

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1995

DERECHO
Y
MODERNIDAD



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

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

Consejo Editorial:

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

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
1995

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 13
1 9 9 5

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las siguientes Universidades: Universidad de Concepción, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Católica del Norte, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad Central, Universidad del Desarrollo, Universidad Diego Portales, Universidad Internacional SEK, Universidad de Las Condes, Universidad del Mar, Universidad Nacional Andrés Bello, Universidad de La República, Universidad de Talca y Universidad de Valparaíso.

©

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

1995

DERECHO Y MODERNIDAD

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(1995 - 1997)

Antonio Bascañán Rodríguez, Antonio Bascañán Valdés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, 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, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, presenta el número 13 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 1995, el cual lleva por título "Derecho y Modernidad".

El título mencionado corresponde a la denominación que se dio en su momento a la Segunda Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, que se llevó a efecto en octubre de 1995, en la Universidad de Concepción, lo cual se debe a que la mayoría de las comunicaciones que entonces fueron presentadas se incluyen en la sección Ponencias de este volumen, que es la primera y más extensa que el mismo contempla.

A la sección indicada sigue una segunda, llamada Estudios, en la que el lector podrá encontrar cuatro trabajos de gran interés; una tercera, que lleva por nombre Discursos, en la que se incluyen, entre otros, los que fueron pronunciados en la inauguración y clausura de la Segunda Jornada Chilena de Filosofía del Derecho; y una cuarta y última, llamada Recensiones, en la que aparecen tres reseñas bibliográficas de gran actualidad.

Por último, deseamos expresar a nuestros lectores que ejemplares de éste y de los restantes números del Anuario pueden ser solicitados a la casilla 211-V, de Valparaíso.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS (*)

* Estas ponencias fueron todas presentadas en la Segunda Jornada Chilena de Filosofía del Derecho. Esta Jornada, sobre "Derecho y modernidad", tuvo lugar en la Universidad de Concepción, en Octubre de 1995.

LA EPOCA MODERNA COMO ANTESALA DE LA
FUNCION JUDICIAL

MARCELO MONTERO IGLESIS *

I. Introducción.

La administración de justicia antes de las grandes revoluciones de fines del siglo XVIII, era entendida como una delegación del poder de los reyes (cuando no era el mismo monarca quien directamente la ejercía), y debía ser ejecutada por jueces que —sin ser independientes— debían ser imparciales y probos. Es sólo después de la Revolución Francesa que puede, en rigor, hablarse de un “Poder Judicial” ⁽¹⁾, esto es, una organización estatal burocrática de funcionarios encargados de aplicar las leyes vigentes. El modelo de función judicial que impuso la Revolución fue uno en que el magistrado era concebido como un sujeto que realizaba una actividad meramente cognoscitiva, es decir, su tarea se limitaba a investigar cuál era el “verdadero” sentido y alcance de una ley. En una frase: el juez no crea “derecho”, sino que, simplemente, lo “aplica”. Este modelo —también llamado “modelo exegético”— tuvo gran influencia durante la primera mitad del siglo XIX en Europa y esta in-

* Profesor de Introducción al Derecho en la Universidad Diego Portales.

1. Vid. *El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, varios autores, Centro de Estudios Judiciales, Colección Cursos, vol. 5, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990.

fluencia, en menor grado, pervive hasta hoy en los sistemas jurídicos de derecho codificado, no obstante que buena parte de la literatura jurídica del siglo XX se ha preocupado en mostrar su falsedad. Sin embargo, si uno se pregunta cómo fue posible llegar a una concepción de esta especie acerca del quehacer judicial, hay que remontarse, en el plano de las ideas, bastante lejos: a los inicios de la "Época Moderna". El presente texto, pretende reconstruir los fundamentos filosóficos y políticos que permitieron elaborar un modelo de judicatura como el que se ha descrito recién. La tesis, nada original, pero una vez más replanteada aquí, es que ello se llevó a cabo en un proceso cuyos rasgos permiten aplicar la palabra "modernidad".

Pero la noción de "modernidad" es ambigua. Posee, como es sabido, diversos sentidos según el contexto en que se use. Es por ello que, a objeto de delimitar con claridad cuáles son los límites del presente trabajo, me parece útil, como cosa previa, esclarecer el concepto de "modernidad" que aquí emplearé.

La palabra "modernidad" será utilizada aquí en dos sentidos. Por una parte, usaré dicha palabra para aludir a la forma de sociedad que comenzó a existir en Europa occidental a partir del siglo XVI, con la Reforma protestante⁽²⁾, y que se extendió hasta fines del siglo XVIII, con el advenimiento de la Revolución Francesa⁽³⁾ (así está usada en el título de este trabajo, por ejemplo). Por otra parte, recurriré a la palabra "modernidad" para referirme a una cierta "conciencia de una época, con contenidos cambiantes", que, al decir de Habermas, "se pone en relación con la Antigüedad para concebirse a sí misma como el resultado de una transición de lo anti-

2. Cfr. con el reciente ensayo de divulgación de ARMANDO ROA, *Modernidad y Posmodernidad, coincidencias y diferencias fundamentales*, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1995, p. 15.

