

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 2003

### ESTUDIOS DE TEORIA DEL DERECHO



ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 21 / 2003

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
2003

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 21  
2 0 0 3

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Central de Chile, de Los Andes, de Chile, de Concepción, del Desarrollo, del Mar, Internacional SEK, de Magallanes, de la República, 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 cabo 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

2003

## ESTUDIOS DE TEORIA DEL DERECHO

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO  
(2003 - 2005)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés,  
Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo,  
Joaquín García-Huidobro Correa, 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 3325, Correo 3,  
Valparaíso, o al correo electrónico [asquella@vtr.net](mailto:asquella@vtr.net)

PALABRAS PRELIMINARES

*La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social* presenta el número 21 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2003. Esta obra se edita desde 1983, esto es, dos años después de que la mencionada sociedad fuera fundada en Valparaíso como sección nacional de la *Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*.

El presente volumen se inicia con la sección *Estudios*, donde el lector encontrará 13 trabajos de teoría y filosofía del derecho de distintos autores nacionales y extranjeros.

Sigue a continuación la sección *In Memoriam*, con textos de Miguel Reale, Gregorio Peces-Barba, Gianni Vattimo, Celso Lafer y Agustín Squella, que fueron escritos en enero de 2003, con motivo de la muerte de Norberto Bobbio. En cuanto a la sección *Testimonio*, contiene el texto de las últimas voluntades de Norberto Bobbio, escritas por éste en 1999, al momento de cumplir 90 años, y que fueron dadas a conocer después de su muerte.

En cuanto a la sección *Debate*, contiene un texto de Fernando de Laire, titulado "Ser progresista en Chile al despuntar el siglo XXI. 25 tesis para un urgente debate".

Por último, la sección *Recensiones* contiene 9 comentarios bibliográficos sobre igual número de libros de interés de Ray Monk, Francis Fukuyama, Robert Dahl, Otfried Höffe, Tadeusz Guz, Ricardo Guastini, Norbert Hoerster, Joaquín García-Huidobro y Cristóbal Orrego.

Tanto éste como los anteriores números del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* pueden ser solicitados a la Casilla 3325, Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico [asquella@vtr.net](mailto:asquella@vtr.net)

*Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*

HOFFE, OTFRIED, *Derecho Intercultural (Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?)*, trad. cast. Rafael Sevilla, Gedisa, 2000, Barcelona, España, 284 págs.

El texto de Höffe que se presenta aquí tiene cinco partes, de las cuales sólo la primera, referida a la existencia de un derecho penal intercultural, corresponde propiamente al libro de la versión original alemana. Las otras, de la segunda a la quinta inclusive, sólo aparecen en la edición castellana. Por otra parte, la edición alemana [Höffe, Otfried, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?* (¿Existe un Derecho penal intercultural?), Suhrkamp, 1999, Frankfurt am Main, Alemania] contiene cuatro comentarios a la que, en la edición castellana, es esta primera parte. Al menos dos de ellos, los de Rössner y Hassemer, son de particular interés. Voy a referir y comentar especialmente el libro original (o primera parte aquí). Las otras cuatro partes, en conjunto más breves, tendrán referencias menores.

Höffe se sirve de la llamada globalización como contexto para la pregunta por la legitimidad jurídico-moral de la competencia penal. Se trata de una pregunta que no es estrictamente jurídica, pero que sin duda tiene repercusiones en el ámbito del derecho. El trasfondo de la interrogante lo explica el mismo autor, la exigencia mutua de distintas culturas respecto a esta pregunta. De aquí se sigue una segunda, la de si existen criterios interculturales para determinar jurídicamente un injusto. Estas dos preguntas han de conectarse todavía a una tercera, propia de la praxis jurídica, a saber aquella referida a si se puede penalizar a los extranjeros por un delito que no

es tal en su país. Por si estas preguntas no fuesen suficientes, Höffe agrega varias otras. Una cuarta la refiere a la discusión acerca de la penalización de los Estados, pregunta que, adelante, abordará muy vagamente. Una quinta es consecuencia de la segunda, a saber si hay normas que podemos decir que son interculturalmente válidas, en el supuesto, que es la sexta pregunta, de que esas normas puedan existir. Formula todavía una séptima pregunta, de especial interés para los penalistas, aquella relativa a las penas que se imponen a los extranjeros y que se prohíben en sus países de origen. Una octava y última queda referida a la justificación del carácter supletorio de la justicia penal.

