

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2004

ESTUDIOS Y TESTIMONIOS
PARA LA DISCUSIÓN



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2004

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 22
2004

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

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

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

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

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2004

ESTUDIOS Y TESTIMONIOS PARA LA DISCUSIÓN

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2003 - 2005)

Antonio Bascañán Rodríguez, Antonio Bascañán
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
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

El presente número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* corresponde a 2004 y, en su parte principal, contiene 13 estudios sobre los temas que pueden ser consultados en el índice. De esos *Estudios*, destacamos "Formación de conceptos y aplicación del derecho en el Derecho Penal", de Max Grünhut, traducido por José Luis Guzmán Dálvora, y "Creación judicial del derecho y seguridad jurídica", de la profesora de la Universidad Carlos III de Madrid, María Isabel Garrido.

A continuación de *Estudios*, la sección *Testimonios* incluye la traducción castellana de "Religión y religiosidad", de Norberto Bobbio, que efectuó para nuestra publicación el profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Aldo Topasio. La siguiente sección, *Presentación de Libro*, incluye el texto que el sociólogo Ernesto Ottone leyó con motivo del lanzamiento de "Norberto Bobbio: un hombre fiero y justo", de Agustín Squella, que Fondo de Cultura Económica publicó en 2005.

Por último, la sección *Recensiones* incluye reseñas de libros recientes de Alasdair MacIntyre, Robert Dahl y Santiago Legarre.

Cabe anticipar que el número de nuestro Anuario correspondiente a 2005 aparecerá en octubre de 2006 e incluirá la versión escrita de las ponencias que autores chilenos presentaron en 2004 en la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que tuvo lugar ese año en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En octubre de 2006 tendrá lugar la segunda de tales jornadas, en Santiago, con el auspicio de la Universidad Diego Portales. Interesados en participar en ella pueden dirigirse a asquella@vtr.net

De esta manera, a través de publicaciones y jornadas, la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social procura cumplir los objetivos que se puso al constituirse como tal en 1981.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

caer, hasta la visión general del universo con sus infinitas galaxias, que está todavía en vías de descubrimiento, resiste de frente a los admirados y al mismo tiempo temidos acontecimientos del saber científico, considerado inferior y en consecuencia controlable por las formas superiores del saber. Da la impresión que no se tiene un mínimo de sospecha de la autonomía del saber científico frente al filosófico, y con mayor razón frente a las verdades de fe, una autonomía que se fue extendiendo y reforzando gradualmente; y además, que el saber científico ha extendido el propio campo de investigación desde la naturaleza física a la mente humana. En medio de esta vorágine, ¿cómo se recuperan las “verdades” tradicionales? Y si no se pueden, en algún modo, recuperar más, como enseña la dramática vicisitud de Galileo, ¿no se deberá reconocer que el saber científico en sus varias formas impone a los así llamados saberes superiores el esfuerzo de revisión, del cual, en el documento que estamos examinando, no hay indicio alguno?

Entre los comentarios que he leído, me parece que solo Giulio Giorello ha concentrado su atención en el tema de la ciencia (*Aut Aut*, mayo-agosto 1999, pp. 10-13). Después de haber puesto en especial relieve los pasajes en los cuales, en el documento, la ciencia es considerada de modo particular (en párr. 25 a 106), observa que ciencia y religión son irreconciliables, porque la ciencia es falible y la religión infalible. Escribe: “La verdadera cuestión no mira tanto la abusada contraposición entre fe y razón, cuanto aquella entre falibilidad e infalibilidad, entre una verdad que no es capaz de salvar ni siquiera a sí misma y una verdad que promete la salvación a quienquiera que se adhiera; entre una razón que mide la propia gratuidad y esmero sin tener necesidad ni de culpa ni de gracia, y una razón que en la culpa y en la gracia encuentra el propio sostenimiento y la propia justificación” (op. cit. p. 12). Frente a esta oposición, sostiene el autor se debe tener el coraje ético y también político de elegir. Citando la imagen del ave fénix que escoge su nido en el fuego que la destruye “con duda de rever el sol”, concluye que quizás esta “duda”, en toda su potencia, envuelve la experiencia más dramática del pensamiento (op. cit. p. 13).