3. Cfr. ROSS POOLE, *Moralidad y Modernidad, El porvenir de la ética*, trad. Antonio Martínez Riu, Editorial Herder, Barcelona, 1993 (original en inglés de 1991), p. 9 y 10.

guo a lo nuevo"⁽⁴⁾. En el primer sentido, "modernidad" —está dicho— alude a un cierto período de la historia conocido, convencionalmente, como "Época Moderna"⁽⁵⁾. En el segundo sentido, "modernidad" tiene una connotación cultural que puede predicarse de cualquier época⁽⁶⁾ (⁷).

Ahora bien, el presente ensayo asume que en la "Época Moderna" hubo, también, "modernidad" en sentido cultural, o, más drásticamente, se asume que es ella la época moderna por excelencia. En efecto, en la Época Moderna surge una transformación, cuando no una abierta oposición, a las ideas vigentes en el Medioevo.

4. Vid. JURGEN HABERMAS, *La Modernidad: un proyecto inacabado*, contenido en el libro del mismo autor titulado *Ensayos Políticos*, trad. de Ramón García Cotarelo, Ediciones Península; Barcelona, 1988, (original en alemán de 1981), p. 266.

5. Según HABERMAS: "Hegel empieza utilizando el concepto de modernidad en contextos históricos como concepto de época: la «neue Zeit» es la «época moderna». Lo cual se corresponde con el modo de hablar de ingleses y franceses: modern times o temps modernes designan en torno a 1800 los tres últimos siglos transcurridos hasta entonces. El descubrimiento del «Nuevo Mundo», así como el Renacimiento y la Reforma —acontecimientos que se producen todos tres en torno a 1500— constituyen la divisoria entre la Edad Moderna y la Edad Media". Vid. JURGEN HABERMAS, *El Discurso Filosófico de la Modernidad*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Buenos Aires, 1989, (original en alemán de 1985) p. 15 y 16.

6. HABERMAS ha dicho, al respecto, que la palabra "moderno" se habría utilizado por primera vez en el siglo V, "con el fin de delimitar el presente cristiano, que acaba de hacerse oficial, del pasado romano-pagano". Y, agrega este autor, que "«Modernos» se sentían también los coetáneos de la época de Carlomagno en el siglo XII y en la época de la Ilustración; esto es, siempre que en Europa se ha manifestado la conciencia de una nueva época por medio de una relación renovada con la Antigüedad". Vid. JURGEN HABERMAS, *La Modernidad: un proyecto inacabado*, ob. cit., p. 266.

7. Cabe hacer notar que el concepto mismo de "modernidad" cultural puede ponerse entre paréntesis. La idea de que una época puede tener una conciencia "real" de sí misma no es, por cierto, una idea pacífica. Se opone a ella el dicho aquel de que "nadie es buen juez de sí mismo". A modo de ejemplo, quisiera citar este pasaje de la Ideología Alemana de Karl Marx: "Mientras que en la vida vulgar y corriente todo tendero sabe perfectamente dis-

Quizás en ningún otro período histórico se han experimentado tantos cambios relevantes en los más variados aspectos de la vida. Así, la religión católica es cuestionada por Martín Lutero y la Reforma protestante; en lo económico surge la "sociedad comercial" en torno a la idea del mercado como mecanismo de asignación de los recursos escasos⁽⁸⁾; en lo político se pondrá en tela de juicio la legitimidad de la monarquía absoluta; y, por supuesto —en lo que aquí interesa— en el ámbito de lo jurídico se producirán, en mi parecer, tres procesos de transición que influirán notablemente en el modo de concebir la función judicial al término del "Antiguo Régimen". Esos procesos de transición son los siguientes: a) la transición desde el iusnaturalismo teológico hacia el iusnaturalismo racionalista; b) la transición de la soberanía absoluta, radicada en el monarca, hacia la soberanía popular o nacional, radicada en el pueblo o nación; y c) la transición desde el iusnaturalismo racionalista al positivismo ideológico o legalista. Esta triple transición permite afirmar que la Epoca Moderna, desde el punto de vista de las ideas políticas, morales y jurídicas, fue, también (o justamente por ello), insisto, paradigmáticamente "moderna" (en el segundo sentido antes referido), pues se concibió a sí misma como una época en evolución desde lo antiguo a lo nuevo.

