

REVISION CRITICA DEL DERECHO

PABLO RUIZ-TAGLE VIAL



INTRODUCCION

El Derecho, especialmente algunos de sus fundamentos, requiere de una urgente revisión crítica. Es necesario enfocar el estudio de las materias jurídicas destacando los problemas que son característicos de esta área del conocimiento. Es necesario también desmitificar y erradicar ciertos arcaísmos que al repetirse en forma irreflexiva y mimética ensombrecen desde hace tiempo el estudio de las materias legales. Debemos recuperar el carácter relevante de las discusiones legales. Por eso, nos parece necesario explorar con más realismo la ciencia del derecho y su carácter dogmático. Con ese propósito, en los párrafos que siguen vamos a exponer algunas de las distintas perspectivas de conocimiento del fenómeno jurídico, profundizar el trasfondo que intentan esclarecer los conceptos legales y mostrar algunos aspectos de la evolución que ha tenido la noción de sistema jurídico en la tradición legal positivista; tradición que ha sido tan influyente en la ciencia legal contemporánea al refinar y flexibilizar sus principales postulados.

Todos estos temas son propios de la asignatura de Introducción al Derecho, pero también son parte de los fundamentos a partir de los cuales se construyen las diversas ramas del derecho. Por eso, nos ha parecido muy importante fomentar los contactos y el diálogo académico entre las diversas disciplinas jurídicas, porque en nuestros días la creciente especialización parece estar desarticulando la concepción unitaria del Derecho. Asimismo, en la medida de nuestras capacidades, hemos intentado conectar el tratamiento de los problemas jurídicos con los asuntos que son propios de otras ciencias sociales afines. De este modo, esperamos minimizar el progresivo aislamiento y la consiguiente pérdida de relevancia pública que caracteriza el desarrollo de los temas jurídicos en

nuestros días. Además, en este trabajo se ha intentado escapar del enciclopedismo que caracteriza gran parte de los textos jurídicos en nuestro medio. En esos textos enciclopédicos, muchas veces se exhiben teorías y se citan diversos autores sin coherencia ni profundidad. En esta obra nos hemos apartado conscientemente de este excesivo enciclopedismo, intentando en cambio, profundizar los fundamentos de una tradición jurídica particular, la tradición positivista.

Estas tareas son las que se acometen en las páginas que siguen. Para llevar a cabo un plan tan ambicioso se ha optado por juntar esfuerzos realizando una obra colectiva, revisando este texto con la ayuda de profesores y también con los alumnos de la Universidad Andrés Bello. A todos ellos, desde ya, agradecemos su colaboración. Sin embargo como todo trabajo de intelecto es en gran medida transitorio y provisional, advertimos aquí acerca de algunas de las imperfecciones de esta obra. 1) Por una parte, el texto que aquí introducimos carece de una línea central de argumentación, porque se ha tratado en esta obra, más que nada de identificar problemas y líneas de investigación futura. 2) Tampoco se ha usado un método unificado al realizar este trabajo. Esta carencia se explica porque hemos tratado a propósito de no encerrarnos en la monofonía metodológica característica de ciertas obras legales que con una retórica vacía, esconden los problemas, adormeciendo dudas y opciones legítimas. Asimismo, lo ideal habría sido acompañar este texto con una selección de textos de los autores más relevantes que aquí se tratan, pero esa tarea también ha sido diferida.

Este trabajo no intenta defender ninguna tesis en particular, sino más bien pretende exponer ideas de autores contemporáneos para vivir en nuestro medio sudamericano el adormecido análisis de las materias jurídicas. Así pretendemos conectar nuestra discu-

sión académica con los desarrollos conceptuales que se han producido en los últimos años, especialmente en la literatura legal anglosajona. Hemos concebido este texto como formado por partes intercambiables, de las cuales el lector podrá utilizar combinadas con su propia reflexión, sólo algunas, y consecuentemente con ello, debe estar preparado para desecharlo el resto. Por eso, no nos asusta si de todo este material sólo permanece en el tiempo una pequeña porción, ni tampoco, si de la lectura del mismo surgen en el lector un gran número de dudas acerca de las materias tratadas. Ése es precisamente nuestro propósito. Estimular en el lector la noción del carácter provisional que es propio de todo conocimiento legal y por supuesto, estimular la duda. Llamamos por eso a todos nuestros lectores a mejorar lo que aquí se expone con la crítica, porque pensamos que sólo de la propia reflexión puede surgir el conocimiento.

Pablo Ruiz-Tagle Vial

Santiago, 1990

REVISION CRITICA DEL DERECHO

I. La universidad y los estudios de Derecho

En 1085 se organiza la primera universidad en Bolonia, Italia. En los comienzos de Bolonia, sólo se enseñaba derecho.¹ Hasta antes de la creación de la Universidad de Bolonia y desde la antigüedad, habían existido academias donde un solo maestro o una sola autoridad, por ejemplo un obispo o una orden religiosa enseñaban sus creencias a un grupo de seguidores. La universidad nació cuando una serie de estudiantes de familias ricas y algunos alumnos apoyados por fundaciones, contrataron profesores por un año para que les enseñaran derecho. Con estos estudios pretendían conseguir una buena posición en la burocracia que nacía alrededor del emperador y del Papa.

Así fue como un famoso profesor llamado Guamerius Imenio atrajo alumnos de toda Europa a estudiar derecho en la Universidad de Bolonia. Los estudiantes se fueron organizando progresivamente. Crearon entre ellos una corporación que se llamó 'universitas' de la cual no formaban parte los profesores. La ciudad de Bolonia les dio una carta o estatuto especial que les permitía, a pesar de su minoría de edad, contratar profesores, regular las rentas de las pensiones donde vivían, determinar los cursos y materias que seguirían, fijar los precios de los libros y los días feriados. Normalmente, en los primeros tiempos, los estudiantes pagaban a los profesores después de cada clase.

1. Cf. Benham, Harold J.: "Law and Revolution", Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts y Londres, 1983. Cf. también Merryman, John Henry: "La Tradición Jurídica Romano-Católica", Fondo de Cultura Económica, México, 1971.

La cantidad de recursos económicos que la universidad significó para la ciudad de Bolonia, hizo que las autoridades municipales comenzaran a contratar profesores directamente por su cuenta. Aquí surgió la segunda clase de universidad, aquella que no es gossus inrios, sino que era controlada por las autoridades públicas de una ciudad o de un Estado. Más o menos en la misma época, es decir en el año 1100 a raíz de una disputa que tuvo el famoso filósofo Abelardo con el obispo de París surgió la Universidad de París. Abelardo creó un curso para contradecir al obispo de París, lo que obligó a varios profesores a tomar posiciones y de allí surgieron distintos cursos. Todo ello dio origen a la Universidad de París. En el caso de la Universidad de París fueron los profesores los que la controlaban.

Así surgen los tres modelos de universidad: la universidad original creada y controlada por los estudiantes (Bolonia en sus inicios), la universidad controlada por la ciudad o la autoridad pública (Bolonia más tarde) y la universidad controlada por los profesores (París).

La mayoría de las universidades que se crearon después, entre las cuales se destacan las universidades inglesas de Oxford y Cambridge, siguieron el modelo de Bolonia en cuanto al currículum y en cuanto a los ramos o materias que se impartían, pero entregaron el sistema de administración universitaria a los profesores. Sin embargo, a partir del siglo XIX, el Estado comenzó a tener más ingerencia en las materias que se impartían en las universidades, a controlar los profesores y los títulos que éstas otorgaban. Surge así este período el concepto napoleónico de universidad, que propicia la organización de una universidad nacional que coopere al progreso del país preparando profesionales idóneos. Siguiendo el modelo

18

napoleónico se reorganizaron y crearon diversas universidades.

En Chile se siguió el modelo napoleónico con la transformación de la universidad colonial llamada Universidad de San Felipe en la Universidad de Chile en 1842. Luego en 1889, en medio de una discusión sobre el Estado docente que derivó después en la separación de la Iglesia y el Estado se fundó la Universidad Católica. Esta nueva universidad quedó sometida a la examinación de la Universidad de Chile hasta mediados del siglo XX. Progresivamente, estas universidades chilenas, la Universidad de Chile y la Universidad Católica, se ampliaron a todo el país y la burocracia de sus respectivas casas centrales adquirió un enorme poder. El centralismo universitario aumentó progresivamente hasta que vino el revulsivo esta excesiva e ineficiente burocracia. Se crearon departamentos en cada facultad y se intentó dar más poder a los profesores con alumnos en la toma de decisiones universitarias. Este proceso en medio de la realidad que vivía el país, derivó en una enorme politización.

