ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1998

EL DERECHO COMO CIENCIA Y COMO PROFESION

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

1998

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 16
1 9 9 8

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Austral, Adolfo Ibáñez, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, Central, de Concepción, de Chile, del Desarrollo, Diego Portales, La República, y 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

1998

EL DERECHO COMO CIENCIA Y COMO PROFESION

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

D I R E C T O R I O
(1997 - 1999)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán 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.

P R E S E N T A C I O N

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* Nº 16, correspondiente a 1998.

En su primera parte, esta obra contiene la tradicional sección *Estudios,* en la que se presentan diversos trabajos de interés en el campo de la filosofía jurídica y social.

Una segunda sección, llamada *Ponencias,* reproduce la versión escrita de las comunicaciones que fueron presentadas, en 1998, en la Tercera Jornada Chilena de Filosofía del Derecho. Dicha Jornada, que fue organizada por nuestra sociedad y que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, estuvo dedicada al tema "El derecho como ciencia y como profesión".

Seguidamente, la sección *Informe* contiene un texto de Manuel Manson acerca de las fuentes bibliográficas de la filosofía jurídica en nuestro país.

Por último, en la sección llamada *Traducción* se incluye la versión castellana de "El enfoque económico de la conducta humana", de Gary S. Becker.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social se encuentra preparando su Anuario Nº 17, correspondiente a 1999, que aparecerá en el primer semestre del año 2000.

Nuestra sociedad agradece a los autores que colaboraron con este Nº 16 del Anuario, así como a las distintas Facultades de Derecho que contribuyeron a su financiamiento.

consumo y servicios del Estado" ([58]). Y este exhorto de don Raúl ya no se inscribe, a mi ver, en las narraciones utópicas de la juventud latinoamericana, castigada como fue y es por el indiscreto engaño propinado por políticos e intelectuales de todo género: "La transformación no es una operación técnica y política, sino que debe ser esencialmente moral, y tiene que buscarse la compatibilidad entre el interés personal, que tiene un gran sentido dinámico, y el interés colectivo, entre decisiones colectivas en materia de ritmo de acumulación y distribución y decisiones individuales en el mercado. El Estado debe ser el regulador fundamental pero sin estorbar el crecimiento de la economía"... ([59]). Una exhortación ética reminiscente de los "incentivos morales y psicológicos" que la revolución cubana predicó en los sesenta; sin embargo, Prebisch nunca los difundió ni en su entorno institucional inmediato ni en las prédicas a la sociedad latinoamericana ([60]).

Debe ser materia de futuras incursiones si este hálito utópico prebischiano es un producto de la desesperanza o de su inquebrantable optimismo. Y si al cabo constituye una floración extemporánea del "discurso a la juventud" que pensadores decimonónicos gustaban enhebrar ([61]) o si es un ingrediente que todavía será reclamado por la modernización enajenante y la cultura de la impunidad que hoy caracterizan a la condición regional.

---

58. Ibid. pág. 311.

59. Ibid. pág. 86.

60. Obsérvese otro ardid de la dialéctica hegeliana que de ninguna manera almacena un reproche personal o una infidencia. El hijo único de don Raúl es hoy un ciudadano norteamericano que está forjando su carrera pública y profesional en California. Tal es el peso de la enigmática razón histórica.

61. Véase al respecto J. Hodara, *¿El fin de los intelectuales?*, op. cit., especialmente el ensayo dedicado a la sociología del "pensador".

PONENCIAS *

---

* En esta sección se incluye la versión escrita de las ponencias que fueron presentadas en la Tercera Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales el 23 de octubre de 1998. La Jornada estuvo dedicada al tema "El Derecho como Ciencia y como profesión".

fectamente unida con la de Dios, porque el amar es obrar en despojarse y desnudarse por Dios de todo lo que no es Dios—, luego queda esclarecida y transformada en Dios y le comunica Dios su ser sobrenatural de tal manera, que parece el mismo Dios y tiene lo que tiene el mismo Dios. Y se hace tal unión cuando Dios hace al alma esta sobrenatural merced, que todas las cosas de Dios y el alma son unas en transformación participante; y el alma más parece Dios que alma, y aun es Dios por participación; aunque es verdad que su ser naturalmente tan distinto se le tiene del de Dios como antes, aunque está transformada; como también la vidriera le tiene distinto del rayo, estando dél clarificada» ([22]).