PRESENTACIÓN DE LIBRO

“NORBERTO BOBBIO: UN HOMBRE FIERO
Y JUSTO”, POR AGUSTÍN SQUELLA:
UN LIBRO NECESARIO *

ERNESTO OTTONE

Un hombre fiero y justo, así se refiere Agustín Squella a Norberto Bobbio cuyo pensamiento y figura es objeto de su libro.

Libro que no es sólo de difusión, como él lo califica con su acostumbrada y coqueta modestia. Es quizás también un libro de difusión, pero sobre todo es un libro de reflexión sobre el pensamiento de Bobbio, de diálogo de Bobbio con figuras importantes de la filosofía del derecho y las ciencias sociales, con Kelsen en primer lugar, con Ross, Rawls, Dahl, Dworkin, Vattimo, Sartori, Touraine y también es un libro donde está presente la voz del autor no sólo como intérprete, sino como discípulo e interlocutor.

Squella describe bien a Bobbio con los términos de fiero y justo.

A la explicación que él nos presenta quisiera agregar que fiero en italiano significa también orgulloso, orgulloso en el mejor sentido de la palabra: en el de ausencia de sometimiento.

De sometimiento a la arbitrariedad y el abuso, pero también a las modas intelectuales, a la liviandad de juicio, a la ausencia de rigor. De todo ello la vida y obra de Bobbio es una prueba permanente.

* Publicado por Fondo de Cultura Económica, 2005. Estas palabras fueron dichas con motivo de la presentación de este libro, en mayo de 2005, en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

Al iniciar esta presentación quisiera aclarar que mi única posibilidad de no hacer un vergonzoso panegírico de un texto que tanto me identifica es tratar de desordenarlo, de subrayar arbitrariamente algunos aspectos en desmedro de otros. Aquellos sobre los cuales más he reflexionado y que creo que tienen más importancia para nosotros, los chilenos de hoy. Por ello y por mi propia formación me referiré más a Bobbio intelectual y político que al jurista.

¿Cuáles son a mi juicio sus grandes lecciones?

1) Empecemos quizás por la más grande de todas para la historia política del Chile del último tercio del siglo XX y los comienzos del siglo XXI.

Yo la nombraría como “la máxima importancia de la democracia mínima”. Con justa razón Squella la transforma en un hilo conductor que atraviesa su libro.

Como bien señala el autor “mínima no es igual a pobre”, y nos reitera una y otra vez la frase de Bobbio: “contar cabezas no es lo mismo que cortar cabezas”.

En efecto la democracia procedimental de Bobbio tiene valor sustantivo en sí misma.

La existencia de procedimientos acordados y de reglas son la base de una convivencia civilizada. Gobierno de las leyes, Estado de derecho, trama de libertades, disminución del arbitrio de los hombres, canalización pacífica de los conflictos, limitación de la fuerza; en fin, la tradición liberal en su acepción más noble constituye la base de la convivencia antes señalada.

“Podemos hablar de democracia —dice Bobbio— ahí donde las decisiones colectivas son adoptadas por el principio de la mayoría, pero en que participan en estas decisiones directa o indirectamente la mayor parte de los ciudadanos”, y agrega a continuación que ello supone que los ciudadanos estén libremente colocados ante alternativas reales y las minorías sean respetadas y puedan convertirse en mayoría si así los ciudadanos lo deciden.

Esta concepción es el “verbo” de la democracia, su ABC como bien nos decía Stuart Mill, y después vienen las otras letras.

Sin embargo, buena parte de mi generación, incluyéndome por cierto, la miramos hace más de 30 años con un fatal desdén, a lo sumo como una ventaja táctica pero “formal”, que escondía un mundo de injusticia y desigualdad cuya superación abrupta debía conducirnos a una ansiada “democracia real” popular o socialista cuyos procedimientos importaban menos.

En verdad, sólo aprendimos a apreciarla bajo la persecución y el exilio del régimen antidemocrático impulsado por quienes decían venerar la democracia y que terminó destruyéndola por diecisiete años, para preservar un solo derecho, el único que en verdad les importaba: el de la propiedad.

Bobbio, que atravesó el fascismo y lo combatió con coraje, haría de la democracia procedimental la base de su pensamiento político.

Ello no le impide ver sus limitaciones. La democracia está llena de promesas incumplidas (que en verdad, nos dice después, no podía cumplir), está marcada por las imperfecciones de quienes deben sustentarla, los hombres a los cuales no los hace ni mejores ni más justos, no hace desaparecer intereses mezquinos, oligarquías y corporativismos de distinto tipo, pero al revés de la autocracia los limita y los controla.

