es, en sí misma, una norma jurídica si no un presupuesto de hecho, pretende ser antiideológica y en ella misma conserva la ideología del cientificismo positivista, cree poder sólo preocuparse "de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo", "Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y reemplazarla por otra.

16. Kelsen Hans, "Teoría Pura del Derecho", pág. 69, Edit. Eudeba, Buenos Aires 1973.

17. Foucault Michel, "El Orden del discurso", pág. 12, Edit. Tusquets, Barcelona 1980.

*Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento*" (18). Frente a estas afirmaciones de Kelsen, cabe preguntarse, si su supuesto de ciencia, como única posibilidad donde aparece el conocimiento verdadero, ¿no es acaso una ideología?, también si ¿no emana acaso el derecho en sí mismo de la voluntad?

Habermas señalará sobre esta pretensión la imposibilidad de la misma *"Las normas fundamentales del actuar político, que ya no son capaces de una legitimación científica, y los métodos científicamente racionalizados de disposición técnica sobre procesos sociales, que como tales, carecen de orientación práctica, se han separado abstractamente uno del otro. La conexión teórica entre los dos momentos, que siempre había estado dada en la tradición de las teorías del derecho natural y de la sociedad natural —desde Hobbes y Locke hasta Marx—, se ha roto; no pueden sustituirla una adaptación positivista o un dirigismo de la visión del mundo"* (19).

La posibilidad de fundar una ciencia del derecho bajo este parámetro quizás no sea un intento descabellado, pero es un intento en el cual el riesgo de olvidarse del destinatario de la norma, del testimonio del "otro", por privilegiar el estudio de la coherencia interna del orden jurídico, pudieron llevar a tornar válido, por ejemplo, el Ordenamiento Jurídico nacional socialista en Alemania, que según cuenta la historia, se le enrostraría al propio Kelsen.

5. *"El deber de cuidado", expresión de responsabilidad, un posible contenido ético para la norma hipotética fundamental*

La opción que se pretende presentar consiste en llenar de contenido la noción de norma hipotética fundamental, partiendo de la categoría central de la heteronomía, como fundamental en la norma jurídica, entendida la heteronomía como manera de constituirse el sujeto, el quien en el decir de los romanos solo podía concebirse "inter homine esse", en el mismo sentido Hannah Arendt, así si el Derecho es a todo evento una relación, esa relación ha de ser una relación de responsabi-

18. Op. Cit. Nota 16, pág. 64.

19. Habermas Jürgen, "Teoría y Praxis", pág. 117, Edit. Altaya, Barcelona 1998.

lidad, dirá Levinas "la justicia es una mediatización de la ética", a la pregunta *"¿Cómo es que hay una Justicia?, respondo que es el hecho de la multiplicidad de los hombres, la presencia del tercero al lado del otro, los que condicionan las leyes e instauran la justicia. Si estoy yo solo con el otro, se lo debo todo a él; pero existe el tercero. ¿Acaso sé lo que mi prójimo es con respecto al tercero? ¿Es que sé si el tercero está en complicidad con él o es su víctima? ¿Quién es mi prójimo? Por consiguiente, es necesario pesar, pensar, juzgar, comparando lo incomparable. La relación interpersonal que establezco con el otro debo también establecerla con los otros hombres; existe, pues la necesidad de moderar ese privilegio del otro; de ahí la justicia. Está ejercida por las instituciones, que son inevitables, debe estar siempre controlada por la relación interpersonal inicial"* (20).

El deber de cuidado del otro, de su persona, de su dignidad y de sus bienes, mediatización de la ética, norma secundaria, inclusive presupuesto de la posibilidad de ilícito, dejada de lado por el estudio de las ciencias jurídicas que acentúan el estudio de las normas primarias. Deber de cuidado, fundamento último de la responsabilidad extracontractual. Enunciado normativo, que corresponde a la consagración del Principio General de Responsabilidad y que, en su noción hipotética, habría de validar el orden jurídico en su totalidad, presupuesto ontológico del mismo.