Con la intervención militar de las universidades producida en 1973, se volvió al modelo centralista burocrático, quitando todo poder a los alumnos y a los profesores en las decisiones universitarias. Además, sectores reaccionarios, especialmente en las universidades de derecho, se aprovecharon de algunas deficiencias de la reforma para desempolvar formas arcaicas de enfocar los estudios legales. Por ejemplo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile se inauguró un triste y estéril período de contra reforma, marcado por la reimplantación del currículum rígido de los años 30. Se reeditaron prácticas vetustas, y se produjo un gran apagón cultural y universitario. Sin embargo, a comienzos de la década del 80 se autorizó la creación de universidades privadas y en ellas surgieron

varias escuelas de derecho.

Hasta ahora, estas nuevas escuelas se han limitado a copiar en casi todo a las escuelas de derecho tradicionales. Todavía muchos de los mismos profesores de las universidades tradicionales hacen clases en las universidades privadas, y ellos mismos son los que examinan a los alumnos de las instituciones privadas y tradicionales. La renovación de la universidades chilenas y particularmente de las escuelas de derecho es una tarea urgente. La mayor competencia académica, el mayor compromiso de los docentes, la incorporación de nuevos profesores y la creación de nuevas cátedras parece ser la forma más directa de lograr esta renovación en nuestro país. Pero todo esto no puede hacerse sin una profunda reflexión crítica acerca del estudio del derecho.

II. ¿En qué consiste el estudio del Derecho?

Estudiar derecho, es como estudiar un idioma extranjero. Después de un tiempo se aprende el significado de una serie de palabras propiamente legales que no se usan en el lenguaje usual. Después de un tiempo, igual que cuando se aprende un idioma extraño, los buenos estudiantes parecen abogados (extranjeros) y aprenden a hablar y escribir correctamente (el nuevo idioma)? Al terminar su carrera, tal como sucede al final de un curso de idiomas, los que estudian derecho están preparados para sostener con elegancia un debate o una polémica sobre los más diversos temas con las herramientas que proporcionan las leyes. Pero no sólo se producen cambios en el vocabulario de aquellos que estudian derecho. Así como a algunas personas el aprendizaje de un idioma extranjero les ha servido para ordenar las ideas y ampliar su espectro de conocimientos, así también el derecho cumple la misma función ordenadora y amplificadora de los intereses particulares.

Muchos, al comenzar los estudios legales ya tienen naturalmente habilidades de expresión escrita y oral. Algunos incluso cuentan con capacidades analíticas y sintéticas de ordenación de ideas, concepciones del mundo y de la vida, bastante más amplias que los ciudadanos comunes. Pero es a partir del estudio concentrado que se realiza en la universidad, donde todas estas habilidades se manifiestan y desarrollan en plenitud. Es en la universidad donde se pueden cometer errores y también donde las equivocaciones pueden corregirse a tiempo. Es en este lugar donde el ensayo y el error, donde el derecho y los distintos puntos de vista que existen respecto de este objeto de conocimiento se debate en toda su amplitud.

En casi todos los ramos jurídicos el proceso será el mismo. Se usarán los mismos métodos para conocer el mismo objeto. El

2. Llewellyn, Karl: "The Bramble Bush", Ocean's Press, 2^a ed., 1951.

método consistirá al comienzo en aguzar la sensibilidad de los estudiantes frente a un problema legal. Las primeras clases de cada ramo pretenderán interesar a los estudiantes frente a un aspecto concreto en las distintas facetas del fenómeno legal. Después se pretenderá afinar ciertos métodos de conocimiento del derecho. Entre estos métodos destaca el método analítico, que se preocupa de las palabras y los conceptos legales. También se utilizará el método histórico-económico, etc. Luego se entrará directamente a estudiar la 'Teoría base' es decir, la producción legislativa que algunos consideran la base misma a del derecho. Una vez que esta etapa básica se cumple, en algunos ramos se analizan diferentes doctrinas, adoptando así un enfoque más amplio de corte interdisciplinario. Incluso a veces se llega hasta el conocimiento crítico de ciertas ideologías que explican el fenómeno legal en su conjunto, pretendiendo con ello iluminar las contradicciones que subyacen al mismo. Este camino que va de lo externo a lo interno, de lo general a lo particular, se repite en casi todas las asignaturas de la carrera de derecho.

Ahora bien, en este contexto, el ramo de Introducción al Derecho tiene el propósito de revisar con sentido crítico los métodos con los cuales se conoce el objeto denominado derecho. Este ramo introductorio sirve también para reflexionar críticamente sobre las manifestaciones principales del fenómeno jurídico. Por eso es importante revisar críticamente los conceptos jurídicos básicos y el sistema jurídico. Pero el ramo de Introducción al Derecho no se agota ahí. Su propósito es también ser un momento de reflexión crítica acerca de la profesión legal y las responsabilidades personales y sociales que ésta implica. Y todo eso es lo que pretendemos hacer en este trabajo. Al iniciar nuestro cometido exponemos algunas características generales de lo que se denomina tradición jurídica occidental.

III. La Tradición Jurídica Occidental

El derecho es una creación cultural. Tal como lo conocemos nosotros es un producto particular de la cultura occidental. Esta misma tradición es compartida por sistemas como el Common Law que prevalece en los países anglosajones, y el derecho continental, que es típico de los países europeos y latinoamericanos, entre otros. Los sistemas legales de los países socialistas también forman parte de la tradición jurídica occidental.

Harold Berman³ dice que esta tradición tiene diez características que permiten individualizarla. Estas características son las siguientes:

1. "Existe una distinción relativamente clara entre instituciones jurídicas y otro tipo de instituciones." Esto significa que el derecho es una disciplina autónoma. Esto no ha sido siempre así ni es así en otras tradiciones.
2. "La administración de las instituciones jurídicas (...) es encomendada a un cuerpo especial de personas, que se comprometen profesionalmente, más o menos a tiempo completo, en las actividades jurídicas."
3. Los profesionales del derecho son educados en un cuerpo de conocimientos conocidos como conocimiento jurídico. Para esto recurren a una literatura especializada y estudian en escuelas profesionales.
4. Existe una relación dialéctica entre las instituciones jurídicas y el cuerpo de conocimientos jurídicos. Por una parte, los conocimientos jurídicos pretenden describir a las instituciones jurídicas. Pero al describir las también las sistematiza y

³ Lo siguiente está extractado de Berman: "Law and...", op. cit. en nota 1, pp. 75.

ordena. Así, los conocimientos jurídicos son parte integrante del derecho. Las instituciones no tienen sentido sino complementadas por los estudios jurídicos.

5. "El derecho es concebido como un todo coherente, un sistema integrado, un 'cuerpo', y este cuerpo se concibe como desarrollándose en el tiempo, por generaciones y siglos."

6. La vitalidad de este sistema de derecho se afirma en la idea de crecimiento orgánico. Sólo en occidente se concibe el derecho como un sistema que cambia por sus propios mecanismos.

7. "Se piensa que el desarrollo del derecho tiene una lógica interna; los cambios no son sólo adaptaciones de lo viejo a lo nuevo, sino que son también parte de un patrón de cambios." El derecho tiene una historia. Esta historia se explica porque los cambios del derecho se deben a la necesidad de enfrentar el presente y el futuro.

8. El derecho se concibe como superior a la política. Esto quiere decir que el derecho obliga no sólo a los subditos sino también al Estado. Todas las autoridades están sujetas al derecho, por mucho que ellas mismas lo hayan creado.

9. Dentro de una misma comunidad existe una pluralidad de jurisdicciones y de sistemas jurídicos. El origen de esta pluralidad se encuentra en la diferenciación entre las jurisdicciones eclesásticas y la secular, y finalmente,

10. "Existe una tensión entre los ideales y las realidades, entre las cualidades dinámicas y la estabilidad, entre lo trascendente y lo immanente de la tradición jurídica occidental." Esto ha llevado a numerosas revoluciones. Sin embargo, el sistema jurídico no ha sido destruido, sino que sale fortalecido de tales revoluciones.

