

THOMSON REUTERS
LA LEY

**UNA VIDA EN LA UNIVERSIDAD DE CHILE:
CELEBRANDO AL PROFESOR
ANTONIO BASCUÑÁN VALDÉS**

COORDINADORES
PABLO GREZ HIDALGO
JAVIER WILENMANN VON BERNATH
PABLO FUENZALIDA CIFUENTES

COMITE EDITORIAL

FERNANDO ATRIA LEMAITRE	JULIÁN LÓPEZ MASLE
RODRIGO CORREA GONZÁLEZ	LUCAS SIERRA IRIBARREN

LEGALPUBLISHING



THOMSON REUTERS

ÍNDICE

	Página
EL PROFESOR ANTONIO BASCUÑÁN VALDÉS..... <i>Natalia Roa Vial</i>	1
ALGUNOS CONCEPTOS DE DERECHO PUESTOS EN LÍNEA..... <i>Agustín Squella Narducci</i>	15
SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO CONS- TITUCIONAL <i>Rodrigo P. Correa González</i>	55
LEGISLACIÓN, JURISDICCIÓN, ADMINISTRACIÓN..... <i>Fernando Atria Lemaitre</i>	77
UNA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO A PROPÓSITO DE LA POSICIÓN DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO <i>Daniela Accatino Scagliotti</i>	187
INTERPRETACIÓN, CONJETURA Y VALIDACIÓN..... <i>Fernando Quintana Bravo</i>	209
EL MITO DE DOMAT..... <i>Antonio Bascuñán Rodríguez</i>	263
INTERPRETACIÓN DE REGLAS JURÍDICAS POR REFERENCIA A SU ORIGEN <i>Javier Wilenmann von Bernath</i>	351
MERECIMIENTO, DISTRIBUCIÓN Y TEODICEA. EL DERECHO PENAL EN LA TEORÍA RAWLSIANA DE LA JUSTICIA <i>Juan Pablo Mañalich Raffo</i>	389

UNA VIDA EN LA UNIVERSIDAD DE CHILE: CELEBRANDO AL PROFESOR ANTONIO BASCUÑÁN VALDÉS
© UNIVERSIDAD DE CHILE
2013 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 2510 5000 • www.legalpublishing.cl
Registro de Propiedad Intelectual N° 236.224 • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - 446 - 7
1ª edición enero 2014 Legal Publishing Chile
Tiraje: 500 ejemplares
Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

LA LEY
ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

Página

TAN LEJOS, TAN CERCA: LA PROFESIÓN LEGAL Y EL ESTADO EN CHILE	417
<i>Lucas Sierra Iribarren</i>	
<i>Pablo Fuenzalida Cifuentes</i>	
REGLAS SOBRE BUENAS PRÁCTICAS EN LA PROFESIÓN DE ABOGADO. NOTAS A PROPÓSITO DEL CÓDIGO DE ÉTICA DE 2011 DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE.....	471
<i>Enrique Barros Bourie</i>	
LA DEFENSA DEL “CULPABLE” EN LA ÉTICA PROFESIONAL DEL DEFENSOR PENAL.....	499
<i>Julián López Masle</i>	
JURISPRUDENCIA ACERCA DEL RECONOCIMIENTO EN CHILE DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS	539
<i>Jaime Irrazábal Cobarruvias</i>	
QUE LOS TIEMPOS NO ALCANCEN A LA FACULTAD. LOS ESTUDIANTES Y LA REFORMA DE PLANES Y PROGRAMAS DEL AÑO 2002 EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE.....	551
<i>Isabel Arriagada Gajewski</i>	
LA JERARQUÍA Y EL EFECTO DIRECTO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO	583
<i>Ximena Fuentes Torrijo</i>	
PROLEGÓMENO A UNA NUEVA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO TRIBUTARIO	619
<i>Francisco Soffie Gatica</i>	
PENSAR EL DERECHO	643
<i>Pablo Ruiz-Tagle Vial</i>	



elusión fiscal. Las teorías del derecho tributario disponibles hoy descansan en una noción puramente instrumental (económica) de los tributos. De esta forma, el gobierno recauda ingresos fiscales para la materialización del gasto público. El ciudadano deviene contribuyente sólo una vez que surge la obligación jurídica al cumplirse con las condiciones del hecho gravado. Una interpretación formalista de estas normas es el brazo armado de estas teorías. El problema de las teorías interpretativas sustantivas del derecho tributario hasta ahora disponibles es que asumen la función económica de los tributos como su única función. Así, si el contribuyente demuestra que la estructura tributaria de la operación no está motivada por fines elusivos, nada puede hacerse para que el monto de su contribución sea el originalmente buscado por la ley. Si entendemos en cambio el derecho tributario a la luz de la teoría que aquí comienzo a esbozar, creo que es posible defender lo siguiente: el ciudadano, *per se*, tiene la obligación de contribuir. Quienes utilizan el derecho tributario para sus propios fines reifican⁶⁰ a sus conciudadanos, negándoles el reconocimiento debido. En una nueva teoría general del derecho tributario, lo que hoy conocemos como “obligación tributaria” en la parte general del derecho tributario sólo tendría por finalidad determinar el *quantum* de la contribución (no su surgimiento).

Una interpretación sustantiva del derecho tributario requerirá entonces que seamos capaces de reinterpretar la forma en que los distintos tributos dan forma a nuestras decisiones constitutivas. Esto nos permitirá resolver el problema de la elusión porque no habrá espacio para ella; entonces seremos capaces de cumplir con la ley. Antes de esto, claro, todavía queda trabajo por hacer.

PENSAR EL DERECHO

PABLO RUIZ-TAGLE VIAL*

El año 1977, el autor de este texto ingresó como alumno a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y cursó el ramo Introducción al Derecho con el profesor Antonio Bascuñán Valdés. Ese mismo año había asumido por designación de la dictadura militar el Decano Hugo Rosende, y el ambiente de la Facultad estaba marcado por el autoritarismo, la delación y la sospecha. El profesor Bascuñán representaba la oposición al Decano Rosende y su curso, con un marcado tinte académico, lo dividía en tres materias principales. La primera, inspirada en la obra de Hans Nawiasky, se refería al estudio de las normas jurídicas; la segunda, con gran influencia de Hans Kelsen, se refería al estudio del sistema jurídico; y la tercera, orientada a la explicación del Derecho positivo chileno, trataba las fuentes del Derecho y una referencia general a la ética profesional del abogado en nuestro país. Al término del curso, el profesor Bascuñán preguntó a los alumnos qué sugerencias críticas podían hacerse a su cátedra. Recuerdo que junto con agradecerle su trabajo académico y solicitar que pudiese integrarme a su grupo de ayudantes, le comenté que en su curso debían mostrarse otras formas de entender el Derecho, y no sólo fundar toda la explicación de un modo predominante en la obra de Hans Kelsen.

⁶⁰ La idea de reconocimiento tiene uno de sus principales exponentes en el trabajo de George Lukács, véase LUKÁCS, G., *History and class consciousness* (Cambridge, Mass: The Mit Press, 1968), en especial pp. 83-222. El trabajo de Lukács ha sido críticamente revisado y destacado por Axel Honneth en *Reification. A new lock to an Old Idea* (Oxford: Oxford University Press, 2088), véase especialmente pp. 52-63 y 75-85. Por razones de espacio no puedo profundizar la explicación de cómo ocurría, en el derecho tributario a través de la fusión, el olvido del reconocimiento que supone la reificación. Esta explicación requiere defender una interpretación del derecho tributario como una práctica con un bien interno (reconocimiento) y la elusión como una forma de poner en riesgo ese reconocimiento en que se funda la práctica.

* El autor de este trabajo fue ayudante del profesor Antonio Bascuñán Valdés desde 1978 y hasta 1987. Es abogado y profesor titular de la cátedra de Introducción al Derecho y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Máster y Doctor en Derecho de la Universidad de Yale. Algunas de las ideas de una versión parcial y preliminar de este trabajo fue expuesto en el seminario doctoral de la Universidad Pompeu Fabra en Barcelona, España, en el mes de octubre del año 2012 ante los profesores Jorge Malem, Marisa Iglesias y José Luis Martí entre otros.

A partir de 1978 nos comenzamos a reunir con Miguel Luis Amunátegui, Ricardo Ferrada, Francisco Gazmuri, Juan Ignacio Correa y Emilio Cousiño, entre otros, en las oficinas profesionales de Antonio Bascuñán. En la Facultad no nos dieron acceso a ninguna sala y por eso tuvimos que leer en forma privada, en esos días de oscuridad y autoritarismo, la obra de Hans Kelsen, Alf Ross y Karl Olivecrona. Luego de su llegada de Alemania se incorporó a este grupo Enrique Barros y leímos la obra de H.L.A. Hart. Enrique sugirió también leer a Arnold Gehlen, F.A. Hayek y Konrad Lorenz entre otros.

A mediados de los años ochenta, junto con Natalia Roa y Lucas Sierra, seguimos ayudando al profesor Antonio Bascuñán Valdés, y al alero de su curso preparamos un conjunto de materiales referidos al estudio y la explicación sobre los valores y uso e identificación de métodos en la teoría ética y jurídica, para lo cual nos basamos en los trabajos de Abraham Edel, entre otros.

A finales de los años ochenta, el profesor Antonio Bascuñán decidió retirarse de la cátedra de Introducción al Derecho y concentrar su trabajo académico en el curso dedicado al estudio de la Profesión Jurídica. Recordando que junto con Lucas Sierra y Natalia Roa irrumpimos en su clase y le hicimos un breve homenaje al regalarle el libro *Maremoto* de Pablo Neruda, comparando la alteración profunda y violenta de las aguas en qué consiste el fenómeno natural marítimo, con el cambio profundo y pacífico que habían provocado las enseñanzas del profesor Bascuñán Valdés en cada uno de nosotros. En su nuevo curso de profesión jurídica trabajó con Lucas Sierra y Julián López y dedicó sus actividades académicas a producir estudios empíricos sobre la profesión de abogado y los jueces¹.

El profesor Bascuñán Valdés en todas sus actividades académicas ha sido sobrio, riguroso, gentil y ordenado en la expresión de sus ideas y firme en sus convicciones, pero tolerante en la expresión de las ideas diversas a las suyas. A principios de los años noventa dictó una conferencia en que expone la cuestión de la desobediencia civil del Obispo Valech y defiende

¹ Entre los trabajos empíricos de Bascuñán Valdés ver, A: *Judicatura de primera instancia: algunas indagaciones* (Santiago: Corporación de Promoción Universitaria, Proyecto de Capacitación, Gestión y Política Judicial, Serie Estudios N° 2, 1993). Algunas conclusiones de estos estudios en RUIZ-TAGLE, P.: *Derecho, Justicia y Libertad* (México: Fontamara, 2002) p. 26.

su derecho en conciencia de negarse a entregar las fichas de la Vicaría de la Solidaridad al fiscal militar Torres Silva, pero al mismo tiempo no dudó en cuestionar la ilegalidad de esta decisión. Esta argumentación inspirada en la obra de Immanuel Kant y de Hans Kelsen era objeto de controversia entre nosotros².

En 1988, al regreso de mis estudios de posgrado, conocí a Rodrigo Correa y Fernando Atria, que habían sido alumnos del profesor Bascuñán Valdés y se habían incorporado como sus ayudantes. Ese mismo año, tuve mi primer curso de Introducción al Derecho en una universidad privada y comencé a preparar mis apuntes de clases para su publicación. Me propuse criticar la visión "monofónica" que identificaba toda la teoría del Derecho con la obra de Hans Kelsen. La publicación de mis apuntes de clases fue precedida de un prólogo muy elogioso escrito por el profesor Antonio Bascuñán Valdés. En esta tarea me ayudaron Rodrigo Correa, que trabajó en la sección dedicada a los conceptos jurídicos fundamentales; y Fernando Atria, en la exposición del sistema jurídico, para lo cual se basó en la obra de Joseph Raz. El libro que se dio a conocer con el título *Revisión Crítica del Derecho*, junto con explicar las ideas de Jeremy Bentham, John Austin, H.L.A. Hart y Ronald Dworkin sobre el sistema jurídico, incluyó además secciones dedicadas a la ciencia del Derecho, explicaciones fundadas en el análisis económico del Derecho y los estudios legales críticos hasta entonces desconocidos en Chile. Concluía con una sección sobre el iusnaturalismo y positivismo jurídico. Se trataba de un texto que continuaba las conversaciones de teoría del Derecho que se habían iniciado en el curso del profesor Antonio Bascuñán Valdés.

Durante el periodo 1998 y hasta el 2002, Antonio Bascuñán Valdés fue Decano de la Facultad de Derecho, y durante su mandato se implementó un cambio en los estudios de la Facultad, adoptando un régimen semestral, una reforma curricular y potenciando la investigación, que incluyó la creación del Doctorado en Derecho y otras iniciativas de gran importancia para la Facultad. En toda su vida académica ha sido una persona que ha tenido gran influencia sobre la formación de nuevos profesores, y se ha integrado con sus colegas participando en el Directorio de la Sociedad Chilena de Filosofía

² Ver críticas en Ruiz-Tagle, P.: "Enrique Barros: Derecho y Moral; Antonio Bascuñán: Derecho y Moral; Agustín Squella; Derecho y Moral. ¿Tenemos Obligación de Obedecer el Derecho?", en *8 Anuario De Filosofía Jurídica y Social* (1989), pp. 477-481.

Jurídica y Social, que el año pasado le rindió un merecido homenaje en la Universidad de Valparaíso.

Otra forma de influencia de las ideas del profesor Bascuñán Valdés se manifestó en el curso de Introducción al Derecho que impartió conjuntamente Antonio Bascuñán Rodríguez con el suscrito. En ese curso se analizó en su primera parte conceptos básicos del Derecho, luego identificación, interpretación y aplicación del Derecho y finalmente profesiones vinculadas al Derecho. Este curso era anual y se dictó una sola vez el año 2000 en la Universidad de Chile.

He querido resumir en estas líneas iniciales algunos de los recuerdos que tengo de la muy significativa influencia recibida de parte del profesor Antonio Bascuñán Valdés, y en ningún caso he pretendido ser exhaustivo. Ahora, en lo que sigue como parte de este homenaje quiero exponer ante los pacientes lectores algunas ideas sobre lo que debe significar pensar el Derecho, que es lo que aprendimos del profesor Bascuñán, en un contexto cultural e histórico determinado. Expondré también formas diversas de pensar el Derecho que exceden la ciencia del Derecho o dogmática jurídica, tales como los fundamentos o paradigmas en que se fundan el análisis histórico del Derecho, el análisis sociológico del Derecho, el análisis legal crítico, el análisis económico del Derecho, el análisis feminista del Derecho, el análisis literario del Derecho, etc. No pretendo resumir en un proyecto enciclopédico todas las formas de pensar el Derecho, y estoy cierto que el profesor Bascuñán Valdés puede tener muchas objeciones respecto de mi forma de entender los fenómenos jurídicos.

1. EL PUNTO DE PARTIDA DEL ESTUDIO DEL DERECHO EN CHILE

El estudio del Derecho debe tener como punto de partida una reflexión sobre un tiempo y lugar determinado. Al ser el Derecho una construcción humana se vincula a un sistema social y económico; en definitiva, a una sociedad que se sitúa históricamente y en una cultura específica.

De lo anterior concluimos que comenzar nuestro estudio sobre el Derecho en nuestro país implica preguntarnos por su origen y por sus sucesivos intentos de fundación y consolidación. Algunos proponen que Chile existió con fuerza propia en los pueblos prehispánicos. Eso explicaría por

ejemplo la dificultad de los españoles de conquistar su territorio. Las tesis que atribuyen la identidad de nuestro origen al mestizaje indígena español también han sido propuestas en otros países por autores tan afamados como Octavio Paz en el caso de México, que da cuenta de este punto de vista en su famoso ensayo *El Laberinto de la Soledad*. Otros proponen que Chile se constituye como tal en el estado colonial español, también denominado indiano, como es el caso de Mario Góngora.

Debemos reconocer que al menos el origen del nombre de nuestro país es un tanto misterioso, tal como nos lo describe Benjamín Vicuña Mackenna³, lo que es expresión de la influencia latente de nuestro pasado indígena. Chile sería derivación de un nombre aborigen prehistórico, posiblemente el de un cacique anterior a la conquista de los Incas y a la de los europeos. La idea de Vicuña Mackenna es que el origen del vocablo Chile es más bien chileno-indígena y no se le puede dar una significación precisa, por existir otros semejantes en el quechua y en otros lugares de América. Al parecer, inicialmente se usó para la designación de un valle especial por el nombre de un famoso cacique que lo habitó, pero el uso popular conservó y generalizó este nombre, pese a los esfuerzos oficiales para reemplazarlo por denominaciones convencionales de la Península. Y, por supuesto, esta influencia no se vio sólo en el nombre sino también en su población, enormemente heterogénea, desde indios a extranjeros, con hábitos, formas de vida y niveles económicos y de estudio radicalmente desiguales. Otra cuestión que Vicuña Mackenna sugiere es la dificultad de establecer el origen y los efectos de la conquista. Es de notar a este respecto que Almagro habría encontrado en su expedición a un español Barrientos que se le habría anticipado.

Otra idea importante que surge de los escritos de Vicuña Mackenna es que para entender el Derecho chileno es siempre necesario tener en cuenta la tensión que existe entre la esfera de lo público y lo privado. Las ilustraciones sobre la forma de los nacimientos, la vida cotidiana y doméstica, los matrimonios, la educación y las formas de entretenimiento colonial que él describe nos parecen de una curiosa proximidad contemporánea. El comercio, la propiedad, la familia también son parte del Derecho y pertenecen a la esfera de lo privado.

³ Se usa Vicuña Mackenna, B.: "Del Origen del Nombre de Chile", en B. VICUÑA MACKENNA, *Benjamín Vicuña Mackenna, Páginas Escogidas* (Santiago: Editorial Universitaria y Biblioteca Nacional, 1986; 1877), pp. 56 y 57.

