

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 2007

PONENCIAS EN  
SANTIAGO II

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 25 / 2007



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL  
2007

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 25  
2007

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, del Mar y 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: edeval@uv.cl

# ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2007

## PONENCIAS EN SANTIAGO II

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO  
(2006 - 2008)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,  
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín  
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana  
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, 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

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta el número 25 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2007, el cual contiene la totalidad de las ponencias hechas en comisiones con ocasión de la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía Jurídica y Social. Las ponencias se presentan según orden alfabético de sus autores.

Dicha Jornada tuvo lugar en 2006, en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y fue precedida, en 2004, por la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires.

El número 24 de nuestro *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reprodujo la ponencia inaugural de la mencionada primera Jornada, así como las 12 ponencias que fueron hechas en sus sesiones plenarias. En ese mismo número 24 se contienen las nuevas normas editoriales del Anuario.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social agradece a la Universidad Diego Portales por haber acogido la Jornada cuyas ponencias se presentan en este volumen. Agradece, asimismo, a las facultades de derecho del país que colaboraron con el presente número de nuestro Anuario, en especial a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, *Edeval*, fue impresa esta obra.

*Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*

**PONENCIAS EN COMISIONES**

**DELITO Y MORAL**  
**La labor del abogado defensor**

RAÚL A. ESCALONA ORELLANA \*

En su epopeya "Guerra y Paz", León N. Tolstoi formula la siguiente reflexión:

*"Luis XVI fue ejecutado porque se le consideraba criminal...y un año más tarde se ejecutaba a los que le condenaron... ¿Qué es el mal? ¿Qué es el bien? ¿Qué es preciso amar? ¿Qué es necesario odiar? ¿Por qué vivir! ¿Qué es la vida? ¿Qué es la muerte? ¿Cuál es la fuerza desconocida que todo lo dirige?"*

De la serie de interrogantes recién planteadas, las dos primeras, sobretodo, resumen la incertidumbre que ha repercutido en el estudio y ejercicio del derecho penal a lo largo de toda su historia, incertidumbre que ningún avance legislativo y judicial logrará jamás dilucidar, naturalmente, pero dicho objetivo tampoco ha sido logrado por la serie de corrientes doctrinarias que desde hace más de un siglo han venido estudiando sistemáticamente la personalidad de quién delinque, pretendiendo desentrañar las verdaderas motivaciones o factores por los cuales en su accionar el delincuente quebrantó el ordenamiento jurídico.

---

\* Abogado criminalista.

Dicho quebrantamiento, según dos ideas fuertemente arraigadas en la conciencia colectiva y jurídica, podría obedecer a dos variantes: el instinto maligno del que está impregnado quien comete un delito, o la influencia que ejercen en dicho sujeto diversos factores sociales, familiares y personales, o más bien, la carencia de dichos factores, que por el contrario sí están presentes en su justa medida en quienes llevan una vida de respeto a las normas jurídicas.

Más allá de si es realmente un instinto maligno el que lleva a una persona a atentar contra las normas jurídicas, o bien si dicho atentado es el resultado de una combinación de factores, a menudo determinados más por causas externas a sí mismo, que por su propia personalidad, el ejercicio del derecho penal nos sitúa en uno u otro caso, ante el lado más siniestro de la naturaleza humana, aquel lado que las sociedades, conforme a su grado de desarrollo y civilización, se esfuerzan por estudiar, regenerar, castigar sin duda, o muchas veces, derechamente ocultar u omitir, con cierta culposa vergüenza. Dicho posicionamiento frente a este lado perverso y ruin del ser humano, se torna más patente y dramático, en la labor del abogado defensor, quien deberá brindar la debida representación judicial a quien ha atentado contra el ordenamiento jurídico, intercediendo por su absolución o por la condena más conveniente para alguien que ha vulnerado los derechos de víctimas tan inocentes como él mismo podría serlo, en otras circunstancias.

Si asumimos que la comisión de un delito se debe, según anticipamos, a la carencia de determinados factores sociales, familiares y personales en el delincuente, dicha postura fácilmente puede evolucionar a que en el delincuente se encuentran fuertemente presentes determinados rasgos de la naturaleza animal, particularmente, la naturaleza animal depredadora, la cual no conoce más reglas que asegurar la propia sobrevivencia sin importar el medio ni las armas con que se cumplan dichos propósitos, donde necesariamente por lo demás subsiste el más fuerte y por ende, cada especie puede convertirse en la presa y alimento de otra.