Al abordarlas, lo primero que nos recuerda es que la multiculturalidad no tiene nada de nuevo. A partir de aquí reconstruye algunas de las respuestas que se han dado al fenómeno. La moderna, que es la última que él va a desarrollar, aparece expuesta como una más entre las otras. Lo que no queda suficientemente explicado es en qué sentido esta última es nueva. Toda la construcción ética-política moderna la conocemos, o al menos tenemos un trato de familiaridad con ella. Pero saber en qué se distingue del resto es absolutamente determinante para cualquier propuesta futura. Ha de quedar claro que toda proposición, Höffe la realizará desde esa construcción moderna, y eso le exigirá en todo momento que rinda cuentas a esta tradición. Para ello es imprescindible saber bien no sólo en qué se distingue la Modernidad de otras culturas sino, ya digo, qué la constituye. Es evidente, a lo largo de todas las páginas de esta obra, que incluso la revisión histórica se hace desde este paradigma, el moderno. No se trata de ensalzarlo, ni de pretender cierta superioridad, en el sentido que se quiera, sobre otras culturas, sino sencillamente de tocar los elementos determinantes del mismo. Höffe se va a centrar, desde una teoría del Estado, especialmente en uno de ellos, la legitimidad. No pondrá igual énfasis en el otro, la soberanía. Sin embargo, la discusión por una legitimidad común cobra mayor fuerza en aquellas instancias suprasoberanas, y Höffe, en toda la línea abierta por Kant, y antes que él por Vitoria, está pensando en esto. En efecto, la discusión por la legitimidad ha de entenderse en esta obra, y buena prueba de ello es la tercera parte de la edición castellana, en el contexto de las discusiones por un derecho cosmopolita. El de-

recho penal intercultural se discute ahí desde esa perspectiva.

Höffe revisa el trato de la multiculturalidad dado por varias concepciones premodernas, comenzando por aquellas que identificaban al extranjero como bárbaro, luego aquellas que le daban igualdad de trato invocando la idea de hospitalidad —como queda de manifiesto en pasajes del Antiguo testamento y en algunos textos de la Grecia arcaica—. Después se detiene en el *ius gentium*. Aquí recuerda una figura que tendrá enorme influencia, el pretor peregrinus, que resolverá los litigios entre los ciudadanos romanos y los extranjeros. Ese derecho que aplicará este pretor es el que Gayo sistematizará en las *Instituta* (s. II). Höffe no considera aquí el hilo que conecta ese trabajo jurídico con las *Institutiones* de Justiniano, vía influencia estoica y, posteriormente, cristiana. Rápidamente, en cambio, pasa a la concepción del ser humano como persona jurídica. A partir de ella el crimen es considerado tal para todo ser humano. Por último, en esta revisión ciertamente genérica, Höffe considera la concepción del derecho civil romano, sobre todo con Cicerón, bajo la impronta del derecho de origen germano, queriendo destacar con ello que ya entonces existía la permanente aparición y reconocimiento de las peculiaridades regionales en los fallos.

Esta breve revisión le sirve de preámbulo para entrar en una discusión típicamente moderna, que tendrá la perspectiva que ya se ha anunciado, aquella por la legitimidad. Lo que va a abordar éticopolíticamente es el tratamiento del extranjero. Para ese análisis será decisiva la distinción entre una moral fáctica y una crítica. Esta distinción, sistematizada, es moderna. Como se sabe, ella se asienta en los trabajos, entre otros, de Thomasius y Kant. Desde ellos resulta evidente que cuando se habla de moral jurídica no se hace referencia al derecho positivo, sino, esto de “jurídica” tiene un sentido subjetivo, a través del derecho moral a la exigencia y, objetivo, por medio de la integración en el derecho positivo con sanciones que la respalden. A partir de este momento se abren tres niveles de análisis moral-jurídicos. Uno propio de una moral constituyente y legitimadora, en el que las estructuras jurídicas reproducen ciertos cánones morales; otro en que aparece exteriorizada la forma jurídica de esa constitución, según la cual todo caso es tratado con igualdad por la forma; y finalmente, como tercer nivel, se erige una moral

normadora que funda los dos niveles anteriores. Ello se da, en la moral jurídico-crítica europea, fundamentalmente a través de los Derechos Humanos y la democracia.

En el caso de los Derechos Humanos, la moral jurídica es crítica si remite a la razón jurídica universal que éstos representarían. Pero en un mundo globalizado esto presenta varios problemas, en los que el mismo Höffe se detiene.

Ya Aristóteles abogaba por instancias suprapositivas, universales en su obligatoriedad, conformes a los principios de la felicidad y la razón. Esas instancias suprapositivas son las que hoy quedarían representadas por los Derechos Humanos. Pero tanto ellos, como la democracia y la división de poderes, son conquistas propias de la tradición occidental, y precisamente a ella se enfrentan muchos de los oponentes de la globalización. Aunque Höffe no lo indique, ha de señalarse que esa oposición es concreta, se refiere a la forma en que Occidente no sólo ha entendido sino también desplegado la idea de instancias supranacionales. No me parece tan claro que la oposición a la globalización sea una oposición ético-política a la idea de universalización. Höffe recoge la tensión, como se viene haciendo tradicionalmente, y se pregunta, en lugar de lo aquí señalado, si acaso con la llamada globalización existe una europeización o una modernización. Esto se podría decidir apelando únicamente al origen regional, y en ese sentido la esencia estaría clara. Pero una moral jurídica ha de pretender, en su universalidad, servir de contrapunto a los propios efectos negativos que se consigan en Occidente. Höffe afirma la moral crítica frente a estos riesgos, que él refiere respecto a las ciencias naturales, la medicina, la técnica, la administración.