Estos temas son más reacios a la influencia de los principios republicanos. Lo que no quiere decir que no exista influencia republicana alguna sobre esfera de lo privado y lo doméstico, ya que el propio Vicuña Mackenna se encarga de explicar cómo al menos en la esfera de la educación, los maltratos físicos de los profesores hacia los alumnos disminuyeron con el Reglamento de Escuelas que propone Manuel de Salas a partir de la época republicana⁴.

La idea del origen y la identidad, que aquí se propone para conocer nuestro Derecho, coincide con la de un Chile republicano que se forma en sus primeras expresiones alrededor de 1810, y con problemas se asienta progresivamente hacia 1818 y en la que su forma más completa queda representada en la Constitución de 1828. Desde este punto de vista, Chile no ha existido siempre del mismo modo, porque antes de 1810, en el periodo de la Reconquista, y durante los gobiernos de facto que se dan entre 1924 y 1932 y desde septiembre de 1973 hasta marzo 1990 inclusive, no existe en nuestro territorio expresión de los ideales republicanos. A partir de 1810, y como se ha planteado, estos ideales adquieren un cierto aspecto de mayor continuidad, al menos en la esfera de lo público, que por cierto no siempre excluye totalmente la esfera de lo privado. Nuestro país en esta propuesta se expresa de un modo más completo en un proyecto político republicano.

La idea de República tiene su origen en una concepción contraria a la monarquía, pero se desarrolla hacia un patrón mucho más complejo y completo. Este incluye la idea clásica que el gobierno debe ser un gobierno de leyes y no de voluntades arbitrarias de personas; que debe existir un esfuerzo por dar libertad a los ciudadanos; que no debe existir dominación; que se separen las funciones del poder político; y que haya participación y protección de los grupos minoritarios, lo que también implica combatir las concentraciones excesivas de poder público y privado y de riqueza. Solo esto justifica a la autoridad del Estado de Chile en su acción. El Estado adquiere importancia para el republicanismo en la medida que promueva la libertad y la igualdad, particularmente en ciertas áreas como la educación, la salud y la previsión social.

El republicanismo defiende precisamente la noción de libertad. Pero esta no es la de una libertad negativa, mera ausencia de interferencias de la autoridad respecto de los ciudadanos. La libertad que defiende el repu-

⁴ *Ibid.*, p. 75.

blicanismo es ausencia de dominación. Un presupuesto de ésta supone la participación del Estado, que a veces debe interferir para librarnos de la dominación. Las formas de la libertad negativa que defienden los libertarios, en su versión más extrema, busca precisamente la no interferencia estatal. El republicanismo, en cambio, enfatiza la interferencia estatal para evitar la dominación. No debe quedar la sociedad librada a los apetitos de dominación de algunos individuos.

Pensar el Derecho en Chile supone pensar el Derecho de la República de Chile. El patriotismo chileno ha de concebirse entonces como el vínculo que puede tener una persona con las instituciones republicanas que aseguran su libertad, igualdad y dignidad. Se trata de un patriotismo constitucional, no de un patriotismo nacionalista. Esta forma de patriotismo explica, por ejemplo, las circunstancias en las que una persona racional puede estar dispuesta a servir a su país. Estamos dispuestos a sacrificarnos para defender la democracia, dignidad, libertad y la igualdad que nos asegura de modo imperfecto el Derecho republicano. No estamos dispuestos a sacrificarnos para servir el confuso sueño de un dictador, o la hermosa abstracción de un territorio, o una población de características folklóricas especiales. Ni siquiera en todas las circunstancias los miembros de nuestra familia o nuestros vecinos son un motivo suficiente para entregar nuestra vida. La fuerza de las ideas del proyecto republicano atrae a muchas personas desde muy antiguo, y en nuestro país al menos desde la Declaración de Independencia de Chile, les ha hecho entregar su vida. Por eso no es exagerado decir que la idea de república es la idea político-jurídica más importante de nuestro país.

El documento de la Declaración de Independencia de Chile refleja muchas de las cuestiones que intentamos explicar. Se trata de un texto cuya existencia es expresión contra la violencia y la fuerza del dominio colonial y se erige como una forma jurídica que, paradójicamente, también se funda en una nueva fuerza sobre la cual se propone construir nuestro país. Dice la Declaración mencionada:

“La fuerza ha sido la razón suprema que por más de trescientos años ha mantenido al nuevo mundo en la necesidad de venerar como un dogma la usurpación de sus derechos y de buscar en ella misma el origen de sus más grandes deberes. Era preciso que algún día llegase el término de esta violenta sumisión: pero

entretanto era imposible anticiparla: la resistencia del débil contra el fuerte imprime un carácter sacrilego a sus pretensiones, y no hace más que desacreditar la justicia en que se fundan. Estaba reservado al siglo diecinueve el oír a la América reclamar sus derechos sin ser delincuente y mostrar que el período de su sufrimiento no podía durar más que el de su debilidad”⁵.

Paradójicamente, el texto de la Declaración de Independencia es menos conocido por los chilenos que el Acta del Cabildo de 1810. La verdad sea dicha, el texto de cada uno de estos documentos es poco conocido y se las cita como efemérides carentes de sentido. El contenido de la Declaración es claro en su compromiso con los ideales republicanos. Se trata de terminar con una forma abusiva de dominación colonial, de reconocerse como ciudadanos que concurren a fundar la autoridad en su consentimiento y el sufragio, al menos tácito; se reconoce la imposibilidad de convocar al Congreso, que es por definición institución republicana, y se afianza con la dignidad y la vida el compromiso con este proyecto político. Se invoca a los ciudadanos que son por definición las instituciones republicanas del mundo para afianzar dicho compromiso:

“La revolución del 18 de Septiembre de 1810 fue el primer esfuerzo que hizo Chile para cumplir esos altos destinos a que lo llamaba el tiempo y la naturaleza: sus habitantes han probado desde entonces la energía y firmeza de su voluntad, arrojando las vicisitudes de una gran guerra en que el gobierno español ha querido hacer ver que su política con respecto a la América sobrevivirá al trastorno de todos los abusos. Este último desengaño les ha inspirado naturalmente la resolución de separarse para siempre de la Monarquía Española, y proclamar su INDEPENDENCIA a la faz del mundo. Mas no permitiendo las actuales circunstancias de la guerra la convocación de un Congreso Nacional que sancione el voto público, hemos mandado abrir un gran registro en que todos los Ciudadanos del Estado sufraguen por sí mismos libre y espontáneamente por la necesidad urgente de que el gobierno declare en el día la Independencia o por la dilación o negativa: y habiendo resultado que la universalidad de los Ciudadanos está irrevocablemente decidida por la afirmativa de aquella proposición, hemos tenido a bien en ejercicio del poder extraordinario con que para este caso particular nos han autorizado los Pueblos, declarar solemnemente a nombre de ellos en presencia del Altísimo, y hacer saber a la gran confederación del género humano que el territorio continental de Chile y sus Islas adyacentes

⁵ “Declaración de Independencia de Chile”, en Diario Oficial, *Constituciones Políticas de la República de Chile: 1810-2005* (Santiago: Gráfica Puerto Madero, 2005; 1818), p. 68.

forman de hecho y por Derecho un Estado libre Independiente y Soberano, y quedan para siempre separados de la Monarquía de España, con plena aptitud de adoptar la forma de gobierno que más convenga a sus intereses. Y para que esta declaración tenga toda la fuerza y solidez que debe caracterizar la primera Acta de un Pueblo libre, la afianzamos con el honor, la vida, las fortunas y todas las relaciones sociales de los habitantes de este nuevo Estado: comprometemos nuestra palabra, la dignidad de nuestro empleo, y el decoro de las armas de la PATRIA; y mandamos que con los libros del gran registro se deposite la Acta original en el archivo de la Municipalidad de Santiago, y se circule a todos los Pueblos, Ejércitos y Corporaciones para que inmediatamente se jure y quede sellada para siempre la emancipación de Chile. Dada en el Palacio Directorial de Concepción a 1 de Enero de 1818, firmada de nuestra mano, signada con el de la Nación y referendada por nuestros Ministros y Secretarios de Estado, en los Departamentos de Gobierno, Hacienda y Guerra”⁶.

Es cierto que en la Declaración de Independencia también se invocan los ejércitos y corporaciones como sujetos relevantes del nuevo orden que se piensa construir, lo que podría interpretarse como una forma ambigua de asumir el compromiso republicano, porque lo hace compatible con estas instituciones de la colonia. Sin negar dicha posibilidad, lo cierto es que la fuerza de la idea política republicana se afianza gradualmente en nuestro país para asegurar su forma de organización política jurídica. Esta opinión positiva respecto al efecto en el Derecho que tienen los principios republicanos no parece coincidir con la de varios estudiosos de la historia latinoamericana, que consideran la Independencia como un proceso que trajo cambios meramente cosméticos. Octavio Paz dijo, refiriéndose a las revoluciones independentistas y modernizantes del siglo XIX en América Latina, que:

“Los muchos países... siguieron siendo las viejas colonias: no se cambiaron las condiciones sociales sino que se recubrió la realidad con la retórica liberal y democrática. Las instituciones republicanas, a la manera de fachadas, ocultaban los mismos horrores y las mismas miserias. Los grupos que se levantaron contra el poder español se sirvieron de las ideas revolucionarias de la época, pero ni pudieron ni quisieron realizar la reforma de la sociedad”⁷.

⁶ *Ibid.*

⁷ Paz, O: *El Laberinto de la Soledad* (México, Santiago de Chile: Editorial Fondo Cultura Económica, edición aniversario 1994), pp. 132-133.

El historiador Alfredo Jocelyn-Holt, en cambio, ve con más optimismo los cambios alcanzados por los procesos de independencia. El proceso de cambio hacia lo moderno se venía arrastrando desde el siglo XVIII en dos pilares: el Estado y la *elite*. La Independencia no sólo afianzó estos cambios, sino que les dio legitimidad. El cambio fue en gran medida “limitado por la continuidad y avalado por la tradición” y señala:

“un cambio sostenido, pero no audaz; evolutivo, no revolucionario; utópico e ideológico, no siempre actual e inmediato; más bien programático aunque inevitable; parcial, nunca global; ante todo institucional, rara vez social; en fin, un cambio preferentemente público más que privado (la vida cotidiana continúa prácticamente igual a la de la colonia)”⁸.

Otros como Pedro Morandé, van más allá, cuestionando incluso la modernización misma, puesto que plantean que desde antes de la Independencia ya se había arraigado un “criollismo”, que se antepone a todo un propósito artificial de olvidar el origen mestizo para aceptar la racionalidad moderna, funcionalista y desculturizante⁹.

Incluso más, la visión de nuestro país y los resultados positivos que ha producido el proceso republicano se llenan de voces más críticas en algunos escritos famosos que surgen alrededor del primer bicentenario chileno, tal como en el tantas veces –y pocas veces leído en su integrado– citado discurso de Enrique Mac Iver, hablan de una pérdida de identidad y un extravío de nuestro país en relación con sus ideales republicanos que dice:

“Me parece que no somos felices, se nota un malestar que no es de cierta clase de personas, ni de ciertas regiones del país, sino de todo el país y la generalidad de los que habitan... Hablo de la moralidad que consiste en el cumplimiento de su deber y de sus obligaciones por los poderes públicos y los magistrados, en el leal y completo desempeño de la función que les atribuye la carta fundamental y las leyes, en el ejercicio de sus cargos y empleos teniendo en vista el bien general y no intereses y fines de otro género”¹⁰.

⁸ JOCELYN-HOLT LETELIER, A.: *La Independencia de Chile* (Madrid: Editorial Mapfre, 1992) p. 286.

⁹ Morandé y Paz citados en el prefacio de *Ibid.*, pp. 16-17.

¹⁰ MAC IVER, E.: *Discurso Sobre la Crisis Moral de la República* (Santiago: Imprenta Moderna, 1900 edición facsimilar disponible en www.memoria chilena.cl/archivos2/pdfs/MC0001470.pdf (consultada el 5 de abril de 2013)), pp. 5, 16, 17.

Así también, a comienzos del siglo XX Gabriela Mistral se expresa sobre el tipo humano de nuestra tierra usando la dudosa categoría de raza. En esa época, hasta los autores más respetables creen que es una categoría válida para clasificar a las personas, y que permite explicar algunas de nuestras características, como resaltar el mito de su carácter fuerte e indómito. Dice la gran Gabriela sobre Chile:

“La raza existe, es decir hay diferenciación viril, una originalidad que es forma de nobleza. El indio llegará a ser un poco más exótico por lo escaso; el mestizaje cubre el territorio y no tiene la debilidad que algunos anotan en las razas que no son puras”¹¹.

Y para referirse al territorio y las características físicas de nuestro país, que generan una cierta sensación de encierro y aislamiento que influye en las formas de nuestra política, Gabriela Mistral señala lo siguiente:

“Un territorio tan pequeño que en el mapa llega a parecer una playa entre la cordillera y el mar, un paréntesis de espacio como de juego entre los dos dominadores centaurescos...”¹².

Con estas palabras, nuestro Premio Nobel de Literatura, la poetisa Gabriela Mistral, describe Chile y en relación a nuestros orígenes y formas políticas, reconoce que estos son variados y heterogéneos:

“el período precolombino y su inigualable vigor; la Conquista, cruel como en todas partes; la Colonia, turbulenta por la interminable lucha contra el indio; y la República, la creación serena y lenta de instituciones a través de presidencias “...incoloras, que sólo afianzan la obra de las presidencias heroicas y ardientes”, y de los creadores apasionados, entre los que menciona a O’Higgins, Portales, Bilbao, Balmaceda”¹³.

En este estrecho contexto, especialmente en relación con los acontecimientos contemporáneos europeos, no es de extrañar que se generen

¹¹ MISTRAL, G.: “Chile”, en G. MISTRAL: *Recados para América* (México: Editorial Mario Céspedes, 1978; 1923).

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

opiniones dispares sobre el chileno y sus capacidades. Gabriela Mistral, en un ensayo de 1923, afirma:

“La pobreza debe hacernos sobrios, sin sugerirnos jamás la entrega a los países poderosos, que corrompen con la generosidad insinuante. El gesto de Caupolicán, implacable sobre el leño que le abre las entrañas, está tatuado en nuestras entrañas”¹⁴.

Otra visión mucho más crítica sobre la realidad de nuestro país que surge de la propia elite, hace cerca de cien años, la expresa Vicente Huidobro, quien en su *Balance Patriótico*, con singular dureza, se refiere Chile y dice:

“Un país que apenas a los cien años de vida está viejo y carcomido, lleno de tumores y de supuraciones de cáncer, como un pueblo que hubiere vivido dos mil años y se hubiera desangrado en heroísmos y conquistas.”¹⁵.

Esta característica no es menor si se atiende al llamado de alerta que hace Huidobro sobre la degradación que ha alcanzado nuestro país alrededor de cien años después de nuestra independencia que inaugura en Chile el proyecto de pensar nuestro derecho con un formato de república. Huidobro señala:

“Y no es culpa del extranjero que viene a hacer negocios en nuestra tierra. Se compra lo que se vende; en un país donde se vende conciencias, se compran conciencias. La vergüenza es para el país. El oprobio es para el vendido, no para el comprador”¹⁶.

También puede considerarse exagerado aunque no es del todo infundado el alegato de Vicente Huidobro al referirse a los chilenos como:

“Un pueblo de envidiosos, sordos y pálidos calumniadores, un pueblo que resume todo su anhelo de superación en cortar las alas a los que quieren elevarse y pasar una plancha de lavandera sobre el espíritu de todo aquel que desnivela

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ HUIDOBRO, V.: “Balance patriótico”, en M. GÓNGORA: *Ensayo Histórico Sobre la Noción de Estado en Chile en los Siglos XIX y XX* (Santiago: Editorial Universitaria, 1986; 1925), p. 275.

¹⁶ *Ibid.*, p. 278.

el medio estrecho y embrutecido. En Chile, cuando un hombre carga algo en los sesos y quiere salvarse de la muerte, tiene que huir a países más propicios llevando su obra en los brazos como la Virgen llevaba a Jesús huyendo hacia Egipto. El odio a la superioridad se ha sublimado aquí hasta el paroxismo. Cada ciudadano es un Herodes que quiere matar en ciernes la luz que se levante. Frente a tres o cuatro hombres de talento, hay tres millones setecientos mil Herodes”¹⁷.

Así las cosas, tal como las explica Huidobro, no es del todo extraño que en nuestro país se haya generado una tensión entre dos conceptos que debieran ser hermanos: abogacía y justicia, tensión que se arrastra hasta nuestros días, y que Huidobro expone con una cruda y paradójica ironía:

“La Justicia de Chile haría reír. Si no hiciera llorar. Una Justicia que lleva en un platillo de la balanza la verdad y en el otro platillo, un queso. La balanza inclinada del lado del queso... Una justicia tuerta. El ojo que mira a los grandes de la tierra, sellado, lacrado por un peso fuerte, y sólo abierto el otro, el que se dirige a los pequeños, a los débiles”¹⁸.

Y por si fuera poco, Huidobro invita a las fuerzas juveniles de nuestro país a desalojar a la generación vieja que gobierna toda la historia republicana chilena y expresa su crítica con inquietante actualidad al afirmar:

“Como la suma de los latrocinios de los viejos políticos es ya incommensurable, que se vayan, que se retiren. Nadie quiere saber más de ellos. Es lo menos que se les puede pedir. Entre la vieja y la nueva generación, la lucha va a empeñarse sin cuartel. Entre los hombres de ayer, sin más ideales que el vientre y el bolsillo, y la juventud que se levanta pidiendo a gritos un Chile nuevo y grande, no hay tregua posible. Que los viejos se vayan a sus casas, no quieran que un día los jóvenes los echen al cementerio. Todo lo grande que se ha hecho en América y sobre todo en Chile, lo han hecho jóvenes. Así pueden reírse de la juventud. Bolívar actuó a los 29 años. Carrera, a los 22; O'Higgins, a los 34 y Portales, a los 36. Que se vayan los viejos y que venga la juventud limpia y fuerte, con los ojos iluminados de entusiasmo y de esperanza”¹⁹.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 275-276.