Sin embargo, los procesos revolucionarios en Inglaterra, América del Norte y Francia, importarán el surgimiento de una nueva "modernidad" (en el sentido cultural de la palabra) hacia fines del siglo XVIII y, en concreto, ello se manifiesta en el nacimiento del

tinguir entre lo que alguien dice ser y lo que realmente es, nuestra historiografía no ha logrado todavía penetrar en un conocimiento tan trivial como éste. Gree a cada época por su palabra, por lo que ella dice acerca de sí misma y lo que figura ser". Vid. KARL MARX, *La Ideología Alemana*, Montevideo-Barcelona, 1970, p. 55. Si MARX está en lo cierto, podría acontecer que una época que se conciba a sí misma como "moderna", en verdad, no lo sea, pues no presenta "objetivamente" ningún rasgo de transformación que permita distinguir una transición desde lo antiguo a lo nuevo (cosa que —según MARX— los historiadores no siempre advertirían).

8. Vid. ROSS POOLE, ob. cit., capítulo 1.

Estado Moderno⁽⁹⁾. Es en ese Estado, donde la función judicial adquirirá el calificativo de "moderna" en contraste con el modo en que se administraba justicia en el "Antiguo Régimen" y es en ese Estado donde surgirá el modelo exegetico de la función judicial.

En suma, este trabajo da cuenta de cómo los tres procesos de transición filosófico-políticos antes mencionados —confabulados unos con otros— y que tuvieron lugar en la Epoca Moderna⁽¹⁰⁾, influyeron notablemente en el modo de entender la función judicial en los inicios del Estado Moderno.

II. La Primera Transición.

La concepción del derecho natural plantea, como es sabido, básicamente dos tesis: a) Existen ciertos principios morales universalmente válidos para todo tiempo y lugar, posibles de ser conocidos por la razón humana. Y b) Un conjunto de normas, para ser calificadas de jurídicas, entre otras condiciones, deben cumplir con el requisito de no contradecir esos principios morales. La primera tesis es una tesis metaética no escéptica; la segunda, en cambio, es una tesis conceptual. Sin embargo, las escuelas iusnaturalistas suelen discrepar acerca del fundamento de los principios morales a los cuales debe ajustarse el derecho positivo y, también, respecto de cuáles son tales principios⁽¹¹⁾. De entre las diversas corrientes iusnaturalistas dos han alcanzado en la historia del pensamiento jurídico una influencia especialmente importante. La primera de ellas es el iusnaturalismo teológico, cuyo fundamento último es Dios; la segunda, el iusnaturalismo racionalista, cuyo fundamento radica esen-

9. Vid. R. H. S. GROSSMAN, *Biografía del Estado Moderno*, trad. de J. A. Fernández de Castro, Fondo de Cultura Económica, México, cuarta edición, 1986 (original en inglés 1939, quinta edición, 1969), cap. III, IV y V.

10. Rigurosamente, el último proceso de transición, esto es, el que va desde el iusnaturalismo racionalista hacia el positivismo legalista, no se produce en la Epoca Moderna, si uno entiende, como se hace aquí, que dicha época concluye con la Revolución Francesa.

11. Vid. CARLOS NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1983, p. 28.

cialmente en la razón humana. El primer proceso de transición que se produce en la Epoca Moderna es, precisamente, según lo anunciara, la transición desde el iusnaturalismo teológico al iusnaturalismo racionalista. Esto es lo que quiero describir en este apartado.

El iusnaturalismo teológico —bastante ambiguo en términos semánticos— es producto de la filosofía escolástica medieval, aunque puede remontarse en germen a las primeras comunidades cristianas, especialmente a los escritos de San Pablo. Con todo, sólo en la Edad Media el enfoque cristiano del derecho natural adquiere consistencia teórica y un grado importante de coherencia argumentativa. El principal responsable de este auge del derecho natural teológico fue Santo Tomás de Aquino, quien, como es sabido, haciendo suyas algunas categorías de la filosofía aristotélica⁽¹²⁾, formula un modelo en cuya cima se halla la “ley eterna” —que expresa el plan que Dios ha concebido para el Universo⁽¹³⁾— y que es conocido por los seres humanos gracias a la “ley natural” (que es “la participación de la ley eterna en la creatura racional”)⁽¹⁴⁾ y a las orientaciones que Dios brinda mediante la “ley divina” contenida en las Sagradas Escrituras y al cual debe ajustarse la “ley humana” para ser derecho. Elías Díaz, exponiendo con aguda brevedad esta noción iusnaturalista, señala que “la ley eterna (que no se confunde con la ley divino-positiva manifestada por Dios a través de la revelación), ley natural y ley humano positiva, articuladas jerárquicamente y fundadas todas en la primera, constituyen el esquema central de la concepción iusnaturalista escolástico medieval. Lo decisivo en ella” —agrega este autor— “es su fundamentación religiosa y teológica, su apoyo

12. Especialmente, la teoría de las “causas” y las categorías filosóficas de “acto” y “potencia”.

13. Una buena exposición del iusnaturalismo teológico y de las posibles interpretaciones de la “ley eterna”, con buena bibliografía, puede encontrarse, en mi opinión, en el conocido libro de ELIAS DIAZ, titulado *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, segunda edición, Barcelona, 1984, p. 268 y ss.