El mismo Tolstoi plantea dicha hipótesis en su novela "Resurrección":

*"Es algo horrible la presencia de la bestia en el hombre. Y todavía, cuando este aparece de un modo manifiesto, uno puede despreciarlo, y aun cuando se ceda o se resista a su tentación, uno puede estar por encima de él, dominarlo; pero si la bestia se esconde bajo una falsa apariencia poética, y se impone a tu adoración y te dejas subyugar perdiendo la noción del bien y del mal, entonces la caída es terrible".*

Desde esa premisa, resultaría perfectamente coherente sostener que quién comete un delito se ha dejado llevar por dichas fuerzas depredadoras, las cuales no han podido ser controladas por él por diversos factores, bien sean: la falta de educación, un débil entorno familiar y social, la falta permanente de trabajo y de expectativas concretas de superación social o factores propios de las sociedades modernas, como el tráfico de estupefacientes o aun, el tráfico ilícito de armas de fuego. En la medida que dichas carencias pudieran ser superadas entonces, a través de un programa de reinserción social, debería desaparecer la motivación por la cual el sujeto en cuestión terminó delinquiriendo. Mas si ni aún al cabo de dicho programa, se logra tal cometido, la evolución de las especies —si adherimos a la misma, claro está— parecería no haber sido eficientemente desarrollada en el delincuente, quién aún conservaría intactos ciertos rasgos de la era cavernaria, tal y como hace tantos años Cesare Lombroso lo sostuvo. Acaso por ello —y a modo de ejemplo—, incluso hoy, a más de cuarenta años, muchos si no justifican, a lo menos perdonan o comprenden que José Del Carmen Valenzuela Torres, el tristemente célebre: "Chacal de Nahueltoro", halla perpetrado tan horrendos crímenes, pues al momento de cometerlos, no se encontraba civilizado ni en el menor grado, lo que él mismo demostró después, cuando, una vez ya recluido en la cárcel, se readaptó y se convirtió en un ser humano que, en otras circunstancias, claro está, habría sido perfectamente útil y productivo en la maquinaria social y valórica. Pero la civilización llegó demasiado tarde a su vida.

La otra vía, es adherir derechamente a la presencia de un instinto execrable que todo ser humano tendría, el cual afloraría al cometerse un delito. Esto se contrapone diametralmente a la anterior concepción sobre las causas del delito, pues el maligno sólo está presente, hasta donde sabemos, en los seres humanos y no en las demás especies ani-

males. De hecho, el mal habría aparecido sólo cuando el ser humano se desarrolló como tal, disociándose del simio, si es que evolucionó de éste, ya que en los simios, hasta donde se sabe, no existe el maligno. Tal y como Aristóteles sostiene que el rasgo absolutamente humano es la **palabra** o **ergon**, gracias a la cual podemos desarrollar el diálogo y con ello, la racionalidad y contribuir así a despejar la opacidad del mundo, mirándolo a la inversa podríamos aseverar con igual crudeza que el rasgo absolutamente humano, ausente en todas las demás especies animales, tal y como lo está el **ergon**, es la **maldad**, que nos regresa a dicha opacidad y nos pone incluso en un nivel más bajo que las demás especies depredadoras, las que, en su absoluta inocencia, sólo matan para asegurar su propia vida y la de su descendencia. El gran logro aristotélico del ser humano, la palabra, perdería toda su utilidad y valoración allí donde la maldad se apoderó de una persona, que prefirió delinquir antes que ejercitar el diálogo y con ello, su razón. La maldad sería entonces, el fracaso de la razón y la naturaleza humana estaría en constante tensión entre ambos extremos: la palabra y la maldad. La naturaleza humana en definitiva, estaría siempre luchando por escapar de la opacidad.

La maldad surgió, reitero, sólo cuando el hombre alcanzó plenamente la racionalidad, cuando dejó las cavernas y decidió conquistar el mundo. En ese momento y dando a esta discusión un matiz religioso, en que Adán fue tentado por la serpiente, que a su vez se convirtió en serpiente pues quiso igualarse a Dios mismo, Adán quiso apropiarse indebidamente de aquello que no le pertenecía, tal y como hace quién comete un delito.

En palabras del propio Milton, en "El paraíso perdido":

*"Ten por seguro que nuestra misión no consistirá nunca en hacer el bien, nuestra única delicia será siempre hacer el mal, por ser lo contrario de la alta voluntad de Aquel a quién resistimos".*

Cito lo anterior, como una forma poética de ejemplificar la fortaleza de las fuerzas malignas en el ser humano, desde que este fue expulsado del paraíso de la razón.