¹⁸ *Ibid.*, p. 279.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 284-285.

La crítica de Huidobro a nuestra organización política y jurídica tiene base y nos ayuda a pensar lo que ha sido el derecho y la organización política de nuestro país, pero su solución es dudosa, en cuanto cae en un exceso de adulación por la juventud, y porque insiste en la necesidad de buscar una figura, un jefe que pueda salvar al país de sus desaciertos. El perfil de este jefe por lo demás coincide sospechosamente con el del propio Huidobro, que en los días que escribió su famoso *Balance Patriótico* se postuló sin éxito como candidato a la Presidencia de la República.

De lo anterior creo que podemos concluir que Chile es un proyecto político y jurídico de base republicana, que mezcla diversos ingredientes y sobre el cual existe un juicio polémico y controvertido en cuanto a sus logros. Cada uno de nosotros puede influir con su participación generosa o egoísta en la construcción de este proyecto. Todos podemos contribuir al proyecto de construir nuestro país y de participar en la consolidación de la democracia, de la dignidad, de la igualdad y libertad que puede surgir de los ideales del patriotismo republicano.

2. LA CREACIÓN DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE Y EL CAMBIO EN EL ESTUDIO DEL DERECHO

Es importante también detenernos en el aspecto histórico de los orígenes de los sistemas coloniales en nuestro país, ya que algunas de esas experiencias podrían explicar el desarrollo de las universidades, y por derivación, las formas del estudio universitario y de pensar el Derecho en el Chile de hoy.

Según Vicuña Mackenna, durante la Colonia la educación primaria tenía como premisa básica "la letra con sangre entra": los métodos pedagógicos estaban apoyados en dos pilares: el grito y el látigo. Así, se hicieron tristemente famosos por su crueldad personajes como fray Antonio Briceño, el beato Cousiño, el *mestizo* Jarabrán y el cojo Ayala, que no fueron más que encarnaciones de este sistema que sólo terminaría cuando, en 1833, don Manuel de Salas instó al entonces Ministro del Interior, don Manuel Tocornal, la creación del Reglamento de Escuelas.

En materia de educación, en el ámbito cuantitativo al parecer no hay grandes cambios con la llegada de la república al territorio de Chile. No

obstante, en el aspecto cualitativo sí existe un cambio debido a la influencia francesa, que introduce dos principios novedosos: la educación ciudadana, y la educación como un medio para construir un Estado nación. En nuestro país, como explica Vicuña Mackenna, las posibilidades de estudio para los jóvenes eran limitadas: ir a la Universidad para estudiar leyes o medicina, dedicarse a las labores manuales o del campo, la carrera militar o asumir el estado religioso²⁰.

Por eso llama la atención que algunos profesores celebren que el Derecho se haya estudiado en Chile por 250 años, idea que no podemos compartir, porque quieren celebrar el estudio del Derecho colonial de la fuerza y la dominación a la que se refiere nuestra Declaración de Independencia, junto con el estudio del Derecho de base republicana. Quieren convencernos de la continuidad de la Universidad de San Felipe con la Universidad de Chile, como han querido convencernos de la continuidad del estado colonial español después de la formación de nuestra república.

Es cierto que hay muchos establecimientos donde se estudió leyes en nuestra tierra antes de la Universidad de Chile. Pero, al revisar los documentos de la época, nos damos cuenta que el estudio del Derecho antes de la creación del Instituto Nacional en 1813, de la creación de la Universidad de Chile en 1842 y de su reorganización docente en 1879, dejaba mucho que desear. Durante toda la Colonia y hasta bien avanzado el siglo XIX, los estudios jurídicos fueron de dudosa rigurosidad, los grados académicos se compraban o adquirían como prebendas feudales y se enfatizaba de modo excesivo el aspecto forense práctico y no el académico. Vicuña Mackenna describe la falta de libros, la ignorancia reinante que se alimentaba del uso pedante del latín y la distorsión de conciencia que suponía la costumbre de la Real Audiencia de examinar, al momento de otorgar el título de abogado, y obligar a defender posiciones contradictorias al mismo tiempo.²¹ Se estudiaba Derecho con un trabajo de dudosa calidad.

²⁰ VICUÑA MACKENNA, B.: "La Era Colonial", en B. VICUÑA MACKENNA: *Benjamin Vicuña Mackenna, Páginas Escogidas* (Santiago: Editorial Universitaria y Biblioteca Nacional, 1986; 1869).

²¹ *Ibid.*, p. 85.

Así, la primera institución que llevó el nombre de Universidad en nuestro país fue creada el año 1747: la Real Universidad de San Felipe. Fue creada en respuesta a una necesidad práctica más que a un ansia educacional: una demanda de los vecinos de Santiago pidiendo al rey su formación para evitar los costos que significaba ir a estudiar a la Universidad de San Marcos de Lima. Este propósito se expresa ya en la Real Cédula de Erección de esta Universidad, en 1738, que dice:

“...la universidad es una de las más principales de ella y de las más útiles y convenientes a aquel reino, para que se instruya a la juventud sin los crecidos costos de haber de hacer tan dilatado viaje a Lima y mantenerse en ella, que sólo lo podrá ejecutar, así de Santiago como de las provincias de Buenos Aires, Tucumán y Paraguay, el que sea muy rico y acaudalado, privándose los demás de poder dar a sus hijos la crianza correspondiente...”²².

En la Universidad de San Felipe, las carreras con mayor relevancia fueron las de Teología y Derecho, pero esta forma de pensar el derecho en el periodo anterior a nuestra independencia nunca alcanzó verdadera importancia como lo hizo, por ejemplo, en la Universidad de San Marcos en Lima.

Así las cosas, el contexto cultural en que el discurso de inauguración de la Universidad de Chile, pronunciado por don Andrés Bello en 1843 era tanto o más precario que el actual. Esto nos permite intentar comprender porqué Andrés Bello debe dar una justificación de la institución de la Universidad dentro de la sociedad chilena. Esta justificación es necesaria porque se planteó una Universidad original, con una orientación ideológica diferente a todo lo conocido hasta el momento en Chile. Es de esperar entonces que sectores influyentes en el país pudieran reaccionar en forma más bien hostil. Se pregunta por eso Andrés Bello: ¿Cómo se justifica o legitima la Universidad desde un punto de vista social? Esta pregunta no es superficial ni retórica, puesto que la Universidad no puede funcionar si el cultivo de las ciencias y las letras es visto como moral o políticamente sospechoso. Este temor ya lo planteaba Bello en su discurso, y no sin razón.²³

²² “Real Cédula de Erección de la Universidad de San Felipe”, en B. BRAVO: *La Universidad en la Historia de Chile, 1922-1992* (Santiago: Pehuén Editores, 1992; 1738), pp. 442-444.

²³ BELLO, A.: “Discurso de Inauguración de la Universidad de Chile”, en *Escritos Jurídicos, Políticos y Universitarios*, (Valparaíso: Edeval, 1979; 1843), p. 202.

Independiente de la causa que esta sospecha pueda tener, es un hecho que en Chile, el anti-intelectualismo permanece todavía en muchos abogados y otros profesionales, e incluso en algunos profesores. Porque la Universidad que plantea Bello en su discurso es radicalmente diferente a todos los establecimientos educacionales que existieron con anterioridad en nuestro país. Los libros de la biblioteca y buena parte de los profesores de la Universidad de Chile pueden provenir de establecimientos que ya existían al momento de su creación, como el Instituto Nacional o la Universidad de San Felipe. Sin embargo, el espíritu con el que Bello funda la Universidad de Chile, que luego es recogido y expandido por Ignacio Domeyko, Eugenio González y Juvenal Hernández, entre muchos otros, se forma también por ideas de base republicana que no tienen precedente en el sistema educacional chileno existente a la fecha.

Este ideal es precisamente lo que expresa Andrés Bello en su famoso discurso de inauguración de la Universidad de Chile, cuya primera idea matriz tiene fundamentos clásicos y parte de la base de que “todas las verdades se tocan”. En otras palabras, que “todas las facultades humanas forman un sistema, en que no puede haber regularidad y armonía sin el concurso de cada una”²⁴. Es la Universidad la llamada a ser el punto de encuentro de todas estas múltiples verdades. Pero, como algunas de estas ideas, sobre todo las más novedosas que tenían su fundamento en las doctrinas de la ilustración, no resultaban concordantes con la realidad chilena, la tarea de Bello de legitimar la Universidad frente a la sociedad resultaba aún más difícil.

Sin embargo, analizando la Universidad que don Andrés Bello proyectó para nuestro país, ya comentada en base a su discurso de inauguración —la universidad donde todas las verdades se tocan, debe ser de utilidad para la sociedad chilena. La ciencia, lo académico, debe involucrarse con los problemas sociales para justificarse socialmente, volviéndose nuevamente al modelo francés: preparación de profesionales nacionales idóneos para que aporten al progreso del país. Por otro lado, la universidad pluralista realmente debiera implicar la posibilidad de una clase más participativa donde el profesor pueda opinar y los alumnos formular críticas, generando una interacción en que alumnos, profesores, y sociedad salen recíprocamente favorecidos. Es el sistema que ha adoptado un gran número de uni-

²⁴ *Ibid.*, pp. 203-205.

versidades norteamericanas y europeas, con ramos electivos y un sistema de clases con lecturas previas que son discutidas con la guía del profesor. Claro está, este nuevo sistema parte de la base de un verdadero interés de los alumnos por cultivarse, rasgo que, como hemos visto, no es posible dar por supuesto.

Para colmo, la idea básica de Bello que “todas las verdades se tocan” también es susceptible de ser puesta en tela de juicio frente a los procesos actuales que los sociólogos han dado en llamar “post-modernidad”: se pone en jaque la racionalidad y la secularización. Las creencias, la magia, la religión, constituyen la dimensión irreductible del hombre, y posibilitan la integración social.

Con todo, esta idea seguirá teniendo importancia en el estudio de ciertas disciplinas en las cuales se cae fácilmente en la excesiva especialización o en una visión *profesionalizante* o tecnocrática del derecho. Esta tendencia ha empezado a predominar en las ciencias, que empiezan a seguir un enfoque “holístico”, buscando superar la extrema fragmentación que produce el análisis, dándose más importancia a la concepción global que a las percepciones individuales. Se trata de unir lo que estaba separado, asociar lo individual a lo social, el pensamiento a la emoción y a la biología y, en consecuencia, a la acción.

La poca afición a la actividad intelectual derivó en que sólo se sentía justificada la creación de una Universidad si produce verdadera utilidad práctica en el bienestar de los chilenos. Incluso, el discurso debe atender, entre todas sus reflexiones más “altas”, a un problema tremendamente práctico y actual: si no es mejor que la autoridad a la hora de destinar financiamiento, priorice la educación primaria o pre escolar más que el desarrollo de las ciencias y las artes de nivel superior. Así, Bello destina parte considerable de su discurso a demostrar que sin las ciencias y las letras, la educación primaria estaría destinada al estancamiento, pues:

“...Los buenos maestros, los buenos libros, los buenos métodos, la buena dirección de la enseñanza, son necesariamente obra de una cultura intelectual muy adelantada”²⁵.

²⁵ BELLO, *op. cit.*, en n. 24, p. 210.

El cultivo de nivel superior de las ciencias y las letras, son presupuestos necesarios para que un país tenga una enseñanza primaria de calidad.

Por último, y en relación con lo anterior, Bello termina de plantear un tercer ideal para su Universidad. Tras plantear la Universidad como encuentro de todas las verdades interconectadas, y como necesaria para la sociedad, plantea la característica fundamental que él le atribuye a la Universidad de Chile y donde se ve con mayor claridad la influencia del modelo francés de universidad nacional. Por redundante que parezca, ésta debe ser chilena:

“...el programa de la Universidad es enteramente chileno: si toma prestadas a Europa las deducciones de la ciencia, es para aplicarlas a Chile. Todas las sendas en que se propone dirigir las investigaciones de sus miembros, el estudio de sus alumnos, convergen en un centro: la patria”²⁶.

Esto también Andrés Bello lo enfatiza en su famoso discurso al decir:

“Lo habéis oído: la utilidad práctica, los resultados positivos, las mejoras sociales, es lo que principalmente espera de la universidad el gobierno: es lo que principalmente debe recomendar sus trabajos a la patria”²⁷.

3. LA FUNCIÓN POLÍTICA Y CIENTÍFICA DEL ESTUDIO UNIVERSITARIO DEL DERECHO

Max Weber distingue dos roles característicos vinculados al estudio y aplicación del derecho en la Edad Moderna en Occidente: el político y el científico. El político es aquel que se involucra en la lucha por el poder de manera más o menos profesional, participando de las distintas asociaciones o maquinarias políticas, la principal de las cuales es el Estado. El científico, o, más bien, el académico, es el estudioso que, a través de una azarosa carrera, busca aportar algo al progreso de las ciencias. Ambos presentan limitaciones y, de algún modo, éticas diferentes. La actividad del político debe estar regida por tres características: pasión, responsabilidad y mesura. En especial para enfrentar la eterna tensión entre los medios y los fines,

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, pp. 212-213.

sobre todo considerando que se juega con un medio propio de este orden de cosas que reviste especial delicadeza: la violencia. Su principal limitación está dada por el tema monetario: salvo en el caso de los periodistas y los abogados, resulta muy difícil vivir “de” la política. Es por esto que la verdadera vocación política estará dada por la capacidad de mantener las tres características ya mencionadas, pese a enfrentar tanta resistencia que de pronto se sientan incapaces de realizar incluso lo posible²⁸.

El académico, en cambio, debe reunir características diferentes: la pasión también debe estar presente en su actividad, pero dirigida a la especialización, la inspiración, y todo esto unido a la personalidad y la vivencia, sin que se pueda reemplazar una por otra. Su limitación más importante está dada porque tanto la carrera académica como la llegada de la “inspiración” están fuertemente marcadas por el azar. Su finalidad última es contribuir al progreso lineal, acumulativo²⁹.

Para Weber, sólo este último rol tiene cabida en las aulas universitarias. El estudio universitario debe estar limitado al análisis científico, y a eso deben dirigirse las palabras, los conceptos, los experimentos: presentar las formas, funcionamiento y consecuencias del objeto de su estudio (aunque éste sea de índole política). Esta conclusión es obtenida por razones de forma y de fondo, basadas ambas en un sistema de enseñanza universitaria —de las universidades alemanas de comienzos del siglo XX— que resulta sorprendentemente aplicable en muchas universidades chilenas actuales. La razón de forma es que el esquema de la clase es que el profesor habla y los alumnos callan y tienen su mente en blanco, por lo tanto, cualquier intento del profesor por imponer sus opiniones sería un simple aprovechamiento de su posición, siendo más correcto hacerlo en instancias donde sus opiniones puedan ser sometidas a la crítica libre. En Chile también se valoran los profesores por el mayor o menor número de alumnos que ellos tengan, competencia que en Chile se ha visto acentuada con el surgimiento de las universidades privadas. Por insólito que parezca, esta misma crítica ya la hacía Max Weber a las universidades alemanas en 1919:

²⁸ WEBER, M., *El político y el Científico* (España: Editorial Alianza, 1981; 1919) pp. 92-99; 153-157; 178-179.

²⁹ Esta visión es radicalmente diferente a la de Thomas Kuhn, que será explicada más adelante y que concibe la ciencia como una sucesión de paradigmas no necesariamente acumulativos.

“Tal como están organizadas las cosas, nuestras Universidades, sobre todo las pequeñas, están empeñadas en una ridícula competencia por conseguir el mayor número posible de estudiantes... El ingreso procedente de las matrículas se ve condicionado, hay que decirlo francamente, por el hecho de que estén ocupadas de modo “atractivo” las cátedras más próximas, pero aun prescindiendo de esto, es evidente que el número de matrículas constituye un signo de éxito susceptible de expresión cuantitativa, en tanto que la calidad científica (académica) no es cuantificable y que, frecuente y naturalmente, le sea negada a los innovadores audaces... Para colmo, la cuestión de saber si alguien es buen o mal profesor, es respondida en función de la asiduidad con que ese alguien se ve honrado por los señores estudiantes, y es bien conocido el hecho de que la afluencia de estudiantes a una cátedra determinada depende, en grado casi increíble, de circunstancias puramente externas, tales como son el temperamento del profesor o su timbre de voz”³⁰.

Pero también hay una razón de fondo. Weber considera que todo seguimiento de la creencia de un determinado “profesor-caudillo” puede derivar en lo que llama un “sacrificio del intelecto” para aceptar confiadamente ciertas revelaciones, siendo esta actitud incompatible con la actividad académica³¹. Es quizá esta separación tan tajante entre los roles académicos y políticos, llevada al extremo por el sociólogo de Heidelberg, la que sustentan algunos periodos de reforma. En pos de la democratización de las estructuras universitarias que se confunde con la uniformidad y la falta de respeto por la libertad de cátedra, se han generado iniciativas de reforma en que los fines “universitarios” se pierden, y que luego sólo sirven para justificar las peores de experiencias reaccionarias³². Por eso creo que es válido proponerse el rescate de viejos ideales, que requiere de esas cualidades tan especiales que Weber atribuye curiosamente no al científico o académico, sino al político:

“...esa fortaleza de ánimo que permite soportar la destrucción de todas las esperanzas, si no quieren resultar incapaces de realizar incluso lo que hoy es posible...”, porque “en este mundo no se consigue nunca lo posible si no se intenta lo imposible una y otra vez”³³.

³⁰ WEBER, *op. cit.*, en n. 29, pp. 188-189.

³¹ *Ibid.*, pp. 191-195; 211-214; 229-231.

³² BRAVO, *op. cit.* en n. 23, pp. 243 y ss.

³³ WEBER, *op. cit.*, en n. 29, pp. 178-179.

