

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2008

ESTUDIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO



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 FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2008

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 26
2008

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

2008

ESTUDIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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 su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 26, correspondiente al año 2008, y del cual se hace entrega en el segundo semestre de 2009. En proceso de edición se encuentra el número 27 de esta obra, correspondiente a 2009, el cual incluirá las ponencias que autores chilenos presentaron este año en la Tercera Jornada Argentino Chilena de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que tuvo lugar en Mendoza en el mes de mayo de 2009. En cuanto a la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, ella tendrá lugar en 2011 en la Universidad de Valparaíso.

El presente volumen de nuestro *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* está dividido en 5 secciones, a saber, Estudios, Traducciones, Debate, Informe en Derecho, y Recensiones.

Sin perjuicio de lo que fue indicado al inicio de esta Presentación, estudios y recensiones destinados al número 27 del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* se esperarán hasta el 31 de diciembre de 2009.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

Sartori Giovanni *et al.*, "Consideraciones sobre alternativas semipresidenciales y parlamentarias de gobierno", en *Estudios Públicos*, 42, 1991.

Siavelis, Peter M.: *The President and Congress in Postauthoritarian Chile: Institutional Constraints to Democratic Consolidation*, University Park: Pennsylvania State University Press, 2000.

Siegel, Reva B.: "Text in contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective", en *U. Pa. L. Rev.*, Vol. 150, 2001.

Squella, Agustín (ed.): *La Evolución de la Cultura Jurídica Chilena*, Santiago: CPU, 1994.

Sunstein, Cass R.: *One Case at a Time*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

Tushnet, Mark: *Taking the Constitution Away from the Courts*, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

Waldron, Jeremy: *Law and Disagreement*, New York: Oxford University Press, 1999.

_____. *The Dignity of Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

Whittington, Keith E.: *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RECENSIONES

A cuarenta años de "División y Fuentes del Derecho positivo":
In memoriam a Manuel de Rivacoba y Rivacoba

Catedrático de Derecho penal, humanista, hombre de gran capacidad intelectual y de un gran amor por la enseñanza y la investigación. Miembro del Instituto de Chile, de la Sociedad Vascongada de amigos del País (Comisión de Vizcaya) y de seguro podríamos continuar con una serie de otros títulos y honores. Ante todo, sin embargo, nuestro profesor y nuestro amigo.

Cuando lo conocí, en 1990, con motivo del inicio del Seminario de Derecho penal dirigido en la Universidad de Valparaíso, me llamó la atención su versación y su llaneza.

"Corazón de oro" pero un "genio de aquellos" cuyas frases que no admitían respuesta alguna.

Discutía de los temas más intrincados del Derecho penal y de la Filosofía con mucha claridad. Distinguió siempre cuándo se encontraba en un plano estrictamente académico y cuando era necesario incorporarse al plano práctico. Nunca negó su ayuda y consejo. Recuerdo el haberle hecho un par de preguntas acerca de un caso de parricidio y con mucha claridad me hizo ver el camino y los materiales a los cuales recurrir.

Si hubiere que definir en pocas palabras su opinión en torno a la actividad tribunalicia quizás habría que señalar la frase a los *argumentos*, "porque más que tener la razón hay que tener razones". La muerte, sin embargo, no cuenta con ellas.

A todos ha impactado lo imprevisible de la llegada de su muerte por su juventud y energía. Recuerdo, al respecto, caminatas junto a

Don Manuel desde el “café Riquet” en Valparaíso, a tomar la micro junto al profesor Zaffaroni y la experiencia “caminaticia” de otro ex alumno de don Manuel en Córdoba. A los miembros del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Valparaíso, a sus ayudantes y ex ayudantes, a sus alumnos y ex alumnos, a sus amigos y colegas en la cátedra y en la vida, la partida de don Manuel a otras latitudes genera un gran vacío de pena de nostalgia por quien decidió mantener la consecuencia en su vida. No creía en el más allá y con una estoicidad inmensa no nos deja más recuerdo que su vida en la universidad.

Don Manuel de Rivacoba en Chile

Al llegar a Chile venía precedido de una serie de “famas”:

- Que había trabajado y había sido alumno del Profesor Luis Jiménez de Azúa, que había sido ministro de “la República en el exilio” y había desarrollado una labor encomiable en universidades como la del Litoral y Buenos Aires.
- Que conocía a Zaffaroni (Profesor E. Raúl Zaffaroni, de la Universidad de Buenos Aires).
- Que tenía una producción editorial portentosa.
- Que había dejado ~~una novia en España~~ a los 18 años, que Franco lo había condenado a muerte.
- Que era amigo de Arturo Soria hijo (después supimos que en realidad era amigo de Carmelo Soria).
- Que tenía un grupo de “incondicionales” entre las damas de Valparaíso y Viña del Mar.

