

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2010

JÓVENES AUTORES CHILENOS

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL / N° 28 / 2010



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



**ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2010**

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 28

2010

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, 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

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

2010

JÓVENES AUTORES CHILENOS

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2010 - 2012)

Fernando Atria Lemaitre, 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 28 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2010, pero que aparece en 2011, el año en que nuestra corporación cumple 30 años de existencia. Fundada en Valparaíso el año 1981 por un conjunto de socios fundadores de las más diversas creencias y convicciones filosóficas, políticas y jurídicas, la sociedad se constituyó ese año en dependencias de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, unidad académica que en 2011 celebra un centenario de vida. Dos efemérides, en consecuencia, e igual número de motivos de justa celebración para quienes se dedican al cultivo y enseñanza de la filosofía jurídica u otras disciplinas próximas o afines.

Este número se titula "Jóvenes autores chilenos" por la sencilla razón de que la casi totalidad de los estudios que contiene, así como la traducción y las reseñas que también forman parte de él, provienen de docentes e investigadores jóvenes de distintas universidades del país. En esa misma línea, y desde el mismo momento de su fundación, nuestra sociedad ha procurado incorporar jóvenes a su nómina de asociados y a las distintas actividades que realiza. Así, por ejemplo, han sido fundamentalmente jóvenes quienes han participado como ponentes en las tres jornadas chileno-argentinas de filosofía del derecho y filosofía social efectuadas hasta ahora, y son jóvenes también los que predominan entre los interesados a hacerlo en la cuarta de dichas jornadas, que tendrá lugar en Valparaíso, en la ya mencionada Escuela de Derecho, a fines de 2011, ocasión en la que se proyecta llevar a cabo la presentación y entrega de este número de nuestro Anuario.

Algunos números anteriores del Anuario pueden ser consultados en el sitio www.filosofiajuridica.cl Los volúmenes que no se encuentren en ese sitio pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ESTUDIOS

SEGURIDAD Y BIOPODER EN M. FOUCAULT UN ANÁLISIS DEL CASO CHILENO

ALFONSO HENRÍQUEZ R. *

Con M. Foucault se reinserta en el discurso humanista, la vieja crítica al orden racional que emerge de la Ilustración europea; en este sentido podemos encontrar la clásica obra de Adorno y Horkheimer “Dialéctica de la Ilustración”. Sin embargo, el sistema de pensamiento creado por el maestro de la sospecha, no es por defecto aplicable a la realidad latinoamericana o nacional. Las lógicas subyacentes a nuestros propios procesos sociales, se encuentran ajenas grosso modo, al gran eje del pensamiento foucaultiano, es decir el poder disciplinario, plasmado en la canónica formulación que encontramos en *Vigilar y Castigar*, la *Historia de la Locura en la Época Clásica* o la *Historia de la Sexualidad*.

Creo que al menos en nuestro país, y en el estado actual de nuestro desarrollo institucional, es posible definir al Estado como un Estado de Seguridad y por ende más vinculado a la biopolítica, que un Estado Disciplinario dirigido hacia un biopoder individualizante y aislador, haciéndome en parte tributario de las tesis que Foucault esbozara en “Seguridad Territorio y Población”, y del estudio de lo que llamo “orien-

* Abogado, Universidad de Concepción; Profesor Departamento Historia y Filosofía del Derecho, Universidad de Concepción, Magíster © Filosofía Moral (Becario Conicyt) Universidad de Concepción, alfhenri@udec.cl

tación normativa” entendiéndolo por tal al corpus legislativo y reglamentario, que desde el Régimen Militar, y sin variaciones sustanciales hasta la fecha, ha determinado la dirección que nuestro país ha tomado.

Lo que se intentará poner de manifiesto desde la perspectiva de la obra de M. Foucault, son tres características que presenta nuestro país en la actualidad:

1. Orientación normativa hacia el fortalecimiento de la estructura económica
2. Falta de intensidad en un mejoramiento del nivel de desarrollo humano de la población
3. Utilización de mecanismos de seguridad antes que disciplinarios para conseguir lo anterior, dentro del marco de un biopoder entendido como estrategia racional con arreglo a fines económicos.

1. CHILE COMO SOCIEDAD DE CONTROL

La Población, a partir del siglo XVIII se convertirá en objeto de toda una serie de prácticas cuya finalidad estará constituida por la misma Población, en el seno de la cual, los individuos o la suma de ellos, se diluirán, y no serán sino un instrumento puesta al servicio de la misma. Aquí, los fisiócratas introducirán una cesura fundamental en la historia de la política y la economía, pues se irá imponiendo la idea, de que la Población estará formada por todos aquellos que se comporten adecuadamente, y que sirvan a las técnicas de poder, en orden a alcanzar los objetivos económicos propuestos. Así vemos aparecer en el escenario del discurso económico de la época, a este nuevo sujeto, que estando presente con anterioridad, adquirirá sin embargo una importancia tal, que terminará por hacer desaparecer al territorio y a los súbditos, como los elementos tradicionales del poderío del soberano, y de paso, como aquellos únicos datos de la realidad¹, con los cuales deberán trabajar los economistas.