Berman sostiene que sólo las primeras cuatro características de las diez señaladas pueden encontrarse en el derecho occidental contemporáneo. Esto significa que la tradición jurídica occidental está en crisis.

Según Berman, la quinta característica ya no existe en nuestros sistemas jurídicos. El derecho ya no se concibe como un todo coherente. Están en discusión las clásicas divisiones del derecho. Es paradigmático el caso de la distinción entre derecho público y derecho privado; su estudio termina con la aserción de que esta división es difusa y en cierta medida artificial. No hay un claro concepto de jerarquía de la fuentes del derecho. Más que un orden, el derecho se concibe como una maraña legal; un conjunto de reglas y decisiones unidas sólo por una técnica común.

Por otra parte, se ha debilitado la sexta característica. El aparente desarrollo o progreso del derecho en el tiempo sería sólo ideológico. El derecho no tendría una historia propia; a lo más podría hablarse de una cronología.

Asimismo, los cambios sufridos por el derecho ya no se conciben como el producto de las propias presiones internas del sistema jurídico, ni como la resolución de las tensiones entre ciencia y práctica jurídica, sino como el resultado de presiones externas al derecho mismo.

También en nuestro días ha disminuido la idea de que el Estado está sometido al derecho. Por el contrario, la idea predominantemente es que el derecho es un instrumento de la autoridad política para imponer su voluntad.

De allí se deriva el hecho que no existan varias jurisdicciones paralelas dentro de una misma comunidad. La jurisdicción eclesástica ha perdido todo poder de contrapesar a la jurisdicción

secular. Las costumbres de grupos como los comerciantes han sido absorbidas por la legislación estatal. El derecho internacional, en la práctica, se ha sometido al derecho nacional. Hoy en día no puede afirmarse que coexistan diversos sistemas jurídicos en forma paralela.

Finalmente, tal como sostiene Berman, "e) abandono de un set de instituciones políticas y su remplazo por otro lleva hacia un derecho completamente nuevo. Aun si las antiguas formas se mantienen, se sostiene que éstas son llenadas con un nuevo contenido, sirven nuevos propósitos, y ya no pueden identificarse con el pasado."

Las características de la tradición jurídica occidental moderna surgieron y se desarrollaron fundamentalmente entre los siglos XI y XII, y a explicar ese fenómeno dedicaremos los párrafos que siguen.

IV. El surgimiento de la dogmática y la ciencia del Derecho

Si miramos nuestro pasado podemos ver cómo la emergencia de los sistemas jurídicos occidentales modernos al final del siglo XI y principios del siglo XII estuvo relacionada con el surgimiento de las primeras universidades europeas. Allí por primera vez el derecho se enseñó como un cuerpo de conocimientos en el cual las decisiones legales individuales y las reglas legales más generales fueron estudiadas sistemáticamente. Se comenzó a explicar estas decisiones haciendo referencia a principios generales y verdades básicas que organizaban el sistema como un todo coherente y orgánico. Se pensaba que así como la física es una ciencia que estudia la materia y la biología el comportamiento animal, así la ciencia legal debía estudiar las leyes. Sin embargo, el hecho que las normas legales se an difícilmente enmendables si no se actúa de acuerdo con ellas, si no se participa de ellas, hace que la ciencia legal se distinga de otras ciencias donde el observador se involucra menos con el objeto de estudio.⁴

En sus inicios la ciencia legal se construyó por derivaciones casuísticas que se deducían a partir de reglas generales. Por ejemplo, el mandato bíblico que prohíbe matar se tomó como una regla general. Siguiendo esta regla, A no puede dar muerte a B. Según esa regla, no se puede matar, pero hay excepciones, por ejemplo en la guerra, en la pena de muerte, en defensa propia, etc. La ciencia legal enuncia el principio general en la forma de un concepto o una norma, estudia las excepciones y su justificación para luego de conocida la situación particular recomendar una decisión determinada.

Así las cosas, las primeras reglas jurídicas que se enseñaron

⁴ Berman: "Law and ...", op. cit. en note 1; cf. con Har, H.L.A.: "El Concepto de Derecho", Ed. Atchedo-Penna, Buenos Aires, 1961, pp. 16 a 21.

en las universidades no fueron las leyes locales y las costumbres, sino el *Corpus Iuris Civilis*. El *Corpus Iuris Civilis* es un manuscrito con una recopilación de materiales legales elaborado por Justiniano en el año 529 d.C. Este texto se enseñó porque se creía que tenía fuerza universal y validez permanente. Se creía que al estudiar este texto con el método escolástico se lograría construir una verdadera ciencia. El método escolástico suponía que ciertos libros (la Biblia por ejemplo) tenían una autoridad absoluta. Sin embargo, el método escolástico reconocía que estos textos claves tenían contradicciones importantes y errores que debían resolverse mediante un tipo de razonamiento especial. En este razonamiento especial consistía la ciencia del derecho. El tipo de razonamiento escolástico se derivaba de la filosofía griega y del método dialéctico allí desarrollado. El método dialéctico se formaba por la refutación que consistía en sacar consecuencias que contradicen una idea, la generalización, que consiste en ir de lo particular a lo general y la definición de conceptos por distinciones de género y especie. En este desarrollo escolástico de la ciencia del derecho se llegó a abandonar la idea que los conceptos y distinciones debían tener un referente real y así pudo avanzarse en construir distinciones que aseguraban mejor la coherencia de los distintos conceptos legales.⁵

Uno de los primeros desarrollos conceptuales de la ciencia del derecho fue la elaboración conceptual de Graciano en el año 1140. Graciano distinguió entre varios tipos de leyes y explicó las relaciones entre ellas. Distinguió por ejemplo, entre la ley divina, la ley natural, la ley humana, la ley de la Iglesia, la ley del príncipe, la ley dictada y vigente y la ley consuetudinaria. La obra de Graciano suponía una sistematización, definición, jerarquización y relación

⁵ Cf. Bernart: *Law and ...*, op. cit. en nota 1, pp. 1 a 41 y 120 a 151. Cf. además, Aiyah, Patrick H.: *Law and Modern Society*, Oxford University Press, 1983.

de cada parte con un todo. Asimismo, otros autores desarrollaron a partir de los textos bíblicos ideas relacionadas con la misericordia, el amor, la conciencia personal, la razón, la equidad y la dignidad de la persona humana. Otros desarrollaron el concepto jurídico de representación, de corporación y jurisdicción, etc.⁶

Todo este desarrollo conceptual se produjo a partir de la coexistencia de diversos ordenamientos jurídicos o sistemas legales que se dio alrededor del siglo XII en Europa y los conflictos de normas que esta coexistencia implicó. Existía en esa época un derecho divino, un derecho natural, un derecho imperial, un derecho proveniente del papado y un cúmulo inmenso de reglas consuetudinarias y normas legales de todo tipo de carácter local. A partir del esfuerzo racionalizador que intentó ordenar todas estas normas contradictorias para solucionar problemas concretos, se desarrolló la ciencia legal. Por ejemplo, Graciano intentó determinar, a partir de todas estas normas, si los sacerdotes podían o no podían leer libros profanos, no sagrados. Para ello debió armonizar lo que dice la Biblia, las resoluciones de los concilios, la opinión de los padres de la Iglesia, el derecho canónico y las costumbres locales. En definitiva llegó a una conclusión afirmativa, pero luego de hacer un largo ejercicio de análisis conceptual y luego de pesar la autoridad de cada norma legal. A partir de este esfuerzo racionalizador también se desarrolló en esta misma época la retórica académica y judicial. Asimismo, la forma de llevar el proceso judicial se racionalizó, terminándose progresivamente con las ordalías medievales o pruebas de Dios.

En definitiva, nació una clase académica, los juristas, que buscaban la verdad con objetividad e integridad, adoptando una

⁶ Bernart: *Law and ...*, op. cit. en nota 1, pp. 50 a 53.

002

actitud escéptica y un sentido pragmático para solucionar problemas concretos. Los juristas se reconocían también por su mayor tolerancia y por creer en la posibilidad del progreso humano a través del conocimiento. Así se sitúan las bases de una ciencia jurídica occidental que tiene hasta hoy día un carácter transaccional, utiliza un método y una terminología unificada y que intenta racionalizar el enmarañado mundo legal creando sistemas jurídicos con una mayor racionalidad. Para ello la ciencia jurídica utilizó como base la costumbre local y la ley humana vigente, pero estas dos fuentes del derecho son racionalizadas por un nuevo tipo humano, el académico, el escolar de las leyes que se dedica como actividad principal a ello.