Don Manuel, Manuel o “El Maestro” eran algunos de los nombres como se le conocía en la Facultad. El profesor Raúl Rosemberg le decía “Manolo”. También se hablaba del “viejo” entre sus ex alumnos y al profesor Zaffaroni lo escuché llamarlo “Rivacoba”. Existía una multiplicidad de maneras en que al profesor de Rivacoba era llamado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso y en el foro aunque generalmente lo llamábamos Profesor.

Su amor por el Derecho y el Derecho penal en particular tenía una historia trágica. Él y su madre escaparon de España a Argentina

pasando hambre y frío en Francia (lo supe por el Dr. Rubén Campos Mori) por su adscripción sin reservas al liberalismo y a la democracia. También estaba su amor de juventud, la señora María Rosa quien le había exigido que si quería casarse debía hacerlo por la Iglesia con lo cual — así lo contaba don Manuel — tuvo que confesarse con un viejo y gran amigo sacerdote. Cuando me preguntó el Profesor Dr. José Llompart Verd s.j., en Tokio, que si ello había ocurrido así tuve que contarle lo que el mismo Don Manuel nos había relatado y de lo cual existen todavía testigos. Cuestión que le causó verdadero estupor.

De su literatura frondosísima quedan muchos textos de gran valor para el estudio del Derecho penal y la Filosofía del Derecho en Hispanoamérica. Alguna vez me indicó, como por demás lo presenta uno de sus textos sobre la división y fuentes del Derecho que sería mejor dedicase a estudiar este fenómeno jurídico más que dedicarse a determinar qué es el Derecho o qué es Derecho, cuestiones que había abordado su ex ayudante Agustín Squella.

Este gran proyecto literario fue completado con obras publicadas en Valparaíso, en Buenos Aires en Madrid, en Santa Cruz, en Nicaragua y en otras diversas. Edeval, Depalma, Astrea fueron algunas de las editoriales que tuvieron títulos de Rivacoba en sus estantes. Pero quizás lo que hemos relatado aquí no sean sino fragmentos a ser completados por otros autores como ha ocurrido por el nombrado profesor Squella y por el profesor José Luis Guzmán Dálbora¹. La lección más interesante, en mi opinión, de la vida de Don Manuel no está sólo en su magisterio exigente de investigador y docente, sino en su ejemplo de vida y amor por el conocimiento y su señora. Así se lo dije en nuestra despedida en 1999.

1. Guzmán Dálbora, José Luis, *Manuel de Rivacoba y Rivacoba (1925-2000) o un ejemplo de coherencia*, en Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho, “90 años de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso”, pp. 309 a 316; Squella Narducci, Agustín, *Recuerdo de Manuel de Rivacoba*, en Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho, “90 años de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso”, pp. 317 a 323.

División y Fuentes del Derecho positivo, un adelanto a su tiempo

El texto sobre la división y las fuentes del Derecho positivo tiene el gran mérito de haber sido un texto estrictamente elaborado para estudiantes y haberse convertido en un clásico de la literatura en materia jurídica. La división del derecho, la más importante, Derecho público y Derecho privado y las razones históricas y lógicas para su desarrollo así como la determinación de su precedencia implican un concepto básico en el desarrollo del derecho, el de las "distinciones".

Distinguir tiene como objeto diferencias, sacar o determinar las diferencias entre especies de un mismo género. Distinguir para estos efectos tiene un sentido similar al de la expresión "clasificar" cuyo concepto dice relación con compartimentar la realidad que se analiza para agrupar componentes o aspectos según sus similitudes.

Allí se "hinca el diente" al separar y conocer para poder dar clara idea de las cosas. Dicha división no es un tema menor en la filosofía jurídica aunque se ha producido una ausencia de estudio del asunto². Uno de los argumentos más interesantes en este trabajo es la necesidad de entender a la diferencia entre Derecho público y Derecho privado es meramente de carácter sistemático.

Donde existen discrepancias es en lo relativo a la naturaleza de la distinción entre Derecho público y Derecho privado donde aparecen teorías de carácter dualistas, pluralistas y negativas. La de mayor interés en un sentido actual es la de las del interés. Pensemos, por ejemplo en el tema relativo a la administración de fondos de pensiones donde se hace imprescindible contar con una clara noción entre lo relativo a la administración de la empresa, de carácter privada y la administración de los fondos donde el interés público genera clara importancia.

