

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1994

ESTUDIOS JURIDICOS  
Y SOCIALES

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N.º 18 / 1994



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

*Editor:*

Agustín Squella

*Asistentes del Editor:*

Aldo Valle y Joaquín García-Huidobro

*Comité Consultivo:*

Albert Calsamiglia (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),  
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),  
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

*Consejo Editorial:*

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín  
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,  
Jorge Iván Hubner, Máximo Pacheco y Eugenio  
Velasco.

ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
1994

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL.  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 12  
1994

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las siguientes Universidades: Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Andrés Bello, Universidad Austral de Chile, Universidad Católica del Norte, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Universidad de Concepción, Universidad Las Condes, Universidad Diego Portales, Universidad de Chile, Universidad de Talca, Universidad Finis Terrae, Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad de La República.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,  
Errázuriz 2120 - Valparaíso.

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1994

## ESTUDIOS JURIDICOS Y SOCIALES

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1993 - 1995)

Antonio Bascañán Valdés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Juan Enrique Serra Heisse, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

*La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que opera en nuestro país como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR), presenta su Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 12, correspondiente a 1994, titulado "Estudios Jurídicos y Sociales".*

*Los trabajos que componen el presente volumen se distribuyen en distintas secciones que el lector puede identificar remitiéndose al índice de la obra.*

*El Anuario de Filosofía Jurídica y Social se edita por nuestra Sociedad desde 1983 y ha entregado hasta la fecha un total de 12 números.*

*Este y los restantes números del Anuario pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.*

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ESTUDIOS

nuevas. Señala finalmente que en materia de decisiones judiciales, es no sólo difícil sino incluso pernicioso dar marcha atrás cuando se advierten consecuencias indeseables de determinadas medidas, pues el juez faltaría a su obligación si defraudara expectativas razonablemente fundadas en decisiones anteriores. Aplicar una norma distinta a aquella considerada como válida constituiría notoria injusticia. Por ello, en tales situaciones conviene que la nueva norma sea establecida por ley.

En las situaciones mencionadas en el párrafo anterior, resulta entonces no sólo aceptable, sino —más aún— completamente deseable, la utilización de la legislación como fuente formal del Derecho. Sin embargo, ella puede convertirse en un pernicioso instrumento cuando se la utiliza con un afán constructivista, con el objeto de planificar el desarrollo social o de amoldarlo a los propósitos —legítimos o ilegítimos— de los gobernantes, pues en tal caso se estarán utilizando normas y criterios propios de una organización para intentar gobernar un orden espontáneo, motivo por el cual, además del seguro fracaso de la pretensión de dirigir globalmente la vida social, sólo se conseguirá limitar la libertad de las personas.

Entre los profesionales del Derecho suele haber una confianza ilimitada en éste, y más precisamente en la ley, como agente del cambio social. Creo que es tiempo de moderar —cuando menos— tal convicción. El Derecho es un elemento fundamental de toda sociedad, pero ciertamente no es omnipotente. La historia reciente nos ha demostrado que la sobrevaloración de sus potencialidades suele ser mucho más perjudicial que beneficiosa para aquellos a quienes precisamente se pretende beneficiar. Esta exigencia de realismo no significa, por cierto, desconocer al Derecho todo papel épico, puesto que no hay ninguna duda de que es idóneo para cumplir uno fundamental: garantizar a las personas su libertad individual, es decir, su facultad de pensar, sentir y actuar soberanamente conforme a sus propias inclinaciones, con la única limitación del respeto a idéntica facultad de sus congéneres.

## EL ESTADO DEL DERECHO EN CHILE \*

AGUSTIN SQUELLA NARDUCCI \*\*

1. El título que hemos dado a la exposición que seguirá a continuación no tiene, como podría pensarse, ningún error tipográfico. Efectivamente, procuraremos hablar no del Estado de Derecho en Chile, sino del estado del Derecho en nuestro país. Por lo mismo, no nos vamos a referir al tema de bajo qué condiciones la teoría jurídica considera que en un país existe o no Estado de Derecho ni tampoco, por cierto, a cuáles de esas condiciones y en qué medida se cumplen hoy en Chile. Nos vamos a referir en verdad a algo bien distinto de eso, a saber, qué pasa hoy con el Derecho en nuestro país, cuál es el estado actual que muestra el Derecho entre nosotros, y cómo es que, a fin de cuentas, uno puede percibir un cierto malestar con el Derecho en la sociedad chilena de nuestro tiempo.