1. CHARBIT Yves: “Lechec politique d’une theorie economique: La physiocratie”, <http://www.cairn.info/revue-population-2002-6-page-849.htm>

Para Foucault, las notas distintivas de estas nuevas herramientas de la economía liberal en general, y que se comienzan a perfilar durante esta época, pueden reducirse a cuatro, aprehendiéndoseles con mayor profundidad, si se las compara con los mecanismos disciplinarios o legales:

1. Los mecanismos de seguridad trabajan en el plano de la realidad efectiva², anulando, restringiendo, frenando o limitándola; por el contrario, es de la esencia de los mecanismos disciplinarios³ y jurídicos, trabajar sobre la idea de un código binario que prohíbe o permite⁴.

2. Los mecanismos de seguridad son centrífugos, pues van constantemente integrando nuevos factores: los comportamientos de los consumidores, los productores, exportadores, etc., organizando circuitos cada vez mas amplios; la disciplina y la ley son centrípetas, funcionan y en especial la disciplina, aislando un espacio, un grupo de la Población, manteniéndolos marginados del resto a fin de orientar su actuar⁵.

3. Los mecanismos de seguridad dejan hacer, permiten que la realidad se desarrolle⁶, siguiendo el curso trazado por sus propias leyes, idea que como es sabido representa las base del liberalismo económico⁷, y que los fisiócratas en lo referente al problema del grano reivindicaran para sí⁸; la disciplina por el contrario lo reglamenta todo, no deja hacer nada, no deja subir los precios, almacenar el grano, etc.

2. FOUCAULT, Michel: *Las Palabras y las Cosas: Una Arqueología de las ciencias Humanas*, México Siglo: XXI, 2002. Pág. 165.

3. FOUCAULT, Michel: *Vigilar y Castigar: El Nacimiento de la Prisión*, México, Siglo XXI, 2004. Pág. 145.

4. FOUCAULT, Michel: *Seguridad, Territorio, Población*, México, Fondo de Cultura Económica. 2006. Pág. 69.

5. *Ibíd.* Pág. 66.

6. HEERTJE, Arnold: *Principios d’ economie politique*, Paris, De Boeck Université, 2003. Pág. 340.

7. FEIJOO, José: *Mercado, Socialismo y Libertad*, México, Lom Ediciones, 2003. Pág. 32.

8. FOUCAULT: *ob. cit.* Pág. 70.

4. Los mecanismos de seguridad actúan en el orden de la naturaleza, de ahí que la economía sea considerada como una física, cuyo único dato sea la "realidad" misma; mientras que la ley trabaja en el ámbito de lo imaginario, imaginando todas las cosas que pueden hacerse pero que no hay que hacer.

De mayor o menor manera veremos que estas características pueden predicarse de la realidad jurídica nacional.

En esta línea de pensamiento, es posible distinguir en la obra del maestro francés tres categorías diferentes aunque íntimamente enlazadas desde su centro, de aproximación al poder, así tenemos las relaciones estratégicas, los estados de dominación y las técnicas de poder. Los estados de dominación son caracterizados por el hecho de que la relación estratégica se va generando por y a partir de un discurso generado desde las instituciones y que la movilidad y la reversibilidad de la acción sobre otra acción son limitadas. Mientras que las técnicas de poder suponen un estado de libertad, los estados de dominación implican desde su inicio una proyección imaginaria de un tipo ideal hacia el cual deberá asimilarse bajo el prisma de un código binario inclusión/exclusión la conducta de la población. Así vemos perfilarse ya en pleno siglo XX, una serie de mecanismos de control que cada vez más interiorizados, tienden hacia una enajenación del sentido de la vida revistiéndose con el ropaje de la naturalidad⁹.

A diferencia de una sociedad disciplinaria, que por definición trabaja desde una exterioridad que se impone al sujeto, la sociedad de control transita desde la anatomopolítica a la biopolítica¹⁰ sobre una base de dispositivos de seguridad que claramente se perfilan como constitutivos y esenciales a las estrategias de gobierno que desde mediados del siglo XIX, pero con inusitada fuerza desde la década de los '80 caracterizan a nuestro país, y que tienen en común una transformación de la vida en verdad axiomática incontestable¹¹.

9. BAEZA, Manuel: *Imaginarios Sociales*, Apuntes para la discusión teórica y metodológica, Concepción: Editorial Universidad de Concepción, 2003. Pág. 134.

10. CUBIDES, Humberto. *Foucault y el Sujeto Político*, Ética del cuidado de sí, Buenos Aires, Siglo del Hombre Editores, 2006. Pág. 67.

11. UGARTE, Javier y AGAMBEN, Giorgio: *La administración de la vida*, Estudios Biopolíticos, México, Anthropos Editorial, 2006. Pág. 123.