El derecho se abrió así conceptualmente hacia otras disciplinas como la teología y la medicina y en general las demás artes liberales. Sin embargo la ciencia jurídica conservó su autonomía porque dejó de formar parte de la retórica, la ética o la política como en la antigüedad, y adquirió una autonomía científica propia. El derecho se comenzó a estudiar a la luz de principios generales y universales y adquirió el status de un oficio o una técnica especializada. La conceptualización hizo del derecho una ciencia integral, un cuerpo de conocimientos coherente de carácter sistemático. En el proceso de armonización y sistematización del derecho las universidades jugaron un papel decisivo porque gracias a ellas surgió una clase de abogados y académicos profesionales que tenían una educación legal y un lenguaje legal común. Estos abogados y académicos del derecho rápidamente comenzaron a gobernar y administrar las instituciones más importantes en los Estados que en esa época comenzaron a emerger con gran fuerza en Europa, y más tarde, en todo el mundo.

V. Distintas perspectivas de conocimiento del Derecho

Obviamente, sin siquiera haber iniciado los estudios legales podemos suponer que hay distintos puntos de vista para conocer el derecho. Los estudiosos de esta materia curiosamente olvidan esta cuestión tan obvia y perdiendo su capacidad crítica se dedican al estudio del derecho sin tomar conciencia del punto de vista que han asumido. Por eso, en una primera aproximación a este objeto de estudio, esta revisión crítica debe partir debatiendo los puntos de vista que pueden tenerse para conocer el derecho. Nuestra revisión crítica dedica los siguientes párrafos a describir algunos rasgos que usualmente caracterizan la visión del hombre común frente al derecho. Después analizaremos la visión de las víctimas y los criminales frente al derecho. Seguidamente veremos la visión que puede tener un juez, y un político acerca del derecho, y finalmente estudiaremos la visión del abogado y del legislador frente a lo jurídico.

A. El hombre común frente al Derecho.

Los hombres que están en etapas de menor desarrollo tienen una idea autoritaria del derecho y las normas. Tanto el hombre primitivo como los niños no perciben la diferencia que existe entre el derecho y la autoridad que detenta el poder. El niño y el hombre primitivo ven por igual, a sus padres, a sus jefes, a Dios o a la naturaleza, con afecto cuando obedecen y con resentimiento e incompreensión cuando son castigados o se enfrentan a su autoridad.⁷

Pero a medida que se desarrolla un afecto progresivo por las figuras de autoridad y se perciben los beneficios que de ellos se

⁷ Rawls, John: "Teoría de la Justicia", Fondo de Cultura Económica, 1955; Rawls sigue las ideas de Jean Piaget sobre el desarrollo del sentido de las normas y la moral. Ver Piaget, Jean: "Psicología y Pedagogía", Ed. Ariel, 1969.

derivan, surge en los seres menos desarrollados el concepto de asociación provechosa. Este concepto implica una visión más amplia respecto de las normas, porque se ven progresivamente como beneficiosas. De aquí surge la idea asociativa de querer beneficiarse y beneficiar a otros con el cumplimiento de las normas. Así se desarrollan por ejemplo los equipos deportivos, las tribus y pandillas juveniles, los grupos de amigos, etc. Todos estos grupos se organizan bajo la idea asociativa de mutuo beneficio.

Sin embargo, a medida que la persona progresa y madura, adquiere una visión más amplia y se comienza a descubrir que existe una organización de la cual quiere ser parte y cuyos principios son más complejos e importantes. Esto sucede, por ejemplo cuando la persona ejerce los derechos y deberes de participación política y civil, cuando se aprende a conducir automóviles, o cuando se asume un compromiso político o religioso. En esta etapa superior el individuo entiende que no basta con imitar a los padres o a una autoridad. Tampoco basta con identificarse con una organización particular de mutuo beneficio. Es en esta etapa donde se descubren los principios de convivencia de una ciudad, de un país o de la comunidad humana. Entre estos principios superiores ocupa un lugar preponderante el derecho. Esta maduración y compromiso, implica un verdadero proceso de aprendizaje y comprensión de las normas que regulan la convivencia humana.

Ahora bien, la actitud de comprensión hacia las normas sociales y hacia el derecho puede tomar dos formas principales. La primera actitud característica es la del súbdito y la segunda actitud típica es la del ciudadano. Esta última, puede ser a su vez, mínima o situada.⁸

⁸ Ver la idea de los ciudadanos en Houston, Maurice: "Principios de Derecho Público y Constitucional", Ed Reur, 1968.

El súbdito es aquella persona que adopta una actitud dependiente porque espera que alguien que controla la relación de dependencia le diga qué hacer, qué pensar y qué reconocer como principio del derecho. El súbdito hace depender su visión acerca de los principios del derecho de una autoridad política, por ejemplo del gobierno, de un partido, de una autoridad moral o religiosa: un amigo influyente, un ayatollah, etc. El súbdito ve el derecho y las normas de convivencia humana en general, como algo ajeno que no entiende y respecto de lo cual no tiene ninguna participación.

En cambio, el ciudadano adopta una actitud comprensiva frente al derecho muy diferente a la del súbdito. La actitud ciudadana frente al derecho es la de un participante. Los ciudadanos de acuerdo a las leyes de las repúblicas y las democracias son miembros de la comunidad política y tienen derechos y deberes respecto de ella. Normalmente, el buen ciudadano participa en la generación de las leyes y el derecho, proponiendo directamente iniciativas o apoyando propuestas que representen sus inquietudes. Esta participación ciudadana puede ser muy variable en cuanto a su intensidad. Puede ser mínima, cuando se limita a cumplir con lo exigido y puede ser situada o máxima cuando asume la iniciativa de participación.

La sociedad en nuestros días se ha vuelto cada vez más abierta, plural, exigente y participativa, y por eso la necesidad de ciudadanos situados es cada vez mayor. Sin embargo, el número de ciudadanos mínimos preocupados de sus propios intereses particulares aumenta progresivamente en el mundo contemporáneo. Las élites que forman el gobierno, los partidos políticos y la opinión pública están formadas en su mayoría por ciudadanos situados con formación legal.

Por otra parte, es bueno hacer presente también que en nuestra sociedad contemporánea el hombre común cuando piensa en el

derecho piensa en la policía.⁹ La policía en lenguaje usual se identifica con la ley. En las series de televisión se oye decir corrientemente 'abra en nombre de la ley'. En otros contextos, el hombre común identifica las leyes y el derecho con los tribunales, los jueces y las autoridades del gobierno en general. Por ejemplo si al hombre común se le pregunta acerca de la ley dirá que la ley es anticuada o demorosa y al decir esto se referirá a los tribunales y a la legislación. Lo curioso es que en la sociedad contemporánea la mayoría de la gente tiene muy poca relación con los tribunales y los jueces para justificar esta identificación que se hace entre el derecho y estas instituciones. No es aventurado afirmar que un ciudadano de un estado democrático moderno se relaciona mucho más con representantes locales, alcaldes, otros funcionarios públicos e instituciones vecinales que con los jueces y los tribunales. A pesar de esta realidad, es tal la identificación que el hombre común hace entre el derecho y los tribunales, la policía y la legislación, que muchos dudarán ante la pregunta si el derecho puede subsistir si una bomba destruye los locales donde funcionan los tribunales, la policía y el gobierno.

Lo anterior nos lleva a concluir que el hombre común contemporáneo no percibe el carácter simbólico del derecho. El ejemplo más claro del carácter simbólico del derecho se da en el dinero. El dinero en el mundo físico no es más que un pedazo de papel o metal con unas inscripciones, sin embargo en el mundo del derecho el dinero es un bien de cambio de alta fungibilidad y con poderes insospchados de alterar el mundo físico. Cuando el hombre común percibe el carácter simbólico del derecho en alguna de sus facetas, comienza a mirar las normas legales en forma similar a como percibe

las leyes de la economía. El sistema jurídico es considerado al igual como el sistema económico como un lugar donde se observan frecuentes y considerables variaciones en los precios de mercado de los objetos que desea adquirir. El hombre común percibe las normas legales como patrones con los cuales debe organizar su conducta aunque las sienta como fuera de su control y comprensión. Así también, para el hombre común contemporáneo las reglas legales cambian constantemente en formas difíciles de controlar y menos aun de comprender. El ciudadano común contemporáneo confía en que una guía lógica puede explicar los cambios de las distintas normas legales, del mismo modo que percibe como los cambios de precios pueden ser explicados por una teoría económica.¹⁰

Incluso el ciudadano común puede acudir a un experto (abogado) para entender una variación legal particular, pero el sistema jurídico en su conjunto escapa normalmente a su comprensión. Además, hay en las normas jurídicas un lenguaje legal que escapa al entendimiento del ciudadano común. Por ejemplo, la palabra 'autó' en terminología legal quiere decir proceso o expediente y en lenguaje usual se usa para designar un vehículo motorizado.