Ahora, y por otra parte, en el caso de la democracia liberal, el otro talante fuerte de la moral crítica, además de los Derechos Humanos, ésta quedaba legitimada por un elemento impersonal, el derecho, que siempre era inseparable de los usos y costumbres; un elemento personal, que representaba la dirección política y militar; y una división de poderes. Cuando uno se representa un derecho penal intercultural, lo que ha de determinarse interculturalmente son los delitos, para lo cual no es imprescindible la democracia. Con esta distinción, Höffe se hace eco de las críticas de los relativistas culturales, aunque conservará su fidelidad a una moral crítica desde la

discusión por el supuesto de ese derecho penal intercultural: los Derechos Humanos.

Es cierto que todas las culturas presentan diferencias pero, pese a ellas, aparecen siempre como elementos comunes a los hombres el cuerpo y la vida (hombre como naturaleza o zoa o animalia), la lengua y la razón (hombre como animal rational o zoon logon echon), así como la capacidad social (animal sociale), política (zoon politikon), jurídica (animal iuridicum) y comunitaria (animal politicum). Estos aspectos los destaca Höffe para concluir que ellos necesitan un derecho y una moral crítica, así como una razón jurídico-práctica que prescindiera de lo cultural específico. Tal como se ha indicado, aquí se aprecia la Modernidad del planteamiento de Höffe, pues a esta conclusión se llega desde una comprensión predeterminada. Que los Derechos Humanos no se los invente Occidente tras la eclosión de la Modernidad, sino que los reconozca, no los hace menos modernos en su comprensión, ya que el mismo reconocimiento descansa en supuestos también modernos. Con esto sólo pretendo destacar que es la Modernidad occidental, y sólo ella, la que va a problematizar lo que le preocupa a Höffe. Por lo tanto, la legitimidad se intenta articular desde supuestos occidental-modernos con otros, no porque se pretenda con eso una europeización del mundo, sino porque sólo desde esa tradición esto es tematizado como problema. Lo que Höffe pone de manifiesto es la coincidencia fáctica respecto a ello, pese a que la normativa no exista, apareciendo así las culturas no como superiores o inferiores, sino como distintas. Höffe propondrá acuerdos desde una visión occidental, lo que no quita mérito a su esfuerzo, pero lo enfrenta, al mismo tiempo, a todas las dificultades que de ahí se siguen.

Así, una obligación de respeto a la vida exige la renuncia a la violencia. Ello, nos parece obvio, ha de darse en un "sistema de reciprocidad". Höffe busca esa reciprocidad comprensiva recordando que la idea de igualdad es muy antigua, que lo que la hace moderna son las consecuencias jurídicas. El mismo tiene como trasfondo esta convicción, cuestión que queda más clara en la quinta parte de la edición castellana, en la que aborda el complicado asunto de la intervención en Kosovo. Por lo tanto, aunque él no lo señale explícitamente, da por sentado que esa reciprocidad descansa no sólo en la

igualdad, sino en ella entendida a partir de una forma específica que, en su vulneración, traba las consecuencias jurídicas que se siguen de la misma. Al poner esto de manifiesto no pretendo hacer una crítica relativista ni postmoderna al planteamiento del autor. Sencillamente llamo la atención sobre este punto con el único objeto de poner en evidencia las deudas de él con la tradición que representa. Sólo señalo con eso, que en su propuesta ha de enfrentarse a ella. Esto quiere decir que, más allá de las coincidencias fácticas, que son muy importantes para los específicos acuerdos interculturales, ha de existir siempre una consecuencia con los supuestos que legitiman, desde la propia tradición, aquello que se acuerda con otros. Por ello, todo acuerdo intercultural, al menos desde nuestra tradición, no es nunca una pura cuestión fáctica, como parecen dar por sentado los planteamientos pragmatistas, sino también un asunto normativo en el que se fragua la legitimidad, siempre desde nuestra perspectiva, de la interculturalidad normativa que arriba. He aquí lo que Höffe no aclara suficientemente.

El, en cambio, ejemplifica desde la empiria con varios principios, como la presunción de inocencia. En Esquilo ya aparece la idea de absolución en los casos de igualdad de votos. También entre los aztecas existía la apelación como institución que pretendía evitar errores. Principios como *andiatur et altera pars* (escúchese a la otra parte) o *nemo sit iudex in causa sui* (nadie sea juez de la propia causa), Höffe nos recuerda que existían desde antes de Roma. Así, desde las coincidencias fácticas, se abre el camino a un derecho intercultural.