Tampoco su demanda a la democracia concluye allí. Bobbio aspira a una democracia “exigente”, a “demandar a la democracia un compromiso, a la vez que con la libertad, con una mayor igualdad en las condiciones materiales de vida. Una cierta voluntad igualitaria en el sentido de utilizar el poder del Estado para contribuir a morigerar las desigualdades materiales más manifiestas e injustas, así no más sea porque la presencia en una sociedad cualquiera de tal tipo de desigualdades puede tornar ilusorio y vacío para quienes lo padecen el disfrute y el ejercicio de las propias libertades”.

Pero al hablarnos de estas aspiraciones fuertes, siempre lo hace destacando y entendiendo las dificultades de su cumplimiento. Es así como distingue los derechos civiles y políticos de los derechos económicos y sociales, ambos válidos pero que en el segundo caso requieren acción positiva y recursos.

Siempre, sin dejar de lado su perseverancia en la aspiración de mayor justicia social, nos está advirtiendo contra cualquier “atajo”, cualquiera impaciencia que conculque las libertades individuales y dañe el

valor irremplazable de la democracia mínima. De allí que su progresismo es siempre reformista, gradual y pacífico, no por miedo y pusilanimidad sino por convicción profunda.

2) Una segunda gran lección se desprende de su análisis permanente del binomio libertad-igualdad que recorre toda su obra y que nuestro autor presenta en toda su complejidad.

Se trata de un binomio tenso y delicado que él estudia desde sus remotas raíces históricas y filosóficas. Bobbio pone todo su empeño en alejarnos de las exclusiones: ni renunciar a la libertad en nombre de la igualdad, ni renunciar a la igualdad en nombre de la libertad.

Para ello nos exige alejarnos de los absolutos, y reivindica, tal como los hace en materia jurídica, el tan denostado "relativismo".

Refiriéndose a los derechos humanos nos advierte de que "no es necesario tener miedo al relativismo" y nos señala que "no se comprende cómo se puede dar un fundamento absoluto de derechos históricamente relativos", añadiendo que incluso a la Declaración Universal de 1948 "representa la conciencia histórica que la humanidad tiene de sus propios valores fundamentales en la segunda mitad del siglo XX. Es una síntesis del pasado y una inspiración para el porvenir; pero sus tablas no han sido esculpidas de una vez para siempre".

En consecuencia, este relativismo no se refiere a la ausencia de principios y convicciones morales fuertes, sino a un análisis racional de las causalidades de los hechos y acumulaciones civilizatorias de la cual surgen y varían los derechos, las libertades, y las igualdades, que constituyen la base de la coexistencia del binomio libertad-igualdad y la fortaleza de la convivencia democrática.

Vivir en sociedad requiere sacrificar en algo la libertad individual, requiere tener en cuenta la presencia del otro, requiere de la solidaridad del género humano.

La igualdad tampoco puede ser absoluta. Ella no es sinónimo de igualitarismo y menos de uniformidad, vale decir, de ausencia de diversidad.

Igualitarismo y libertad individual absoluta se excluyen, no así la libertad y la igualdad.

Las versiones "absolutistas" en una u otra dirección han terminado en sociedades donde no existe ni la libertad ni igualdad, al menos para la gran mayoría.

Hoy eso está demasiado probado por la historia. El dicho de la Thatcher siguiendo conciente e inconscientemente a Bentham, "society there is not such a thing", resulta hoy día impronunciable.

De otra parte, Comte-Spomville, en una reciente obra titulada "¿Es moral el capitalismo?", ha señalado a partir del concepto de órdenes y confusión de órdenes de Pascal lo que él considera el "error de Marx".

Tal error, en su opinión, consiste en confundir el orden moral con el económico, afirmando que Marx, a partir de su concepción de que "el interés particular no coincide con el colectivo" (Ideología Alemana), al intentar hacer prevalecer únicamente el interés colectivo, introduce la moral en la economía forzando la complejidad humana y dando base fatalmente a una realidad totalitaria llamada a imponer por obligación lo que la moral por sí sola no podía imponer.

La conclusión de Comte-Spomville es que "no hay que contar con el mercado en lugar de nosotros para ser morales".