Una de las formas en que el hombre común se involucra más directamente con el derecho es cuando se transforma en víctima o criminal. En las líneas que siguen intentaremos explicar algunas ideas acerca de cómo esta situación puede influir en las perspectivas que se tiene frente al derecho.

9 Cfr. Auyub, "Law and...", op. cit. en nota 5.

10 Cfr. Ackerman, Bruce A., "Private Property and the Constitution", Yale University Press, 1977, pp. 90 a 103.

B. La víctima y el criminal frente al Derecho.

El derecho define quiénes son víctimas y quiénes son criminales, de manera que el análisis de estos dos conceptos nos proporciona una clara visión de la forma como funciona el derecho y del contexto en que éste debe operar. En las distintas épocas la definición de víctima, crimen y criminal ha variado considerablemente. Sin embargo, hay una constante y ésta es que el derecho protege a las víctimas y castiga a los criminales en virtud de un concepto de normalidad social. Esta normalidad social puede ser considerada natural, consensualmente acordada o impuesta por la autoridad.

Lo que está claro es que en todas las sociedades han existido hombres que se han comportado de maneras que han atraído hacia su persona compasión (víctima) y otras que han atraído hacia su persona alguna forma de represión (criminal). La paradoja resulta del hecho que se considera 'normal' el que en todas las sociedades existan crímenes, y por ende criminales y víctimas.

Antiguamente,¹¹ al parecer los actos de violencia física contra las personas eran más frecuentes que lo que son hoy en día, porque el respeto por la dignidad individual era menor. Sin embargo, a medida que estos crímenes violentos se vuelven raros, otros actos menos graves que también violan los más profundos sentimientos sociales se penalizan. Se introducen en la ley penal actos que antes no se consideraban criminales como la calumnia, la injuria, los atentados a la honra y el fraude. Así figuradamente podemos decir que en un monasterio de santos, una mirada fea puede equivaler a un partícido en una familia de delincuentes.

11 En este párrafo seguimos a Durkheim, E., "The Normal and the Pathological", *The Free Press, Illinois, 1950*, pp. 65 a 73. Ver también Katz, Leo: "Bad Acts and Guilty Minds. Commandments of the Criminal Law", *The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1987*.

La idea importante a este respecto es la consideración que existe un orden normal (natural o convencional) que se rompe con el crimen, que en términos clásicos ha servido como justificación para castigar al criminal. La forma de defender ese orden que se rompe con el crimen, prevenir futuras alteraciones y retribuir las cosas y las personas al estado normal anterior, era mediante la aplicación del castigo a los criminales.

Esta idea de restitución y equilibrio es la base de la concepción clásica retribucionista que propugnaron entre otros autores, Cartara y Kant. La idea retribucionista es reponer la normalidad rota con el crimen castigando a los delincuentes. Se trata que con el sufrimiento del crimen se retribuya el sufrimiento de la víctima. El castigo en la concepción retribucionista sirve también para que el propio criminal recupere su dignidad perdida. Los retribucionistas suponen que esta recuperación se producirá mediante el sufrimiento. El criminal pierde algo de sí mismo cuando delinque, deja de ser una persona moral porque ha violado la suprema máxima moral que consiste en tratar a los demás seres humanos como iguales. Sólo el sufrimiento que produce la pena en el criminal puede reparar el daño que soportaron la víctima, el ofensor y la sociedad.

Por el contrario, el utilitarismo que promovieron Beccaria, Bentham y otros, se preocupa de aminorar las consecuencias futuras que produce el crimen en la sociedad. Así, si la suma de la felicidad, la utilidad social disminuye en un momento determinado por la comisión de un crimen, desde el punto de vista utilitarista lo conveniente será obtener que en el tiempo futuro la felicidad, la utilidad social, scamayor. Esta mayor felicidad puede obtenerse compensando a las víctimas del crimen, castigando al criminal o a veces, dependiendo de los beneficios que con ello se obtengan, simplemente haciendo la vista gorda del crimen en cuestión.

Ahora bien, con el desarrollo del empirismo científico que se produce a partir del siglo XVIII se desarrolla la visión positivista del fenómeno criminal, del delincuente y la institución del castigo. Por ejemplo el médico italiano Cesare Lombroso estudió al hombre delincuente centrándose en su atención no en el crimen, sino en el criminal empírico. Lombroso dedujo que existía un tipo de hombre denominado delincuente nato. Según Lombroso, el delincuente nato se caracterizaba por su atavismo, esto es, su regresión a estados primitivos ya superados por la especie humana y determinado por degeneración fisiológica. Lombroso creyó por ejemplo, que las formas de los cráneos de los delincuentes determinaba el tipo de crimen que éstos cometerían. Más tarde, siguiendo este impulso de observaciones empíricas, Ferri y otros autores buscaron en ciertas características de la sociedad la causa del crimen y trataron en ciertos estudios al criminal como un enfermo social.

Obviamente, las teorías sobre el crimen y su prevención siguen elaborándose. Por ejemplo, los nazis intentaron ligar algunos aumentos importantes de las tasas de criminalidad por la inestabilidad social que produjeron las grandes olas de inmigración que caracterizaron ese país. Otras teorías más contemporáneas, como por ejemplo la elaborada por Edwin Sutherland, explican la criminalidad como un fenómeno de asociación diferencial que se aprende en enseñanzas a robar a su hijo o amigo.¹² Incluso la forma de las ciudades

¹² Sutherland define la asociación diferencial como la "disturbancia de las asociaciones de una persona de manera diferente a las de otras. Se la utiliza como una hipótesis para la comprensión de la conducta delictiva, es decir, una persona que desarrolla una conducta criminal difiere de aquellas que no lo hacen por la cantidad y calidad de sus asociaciones naturales; esa asociación diferencial con respecto a los modelos criminales y anti-criminales"

ha servido como factor de explicación al delito. Según estas teorías, la mayor cantidad de crímenes se comete en el centro de las ciudades donde está la más grande concentración de gente en el día y donde en la noche quedan sólo oficinas vacías. Otras teorías criminológicas han intentado asociar las diferencias de criminalidad entre hombres y mujeres a la supuesta presencia en algunos delincuentes de un cromosoma masculino adicional.

Pero la verdad es que en nuestros días el cúmulo de información sobre el fenómeno delictual es mucho mayor y ello ha permitido construir modelos de análisis más sofisticados. Por ejemplo Chambliss en 1967 desarrolló un esquema de agrupación de los tipos de crímenes que es muy interesante porque combina ciertas características de los mismos. Chambliss distingue lo siguiente:

- i. Según si el grado de compromiso del criminal con el crimen es alto o bajo.
 - ii. Según si el acto criminal tiene como propósito servir como instrumento para conseguir algo o si se usa para expresar algo por sí mismo. Los delincuentes expresivos son los que menos cambian con el castigo.
- Al combinar estos criterios se tiene la siguiente clasificación de los delincuentes:
- i. Delincuentes instrumentales de alto compromiso criminal: el ladrón profesional, el lanza que empuja y corre, algunos falsificadores y estafadores y algunos ascensos.

de conducta es, por consiguiente, la causa de la conducta criminal. Según esta hipótesis, tanto las técnicas, los motivos y las racionalizaciones como otros elementos se aprenden en asociación con modelos criminales o, si se han aprendido, en parte, en otras clases de asociación, se organizan en asociación con modelos criminales. (En Fairchild, Henry P. (ed). "Diccionario de Sociología". Fondo de Cultura Económica, México, 1966, p.18, voz "asociación diferencial")