Esto le sirve de introducción para entrar en lo más complejo, el derecho penal. Höffe, tampoco aquí, parte señalando una cuestión evidente que explica todos los análisis posteriores, el derecho penal es una creación occidental. Que en Esquilo uno advierta principios tan familiares para un penalista como intimidación, reparación, corrección, o cese de la violencia, no quiere decir que en Esquilo exista derecho penal. Tampoco, en el caso de la competencia penal, que aborda Höffe seguidamente, ha existido una forma de imponer la pena y unas consecuencias homogéneas. El mismo recuerda que han variado en las épocas y en las sociedades. La legitimidad del derecho penal él la aborda desde la tradición occidental, no por casuali-

dad sino porque es a ella a la que debe enfrentarse para legitimar sus propuestas, con independencia que, de hecho, después ella coincida con la de otras culturas.

Pues bien, el tema de la legitimidad del derecho penal arranca en esta obra desde parámetros kantianos. Los tres que recuerda Höffe los erigió Kant: el derecho penal es fijado por el legislador, es aplicado por un juez, y es consumado por el ejecutivo. Así se procura el derecho "de acuerdo a leyes generales" (Kant). Desde Kant se vuelven familiares los conceptos que designan los fines de la pena: represalia; prevención, tanto positiva (representada por un ejercicio motivado de la ley, por una confianza en su realización y efecto de satisfacción) como negativa (asociada a la intimidación); y reintegración. Höffe escalona la justificación del derecho penal desde estos supuestos. Con ellos delante es posible plantear alternativas a las penas corrientes, discusiones respecto al merecimiento de penas en función de la gravedad del delito y, especialmente importante, de la responsabilidad personal de la culpa. Asimismo, toda la discusión respecto a la competencia penal, no queda justificada desde la pena misma, sino, porque el Estado garantiza el derecho, precisa para ello penas criminales. Obsérvese que lo que queda detrás de la violencia, incluida la estatal, es siempre la discusión por su legitimidad, y ella es particularmente intensa en el derecho penal. Por eso, las leyes penales, en su legitimación, han de mostrar el por qué de dicha prohibición (cuestión que fundarán en los Derechos Humanos), y por qué se precisa una pena para ello (asunto reconducido al bien público de la comunidad política). El ámbito jurídico penal, además de requerir legitimación, posee un carácter que lo define, es de última ratio. El mismo Höffe, tras esta revisión, matiza afirmando que sólo el fundamento es no empírico. Esto confirma lo que se ha adelantado. Este fundamento justifica la empiria. Al señalar que la pena es siempre *post et propter*, que sólo afecta al culpable, que se orienta por la gravedad del crimen, que su objetivo principal es garantizar el derecho y que sus objetivos secundarios son la intimidación y la racionalización, Höffe no sólo recuerda los fundamentos que legitiman la pena, sino pone de manifiesto que cualquier coincidencia empírica posterior encontrará siempre en este trasfondo su límite. De modo que tiene sentido afirmar que un derecho penal intercultural, desde la tradición occidental, primero es derecho penal.



Respecto al segundo elemento propio de la moral jurídico-crítica europea, la democracia, hay fenómenos fuera de Europa que la muestran como una institución no exclusiva de Europa. Naturalmente que ello exige explicitar las distintas dimensiones que encuentra la voz "democracia" en su legitimación. Eso lo lleva a término el mismo Höffe. Su legitimación queda a cargo del pueblo (que debe entenderse como una comunidad de derecho), en cuanto emana de el: "volenti non fit injuria", reza el contractualismo legitimador. Seguidamente, se obliga al bien común, en cuanto se entiende éste como correspondiente a los Derechos Humanos, en segundo plano quedan los intereses de la mayoría. Una tercera dimensión queda representada por la democracia como realizadora del poder a través de la llamada participación democrática. En estas tres dimensiones, Höffe encuentra la síntesis del aforismo democrático: gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Pero no acaba ahí. La cuarta dimensión la presenta como garantizadora de la ley, oponiéndose a ella otras formas de dominación como el despotismo, la dictadura y el totalitarismo. La quinta dimensión la entiende como legisladora, función que queda paradigmáticamente representada por el parlamento. Aquí es especialmente importante destacar lo que el propio Höffe recuerda, a saber que el núcleo, lo no escrito, es el nomos (que, por mi parte digo, supone una moral jurídico-crítica), representado por los Derechos Humanos y que, de ser violado, acarrea una deshonra a perseguir. Finalmente, la democracia, en tanto social, es la última dimensión considerada, ella crea las condiciones que elevan el nivel de vida.