Así expone Rivacoba que el objeto de una norma es "amparar, regular y acordar los intereses" de los individuos en su calidad de particulares serán regulados por el Derecho privado y si por el contrario cuando dicho resguardo es en bien de toda la comunidad y su existencia es el Derecho público el que regula la materia. Que se matice en cuanto

2. Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *División y Fuentes del Derecho positivo*, Prensas.

a la "calidad del interés" debido a que la misma norma se preocupa de manera preferente de los aspectos privados o públicos la misma norma será del carácter correspondiente. Sin perjuicio de lo anterior se preocuparán las normas jurídicas del individuo y del Estado dando con lo anterior el carácter de privado o público que corresponda. Finalmente cabe consignar las normas distributivas, repartidoras de los beneficios públicos como privadas y las adaptativas, reguladoras de aquellos objetos de derecho imposibles de ser repartidos, como públicas³.

La crítica lógica a cada una de las distinciones indicadas se hace ver de inmediato por la posible incongruencia de instituciones consideradas públicas y privadas que debieran mutar a ser de naturaleza diferente⁴. Adopta luego el autor el análisis de las teorías pluralistas y negativas teniendo al autor Federico de Castro como fuente de conocimiento de estas materias. Al abreviar en un insigne civilista queda claro que, a pesar de lo que pudiera pensarse en contrario, el Derecho sigue siendo uno pero, ahí la distinción necesaria, el derecho actúa, acciona, en dos direcciones distintas, diferentes, de cuño opuesto⁵. Ahí la conclusión, de los conceptos de Derecho público y de Derecho privado aparecen como dos categorías formales y a priori del Derecho pero en lo referente a sus contenidos deben estudiarse en cada tiempo.

Fuentes del Derecho es nuevamente un ámbito que se estudia por el autor con extraordinaria lucidez. Primero el sentido metafórico poco explicado de la expresión fuente como lugar donde nace el conocimiento del Derecho que requieren cierto grado de estudio. Hace la distinción correspondiente entre fuentes de producción y de conocimiento siendo las primeras las que constituyen fuerzas sociales con voluntad normativa creadora lo que se denominaría "grupo de presión" hoy día y "fuente de conocimiento" es la forma en que el Derecho objetivo se plasma en la sociedad, una de cuyas formas es la ley.

3. Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, pp. 24-25.

4. Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, p. 25.

5. Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, p. 32.

Los elementos naturales o de la realidad social o cultural que definen a la norma jurídica son denominados fuentes formales del derecho y, en cambio, los modos de manifestarse las mismas las nombra como fuentes materiales⁶.

Efectúa un análisis pormenorizado de la costumbre jurídica donde la distinción entre el uso convencional y la costumbre resultan del todo interesantes efectuando un análisis pormenorizado de las principales teorías del Derecho consuetudinario⁷.

El análisis de la Jurisprudencia no deja de ser interesante. Fija claramente el qué jurisprudencia puede ser sentada o determinada tanto por el más alto tribunal como por un humilde juzgado en la zona más alejada de un país⁸.

Así debo indicar que su tratamiento del tema en el Derecho anglosajón es francamente excepcional y su contraposición al Derecho continental o europea, brillante. No conforme con lo anterior sigue con un tema que lo seguirá por el resto de los días. La división del poder político. De allí a la historia de los jurisprudentes durante la ilustración hay un paso y su imposibilidad de modificar la ley.

No es posible soslayar el origen de la Casación como recurso y el origen del órgano encargado de conocer de este recurso hincando que la misma es complementaria del Poder Legislativo pero configurada formalmente como recurso procesal pero haciendo presente la dificultad de adoptar criterios únicos por los diversos países donde la misma fue aplicada ésta fue concebida de manera diferente.

A modo de conclusión

Se hace necesario terminar aquí esta relación en torno a la actual aplicación del texto en comento a las materias propias de la Introducción al Derecho, de la Filosofía Jurídica, del Derecho procesal, del penal, del

6. Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, pp. 56-57.

7. Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, pp. 63-67.

8. Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, p. 72.

internacional al cual el autor no le niega su calidad de Derecho como disciplina y ciencia. Quizás habría que recordar que un libro viejo es necesario de ser revisado y vuelto a revisar y no es con ello que se nieguen las nuevas obras sobre la materia que aborda el texto. De suyo parecen materias de mucho interés para el que hoy le corresponda conocer por primera vez el Derecho y a aquel que conociéndolo desee sorprenderse con nuevos descubrimientos.

*Sergio Peña Neira**

* Profesor de Introducción al Derecho y Derecho procesal en la Universidad Arturo Prat en su sede de Victoria. Miembro del Seminario de Derecho penal que en la Universidad de Valparaíso dirigiera el profesor Dr. Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Licenciado-Magíster en relaciones internacionales, Ph. D. (c) in Law.