- ii. Delincentes instrumentales de bajo compromiso criminal: el ratero de tienda ocasional, el violador de tránsito, el criminal de cuello blanco y algunos asesinos.
- iii. Delincentes expresivos de alto compromiso criminal: algunos asesinos y algunos delincentes sexuales, y finalmente,

Tabla N° 1: Escuelas de Criminología

Escuela	Año	Contenido de la explicación	Métodos
Clásica-neoclásica	1775	Hedonismo	Sofá
Cartográfica	1830	Ecología, cultura, composición de la población	Mapas, estadísticas
Socialista	1850	Determinismo económico	Estadísticas
Tipológica			
1. Lombrosiana	1875	Tipo morfológico, delincuente nato	Clinica, estadísticas
2. Test Mentales	1905	Debilidad mental	Clinica, tests, estadísticas
3. Siquiátrica estadísticas	1905	Psicopatía	Clinica,
Sociológica y trabajo socio psicológica	1915	Procesos grupales y sociales	Clinica, en terreno, estadísticas

- iv. Delincentes expresivos de bajo compromiso criminal: mayoría de asesinos, patricidas, homicidas de gente cercana y algunos delincentes sexuales.¹³
- En la tabla N° 1 puede verse la presentación que Sutherland¹⁴ hace de las escuelas de criminología.

En estas clasificaciones se aprecia lo cambiante y movetizo que es la conducta desviada y la dificultad de explicar en forma coherente este fenómeno. Las explicaciones sobre el mismo seguirán desarrollándose cada vez más a medida que la información sobre los fenómenos criminales aumente. Habrá que esperar estos nuevos desarrollos para entender cómo prevenir las conductas criminales y dar pautas a la sociedad, sus representantes y, especialmente, a los jueces, que permittan adoptar una estrategia coherente a este respecto. Explicaremos a continuación la figura del juez que se conecta con la definición del fenómeno criminal en forma determinante y crucial.

C. El juez y el Derecho.

La figura del juez es tremendamente compleja y representa el aspecto más difícil en la teoría legal. Ya dijimos antes que el público percibe el derecho como algo asociado a la policía, los tribunales y los jueces.

13 Chambliss, William J., "Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions", 1967 "Winconsin Law Review", 701. Reproducido en Friedman, Lawrence M. y Marschall, Stewart, "Law and the Behavioral Science", The Bobbs Merrill Company, Inc., 1969, pp. 277ss.

14 Sutherland, Edwin H., y Cressey, Donald R., "Criminology", J. B. Lippincott Company, 1ª ed. 1924, 8ª ed. 1970, p. 49.

00000

Ahora, retomamos la idea expresada en el punto anterior sobre la conexión entre los jueces y la conducta desviada y el fenómeno criminal. Respecto de este punto, es bueno aclarar desde ya, que son precisamente los jueces los que en definitiva en nuestra sociedad contemporánea, definen quiénes son víctimas y quiénes criminales.

En la sociedad contemporánea los jueces actúan como funcionarios del Estado. El juez es miembro de una organización estatal, el poder judicial, los tribunales. En esta organización, los superiores de la jerarquía burocrática influyen en cómo los jueces inferiores ven el derecho. Los colegas jueces funcionarios también influyen en sus resoluciones y actitudes en la forma como el juez ve el derecho. Además, la legislación normalmente proporciona al juez un programa acerca de cómo debe actuar. La doctrina legal que desarrollan jueces escriben acerca del derecho también influye en la conducta judicial. También influyen sobre el juez, las partes, los grupos influyentes, la familia, los amigos y conocidos del juez. El grupo de referencia al que miran los jueces cuando piensan en el derecho es normalmente la clase media alta, porque ésta es la clase a la que ellos así siempre pertenecen. Por otra parte, generalmente la personalidad de los jueces es desde un punto de vista psicológico más bien reposada y con apego a la vida tranquila y a los libros. De allí podemos concluir que la actitud de los jueces ante la vida es generalmente conservadora.¹⁵

Existe una gran discusión contemporánea acerca del papel de los jueces en una sociedad democrática. De esta discusión se deriva objeción contra mayoritaria o anti-democrática que se ha esgrimido contra la interpretación de la ley y de la constitución que hacen

los jueces. Algunos autores postulan como justificación el resguardo de valores e intereses de largo plazo que realizan los jueces cuando interpretan la constitución. Según ellos la corte realiza la función de servir como símbolo místico, resguardando valores sociales importantes al combinar el pasado, el presente y el futuro mediante la armonización legal y constitucional.¹⁶ Otros autores creen que la interpretación judicial de la ley y la constitución se justifica sólo cuando está destinada a obtener más participación de los ciudadanos en el proceso democrático, asegurando judicialmente procedimientos equitativos para todos. Según esta posición, la corte no puede afectar decisiones políticas determinadas, porque esto sólo puede hacerse mediante el juego democrático.¹⁷

Hoy en día, estas discusiones son relevantes tanto en países anglosajones como en países de derecho continental, porque en estos últimos ha habido grandes cambios a partir de la segunda mitad de este siglo debido a la influencia legal y constitucional norteamericana. Por ejemplo, en casi todos los países de derecho continental se han creado tribunales constitucionales que separados de la judicatura ordinaria tienen el poder de interpretar la Constitución y dirimir conflictos entre poderes del Estado. Al introducir la interpretación judicial de la constitución en los países de derecho continental se ha producido la 'constitucionalización' del derecho común y el aumen-

16 Bickel, Alexander, "The Least Dangerous Branch" Yale University Press, New Haven, 1966, pp. 1 a 29.

17 Ely, J.: "Democracy and Distrust", Cambridge, 1980, p. 181. Las referencias que hacemos a lo largo de este trabajo se refieren, general, a la literatura anglosajona. En este tema, sin embargo, para un panorama de los problemas que preocupan a la ciencia jurídica alemana, así como para obtener un excelente panorama bibliográfico, Vid Simon, Dieter: "La Independencia del Juez", Ed. Ariel, Barcelona, 1985.

to consiguiente del poder y la discrecionalidad de los jueces. Chile no es una excepción en esta materia.¹⁸

D. El abogado y el Derecho.

La función del abogado en nuestra sociedad contemporánea, al igual que la del juez, está sometida a un serio escrutinio y ha generado una gran polémica. El modelo del abogado tradicional, que privilegia la oralidad de una retórica forense vacía está muy despreciado. A pesar de este desprestigio, el abogado ocupa un lugar relevante entre las profesiones, pero la desconfianza por su incompetencia profesional y su falta de principios éticos es creciente.

La sociedad moderna ha alterado los modelos profesionales. La complejidad y sofisticación moderna hacen difícil concebir una profesión liberal sin que ésta contenga diversas formas de especialización. Hoy en día los abogados, como dicen Hart y Sachs¹⁹, son "arquitectos de estructuras sociales." Los abogados son diseñadores de diferentes combinaciones posibles dentro del marco legal que impone el sistema jurídico. Por ejemplo, el abogado redacta contratos, estatutos sociales, testamentos, reglamentos, etc. En todos ellos el abogado debe prevenir las circunstancias sobrevinientes y la eventual conducta de diferentes actores y proyectar con el trasfondo del orden jurídico, un esquema que encauce los efectos, las circunstan-

18 Cfr. Capallí, R.C., en Comen, Juan Ignacio: "La defensa de los individuos una tarea pendiente." "El Mercurio", Santiago, 21 de abril de 1988, p. A2. Ver también Ruiz-Tagle, Pablo: "Análisis Comparado de la Función Judicial", en "Estudios Públicos", revista del Centro de Estudios Públicos, N° 39, invierno de 1990, pp. 131 a 164.

19 Seguimos de cerca a Nino, Carlos Santiago: "Introducción al Análisis del Derecho." Ed. Ariel, Barcelona, 1986, p. 7. Ver también Gyamaili, G.: "Las Profesiones Dilemas de Conocimiento y Poder", Ediciones Universidad Católica, Santiago, 1987 y Figueroa, Gonzalo et al.: "Derecho y Sociedad", Corporación de Promoción Universitaria, 1978.

cias y las posibles acciones futuras de todas las partes que intervienen en estos acuerdos. También se advierte esta actividad constructiva-positiva de los abogados cuando contestan consultas a los clientes acerca de las posibilidades de acción que da el derecho vigente.²⁰

Ahora bien, cuando los abogados llevan litigios ante los tribunales su actividad tiene un carácter defensiva-negativa, porque su función o rol social consiste en litigar y presentar ante los jueces la explicación más favorable a su representado que sea compatible con el sistema jurídico. En este caso, el abogado se proyecta hacia el pasado y no hacia el futuro buscando justificaciones para las acciones y los modos de proceder de su cliente.