El ejercicio de la defensoría penal nos situaría entonces, en igual medida, a dos realidades: la presencia de las fuerzas ancestrales de la

naturaleza y de la maldad en el ser humano. Si pensamos que el delito es fruto únicamente del instinto animal, sería más fácil evitar la comisión del mismo, ya que, según lo sostuvimos anteriormente, en la medida que logre superarse el factor social o familiar que lo desencadenó, lograríamos que ese mismo sujeto respete en el futuro las normas jurídicas y fomente dicho respeto en su propia familia. Si pensamos, en cambio, que el delito es fruto del maligno, el cual, pese a los recursos que puedan invertirse en la cultura cívica, seguirá presente en la naturaleza humana, ya que es un rasgo absolutamente distintivo y propio de ella, rasgo que a lo largo de la historia, en particular de la historia contemporánea, en particular la historia del siglo XX, ha llevado a las más sanguinarias y fratricidas guerras y genocidios, rasgo que parece irse adaptando y nutriéndose de los avances tecnológicos y científicos, podemos concluir con absoluto desconsuelo, que la batalla por evitar su comisión está desde ya perdida. El delito no sería un reflejo de la pobreza, el hacinamiento, la promiscuidad, la cesantía o la drogadicción en que vive el delincuente, sino que sería el reflejo a escala individual de las masivas masacres que han desencadenado las guerras que ha provocado el hombre a lo largo de la historia, desde que la maldad floreció en él, conjunto con la palabra. Por algo Hegel llegó a sostener que el individuo en cuanto tal es la forma moral del mal, y que un individuo o bien, termina pecando o entrando en crisis. Mientras que para Aristóteles, en tanto, si la palabra nos llevaba a conquistar la felicidad como bien supremo, en igual medida nos condenaría a la maldad y la naturaleza humana estaría en permanente tensión entre ambas fuerzas, si lograr por tanto, llegar a desarrollarse jamás en plenitud.

Cualquiera de ambas concepciones a la que adhiramos, y ya sea que concibamos al delincuente como un eslabón perdido en la escala evolutiva o como una criatura maligna de por sí, defenderlo ante un tribunal exige a su abogado el suponer que la víctima contra la cual éste atentó podría ser él mismo, por cuanto toda la formación personal y académica del abogado defensor está desde luego encaminada a respetar las normas jurídicas, como la víctima de ese delito hace igualmente, y en consecuencia, en todo momento el abogado defensor debe tener la convicción de estar defendiendo no a un enemigo de la víctima en particular, sino a un enemigo de toda la sociedad, naturalmente. En bue-

nas cuentas, defiende a su propio enemigo. Sobre todo si concebimos la comisión de un delito como el resultado del maligno en su autor, adquiere mayor relevancia el concepto de "enemigo" socialmente hablando, y al mirarlo así, el delincuente perfectamente se encuadraría en el lugar que al mismo Demonio le corresponde en la concepción judeo-cristiana. Sólo el Demonio puede pervertir a una persona y llevarla al extremo de querer destruir todo o parte de la sociedad en que vive, según ya lo señalaba Milton.

A partir de allí, y guiándonos por la concepción deontológica de la moralidad, la labor del abogado defensor tendría gran valor moral, ya que está orientada por el deber, resistiendo su inclinación natural que sería acusar y condenar a ese delincuente peligroso, su propio enemigo. Sería el parangón legal de la máxima cristiana de: "*Ama a tus enemigos, ora por quienes te maldicen*", pues resistiéndose a brindar su defensa también a la víctima, la cual comparte en esencia los mismos valores y forma de vida que el abogado defensor posee, éste va al otro extremo y se sitúa en el lugar de quien vulnera el ordenamiento jurídico. Tal y como Kant lo supone, el accionar del abogado defensor sólo podría estar motivado por la buena voluntad, orientada irrestrictamente por consideración al deber y con ello, a la ley, misma ley que quien defiende no respetó. La única manera de ser un abogado defensor moralmente capacitado, es respetando uno mismo en todo momento la ley, pues sólo así nuestra labor tendrá alcance universal, según lo exige Kant.

Esta perspectiva encuentra igual asidero en los postulados de G.W.F. Hegel, quién señala que la autoconciencia tiene al deber como su esencia absoluta, su único fin, y la concepción moral del mundo que surge a partir de allí, se basa en la exclusiva esencialidad del deber. El deber es, para Hegel, la esencia de la conciencia moral, y al cumplimiento de ese deber puro se orienta la labor del abogado defensor.