Precisado lo anterior y de acuerdo a la caracterización que llevara a cabo M. Foucault sobre los dispositivos de seguridad en una sociedad liberal, procederé a trazar someramente un mapa de la orientación normativa que el Estado chileno ha seguido en los últimos años.

2. INTEGRACIÓN EMPÍRICA DENTRO DE UNA LÓGICA NORMATIVA "Mecanismos centrífugos de seguridad"

Modificar la vida sin exterminarla¹², constituye como es sabido, la idea central que el autor que nos convoca adopta para precisar los contornos siempre difusos de aquello que llamamos gobierno. Lo interesante de este proceso, radica precisamente en que a nivel legislativo es posible rastrear como el Estado ha desplazado sus estrategias de control desde un mecanismo que podríamos llamar semi-disciplinario que históricamente entronca con cierta forma de entender el proceso judicial desde lógicas inquisitivas por un lado y positivistas por el otro con un fuerte énfasis en la racionalidad interior del sistema, hacia dispositivos de seguridad que tomando al ser humano como punto de partida, lo ha desplazado en pos de un referente más enigmático y por ende sujeto pasivo de una práctica discursiva menos densa empíricamente, me refiero al entramado global de la vida.

Esto se aprecia claramente en un proceso centrífugo de integración de factores no jurídicos *strictu sensu*, de tipo material, los cuales van dando vida a esta forma de gobernar que ya no se ejerce directamente sobre cosas sino sobre relaciones de interés¹³. Esta extensión de dispositivos de seguridad según la lógica de un esquema de dispersión¹⁴ encuentra en los procesos de fundamentación de las sentencias unas de sus máximas expresiones. Solo por vía de ejemplo, me referiré a la nueva Justicia Laboral y a la Justicia de Familia.

12. *Ibíd.*, 41.

13. FOUCAULT, Michel: *El Nacimiento de la Biopolítica*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007. Pág. 63.

14. FERNÁNDEZ, Domingo: "Foucault ¿una Teoría Política?". En: *Revista de Filosofía*, Facultad de Filosofía, Universidad de la Laguna, N° 14, 2007. Pág. 35.

El artículo 439 del Código del Trabajo, modificado por la ley 20.087, señala que la sentencia entre otros requisitos deberá contener “los preceptos constitucionales, legales, o los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, *las consideraciones jurídicas y los principios de derecho y de equidad en que el fallo se funda*”.

Esta norma es particularmente interesante por el hecho de que en el procedimiento actualmente vigente, en el artículo 458 del mismo Código, se contempla el anterior requisito pero con un contenido diferente pues señala que las sentencias deberán fundarse en “los preceptos legales o a falta de estos, los principios de equidad con arreglo a los cuales se dicta el fallo”.

¿Qué ha pasado aquí?, el fenómeno subyacente a este articulado, y que encuentra su correlato en el resto de los ejemplos que veremos a continuación, es algo que M. Foucault pusiera de manifiesto a propósito de las nuevas formas de representación del castigo burgués “*ahora bien, por un movimiento paradójico que aun en nuestros días no ha logrado completarse, a medida que la instancia que juzga reivindica, para fundar su justicia más de universalidad, a medida que sustituye las reglas de jurisprudencia particulares por la norma general de los derechos y los deberes del hombre, a medida que sus juicios confirman su verdad en una cierta conciencia pública, el crimen se interioriza, y su significación no deja de volverse cada vez más privada*”¹⁵. La clave consiste en que la Justicia Laboral a mi entender, y esto desde una perspectiva diversa a la manera en como se racionalizan los principios del derecho dentro de la dogmática o la filosofía jurídica, ve en los principios y la equidad unos instrumentos semánticamente muy tenues y que por ende carecen de la capacidad de revelar a priori su significado desde el mero entramado del Derecho.

En otras palabras, para lograr el “*acoplamiento estructural con su entorno*” el Derecho se ve obligado a traducir en términos jurídicos la complejidad que le proporciona el mundo exterior, pero y he aquí la clave, como los principios no son más que la “*traducción*” de una situación de hecho, su incorporación al sistema, ya no como una alternativa de última *ratio*, sino como un elemento al cual puede recurrir directa-

15. FOUCAULT, Michel: Historia de la Locura en la Época Clásica, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2007. T. II 3ª Parte, pág. 170.

mente el juez para fundar su sentencia, representa la radical estrategia de que se vale el Estado para poner en práctica la razón gubernamental, el como y donde intervenir en procura de restablecer la naturalidad de los intereses societarios.

Si transitamos desde sede laboral a la Justicia de Familia, podemos observar un proceso similar e incluso en una intensidad mayor, con lo cual se revela claramente un cambio de paradigma en la manera de ejercer el arte de gobernar, pues de una filosofía del poder simple y desnudo, hemos pasado a una filosofía del gobierno¹⁶ de las poblaciones. El poder que ejerce el Estado desde los Tribunales de Familia, no es un poder jurídico, a pesar de estar revestido de juridicidad, sino que es un poder cuyos resortes están en técnicas de gobierno, en estrategias de invasión sutiles pero no por ello menos efectivas de las estructuras familiares. Situándonos siempre en el tema de la fundamentación de las sentencias, si observamos la ley 19.968 que establece los Juzgados de Familia, en su artículo 18 contempla como principio del procedimiento “*El interés superior del niño, niña o adolescente*” y en su artículo 66 como requisito entre otros de las sentencias “*las razones legales y doctrinarias que sirvieran para fundamentar el fallo*”.