Tanto en su aspecto constructivo-positivo, como en su aspecto defensivo-negativo, el derecho se presenta para el abogado como un dato más o menos fijo y difícil de modificar en el corto y mediano plazo. Las normas jurídicas son para el abogado algo parecido a lo que son las leyes de la perspectiva para un pintor, o las leyes de resistencia de materiales para un ingeniero o un arquitecto. Esto quiere decir que las normas legales constituyen un límite para las alternativas posibles y los cursos de acción recomendables desde un punto de vista profesional, como también para las consecuencias que de las mismas se derivan. Es bueno hacer presente que también en nuestra tradición jurídica existen los denominados juristas, cuyo análisis del derecho tiene un carácter menos instrumental y pragmático y consiste en estudiar el derecho por sí mismo, sin una finalidad inmediata y práctica.

En fin, si se comparan las características principales de la labor del abogado, tanto en su aspecto constructivo-positivo, como

20 Cfr. Nino: "Introducción al ...", op. cit. en nota 19, p. 7.

00051

en su aspecto defensivo-negativo, con la actividad del jurista, puede decirse que estas labores son muy parecidas a las de un traductor. En efecto, el abogado es un traductor del sistema jurídico para propósitos positivos de construcción, comunicación y cooperación entre las personas, y cuando actúa en forma defensiva lo que se pretende es argumentar para que el juez comprenda en idioma legal la posición de su representado. En cambio, en el caso del jurista, la analogía del traductor se explica no ya en términos instrumentales, sino como un análisis del lenguaje legal por sí mismo, en su gramática, fonética y lingüística. El jurista es entonces como un lingüista.

E. El político, el legislador y el Derecho.

Desde la perspectiva del político el derecho aparece como un instrumento flexible que permite obtener ciertos efectos de tipo cultural, económico, de poder y de cambios en la sociedad. Por ejemplo, desde una perspectiva política el derecho puede funcionar como un agente motivador de propaganda para que la gente se comporte de una manera determinada y esto al político obviamente le interesa. También el derecho puede servir para poner obstáculos a ciertas conductas que el político desea desincentivar. Por ejemplo, pueden crearse obstáculos legales a la realización de ciertas conductas, activar la burocracia legal en contra de conductas no queridas, enviando inspectores municipales, de impuestos, funcionarios de todo tipo, etc.

Asimismo, el derecho puede servir para activar el cambio social, imponiendo normas jurídicas que manifiesten esquemas ideológicos y valorativos determinados. Por eso, es corriente que en la sociedad moderna la política además de realizarse por escrito, esto es, en forma escriturada, consista fundamentalmente en proponer medidas de carácter jurídico para mantener un cierto status quo o

bien para reformarlo.²¹

Por su parte, la legislación es una actividad tremendamente compleja en nuestra sociedad contemporánea. En nuestros días, la legislación está directamente ligada a la política y se diferencia de ésta porque la legislación se supone que es más general, imparcial, neutral y futurista. A partir del siglo XIX la legislación es la suprema forma de producción del derecho, incluso en los países anglosajones donde las sentencias judiciales y los precedentes que se extraen de ellas son también fuentes del derecho. Sin embargo, es bueno tener en cuenta que hoy en día presenciarnos la decadencia progresiva de la legislación y el deterioro de su pretensión generalista, futurista, imparcial y neutra. El derecho se produce principalmente por la vía administrativa predominando la producción legal que realiza el ejecutivo.

Esta decadencia de la legislación como fuente del derecho afecta el principio de la separación de las funciones del poder y complica la operación del derecho desde un punto de vista democrático. Si resulta que no son los representantes del pueblo elegidos democráticamente los que legislan, y en cambio producen el derecho una casta de burocratas, es difícil que el derecho no sea más que una agrupación de reglamentaciones que favorecen intereses particulares. La legislación es difícilmente general, imparcial, neutral y futurista, porque surge como efecto de presiones de grupos particulares y pierde así su carácter general e imparcial.²²

21 Weber, Max: "Bureaucracy and Law", en Gerth, H.H. y Wright Mills, C.: "From Max Weber", Galaxy Book, 1958, pp. 216 a 221.

22 Hryak, F.: "Las Fundamentos de la Libertad" Unión Editorial, S.A., 3ª ed., Madrid, 1980, pp. 320 a 339. Ver también el concepto de mercantilismo y su influencia en el derecho en De Soto, Hernando: "El Oro Sendero", Ed. Sudamericana, Colombia, 1987.

VI. Desarrollo de la dogmática y la ciencia del Derecho

Tal como en el pasado, en nuestros días, el derecho es un objeto que presenta grandes dificultades para su conocimiento, porque toda explicación que demos del mismo compromete en forma muy directa al sujeto que la expresa. Tanto la ciencia del derecho propiamente tal o dogmática jurídica, como la sociología jurídica, la filosofía legal, el análisis económico del derecho, la antropología jurídica, etc. y todas las formas y métodos de conocimiento del derecho, presentan esta dificultad de compromiso entre el sujeto que explica lo jurídico y lo jurídico en sí mismo.

De lo anterior se desprende que las hipótesis o explicaciones científicas que se refieren al derecho, cuando son combinadas unas con otras y se transforman en teorías sobre el derecho, son generalmente provisionales, subjetivas y de difícil verificación. Como muestra de estas afirmaciones mostraremos un modelo sobre el derecho en una sociedad contemporánea que nos ha parecido especialmente interesante y que propone Klaus Adomeit.²³ En este modelo se combinan las formas de producción del derecho más significativas en la sociedad contemporánea. El modelo que propone Adomeit para explicar el derecho en una sociedad contemporánea combina cuatro elementos, con los cuales se intenta contestar a la pregunta clásica sobre qué es el derecho:

- a) Leyes o legislación;
- b) Los tribunales y las decisiones judiciales;
- c) La opinión pública y la opinión del pueblo sobre el derecho y,
- d) La dogmática jurídica.

²³ Adomeit, Klaus: "Introducción a la Teoría del Derecho", Ed. Civitas, Madrid, 1984.

Adomeit en su obra plantea la tesis que no existen otros factores generadores del derecho que los cuatro elementos interrelacionados antes indicados. También plantea la idea que es indiferente desde el punto de vista del conocimiento del fenómeno jurídico el punto a partir del cual se comienza a reunir información sobre el derecho. En efecto, el conocimiento del derecho puede surgir a partir del estudio de las leyes, las decisiones judiciales, la opinión pública o la dogmática jurídica. Por eso, el modelo de Adomeit lo hemos llamado la 'caja negra' del derecho, porque tal como el dispositivo electrónico que registra los sonidos de una aeronave y que nos permite escuchar también nuestras propias voces, el modelo de Adomeit es un esquema de análisis que nos ayuda a tener siempre presente nuestro punto de observación del fenómeno jurídico.

En todo caso, discrepamos de Adomeit en su idea de que el punto de partida para conocer en forma coherente y sistemática el sistema jurídico es indiferente. En este trabajo se postula al menos provisionalmente que el punto de partida más comprensivo y adecuado para el estudio del derecho, es el que nos ofrece la dogmática jurídica o ciencia del derecho. En un sistema jurídico de derecho civil y continental como el que rige en nuestro país, tal como lo han resaltado diversos autores de derecho comparado, entre ellos Merlyman,²⁴ el erudito legal, el constructor de la dogmática jurídica, es quien ocupa el puesto más importante en nuestro sistema jurídico. Por eso, en los párrafos que siguen, analizaremos algunas ideas de dogmática jurídica, especialmente algunas ideas críticas que se han planteado frente a la posibilidad de hacer ciencia del derecho.