A fin de cuentas, la labor del abogado defensor lo situaría también como el "*héroe trágico*" de Kierkegaard, entendiendo por tal al sujeto que resiste y renuncia a su deseo para cumplir con su deber, tal y como Abraham lo hizo al estar dispuesto a ofrendar a Dios a su único y amado hijo, y tal como Sócrates era un héroe trágico intelectualmente hablando, en palabras del propio filósofo danés, ya que Sócrates bebió

la cicuta por ser fiel a sus ideas hasta el final. La misma fidelidad nos exige entonces esta profesión. Para Kierkegaard, como para Kant, y para Hegel, la moralidad se concibe como aquello que aspira a la generalidad.

Llevando al extremo los anteriores razonamientos, podríamos sostener que mayor valor moral habrá en la labor del abogado defensor, cuanto mayor sea la diversidad y la gravedad de delitos que se esté dispuesto a defender, ello tanto en el caso de los defensores públicos, quienes desde el instante mismo en que optan a dicho cargo deben enfrentarse ya a esta encrucijada moral, cuanto en el ejercicio privado de la profesión, donde el único parámetro para representar a un imputado es la decisión personal del defensor y por ello el valor moral adquiere aquí singular importancia. Así, mayor sería el valor moral cuanto más graves sean los delitos que se está defendiendo, aún los delitos sexuales contra menores de edad, los secuestros con resultado de violación u homicidio o los robos con violencia u homicidio, ya que mientras más extremo es el caso en cuestión, mayor es el repudio y la resistencia natural a defenderlo y mayor es la identificación espontánea con la víctima del delito mismo. En casos tan extremos, más fácil resulta entender que la única respuesta a por qué se brinda defensa jurídica en casos semejantes es por el afán de cumplimiento del deber y por respeto a la ley. Menor valor moral habría en cambio, en el defensor privado que por principio se limita a defender únicamente delitos menores, bien sean hurtos, apropiaciones indebidas, receptaciones o usos maliciosos de instrumentos públicos o privados.

No es raro entonces, que en el ejercicio de esta profesión, al estar en una sala de un tribunal, por momentos el público, el fiscal e incluso el mismo juez miren al defensor no como quien defiende jurídicamente a quien cometió el delito, sino como quien intentara justificar o atenuar la gravedad del mismo, o peor aún, como si el defensor fuera el delincuente mismo.

Tal y como dijo Franz Kafka, en "El Proceso":

*"En efecto, la defensa no está expresamente permitida por la ley, la justicia se limita a sufrirla y hasta se pregunta si el artículo del código que parece tolerarla, la tolera realmente".*

El alcance literario de tan brillantes palabras no está tan lejos de la realidad, sobre todo si para la opinión pública parece algo inaudito, por ejemplo, que en la "nueva justicia", o reforma procesal penal, se estatuya un catálogo de los derechos del detenido, o que connotados juristas, como el profesor Juan Colombo Campbell señalen que el Código Procesal Penal ampara sin duda a los imputados, pero no tan claramente a las víctimas, como se pretende.

Si un gran aporte ha hecho la reforma procesal penal en el ámbito de la filosofía moral en relación a esta profesión, es que separa por una parte a los defensores públicos, quienes deben sin opción, brindar su defensa a cualquier clase de delitos que lleguen a sus manos, de los defensores privados, cuya representación estará dada únicamente por lo que su conciencia les diga, conciencia que debe estar en todo momento orientada por el valor moral de defender a quien por uno u otro factor, según lo anteriormente expuesto, atentó contra el ordenamiento jurídico, y con ello, contra todos nosotros.

Como quiera que sea, esto es, tratándose del ejercicio público o privado de la defensoría, quien abraza esta fase tan dramática de la rama más dramática del derecho en cuanto ciencia social, debe estar dispuesto a brindar dicha defensa aun en los casos más extremos, pues es en tales casos donde con mayor razón aflora el afán de respeto y obediencia al deber jurídico, lo que en definitiva determinará el valor moral de dicha defensa.

#### *BIBLIOGRAFÍA:*

- "Fenomenología del espíritu". Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Ediciones RBA, Biblioteca de los grandes pensadores, Barcelona, España, 2004.
- "Temor y Temblor". Søren Kierkegaard. Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- "Ética a Nicómaco". Aristóteles, Ediciones Folio, España, 1999.
- "Obras Completas, Tomo I". Franz Kafka. Editorial Teorema, Barcelona, España, 1983.

- "Una Fundamentación para la metafísica de las costumbres". Immanuel Kant. Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- "Guerra y Paz". León Tolstoi, Editorial Alba, Madrid, España, 1998.
- "Resurrección". León Tolstoi, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1998.
- "El Paraíso Perdido". John Milton, Editorial Ramón Sopena, España, 1975.