Desde la tradición occidental se proyectan principios que la abren a un reconocimiento del otro en su otredad, a saber el de tolerancia. Ella descansa en el reconocimiento de la libertad y dignidad humana. Cada persona miembro de una comunidad tiene iguales derechos. Por lo tanto, los Derechos Humanos representan para Höffe una universalidad moderada, vale decir, sin uniformidad. Esto fuerza a todo juez de lo criminal a tener una apertura cultural. El autor cita varios casos en los que eso ha ocurrido en Alemania, pero no se detiene a considerar que esos ejemplos suponen siempre una variada consideración de las diferencias culturales. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán se enfrenta a las culturas bajo el prisma de

los sujetos individuales. Las culturas distintas se ven como tales a través de los derechos de los sujetos. De modo que no se tiene en consideración la cultura en cuanto tal. Eso, en América Latina, donde el reconocimiento de culturas diferentes es ya constitucional, queda abierto a una concepción diferente, como ha evidenciado ejemplarmente el Tribunal Constitucional colombiano. Höffe tampoco se detiene aquí en el otro elemento determinante para la teoría del Estado, soberanía. Porque el Estado es soberano, se impone. Tiene ese poder. Y porque lo tiene, puede decir qué y hasta dónde tolera.

Si los Derechos Humanos son principios sólo formales, abiertos a una definición material en cada caso, quedan posibilitados esos casos. La filosofía se contentaría con el entramado. Ese entramado, como le llama Höffe, es la justificación. Un derecho penal intercultural podrá concretarse a partir de casos, pero todos ellos, al menos para la tradición occidental, habrán de pasar por el filtro de la justificación, y por lo tanto todo delito ha de fundarse en una perspectiva que quede legitimada. La misma tradición ha posibilitado, desde dentro de ella, la extensión de concreciones vía argumentos universales, representados por los Derechos Humanos. Pero entonces, para que el extranjero no exista en el derecho, como pretende Höffe, ha de asumir estos derechos, pero ya no sólo como una cuestión de casos, sino normativa. Este es el instante definitivo para pensar en un código penal mundial o en una jurisdicción penal mundial. Como el mismo Höffe destacaba, eso exige un acuerdo previo en lo no escrito. Las coincidencias fácticas nos aproximan a ello, pero no nos garantizan nada. Con todo, la ampliación y discusión, posibilitada y alentada por la tradición jurídica occidental, nos anima a no desfallecer.

Los comentarios de la edición alemana a esta obra (aquí primera parte) son varios, pero hay dos que se han adelantado y que merecen una detención mayor, los de Dieter Rössner y de Winfried Hassemer.

Rössner recuerda que la legitimación del derecho penal queda inmersa en la moderna teoría del Estado. Ambos ejercicios han sido y son racionales. Pero ello no significa que no puedan formularse críticas a la teoría del derecho penal desde un punto de vista empírico-criminológico. A este respecto, cabe recordar todos los trabajos

de la criminología crítica como un buen ejemplo. Lo que Rössner exalta es el control social del sistema, una crítica abierta hace ya tiempo. Ese es su básico aporte a la discusión. Höffe va a entender el control del derecho penal como un escudo protector de los Derechos Humanos y como una construcción propia de la solidaridad social con las víctimas, olvidando, desde la perspectiva que abre Rössner, que el mismo derecho penal no celebra ninguna diferencia cultural, sino sólo procura espacios para la pacífica vida conjunta de distintas formas de vida y cultura. Mientras una sociedad sea más plural e intercultural, más importante resultarán las discusiones por el límite penal. Es aquí donde no debe olvidarse, recuerda Rössner, que la esencia del derecho penal estriba en su función controladora, desde donde se decide la cuestión por los límites. Seguidamente, y desde este prisma, analiza siete finalidades del derecho penal. De ellas quiero destacar aquí el caso del monopolio de la violencia. El nacimiento y desarrollo del control social está fuertemente atado a la cuestión de la violencia. Lo mismo sucede con otra función, la determinación de la responsabilidad por medio de la determinación de la culpa. Los prejuicios penales suelen basarse en meras imputaciones orientadas por criterios dominantes, según han detectado desde hace tiempo las teorías del labelling approach. En el caso ahora de la función consistente en la transformación de conflictos racionales por medio de una formalización, Rössner recuerda, citando a Hassemer, que el derecho penal material y el procesal (penal) forman una unidad. En esta formalización, tanto víctima como autor son protegidos, pero esta protección sólo puede darse desde un distanciamiento que posibilita la racionalización del conflicto. Desde la parte especial (del derecho penal), se monta una transformación del conflicto en términos constructivos, por medio de sanciones integradas. Esta finalidad hay que conectarla con la anterior. El control social se despliega aquí vía el hecho. El hecho es la base para la sanción penal. Sin embargo, el juicio penal en este punto no es ni claro ni preciso. Condena al acusado a causa del robo o lesiones corporales y no como ladrón o matón. El juicio penal dice con toda claridad "no" al hecho, es intolerante frente al comportamiento errado, con ello no estropea fundamentalmente la integridad corporal del condenado.