14. Vid. SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, II, q. 91, a. 2, p. 55 de la edición bilingüe de la B.A.C., tomo VI, Madrid, 1956.

a un concepto de ley eterna (y de ley divino-positiva) inspirada e interpretada por la concepción del mundo y del orden propios de la Iglesia Católica medieval”⁽¹⁵⁾. El derecho natural teológico, sin embargo, no fue, en la práctica, únicamente un conjunto de postulados para creyentes —descontado el hecho que por virtud de la Inquisición, todos “debían” ser creyentes— fue, también, una ideología política en cuanto mediante él se legitimó el sistema monárquico de la época⁽¹⁶⁾ que, como lo ha apuntado Luis García San Miguel, “aparecía como la forma histórica más perfecta de organización política”⁽¹⁷⁾.

Con la Reforma protestante —que vino a cuestionar la uniformidad teológica de la Edad Media y a admitir la posibilidad de que la “ley eterna” podría ser susceptible de diversas interpretaciones, situando a la Biblia como fuente directa de la verdad, y no a la lectura que de ella hacía la Iglesia Católica—, la doctrina del derecho natural teológico vio tambalearse y, luego, en fin, derrumbarse su pilar fundamental. La búsqueda de una nueva base o cimiento sobre el cual emprender la tarea de construir o, mejor, reconstruir, una noción de derecho natural que persistiera en la idea de validez universal, por sobre la pluralidad religiosa ahora dominante, y que, por tanto, fuera aceptada por todos los hombres se convirtió en la exigencia primordial de los intelectuales de comienzos de la Modernidad. El Renacimiento desplazó a Dios del centro del universo y puso al ser humano en su lugar. La expulsión de la imagen de Dios del ámbito de las explicaciones últimas de los fenómenos causales y del sentido de la existencia humana hizo nacer la angustia y el desaliento espiritual. Como ha señalado Ortega, “el hombre de entonces comienza a sentir que no le basta la revelación para aclararle

15. ELIAS DIAZ, ob. cit., p. 269.

16. Sobre la teoría del “derecho divino de los reyes” a gobernar, véase R. H.S. GROSSMAN, ob. cit., p. 44 y ss.

17. Vid. LUIS GARCIA SAN MIGUEL, en las palabras preliminares a la traducción española del libro de Karl Engish, *Introducción al Pensamiento Jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Editorial Guadarrama, Madrid, 1967, p. II.

sus relaciones con el mundo; una vez más, el hombre se siente perdido en la selva bronca del Universo, frente a la cual carece de orientación y mediador. El siglo XV y el XVI son, por eso, dos siglos de enorme desazón, de atroz inquietud" (18). Ante ese estado de cosas, se formula, entonces, una nueva creencia paradójica: la fe en la razón (19). El desarrollo experimentado por las ciencias naturales, como se sabe, fue prodigioso, de suerte que las leyes físicas que regían el flujo de los fenómenos se develaban paulatinamente. La condición racional de la raza humana la ponía enfrente de un mundo que, se estimaba, podía comprender. Dicho nuevamente en palabras de Ortega, "el hombre va, por fin, a saber la verdad sobre todo. Basta con que no se azore ante la complejidad de los problemas, con que no se deje obnubilar la mente por las pasiones: si usa con serenidad y dueño de sí el aparato de su intelecto, sobre todo, si lo usa con buen orden, hallará que su facultad de pensar es ratio, razón, y que en la razón posee el hombre el poder como mágico de poner claridad en todo, de convertir en cristal lo más opaco, penetrándolo con el análisis y haciéndolo así patente. El mundo de la realidad y el mundo del pensamiento son —según esto— dos cosmos que se corresponden" (20). A resultas de esta concepción, surgió pues, a su tiempo, la creencia de que, por modo paralelo a las leyes físicas, sería posible descubrir, valiéndose de una forma especial de razonar, las leyes que debieran regir el comportamiento humano en sociedad. Tales leyes serían denominadas "derecho natural". Este derecho natural encontraría su fundamento —no ya en Dios ni en la "ley eterna"— sino que en aquello que resulta ser un atributo común a todo ser humano, a saber, su capacidad racional. Ello es lo propio de la naturaleza humana. Se produce así una traslación en el modo de justificar el derecho natural.