Esta breve disertación, que agradezco poder hacer hoy ante ustedes, entre quienes se cuentan no sólo personas ilustradas, sino también algunas con formación y experiencia jurídicas muchísimo mayores que la mía, esta disertación —digo— toma pié, precisamente, de un artículo periodístico que tuve ocasión de publicar hace algunos meses con ese mismo título —*Malestar con el Derecho*—, tomado del libro *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, de Rudoff Wietholter.

2. A continuación, es preciso aclarar bien en qué diferentes planos es posible referirse al estado actual del Derecho en nuestro

\* Disertación leída en la sesión ordinaria del 17 de noviembre de 1993, de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto Chile.

\*\* Miembro de Número de la Academia antes mencionada. Profesor de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho en la U. de Valparaíso.

país, lo cual pasa a su vez, en cierto modo, por distinguir los diferentes usos que damos más comúnmente a la palabra *Derecho*.

*Primer nivel:* En un primer nivel, hablamos de *Derecho* para referirnos a un determinado orden normativo que rige con carácter coercible al interior de una sociedad dada en un momento histórico también determinado.

Hablar pues del estado del Derecho en Chile en este primer nivel, supondría encarar el ordenamiento jurídico que rige actualmente en nuestro medio, y que se expresa en la Constitución, los tratados internacionales suscritos por Chile, las leyes, los decretos con jerarquía de leyes, los decretos y reglamentos producto de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, los contratos de los particulares y las sentencias de nuestros tribunales, o sea, el conjunto de lo que se llama las *fuentes formales del Derecho*, y, una vez identificado cuál es ese orden normativo vigente dotado hoy de realidad histórica en nuestro medio, indicar luego sus fortalezas y debilidades.

Algo así estaríamos haciendo, por ejemplo, si dijéramos que la legislación en materia de familia es anticuada, o que nuestras instituciones y normas de procedimiento judicial son todavía poco idóneas para la eficacia de la administración de justicia, etc.

No es este primer nivel, sin embargo, en el que queremos situarnos en esta disertación.

*Segundo nivel:* Un segundo nivel, ahora de carácter dinámico y no estático como el anterior, consiste en apreciar el estado del Derecho no mirando a éste como un orden normativo de alguna manera configurado objetivamente ante nosotros, sino atendiendo a cómo ese orden normativo está siendo de hecho producido y aplicado por los órganos competentes para ello, especialmente por los de carácter estatal.

Este nivel nos interesa más que el anterior y por eso nos vamos a detener mayormente en él.

Está aún muy arraigada en la cultura jurídica nacional la convicción de que las acciones de producción y de aplicación del Derecho son funciones enteramente separadas y confiadas, por tanto, a distintos poderes del Estado, a saber, la de producción al Poder Legislativo y al Ejecutivo, en calidad de colegisladores, y la de aplicación a los órganos jurisdiccionales o tribunales de justicia.

Ustedes saben, sin embargo, que la doctrina jurídica ha relativizado hace ya tiempo esa distinción, advirtiéndonos que todo órgano de producción de derecho aplica a su vez el derecho —así, por ejemplo, cuando un parlamento vota una ley ordinaria crea ésta, pero a la par y para ello hace aplicación de las normas constitucionales que rigen el proceso de formación de las leyes—, en tanto que la aplicación del derecho no excluye por su parte la simultánea producción de éste, como es el caso de los órganos jurisdiccionales que fallan por cierto los asuntos con sujeción a la ley, lo cual no obsta a que en determinadas circunstancias —falta de ley, vaguedad o contradicción de ésta, consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes que se deriven de su aplicación— produzcan directamente un derecho que, en rigor, no preexistía propiamente al fallo que los tribunales deben dar.

Pero asumamos que el Poder Legislativo se ocupa preferentemente de producir Derecho, que el Poder Ejecutivo concurre también en ese proceso de producción y que, a la vez, se encarga de llevar a cabo la ejecución de las leyes, y que, por último, el Poder Judicial de preferencia aplica el Derecho vigente en la sociedad.

¿Cuál es el estado del Derecho entre nosotros a ese respecto? La de un cierto malestar —por continuar utilizando esta expresión—, dado que por una parte el Poder Ejecutivo se lamenta de la lentitud y baja productividad del Poder Legislativo, mientras que los parlamentarios que integran este último poder muestran signos de evidente irritabilidad por el escaso poder de iniciativa que en materia de proyectos de ley les reconoce la Constitución, transformándolos casi en una simple caja de resonancia de los mensajes que el Ejecutivo decide presentarles una vez que ha concordado muchas veces sus contenidos, previamente, a nivel de las directivas de los partidos políticos a que pertenecen los legisladores.

