

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 20 / 2002



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 Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2002

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 20
2 0 0 2

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

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 efecto la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

D I R E C T O R I O

(2001 - 2003)

Antonio Bascañán Rodríguez, Antonio Bascañán Valdés,
Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo,
Joaquín García-Huidobro, 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.

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

Este número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* corres-
ponde a 2002 y aparece a comienzos del segundo semestre de 2003.

En su primera parte, como es habitual en todos los números del
Anuario de Filosofía Jurídica y Social, este volumen contiene una
sección *Estudios*, donde se reproducen diversos trabajos de interés
en el campo de la filosofía política y de la teoría y filosofía del
derecho.

Seguidamente, la sección *Ponencias* reproduce la versión escrita
de las comunicaciones que fueron presentadas en las V Jornadas
Chilenas de Filosofía del Derecho, que tuvieron lugar en octubre
de 2002 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Univer-
sidad de Valparaíso. Las mencionadas Jornadas estuvieron dedicadas
al tema "La cultura jurídica chilena", y en ella participaron más
de 20 ponentes de distintas Facultades y Escuelas de Derecho del
país.

A continuación, se incluye el discurso que pronunció el Vice-
presidente de la corporación, Antonio Bascañán Valdés, con ocasión
de haberse otorgado a los profesores Jorge Iván Hubner y Máximo
Pacheco Gómez la distinción de Socios Honorarios de la Sociedad
Chilena de Filosofía Jurídica y Social. El acto correspondiente tuvo
lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el
mes de diciembre de 2002.

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

*Sociedad Chilena de Filosofía
Jurídica y Social*

140. Dato caduco se encuentra definido en el artículo 2 letra d) como el que ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que con-
signa.
141. Conviene advertir, sin embargo, que, al menos en el caso de la modificación, los costos de acreditar que los datos personales son erróneos, inexactos equívocos o incompletos recaen sobre el titular de dichos datos. Así se desprende de la lectura del inciso 2° del artículo 12.
142. En la práctica ambos mecanismos dejan un amplio espacio de maniobra a quien solicita la información para recolectar direcciones de correo electrónico y luego utilizarlas para enviar comunicaciones comerciales no deseadas.
143. No obstante ello, no existe ningún problema para un proveedor de servicios de Internet chileno en contratar los servicios de uno de estos servicios extranjeros.
144. Según un informe publicado por ACUI en junio de 2000, el 70% de los sitios web que operan en Chile no cuentan con políticas de privacidad. El 100% de los sitios analizados recogen datos y los utilizan para hacer marketing a través de Internet. Ver <http://www.acuicertifica.org/noticias/noti3.shtml>. Visitado 04/04/2002.
145. Según El Mercurio los mensajes electrónicos comerciales costarían a los chilenos actualmente US \$ 36.000.000. Ver *Mensajes electrónicos comerciales cuestan US \$ 36 millones a los chilenos*. 13 de mayo de 2002. Disponible en http://www.emol.com/noticias/detalle/detalle_noticia.asp?idnoticia=85140. Visitado 13/05/2002.

PONENCIAS *

* En esta sección se incluyen las ponencias presentadas en la V Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, precedidas del discurso inaugural del Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Antonio Pedrals, leído en la sesión inaugural, el 18 de octubre de 2002.

“LOS PROBLEMAS BIOETICOS Y LA CULTURA
JURIDICA CHILENA”

GABRIELA GISELA PEREZ ESPINOZA *

Las ciencias biomédicas han avanzado aceleradamente en los últimos años, de manera que muchos desafíos de la medicina de hace unos cuarenta años atrás hoy en día han sido superados. Este desenfrenado proceso de investigación y descubrimiento biocientífico ha permitido a la especie humana ampliar sus fronteras tanto al inicio de la vida como en el término de ella, de forma tal que el aparataje técnico, los innovadores tratamientos y medicamentos son el soporte vital para superar la barrera de las enfermedades e incluso la muerte. En este sentido, por ejemplo, se puede hoy en día afirmar que la disminución del dolor y la prolongación de la vida es una realidad.