Volviendo a Weber, la ciencia proporciona a la vida múltiples elementos: conocimientos sobre la técnica que, mediante la previsión, permiten gobernar la vida; proporciona métodos para pensar, instrumentos y disciplina para hacerlo; aporta claridad en el entendimiento de los problemas, las distintas soluciones planteadas y las posibles consecuencias de cada una y, en un sentido más profundo, puede llegar a que el individuo, por sí mismo, se dé cuenta del sentido último de sus propias acciones.³⁴ Bello también destaca esta misma idea al decir que “los conocimientos generales contribuyen a hacer más claros y precisos los conocimientos particulares”³⁵.

El punto de encuentro de todo proyecto de trabajo intelectual y político es, precisamente, la Universidad; el lugar donde el cultivo de las ciencias y las letras tiene su sede, con efecto difusor y vanguardista. Paradójicamente Hayek destaca este mismo rasgo de las universidades y dice que:

“La razón de que todavía instituciones como las tradicionales universidades dedicadas a la investigación y a la enseñanza en las fronteras del saber, continúan siendo las fuentes más importantes de las nuevas aportaciones culturales, radica en que permiten, en un ambiente de libertad, elegir los temas dignos de estudio y establecer contactos con representantes de las distintas disciplinas, capaces de crear las mejores condiciones para la concepción y persecución de nuevas ideas. Por mucho que se pueda acelerar el progreso en una dirección conocida mediante la organización deliberada del trabajo orientado a ciertos objetivos concretos, el decisivo e imprevisible paso en el alcance general no se da con frecuencia, al perseguir fines específicos, sino cuando se aprovechan las oportunidades que en el camino de ciertos individuos surgen como resultado de la casual combinación de conocimientos y dotes particulares y de contactos y circunstancias especiales”³⁶.

La primera universidad que existió como tal en el mundo, empezó en Bolonia, Italia con una sola carrera: Derecho. Es en el siglo XII, con Graciano, que el Derecho adquiere autonomía como ciencia propia, sin conectarse necesariamente a la retórica, la moral o la política. Esta autonomía sólo

³⁴ *Ibid.*, pp. 221-222.

³⁵ BELLO, *op. cit.*, en n. 24, p. 214.

³⁶ VON HAYEK, F., *Los Fundamentos de la Libertad* (Madrid: Unión Editorial S.A., 1975), p. 507.

se hace posible gracias al estudio universitario del Derecho, que se inicia basado exclusivamente en dos textos: el *Corpus Iuris Civilis* y el Derecho canónico. Con Graciano, se le dio al Derecho una sistematización (clasificaciones), que permitió estudiarlo racionalmente.

Posteriormente, el estudio se fue haciendo cada vez más científico en términos de lo que propone Weber, afectando la forma de pensar la jurisprudencia y de legitimarla en su estudio universitario. Esto supone que debe limitarse a constatar lo que es válido para el pensamiento jurídico, es decir, la existencia de las normas y principios que son obligatorias, determinar métodos para interpretarla, y si se quiere obtener un determinado fin, cuál es el método apropiado para alcanzarlo según estas reglas. Las preguntas de si debe existir el Derecho o si deben establecerse precisamente estas normas y no otras, son objeto del estudio universitario, de la jurisprudencia en la forma de una ciencia del Derecho³⁷.

Los estudios de Derecho durante la Colonia en Chile, sin embargo, tuvieron un matiz casi opuesto, pues en lugar de un estudio racional del Derecho, se basaban en el ejercicio hábil de la profesión, aun a costa de fomentar la ductilidad, la obsecuencia y hasta el cinismo de las conciencias y de la elevación del lenguaje a niveles incomprensibles. Es por esto que Benjamín Vicuña Mackenna afirma que el estudio de la jurisprudencia en la época colonial tiene por base dos absurdos: uno en el lenguaje y otro en la conciencia. El primero se da por el uso indiscriminado del latín como idioma “culto”, ideal para crear “pedantes y majaderos en las letras, Iscariotes y Pilatos en las leyes”. El segundo —el absurdo de la conciencia— se materializa en el curioso examen al que eran sometidos los aspirantes al título de abogado: ante la Real Audiencia, debían hacer simultáneamente el alegato en pro y en contra de la justicia del caso que se les presentaba³⁸.

Con el surgimiento de la Universidad de Chile y el cierre de la Universidad de San Felipe, la situación cambia, y desde mediados del siglo XIX, a partir del trabajo de Andrés Bello, se atiende al estudio científico de las leyes, destacando especialmente la importancia para estos efectos del es-

³⁷ WEBER, *op. cit.*, en n. 27, p. 210.

³⁸ VICUÑA MACKENNA, B., *op. cit.*, en n. 19, pp. 85-86.

tudio del Derecho romano, cuyo significado es explicado a través de una cita de L'Herminier:

“La ciencia estampa en el Derecho su sello; su lógica sienta los principios, formula los axiomas, deduce las consecuencias, y saca de la idea de lo justo, reflejándola, inagotables desenvolvimientos. Bajo este punto de vista, el Derecho romano no reconoce igual: se pueden disputar algunos de sus principios; pero su método, su lógica, su sistema científico, lo han hecho y lo mantienen superior a todas las otras legislaciones; sus textos son la obra maestra del estilo jurídico; su método es el de la geometría aplicado en todo su rigor al pensamiento moral”³⁹.

Sin embargo, y esto es lo más importante, Bello da a los estudios del Derecho y las ciencias políticas una importancia social enorme, por considerarlos uno de los campos más vastos y más susceptibles de aplicaciones útiles (quizás influido por el utilitarismo), tan necesarias para la legitimación de la Universidad en la sociedad chilena. En un párrafo que ningún estudiante de Derecho debiera dejar de leer, Andrés Bello señala como tarea para la Facultad de Derecho:

“Herederos de la legislación del pueblo rey, tenemos que purgarla de las manchas que contrajo bajo el influjo maléfico del despotismo; tenemos que despejar las incoherencias que deslustran una obra a que han contribuido tantos siglos, tantos intereses alternativamente dominantes, tantas inspiraciones contradictorias. Tenemos que acomodarla, que restituirla a las instituciones republicanas. ¿Y qué objeto [¿de?] más importancia o más grandioso que la formación, el perfeccionamiento de nuestras leyes orgánicas, la recta y pronta administración de justicia, la seguridad de nuestros derechos, la fe de las transacciones comerciales, la paz del hogar doméstico?”⁴⁰.

Nuevamente, la Universidad es la institución en que todas las verdades se tocan, la Universidad socialmente necesaria, la Universidad chilena. El Derecho tiene una conexión más clara con estos ideales que muchas otras disciplinas. Son tres las características (o más bien, los objetivos) que deben cumplir, en el concepto de Bello, los estudios de Derecho, y que permiten ver que ésta admite a profesionales abogados, políticos y académicos humanistas

³⁹ BELLO, *op. cit.*, en n. 24, p. 212.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 211-212.

por igual, en un aporte que puede considerarse como complementario: el estudio debe ser público, republicano y no despótico.

Público, en cuanto de ella debe surgir una preocupación por la sociedad y su bienestar; debe ser un efectivo gestor de cambios y mejoras. No en vano de ella han salido numerosos Presidentes de la República, Ministros de Estado y otros hombres prominentes que han dedicado su vida a la sociedad en que viven, la sociedad chilena. Esto nos remite necesariamente a la segunda característica: debe estar orientada hacia la democracia (Bello hablaba de las “instituciones republicanas”), lo cual hace necesario un ambiente de pluralismo y libertad de opinión y de pensamiento, entre alumnos y profesores. Es necesaria la apertura de la Universidad a todo quien tenga interés en acceder a ella. Y esto, para llegar a la tercera característica, que quizá engloba en forma más enérgica las demás: una universidad no despótica. Si bien Bello aún se refería al despotismo español en sus escritos, no estamos libres de su “influjo maléfico”, que ha persistido en los acontecimientos históricos más recientes en nuestro país, y que se ve reflejado en el ya comentado y criticado período de contrarreforma iniciado en la Dictadura militar de Pinochet en las escuelas de Derecho. Esta idea expresa la cita más repetida del famoso discurso de Bello, que no por eso pierde su actualidad y carácter profundo:

“La libertad como contrapuesta, por una parte a la docilidad servil que lo recibe todo sin examen, y por otra a la desarreglada licencia que se rebela contra la autoridad de la razón y contra los más nobles y puros instintos del corazón humano, será sin duda el tema de la universidad en todas sus diferentes secciones”⁴¹.

La lucha contra el despotismo y el cultivo de la libertad no debe librarse solamente fuera de la Universidad, sino también, y por sobre todo, dentro de ella, por ejemplo respetando la libertad de cátedra. Esta se expresa en las arbitrariedades de profesores en sus cátedras y sus evaluaciones, la estructura excesivamente rígida de clase magistral en la mayoría de las cátedras donde se transmite información que no es cuestionada en ninguna forma. Subsiste además en muchas universidades un esquema administrativo que se transforma en un conjunto de funcionarios que resulta francamente tenebroso, porque

⁴¹ *Ibid.*, p. 220.

llenar la actividad universitaria de formularios y de uniformidad, que ahoga la libertad y que sirve sólo a los que tienen los contactos adecuados. Estas son formas de vida universitaria que es necesario modificar si se quiere generar un ambiente verdaderamente ciudadano que sea fiel al proyecto jurídico republicano que conserva toda su vigencia actual.

4. ANÁLISIS DOGMÁTICO JURÍDICO O CIENCIA DEL DERECHO

La dogmática o ciencia del Derecho ha sido la principal forma de pensar el Derecho y por eso se ha constituido en Chile en la forma dominante de estudio universitario de los fenómenos jurídicos. La ciencia del derecho o dogmática jurídica la crean los juristas. Weber plantea que el surgimiento de los juristas coincide con la creación del derecho moderno, de su estudio académico en la Universidad y la creación y consolidación del Estado. Los juristas a partir del siglo XII hasta el siglo XIX en Europa tuvieron una formación tanto en Derecho romano como canónico y buscaron preservar un ideal racional y científico del Derecho.

El concepto de ciencia ha sido debatido y discutido en forma continua. Al menos desde Aristóteles se utiliza el concepto de ciencia, pero es controvertido si acaso es posible hablar de ciencia antes del siglo XIX. El concepto existe en la Antigüedad y en la Edad Media, pero en el siglo XIX se vuelve a un concepto ligado a la experimentación. Quizá durante el siglo XX, cuando la ciencia generó la bomba atómica perdió un poco esta importancia y valoración positiva, pero antes de esto era un modelo a seguir. El grave problema para el Derecho es que no podrá cumplir con la condición de ser experimental. De hecho J. Von Kirchman argumentó que el estudio del Derecho no podía ser una ciencia y expuso cuatro argumentos pensando en los juristas del siglo XIX⁴². Para comenzar, el objeto de estudio es muy cambiante. Por otra parte, los métodos de estudio son muy mutables. Tampoco olvidó el hecho que depende de la voluntad del legislador, es decir, del poder actual. Finalmente, Von Kirchman argumentó que no existe el progreso en el Derecho. Así concluyó que el Derecho no ha sido y no puede llegar nunca a ser científico.

⁴² RUIZ-TAGLE, P., *Revisión Crítica del Derecho* (Santiago: Universidad Nacional Andrés Bello, 1990), pp. 49-50.

Weber, por otro lado, responde ante la interrogante de la ciencia del Derecho y dice que si éste quiere llegar a ser ciencia debe dejar de depender de la voluntad del legislador. Esto quiere decir que Weber busca separar el poder del Derecho. En forma paralela a esta discusión sobre el carácter científico del derecho se presenta la discusión acerca del origen del momento en la historia cuando comienza la ciencia jurídica. Así Berman propone que fue en Italia en el siglo XI. Weber, que habría sido en el siglo XIX en Alemania, aunque reconoce mucha importancia al siglo XI. Merryman, por último, reconoce momentos en que pudo haber surgido ésta, pero que sólo hasta el siglo XIX la ciencia jurídica adquiere sus principales métodos con la Escuela de los *Pandectistas* en Alemania.

Pero es particularmente a partir de la obra de Thomas Kuhn sobre la *Estructura de las Revoluciones Científicas*⁴³, que es posible concebir el carácter científico del Derecho en torno a la idea renovada de paradigma. Kuhn explica que la ciencia experimental se volvió en el siglo XIX el parámetro para decidir si el resto sería o no ciencia. Por eso no es extraño que ya en el siglo XIX se haya presentado la duda de si el Derecho podía ser considerado ciencia o no. El concepto ciencia da un cierto prestigio, una cierta forma de hacer las cosas que parece un modelo ideal. Muchas áreas del conocimiento quisieron ser consideradas como tal. Kuhn nos entrega una visión de lo que hacen los científicos y propone que éstos forman una comunidad organizada, que se vuelve un grupo de referencia. Estos, a su vez, tienen como característica que funcionan bajo paradigmas, es decir bajo modelos. El paradigma o modelo objetivo está compuesto por aquellos textos que serán seguidos por los cultivadores de cada disciplina. Este modelo, a su vez, es utilizado para entrenar a los nuevos integrantes. Así cada paradigma que tiene también un aspecto subjetivo, es metafísico (que es el ideal al cual debe aspirar la disciplina), a su vez que tiene su simbología propia (fórmulas o símbolos mediante los cuales se entrenan a los nuevos miembros, simplificando la realidad y creando un lenguaje especializado), formas de relacionar ejemplos y casos, y formas de trabajar y moldear a los nuevos integrantes.

La visión de Kuhn sobre la ciencia es totalmente distinta a aquella de los positivistas decimonónicos. Para empezar la ciencia, vista como Kuhn,

⁴³ KUHN, T., *La Estructura de las Revoluciones Científicas* (México: Fondo de Cultura Económica, 1975), p. 272.

no tendría un progreso lineal, si no que acumularía ideas y de pronto en un salto avanza revolucionando todo lo anterior. La revolución científica se provoca porque personajes marginales del grupo de científicos sacan un trabajo que cambia los ejes de investigación y de atención. Cada paradigma crea un nuevo sistema de referencias, con nuevas variables. Cuando esto sucede, se empiezan a utilizar dos o más paradigmas en forma simultánea, ya que hay quienes se negarán a dejar el anterior. A pesar de esto, dos paradigmas son inconmensurables, es decir no son ni deben ser comparados. Lo interesante también de esta propuesta es que permitiría agrupar toda la ciencia, y no dividirla (experimental, social, espiritual) como el positivismo decimonónico⁴⁴.

Utilizando las ideas de Kuhn, vale la pena analizar cuáles serían los grandes paradigmas del Derecho. Esto es, las formas características de pensar la ciencia del derecho o dogmática jurídica. Digamos que en el ámbito de la dogmática o ciencia del derecho estas serían tres: el paradigma de la precodificación, el de la codificación y el de la poscodificación. De esta forma, se podría demostrar en parte que el Derecho sí podría ser o llegar a ser una ciencia, al contrario de las demostraciones de Von Kirchman. Eso sí, hay que admitir que para considerar al Derecho como ciencia se debe abandonar la visión de Von Kirchman, y no sería una idea positivista decimonónica de ciencia.

El paradigma de la precodificación, sería el modelo utilizado en el momento original de formación de la ciencia del derecho en Bolonia. En este el paradigma objetivo corresponde al *Corpus Iuris Civilis* y al *Corpus Iuris Canonici*. El paradigma subjetivo, es decir, el ideal al que se debe contrastar, es la idea de Derecho natural. Esto significa que hay una lógica entre las estructuras de las cosas y las leyes. Así se opone al Derecho positivo, aunque no hay que olvidar que antes del siglo XIX no existió una noción de Derecho positivo, aunque se hablaba de "ley humana". La generalización simbólica corresponde en el contexto de la precodificación a todos los términos latinos y las distintas partes de los *corpus iuris* que se volvieron prácticamente fórmulas. En el caso de los ejemplos, este paradigma utilizó la lógica de discusión escolástica. Lo que se hacía cuando aparecía algún problema era buscar varias opiniones que pueden ser contradictorias, y

⁴⁴ *Ibid.*, 271-314.

a través de éstas llegar a un resultado. Un ejemplo de esto es el caso del canonista Graciano. Durante esta época coexistían muchos tipos de Derecho (Derecho divino, imperial, del papado, de la ciudad), pero no hay una sistematización ni racionalización de éste. Graciano fue quien estableció un orden de prelación, de importancia entre ellos.

Por su parte, el paradigma de la codificación surge en plenitud durante el siglo XIX y principios del XX. Fue una forma de pensar el Derecho que buscaba ordenar racionalmente el Derecho de una forma particular y asimilarlo a la forma de los códigos. Su punto de partida está expresado originalmente en un breve escrito de Leibniz (1684), quien dijo que había que ordenar el Derecho de un modo sistemático. Este paradigma tuvo dos grandes modelos objetivos: el modelo que implantó Napoleón a través de su código en 1804; y el modelo alemán, que también tuvo el suyo propio, pero recién en 1900. Ambas codificaciones tuvieron características totalmente opuestas. Por un lado, el modelo napoleónico en su versión original, que luego hubo de abandonar, buscaba ordenar las leyes de forma tan racional y ordenada que se lograría prescindir de los abogados y juristas. Es decir, buscaba que el Derecho estuviera al alcance de todos los ciudadanos. El código en el contexto político francés, significaba a su vez una posibilidad de estabilizar el Derecho existente. Napoleón buscaba ser un gran legislador, creando un código que fuera útil en todos los territorios conquistados. Fue por esto que Napoleón llegó a prohibir que éste se comentara, ya que debía ser auto explicativo. Cuando fue objeto de comentarios por parte de juristas y abogados, Napoleón sintió que su objetivo de hacer un código ciudadano había fallado.

Por su parte, el modelo de codificación alemana de Von Savigny fue completamente distinto, porque negaba la necesidad de adoptar o copiar el código francés, en nombre de las características o el folclor asociado a cada país que debe quedar plasmado en el Derecho. Por lo tanto, el código creado por Napoleón sólo era útil para Francia. Además no se buscó que tuviera un alcance ciudadano, si no que todo lo contrario, fue un código de especialistas. Lo que sí tienen en común ambos modelos es la influencia que tuvo el *Corpus Iuris Civilis* y el iusnaturalismo sobre ellos que forma las bases del derecho común o *ius commune*. El paradigma metafísico en este caso fue la noción de una relación entre el Derecho natural y el Derecho positivo, en el cual el Derecho nacional se volvió el gran fundamento del poder político y jurídico. Las generalizaciones simbólicas de este paradigma

formaron la nomenclatura de la codificación, es decir el uso de términos como inciso, artículo, libro y título. En el caso de los ejemplos, estos pierden mucha importancia, ya que el Derecho se separó de la casuística.