6. *Función fundamentadora dentro del propio ordenamiento jurídico de los "derechos humanos"*

Existe un mediano consenso, respecto del diagnóstico de Habermas sobre la ambivalencia que presentan en su fundamento el catálogo de derechos humanos positivado. Algunos le asignan como fundamento de estabilidad institucional, función legitimadora del principio de autoridad, de ejercicio del poder y equilibrio de fuerzas. A su vez, a la interpretación liberal de los derechos humanos se le ha agregado un importante contenido social, haciendo en principio ilusoria la diferenciación entre derecho público y privado, además, operan como marco

20. Levinas Emmanuel, "Ética e infinito", pág. 84, Edit. Visor, Madrid 1991.

discursivo válido de realización de la praxis política. En el mismo sentido, Habermas indicará *"La praxis política procede en el Estado Social según la pauta de los derechos fundamentales; no sólo está ligada a éstos en cuanto normas jurídicas, sino que al mismo tiempo, es instruida por medio de ellos, en tanto que máximas configurativas"* (21).

Pero aún así no queda dilucidada en su fundamento la noción de derecho humano, ¿cabe preguntarse si son propiamente derechos de los sujetos o debieran de lege ferenda ser pronunciados como deberes?; pensemos en el caso hipotético del artículo 19 de la Constitución chilena, el cual en su numeral 1° consagra el derecho a la vida: acaso la vida es propiamente algo susceptible que sobre ello recaiga un derecho; es la vida el contenido de un derecho, o no debiera ser más bien un reconocimiento del deber de respeto de la vida del otro, "No matarás", fundamento último, interpelación del "otro", es necesario, en consecuencia, preguntarse por el deber ser del derecho humano, quizás señalado como *"derecho a una posición que le ponga a salvo del orden inmediato de las necesidades inscritas en las leyes naturales que gobiernan a las cosas, a los seres vivos y los seres pensantes en una Naturaleza que, no obstante, también engloba y comprende en cierto sentido a los humanos. Lugar excepcional, derecho a la libre voluntad garantizado y protegido por las leyes establecidas por los hombres. Un derecho que se manifiesta en la obligación —que incumbe pues, a los hombres libres en cuanto tales— de evitar al hombre una dependencia en la que no sería más que un mero medio para una finalidad de la que él en ningún caso sería el fin"* (22).

Derechos humanos fundados en la responsabilidad por el otro en tanto otro, como extranjero, derechos del violado, del torturado, del apátrida, del exiliado, derechos del débil, del niño, del discriminado, ante el quien, por su sola aparición que me interpela siempre seré más débil, Derechos humanos ante todo "Derechos del otro hombre".

*"Cuando el Hijo del hombre venga en su gloria acompañado de todos sus Angeles, entonces se sentará en su trono de gloria: Serán congregadas delante de El todas las naciones, y El separará a los unos de los otros, como*

21. Op. Cit. Nota 19, pág. 122.

22. Op. Cit. Nota 6, pág. 243.

*pastor separa las ovejas de los cabritos: Pondrá las ovejas a su derecha, y los cabritos a su izquierda. Entonces dirá el Rey a los de su derecha: <Venid, benditos de mi Padre, recibid la herencia del reino preparado para vosotros desde la creación del mundo: por que tuve hambre y me disteis de comer; tuve sed, y me disteis de beber, era forastero, y me acogisteis; estaba desnudo, y me vestisteis; enfermo, y me visitasteis; en la cárcel, y vinisteis a verme> Entonces los justos le responderán: <Señor, ¿cuándo te vimos hambriento, y te dimos de comer; o sediento, y te dimos de beber? ¿Cuándo te vimos forastero y te acogimos; o desnudo, y te vestimos? ¿Cuándo te vimos enfermo o en la cárcel, y fuimos a verte?> Y el Rey les dirá <En verdad os digo que cuanto hicisteis a uno de estos hermanos míos más pequeños, a Mí me lo hicisteis>" (Mateo, XXV, 31-40) (23).*

23. Citado por Levinas Emmanuel, "Dios, la Muerte y el Tiempo", pág. 237, Edit. Cátedra, Madrid 1994.