Estas consideraciones le permiten concluir a Rössner que el derecho penal no es ningún instrumento para mejorar el mundo sino antes un instrumento de la revuelta contra la violencia menospreciadora de la humanidad y un instrumento de solidaridad con la víctima. Por lo tanto, la verdadera solución a estos problemas, él la ve frecuentemente en otros ámbitos de control social.

Hassemer, por otra parte, comienza advirtiendo las enormes dificultades que plantea la movilidad del derecho penal, pues en su construcción misma entraña un fuerte componente cultural. Desde un punto de vista objetivo, la validez de la norma penal frente a los extranjeros resulta incuestionable, aunque uno podría plantear que en un determinado círculo cultural dominan otras normas, y entonces surge la cuestión de la injusticia. Pero, visto ahora desde un punto de vista subjetivo, si se dice que esta construcción objetiva vale también para los extranjeros, entonces la cuestión por la responsabilidad penal queda cerrada, porque el extranjero o no puede o no pudo conducirse por otros fundamentos, pero quedamos entonces frente a la cuestión por la culpa.

Este planteamiento recupera la discusión de Höffe por otra vía. En ambos casos se ventila en la trastienda un planteamiento jurídico-moral crítico. Mientras Höffe lo centra en las discusiones por los Derechos Humanos y en la democracia, como criterios legitimadores, Hassemer hace lo propio desde la validez de las normas frente a círculos culturales distintos, abriendo desde allí la pregunta por su justicia.

Estas cuestiones se exponen a discusiones cada vez mayores con los procesos de internacionalización, que se concretan en migraciones cada día en aumento. El derecho penal puede relativizarse dependiendo su validez de las distintas culturas, o puede inscribir sus mandatos y prohibiciones a costa de desilusionar las esperanzas de justicia, por sobre las diferencias culturales. Desde luego, estos dos caminos se abren teniendo siempre al fondo la discusión por la justicia o injusticia así como por la culpa. En la aplicación del derecho penal esa distinción no se esconde. La responsabilidad penal siempre es personal, así se responde a la cuestión por la culpa. Desde este mismo paradigma se resuelve la cuestión por el injusto, pues es posible que, desde el sujeto concreto, se afirme que no ha cometido ninguno. Aquí

Hassemer propone una solución que ha desarrollado Zaffaroni: el error de prohibición. El extranjero podría no haber podido evitar el error de prohibición. Si eso se prueba, no habría ninguna consecuencia penal. De esta forma, injusto y culpa resultan posibles en su articulación.

Pero esto no resuelve todos los problemas. Hassemer plantea varios otros de especial interés. La protección de bienes jurídicos, individuales y universales, quedaría por encima de cualquier consideración cultural, aunque todavía no hayamos desarrollado esto suficientemente.

Hassemer aborda también, en la línea abierta por Rössner, la distinción entre normas penales y sociales. Ciertamente existe una influencia entre unas y otras. En todo el sistema del derecho penal existe una influencia intercultural, pero, por supuesto, esto no es suficiente. Los valores penales interculturales existentes, entrando en contacto con una autoconciencia mayor, plantean muchos inconvenientes, especialmente si uno piensa en las fronteras protectoras de los Derechos Humanos, por ejemplo en los casos de aborto, eutanasia o protección de animales, o más aún, en los de autodefensa, trabajo de niños, homosexualidad, usura o pena de muerte. Esto distancia a Hassemer de Höffe en cuanto a su optimismo respecto a la interculturalidad. Si, por otra parte, uno piensa en el derecho penal de los poderosos, en la criminalidad del Estado, entonces una jurisdicción penal mundial parece también distanciarse. Tampoco la llamada modernización del derecho penal, en términos, como Höffe le llama, liberales, parece garantizada. Las amenazas al carácter de última ratio del derecho penal son cada día mayores, como queda de manifiesto al pensar en los problemas relativos a las drogas, corrupción, destrucción del medio ambiente o criminalidad organizada. Las alternativas a futuro no parecen muy halagüeñas.

Con todo, Hassemer comparte la preocupación por la validez intercultural del derecho penal, aunque eso ha de hacerse teniendo a la vista no sólo al derecho penal sino también a otros fenómenos que quedan unidos a él, pues la preocupación por la interculturalidad ha de ser del ordenamiento jurídico en su conjunto. Desde aquí es posible pensar un derecho penal intercultural sin tendencias hacia la pena, sino hacia otras posibilidades de influencia.

Queda por comentar ahora las otras partes del libro de Höffe, en la edición castellana. La segunda parte se titula "Derechos Humanos", y en ella el autor profundiza algunos aspectos ya desarrollados en la primera. La filosofía del derecho anima una positivación de los mismos, sin especificar su forma concreta. Con ello lo que se pretende es que su reconocimiento no quede en puras palabras. Pero el status no puede ser el de una pura escrituración, pues la "democracia natural" garantiza lo que los copartícipes se reconocen en una "democracia política".