18. JOSE ORTEGA Y GASSET, *Historia como Sistema*, en Obras Completas de José Ortega y Gasset, Revista de Occidente, segunda edición, tomo VI (1941 - 1946), Madrid, 1952, p. 17 y 18.

19. JOSE ORTEGA Y GASSET, ob. cit., p. 18.

20. JOSE ORTEGA Y GASSET, ob. cit., p. 16.

Ahora bien, el derecho natural racionalista desarrollado durante la Epoca Moderna, tiene una unidad "metodológica", y no, en cambio, en principio, "ideológica". Este punto lo ha hecho notar claramente Norberto Bobbio. En efecto, de acuerdo con el autor italiano, "la concepción racionalista, expresión de la mentalidad iluminista en sentido amplio, abstracta y matematizante, se caracteriza por dos aserciones fundamentales: 1) el mundo es un sistema ordenado regido por leyes universales y necesarias (racionalismo objetivo o metafísico); 2) el hombre es un ser razonable, es decir, dotado de una facultad que le permite comprender aquellas leyes (racionalismo subjetivo y metodológico). En estas dos aserciones —sigue Bobbio— "se funda la concepción de ciencia como adecuación de la razón subjetiva del hombre a la razón objetiva del universo" (21).

El llamado "método racional" del iusnaturalismo racionalista, incluyó el análisis matemático, la filosofía euclídiana e, incluso, el modelo analítico de la física. Alejandro Guzmán ha sostenido que "el ideal sistemático de la escuela del derecho natural consistía en llegar a construir estructuras que se apoyaran en principios con carácter de axiomas, es decir, indemostrables, pero también evidentes; de estos axiomas se deducían las diferentes proposiciones conectadas

21. NORBERTO BOBBIO, *Ciencia del Derecho y Análisis del Lenguaje*, en el libro del mismo autor titulado "Contribución a la Teoría del Derecho", trad. Alfonso Ruiz Miguel, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, p. 177. En otro trabajo, BOBBIO insiste en la idea expresada en la cita. Hace ver que existen diversas corrientes que se ubican al interior del llamado iusnaturalismo racionalista. Estas corrientes, la mayoría de las veces, difieren en puntos importantes. Por consiguiente, es únicamente su método de trabajo el que permite agruparlas bajo una sola denominación. Dice BOBBIO: "El método que unifica a autores tan diferentes es el método racional, es decir, aquel método que, por primera vez en la historia de la reflexión sobre la conducta humana, ha de permitir la reducción del derecho y la moral (así como de la política) a ciencia demostrativa. Con otras palabras, tanto sus seguidores como sus adversarios, consideran que puede hablarse de una escuela en tanto en cuando ésta constituye una unidad no ontológica, no metafísica ni ideológica, sino metodológica". Vid. NORBERTO BOBBIO, *El Modelo Iusnaturalista*, en la obra del mismo autor titulada Estudios de Historia de la Filosofía: De Hobbes a Gramsci, trad. Juan Carlos Bayón, Editorial Debate, Madrid, 1991, p. 75.

entre sí por nexos de tipo lógico" (22). Esto fue la empresa del iusnaturalismo de la Epoca Moderna.

He reseñado —de esta forma— el primer proceso de transición en un comienzo anunciado, a saber, del iusnaturalismo teológico al iusnaturalismo racionalista, iusnaturalismo este último que "ni el mismo Dios puede violar" al decir Leibniz, o que, según Pufendorf, "ha de valer tanto para los cristianos como para los paganos y es el mismo en todas las naciones" y que, en definitiva, en palabras de Grocio ahora, "valdría aunque Dios no existiese".

III. La Segunda Transición.

A parejas con la estructuración de la nueva doctrina del derecho natural, de corte racionalista, en los siglos XVII y XVIII comenzaron a divulgarse con fervor las ideas "contractualistas", en general contrarias al absolutismo. De acuerdo con el contractualismo, los seres humanos habrían vivido en un "estado de naturaleza" en el que eran plenamente libres, siendo el derecho natural el derecho propio de ese estado también natural (23). No obstante —argumentaban— este estatus de libertad sin límites amenazaba la propia existencia individual, predominando, por ende, un cierto sentimiento de inseguridad (las diferencias ideológicas aquí son notables, así —como es sabido— para Hobbes el hombre era por naturaleza malo, "el lobo del hombre", según el tradicional eslogan; en cambio, otros, como Rousseau, pensaban que el hombre era por naturaleza bueno). De suerte que, los seres humanos —de acuerdo con la tesis contractualista— guiados por su razón, deciden o acuerdan, en algún momento, perfeccionar voluntariamente un pacto o contrato social en donde se regula la mutua convivencia y la organización política, protegiéndose, de esta forma, los derechos naturales de cada individuo y pasando éstos a vivir o, mejor dicho, a convivir, en un

22. ALEJANDRO GUZMAN BRITO, *La Fijación del Derecho*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1977, p. 77 (los tiempos verbales de la cita han sido cambiados para hacerlos coincidir con los tiempos utilizados en el discurso que vengo exponiendo).