En cuanto al Poder Judicial ahora, ni qué decir tiene la crisis que éste vive hace ya tiempo. Una crisis cuya sola mención provocaba hasta hace poco la reacción indignada de muchos especialistas, pero que hoy, por fortuna, es reconocida incluso, con esa misma incómoda palabra —*crisis*—, por algunos nuevos integrantes del tribunal supremo del país.

Quizás si las dificultades que han existido para que se produzca un reconocimiento más generalizado y sincero de la crisis de nues-

tro Poder Judicial, hayan provenidos no sólo de una actitud poco autocrítica y a la defensiva que adoptaron inicialmente muchos de los integrantes de ese Poder del Estado, sino también de la falta de una comunidad científica en el campo del Derecho que se ha inhibido a veces de llevar adelante con fuerza una crítica al Poder Judicial, al estar integrada por profesores de Derecho que reconocen a la vez vínculos fuertes y permanentes, e incluso compromisos e intereses personales, con los campos de la abogacía y de la propia judicatura.

Es cierto, por otra parte, que el Colegio de Abogados, como expresión de su malestar con el Poder Judicial, ha denunciado a veces algunas prácticas inconvenientes de nuestros jueces y tribunales, aunque no se nos escapa que muchos magistrados, por su parte, tendrían bastante que decir en cuanto a la responsabilidad que cabe a los propios abogados en los malos hábitos que estos últimos denuncian.

*Tercer nivel:* Hay todavía un tercer nivel, tal vez más importante a fin de cuentas que los anteriores, en el cual puede situarse un análisis del estado del Derecho en nuestra sociedad.

"Derecho" es una palabra que se emplea para aludir no sólo a un determinado orden normativo vigente —caso en el cual hablamos de derecho en sentido objetivo—, ni, tampoco, para referirse únicamente a ciertas facultades o prerrogativas de las personas —caso en el que hablamos de derecho en sentido subjetivo—. "Derecho" es también una palabra con la que se designa igualmente a un determinado saber que desde antiguo, con el nombre asimismo de Ciencia del Derecho o Dogmática Jurídica, los juristas han logrado constituir acerca de ese orden normativo y acerca de esas facultades y prerrogativas a las que con la misma palabra Derecho, según vimos recién, se alude cuando se la emplea en sentido objetivo o subjetivo.

Sea o no apropiado llamarlo *dogmático*, constituya o no propiamente una *ciencia*, lo cierto es que el hombre consigue un saber acerca del Derecho. Y ese saber se organiza y a la vez se manifiesta en las lecciones orales de los juristas con motivo del proceso de la educación jurídica y, asimismo, en los textos que ellos son capaces de producir para explicar conceptualmente el derecho vigente.

¿Y qué pasa en Chile respecto de este tercer nivel?

Distingamos a estos efectos entre lo que pasa con la educación jurídica y lo que ocurre por otro lado con la situación de nuestra Dogmática Jurídica, aunque se trata, por cierto, de planos claramente interrelacionados.

En cuanto a la educación jurídica, hemos crecido ciertamente, y aún explosivamente, en términos de cantidad. Tenemos hoy más Escuelas de Derecho (son ya 43), más vacantes en oferta para atender la demanda por estudios jurídicos y más personas que de la noche a la mañana pueden conseguir un contrato o un nombramiento como Profesor de Derecho. Tendremos también muy pronto grandes cantidades de Licenciados en Ciencias Jurídicas que optarán al título de abogado y querrán ejercer alguna de las varias profesiones jurídicas.

Pero, ¿qué pasa con la calidad de esa educación jurídica que se muestra tan expansiva a nivel de la pura cantidad?

Mi impresión es que ese aumento de la cantidad no ha ido de la mano con un mejoramiento de la calidad ni de la diversidad de la enseñanza. Mi parecer es que la docencia jurídica de pregrado está situada en Chile en niveles apenas aceptables de calidad y que en cuanto a la diversidad y a la innovación, poco o nada es lo que realmente se ha hecho, puesto que las Facultades de Derecho más antiguas se muestran todavía muy poco dispuestas al cambio; y en cuanto a las nuevas, ellas echan muchas veces mano de la diversidad y de la innovación como instrumentos de publicidad al momento de su fundación, pero acaban sin embargo haciendo luego lo mismo, y en ocasiones más mal, que sus congéneres. Mi parecer, por último, es que muy escasa diversificación de los estudios y de la formación jurídicas puede esperarse de nuevas Facultades o Escuelas de Derecho que se limitan a copiar el plan de estudios de las antiguas, a adoptar íntegramente sus programas y métodos de trabajo, y a contratar, en fin, a sus mismos profesores.