La fuerza de los argumentos interculturales sólo puede darse si ellos se articulan con independencia de Occidente. Eso le supone al propio Occidente enfrentarse a sus bases antropológicas, con el consabido reproche que ellas poseen de otras culturas. La imagen que Höffe destaca como central es la de persona, imagen que habría que dejar abierta, por lo tanto sin ningún componente teleológico que determine lo verdaderamente humano. Lo que se busca, pues, es una antropología parcial. Fundar los Derechos Humanos es una tarea distinta a meramente tener una idea de ellos, y con esto último se conforma Höffe, pues eso ya hace posible a la persona en cuanto tal. Las primeras cartas de libertades no trataban a las personas en cuanto tales sino en cuanto súbditos. El problema que introduce la Modernidad es la comprensión de esas libertades como derechos subjetivos. Junto a ello surge la conciencia de los mismos. Esta misma conciencia se vuelve contra los beneficios y los perjuicios de vivir en sociedad, especialmente, en este último caso, la violencia, fenómeno base de la reflexión penal. Höffe quiere eludir estas dificultades antropológicas transitando, en todo caso sin perder de vista la antropología, hacia la ética, hacia una moral crítica. Habiendo advertido sobre la posibilidad de la violencia, concluye que el interés propio sólo se puede alcanzar con una renuncia universal a la violencia. Desde aquí pueden surgir derechos que se asentarían en esta renuncia. Este interés requiere trascendentalidad, es decir universalidad, y por lo tanto una capacidad consensual que, por supuesto, sería también universal. Los Derechos Humanos, entendidos a partir de aquí, permitirían una identidad en la diversidad. Naturalmente, la naturaleza política del ser humano, ya desde Aristóteles, plantea como desafío la doble vertiente jurídica y política. No bastan

los derechos, sino que éstos han de realizarse a través de poderes públicos. Ese poder público es el Estado. El Estado concretaría, dicho hegelianamente, la moral jurídica representada por los Derechos Humanos, aunque sólo sea en las condiciones marco. Aquí se asoma Höffe a la discusión por la soberanía, por el poder para imponer esas condiciones, pero no entra en ella.

En la tercera parte retoma un tema abierto explícitamente desde antes de Kant, el de una posible república mundial. Se sirve nuevamente de la globalización, pero no circunscrita a una connotación exclusivamente económica, sino ampliada a una preocupación por el bienestar humano, a una "comunidad de violencia", que exige una de cooperación, y a una estructuración de un derecho internacional que crece junto con las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales.

Organizar la convivencia mundial exige un poder coactivo, posible sólo a partir de los afectados. Desde aquí se erige un imperativo democrático universal. Estos imperativos: jurídico, político y democrático, estarían dirigidos a entes públicos —naturaleza internacional— y particulares —carácter cosmopolita—. Las resonancias kantianas saltan aquí a primera vista. Las objeciones a las propuestas que se sugieren tampoco son nuevas y a ellas se enfrenta Höffe. Dice la primera, una república mundial sería enorme y, por ello ingobernable. Esta crítica, que reproduce Kant, seguramente la recibió desde Vázquez de Menchaca, vía Grocio. Höffe pretende darle solución proponiendo unidades intermedias macrorregionales. La gran mayoría de los problemas se tratarían "en la casa propia" y el resto, los menos, en estas unidades. Agrega una segunda crítica. Sólo el Estado particular ha conseguido garantizar los Derechos Humanos. Donde ellos estén ya protegidos la intervención no sería necesaria. Frente a ello, Höffe sostiene que una república mundial es complementaria de los Estados y no sustitutoria, en cuanto respalda el derecho jurídico-moral de los Estados a su existencia, entendidos así por su compromiso con la defensa de los Derechos Humanos. Este federalismo y subsidiaridad se ve completamente por el requerimiento a la previsión y circunspección, que se daría sobre la base de una opinión pública política mundial. Una tercera crítica hace pie en la democratización de los Estados, ella haría innecesaria una república

mundial. Höffe se enfrenta a esto diciendo que las democracias no están inclinadas por principio a la paz. Por eso, los estados reclaman soluciones jurídicas y pacíficas que exigirían una república mundial. Un cuarta crítica refiere un supuesto que no se da, una conciencia mundial del derecho. Eso es cierto, dice él, pero los principios de igualdad e imparcialidad son globalmente reconocidos, así como las reglas procesales "auditur et altera pars (escúchese a la otra parte) y la presunción de inocencia (confróntese aquí la primera parte). La quinta y última crítica que considera Höffe, se refiere a la nivelación, que anularía las particularidades. Esa ha sido parte de la crítica comunitarista, a la que se enfrenta Höffe sosteniendo que todos tenemos derecho a universalismos particulares, pero también a una transformación, en cuanto ellos no son un fin en sí. La unidad federal, propia de una república mundial, estaría dada por el imperativo jurídico y político mundial. Como se advierte, el enfoque es, también aquí, moral crítico.