23. Todos los contractualistas fueron también iusnaturalistas.

estado o sociedad civil, no ya natural, sino que "artificial". Así, "el contrato social era el único camino posible que quedaba para deducir la existencia de las instituciones sociales y políticas una vez que la razón humana se había erigido en criterio último de los valores" (24). Todo ello en cuanto —como se ha dicho y según lo apunta Luis Prieto Sanchís— "el derecho y el Estado diseñados por la razón carecían de apoyatura histórica o teológica y, por tanto, no podían basar su legitimidad en la tradición o en una autoridad de orden superior" (25). La doctrina del contrato social —en cualquiera de sus versiones— permitiría la formulación de pautas justificatorias para las decisiones políticas del momento, fundando la obligación política, o sea, la obligación de obedecer al Estado moderno naciente, en la noción de consentimiento individual, en su origen, y en la de voluntad general, en su posterior desenvolvimiento.

Ahora bien, la justificación del Estado moderno de carácter contractualista presentaba dos características relevantes: en primer lugar, a través de ella podía legitimarse tanto la monarquía absoluta como la democracia republicana (26); y, en segundo lugar, se trataba de una justificación "a posteriori", o sea, se trataba de una justificación que, al decir de Bobbio, se presenta de manera invertida desde un punto de vista histórico (27).

24. Vid. PASSERIN D' ENTREVES, *Derecho Natural*, trad. M. Hurtado. Editorial Aguilar, Madrid, 1972, p. 172 y ss. (Citado por Luis Prieto Sanchís, en el libro a que alude la nota siguiente).

25. LUIS PRIETO SANCHÍS, *Ideología e Interpretación Jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 22 y 23.

26. Así, por ejemplo, la obra de HOBBS justifica la monarquía absoluta y, en cambio, la de ROUSSEAU, la república democrática.

27. Según BOBBIO, "históricamente, el Estado Liberal nace de una continua y progresiva erosión del poder absoluto del rey, y en períodos históricos de crisis aguda, de una ruptura revolucionaria". . . "racionalmente, el Estado Liberal es justificado como el resultado de un acuerdo entre individuos en principio libres que convienen en establecer los vínculos estrictamente necesarios para una convivencia duradera y pacífica. Mientras el curso histórico camina de un estado inicial de servidumbre a estados sucesivos de conquista de espacios de libertad por parte de los sujetos, mediante un proceso de li-

Con todo, a medida que el contractualismo echaba raíces, la monarquía absoluta comenzó a sentirse cuestionada, especialmente después de la segunda mitad del siglo XVIII. Se pregonaba en todas partes la pronta instauración de una monarquía "constitucional" cuyo fundamento, en última instancia, radicaba en la voluntad del pueblo. La soberanía había radicado hasta entonces, indiscutiblemente y por derecho divino, en el monarca, pero, ahora, ella se había mudado hacia el pueblo o nación.

En 1789, la organización feudal de la sociedad europea occidental era una expresión moribunda de una Edad Media hace tiempo caduca. La Epoca Moderna —con las transformaciones experimentadas y que, al cabo, la hicieron merecedoras de "ese" nombre— logró en los hechos la superación de lo antiguo por lo nuevo. La Revolución irrumpió con crueldad como producto de las marcadas desigualdades sociales, especialmente en Francia, unidas al sentimiento generalizado de repudio al "Antiguo Régimen". Con la Revolución Francesa, el segundo proceso de transición en un comienzo anunciado quedaba cumplido: la soberanía se adjetivaba de "popular" o "nacional".

IV. La Tercera Transición.

En el ámbito estrictamente jurídico, las consecuencias de la Revolución Francesa, al igual que en los otros aspectos de la vida humana, se hicieron patentes. El iusnaturalismo racionalista y el contractualismo constituían la ideología jurídica y política de la nueva clase emergente: la burguesía liberal. Se produjo, de este modo, una coincidencia entre, por una parte, la pretensión del iusnaturalismo racionalista de establecer un sistema de valores válidos obje-

beración gradual, la doctrina transita el camino inverso, ya que parte de la hipótesis de un estado inicial de libertad, y sólo en cuanto concibe al hombre naturalmente libre llega a constituir la sociedad política como una sociedad con soberanía limitada. En sustancia, la doctrina, bajo la especie de teoría de los derechos naturales, invierte el recorrido del curso histórico, poniendo al inicio como fundamento y por consiguiente como *prius* lo que históricamente es el resultado, el *posterius*". Vid. NORBERTO BOBBIO, *Liberalismo y Democracia*, trad. José Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, Santa Fe de Bogotá, 1993 (original en italiano de 1985), p. 14 y 15.