La inteligibilidad de este concepto solo se alcanza en una visión de conjunto del sistema, aquí lo fundamental no consiste en la protección de un derecho preexistente de una parte específica del género humano, los niños, sino en el reforzamiento respecto de ellos, de su esfera de autonomía¹⁷ frente a ya no a los padres, sino a la sociedad. Lo que interesará ahora, no será el “*fortalecimiento de la familia*” por utilizar una desgastada y poco clara expresión, sino que, la producción discursiva de un nuevo sujeto que integre los procesos de control y que se haga transparente a los mecanismos de seguridad que sobre el cuerpo en tanto que máquina¹⁸ y como sintagma de lo biopolítico han ido dando vida a lo que conocemos como niño, niña o adolescente.

16. BERMUDO, José: Hacia una ciudadanía de calidad, Barcelona, Horsori Editores, 2007. Pág. 46.

17. FOUCAULT, Michel: El Nacimiento de la Biopolítica, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007. Pág. 61.

18. LEAL, Antonio. El crepúsculo de la Política, Santiago, LOM Ediciones, 1996. Pág. 269.

Así, los sujetos en tanto que jurídicamente son capaces de atribuirse derechos y pretensiones de protección que deberán orientar al juez en la opción que tome al momento de fallar un caso, serán en términos del Estado chileno moderno el régimen de veridicción, es decir, el mecanismo que le permitirá precisar si una determinada política es o no verdadera, adecuada o si debe o no implementarse¹⁹. Por ende, el conflicto ya ha dejado de ser jurídico, o al menos solo jurídico, y ha pasado a eruirse como el paradigma de la apropiación del carácter sagrado de la realidad por parte del Gobierno.

3. CHILE COMO ESTADO DE INCENTIVOS Y NO DE DERECHOS “Mecanismos de Realidad”

Si nosotros centramos nuestra atención en lo más característico de la conducción social del Gobierno chileno, deberemos llegar a una conclusión muy simple pero trascendental, el ciudadano es racionalizado como un sujeto cuya conducta transita no por la vía del ejercicio de derechos sino que por los derroteros de los incentivos. Esto encuentra su explicación en un tema muy sensible y que desde luego solo será esbozado aquí, me refiero a la legitimidad del Gobierno. Siguiendo a Foucault podemos preguntarnos a propósito del Estado posterior al año 1973, ¿será esta manera de Gobernar que se inaugura en la época una especie tributaria de una nueva *ratio* que mira a los gobernados a la vez como sujetos y objetos de políticas de desarrollo macroeconómico? Si la respuesta es afirmativa, podremos entender claramente el reordenamiento de fuerzas que han operado como motor de una nuestra particular accionar socio-cultural.

Lo interesante de nuestro país, radica en que los fundamentos de validez mediatos del Gobierno no descansan sólo en su adscripción a cierto sistema de principios a los que, en tanto que nación civilizada deberá respetar, sino que en la capacidad que este tiene de construir cierto corpus, cierta institucionalidad, que le habilite para conducir la nueva unidad de la economía liberal: el sujeto-objeto hombre-cosa²⁰.

19. FOUCAULT: ob. cit. Pág. 28.

20. FOUCAULT Michel: Seguridad, Territorio, Población, México, Fondo de Cultura Económica 2006. Pág. 123.

El eje central no estará en consecuencia dado por la protección jurídica de la población, sino que y a través de una inversión propia de la hipermodernidad, por la construcción de un ente que haga las veces de ciudadano el *homo laboralis*.

Este *homo laboralis*, no es el mismo elemento fundante y catalizador de las teorías jurídicas de la soberanía, sino que, representa el punto de encuentro de una serie de políticas de consensos que ve, en el orden liberal, tanto la naturalidad humana extraviada por la economía centralmente planificada, como y paradójicamente, un producto derivado de la actividad estatal, y que esta debe generar. Si el gobierno se va a definir ahora por su capacidad de aumentar la riqueza o el bienestar²¹, su legitimidad no descansará por ende en un mero constructo normativo como puede ser una Constitución Política —de hecho, a esta se le pueden adosar toda suerte de críticas, males o defectos, sin que pongan en entredicho el accionar estatal— sino que precisamente lo hará, en el grado de eficacia con el cual es capaz de orientar el actuar de los sujetos, en vista de alcanzar dicho objetivo.

Para lograr lo anterior, el Gobierno no puede simplemente hacer suyo las herramientas clásicas de atribución de derechos subjetivos, pues y en tanto que régimen liberal y por ende preso de una lógica de abstención y no intervencionismo declarado pero sí soterrado, se encontrará en la necesidad de darse un revestimiento que lo habilite para intervenir sin intervenir, controlar sin oprimir, regular estratégicamente ciertos sectores para obtener beneficios en otros, y como se supondrá, este ropaje es el régimen de incentivos.