La legitimación de esta república mundial sólo puede producirse democráticamente, mediante una combinación ciudadana y estatal, integrada por todos los individuos y por toda la comunidad de Estados. Por lo tanto, propone que esa república mundial tenga un Congreso mundial, representante de los ciudadanos, y un Consejo mundial como cámara de los Estados. El derecho de la república mundial no sustituiría al nacional sino sería un complemento suyo, como sucede en la UE.

Las partes cuarta y quinta equivalen a artículos que escribió Höffe para la prensa suiza y alemana. El primero de ellos se titula "¿Intervenciones humanitarias? Reflexiones ético-jurídicas". La pregunta central es por la legitimidad de estas intervenciones. El contexto fue el de las operaciones de la OTAN en Kosovo. Cuatro, a juicio del autor, son los requisitos para esa legitimidad: motivo justo, lo mismo la "respuesta" a ese motivo, igualmente si se presta ayuda de emergencia, y lo propio para la manera y forma de la intervención. En el resto las desarrolla. Me detengo en la "respuesta". Exige la restitución del derecho de la víctima y pedir cuenta a los autores. A eso parece oponerse la idea de soberanía moderna. Bodin, a quien se atribuye el concepto, le puso el límite: las obligaciones jurídico-morales del Estado. Por lo tanto, ninguna soberanía es ab-

soluta. En el Acta Final de Helsinki se dice que los Derechos Humanos no son una cuestión interna. De acuerdo, pero si los garantes de tal respeto son las Naciones Unidas, uno podría alegar que debido a su composición, sobre todo la del Consejo de Seguridad, esa protección puede ser partidista. Esa institución centraría la legitimidad ético-jurídica en la que hace pie. Höffe se enfrenta a ello diciendo que, en el supuesto que se cumplan todas las condiciones, esas intervenciones exigirían aún medidas de prudencia y la elección del momento adecuado. La prudencia, básicamente, se relaciona con dos condiciones, menores daños de los que se trata de evitar y respeto de la condición ético-jurídica que legitimó la intervención, de modo de no producir, en nombre de la justicia, una injusticia mayor.

La quinta parte es un artículo que se relaciona con el anterior. Se sitúa "No sólo una Cuestión interna. La Misión de Kosovo como Acto legítimo de Asistencia humanitaria de Emergencia". El asunto es el mismo. Aquí agrega que la intervención ha de entenderse como una ley de excepción. No comete injusticia aquel que asiste a otro en su necesidad. Esta ayuda en caso de emergencia debe cumplir cinco condiciones. Höffe las analiza en relación a Chechenia, pues entonces se criticaba por qué no se interviene, de la misma forma que en Kosovo, allí. A las mencionadas en la parte anterior —la cuarta— agrega: el balance positivo que se pueda esperar. Esto último es lo que falta en el caso de Chechenia, las calamidades no deben superar a aquellas que se pretende mitigar. Por eso quedó justificado, ético-jurídicamente, una no intervención en este caso. Una vez más, se extrañan aquí las referencias, especialmente en tales situaciones de excepción, a la soberanía. El Estado moderno no sólo se legitima, sino hace pie en ella. Y todo el trabajo de Höffe tiene, con independencia de su finalidad intercultural, ese complejo y delicado telón de fondo.

*Max Maureira Pacheco*

GUZ, TADEUSZ: *Der Zerfall der Metaphysik: von Hegel zu Adorno*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2000, 297 págs.

*Der Zerfall der Metaphysik* es una de aquellas obras que aparecen en el momento oportuno, en tanto nos hace volver a considerar viejas discusiones metafísicas que, no por lo ausentes que se encuentran en el debate contemporáneo —cargado de materialismo y agnosticismo gnoseológico—, dejan de tener importancia perenne. El autor, académico de la Gustav-Sierwerth-Akademie, expone en el libro el trayecto que llevó a "la ruina de la metafísica", la que se habría iniciado con Hegel y se habría consumado con la "dialéctica negativa" de Adorno y Horkheimer.

El punto de partida de la teoría crítica de Adorno y Horkheimer es la negación radical de la metafísica, en la que ve el más poderoso instrumento al servicio del totalitarismo y, en ese sentido, el primer blanco del ataque neomarxista es el principio de identidad, base de toda metafísica. Adorno critica el tratamiento que hace Hegel del principio de identidad, quien, en su dialéctica, hace idéntico lo que no lo es, lo que se produce en el proceso del devenir en el que la sustancia se transforma en Sujeto, y la conciencia en autoconciencia. La particular concepción hegeliana de la sustancia conduce "a la impotencia del ser, lo que fuerza de facto al ser a la subyugación del otro como uno idéntico consigo mismo y distinto del ser de los demás" (cfr. 38). Tal subyugación del otro alcanza su cúspide con el nacionalsocialismo —omnipresente en el pensamiento de Adorno—, que no habría hecho más que extraer las consecuencias implícitas de la concepción hegeliana de sustancia como "el todo de