Bobbio, con su "pesimismo combativo" y su aspiración de justicia está largamente fuera de esas visiones absolutistas y ~~confusiones de~~ órdenes; por lo tanto no espera del mercado ninguna ~~moral distributiva~~ y precisa que la lógica inegalitaria del capitalismo debe ser contrapesada con una voluntad política que tienda a la igualdad de oportunidades y de compensación de recorrido, que establezca un "mínimo civilizatorio" para todos, donde, como nos repite incansablemente el autor, "seamos iguales entre todos, no en todo, pero sí en algo".

Ello requiere un ámbito público con capacidad y voluntad de acción, el ejercicio de libertades positivas, y el cumplimiento progresivo de los derechos económicos y sociales.

Durante decenas de años Bobbio discutió esto con los comunistas italianos, a quienes respetaba, y terminó convenciéndolos, como decía con ironía.

Nuevamente Bobbio afirma con rigor y sensatez los beneficios de la reforma y el gradualismo y bien hace Squella en complementar su pensamiento con el de Vattimo, quien señala que la política de izquier-

da debe ser siempre una política de intervención, activa, de corrección.

Consideradas así libertad e igualdad, pueden ser unidas por el viejo y seguro puente de la fraternidad.

3) Una tercera lección se deriva del análisis de los conceptos de izquierda y derecha. Ese es el título del libro más popular de un Bobbio inesperado, quien a una edad muy avanzada sorprende con un libro lúcido y polémico.

El libro es una rebelión moral y política frente a lo que él observaba como un desarme moral de la izquierda a raíz del final abrupto e inesperado del socialismo soviético, de la emergencia del pensamiento neo liberal, de las dificultades que comenzaba a tener el Estado de bienestar, y del llamado fin de las ideologías. Ello lo enfada, ve en el estúpido de la izquierda socialdemócrata una suerte de entrega a la moda de los tiempos, un acomodamiento, incluso una laxitud de la tensión moral, y reclama con fuerza la vigencia de la diferencia entre izquierda y derecha.

Nuestro autor, que al igual que Bobbio detesta las modas intelectuales, lo sigue con entusiasmo en el rechazo a la confusión y a la asimilación.

Sin duda hay en esta posición un acierto básico frente a una ligereza incluso en las costumbres que marcaron parcialmente a la izquierda democrática, la cual sin embargo buscaba entender un mundo que cambiaba vertiginosamente y a quien se le derrumbaban muchas certidumbres. Por ello habría que cuidarse, en mi opinión, frente a un exceso de celo frente a las debilidades que conllevó y conlleva esta tarea titánica de entender el sentido y la magnitud de los cambios científicos, tecnológicos, económicos culturales, sociales y políticos que se enfrentaban y se siguen enfrentando, observando esos intentos algunos acertados y otros menos no sólo con sospecha, sino también como intentos positivos e indispensables para atrapar los tiempos desde una perspectiva progresista.

No pongo en discusión las buenas razones de Bobbio, para ser (salvo en materia de expansión de los derechos) pesimista en base a mucho de los datos de los años 90.

El mundo mejor que debía suceder a la caída del muro de Berlín no se verificó en la práctica y las cifras de desigualdad y conflictos arma-

dos, colocados de una cierta manera, pueden llegar a ser apocalípticos.

Pero una vez más rescatemos el espíritu de Bobbio y relativizemos, no sólo mirando la experiencia positiva de nuestro país que sin duda vive mucho mejor que en 1989. También la realidad mundial tiene más de algunas luces en medio de no pocas sombras.

Alain Minc, por ejemplo, nos señala en su libro "Ese mundo que viene", que "en el último medio siglo la esperanza de vida en los países en desarrollo pasó de 41 a 64 años, la parte de la población sin acceso al agua potable cayó del 65% al 20%, la mortalidad infantil se redujo a la mitad. Existen hoy día 300 millones de chinos y 90 millones de indios que pertenecen a las clases medias en función de determinados criterios establecidos por las organizaciones internacionales, es decir, una renta per cápita superior a 6.000 dólares por año". Claro, son logros muy parciales, no es por cierto el paraíso, pero en el desarrollo del mundo siempre está presente una cierta ambivalencia y siempre es mejor la complejidad de la mirada.

No se trata de cambiar la necesaria mirada crítica del intelectual, pero sí de evitar convertirla en la mirada parcial de quien mira sólo una parte, la que conviene a sus argumentos.