Aparece entonces una enorme gama de posibilidades de preservar la vida, se busca incansablemente doblarle la mano a la enfermedad, al dolor y a la muerte. En esta ardua lucha, los avances biomédicos han sido muy diversos y con incalculables y riesgosas consecuencias. Se observa a todas luces, un desesperado grito de “exigencia” a la medicina actual, los médicos son el blanco hacia el que se apunta para exigir que se salve a nuestros seres queridos, surgiendo con ello una fe ciega e incondicional en los avances biomédicos,

* Egresada de Derecho Universidad de Concepción; Alumna Ayudante del Departamento de Historia y Filosofía del Derecho. Universidad de Concepción.

a costa de cualquier sacrificio. Se cree firmemente que la ciencia médica lo puede todo y no se perdona nada. Y la verdad, es que los esfuerzos por superar la muerte son incansables, conflictivos y tan desmesurados que la curiosidad por conocer profundamente al ser humano nos ha llevado a descifrar sus más profundos secretos genéticos, revelados recientemente por la naturaleza a los ansiosos científicos, que buscan desesperadamente manipular, ya no sólo aquello que les permita superar la enfermedad, sino también lograr la longevidad e incluso cambiar los rasgos de personalidad que nos brindan una única e irrepetible identidad, para alcanzar los estándares típicos de belleza, inteligencia y "normalidad" impuestos por la moda de turno.

En medicina es inevitable que se corran riesgos, pues la biomédicina y la biotecnología por muchas alternativas que ofrezcan distan mucho de otorgar soluciones perfectas. Esta cuestión es fundamental considerarla a la hora de avanzar en la biomedicina y a la hora de tomar decisiones en la práctica médica. Asimismo, es esencial que el Derecho entre a regular conductas que pueden ser muy perjudiciales para las personas que son objeto de estas prácticas.

En consecuencia, esta materia exige un constante replanteamiento de sus enfoques y soluciones, teniendo presente que el Derecho no siempre va a la par con el desarrollo y el progreso de la sociedad. Ello hace difícil encontrar respuestas jurídicas adecuadas que den solución a un sinnúmero de problemas que se abren paso día a día en el quehacer biomédico. En la actualidad la biología y la medicina enfrentan grandes y complejas cuestiones pues, como señala, Arthur Kaufmann (1) "se hizo posible por el hombre la manipulación del comienzo y el fin natural de la vida humana por medios artificiales".

Hasta hace muy pocas décadas el positivismo presentaba a la ciencia y la técnica como actividades "neutras", colocadas más allá del bien y del mal. La actividad científica escapaba al juicio crítico. Según este esquema, el desarrollo científico bastaba por sí mismo para asegurar la instauración de una sociedad armónica gracias a la

1. KAUFMANN, Arthur: "¿Relativización de la protección jurídica de la vida?" Rev. *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, Ed. S. Mir Puig. PPU. Barcelona, 1988.

aplicación de sistemas de métodos racionales en todos los campos. Los avances, conjuntamente con los riesgos y desastres que ha ocasionado el desarrollo científico, han vuelto a la ciencia y a la técnica en ambivalentes formas de avanzar en relación al conocimiento. Por un lado, sigue habiendo una suerte de confianza ingenua en los beneficios que ambas prometen; pero al mismo tiempo, hay un temor creciente ante los riesgos desmesurados que representan para la humanidad.

Hoy la ciencia se ha puesto al servicio de finalidades puramente operativas. Los objetivos utilitarios han relegado a un tercer plano la reflexión del actuar de los propios científicos, que no encuentran barreras en el camino de sus descubrimientos, ni en la aplicación práctica de éstos.