Un incentivo funciona de manera radicalmente diferente a un Derecho por tres razones:

1. No necesita suponer la existencia de un Derecho para operar
2. El incentivo lleva explícita o implícitamente una finalidad metaindividual (aunque no por ello necesariamente social)
3. El incentivo es por esencia provisional, tan pronto como baje la marea, este desaparecerá.

21. GRINBERG, Silvia: “Gubernamentalidad, estudios y perspectivas”. En: Revista Argentina de Sociología, Buenos Aires, vol.5, N° 8 2007. Pág. 99.

Las ventajas son evidentes desde un punto de vista macroeconómico, aunque muchas veces llevan en sí la paradoja de la desprotección social. Este mecanismo puede operar tanto como una acción reguladora como ordenadora²² en el sentido, de que lo verdaderamente relevante no será tanto corregir el “sistema”, sino muy por el contrario eliminar, aquellos elementos que siendo extraños a él, le impidan su normal desarrollo. Los Derechos trabajan en otro orden de materias, exigen de parte del Estado no una intervención que produzca realidad, sino una actividad que reconozca una situación preexistente al Estado, de ahí que el modelo del contrato social sirva para explicar este proceso. Que es lo que revelan los incentivos a este respecto, revelan simplemente que entramos de lleno en otro orden de construcciones epistémicas, un orden de tipo economicista el cual no sólo remite como lo hacía en su origen liberal hacia algo que deba marcar el límite de la acción estatal, sino, hacia un nuevo paradigma que ve en la producción de efectos reales, y en el crecimiento económico y el ocultamiento del conflicto, su nuevo fundamento.

4. CHILE COMO REPÚBLICA ECONÓMICA “Mecanismos de Libertad”

Este título nos lleva a hacernos varias preguntas ¿es Chile un estado de Derecho? la respuesta obviamente es sí, ¿pero de qué Derecho Chile es fuente de producción? Si nosotros hacemos un rápido repaso el pilar normativo de nuestro ordenamiento, nos daremos cuenta que la orientación del Gobierno dista mucho, aunque no en su totalidad desde luego, de un Estado del cual se pueda predicar que se preocupe por otorgar desde su propia iniciativa un real bienestar a su población. Un ejemplo claro de lo anterior está dado por aquellos derechos constitucionales que al no estar protegidos por el recurso de protección, no pasan de ser más que una mera declaración de principios o en el mejor de los casos, delineadoras de estructuras normativas de rango inferior. Pensemos por ejemplo en el Derecho a la Educación y el

22. FOUCAULT, Michel: *El Nacimiento de la Biopolítica*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007. Pág. 169.

Derecho a la Seguridad Social. Es cierto, al menos el primero parece haber encontrado cierto consenso²³ en que merece una protección efectiva y que se traduzca por ende en la posibilidad real de hacerlo valer en caso de que sea violado²⁴, pero ¿qué hay del segundo?, al parecer seguirá estando en su protección sometido a las reglas de los contratos.

Pero, y esto es lo interesante, los derechos que se han silenciado, son en general derechos económicos sociales, como la no discriminación arbitraria en el acceso al trabajo, la negociación colectiva, o la prohibición del derecho a huelga por parte de los funcionarios de la administración del Estado, pero existen otros como la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Lo central parece estar dado, por la circunstancia de que la estructura jurídica deviene no tanto en un instrumento de la Economía, como se ha racionalizado tradicionalmente, sino que será precisamente la simbiosis entre Derecho y Economía lo que dará forma a nuestro marco institucional y económico, como diría Foucault “*esos procesos económicos no existen realmente en la historia sino en la medida en que un marco institucional les ha dado sus condiciones de posibilidad*”²⁵. En otras palabras, para hacer posible la “realidad” del mercado el Derecho ha tenido que rehacerse o reinterpretarse en nuestro país, lo cual ha llevado paradójicamente a la construcción artificial de una realidad que en los clásicos del liberalismo aparece como “natural”.

En ese sentido este primer momento normativo de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política, nos parece indicar con cierta claridad un interesante proceso de desideologización que ha operado en el occidente moderno desde hace unas dos o tres décadas atrás, y que avanza sin contrapeso por la senda de una construcción imaginaria, aunque no por ello menos real de la vida social; citando a M. Baeza

23. REDONDO, Jesús. *El derecho a la educación en Chile*, Buenos Aires, Fundación Laboratorio de Políticas Públicas, 2007. Pág. 37.

24. RUIZ TAGLE, Pablo y CORREA SUTIL, Sofía: *El derecho a una educación de calidad*, www.cdh.uchile.cl/anuario03/7SeccionNacional/anuario03_sec_nacionalIVRuiz-TagleyCorreaS.pdf

25. FOUCAULT: ob. cit. Pág. 195.

podemos decir que *“la naturalización de las premisas y supuestos de la ideología capitalista neoliberal proviene de la imposición de facto de una singular unilateralidad ideacional, restableciendo (...) una visión en donde habría un sentido único de la historia”*²⁶.