Por cierto ni Bobbio ni Squella lo hacen; en ellos, como siempre, la inteligencia se sobrepone al temperamento y surge en el mismo libro, después de las afirmaciones duras, la comprensión y entendimiento de las posiciones intermedias. El tercero incluido, vale decir, el centro como espacio entre los extremos, pero, mucho más importante, el tercero incluyente como síntesis que refleja una nueva realidad.

Claro, entre la izquierda y la derecha, consideradas como realidades complejas y relativas, existen diferencias notables y necesaria confrontación, pero no una muralla china que los haga necesariamente opuestos en todo y siempre. La confrontación absoluta es el camino más seguro para destruir la democracia.

La derecha o la centro derecha privilegiará el orden y la propiedad, y antepondrá la libertad individual a la igualdad aun cuando no reniegue de esta última.

La izquierda o la centro izquierda no podrá renunciar a la marca histórica de la igualdad. Como dice Bobbio, "debería conservar el estandarte de la igualdad repensándolo en sus contenidos, uniéndolo a la

libertad y la democracia". Pero deberá considerar la libertad individual como fundamental y el orden y la propiedad como bienes sin los cuales no tiene posibilidad de dar gobernabilidad a un país en democracia.

A través de esta visión, nuevamente relativista, es como puede construirse una democracia sólida y pluralista, que admite acuerdos y confrontaciones, donde no hay indiferenciación sino diferencias de alternativas, pero donde la violencia y la ruptura no tienen carta de ciudadanía.

4) Quisiera concluir con una cuarta y última lección de este libro que está señalada significativamente en su epígrafe; se trata de la frase de Bobbio contenida en el prólogo de "Italia Civil" cuando dice "De las observaciones de la irreductibilidad de las creencias definitivas saqué la más grande lección de mi vida. Aprendí a respetar las ideas de los otros y detenerme ante el secreto de cada conciencia, a entender antes que discutir, a discutir antes que condenar, y como estoy en ánimo de confesiones voy hacer una más quizás superflua: ¡detesto a los fanáticos con toda mi alma!".

Su opción por la duda antes que por la certeza, su gusto por la paradoja que expresa la cita de Rosseau "que es preferible ser un hombre de paradojas que de prejuicios" se encuentra magníficamente tratado por nuestro autor en el capítulo final sobre "Bobbio y Dios". Esa relación nos deja sumidos en una profunda perplejidad.

Como sabemos, su lúcido pesimismo lo lleva a representar la historia y el destino humano como un inmenso laberinto en el cual no hay ningún camino trazado y en el cual tampoco sabemos siquiera anticipadamente si existe un camino de salida.

Pero su triple afirmación, cuando señala que es un hombre de razón y no de fe inmerso en el misterio, que cree que no cree, y que no es ni agnóstico ni ateo, nos deja a nosotros a la vez inmersos en el misterio de su pensamiento.

Squilla recorre paso a paso el intrincado camino de sus afirmaciones, llegando a una conclusión "blanda" que, a fuerza de ser blanda, se vuelve sólida.

Concluye que la relación de Bobbio con Dios está lejos de la finitud aceptada de Tierno Galván que "no echa de menos a Dios", sino

que se acerca a una idea de "finitud inquieta", que echa de menos la infinitud y que termina pareciéndose a la infinitud en la que cree Vattimo. Este cree que cree, Bobbio cree que no cree. Ninguno de los dos lo hace por temor o por ventajismo espiritual. Lo hacen desde lo que ha sido el eje de su quehacer intelectual: la duda.

Pero esa duda permanente jamás se convirtió en una excusa para dejar las cosas como las encontró, sino para mejorarlas a través de la reflexión y la acción.

Quisiera, finalmente, hacer un breve epílogo heterodoxo.

Agustín Squella ha dicho que el lanzamiento de un libro tiene algo de nacimiento y por ende algo de ceremonia y regocijo. Permítanme entonces acudir en esta ocasión a algunas bendiciones que sin ser profanas carecen de solemnidad.

Son las que envió el Papa Benedicto XIV a la emperatriz María Teresa al agradecer unas botellas de vino húngaro Tokay que ésta le había enviado y que al parecer mucho le complacieron.

"Benedicta sit terra quae te germinavit
Benedicta mulier quae te misit
Benedictus ego qui te bibo"

Al adecuarlo a nuestro libro quedaría así:

Bendito sea Bobbio a quien tanto debemos
Bendito sea Agustín quien escribió este libro sobre Bobbio
Benditos seamos nosotros que gozaremos de su lectura.

Muchas gracias.