De un modo que habría que aclarar, se necesitan virtudes, felicidad y una idea más ancha de la racionalidad, mínimos de justicia, deberes y una situación ideal de comunicación, no sólo tradición y modernidad sino también una apoteosis de la vida humana con sentido de la tierra. Tales son, en efecto, algunos de los términos del debate ético de estos tiempos, cuya adecuada articulación constituye todavía un grave problema.

No obstante, quizá con prioridad, urge el abandono sereno, el desasimiento que permite bien estar en el misterio que nos cobija. Corresponder al enigma que habita este mundo, como Antígona. Si no, todo se irá al demonio.

---

22. Juan de la Cruz, *Noche oscura de la Subida del Monte Carmelo*, en *Obras Completas* (Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1994), 2, 5, 6-7, pp. 303-304. Vid. también "Teresa de Jesús", *Camino de perfección*, en *Obras Completas* (Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1986), 14, 1-2, pp. 276-277: "Desasiéndonos de esto y puniendo en ello mucho, como cosa que importa mucho —miren que importa—, y encerradas aquí sin poseer nada, ya parece que lo tenemos todo hecho, que no hay nada que pelear... Es más, que si no se anda con gran cuidado y cada una —como el mayor negocio que tiene que hacer— no se mira mucho, hay muy muchas cosas para quitar esta santa libertad de espíritu que buscamos, que pueda volar a su Hacedor sin ir cargado de tierra y de plomo... Gran remedio es para esto traer muy continuo cuidado de la vanidad que es todo y cuán presto se acaba, para quitar la afección de todo y ponerla en lo que ha para siempre de durar; y aunque parece flaco medio, viene a fortalecer mucho el alma; y en las muy pequeñas cosas traer gran cuidado; en aficionándonos a alguna, no pensar más en ella, sino volver el pensamiento a Dios, y Su Majestad ayuda. Y hanos hecho gran merced, que en esta casa lo más está hecho; mas queda desasirnos de nosotros mismos. Este es recio apartar, porque estamos muy juntas y nos queremos mucho".

PERSPECTIVA ACTUAL DEL DERECHO NATURAL

FERNANDO VALENZUELA ERAZO *

El tema del derecho natural cobra cada día mayor importancia en la sociedad moderna a pesar de las dificultades que regularmente se presentan en sus relaciones con el derecho positivo. Sin duda, el asunto resulta más complicado todavía si se le pretende examinar en la perspectiva de la ciencia del derecho contemporáneo.

Por esta razón, en el presente trabajo dentro de un horizonte amplio de problemas, limitaremos el estudio de este aspecto a una cuestión central que podríamos denominar la "parousia" o presencia de este derecho en el derecho positivo, lo que, a nuestro juicio, representa evaluar la influencia intangible de la ética en las decisiones y argumentos legales. Dicha materia se vincula estrechamente a muchos temas significativos del momento, entre los cuales se encuentran las nuevas nociones del derecho penal internacional en algunas figuras específicas y lo que se denomina en forma genérica la probidad administrativa. Estas cuestiones se han planteado con mucha insistencia en la lucha permanente que existe en contra del poder político absoluto y la posibilidad de corrupción en los sistemas jurídicos.

En verdad, estos temas sugieren varias cosas. Para empezar se destaca en general que el derecho natural tiene presencia en el derecho positivo contemporáneo, circunstancia que, obviamente, no

---

* Profesor en la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile.

representa una novedad mayor, dado que así ha ocurrido efectivamente desde tiempos inmemoriales, pues, la aspiración de incursionar en la ética desde el derecho es permanente y definitiva en la visión del jurista. Con razón se afirma que el derecho es una virtud moral. Enseguida, no se puede desconocer que en la actualidad se renueva la interpretación del derecho positivo que acoge modalidades nuevas de la justicia, en las que se observa una diferencia a lo ocurrido en otras épocas. Hay una intensificación de la experiencia ética del "suum cuique tribuere", a partir de la cual diríamos que el derecho natural es tomado más en serio por el otro sistema, creándose una avenida que sirve de retroalimentación al derecho en la búsqueda de los criterios de equidad como objetivo central en las acciones concretas que se plantean.