Si tomamos por ejemplo un caso ocurrido durante el año 2008, me refiero al tema de los combustibles y el aumento de su valor, podremos constatar que ha primado dentro del discurso oficial, a través de la Ley N° 20.287 que Adiciona recursos al Fondo de Estabilización de Precios de Combustibles Derivados del Petróleo, un enfoque que trabaja muy lejos de un interés por mantener un cierto poder adquisitivo, pues ya se encuentra instalada, y esto no implica que la decisión sea la correcta o no, una visión de mínimo patrimonial, en la cual se alivie la situación generada por una coyuntura, la que una vez superada, permitirá volver a la normalidad en los precios.

Lo esencial en esta tecnología de gobierno, será respetar los límites de las leyes del mercado antes que el mandato constitucional, etéreo y declarativo del bien común, ya que el centro del accionar estatal no estará puesto en un principio de limitación externa y por ello jurídico y público, sino que será la racionalidad del mercado como nueva manera de *ser* gobierno el que le dicte desde su epicentro su *Bios*. En otras palabras, nada de política de redistribución del ingreso en este caso, antes bien, perpetuamiento de la diferencia la cual es esencial en términos político-económicos.

Esta idea de los mínimos aceptables, nos hace pensar inmediatamente en temas como el salario mínimo o la reforma al sistema de pensiones. Algo que me parece en extremo interesante es la propuesta hecha por el Consejo de Trabajo y Equidad y que fuera presentada como un subsidio al ingreso laboral²⁷. ¿Será esta propuesta un “correctivo” a la economía de mercado?, en absoluto, ya que de hecho esto no es más que una versión de la idea del impuesto negativo propuesta por M.

26. BAEZA: ob. cit. Pág. 134.

27. Consejo asesor presidencial, trabajo y equidad: “Informe Final, Hacia un Chile más Justo, Trabajo, Salario, Competitividad y Equidad Social” <http://www.trabajoyequidad.cl/view/informe.asp>

Friedman²⁸ la cual tiende hacia la puesta en marcha de políticas sociales que tienen por causa final aliviar los efectos de la pobreza más extrema²⁹, y no atacar sus orígenes o apuntar hacia máximos asistenciales.

Lo anterior que es solo un proyecto, encuentra en la Ley N° 20.255 sobre reforma al Sistema Provisional una expresión positiva aunque velada. Se ha hablado profusamente a propósito de esta tema, como el gran logro de las políticas sociales del actual Gobierno, explicando a la ciudadanía la manera en como el “Pilar Solidario” viene a subsanar los defectos del sistema de capitalización individual vigente hasta la fecha. Pero uno se puede plantear la misma duda que en el caso anterior, ¿es en realidad una reforma al sistema? a nuestro entender pareciera que no. Este sigue siendo un sistema en el cual, para la mayoría, el monto de la pensiones dependerá de los aportes que se hicieran durante la vida laboral, solo que en cierto rango de la población, estimada como más vulnerable y por medio de la Pensión Básica Solidaria, el Estado inyectará recursos para que alcancen el mínimo aceptado como una pensión “digna”, ampliando el porcentaje de personas que se beneficiaban de las antiguas Pensiones Asistenciales y Mínimas ¿otra forma de presentar un impuesto negativo? probablemente sí, ¿verdadera política social? sin duda los efectos, en quienes nada tienen, se percibirán y serán beneficiosos.

Lo cierto es que se trata en el fondo más bien de una tecnología de gobierno que reconoce aun unas leyes del mercado intocables y que solo autorizan por ende a una intromisión marginal y minimalista, meramente garantizadora de una “dignidad” que en términos semánticos se ha instalado en todos los sectores del discurso oficial. El mensaje del Estado Chileno, incluso en el Gobierno más “social” de la Concertación es claro, “asegurar un mínimo para que cada uno consiga por sus propios medios su máximo”, el problema sin embargo estriba en que ese mínimo que asegura el Estado no es suficiente, y no lo es, pues no tiene por norte redistribuir el ingreso, sino que asegurar una mera compensación.

28. GALLAGHER, David: “El penúltimo discurso”, http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4112.html

29. FOUCAULT: ob. cit. Pág. 244.

5. ESTRATEGIAS DE GOBIERNO BIOPOLÍTICO “PROGRAMA ORÍGENES” “Mecanismos Físicos y Centrífugos”

Esta iniciativa del Gobierno, conocida como Programa de Desarrollo Integral de Comunidades Indígenas, tiene desde el año 2001, la misión de implementar políticas de desarrollo y cooperación entre los pueblos indígenas y el Estado³⁰ incorporando un modelo de salud intercultural en el cual el fortalecimiento de la medicina indígena y la sensibilización de los funcionarios del área de la Salud a dicha temática constituyen sus ejes fundamentales. Ahora bien, y siguiendo el trabajo que a este respecto realizara el Prof. de la UCN Guillaume Bruno Boccara, podemos formular en términos de estrategias de poder y saber un cuadro general de algunos de sus lineamientos básicos:

1. El programa Orígenes ofrece un enfoque parcial y desconectado del resto de los problemas sociales, siendo que para el universo cultural mapuche la salud es un hecho social global³¹ (a guisa de ejemplo, no se habla en dicho programa de autonomía, sino que del económico y administrativo concepto de autogestión ¿?).