El paradigma de la poscodificación que surge en la segunda mitad del siglo XX se funda en la gran influencia de la Constitución norteamericana y las europeas de posguerra. Los ejemplos obtuvieron mucha más importancia y los códigos fueron revisados. Estos últimos fueron analizados a la luz de las constituciones. En el fondo se revisó el sistema jurídico completo. Se le asignó una importancia sin precedentes a la constitución, donde ésta tenía el poder incluso de modificar los códigos. Además se comenzó a utilizar y a integrar en el derecho positivo, el concepto de derechos humanos con la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y otros tratados sobre estas materias. Con esto se creó un sistema internacional que los protegía, lo que modificaba la soberanía de los derechos nacionales. Así, los derechos humanos también se volvieron los límites de las constituciones, ya que ellas no podían eliminarlos o pasarlos a llevar. Es a causa de todo lo anterior que algunos han argumentado que el paradigma metafísico en este caso fue el resurgimiento del Derecho natural, mientras que el Derecho positivo se concretó en documentos como constituciones y tratados. La generalización simbólica fue la de poner en un lugar importante a los principios. Estos últimos son distintos de las normas, ya que no indican reglas para actuar. De hecho, los principios se concretizan en normas, ya que hay una influencia de parte de estos en ellas. Es por esto que son más generales, y no hay problema con que existan principios opuestos, ya que éstos deben ser equilibrados. En el caso de los ejemplos hay que recalcar que los casos constitucionales y de derechos humanos adquieren importancia y pueden tener un verdadero efecto gravitacional sobre las formas de pensar y aplicar el derecho.

En este análisis hay también que tener en cuenta el concepto de sistema y tradición. Merryman habla del concepto sistema explicando que sería un cuerpo operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas⁴⁵. Así, en países unitarios cada país tendría un sistema. En los federales, cada estado tiene un sistema propio, existiendo además un sistema que los engloba a todos

⁴⁵ MERRYMAN, J., *La Tradición Jurídica Romano Canónica* (México: Fondo Cultura Económico, 1971), p. 13.

que es el federal. Esto se da desde el siglo XIX con la existencia de los Estados nacionales. Kelsen también ve una correlación entre el Estado y el sistema jurídico. El caso chileno es muy interesante, ya que el sistema se formó a partir de la influencia y capacidad de control del Estado y su expansión.

Las tradiciones o familias de sistemas son agrupaciones de sistemas por sus rasgos de afinidad o las semejanzas que existen entre ellos, y comprenden el conjunto de actitudes acerca de la naturaleza de la ley, función del Derecho y forma de organización de gobierno analizada históricamente. René David usa la denominación de familias jurídicas para referirse a las tradiciones jurídicas. Merryman en cambio argumenta que hay tres grandes tradiciones: la común anglosajona, la común civil y la socialista. Ahora, se puede argumentar que son sólo dos, ya que la socialista no es tan distinta a la común civil, sobre todo después de 1989 donde se tendieron a volver comunes civiles. En general hablaremos de nuestra tradición, la común civil, y es en dicho contexto que surge la ciencia jurídica para explicar el Derecho del sistema jurídico chileno. A su vez una tradición puede estar formada por subtradiciones. Algunas de estas son el Derecho romano, el canónico, el mercantil⁴⁶.

Dentro de las subtradiciones, el Derecho romano tuvo influencia decisiva en tres momentos en lo que se refiere a la ciencia del derecho o dogmática jurídica: cuando se creó el *Corpus Iuris Civilis* (Justiniano y su recopilación, en la cual logró sistematizar y ordenar el Derecho), cuando nuevamente fue rescatado en las universidades medievales, y finalmente cuando es estudiado por la escuela de las Pandectas. El Derecho canónico es aquel ligado a la autoridad y la organización del Papado y de la Iglesia Católica. Los siglos XI y XII vieron su auge bajo el Papa Gregorio Magno, quien ordenó lo ya existente de forma burocrática. El Papa buscaba centralizar su poder. Esta tradición tuvo gran influencia en Derecho de familia, penal, de herencia e incluso procedimental. Decreció su poder cuando aumentó el del Estado nación. El Derecho mercantil gira en torno a las relaciones comerciales y tuvo su origen a partir de las cruzadas, y cuando Europa adquirió supremacía en el mediterráneo el Derecho mercantil se unificó. Esta subtradición no se relaciona mucho con la universidad, ya que su unificación se abordó como un problema práctico, y además no era un problema de Derecho común.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 13-22.

Ya en el siglo XIX el derecho mercantil se encontró estabilizado, y forma parte de la codificación⁴⁷.

El fenómeno revolucionario tuvo mucha influencia en la forma que se piensa el Derecho, particularmente en el área del derecho público. Las revoluciones comienzan en el siglo XVIII y tiene como objetivo cambiar la forma de gobierno. Los dos grandes ejemplos son las revoluciones norteamericana y francesa, aunque no son las únicas, ya que a su vez produjeron revoluciones más pequeñas de unificaciones e independencias. Las ideas revolucionarias fueron esencialmente conceptos como la separación de poderes y proyectos de ley natural laico como la Declaración de Independencia de EE.UU. En materia de Derecho, el caso del Código Napoleónico también representa un auge de estas ideas, ya que puso fin al feudalismo y ordenó los privilegios. Tras las revoluciones había algunas ideas centrales como el nacionalismo, que debilitó al Derecho común, y las costumbres, que fueron recopiladas y codificadas por los juristas. A su vez, el liberalismo burgués se volvió una forma de vida privada, la cual lleva a su vez a enfatizar y pasa a ser un tópico de la dogmática jurídica los temas el Derecho privado⁴⁸.

Los tópicos centrales de la tradición común civil en el modelo de la codificación, vista desde una visión del derecho anglosajón, según Merryman, son las ideas que se refieren a las fuentes del Derecho, la interpretación, los códigos y la codificación, los jueces y los juristas. En el caso de las fuentes del Derecho, éstas pueden ser materiales y formales. Las primeras son aquellas que influyen en el Derecho, como por ejemplo una revolución. En cambio, las segundas son el medio por la cual el Derecho se expresa. Así, dentro de estas está la ley como principal fuente, la costumbre, los principios generales y la doctrina. La ley comprende también la noción de Constitución. La costumbre, que es la repetición de actitudes y conductas que se vuelven una necesidad jurídica, es limitada y restringida ya que el Estado limita su expresión. Los principios han caído en la lógica de la sistematización, y han llegado a ser estables al ser incorporados en la Constitución. El prestigio actual de la ley para René David se explica por su carácter democrático, tecnificado y porque a la vez es certera al estar escrita y positivada. Así, en los sistemas jurídicos de la tradición continental sólo se admite la costumbre

cuando la ley la contiene o cuando existe un vacío legal. La interpretación de los estatutos (segundo tópico) es muy limitada ya que los jueces son vistos con sospecha y se les busca limitar. Los códigos y la codificación tienen un prestigio que no gozan en los países anglosajones porque son vistos como el producto más refinado del estudio universitario del Derecho. Durante el periodo que predomina el paradigma de la codificación, los códigos incluso se volvieron más importantes que las Constituciones. En el caso de los jueces, en los sistemas de la tradición civil se les mira como un funcionario con una tarea opaca sin importancia social. Su único rol es subsumir el caso en la norma, y no tiene un rol interpretativo. Esto se diferenciaría del modelo poscodificación en el cual el juez asume un rol de creador Derecho y una función institucional de control democrático. Los juristas son académicos, y son de los integrantes más importantes en la tradición civil. Esto es una de mayores contrastes con el Derecho común anglosajón, en donde los personajes principales siempre serán los jueces⁴⁹.

Para Merryman la ciencia jurídica tiene varias características, teniendo un carácter científico, sistemático y con un gran énfasis en los conceptos. La sistematización consiste en que el sistema tenga coherencia, y para esto se debe clasificar y dividir los datos ligados a los fenómenos jurídicos para que calcen entre sí y lograr entenderlos como un todo. El conceptualismo significa que la ciencia jurídica se forma de definiciones, y hay que explicar cada concepto⁵⁰.

El modelo más extendido y desarrollado del derecho durante la codificación es el Derecho positivo. Este consiste en el Derecho vigente en un territorio determinado. Este ha sido sistematizado, estatificado y racionalizado. Se basa siempre en la idea de un legislador racional que busca como tipo ideal o modelo crear una obra perfecta. Hay dentro del Derecho positivo diferentes escuelas, como son la Exégesis, la Jurisprudencia de Conceptualismo del Derecho, de Derecho Libre y la de Intereses. La Escuela de la Exégesis busca la manifestación de la voluntad del legislador, con una subordinación del poder judicial y ejecutivo ante el legislativo. El Conceptualismo del Derecho comparte la adhesión a la ley de parte de la exégesis pero encuentra contradicciones e incoherencias en ella, y para solucionar

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 22-33.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 36-41.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 50-73.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 111-115.

esto crea conceptos. El rol del juez es interpretar y aplicar los conceptos, pero no participación en la creación de éstos. La Escuela de Derecho Libre es una reacción a las escuelas anteriores. Busca la libertad del juez como constructor del Derecho. Finalmente, la Escuela de los Intereses busca los intereses subyacentes al Derecho, los objetivos y consecuencias buscadas. El juez busca conciliar estas formas alternativas de pensar el derecho que son propias de los diversos paradigmas de la dogmática jurídica⁵¹.

Latorre al igual que Merryman, propone como sus supuestos el de su relación entre el Estado Moderno y el Derecho y que éste se componga por normas respaldadas por la autoridad institucionalizada que en la edad moderna se caracteriza por el monopolio del uso de la fuerza. La forma del Estado condiciona al Derecho, porque no sólo centraliza el uso de la fuerza y tiene el monopolio en la creación y aplicación del Derecho⁵². Las normas respaldadas por el Estado se distinguen de otro tipo de normas (ej: morales) que son aquellas que permite que exista una sanción, y por lo tanto la coacción⁵³. Las normas del Derecho permiten y necesitan una sanción, esta es su característica. De este modo Latorre separa el Derecho objetivo (conjunto de normas), del Derecho subjetivo (conjunto de facultades que se le atribuye a un titular). Así el Derecho y por ende la forma de su pensamiento adquiere un carácter institucional.

La ciencia del Derecho o dogmática domina el estudio universitario en Chile. Sin embargo, existen distintos paradigmas o formas de pensar los fenómenos jurídicos que llegan a consolidarse como verdaderos modos de pensamiento alternativos que tienen, en términos de Kuhn, un carácter incommensurable en relación con la ciencia del derecho o dogmática jurídica. Entre ellos hoy podemos mencionar por ejemplo el análisis histórico, sociológico, económico, crítico, realista, feminista, literario entre muchos otros. Son formas universitarias y académicas sistemáticas y racionales de estudiar y pensar el Derecho que tienen vínculos y fundamentos comunes y que, en aspectos sustanciales, constituyen un desafío para las ideas y los paradigmas que sirven de base a la ciencia del Derecho y la dogmática jurídica que hemos tratado hasta ahora, y se refieren a una cuestión que trataremos en los párrafos que siguen.

⁵¹ RUIZ-TAGLE, P., *op. cit.*, en n. 43, pp. 51- 53.

⁵² LATORRE, A., *Introducción al Derecho* (Barcelona: Editorial Ariel, 1987), pp. 20-21.

⁵³ *Ibid.*, pp. 21-22.

CUADRO I.
DOGMÁTICA JURÍDICA

Formas de Pensar el Derecho	Autores	Modelo Objetivo	Paradigma Metafísico	Generalizaciones Simbólicas	Valores	Ejemplos	Cuestiones y contexto
Pre-codificación (Desde finales Siglo XI)	Gayo, Paulo, Papiniano, Justiniano, Bartolo de Sassoferrato, Graciano	Institutas, Digesto, Corpus iuris Civilis, Corpus Iuris Canonici	Idea de Roma como Derecho ideal. Idea de ius Commune	Estudio de aforismos y de extractos en latín de textos que forman los modelos objetivos	Certeza, Claridad, Racionalidad	Tienen importancia marginal	Surgen las escuelas de los glosadores, los posglosadores, los humanistas, la escuela italiana. El Derecho adquiere una cierta autonomía científica porque se concentra en ciertos libros su estudio y con ciertos métodos y en la institución universitaria
Codificación (Desde finales Siglo XVII)	G. Leibniz, Jean Portalis	Sobre la codificación, Código Civil Francés	Iusnaturalismo, Estatismo, Centralismo, Nacionalismo	Técnicas de la codificación con libros, títulos, secciones, artículos, incisos, párrafos etc.	Racionalidad, Sistematización, Seguridad, Orden	Sólo tienen carácter ilustrativo	El Código es una ordenación sistemática de una materia y todo el Derecho que se piensa puede ser codificado. Los Códigos civiles son los principales y tiene modelo francés y alemán.
Poscodificación (Desde finales Siglo XX)	Ronald Dworkin, Bruce Ackerman, Louis Favoreau, Gregorio Peces Barba	Los derechos en serio, We the People, Tratado de Derecho Constitucional, Curso de Derechos Fundamentales	Idea de derechos humanos y de constitucionalismo global	Principios y casos generan nuevos	Justicia	Adquieren carácter gravitacional y pueden afectar todo el sistema	Las Constituciones se anteponen a los Códigos y con ellas los tratados de derechos humanos, esto es la idea de derechos fundamentales. Los Tribunales y particularmente Tribunales Constitucionales adquieren nueva importancia.

5. ANÁLISIS HISTÓRICO Y SOCIOLOGICO DEL DERECHO

Von Savigny concibió el Derecho como un sistema que se construye a partir de las elaboraciones doctrinarias y busca dar coherencia a las distintas partes del Derecho, entendiéndolo como un todo vinculado a un pueblo determinado. Cada pueblo expresa sus condiciones espirituales en este producto cultural que son los fenómenos jurídicos. A diferencia del modelo de los glosadores o de la codificación que se fundaba en el esfuerzo individual, Von Savigny sostiene que el Derecho concebido como sistema de doctrina debe estar conectado con el pueblo, ya que es este el que hace que se desarrolle y cambie el Derecho, es el gran sujeto activo. Es decir, es el pueblo el que le da sus características al Derecho⁵⁴.

Para entender esta concepción histórica, debemos tener en cuenta que en sus orígenes surge como una desviación de la ciencia del Derecho o como una forma alternativa de la dogmática en el contexto del debate del siglo XIX sobre la codificación en Alemania. Por lo tanto, hay que comprender el concepto de pueblo tal como es pensado por los seguidores de Von Savigny. Si bien se dice que el Estado es el reflejo del pueblo, no se puede pensar que ambos conceptos son sinónimos. El Estado sería una de las formas en que se expresa el pueblo. Entonces, ¿qué es el pueblo? Por un lado el pueblo se piensa como la totalidad natural que compone el Estado. Por otro, la totalidad de individuos que conviven en un Estado, separando a los individuos de este. También podría interpretarse como los gobernados, los que obedecen. Finalmente, el pueblo lo constituyen aquellos en que realmente recae el poder soberano, es decir, los ciudadanos. La idea de Von Savigny de pueblo lo identifica con la totalidad natural que compone el Estado, es decir, asume el concepto más amplio⁵⁵. Es por esta idealización del pueblo, que Von Savigny propone separar el Derecho del código napoleónico que concibe a todos los pueblos como uno.

Si el pueblo es el que crea el Derecho, vale preguntarse por qué Von Savigny cree que este es elaborado en forma sistemática y doctrinaria por una clase de especialistas y asigna a los juristas un rol tan importante. A

⁵⁴ VON SAVIGNY, F., *Los Fundamentos de la Ciencia Jurídica* (Buenos Aires: Depalma, 1979), pp. 23-25.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 27.

través de su especialización ellos deben identificar el Derecho creado por el pueblo⁵⁶. Aunque no sea una clase elegida la de los juristas, si es legítima dado su conocimiento, y es así como se vuelve elitista.

También inspirada en esta idea más colectiva del Derecho, la sociología del Derecho es un método o paradigma alternativo de pensar el Derecho que nos permite conocerlo desde un punto de vista diferente al que nos da la dogmática o ciencia del Derecho. La sociología del Derecho percibe el desarrollo histórico del modo dogmático de pensar el Derecho como una concepción conectada a las doctrinas espirituales individualistas. Así concluye que la historia del Derecho es contradictoria. Eso explica la paradoja de reconocer entre los padres de la sociología del Derecho a Von Savigny y las doctrinas marxistas, que ya no perciben el Derecho como el producto del trabajo individual de un juez o un legislador, sino que entienden el Derecho como el resultado del grupo social al cual pertenezca. El Estado tiene muchos grupos bajo su poder, otros que quedan sobre la institución estatal, y otros al margen. Cada uno de estos puede crear Derecho, y compartir con los otros sus ideas jurídicas. Como la sociedad es esencialmente cambiante, se debe estar pendiente a estos cambios para entender y modificar las legislaciones⁵⁷.

A partir de esta primera aproximación, podemos concluir que esta es una línea de pensamiento paralela a la dogmática, ya que implica un verdadero cambio a las fuentes del Derecho. El punto de vista sociológico jurídico en su forma característica propone que hay solo una fuente jurídica que es la voluntad del grupo, dándole un rol importantísimo a la costumbre⁵⁸. El Derecho no sería jamás rígido, si no que constantemente cambiante, y es la costumbre la que produce todos los cambios. La importancia del análisis ya no radica en la norma misma, si no que en la forma que se aplica esta. Esto lleva a que la ley no difiera de la costumbre, sólo tienen diferencias de forma, no de fondo. Es decir, en el paradigma de la sociología del derecho la ley no sería otra cosa que la costumbre escrita.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 41-43.