En términos generales, se puede afirmar que en los tiempos que corren existe una relación más profunda entre el derecho natural y el derecho positivo, fenómeno que, curiosamente, se produce paralelamente a una intensificación de fenómenos negativos en el campo de las actividades, como es el caso del aumento de la corrupción que se atribuye al modelo neoliberal de la sociedad y a otras causas. Nadie discute que el derecho como ciencia dogmática, en un sentido bien preciso, se mueve cada vez con mayor perfección en el desarrollo de los perfiles lógicos de la teoría normativa, la que conduce, sin duda, a un ahondamiento de las nociones estrictas de positivismo jurídico. La influencia de Kelsen en este orden de cosas es definitiva en casi todos los sistemas jurídicos. No obstante, paralela a esa tendencia, desde otro ángulo, el derecho se acerca cada vez más a las concepciones éticas y del derecho natural, rasgo muy satisfactorio que se abre con mucha fuerza al siglo XXI. En verdad, debemos reconocer que la ciencia dogmática siempre ha tenido este propósito pero en un alcance limitado y precario, puramente nominativo y verbalista. Ahora, en cambio, se aprecia que los aspectos éticos tienen una ingerencia directa, más firme en la regulación positiva, influencia que se introduce en la esencia misma de la normatividad vigente, lo que indica que ha cambiado en un sentido favorable el grado de relación entre el derecho natural y el derecho positivo, ocasionado por una mayor acogida de lo axiológico en la norma jurídica.

En este contexto, se aprecia con mayor claridad el esfuerzo que se hace por una nueva definición del derecho natural, más acorde con las tendencias que se abren al futuro. Ya no se trata de perseguir una noción ideal de la justicia, como la búsqueda del Santo Grial, que nadie logra encontrar, o de alcanzar una coherencia racionalista, de una lógica científica del sistema, en procura de un desarrollo epistemológico mayor. Ahora se propicia un ordenamiento más centrado en los alcances axiológicos de las normas. En cierto sentido, se constata que la norma natural empuja con eficacia al derecho positivo a un ámbito de cumplimiento, en términos que represente un papel efectivo en la realización de los criterios de justicia, más allá, por cierto, de las limitadas aplicaciones tradicionales que hace el derecho positivo sobre estas materias, como ocurre con los principios generales de la legislación o las cuestiones de equidad natural que habitualmente se plantean en estos asuntos (art. 24 Código Civil).

Tendientes a confirmar estas proposiciones, se aprecia que en la vida práctica se plantean algunos conceptos nuevos en materia penal, probidad y ética funcionaria que, perteneciendo propiamente al ámbito de lo ético, reciben un apoyo cada vez más amplio del sistema jurídico positivo. Digamos que en el sistema legal se empieza a hablar en serio de la ética y de su influencia en los mecanismos "puestos" en las sociedades modernas.

Con esto se sugiere que el derecho natural ya no es una referencia puramente incidental en la vida del derecho pues se considera que tiene una influencia más directa en los contenidos de justicia y equidad, en las instituciones del derecho penal, cosa juzgada, prescripción, amnistía, derechos humanos, etc.

Algunos procesalistas entienden que en estas tendencias cobran mayor importancia las exigencias sustantivas, por sobre las puramente formales, que se plantean en las reglas de procesamiento. En verdad, en el acatamiento al rigor formal, se produce a veces un olvido de los contenidos de justicia que se debaten, cuya solución se visualiza en la influencia de los aspectos morales.