En efecto, Julius von Kirchmann, procurador del reino de Austria, influido por los escritos de Hume intentó desmentir el

²⁴ Merlyman: "La Tradición...", op. cit. en nota 1, cap. IX, p. 102.

carácter científico de la ciencia legal. Von Kirchmann afirmó que los hechos que son objeto de los estudios legales son cambiantes, y efímeros. Los juristas, según von Kirchmann, se ocupan de estudiar vacíos y lagunas, de lo equivoco, contradictorio y falso que hay en las leyes positivas. El objeto de la ciencia legal es la ignorancia, la desidia, la cambiante pasión humana. Es por eso dice von Kirchmann, que la ciencia legal, al hacer de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingente.²⁵

También sostuvo von Kirchmann que la ciencia legal, por estar dedicada principalmente a la legislación, se hace efímera y definitiva la ciencia del derecho depende del capricho del legislador. En y no puede pretender la búsqueda de lo real o permanente. Esto implica que la ciencia legal no podrá nunca efectivamente progresar ni tampoco cooperar al progreso general. En definitiva von Kirchmann objetiva la arbitrariedad del objeto sobre el que recae la ciencia legal, que deriva en la arbitrariedad de sus resultados, en la falta de progreso intrínseco de la ciencia legal y en la falta de cooperación al progreso general.²⁶

La verdad es que a través de la historia la situación de la ciencia del derecho ha variado. Es diferente la ciencia del derecho según el país al que se refiere y las ramas o partes del derecho que comprende. Sin embargo, a pesar de las críticas de von Kirchmann, existen sistemas jurídicos que comparan ciertos elementos así como tradiciones legales comunes, por ejemplo, en los países del continente europeo y también en aquellos países que derivan sus conceptos legales de ellos, hay ciertas actitudes y creencias comunes acerca

25 Latorre, Angel, "Introducción al Derecho", Ed. Ariel, Barcelona, 1981, pp. 93 e 113.
26 Ibid.

del derecho, ciencias técnicas de justificación similares, incluso existen ciertas soluciones comparadas.²⁷ Entre estos factores comunes que caracterizan la ciencia del derecho en nuestros días, encontramos los siguientes:

A. Adhesión dogmática al derecho positivo.

Esta idea característica de la ciencia del derecho implica aceptar como dogma la fuerza obligatoria del derecho positivo. Se acepta sin discusión la idea que el propósito de la ciencia legal es fundamentalmente describir el derecho vigente en un territorio determinado y que esta actividad se distingue claramente de aquella que implica proponer soluciones de mejora de ese mismo derecho. Esta idea no implica necesariamente una contradicción con la idea clásica de derecho natural que postula la existencia de un derecho que se apoya en la naturaleza de las cosas. Por ejemplo, el iusnaturalismo racionalista tuvo una influencia determinante en el desarrollo de la ciencia legal, con su idea de un derecho universal fundado en la razón humana, porque sirvió como modelo para organizar el caótico mundo de las costumbres locales, las ordenanzas de los príncipes y los señores feudales y todas las otras formas de expresión del derecho, antes que se desarrollara definitivamente la ciencia legal en el siglo XIX. El iusnaturalismo racionalista y la racionalización del derecho vigente, junto con el mayor auge del derecho producido centralmente por los monarcas, fueron los antecedentes inmediatos de la codificación, característica del derecho moderno. La codificación es quizás la mejor expresión de la adhesión dogmática al derecho positivo.

27 Nimó, "Introducción al...", op. cit. en nota 19, p. 331.

Por codificación entendemos la ordenación de una materia jurídica en una ley, en forma completa, sistemática, racional y ordenada en secciones, párrafos y artículos. Al ordenar el derecho en códigos se explican los motivos por los cuales se dictan las leyes. A partir de la codificación y el desarrollo de la ciencia del derecho en el siglo XIX surgieron diversas escuelas de análisis jurídico.²⁸ A continuación haremos una breve explicación de estas escuelas, que por no ser materia de este trabajo, no serán tratadas en profundidad.

i. Escuela de la Exégesis.

La Escuela de la Exégesis veía en la legislación la única fuente del derecho y en la voluntad del legislador el único criterio coherente de conocimiento, interpretación y aplicación del derecho. Esta escuela implicaba la subordinación del poder judicial y del poder ejecutivo al poder legislativo.

ii. Jurisprudencia de Conceptos o Conceptualismo Jurídico.

También surgió la escuela denominada Jurisprudencia de Conceptos o Conceptualismo Jurídico, que compartía con la escuela de la exégesis su adhesión a la ley como fuente principal del derecho, pero para salvar las incoherencias de la misma ordenaba el material legal racionalmente desarrollando conceptos legales. Esta escuela jurídica supone como petición de principios que el material legal es preciso, completo y coherente, y construyó combinaciones de conceptos fundamentales para explicar el derecho legislado. En esta escuela de ciencia legal se limita el papel del juez al conocimiento,

interpretación y aplicación de los conceptos legales manifestos en el derecho positivo, en los casos concretos que se someten a su conocimiento. El juez tiene un papel más activo que el que le concede la Escuela de Exégesis, pero está todavía limitado a la elaboración y comentario de los conceptos que se expresan en las leyes.

iii. Escuela del Derecho Libre.

Como una reacción a tanta limitación al papel del juez surgió la Escuela del Derecho Libre, que defendía la libertad del juez para crear el derecho con entera discrecionalidad. Esta posición doctrinal contrariaba la supremacía legislativa y colocaba al juez en un papel central como productor del derecho. Sin embargo, según esta concepción, el juez debe estar limitado por los valores predominantes en la sociedad.

iv. Jurisprudencia de Intereses.

Finalmente, también se desarrolló la Jurisprudencia de Intereses, esta última escuela estaba dedicada a evaluar los intereses en conflicto, latentes en las normas legales. La idea de esta escuela jurídica es sostener que el legislador al elaborar y desarrollar el derecho vigente cae en serias inconsistencias, creando en definitiva un derecho que en ninguna de sus partes es pacífico y libre de controversias, sino que por el contrario manifiesta una complicada pugna de intereses donde se agrupan toda clase de criterios distintos que sirven para organizar esta batalla de puntos de vista diferentes.²⁹

²⁸ En la exposición breve que sigue hemos usado a Perelman, Chaim: "Lógica Jurídica y Nueva Rectoria", Ed. Civitas, Madrid, 1968, y también English, Karl: "Introducción al Pensamiento Jurídico", Guadarrama, Madrid, 1967.

²⁹ English: "Introducción...", op. cit. en nota 28.

Es importante resaltar que estas escuelas no han sido todavía superadas históricamente. Su influencia ha sido enorme en el desarrollo del derecho moderno y muchos problemas actuales son discutidos con argumentos elaborados por estas escuelas actuales son discutidos. Podemos afirmar que estas escuelas y sus seguidores siguen discutiendo en la actualidad, con la misma fuerza con que iniciaron sus controversias en el siglo XIX.

También es interesante hacer notar que estas escuelas, de origen continental, tienen importantes correlatos en el derecho anglosajón: escuela utilitaria, escuela del 'original intent', escuela realista, etc. Ello viene a fortalecer la idea de que cada corriente de pensamiento presenta argumentos para enfrentar problemas propios del derecho moderno, problemas que en verdad son comunes a diferentes sistemas jurídicos.

B. La idea del legislador racional.

Esta idea o mito jurídico informa toda la ciencia del derecho e implica analizar las normas legales como si fueran el producto de un ente u órgano, que además de ser único es impercedero, consciente, omnisciente, siempre operativo, generalmente justo, coherente, comprensivo y preciso. Este mito jurídico tiene como función preservar la idea que el derecho y el sistema jurídico sea visto como un producto siempre perfectible, que puede ser siempre mejorado en términos racionales.

C. Otras técnicas dogmáticas.

La ciencia del derecho también se construye organizando los materiales jurídicos de acuerdo a las siguientes técnicas dogmáticas:
a) principios, por ejemplo la autonomía de la voluntad o la libertad

en materia contractual. También se organizan las materias legales de acuerdo a b) teorías, que son explicaciones dogmáticas de un área o parte del derecho y que se desarrollan para organizar racionalmente las normas que a ella se refieren. Los principios y teorías, en la ciencia del derecho, sirven para inferir nuevas normas aunque no estén expresamente contempladas en el derecho vigente, tal como por ejemplo sucede con la teoría de la posesión inscrita, que da coherencia a un problema que surge de una antinomia entre normas jurídicas contradictorias.

Ahora estudiaremos algunos conceptos jurídicos donde podemos apreciar cómo los factores con que opera la dogmática jurídica intentan organizar sistemáticamente un área de la realidad a que se refiere el derecho.