⁵⁷ LEVY-BRUHL, H., *Sociología del Derecho* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1964), pp. 6-16.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 21-37.

También la sociología jurídica se diferencia de la ciencia jurídica en la forma de pensar el Derecho en el hecho que estudia las relaciones entre el sistema jurídico y toda la sociedad. El origen de las normas, por ejemplo, serían hechos sociales colectivos. Así para determinar las normas vigentes, que claramente no son necesariamente las legales, si no que las que el grupo reconoce como tal. Se crea de esta forma una división entre las normas oficiales y las que simplemente están en un código y no necesariamente se siguen o aplica por las personas. Es así como se preocupa de los hechos, de lo fáctico y no de los principios y normas tal como se expresa en la dogmática.

A causa de todo lo explicado anteriormente no debería sorprender el hecho que el análisis sociológico del Derecho tenga un método diferente a la dogmática⁵⁹. Al ser sociológicos sus modos de investigación, se agregan a sus métodos la comparación y sobre todo la observación empírica que incluye, por ejemplo, el uso de encuestas, estadísticas, análisis grupal, etc. Después de la segunda guerra mundial, con el surgimiento de la sociología experimental, se consideran estos métodos como válidos para estudiar el Derecho. El aporte de la estadística permite relacionar alguna otra área con el Derecho, por ejemplo, con la economía.

Así se logra democratizar el estudio y la aplicación del Derecho, ya que supuestamente así se está más cerca de la realidad y de todo lo que pasa en ella. Levy-Bruhl sostiene que la ley, tal como se dijo anteriormente, no es más que costumbre escrita. Para esto hay que establecer relación entre los códigos y la sociedad. Es necesaria la estadística, y así poder ver que parte de la ciencia jurídica se cumple y tiene vigencia social. Otra herramienta es la encuesta⁶⁰, que busca rescatar la opinión para ver que parte del Derecho se aplica, si realmente se obedece a la ley y a los jueces. En el fondo lo que hace la sociología jurídica es darnos información sobre el Derecho práctico y sus consecuencias en las personas comunes.

Otro sociólogo del Derecho como es Renato Treves, propone que la interpretación sociológica del Derecho es una forma autónoma del Derecho,

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 47-55.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 27-51.

mirándolo como algo que puede ser criticado. La discusión estaría en si quien debe hacer esta interpretación son los juristas o los sociólogos. Treves, para demostrar la importancia de esta área, explica cómo dos de los autores más importantes de la ciencia jurídica tradicional consideran a la sociología, como una disciplina distinta a la ciencia jurídica que es normativa. Tal es el caso de Kelsen, que sostiene que la sociología percibe el Derecho tal como es, y en cambio el Derecho como debe ser corresponde el trabajo propio de la dogmática. Hart⁶¹ concibe su teoría sobre la idea que el Derecho tiene un aspecto interno que perciben los especialistas que lo aplican, tales como las normas, leyes y la lógica jurídica, y un aspecto externo que puede ser objeto de estudio mediante la sociología y los ciudadanos, y que es punto de vista común para observar el Derecho. En este sentido, en el aspecto interno se necesita de un especialista que entienda la lógica y el lenguaje del Derecho, en cambio en el aspecto externo puede ser el analista un sociólogo que no maneja el lenguaje jurídico.

En su forma más reciente, el paradigma sociológico jurídico expresado en Jürgen Habermas, propone que existe un núcleo descriptivo en todo sistema social y un núcleo normativo, que lo constituye el sistema jurídico, que es una estructura más allá del sujeto que lo observa. Habermas no renuncia a la importancia del sujeto, al participante y su influencia en el estudio de la sociedad. Sin embargo el Derecho para Habermas sería el nexo o la conexión entre las diversas estructuras de todo sistema social y el sujeto. Habermas se inspira en tres autores, Weber, Parsons y Marshall⁶². Los tres autores apuntan a entender el Derecho mucho más allá que el orden normativo, e incluyen los valores, que pueden incluso no estar recogidos normativamente por el Derecho. Hay en Habermas un énfasis en el tema de la legitimidad y de la validez fáctica del Derecho en el tipo de sociedad que denomina "capitalismo tardío" que es la sociedad occidental de posguerra.

Habermas también se pregunta qué es el Derecho⁶³. En las sociedades secularizadas contemporáneas no encontramos un sistema que le dé orden a

⁶¹ TREVES, R., *Introducción a la Sociología del Derecho* (Madrid: Taurus, 1978), pp. 123-134.

⁶² HABERMAS, J., *Facticidad y Validez* (Madrid: Trota, 1998), pp. 132-142.

⁶³ *Ibid.*, p. 146.

la sociedad, ya que la institución que solía hacerlo, las iglesias, han perdido su influencia. En este contexto los sujetos quedan sometidos a una gran carga, y deben entrar en procesos de entendimiento y mutua tolerancia para llegar a acuerdos. Todos los individuos tienen intereses que pueden ser los mismos o muy diferentes ahora que no habría un orden superior. Esta carga de legitimación es asumida por el Derecho con su función integradora, el cual se impone coactivamente, volviéndose legítimo por la discusión y la deliberación que se produce en el parlamento. Así, el Derecho cumple dos funciones en nuestros sistemas sociales contemporáneos que resalta Habermas. Primero una función estratégica que se funda en la coacción y, segundo, un carácter legitimador de la sociedad que se produce porque los sujetos participan representados en la creación de las normas. A diferencia de estas ideas Nicklas Luhmann, otro gran sociólogo contemporáneo en una posición divergente de Habermas, escribe durante la segunda mitad del siglo XX. Propone que la sociedad está sólo formada por la comunicación, que es completamente diferente de la participación. Es la comunicación la que da origen a los sistemas sociales. Para Luhmann, el Derecho es una forma específica de comunicación que produce consecuencias sociales⁶⁴. Las expectativas sociales son estabilizadas por el Derecho y confirmadas por los tribunales.

Ambos sociólogos le asignan una función muy importante al Derecho en la sociedad moderna, un rol que excede con mucho la función que le reconocen los paradigmas de la ciencia del Derecho y la dogmática jurídica tradicional, que frente a estas posiciones parece encerrada en su misma.

⁶⁴ LUHMANN, N., *El Derecho de la Sociedad* (México: Universidad Iberoamericana, 2002), pp. 22-23.

CUADRO 2.
ANÁLISIS HISTÓRICO DEL DERECHO

Formas de Pensar el Derecho	Autores	Modelo Objetivo	Paradigma Metafísico	Generalizaciones Simbólicas	Valores	Ejemplos	Cuestiones y contexto
Escuela Histórica del Derecho (siglo XIX)	Friedrich K. Von Savigny	De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia Sistema de Derecho romano actual	Idea de espíritu de un grupo humano. Idea de sistema coherente lógica diacrónica y sincrónica	Pandectas Filología jurídica	Comprensión experta o de jurista científico. Certeza filológica	La Costumbre genera casos en forma independiente del Derecho positivo estatal	• Espíritu del pueblo (Volkgeist) como antecedente directo del nacimiento del Derecho. • El pueblo es una comunidad espiritual y de pensamiento y no una reunión casual de una multitud indefinida. • El Derecho, al igual que el Estado, es una construcción histórica que puede ser sistema. • La costumbre es un sintoma del Derecho positivo pero no constituye su origen.

CUADRO 3.
ANÁLISIS SOCIOLOGICO DEL DERECHO

Formas de Pensar el Derecho	Autores	Modelo Objetivo	Paradigma Metafísico	Generalizaciones Simbólicas	Valores	Ejemplos	Cuestiones y contexto
Análisis Sociológico (Desde Principios Siglo XIX)	Auguste Comte Emile Durkheim Max Weber Henri Lévy-Bruhl Renato Treves Jürgen Habermas Niklas Luhmann	La ciencia positiva El suicidio Economía y sociedad Sociología del Derecho Norma y facticidad Sistema jurídico y dogmática jurídica El Derecho de la sociedad	Idea de la sociedad Idea del Derecho como subsistema social Idea del Derecho y relación con otros subsistemas sociales	Uso de correlaciones, regresiones, variables y otras formas estadísticas para medir relación entre Derecho y sociedad y entre Derechos y otros derechos sociales	Certeza Ciencia Empírica Los hechos como medidas de los valores	Los hechos son medidos y contrastados con las normas y principios jurídicos	• Distinción entre sociología en el Derecho o sociología del derecho de los juristas y sociología del Derecho o sociología del Derecho de los sociólogos (Treves). • Carácter esencialmente provisional de las normas jurídicas. • La costumbre es la principal fuente del Derecho y la ley es costumbre escrita. • Métodos de trabajo: observación, interpretación y comparación.

6. ANÁLISIS FILOSÓFICO DEL DERECHO Y EL DILEMA ENTRE EL IUSNATURALISMO Y EL POSITIVISMO

Existen muchos autores como Hans Welzel⁶⁵ y Karl Friedrich⁶⁶ que han escrito obras muy significativas dedicadas a la filosofía del Derecho. El Derecho en estos trabajos se explica según las referencias que han hecho a esta materia los principales representantes de las escuelas filosóficas, según el tratamiento que le dan en relación con la moral, la política o la retórica. El problema que tiene el análisis filosófico del derecho consiste en que el sistema jurídico y la tradición a que se pueda referir a la obra de Aristóteles, Aquino o Hobbes no siempre coincide con el Estado Moderno. Por eso es importante explicar siempre el Derecho en un determinado contexto cultural y tener en cuenta la expresión de su realidad histórica. A pesar de esta objeción se pueden reconocer ciertas regularidades en las explicaciones filosóficas del derecho porque el debate sobre la filosofía del Derecho ha girado en torno a dos ideas principales: el iusnaturalismo y el positivismo jurídico.

Hay que tener en cuenta, que el paradigma del iusnaturalismo no es sinónimo de adoptar un punto de vista religioso sobre el Derecho, ya que hay un iusnaturalismo racionalista, que está íntimamente conectado con el paradigma de la codificación. Por ejemplo, algunos representantes de esta forma de pensar el Derecho son los juristas que asesoraron a Napoleón, quien buscó expandir su legislación por todo el mundo, sistematizando todo el Derecho francés.

El iusnaturalismo puede ser definido de dos formas, se puede decir que es distinto al positivismo, o que es contrario a éste. Tomar una u otra definición nos lleva a conclusiones distintas. Así, si concebimos el iusnaturalismo como diferente al positivismo, podemos argumentar que sus nociones fundamentales estarían constituidas por ideas independientes. Por ejemplo, podemos argumentar que el iusnaturalismo es una forma de pensar al Derecho que es anterior al positivismo o que es una filosofía política más que

⁶⁵ WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho, Derecho Natural y Justicia Material* (Madrid: Aguilar Ediciones, 1974), pp. 3-163.

⁶⁶ FRIEDRICH, C., *Filosofía del Derecho* (México: Fondo de Cultura Económica, 1988).

una filosofía jurídica, porque no se dedica a analizar el Derecho positivo y como mejorarlo, sino que en realidad busca definir los límites del poder público o la autoridad del Estado.

Si por otra parte, inspirados en los trabajos de H.L.A. Hart⁶⁷ y otros, consideramos la definición del iusnaturalismo como una posición que asume por antonomasia las tesis contrarias al positivismo, podemos sostener que el Derecho no es sólo una construcción humana, y que en oposición a lo que postula el positivismo, está influido por principios universales que emanan de la razón humana inspirada por Dios. En vez de expresar una lógica humana, expresaría la de la naturaleza y/o la de sus principios divinos.

Hay que resaltar que la idea iusnaturalista que el Derecho debe expresar una razón universal tiene su base en la ilustración, que proclama que los hombres son libres e iguales. Sin embargo hoy sabemos que en nombre de la razón se han cometido crímenes horribles, tales como los genocidios o la bomba atómica que exterminó a miles de personas inocentes. Nuestra idea de la racionalidad no implica entonces una base moral indubitada no sujeta a escrutinio o controversia.

De allí que una segunda conclusión sobre el iusnaturalismo y el positivismo, es que debe existir una conexión necesaria entre Derecho y moral, y por lo tanto no se puede concebir el Derecho sin la moral. Esta tesis por cierto es controvertida por la mayoría de los autores que asumen como válidos los postulados del positivismo jurídico.

La tercera conclusión es que el método de estudio del Derecho debe demostrar un vínculo necesario con la moral y que no debemos pensar el sistema jurídico como cerrado en sí mismo, está la moral de por medio, que no lo cerraría. Kelsen propone que además sería un sistema estático. El problema de cualquiera de las definiciones de iusnaturalismo ya mencionadas, es encontrar qué principio es universal en todo el mundo y que se aplique por igual a todos los tiempos. Estos, según las posiciones iusnaturalistas pueden ser principios secundarios, que pueden llegar a cumplirse o no, y

los primarios siempre obligan. El problema se radica en la universalidad, atemporalidad y regla de reconocimiento que nos permite determinar los principios primarios. ¿Cuáles podrían ser éstos y quién los determina? Quizá la respuesta más obvia sea que la norma de no matar puede ser considerada como un principio primario, pero a la vez debemos reconocer que durante toda la existencia de la humanidad se ha mantenido la pena de muerte. Paradójicamente, muchos de los principales partidarios de la pena de muerte, son y han sido iusnaturalistas.

Por eso, a pesar que el iusnaturalismo en su versión más extrema sostiene que sus postulados son atemporales y ahistóricos, esta forma de pensar el Derecho se ha expresado también en múltiples manifestaciones entre las cuales destacan sus formulaciones de la antigüedad y la edad media cristiana, que es divergente de la forma moderna y racionalista y de su resurgimiento al término de la segunda guerra mundial, tal como puede verse en el cuadro adjunto:

⁶⁷ RUIZ-TAGLE, P., *op. cit.*, en n. 43, pp. 248-259.

CUADRO 4.
JUSNATURALISMO

Formas de Pensar el Derecho	Autores	Modelo Objetivo	Paradigma Metafísico	Generalizaciones Simbólicas	Valores	Ejemplos	Cuestiones y contexto
Grecia y Roma (Desde siglo IV a.c.)	Sófocles Sócrates Sofistas Platón Aristóteles Cicerón	Antígona Apología Críton y Diálogos La República La Política Ética a Nicomaco La Retórica De la República	Distinción entre naturaleza y convención. Teleología Idea de ius y de ius gentium	Dialéctica Latín y griego como barrera	- Justicia - Bien - Verdad	Se mezclan con argumentos morales, políticos, retóricos y jurídicos	La idea de los ciclos y el eterno retorno. El Derecho está mezclado con la ética, la política y la retórica. Y constituye un orden natural que se revela en la naturaleza de las cosas o es arbitrario. Distinción entre Ley natural (universal, única, eterna e invariable) y ley humana (particular, arbitraria, mutable.).
Católico (Desde siglo V)	Agustín de Hipona Tomás de Aquino Dante Alighieri	La Ciudad de Dios Suma Teológica Libro sobre la Justicia De Monarquía	Distinción entre teología y filosofía Distinción entre fe y razón	- Dialéctica - Disputa Escolástica	- Fe - Verdad - Justicia - Bien común	Ejemplos formalizados en cuestiones	Mundo regido por la divina providencia. Distinción entre ley eterna (razón divina o voluntad de Dios), ley divina (sagradas escrituras siendo la Iglesia su intérprete autorizado), ley natural (porción del ordenamiento general del mundo que es asequible a la razón humana sin necesidad de revelación) y ley humana (normas dictadas por el hombre con miras al bien común). Disputa de jurisdicciones entre imperio y papado

Formas de Pensar el Derecho	Autores	Modelo Objetivo	Paradigma Metafísico	Generalizaciones Simbólicas	Valores	Ejemplos	Cuestiones y contexto
Racionalista (Desde siglo XV)	Francisco Vitoria Francisco Suárez Hugo Grocio Samuel Pufendorf	Los justos títulos Tractatus de legibus ad Deo legislatores Sobre el Derecho de la guerra y de la paz De iure nature et gentium	Idea de Derecho universal racional que se aplica a todos los seres humanos y en todas las circunstancias	Declaraciones y polémicas jurídicas racionales	- Razón universal - Justicia - Derechos naturales	Principios sirven para ordenar soluciones de los casos.	La cuestión del descubrimiento científico y geográfico y la racionalidad aplicada a ella. Derecho natural fundado en la razón humana de principios universales e inmutables que no pueden ser cambiados por Dios y que "existirían aunque Dios no existiere". Derecho natural situado fuera del ámbito del poder eclesiástico.
Posguerra (Desde 1945)	G. Radbruch Lon L. Fuller John Finnis	Los fines del Derecho The morality of law Natural law and natural rights	El Derecho responde a valores y principios morales. El Derecho es parte del razonamiento moral.	Principios Derechos Reglas de razonamiento	Prudencia Justicia Derechos humanos y dignidad	Los ejemplos del mal radical no son Derecho.	Necesidad de fijar límites a la acción del legislador. Coerción no es rasgo distintivo del Derecho. Normas y principios forman parte del Derecho El Derecho es una parte del razonamiento práctico.

Por su parte, y tal como anticipamos en los párrafos anteriores, el paradigma del positivismo se funda en cinco ideas principales tal como ha explicado H.L.A. Hart⁶⁸. La primera es que el Derecho y las normas son una creación humana. Jeremy Bentham, el padre del positivismo jurídico, y John Austin, que fue su discípulo, explican que el Derecho está formado por ni más ni menos que por un conjunto de órdenes y mandatos que dirige un soberano a un súbdito. La segunda idea es que no hay una conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Lo importante es que no es necesaria, es decir puede existir una conexión aceptable, pero al definir aquello en que consiste el Derecho no es necesario hacer referencia a la moral. La tercera idea es que el método jurídico se diferencia de las otras formas de analizar el Derecho, tales como el sociológico o el histórico. La cuarta idea consiste en que el sistema jurídico es un sistema lógico cerrado. Esto quiere decir que no admite incoherencias, que el sistema en si permite llegar a las conclusiones correctas a través de un método lógico. Esta idea se le atribuye principalmente a Kelsen, quien proponía la plenitud hermética del Derecho. La quinta idea consiste en que los juicios morales no son racionales, si no que puramente emotivos, porque responden a sentimientos y por este motivo son arbitrarios.