2. El programa Orígenes no incorpora la problemática forestal, la usurpación de tierras o la discriminación social como datos a considerar y que permitan explicar la aparición de ciertas enfermedades o patologías, antes bien *“los efectos de la estructura social sobre la desigualdad son invisibilizados y la pobreza es aprehendida como un hecho natural y no como un fenómeno social producto de una relación desigual”*³².

3. El programa Orígenes no toma en cuenta la experiencia local o ancestral en materia de Salud, antes bien, somete la medicina mapuche a la legalidad del Estado chileno³³.

30. BOCCARA, Guillaume: “Etnogubernamentalidad, La formación del campo de la salud intercultural en Chile”. En: Revista de Antropología Chilena, Chungará, Vol. 39, 2, 2007. Pág. 185.

31. *Ibíd.* Pág. 188.

32. *Ibíd.* Pág. 189.

33. *Ídem.*

Este programa es solo un ejemplo, se pueden mencionar otros, es el caso del Programa Chile Barrio, Programa de Apoyo al Emprendimiento, Programa de Preparación para el Trabajo, etc. Lo interesante sin embargo, está precisamente en las características que en mayor o menor medida todos ellos comparten. Lejos del modelo de un Estado subsidiario y lejano, lo que revelan estos planes es una estrategia de gobierno de una población, de una reforma higiénica o moral, cuyo objetivo está en la conquista de la voluntad de los gobernados, por medio de una densa red institucional que regula pero que, y esto es lo más relevante, produce toda una serie de prácticas que son vistas como la condición del desarrollo socio-económico.

En el Estado chileno por ende se han disociado aparentemente dos esferas, la social y la económica, reservándose la intervención estatal directa para la primera, y una intervención de garantía institucional creadora para la segunda. Pero esto es más aparente que real, pues y he aquí la clave, si el Estado sólo puede intervenir directamente en la solución de problemas sociales, no lo hace con la condición de reservar al mercado la enmienda de las dificultades económicas, sino que, serán las conductas orientadas económicamente por medio de los programas sociales, las que en definitiva permitirán hacer el “milagro” económico y no al revés. Es por ello que al programa Orígenes no le interesa, y al resto que se le asemejan, la inclusión de las reivindicaciones indígenas, o el estudio del antiguo corpus de prácticas medicinales del pueblo mapuche³⁴, pues en tanto que mecanismos de seguridad, debe no asegurar la diversidad de la poblaciones aborígenes, sino que incluir a éstas, dentro de las prácticas del Estado nacional.

El sabor que nos dejan estos programas, nos recuerda la reflexión que los Profesores Gustavo Vallejos y Marisa Miranda plantearan a propósito de la Eugenesia en la Argentina del s. XX *“la ausencia en límites éticos en la lucha por la vida hizo que desde la década de los 90, a la eliminación eugénica del desaparecido en la dictadura sucediera el estigma del desocupado en la democracia, y a la idea de progreso entendido como mejo-*

34. PACHECO, Hellen: “El estatuto jurídico de la medicina tradicional indígena en Chile”. En: Revista de Derecho Universidad de Concepción, Concepción, 215, LXII, 2004. Pág. 164.

ra de la raza, la de aptitud para el éxito”³⁵. En el fondo qué estamos construyendo en nuestro país, ¿sujetos con aptitud para el éxito, o seres humanos plenos?

A MODO DE CONCLUSIÓN

La acción del Gobierno en términos modernos, debería estar dirigida en general al logro de cuatro objetivos:

1. La satisfacción de esperanzas
2. La concreción de expectativas
3. La protección de la dignidad
4. El aumento de la calidad de vida

Será la intensidad de realización de vida, es decir, la manera y el grado en que se alcancen estos cuatro objetivos, el parámetro que nos permitirá evaluar el accionar de un Gobierno. Chile como se ha visto en general, ha dado en términos al menos jurídicos, un interesante giro hacia una visión mecanicista de la realidad, conceptualizando a los seres humanos que forman este país con etiquetas semánticas del tipo, consumidor, elector, deudor, encuestado, u otras, las cuales ocultan un hecho evidente, nuestra común pertenencia al género humano. Con esta visión, general y aceptada por lo demás en el resto del mundo, difícilmente podremos construir un nosotros, el cual representa el requisito ontológico fundamental, si deseamos con real fuerza, dejar de ser máquinas, y comenzar ser personas.

35. VALLEJO Gustavo y MIRANDA Marisa: “Los saberes del poder, Eugenesia y Biotipología en la Argentina del Siglo XX”. En: Revista de Indias, Buenos Aires, Vol. LXIV, N° 231, 2004. Pág. 443.