Se ha sostenido con insistencia que el valor de la legalidad radica, por antonomasia en la seguridad jurídica, concepto que contribuye de modo efectivo a la estabilidad social y al respeto a los de-

rechos de los individuos (véase, v. gr. J. Millas. Filosofía del Derecho). Además, se destaca que el derecho posee una plasticidad axiológica que procura el desarrollo y conservación de los valores de una sociedad. En este sentido, es evidente la proximidad de esta finalidad con la ética. Es cierto, como puede apreciarse, el derecho no encarna un valor específico, pero permite la vigencia de todos los valores. Sin embargo, esta teoría, ya clásica, no satisface del todo las nuevas perspectivas. Muchos autores señalan que semejante mecanismo proporciona tan sólo un resguardo genérico de los valores, pero sin llegar a la materialización de los mismos, pues dicha plasticidad no tiene contenidos axiológicos específicos de apoyo a la seguridad jurídica, que en la actualidad se aprecian como insuficientes y que está haciendo crisis en la normativa general del derecho. La plasticidad axiológica sería, entonces, un paliativo insuficiente en el sistema, que se plantea como una limitación, cuya falta de compromiso deja pendiente los grandes temas éticos en los cuales la sociedad ha tenido un planteamiento significativo.

De esto puede concluirse que esta suerte de imperativo categórico del derecho positivo, que se plantea como un deber absoluto (recordemos a Kant), resulta muy vacío como simple plasticidad axiológica y hace necesario ahondar con mayor fuerza en la presencia de los postulados de derecho natural de la vida jurídica concreta.

El jurista realiza esta tarea y, en cierta medida, se hace responsable de los resultados, en pugna permanente con los elementos fácticos que se le oponen con frecuencia. Por eso entendemos que este quehacer, en verdad, con mayor vigor, no sólo se preocupa de describir propiamente el sistema normativo, sino que lo configura desde el comienzo como una estructura del deber ser. Hay allí un acto de creación constitutivo que apunta, justamente, a la formación del sistema, lo que se ha señalado como la unidad dogmática de la ciencia jurídica con su propio objeto, operación que de modo permanente busca una perfección que se encuentra sugerida y proyectada por el derecho natural.

Cuando se examina el jus naturalis en su influencia con el derecho positivo, se observa que el primero procura instalar, fundamentalmente, una tendencia casi ritual, de presencia axiológica en la vida del derecho, que se encamina a una producción de valores, todo lo

cual se logra mediante la acumulación de experiencias sociales y políticas que son, a veces, fragmentos de la cadencia de los sucesos históricos orientados en un sentido ético.

El derecho natural avanza experiencias y discursos conceptuales, paradigmas y ejemplos morales, que pretenden darle un sentido a la regulación humana tratando de formular un mensaje finalista o de sentido del derecho positivo. El jurista examina estos aspectos en relación a las situaciones concretas que le toca vivir y avanza interpretaciones sobre estos temas, hermenéutica de la práctica y de la vida, que tiende a configurar un todo lleno de sentido humano y social.

Con buenas razones se puede afirmar que esta normativa parte de la aceptación del derecho vigente, punto cero de un momento de iniciación que se ha impuesto en un instante determinado, desde el cual se reconocen las experiencias del presente y del pasado, pero a trechos, no sabemos qué hacer con ellas, porque el sistema no siempre las acoge. Algunas quedan definitivamente preteridas de la vida jurídica; otras se incorporan a ella formando parte del derecho positivo y, por último, otras se incorporan como alternativas en los procesos de cambio que se abren al futuro. Los conceptos que utilizamos para vincularnos con la realidad, digamos la conceptualización jurídica que se emplea, no nos ayuda mucho en esta tarea, pues existe un permanente desequilibrio de conductas y lenguaje del ser humano, que indican que hay que cambiar el ritmo y sentido de esta realidad. En este contexto, la acción del derecho natural destaca simplemente eso, vale decir, se reconoce que hay una presencia que trata de influenciar el derecho positivo en el sentido de las realizaciones de la justicia, equidad, etc. Llegará el momento en que esa presencia logre una aproximación mayor que de algún modo permita ser a la justicia o produzca una influencia más profunda entre ambos sistemas, en términos que el derecho tienda a realizar en forma más efectiva los planteamientos de la vida ética, al punto que llegue a decirse con toda solvencia que allí donde hay derecho existe la justicia (Ubi jus ibi justitia).