Es importante considerar si acaso todos los autores positivistas siguen ideas. Según Hart son muy pocos los autores que siguen todas estas tesis positivistas, y el mismo dice que acepta la primera tesis y la segunda en forma parcial. En el caso de Hans Kelsen, parece que sigue las cinco tesis positivistas, sin perjuicio que las reformula en sus diversas versiones de su Teoría Pura del Derecho.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 249-259.

CUADRO 5.
EL POSITIVISMO JURÍDICO

Formas de Pensar el Derecho	Autores	Modelo Objetivo	Paradigma Metafísico	Generalizaciones Simbólicas	Valores	Ejemplos	Cuestiones y contexto
Análítico o Imperativo (desde fines Siglo XVIII)	Jeremy Bentham John Austin H.A.A. Hart	Of laws in general The Province of Jurisprudence well determined The Concept of Law	Utilitarismo Filosofía del Lenguaje	Formalización de los mandatos y reglas	Utilidad Certeza	No tienen importancia Tienen sólo valor ilustrativo	Descripción de la estructura del sistema jurídico. Teoría estatal del Derecho. Características: coactividad, rasgo imperativo de la norma, supremacía de la ley, actividad lógica de jueces y juristas. Sistema de normas pleno, coherente y preciso.
Ideológico o Dogmático (desde Principios Siglo XIX)	Demolombe Domat Pothier Bonnecase	Código Civil Francés Tratados	Legislador y ley como expresión voluntad general Ciencia jurídica como comentario de legislación	Técnica de la codificación en libros, títulos o secciones, párrafos, artículos, incisos. El Tratado como comentario de intención del legislador	Estatismo Centralismo Nacionalismo Certeza o seguridad jurídica	No tienen importancia Tienen sólo valor ilustrativo	Valoración positiva del Derecho existente. Las normas jurídicas son válidas y obligatorias con independencia de su contenido. El Derecho por el solo hecho de ser positivo es justo. El Derecho sirve para la obtención de ciertos fines; orden, seguridad y justicia (legal o formal)

CUADRO 5.
EL POSITIVISMO JURÍDICO
(Continuación)

Formas de Pensar el Derecho	Autores	Modelo Objetivo	Paradigma Metafísico	Generalizaciones Simbólicas	Valores	Ejemplos	Cuestiones y contexto
Normativo, Kantiano o metodológico (desde principios Siglo XX)	Hans Kelsen Norberto Bobbio	Teoría pura del Derecho	Terminología kantiana Juicios categóricos hipotéticos Ser y deber ser	Lógica formal aplicada a la norma y relación jurídica. Norma lo incluye todo Coacción es elemento central de la norma	Estatismo Cientifismo Validez y vigencia Seguridad jurídica	No tienen importancia. Tienen sólo valor ilustrativo.	Aproximación científica al estudio del Derecho. Delimitación del objeto de investigación. Estudio del Derecho como ciencia del deber ser. Conocimiento del Derecho es ciencia a priori. Identificación del derecho y el Estado.

A partir de lo dicho anteriormente podemos concluir que el iusnaturalismo y el positivismo son formas de pensar el derecho que en su versión opuesta o independiente, presentan ventajas y desventajas. Es por esto que hay autores que han intentado unir de alguna forma ambos puntos de vista. Es así como Jules Coleman⁶⁹ ha postulado un positivismo inclusivo que consiste en separar el aspecto epistémico del semántico. El aspecto epistémico se refiere a la teoría del conocimiento, que implica que no se necesita a la moral para conocer el Derecho. El aspecto semántico de la comprensión del Derecho implica que para entender el significado del Derecho en su sentido amplio y en su aplicación en una sociedad determinada, se necesita entender su conexión con la moral y la política. En el positivismo excluyente que se expresaría, por ejemplo, en la obra de Hans Kelsen, estos dos aspectos están unidos y fuertemente presentes. En cambio en el positivismo inclusivo se acepta una tesis epistémica, pero no semántica. Esto quiere decir que efectivamente puede existir una comprensión del Derecho que se identifique y conozca con independencia de la moral, en el reconocimiento y la identificación del Derecho. Sin embargo, para entender el significado del Derecho se debe recurrir a principios morales o políticos, económicos y sociales. Esto quiere decir que el Derecho no puede pensarse como encerrado en sí mismo sino como parte de la cultura e influido por factores económicos, culturales y políticos.

7. EL REALISMO JURÍDICO Y LA DISPERSIÓN METODOLÓGICA DE LOS PARADIGMAS JURÍDICOS

El realismo jurídico surge en los años treinta en EE.UU. y es asociado políticamente al gobierno del Presidente norteamericano Franklin D. Roosevelt. Los realistas expresan los ideales jurídicos del New Deal y las tensiones que se produjeron con los sectores jurídicos más tradicionales, particularmente con la actitud reaccionaria de la Corte Suprema frente a la adopción de la nueva legislación social que pretendía impulsar Roosevelt para hacer frente a la crisis económica. El Presidente Roosevelt amenazó con duplicar el número de jueces en la Corte Suprema si esta continuaba oponiéndose a la adopción de la necesaria legislación social. Bastó esa amenaza para que la jurisprudencia de la Corte Suprema cambiara. En estas

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 248-259.

tensiones entre el Derecho tradicional y las necesidades de un nuevo Estado Social y Democrático de Derecho surgieron los realistas.

La forma realista de ver el Derecho, consiste en un conjunto de doctrinas que buscan pensar el Derecho sin referencia a reglas o normas. Incluso llega a abandonar la idea que este sea racional o que sólo podamos encontrarlo en la explicación sistemática de las decisiones de los tribunales. Los realistas se oponen a toda idea normativa del Derecho.⁷⁰ Para el paradigma jurídico del realismo, como ha expresado Oliver Wendel Holmes en la frase que está grabada en piedra en el edificio de la escuela de derecho de la Universidad de Yale, la vida del Derecho se funda en la experiencia, y no en la lógica. El realismo jurídico propone que en el estudio de las sentencias de los tribunales solo podemos concluir que el Derecho no es más que una predicción de lo que los jueces hacen.

En definitiva para los realistas hay dos formas principales de pensar el realismo jurídico⁷¹, como una sicología judicial y como una sociología judicial. En ambos casos el Derecho sigue siendo lo que los tribunales dicen, pero se busca establecer una cierta predicción de lo que los jueces consideran como Derecho. La sicología judicial buscaba ser capaz de anticipar el fallo por el perfil psicológico del juez.

Existe también una corriente escandinava del realismo jurídico en la que se destacan las obras de Alf Ross⁷² y Karl Olivecrona⁷³ que enfatizan la vigencia del Derecho como el factor más importante que la validez o existencia normativa del mismo. Ross fue discípulo de Kelsen, de hecho fue su alumno. Lo que hace Ross es enfatizar la efectividad del Derecho para determinar su existencia. Para Ross, hay que concentrarse en que normas realmente se usan, y cuales son ignoradas en toda sociedad.

⁷⁰ ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia* (Buenos Aires, Eudeba, 1997), p. 67.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 69-71.

⁷² *Ibid.*

⁷³ OLIVECRONA, K., *El Derecho como Hecho* (Buenos Aires, Depalma, 1959).

CUADRO 6. REALISMO JURÍDICO

Formas de Pensar el Derecho	Autores	Modelo Objetivo	Paradigma Metafísico	Generalizaciones Simbólicas	Valores	Ejemplos	Cuestiones y contexto
Norteamericano (desde Principios Siglo XX)	Oliver W. Holmes Benjamin Cardozo Karl Llewellyn Jerome Frank Thurman Arnold	The path of the law The nature of judicial process The bramble bush The legal mind The folklore of capitalism	La idea del Estado administrativo o activo como nuevo paradigma jurídico La idea del Derecho tradicional como barrera para el cambio que requiere el nuevo Estado administrativo	Uso de ciencias afines como psicología, sociología, ciencias económicas y administrativas para sustituir al formalismo legal tradicional.	Concepto científico del Derecho, pero vacando el Derecho al derecho de toda aspiración a ser ciencia.	Los ejemplos lo son todo. No existe lógica en el Derecho más allá de la solución particular de cada caso.	Primacía de la experiencia por sobre la lógica. Análisis del funcionamiento real de los tribunales. El Derecho se reduce a "las profecías de lo que harán los tribunales" (Holmes). Las normas jurídicas son sólo un dato más a considerar. Prescindencia de los conceptos y de la sistematización.
Escandinavo (Desde mitad del Siglo XX)	Alf Ross Karl Olivecrona	Sobre el Derecho y justicia El Derecho como hecho	El Derecho es un sistema de control y de vigencia de un modelo de sociedad que se pretende funcione de modo efectivo.	La medida de la vigencia efectiva de la norma es el Derecho que verdaderamente cuenta.	Vigencia Efectividad	Los hechos o ejemplos vigentes determinan el contenido de la norma y los principios del Derecho.	El Derecho es entendido desde su carácter institucional y como regulación del ejercicio de la fuerza. Interpretación de la vigencia del Derecho en términos de efectividad social. Integración del realismo psicológico (vigencia superpuesta a la conciencia jurídica popular) con el realismo conductista (acción de los tribunales de justicia).

La influencia del realismo jurídico ha implicado que la ciencia del Derecho y la dogmática jurídica hayan comenzado a coexistir con formas y paradigmas interdisciplinarios de entender y aplicar el Derecho. Particularmente en las universidades norteamericanas a partir de mediados del siglo XX se abre un conjunto de escuelas o movimientos jurídicos que combinan el estudio del Derecho con la sociología como en el caso del análisis legal crítico, el feminismo legal, el análisis económico del Derecho, o el análisis literario del Derecho entre otros⁷⁴.

8. ANÁLISIS CRÍTICO Y FEMINISTA DEL DERECHO

Estas formas de analizar el Derecho están vinculadas al pensamiento sociológico y pretende explicar los modos de pensamiento y conducta dominantes. Para el movimiento de los estudios legales críticos, el Derecho busca promover ciertos tipos de personalidad, de acciones y de valores humanos, excluyendo otras formas de pensamiento y acción que pueden ser igualmente válidos. El Derecho selecciona ciertos intereses sobre otros. El análisis crítico plantea que en el caso de la teoría política liberal, se resalta el orden y la seguridad⁷⁵. A partir de estos intereses, que se terminan considerando socialmente valiosos, se construyen las normas⁷⁶. El análisis crítico se inspira en ideas románticas, cristianas y marxistas y su forma de razonamiento se asemeja a los escritos de los teólogos de la liberación.

Su principal representante, Roberto Mangabeira Unger, resalta las contradicciones que existirían en el modelo liberal del Derecho, en la teoría de la política liberal. Propone que a partir de estas contradicciones se puede organizar un número de paradigmas que funden nuevos sistemas, un proyecto descriptivo y normativo prescriptivo (nuevos ideales) del Derecho. Para lograr este proyecto la legislación debería estudiar todas las alternativas potencialmente existentes en una sociedad, y no sólo cerrarse a utilizar los intereses dominantes que se vuelven valores por vía del

⁷⁴ ACKERMAN, B., *Del Realismo al Constructivismo Jurídico* (Barcelona: Ariel Derecho, 1988).

⁷⁵ UNGER, R.M., *Conocimiento y Política* (México, Fondo de Cultura Económica, 1985), p. 73.

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 74-76.

procedimiento legislativo y la aplicación judicial⁷⁷. Las contradicciones sociales puede generar inseguridad, pero esto sería tremendamente positivo, ya que de aquí puede surgir un nuevo modelo, un mejor modelo, que pueda superar las restricciones que impone el Derecho liberal dominante del siglo XXI.

Como hay valores que son rechazados por los sistemas dominantes que se inspiran en la ideología liberal que siempre implica selección de intereses en la legislación y aplicación del derecho, hay individuos que tendrán una contradicción insalvable entre lo que ellos consideran valioso y las reglas que deben seguir. Esto erosiona las reglas. La gran contradicción entre el sujeto y el sistema ocurre porque el valor que el sistema resalta es el orden, eliminando cualquier proyecto personal e individual que salga de las coordenadas de lo que es socialmente aceptado. El sujeto con sus pasiones e individualidad se vuelve irreductible al sistema y por eso el análisis crítico del derecho piensa el derecho en sus contradicciones que las percibe formas alternativas de vida que son positivas y que deben tomarse en cuenta antes de decidir cómo se debe legislar. Esta visión es romántica, ya que es a partir de la contradicción que sería posible a cada individuo y también al sistema trascender y mejorar.

En lo que respecta al feminismo, se trata de un movimiento político y académico que surgió con mucha fuerza en las décadas de 1970 y 1980 en Estados Unidos, que se inspiró, en el área jurídica, en la crítica del Derecho y en cómo éste ha sido enseñado. El feminismo aparece en su origen en el siglo XIX a través de los primeros estudios y trabajos por John Stuart Mill y otros sobre la sujeción de la mujer. En aquella época la crítica recae en que no haya educación formal de la mujer y que existe una fuerte discriminación política. Durante la primera y segunda guerra mundial, hay un fuerte cambio, un avance. En Boston, Inglaterra e incluso en Chile hay movimientos sufragistas. Más tarde durante los años sesenta y setenta existió la revolución sexual, que luchaba por la liberación de la mujer, se legitimó el uso de píldoras anticonceptivas y se ha propugnado revisar y luego abrogar la penalización del aborto. Muy importante ha sido en este avance del siglo XX el texto *A Room of her Own* de Virginia Woolf y la obra de Carol

⁷⁷ *Ibid.*, p. 80.

Gilligan⁷⁸, sicóloga de Harvard, que escribe durante los años ochenta un texto llamado *In a Different Voice*. Ahí argumenta que las mujeres tienen una sicología distinta a la de los hombres, pero no por eso inferior a la de los hombres, y que han sido discriminadas por la sociedad y la cultura. Por ejemplo, las mujeres piensan en términos de contexto, mientras los hombres se encapsulan y ven solo una arista. No hay que olvidar el rol que tuvieron las encíclicas papales que insistieron una y otra vez en que el rol femenino había cambiado.

El paradigma del análisis feminista del Derecho propone que el Derecho ha sido siempre construido por hombres, que han asegurado la desigualdad⁷⁹. Esto se demuestra por ejemplo, en el delito de violación en que la evidencia recae acerca de si el acto fue forzado, lo que claramente favorece al violador, ya que la carga de la prueba recae en la mujer⁸⁰. También argumentan que este derecho valida y hace invisible la dominación⁸¹, y por lo tanto la víctima muchas veces no se da cuenta de las formas que tiene el abuso y que incluso se valida socialmente en que la mujer se vuelva un objeto y no sea reconocida en su condición de sujeto de derecho. De allí que la creación de un nuevo delito de acoso sexual⁸² sea importante porque puede impedir la degradación personal a que han quedado muchas veces expuestas las personas de sexo femenino por causa de la dominación que ha sido validada por el Derecho.

Por eso es que Catherine MacKinnon, una de las principales feministas legales, critica la pornografía⁸³ y su aceptación social. Explica MacKinnon que la pornografía llega a degradar a la mujer de un modo equivalente a la esclavitud. Camila Paglia controvierte esta supuesta debilidad de la mujer que se expresa por la aceptación de la pornografía y piensa en una forma diferente de entender el feminismo, que el poder de la mujer, el poder de su

⁷⁸ GILLIGAN, C., *In a Different Voice* (Boston, Harvard University Press, 1983).

⁷⁹ MACKINNON, C., *Towards a Feminist Theory of the State* (Cambridge, Harvard University Press, 1989), pp. 155-156.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 163-164.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 155-156.

⁸² *Ibid.*, p. 161.

⁸³ *Ibid.*, pp. 157, 165-166.

cuerpo es tan grande que no es correcto sostener su debilidad en la sociedad contemporánea⁸⁴. Propone esta visión terminar con estas desigualdades, creando un Derecho que sea igualitario para ambos sexos. Para esto hay que denunciar la realidad concreta de la mujer⁸⁵, reconocer que las formas masculinas están afianzadas a través del Derecho⁸⁶, así crear conciencia. Desde la conciencia femenina se puede crear un nuevo Derecho, que lograría una nueva teoría del Derecho y relación entre las mujeres, la vida y el Derecho⁸⁷.

Esta corriente ha sido capaz de tener una primera generación teórica, preparando una clase intelectual y académica. Incluso ha logrado modificar el Derecho con una importante e influyente acción política en todo el mundo y también en Chile, donde ha producido reformas constitucionales, laborales, del Derecho privado familiar y patrimonial entre otras importantes materias.

⁸⁴ PAGLIA, C., *Sexual Personae. Art in Decedence from Nefertitit to Emily Dickinson* (New York, Vintage Books, Random House, 1990), pp. 1-39.

⁸⁵ MACKINNON, C., *op. cit.* en n. 80, p. 162.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 163.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 167-168.

CUADRO 7.
ANÁLISIS LEGAL CRÍTICO

Formas de Pensar el Derecho	Autores	Modelo Objetivo	Paradigma Metafísico	Generalizaciones Simbólicas	Valores	Ejemplos	Cuestiones y contexto
Análisis legal crítico (desde mitad del siglo XX)	Roberto Unger Ducan Kennedy	Conocimiento y Política El movimiento de estudios legales críticos Form and substance in private law adjudication	Romanticismo Marxismo Cristianismo Revolución Hegelianismo	Lenguaje profético	Trascendencia Crítica Dialéctica No dominación	Excepciones ponen en duda paradigma del Derecho liberal	- Examen crítico de la doctrina política liberal. - Problemas de la política liberal: problema de la legislación y problema de la adjudicación. - El Derecho es política (no es neutral). - Necesidad de reestructurar el orden social para hacerlo compatible con la libertad y la igualdad (real y material). - Utilización del Derecho y de las instituciones jurídicas para respaldar la reestructuración social. - Meta ideal del Derecho: servir de contraprograma al mantenimiento del <i>status quo</i>.