A partir de aquí cobra todo su sentido la aparición de una nueva disciplina denominada acertadamente por Van Rensselaer Potter "*Bioética*", entendida por este autor como una disciplina que combina el conocimiento biológico con el conocimiento de los sistemas de valores humanos. La bioética surge para transitar por el complejo sendero del cambiante mundo contemporáneo en busca de una sensibilidad moral, que trascienda o contenga los efectos devastadores de los avances tecnocientíficos. Esta disciplina designa por sí misma un conjunto de problemáticas de naturaleza o relevancia ética, esto es, que los valores y cuestiones que se ponen en juego sólo pueden resolverse mediante actos de elección libre e informada. Al mismo tiempo, la bioética designa, sino una verdadera metodología, al menos una forma de aproximación característica a este tipo de problemas. Aparece como una exigencia emanada de la propia complejidad objetiva de las cuestiones que en ella se plantean. En efecto, el pluralismo que la define se impone como una consecuencia de la complejidad y diversidad de las sociedades humanas en las que se plantean asuntos concernientes al hombre, a sus valores, a su sentido y a sus fines, frente a las que ningún individuo o grupo puede arrogarse o adjudicarse propiedad exclusiva de sus respuestas. Por lo mismo la bioética se presenta como eminentemente secular, escapando a todo planteamiento religioso y confesional. Camina bajo el supuesto básico y esencial del respeto a la libertad de conciencia y creencias, debe sí sustentarse en un marco mínimo de morali-

dad que pueda ser exigido y explicitado como base de entendimiento civil y no particularista.

En relación a lo anterior, la bioética debe comprenderse a partir de una racionalidad en apertura y desarrollo, que se apoya en principios y que valora las consecuencias al momento de decidir. Ello implica un concepto de responsabilidad ya no sólo imputable individualmente, sino también, en cuanto a la responsabilidad que le cabe al cuerpo social todo producto de las actividades que se realizan.

Se podría decir que si el tema de la bioética se ha impuesto tan marcadamente durante los últimos años en el mundo, ello es, indudablemente, debido a que ésta representa en sí misma, por una parte, un cambio de actitud frente a una cotidianeidad que ha sido tradicionalmente desatendida en algunas cuestiones fundamentales, y por otra, a que está referida a un ámbito tecnocientífico como el que define a nuestro presente histórico, en que un conjunto de problemas se plantean y se van solucionando de una manera muy teórica pero al mismo tiempo muy concreta.

Al parecer el tema central, del o los debates bioéticos se encuentra en el análisis del respeto a la vida y a la dignidad de toda persona. Es la base en que oscila cualquiera cuestión de esta naturaleza. En este sentido, todo esfuerzo biocientífico busca exacerbadamente conservar la vida en condiciones óptimas, generándose una serie de cuestiones éticas y jurídicas que se ponen en juego para tratar de fijar el contenido, los límites y la protección jurídica del derecho a la vida. Materias como las técnicas de reproducción asistida y sus desviaciones hacia la ingeniería genética, así como la experimentación en humanos, el aborto, la eutanasia, la distanasia, el suicidio asistido, los trasplantes de órganos, entre muchos otros, van originando un panorama lleno de interrogantes. Si bien estas fórmulas representan una acertada solución en muchos casos, en otros dan origen a delicadas y complejas controversias de carácter ético y jurídico. Las interrogantes al respecto son muchas, como por ejemplo: ¿Procedería la eugenesia luego de realizado un análisis genético? ¿Son procedentes las eliminaciones de embriones congelados? ¿Cuál es el estatuto del embrión gestado en útero sustituto? ¿Estamos éticamente preparados para la manipulación del genoma humano? ¿Procede ética y jurídicamente la terapia génica, esto es separación de

un gen defectuoso? ¿Procede quitar la vida a una persona desconectándola de un respirador?

La bioética y el Derecho se ven, entonces, íntimamente relacionados en el devenir de los delicados problemas que se suscitan en torno a estas materias.

El Derecho se enfrenta así ante un nuevo problema; este es el relativo a si son suficientes sus instrumentos tradicionales de protección o habría que incorporar otros que respondan a las inéditas situaciones que se presentan.

Nuestra cultura jurídica al parecer se resiste a regular estas nuevas y complejas materias. Los vacíos se observan en dos grandes aspectos. Uno se refiere a la no existencia de figuras penales que sancionen y que, en definitiva, regulen las conductas de los profesionales de la medicina en el ejercicio de sus funciones. Otro es el relativo a la carencia de una correcta, clara y uniforme conceptualización de términos médicos-jurídicos que han ido apareciendo a medida que se perfecciona la biomedicina, como por ejemplo: eutanasia, distanasia, abstención terapéutica, entre muchos otros.