BIBLIOGRAFÍA

- BAEZA, Manuel: *Imaginario Sociales, Apuntes para la discusión teórica y metodológica*, Concepción: Editorial Universidad de Concepción, 2003.
- BERMUDO, José: *Hacia una ciudadanía de calidad*, Barcelona, Horsori Editores, 2007.
- BOCCARA, Guillaume: “Etnogubernamentalidad, La formación del campo de la salud intercultural en Chile”. En: *Revista de Antropología Chilena*, Chungará, Vol. 39, 2, 2007.
- CUBIDES, Humberto. *Foucault y el Sujeto Político, Ética del cuidado de sí*, Buenos Aires, Siglo del Hombre Editores, 2006.
- CHARBIT, Yves: “Lechec politique d’une theorie economique: La physocratie”.
- FEIJOO, José: *Mercado, Socialismo y Libertad*, México, Lom Ediciones, 2003.
- FERNÁNDEZ, Domingo: “Foucault ¿una Teoría Política?”. En: *Revista de Filosofía*, Facultad de Filosofía, Universidad de la Laguna, N° 14, 2007.
- FOUCAULT, Michel: *Historia de la Locura en la Época Clásica*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2007. T. II 3ª Parte.
- _____: *El Nacimiento de la Biopolítica*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- _____: *Las Palabras y las Cosas: Una Arqueología de las ciencias Humanas*, México Siglo: XXI, 2002.
- _____: *Seguridad, Territorio, Población*, México, Fondo de Cultura Económica. 2006.
- FOUCAULT, Michel: *Vigilar y Castigar: El Nacimiento de la Prisión*, México, Siglo XXI, 2004.
- GALLAGHER, David: “El penúltimo discurso”, http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4112.html
- GRINBERG, Silvia: “Gubernamentalidad, estudios y perspectivas”. En: *Revista Argentina de Sociología*, Buenos Aires, vol.5, N° 8 2007.
- HEERTJE, Arnold: *Principios d’ economie politique*, Paris, De Boeck Université, 2003.
- <http://www.cairn.info/revue-population-2002-6-page-849.htm>

- EAL, Antonio. El crepúsculo de la Política, Santiago, LOM Ediciones, 1996.
- PACHECO, Hellen: "El estatuto jurídico de la medicina tradicional indígena en Chile". En: Revista de Derecho Universidad de Concepción, Concepción, 215, LXII, 2004.
- REDONDO, Jesús. El derecho a la educación en Chile, Buenos Aires, Fundación Laboratorio de Políticas Públicas 2007.
- RUIZ TAGLE, Pablo y CORREA SUTIL Sofía: El derecho a una educación de calidad, www.cdh.uchile.cl/anuario03/7SeccionNacional/anuario03_sec_nacionalIVRuiz-TagleyCorreaS.pdf
- UGARTE, Javier y AGAMBEN, Giorgio: La administración de la vida, Estudios Biopolíticos, México, Anthropos Editorial, 2006.
- VALLEJO Gustavo y MIRANDA Marisa: "Los saberes del poder, Eugenesis y Biotipología en la Argentina del Siglo XX". En: Revista de Indias, Buenos Aires, Vol. LXIV, N° 231, 2004.

LA REINCIDENCIA DELICTUAL COMO FACTOR DETERMINANTE EN LA FIJACIÓN DE LAS PENAS

EDUARDO MUÑOZ RAMÍREZ *

Resumen

El objeto de este artículo es el estudio de la reincidencia en la conducta delincente, ya sea general o específica, así como de las variables psicosociales relacionadas. La teoría de intercambio (George C. Homans, Thibaut y Nelly, Peter Blau, Alvin Gouldner et al.) que coincide la interacción humana como el resultado de un intercambio de recompensas y castigos es discutida en relación con este tópico. Aprovechando desarrollos de la escuela marginalista en la teoría económica así como de premisas del condicionamiento operante en la teoría del aprendizaje y de desarrollos del macro y del micro funcionalismo en las ciencias sociales, con su distinción entre eufunciones y disfunciones como resultado de la acción humana, los conceptos básicos de la teoría de intercambio son: valor, beneficio, recompensa, costo, resultado y el consiguiente nivel de comparación. Además esta teoría toma en cuenta la norma de la justicia distributiva que indica que un sujeto en una situación de intercambio tendrá la legítima expectativa que sus recompensas serán proporcionales a sus costos. Así, un sujeto confrontado al dilema de incurrir en un delito de mayor o menor envergadura o abstenerse de tal conducta tendrá que tener en cuenta los resultados involucrados. Por consiguiente los programas que tengan por objeto disuadir de incurrir en conducta delincente o reincidir en ella deberían poner énfasis en incrementar tanto las recompensas y estímulos para los ciudadanos que obedecen la ley y los costos y controles para delincuentes y reincidentes potenciales.

* Profesor de Derecho Penal y de Medicina Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Chile.