CUADRO 8.
ANÁLISIS FEMINISTA DEL DERECHO

Formas de Pensar el Derecho	Autores	Modelo Objetivo	Paradigma Metafísico	Generalizaciones Simbólicas	Valores	Ejemplos	Cuestiones y contexto
Análisis Feminista (Desde mitad del siglo XX)	Catherine MacKinnon Carol Gilligan Camille Paglia	The feminist theory of the state In a different voice Sexual Personae	Marxismo Feminismo	Lenguaje Psicológico y crítica de dominación	Igualdad o diferencia No Dominación o discriminación	Consideran que el paradigma liberal no es neutral	- El Derecho convierte el punto de vista masculino en una institución dominante. - La igualdad jurídica requiere de una igualdad social previa (toma de conciencia). - El sexo o género produce desigualdad y/o diferencia.

10. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

El paradigma análisis económico del Derecho tiene sus raíces en el utilitarismo. Este último adquirió importancia al mismo tiempo que el iusnaturalismo racionalista y el positivismo. Bentham, que fue el padre del positivismo jurídico, es a su vez el padre del utilitarismo. El objetivo de esta es dar la felicidad al mayor número, utilizando como media la utilidad⁸⁸. Esta doctrina moral fue un paradigma importante durante los siglos XIX y XX. Bentham le da tres objetivos a su trabajo, que son definir el concepto de utilidad, establecer la unidad y soberanía del principio de utilidad, y la necesidad de un procedimiento práctico para poder medir la utilidad, esta última traducándose en la aritmética moral⁸⁹. La utilidad es derivada de las sensaciones de dolor y placer, en la cual ve una tendencia de una cosa a siempre preservar y buscar el placer. El problema de esto último es que son absolutamente personales y subjetivas estas impresiones⁹⁰.

Durante la primera mitad del siglo XX, con Kelsen, se acentuó una mirada Kantiana en la teoría del Derecho, pero fue durante los años sesenta del siglo pasado que resurge con fuerza el análisis económico del Derecho, gracias a los precursores trabajos de Ronald Coase y Guido Calabresi. Hoy este análisis tiene una gran influencia, alrededor del setenta por ciento de los profesores de Estados Unidos siguen estas ideas. El tema principal en que se ha centrado este nuevo paradigma ha sido el de la responsabilidad y como se responde ante los daños y los contratos, pero sus estudios se han extendido a todas las materias jurídicas⁹¹.

Dentro del análisis económico del Derecho existen dos corrientes. Por un lado Ronald Coase, que asume al mercado como el principal sistema de asignación de recursos y adopta una forma de entender el Derecho que es

⁸⁸ BENTHAM, J., *Tratado de legislación civil y penal* (Madrid, Editorial Nacional, 1981), pp. 27-29.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 27.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 31-37.

⁹¹ Ver los casos de COASE, R., "El problema del costo social", en 41 *Revista de Estudios Públicos* (1991), p. 82 en adelante.

cercana al neoliberalismo económico o lo que en Chile se conoce como la escuela de los Chicago Boys. En una posición diversa destaca la obra de Guido Calabresi de la escuela de New Haven, que asume que la intervención estatal está muchas veces justificada y explica que existen muchos sistemas alternativos para distribuir los recursos, no sólo el método que se funda en el mercado.

Coase, de la Universidad de Chicago, no cree en la intervención estatal y cree plenamente en el mercado. A pesar de estas diferencias, ambos sí tienen cosas en común. El punto de vista del análisis económico del Derecho no percibe el mundo dividido en sujetos de derecho, como es el caso de los juristas. El análisis económico del Derecho entiende la realidad como un conjunto de recursos intercambiables que generan incentivos diversos para ser utilizados y con ello obtener beneficios, y cuyo uso supone asumir ciertos costos. Su vínculo es claro con el utilitarismo, ya que está en la permanente búsqueda de la maximización de los beneficios, la felicidad del mayor número o un principio de maximización que puede coincidir con los criterios de Pareto o Kaldor Kicks. Esta forma de pensar el Derecho se concentra en las consecuencias de las normas, y no en las normas en sí mismas, porque se asume una mirada instrumental del Derecho, lo que implica por ejemplo que es parte del análisis el incumplimiento eficiente de los contratos⁹². De hecho para Coase⁹³ la utilidad del Derecho se deduce de los casos de altos costos de transacción⁹⁴, en donde se necesita alguien que coordine. El concepto de costos de transacción⁹⁵ es muy importante para el análisis económico del derecho ya que se refieren a los costos que implica el decidir con quién transar, informar, y en qué términos, negociar, redactar el contrato y controlar su cumplimiento. Normalmente estos son asumidos por las partes, quienes se los reparten en forma igualitaria. Como ya señalamos, esto cambia cuando estos costos son muy altos y en estos casos se justifica la imposición de una regla jurídica.

⁹² POLINSKY, M., *Introducción al Análisis Económico del Derecho* (Barcelona, Editorial Ariel, 1985), pp. 39-52.

⁹³ *Ibid.*, pp. 23-26.

⁹⁴ COASE, R., *op. cit.*, en n. 92, p. 102.

⁹⁵ *Ibid.* pp. 98-102.

El análisis económico del Derecho tiene varios supuestos. El primero de ellos es la eficiencia. A partir de ésta propone que se deben crear las normas, bajo el cálculo entre la relación de costos totales y beneficios totales. Es muy importante tener claro que el término eficacia no equivale al de justicia⁹⁶. El segundo supuesto es que deben primar las transacciones personales. Así, los costos de transacción son asumidos privadamente dentro de la libertad del mercado. Sólo cuando éstos son muy altos, y es imposible asumirlos privadamente, el Derecho debe intervenir para, por una parte, fijar normas que puedan reducirlos o, por la otra, distribuir su impacto de una manera racional y equitativa, entre la mayor cantidad de agentes económicos que sea posible. El tercer supuesto consiste en que el principal modo de transacción e intercambio es el dinero. El cuarto supuesto es la hipótesis de soberanía del consumidor, que consiste en que cada individuo elige por sí mismo. Otro importante supuesto es que los valores de los individuos, las preferencias, son siempre estables. Por último, está la maximización de la utilidad, que se basa en que los individuos operan para aumentar la riqueza.

Al exponer por primera vez en 1988 los supuestos del análisis económico del derecho en un seminario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el profesor Antonio Bascuñán Valdés expresó su escepticismo respecto de este método, particularmente en la comprensión de las funciones judiciales. Sin embargo, advirtió que le parecía que en materia legislativa podía tener gran aplicación. En esta opinión quizá estaba presente su compromiso con las ideas de Hans Kelsen y de éste, a su vez, con la obra de Immanuel Kant. Son algunos de los principales adversarios del utilitarismo, y por derivación, lo son también del análisis económico del derecho.

⁹⁶ POLINSKY, M., *op. cit.*, en n. 93, pp. 19-22.

CUADRO 9.
ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Formas de Pensar el Derecho	Autores	Modelo Objetivo	Paradigma Metafísico	Generalizaciones Simbólicas	Valores	Ejemplos	Cuestiones y contexto
Análisis Económico (Desde mitad del siglo XX)	Ronald Coase Guido Calabresi Richard Posner	The Problem of social cost The cost of accidents Economic analysis of law Economic analysis of justice	Utilitarismo Lógica de actividades económicas Preferencias agregadas son bienestar	Formular y gráficos con curvas Estadísticas	Eficiencia Optimización	Son fundamentales porque muestran consecuencias	• Utilización de la ciencia económica en el análisis y aplicación del Derecho. • Principios de la filosofía utilitarista. • Hipótesis básica: maximización de las utilidades. • Criterio aplicable a materias de índole comercial y no comercial (Ej. libre comercio, contratos, responsabilidad civil, Derecho de familia, etc.). • Ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos frente a modificaciones e incentivos legales. • Cuantificación y consecuencias.

11. ANÁLISIS LITERARIO DEL DERECHO

La conexión que existe entre la retórica y el Derecho es clásica. Se ha argumentado muchas veces que el Derecho es una forma de literatura, por su particular uso del lenguaje, por su necesidad de persuadir. Para esto recurre al poder del lenguaje que permite influir en la conducta de los seres humanos. Esta conexión no es nueva.

Una arista del análisis literario del Derecho apunta hacia el estudio de la visión que tienen ciertos autores como Shakespeare y Kafka sobre los jueces, abogados, y personajes relacionados con el Derecho. Sin embargo, Martha Nussbaum nos explica que el análisis literario del Derecho va mucho más allá de estas descripciones y nos propone que la lectura de ciertas obras, tal como la literatura decimonónica inglesa como Dickens, genera en los lectores una forma especial de mirar el mundo⁹⁷. Según Nussbaum este tipo de literatura social desarrolla la compasión⁹⁸, y nos aleja de la crueldad, lo que es necesario sobre todo en el uso del poder. Esta lectura, que provoca los sentimientos antes descritos, nos hace mejores personas, jueces y juristas⁹⁹. Sobre todo nos puede dar mayor sensibilidad para comprender las consecuencias del Derecho. Nos recuerda que el Derecho es parte de la cultura humana, no es una técnica, y por esto debe conectarse con el ser humano y participar de sus dilemas. Utilizando el ejemplo de las obras de Dickens, nos demuestra que la literatura puede impactar a un legislador, a un juez, o a un policía en la forma de pensar el Derecho. Es así como la literatura por un lado nos muestra como somos, y por el otro nos hace pensar cómo podríamos mejorar. Pensamos que no sólo es el realismo del siglo XIX el que produce estos efectos, si no que todas las expresiones artísticas y culturales tienen esta capacidad, ya que el Derecho está conectado con los valores humanistas que son propios a toda idea de civilización.

También relacionado con el análisis literario del derecho podemos mencionar además que desde los tiempos más remotos, por ejemplo desde que

Aristóteles trató la Retórica, el Derecho ha estado asociado a un estudio sobre las formas del discurso que lo vincula al discurso humano, a una forma particular de lenguaje que se supone es propio del discurso político legislativo, de las sentencias judiciales y las defensas y formas de los abogados. Por eso no es de extrañarse, que como una forma alternativa de pensar el derecho haya surgido en torno a los trabajos de Chaim Perelman, Manuel Atienza y otros autores la idea que los fenómenos jurídicos se relacionan con formas particulares del discurso. Estas formas del discurso, especialmente en la esfera de lo judicial encuentran sus características más distintivas y se vinculan a la idea de la Tópica Jurídica, la Nueva Retórica o la Argumentación Jurídica.

⁹⁷ NUSSBAUM, M., *Justicia Poética* (Santiago, Editorial Andrés Bello, 1997), pp. 119-120.

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 128-130, 160-163.

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 118-119, 127-128, 138.

CUADRO 10.
ANÁLISIS LITERARIO DEL DERECHO, TÓPICA, NUEVA RETÓRICA O ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Formas de Pensar el Derecho	Autores	Modelo Objetivo	Paradigma Metafísico	Generalizaciones Simbólicas	Valores	Ejemplos	Cuestiones y contexto
Análisis Literario (desde mitad del siglo XX)	James Boyd White Martha Nussbaum	The Legal Imagination Justicia Poética	Literatura legal como género literario Integridad	Lenguaje de crítica literaria	Compasión o simpatía por más débiles	Casos son determinantes para descubrir compasión	• Capacidad para apreciar la singularidad individual de las partes en conflicto. • Rescate de la neutralidad imparcialidad en resolución de los casos. • Capacidad para situarse en la posición de otro sujeto o compasión para reconstruir igualdad democrática.
Tópica, nueva retórica o argumentación jurídica	Chaim Perelman Neil McCormick Manuel Atienza Juan Ruiz-Manero	Lógica jurídica y nueva retórica Legal reasoning and legal theory Las razones del Derecho Las piezas del Derecho	El discurso humano y sus formas de persuasión como paradigma	Latinazgos Caracterización de formas y tipos de discurso	Lógica Persuasión	Teoría del caso y uso forense, legislativo o política es determinante	• La diferencia entre interpretar, argumentar, razones y aplicar el Derecho. • Los tópicos jurídicos. • Lo propio del razonamiento judicial. • La teoría del Derecho. • La justificación de las decisiones.

12. GARANTISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO Y NEOPOSITIVISMO

Existen muchas otras formas de pensar el Derecho en los ambientes universitarios y académicos tales como el garantismo, el neoconstitucionalismo o el neopositivismo, que renuevan los métodos y los fundamentos que sirven de base al estudio de los fenómenos jurídicos. Esto no es extraño, porque la posibilidad del surgimiento de estas nuevas ideas se abre al infinito, si partimos del supuesto que el Derecho es parte de la cultura. Porque el derecho está ligado a los ideales más profundos de nuestra civilización, y porque más que proponer un mundo utópico, aspira a disminuir las formas más grotescas de la crueldad y de abuso de los más débiles. Pero también los modos de pensar el Derecho se crean y configuran de formas nuevas y diversas, porque su estudio desde al menos el siglo XI en Occidente, se concentra en las universidades. Como reiteradas veces nos recordó el profesor Antonio Bascuñán Valdés en sus clases, el verdadero estudio del universitario del Derecho debe ser libre, crítico y creador.

CUADRO 11.
GARANTISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO Y NEOPOSITIVISMO

Formas de Pensar el Derecho	Autores	Modelo Objetivo	Paradigma Metafísico	Generalizaciones Simbólicas	Valores	Ejemplos	Cuestiones y Contexto
Garantismo (desde fines del siglo XX)	Luigi Ferrajoli	Derecho y Razón Principia juris	Estado Bienestar y formas jurídicas del Estado liberal para que sea constitucional	Lógica deontológica y axiomatica en Principia Juris.	Igualdad Control del poder público y privado	Ejemplos no son determinantes Proyecto deductivo	El Estado Bienestar ha generado un nuevo contexto del Derecho que escapa a formas de control. El Estado Constitucional se debe fundar en el garantismo de los derechos fundamentales para entender formas de control al Estado y a los grupos privados actuales.
Neo Constitucionalismo (desde fines del siglo XX)	Robert Alexy Miguel Carbonnel	Teoría de los derechos fundamentales Elementos de Derecho constitucional	Principios Estado Social Democrático de Derecho	Una Política y Derecho Análisis de conceptos Jurisprudencia Sociología	Justicia Protección de minorías	Son parte del trabajo dogmático	Principios constitucionales y derechos humanos fundamentales son base del Estado social y democrático de Derecho
Neo Positivismo (desde fines del siglo XX)	Ricardo Guastini Paulo Comanducci	Distinguiendo Razonamiento Jurídico	Codificación Legislación Expresa Mayoría Vinculación al Derecho vigente	Lógica deontológica Jurisprudencia Analítica Reconstrucción Sentencia judicial	Seguridad Orden Lógica Principio de la mayoría	Dogmática Judicial es diferente a legislativa y constitucional.	Crítica a inseguridad y carácter político y global del Neo-Constitucionalismo. Reposición Estado legislador codificado y limitación de poder constitucional de los jueces.

13. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. El estudio del Derecho debe tener como punto de partida una reflexión sobre un tiempo y lugar determinado. El Derecho es una construcción humana que está situado en el contexto de la historia y de una cultura determinada. En nuestro caso el estudio del Derecho debe dar cuenta de lo que han significado las ideas sobre las cuales se ha constituido a la República de Chile, la Universidad de Chile y el proyecto de construir un Estado Social y Democrático de Derecho en el tiempo que vivimos a comienzos del siglo XXI.

2. El Derecho se vincula a la práctica de ciertas funciones sociales, a ciertos ideales políticos y morales y a una disciplina científica académica.

3. El Derecho se percibe de modo diferente por las personas comunes, las víctimas del crimen, los criminales, los jueces, los abogados, los políticos, los legisladores, los miembros de una burocracia y los juristas. La tarea de la Universidad es reflexionar e integrar estas formas de pensar el Derecho que corresponden a diferentes roles o funciones sociales.

4. El Derecho se ha vinculado en forma histórica desde un punto de vista académico a diversas formas de análisis o paradigmas, tales como el análisis dogmático jurídico, o también denominado científico, y también más recientemente se abre al análisis histórico, sociológico, crítico, feminista, filosófico, económico, literario, realista, etc. Por cierto podríamos agregar otras formas de pensar el Derecho tales como, la lógica jurídica, la antropología jurídica o el derecho comparado, pero no intentamos realizar un recuento o una taxonomía exhaustiva o enciclopédica de todas las formas o paradigmas de pensar el Derecho. Lo que pretendemos es dar una muestra e ilustrar la premisa que el pensamiento acerca del Derecho se caracteriza porque siempre está renovando el estudio de sus fundamentos académicos y universitarios.

5. El Derecho puede ser analizado como una forma especializada de lenguaje donde se destacan ciertos conceptos tales como, la idea de norma o regla, definición, institución, persona, cosa, propiedad, responsabilidad, derecho subjetivo, contrato, proceso, sanción.

6. La norma jurídica no es el único elemento que forma el Derecho, porque también son sus componentes los valores, los principios y las políticas, sin perjuicio de las relaciones que tiene el Derecho como sistema con la moral, la economía y la política y con todos los demás aspectos de la cultura humana.

7. El Derecho concebido como un sistema es una construcción intelectual que ha sido desarrollada en diversas versiones, e incluso dentro de la tradición positivista no existe una versión única del mismo.

8. El origen y los límites del Derecho contemporáneo se vincula de modo paradójal a fenómenos fundacionales revolucionarios.

9. El sistema jurídico chileno puede ser explicado a partir de sus diferencias y semejanzas con otros sistemas jurídicos en el marco de un análisis comparativo y en una descripción de sus principales ramas o partes constitutivas.

10. Las ideas de las fuentes del Derecho, de la interpretación y aplicación del Derecho se constituyen sobre cuestiones controvertidas que tratan de explicar la relación entre la Constitución, la ley los reglamentos, decretos e instrucciones, la costumbre y los principios jurídicos, y otras formas de creación y manifestación del Derecho en un sistema institucionalizado.