Desde el punto de vista de los operadores de la cultura jurídica, considerando a abogados, juristas, y jueces, el trabajo en cuanto al reconocimiento de estas materias es lento.

Los profesionales abogados desconocen en gran medida el campo de la bioética. En este sentido las Escuelas de Derecho de nuestro país se resisten a incorporar en sus cátedras materias que conciernen a la ética.

El jurista por su parte, y particularmente el jurista legislador, es uno de los sujetos más directamente involucrado en los nuevos dilemas de la bioética. Tal vez esto se explique porque a él le incumbe elaborar normas que permitan regular los nuevos conflictos que ya han empezado a plantearse, a modo de ejemplo, se pueden mencionar: los problemas jurídicos entre la madre subrogada y aquella que contrata sus servicios, a propósito de la tenencia del hijo; entre el niño concebido con gametos de un donante y el donante mismo, cuando el hijo reclama el acceso a la identidad del padre biológico; entre la madre que reclama ser inseminada con gametos de su marido difunto y el banco de gametos que se opone; o entre los miembros de la pareja, ya sea porque el marido quiere desconocer

la paternidad del hijo nacido de su esposa inseminada con gametos de un tercero o porque la madre reclama que le sean transferidos los embriones sobrantes congelados y su ex marido se opone. Cuando comenzaron a plantearse estos conflictos, hacia el comienzo de los años ochenta, ningún país contaba con normas jurídicas para regularlos. La insuficiencia del derecho se hizo entonces patente.

El problema de fijar los límites entre la ética y el Derecho ha sido siempre uno de los más arduos de la filosofía jurídica. El jurista Ihering afirmaba que la cuestión era "el Cabo de Hornos de la ciencia jurídica", destacando con ello que la frontera entre la ley y la moral es un escollo en el cual han naufragado numerosos esfuerzos doctrinales.

Pero más allá de los temores internos del legislador, éste no puede eludir su función o deber esencial. La ley está para garantizar la dignidad de la persona, y por lo tanto, debe fijar las bases que aseguren el respeto a la persona en el momento en que ésta vea amenazada su integridad física y su identidad, producto del uso de las nuevas tecnologías. Lo que el Derecho busca es evitar que la sociedad humana sea regida por la ley del más fuerte; aunque su fin inmediato no es hacer virtuosos a los hombres, a través de sus exigencias mínimas contribuye sin duda a esta finalidad, que es de naturaleza propiamente ética.

Es necesario destacar que el papel del Derecho en este campo no consiste en aceptar a ojos cerrados cualquier innovación tecnológica. La ley es el mecanismo más importante para establecer los límites de la ciencia y la tecnología, y al mismo tiempo es la responsable por el progreso biocientífico, pues a través de ella se puede frenar u orientar el desarrollo de la tecnología.

El Derecho está llamado a desempeñar un papel fundamental en la bioética. Está encargado de prever los peligros y los riesgos a los que puede verse enfrentada la sociedad y en consecuencia la dignidad de la persona humana. Es a la ley a la que le incumbe la tarea de ejercer el poder político, de defender al hombre de las manipulaciones que lo amenazan desde el comienzo mismo de su existencia, es a ella a la que le corresponde que el ser humano no sea reducido a puras relaciones de utilidad y rentabilidad.

Pero la responsabilidad no sólo recae en la ley sino en los de-

más instrumentos con que cuenta la sociedad. La discusión de los temas conflictivos que se han ido generando es una instancia muy significativa en la que se van elaborando puntos de acuerdo. El conocimiento práctico de los casos y las decisiones que se van adoptando basadas en principios de carácter general, sientan las bases para la reflexión y la construcción de esta compleja disciplina. Las publicaciones y la difusión de los problemas bioéticos también son parte del trabajo a realizar para dar paso finalmente a la elaboración de normas al respecto.