tivamente para todos los individuos y, por otra parte, las valoraciones que el liberalismo burgués quería implementar, a saber, la idea de un Estado limitado en sus poderes y funciones y cuyos límites eran los derechos del hombre⁽²⁸⁾ ⁽²⁹⁾. De suerte que, resumiendo, creo que puede afirmarse sin mayor polémica que el iusnaturalismo racionalista en lo jurídico, el contractualismo en lo político y, en fin, el liberalismo como filosofía integradora de las dos anteriores, formaban la coraza ideológica de la burguesía revolucionaria. A todos estos "ismos" subyace la creencia común de que el individuo puede moldear la sociedad conforme a los dictámenes de la pura razón y, por lo mismo, la creencia en el progreso ilimitado de la condición humana.

Ahora bien, cuando la burguesía se apropia del poder político, emprende la realización práctica de sus premisas ideológicas. Se inicia, así, el tercer proceso de transición que, en mi parecer, permite entender el modo de concebir la función judicial en los inicios del Estado moderno. Me refiero al proceso de transición que denominé: del iusnaturalismo racionalista al positivismo legalista. Esta tercera fase sólo puede entenderse a la luz de las dos transiciones reseñadas precedentemente. A este respecto, creo necesario explicitar ciertos hechos fundamentales, algunos de los cuales ya fueron comentados.

Si se observa, en primer lugar, que la soberanía se encontraba por fin radicada en el pueblo; en segundo lugar, que la sociedad civil era concebida como un artificio, como el resultado de una convención o pacto social que permitía, por tanto, que las normas de convivencia fueran decididas a voluntad por los individuos; en

28. Vid. NORBERTO BOBBIO, ob. cit., capítulos I, II y III.

29. Esta funcionalidad de la doctrina del derecho natural respecto de la clase dominante no puede sorprender si se observa que, durante el medioevo, ocurrió también otro tanto. En efecto, el contenido del derecho natural de raigambre teológica era, precisamente, operativo a las valoraciones de la nobleza y el clero, ambos, como se sabe, estratos dominantes en ese período de la historia. De ahí que sobre el iusnaturalismo pese, en mi opinión, la fundada sospecha de que no sea más que una ideología justificante de las clases que detentan el poder.

tercer lugar, el surgimiento con el Estado moderno del “estatismo” que, entre otras cosas, logró la estructuración de las legislaciones nacionales, destruyendo la unidad jurídica reinante en la Edad Media feudal por la aceptación generalizada en Europa del llamado “derecho común” (30); en cuarto lugar, la aplicación del principio de separación de poderes, en boga desde hacía tiempo y descrito especialmente por Montesquieu; y, en quinto lugar, la ya recalcada confianza absoluta en la razón humana; si se consideran y se repasa en todos estos hechos —insisto— se entenderá con facilidad por qué la asamblea legislativa vino a reclamar para sí el monopolio de la producción jurídica. La legitimidad de la decisión política radicaba en la voluntad colectiva de la sociedad manifestada por sus “representantes” (31). La creencia de que no había cabida para la arbitrariedad —puesto que la razón autónoma podía descubrir el orden natural regulador de la conducta humana, en base al principio de universalidad de los juicios morales (32)— avalaba la idea propugnada por Rousseau de que la voluntad general nunca se equivocaba (33). El orden justo era, pues, el demo-

30. Se denomina “derecho común” —como es conocido— el derecho elaborado en Europa durante los siglos XI al XV como producto de un reestudio del derecho romano clásico. El derecho común explicado y sistematizado por los glosadores y comentaristas fue adoptado en varios países y reinos europeos, puesto que era considerado como un derecho inspirado por la equidad y, por lo mismo, una creación cultural insuperable. El derecho común no sólo se componía de derecho romano, sino que, también, de derecho canónico clásico.

31. Sobre la idea de democracia representativa y sus connotaciones en la época, véase el libro de NORBERTO BOBBIO, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. José Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 1994 (original en italiano de 1985), p. 209 y ss. bajo el epígrafe “La Democracia de los Modernos”. Véase también el libro de ANTHONY ARBLASTER titulado *Democracia*, trad. Adriana Sandoval, Alianza, Madrid, 1992 (original en inglés de 1987).

32. Así, por ejemplo en KANT.

33. En rigor, “la voluntad general” en la obra de J.J. ROUSSEAU es casi —si es que no derechamente— un postulado epistemológico.

crático, y el ser humano estaba dotado de capacidad racional para construir ese orden justo.