En fin, de esto se desprende que, a diferencia de lo que ocurría en el pasado, el derecho natural trata de afianzar su influencia en

la norma positiva. Esto significa en lo específico que este factor ahora se toma más en cuenta en las estructuras normativas vigentes.

Son muchas las explicaciones que ayudan a entender esta situación. Algunas se vinculan directamente con las ideas posmodernas y los procesos de globalización que vienen de la cultura eléctrica de los nuevos tiempos que nos rodea por todos lados. Ejemplos evidentes de esto se encuentran en la lucha contra la corrupción y los planteamientos de la ética funcionaria en las que se muestra con fuerza que los criterios éticos entran en forma directa a ser parte del derecho vigente mientras el derecho positivo se mueve con preferencia en los esquemas de la "lege lata", el derecho natural lleva otra dirección pues se vincula estrechamente con los problemas de la vida práctica, tratando de influenciar las materias que suscita la "lege ferenda". La primera se preocupa celosamente de la aplicación formal del derecho y ahí en gran medida agota su contenido. La segunda se asocia a la vida y a la experiencia de las instituciones y hace un fuerte reenvío a los principios que organizan la normativa jurídica. En este tratamiento se debate el ethos profesional del abogado y el juez.

En la lucha contra la corrupción, desde el punto de vista sociológico, se aprecia que el único camino viable que se le puede oponer con éxito a este vicio, es el apoyo en los principios de la ética que le dan unidad e identidad al ser humano y le permite ejercer cierta influencia en las políticas que orientan el derecho positivo. Gracias a esto, las fórmulas de alcance moral son recogidas fructíferamente por el sistema legal en determinadas áreas, aunque no en todas. Se aprecia, entonces, que junto a la destreza del especialista empiezan a tener sentido en la orientación general los elementos de solidaridad y rectitud moral de todo el sistema.

Se constata que hay una ingerencia directa del derecho natural que se introduce en la esencia del derecho positivo. Es probable que el derecho como ciencia se mueva cada vez con mayor rigor en el desarrollo de los perfiles lógicos y las necesidades positivas que conducen a una teoría de lo normativo. No obstante, parece indudable que el derecho como profesión se acerca cada vez más a las concepciones éticas y del derecho natural por la simple razón que

se produce un ahondamiento de lo ético que se hace más intenso en el proceso histórico de la naciones (véase Hegel).

En este contexto, se aprecia con claridad la necesidad de una nueva definición del derecho natural, de mucha importancia en el momento presente, que empuja al derecho positivo, perfilando hacia delante un nuevo ámbito de influencia y protagonismo que está creando una nueva visión —necesariamente sistémica— de los principios generales de la legislación y las cuestiones de equidad natural. En los modernos conceptos de probidad (básicamente funcionaria) existen tendencias que apoyan estas proposiciones y ayudan a probar esta tesis. De lo que se trata en el fondo es de demostrar que más allá de la mecánica jurídica operan los principios que plantean algunos conceptos de probidad y ética funcionaria que actuan con un criterio axiológico amplio.

En las nuevas definiciones del derecho penal se encuentran proposiciones de fundamento diferente a los esquemas anteriores. Los delitos de lesa humanidad, genocidio, torturas, terrorismo de estado o de grupos organizados, extinción masiva de individuos, etc., están profundamente impregnados de un afán de hacer justicia. Esta tendencia, en las acciones concretas del derecho, tiende a suspender las eximentes de responsables de estos actos que tenían la protección de las garantías individuales. Se suspende la regla de la territorialidad del "locus regit actum", y se impone la extraterritorialidad, no existe prescripción a favor de estos hechos, ni se aplica la amnistía en dichos delitos. Se llega a pensar que la extraterritorialidad faculta a cada país para ejercitar una acción penal pública popular, por la cual cualquier Estado o tribunal tendría competencia, sin limitaciones, para conocer de estas acciones.