Cabe tener muy presente que no se trata de normativizar a ciegas, pues cada tema que se enmarca dentro de la bioética debe ser extremadamente estudiado, esto es, analizado con detenimiento. El hecho de que se busque trabajar con principios generales, es decir, lo más universales posibles, no significa en ningún caso que se desconozcan las particularidades de cada situación.

Respecto al estudio del problema y el trabajo doctrinario, en contraposición a lo que sucede en el extranjero, en Chile las publicaciones son escasas, y el interés se manifiesta tímidamente en las esferas involucradas. En el ámbito internacional, la preocupación es mucho mayor, sobre todo en EE.UU. y Europa (2). Los países anglo-

2. El Parlamento Europeo sobre problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, dictó una resolución en 1989, en la que se establece el principio de Libertad-Científica v/s Responsabilidad Social, que viene a ser como las dos caras de una misma moneda. En esta resolución se pone énfasis en la libertad fundamental de la ciencia y la investigación y la restricción se expresa legalmente en la responsabilidad social que afecta a la actividad investigativa que surge del reconocimiento a la dignidad de toda persona.

La Declaración de Bilbao sobre aspectos jurídicos del proyecto genoma humano de 1993 concluyó que la investigación será esencialmente libre, sin más cortapisas que las impuestas por el autocontrol del investigador.

La Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos del ser humano, París, 1997, regula los derechos y obligaciones de los investigadores, admitiendo la libertad científica y de investigación, pero señalando como límite los derechos humanos. Obligando tanto a científicos como a los Estados a fomentar tal decisión.

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los derechos humanos, 1997:

Artículo primero: "...el genoma humano es el patrimonio común de la humanidad".

sajones, por su parte, van a la vanguardia en bioética; al parecer se ha perdido el miedo o derribado los tabúes que generan en las conciencias de las personas los temas relacionados con la muerte, el sufrimiento, las enfermedades terminales, las malformaciones fetales, el problema de la manipulación de embriones, entre otros. Así Holanda ha entrado a regular de lleno el tema de la eutanasia que tanto rechazo provoca en nuestro país, ello probablemente porque lo asociamos, erróneamente, a un homicidio abiertamente permitido por la ley. España también está a la vanguardia en la regulación de ciertos temas y sobre todo en lo que a publicaciones se trata, don Diego Gracia ⁽³⁾, destacado profesor de ese país, realiza un arduo y completo trabajo acerca de esta disciplina; en las mismas materias don Carlos María Romeo Casabona ⁽⁴⁾.

Por otra parte, los jueces no están preparados para enfrentar desde una perspectiva amplia y humana las complejas problemáticas bioéticas, la carencia de estudios pone en evidencia esta situación. Las controversias suelen resolverse enmarcando los casos en las figuras penales descritas en nuestra legislación, recurriendo al mínimo del material existente en Chile y en forma casuística.

En conclusión, es evidente que la cultura jurídica chilena es incipiente en materias de bioética mostrando un gran desinterés o apatía por estos temas y una resistencia a aceptar los efectos que se vienen generando producto de los avances biocientíficos. Tal vez esto se deba a que hay urgencia de regulación normativa en otros campos, o bien debido a los problemas económicos que estas regulaciones jurídicas implican, o quizás, a la impopularidad política de regular dichas materias.

Artículo cuarto: "El genoma humano en su estado natural no puede dar lugar a beneficios pecuniarios".

3. Profesor de Historia de la Medicina en la Universidad Complutense-Madrid. Miembro de la Real Academia de Medicina Española.
4. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de la Laguna. Profesor de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto.

B I B L I O G R A F I A

- ROMEO Casabona, Carlos María, "*El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*". Editorial, Centro de Estudios Ramón Arces, S.A. Madrid, España, 1994.
- ANDORNO, Roberto, "*Bioética y dignidad de la persona*". Editorial Thecnos, S.A. 1998, Madrid, España.
- GRACIA, Diego, "*Ética de los confines de la vida*". Editorial El Búho, Ltda. Santa Fe de Bogotá, D.C. Colombia.