Por otra parte, elaborado todo un sistema de deducciones racionales por los iusnaturalistas, éstos se convirtieron en los principales promotores del movimiento codificador. Evidentemente, la burguesía deseaba establecer su ideología, plasmándola —de una vez y para siempre— en la ley positiva. El derecho natural debía positivizarse, tanto en el ámbito del derecho público (a través de las constituciones) como en el ámbito del derecho privado (mediante los códigos). Las esperanzas se ponían en el nacimiento de un derecho positivo renovado, que reflejara las ideas del nuevo orden instaurado (la vieja y contaminada legislación feudal y estamental tenía ya que sepultarse). En Francia, el estado de cosas después de la Revolución parecía ser el lugar adecuado para dar comienzo a la obra codificadora. Juristas destacados —e incluso el mismo Napoleón— se volcaron, entonces, al diseño y redacción de cuerpos normativos sistemáticos que tuvieran en su base la meta de una permanente validez, que fueran omnicomprendidos, coherentes, operativos, claros y justos (34). El proceso codificador se autoconcebía como el instrumento preciso para materializar los programas burgueses y garantizar la seguridad jurídica de los individuos (35).

De esta forma y bajo estos supuestos la doctrina del derecho natural se transformó en derecho positivo. La justificación del derecho positivo derivaba, así, del derecho natural racionalista, por una parte, y, por la otra, de la infalible voluntad general que sancionaba los códigos. Parecía que, por fin, la dicotomía derecho natural-derecho positivo se disolvía, de manera que “derecho”, “ley” y “justicia” eran lo mismo (36). El progreso, esto es, la coinciden-

34. Cfr. JORGE CORREA SUTIL, *La Cultura Jurídica Chilena en relación a la Función Judicial* en la Cultura Jurídica Chilena, varios autores, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1988.

35. Sobre el tema, vid. DOMINGO LABARCA PRIETO, *Savigny, Thibaut y la Codificación*, en Revista de Ciencias Sociales N° 14, Edeval, Valparaíso, 1979, p. 591 y ss.

36. Sobre los llamados “códigos iusnaturalistas” véase la excelente obra de FRANZ WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. Francisco Fernández Jerdón, editorial Aguilar, Madrid 1957, p. 292 y ss.

cia entre el orden institucional y los valores deseados, se creía haber alcanzado.

Como se avista, en el desenvolvimiento de todo este ideario, se adjudica a la ley el predominio absoluto por sobre todas las demás fuentes del derecho. Se origina de este modo el "legalismo", o sea, aquella actitud cultural que identifica —como se ha dicho— al derecho con la ley y que entiende que el derecho se agota en la ley. Pero es justo en este hecho, donde empieza a observarse una disociación en el sistema ideológico de la burguesía liberal. El legalismo —que por definición es ideológico, puesto que predica el deber moral de obedecer la ley— paulatinamente irá desligándose de su justificación iusnaturalista para buscar una legitimidad independiente. En efecto, la burguesía —como recién se dijo— a través del movimiento codificador obtuvo logros notables desde el punto de vista institucional y desde la perspectiva de la expansión de las libertades individuales, por consiguiente, la bandera de lucha no era ya la búsqueda de un mundo mejor, sino la conservación de lo que ya, históricamente, se había logrado ser ⁽³⁷⁾. En otros términos, la clase otrora revolucionaria y progresista se transforma, ahora, en conservadora. El derecho positivo se justifica por sí mismo, por sus logros (que son, a su vez, los logros de la clase burguesa), por lo que no requiere de otra justificación. El legalismo cobra, de esta forma, su primera víctima, al devorar a su progenitor. Resulta, pues, paradójico, que en 1804, conjuntamente con la aparición del Código Civil Francés, muera Emanuel Kant, considerado uno de los últimos representantes, si no el último, del iusnaturalismo racionalista ⁽³⁸⁾.

Concluye de este modo, el último de los tres procesos de transición que configuran el marco filosófico y político al inte-

37. Cfr. FELIPE GONZALEZ VICEN, *La Filosofía del Derecho como Concepto Histórico*, en Anuario de Filosofía del Derecho, tomo XIV, Madrid, 1969, p. 29.

38. En este sentido, ALEJANDRO GUZMAN BRITO, ob. cit., p. 56. Véanse también las palabras preliminares de FELIPE GONZALEZ VICEN, presentando su traducción del libro de KANT, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Civitas, Madrid, 1978.

rior del cual es posible comprender, según creo, la forma en que se representaba el ejercicio de la función judicial en los orígenes del Estado moderno. Si la ley —única fuente del derecho (legalismo)— se consideraba la encarnación del derecho natural racionalista y, por lo mismo, era siempre justa, de ahí se sigue el deber moral de obediencia al derecho (positivismo ideológico). Si esa justicia se ve, además, verificada en la práctica a través de los logros que por su virtud se pueden alcanzar (de modo que sería justa aun cuando no tuviera un fundamento iusracional) el juez no tiene otro deber ni otra tarea que aplicar una ley "perfecta".