Se generalizan en el derecho internacional penal tres principios fundamentales que rigen ampliamente estos actos: el principio de la extraterritorialidad, el principio de la nacionalidad pasiva y el principio de la territorialidad objetiva.

Nuestro país no ha reconocido estas nuevas disposiciones.

De acuerdo a la legislación vigente, sólo los tribunales chilenos tienen jurisdicción para investigar delitos cometidos en el territorio nacional. El nuevo derecho está en pugna con estas disposiciones y crea problemas con la soberanía nacional y con la inmunidad diplo-

mática. Se piensa que la nueva legislación no tiene aplicación en los delitos de lesa humanidad que contraría la legislación nacional. En el medio latinoamericano se ha producido un rechazo a la extraterritorialidad y se afirma que los tribunales europeos que, en general, aceptan del nuevo derecho, no tienen competencia para procesar a las personas responsables de esta clase de infracciones que pertenezcan a nuestro país.

De esto se desprende que en Chile se aplica el derecho territorial. En Europa la extraterritorialidad que proviene de aplicar el jus sanguinis (por crímenes contra ciudadanos de otros países).

Parece evidente que en este contexto la experiencia judicial es decisiva. Durante mucho tiempo y hasta el presente, los tribunales han utilizado un positivismo estricto en la aplicación de la ley (dura lex sed lex) y se habló de un "terrorismo judicial" cada vez que el juez por sí y ante sí, de modo un tanto caprichoso, utilizaba baremos propios en la aplicación de la norma jurídica al caso específico. Esta tarea que de alguna manera corresponde en el fondo a la función propia de utilizar la justicia natural al sistema positivo, al ser limitada más de la cuenta por el positivismo jurídico, le otorgó mayor importancia a los mecanismos formales de este derecho, impidiendo que el juzgador se mueva con mayor libertad en la solución de los conflictos, tratando de alguna manera de encontrar el fundamento axiológico del asunto en debate. El caso de la aplicación de los criterios de la ley de amnistía en la situación chilena es paradigmática en relación con los derechos humanos.

Estamos tentados a pensar en la posibilidad de aplicar a estas situaciones el "abandono del límite mental" frente a los marcos rígidos del positivismo jurídico, como lo hace Leonardo Polo para referirse a la intuición noseológica. Semejante medida consistiría, concretamente, en quitarle el rigor absoluto al positivismo y permitiría darle acceso a los criterios de equidad natural que aliviarían muchos aspectos de convivencia social. ¿Sería el momento propicio para darle salida a las aspiraciones humanas? ¿Es el punto de quiebre de los derechos patrimoniales? Estos son los problemas que se abren al nuevo siglo (véase de Polo, "La persona humana y su crecimiento", 1996).

Los juristas deben aproximar la norma ética a la vida social y tratar de que se fortalezcan los aspectos propios presididos por la moral. Por ello las tendencias actuales afirman que el derecho que, en cierta medida ha logrado una profundización normativa noseológica, debe ahora encontrarse con los fundamentos axiológicos que parecen igualmente importantes en los momentos de aplicación del derecho.

La unidad de la ciencia del derecho que se buscaba en la adecuación de la teoría normativa con el derecho positivo, debe ahora encontrar un abasto en las fuentes morales de la convivencia humana, elemento que se necesita en la solución de los conflictos de la sociedad.

Cuando no operan consideraciones sobre los valores fundamentales que deben cimentar la aplicación del derecho, o cuando éstas se hacen muy débiles, nos encontramos que la influencia del derecho natural se hace precaria o inexistente.

Por otro lado, parece evidente que el que aplica de modo directo las normas de derecho natural es el poder judicial, que está más próximo para sumir los aspectos éticos involucrados en la conducta humana. Se trata de aplicar la ley en forma estricta pero llevando la interpretación de los contenidos a un examen contextual amplio, en el que la coherencia de la norma se debate con intencionalidades axiológicas que son imprescindibles y que deben tenerse en cuenta en la definición de estos asuntos.