No es raro advertir entonces que los estudiantes de Derecho se declaren fatigados por una enseñanza jurídica que continúa privilegiando antes la memoria que la inteligencia, así como la acumulación de datos e informaciones por encima de la identificación y manejo de los modos de acceder a unos y a otras, y que, conscientes además de que esos datos e informaciones se encuentran ordenados en uno o más códigos y manuales al alcance, se manifiestan poco dispuestos

a aceptar todo régimen normado de asistencia a clases y otras actividades docentes con profesores que —probablemente sin advertirlo— les estemos aburriendo ya por generaciones.

Sobre el estado de la Dogmática Jurídica en Chile posiblemente no puedan decirse cosas mejores, en particular si uno se atiene a la literatura jurídica que se está produciendo y de algún modo promoviendo en el país. Abundan los textos de legislación comentada para el uso práctico de jueces y de abogados y continúan publicándose y reimprimiéndose manuales que saquen de apuros a los estudiantes. No tengo vetos fuertes en contra de ese tipo de literatura, pero se nota la falta de una producción científica de mayores alcances que supere el nivel de las rutinarias exégesis y de las simples fórmulas para plantear bien una demanda, dar un fallo técnicamente bien fundado o aprobar una asignatura.

Además, tengo para mí que no es sustituyendo, sino mejorando nuestra Dogmática cómo conseguiremos mejorar a su vez los estudios acerca del Derecho. Quiero decir con esto que de lo que se trata no es simplemente de promover la Filosofía del Derecho, la Sociología del Derecho o la Historia del Derecho y dar a estas disciplinas, en cuanto asignaturas, una mayor presencia por separado en los planes de estudio de las Escuelas de Derecho, sino de que la propia Dogmática Jurídica, en cuanto tiene por objeto el estudio de un determinado ordenamiento jurídico dotado de realidad histórica, incorpore razonablemente en el análisis y en la reconstrucción conceptual de ese ordenamiento las dimensiones valorativas, fácticas e históricas que se vinculan con él y no las endose, simplemente, a algunas cuantas asignaturas o cursos de compromisos que se incorporen a los planes de estudio que deben cursar los futuros jueces y abogados.

3. Por todo lo anteriormente expresado es que considero justificado hablar hoy en nuestro medio de un malestar con el Derecho. De un malestar que veo asentado en algunos antecedentes de tipo objetivo y no —espero— en el carácter de un expositor algo propenso a ver el lado oscuro de las cosas.

Entiendo, asimismo, que estas exposiciones al interior de nuestra Academia tienen antes el sentido de colocar un tema sobre la mesa y de abrir un debate que el de escuchar de parte que quien las hace algo así como diagnósticos perfectamente completos y seguros.

Pero no puedo concluir, claro está, sin decir cuando menos algunas palabras acerca de cómo deberíamos los hombres de Derecho ponernos a marchar para superar el estado de cosas que hemos descrito.

Ante todo, creo que es hora de superar los monólogos a veces irascibles y generalmente condenatorios con que parecen estar encarándose entre sí los agentes de las diversas profesiones jurídicas y de los distintos poderes del Estado, y de propiciar y favorecer un diálogo más estable, menos circunstancial, más franco y humilde que el que se ha conseguido tener hasta ahora.

Más estable, porque gobernantes, legisladores, jueces, abogados y profesores de Derecho no han encontrado aún en nuestro medio instancias regulares y modos de hablar relativamente compartidos acerca del Derecho.

Menos circunstancial, porque el fuego cruzado de hoy aparece provocado por preocupaciones que no son capaces de superar la contingencia de uno y otro problema de coyuntura.

Más franco, también, porque esos actores ligados al Derecho en razón de sus oficios u ocupaciones públicas, cada cual respecto de sí mismos como de los demás, deberían prestar mayor atención a lo que cada uno de ellos está realmente haciendo y no a lo que dice que hace.

Y más humilde, por último, en cuanto a la necesidad de asumir cada uno su parte en una responsabilidad social evidentemente compartida, y a desarrollar, incluso, ese mínimo e indispensable sentimiento de culpa que es la antesala ineludible por la que los hombres y las instituciones deben pasar si es que quieren efectivamente progresar en la corrección y en el acierto de sus acciones.

Sólo así, posiblemente, podremos colaborar a restaurar entre nosotros ese bien estrictamente humano, imperfecto, precario incluso, que los hombres llamamos derecho, y al que confiamos, sin embargo, buena parte de nuestras expectativas de seguridad, paz y justicia.