De esto se desprende como efecto inmediato de lo anterior que la formación del "criterio jurídico", fenómeno complejo en la preparación de la mente del jurista, se logra de la composición de los factores positivos y axiológicos que operan en el derecho. Una buena dosis de positivismo, que tiene su origen en un realismo jurídico, unido a los contenidos poéticos de una justicia planteada como derecho natural, contribuyen a preparar la capacidad necesaria para resolver con acierto una problemática social dura que debe ser atendida a diario por el derecho.

En cuanto a los sistemas de enseñanza del derecho, materia muy controvertida en la actualidad, siempre se separan los aspectos propios de la información que serían distintos a los de la formación propiamente tal, situación en la que nos parece que el criterio jurídico surge de ambos factores que entran en juego directamen-

te. Nadie duda que la información es un aspecto esencial del asunto a pesar de la crítica que se formula en contra de la enseñanza universitaria, principalmente, utilizándose al efecto argumentos no muy convincentes. La información vinculada al uso de la memoria y a los procedimientos memorísticos, se asocia directamente con la formación que se organiza en torno a los principios de derecho, en la proximidad del caso concreto, tratando de alcanzar hasta el fundamento axiológico de las instituciones. Esto quiere significar que la formación, debidamente asesorada por la información, tiene su base en los elementos del derecho natural.

Con ello se entiende que la ética ejerce influencia en los sistemas jurídicos que se representa como un efecto amplio de carácter sistémico, de coordinación de todos los factores en juego que hacen operar el derecho y que le dan a la normativa una orientación ética. Con insistencia se ha querido ver un factor negativo en el uso de la memoria o aplicación de los métodos premónicos, en la aplicación del derecho, lo que no tiene ninguna razón de ser.

Pensamos que se equivoca gravemente el problema cuando se separa la formación de la información, pues ambos son referentes obligados que están presentes tanto en la teoría jurídica como en la praxis axiológica. Ambas contribuyen directamente a la construcción del criterio jurídico. Las teorías del aprendizaje podrán discutir el tema ampliamente tratando de precisar el mejor sistema en los ámbitos universitarios, pero lo relevante en este asunto es que en el enfoque actual del problema los contenidos éticos tienen una mayor presencia en la normativa vigente, pues sin lugar a dudas, la regla de interpretación debe tener un sentido ético. Algunos han visto que los problemas éticos surgirán del sistema de enseñanza, criterio pedagógico de mucha importancia en ese ámbito, pero el asentamiento del criterio ético en el campo jurídico mira a un fondo más esencial, que revela una posición profunda de raíz metafísica que cree en una regulación que debe hacerse desde la ética, que influyendo los sistemas políticos, decanten normas de ese alcance en el parlamento.

EL FANTASMA DEL DERECHO NATURAL

SERGIO CONTARDO EGAÑA *

1. Un fantasma es una especie de la imaginación que no tiene realidad y se toma por verdadera. Hoy existe en el mundo del pensamiento jurídico un ser de esa especie, que cada cierto tiempo aparece, que es rechazado violenta o despreciativamente, que se da por definitivamente desaparecido y que vuelve una y otra vez a perturbar la serenidad de la reflexión de los juristas. Ese fantasma es el derecho natural y su reiterada defunción y renacimiento inducen a ver si es sólo un producto de la fantasía o posee algunos elementos que provienen de la realidad.

Claro está que si desde la partida se afirma que no existe más derecho que el derecho positivo queda excluida la afirmación contraria, esto es, que existe otro derecho que no es positivo y entonces la discusión que de allí se siga carece de sentido e incluso de interés.

Como cada vez que se plantea una situación jurídica que no está contemplada en el derecho positivo pero que interesa y preocupa al grupo social, en una u otra forma aparece la sombra del fantasma, siempre renace la tentación de averiguar de qué se trata. Y ello parece no estar fuera del amplio campo que se ha señalado como tema de esta jornada: "el derecho como ciencia y como profesión". Porque si no hay más derecho que el derecho positivo, la ciencia del

---

* Profesor en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile.