

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 20 / 2002

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA



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 Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2002

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 20
2 0 0 2

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

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a efecto la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(2001 - 2003)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés,
Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo,
Joaquín García-Huidobro, 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 correspon-
dencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

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

Este número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* corres-
ponde a 2002 y aparece a comienzos del segundo semestre de 2003.

En su primera parte, como es habitual en todos los números del
Anuario de Filosofía Jurídica y Social, este volumen contiene una
sección *Estudios*, donde se reproducen diversos trabajos de interés
en el campo de la filosofía política y de la teoría y filosofía del
derecho.

Seguidamente, la sección *Ponencias* reproduce la versión escrita
de las comunicaciones que fueron presentadas en las V Jornadas
Chilenas de Filosofía del Derecho, que tuvieron lugar en octubre
de 2002 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Univer-
sidad de Valparaíso. Las mencionadas Jornadas estuvieron dedicadas
al tema "La cultura jurídica chilena", y en ella participaron más
de 20 ponentes de distintas Facultades y Escuelas de Derecho del
país.

A continuación, se incluye el discurso que pronunció el Vice-
presidente de la corporación, Antonio Bascuñán Valdés, con ocasión
de haberse otorgado a los profesores Jorge Iván Hubner y Máximo
Pacheco Gómez la distinción de Socios Honorarios de la Sociedad
Chilena de Filosofía Jurídica y Social. El acto correspondiente tuvo
lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el
mes de diciembre de 2002.

Este y los anteriores números del *Anuario de Filosofía Jurídica
y Social* pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

*Sociedad Chilena de Filosofía
Jurídica y Social*

140. Dato caduco se encuentra definido en el artículo 2 letra d) como el que ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que con-signa.
141. Conviene advertir, sin embargo, que, al menos en el caso de la modifi-cación, los costos de acreditar que los datos personales son erróneos, inexactos equívocos o incompletos recaen sobre el titular de dichos datos. Así se desprende de la lectura del inciso 2º del artículo 12.
142. En la práctica ambos mecanismos dejan un amplio espacio de maniobra a quien solicita la información para recolectar direcciones de correo elec-trónico y luego utilizarlas para enviar comunicaciones comerciales no deseadas.
143. No obstante ello, no existe ningún problema para un proveedor de ser-vicios de Internet chileno en contratar los servicios de uno de estos ser-vicios extranjeros.
144. Según un informe publicado por ACUI en junio de 2000, el 70% de los sitios web que operan en Chile no cuentan con políticas de priva-cidad. El 100% de los sitios analizados recogen datos y los utilizan para hacer marketing a través de Internet. Ver <http://www.acuicertifica.org/noticias/noti3.shtml>. Visitado 04/04/2002.
145. Según El Mercurio los mensajes electrónicos comerciales costarían a los chilenos actualmente US \$ 36.000.000. Ver *Mensajes electrónicos comer-ciales cuestan US \$ 36 millones a los chilenos*. 13 de mayo de 2002. Disponible en http://www.emol.com/noticias/detalle/detalle_noticia.asp?idnoticia=85140. Visitado 13/05/2002.

P O N E N C I A S *

* En esta sección se incluyen las ponencias presentadas en la V Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, precedidas del discurso inaugural del Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Antonio Pedrals, leído en la sesión inaugural, el 18 de octubre de 2002.

latina normativa, un *ápeiron* disponible para hacer justicia. Los jueces están casi en la cúspide del poder creador de derecho, pero ellos no lo saben.

En la cúspide del sistema normativo —que no es sistema— están los juristas, sobre todo los filósofos del derecho, que han creado estas “doctrinas-Houdini” para zafarse del legalismo. Por cierto, a estas alturas los teóricos del derecho ya saben que con sus teorías están cambiando el derecho mismo. Pero, ¿han adoptado la correspondiente filosofía política?

EL METODO PARA OBTENER LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA CULTURA JURIDICA CHILENA

TERESA TORO ARAVENA *

I. *Acerca de la cuestión del método*

El problema del método es una cuestión ya antigua, que se proyecta desde la discusión epistemológica general hasta el tema preciso de que trata esta presentación. Las afirmaciones que en este plano puedan formularse vienen dadas por una básica e inicial: ¿es la ciencia del derecho precisamente eso, una ciencia? Si la respuesta fuere afirmativa, surge la interrogante relativa a si son sus proposiciones verdades en sentido lógico, o por el contrario no pueden alcanzar dicho valor, pudiendo solamente hablarse, en el ámbito de lo jurídico, de proposiciones más o menos verosímiles. Grosso modo, es posible señalar que, en el primer caso, el método aplicable al descubrimiento de las verdades de esta ciencia tiene un carácter riguroso conducente a la obtención precisa de la única aseveración que, ante la disyuntiva, puede tener el adjetivo validante de verdadera. En el segundo caso, el modo de obtener las proposiciones más verosímiles, tendrá un carácter aproximativo y deliberativo. En lo referente a la obtención de los Principios Generales del Derecho,

* Ayudante Depto. Historia y Filosofía del Derecho, Universidad de Concepción.

estimamos que la determinación de su concepto es de primordial importancia para precisar de qué forma se logra.

II. *Acerca del concepto de los Principios Generales del Derecho*

Numerosas son las opiniones que, con relación al concepto de los Principios Generales del Derecho, han sido emitidas por autores de todo el mundo. Algunos los identifican con: los del Derecho Natural, las directrices de la legislación vigente, principios de justicia, de equidad, los del Derecho romano, los elaborados y aceptados por la ciencia jurídica, etcétera. Concepciones todas ellas subsumibles en uno de los dos grandes focos de posicionamiento de lo jurídico: el enfoque filosófico o iusnaturalista, y el positivista, legalista o histórico. También existen visiones eclécticas entre las señaladas.

1. *Concepción iuspositivista.* El positivismo se enfrenta al Derecho en una actitud monista. Pretende la reducción de la realidad a un solo mundo operando mediante la absorción del mundo ideal en el mundo empírico. Precisamente es en éste donde se encuentra, para la corriente a que hacemos referencia, el fundamento del Derecho.

Como lo hicimos notar, esta concepción positivista presenta, a nuestro juicio, dos variantes, una legalista y otra historicista.

1.a. *El positivismo legalista.* “El iuspositivismo consiste en afirmar que el derecho sólo existe, originalmente, en la decisión de la autoridad civil que lo dicta. Esta autoridad puede ser el legislador, en cuyo caso quien aplica particularmente la ley, que es el juez, queda sometido a su dictamen literal...” (1).

Históricamente el positivismo legalista se ha caracterizado por ser la reacción del pensamiento jurídico al régimen de arbitrariedad de la época que inmediatamente precedió a la Revolución Francesa. Buscaba un mecanismo cierto que librara al hombre de la opresión. Dicho mecanismo encontró expresión en la ley escrita, obligatoria para todos, capaz de proporcionar la certidumbre anhelada. El na-

1. Tagle Martínez, Hugo: “Ius naturalismo y ius positivismo” en Rev. de Ciencias Sociales, U. de Valparaíso, N° 41, 1996, p. 18.

ciente formalismo garantista de los derechos de los hombres encuentra su clímax en el proceso de codificación, que, precisamente desde la “patria legalista” —Francia— arranca con fuerza hacia el resto de Europa y América Latina. Se marca con ello una nueva victoria en la carrera por alcanzar la libertad que sólo por medio de la ley se podía lograr.

Los postulados de la Ilustración encontraron asidero en la nueva forma de organización política: el Estado —que se apellida “de Derecho”— hace del sometimiento a la ley su esencia. Con la consolidación de la supremacía de la ley, esta forma de organización se erige en la máxima expresión del poder político (2).

“El positivismo legalista, tributario del gran ideario ilustrado de la legalidad, con su equiparación metafísica entre ley y razón, y, a la vez, en cuanto construido sobre los dogmas rousseauianos, partía de la estricta correspondencia entre ley, como emanación de la voluntad general, y la libertad humana” (3). Al lado del estudio de la ley sólo cabe de modo paralelo y confirmatorio el de las circunstancias que rodean su formulación y aplicación.

El positivismo legalista se sustenta en tres ideas claves:

a) *La prohibición al juez de crear derecho:* Exige la sumisión del juez a la ley (o al precedente judicial) en cuya mera aplicación consiste su papel. “El juez es únicamente la boca que pronuncia las palabras de la ley” (4).

b) *La prohibición al juez de negar derecho (o inexorabilidad de solución jurídica):* El juez debe siempre emitir un fallo, en los casos que se le hayan expuesto de un modo admisible. Se trata de

2. Hoy esta afirmación puede ser cuestionada a la luz del fenómeno de la globalización económica, social y jurídica y, particularmente en relación a la labor desempeñada por ciertas organizaciones supra-estatales o extra-estatales.

3. García de Enterría, Eduardo: “Reflexiones sobre Ley y los Principios Generales del Derecho”, Ed. Civitas, Madrid, 1984, p. 27.

4. Expresión montesquiana que constituye tradición al caracterizar los postulados de esta escuela.

una necesidad práctica: que el orden social, ante cualquier controversia, exige una respuesta concreta. Reconociéndose que la ley no proporciona —al menos directamente— respuesta a todos los casos de la realidad, se presentan los Principios Generales del Derecho como herramientas de las que aquella inviste al juez para articular la solución concreta cuando el ordenamiento positivo “aparentemente” guarda silencio. Debe tenerse presente que la remisión a los Principios Generales del Derecho es aceptada por la corriente positivista sólo en cuanto hayan adquirido “fisonomía expresa en el sistema normativo” (5) y, en esa medida, puedan ser extraídos de sus propias normas.

c) *La plenitud del ordenamiento jurídico (o la inexistencia de lagunas)*: Se concibe al ordenamiento jurídico como un sistema perfectamente cerrado cuyas normas tienen una fuerza expansiva capaz de alcanzar situaciones que en su letra no están descritas. “En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo... De ahí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas” (6).

De este modo, queda “el derecho reducido a un recinto hermético de normas positivas” (7). Por ende, los Principios Generales del Derecho son concebidos como emanaciones normativas lógicas, extensiones de la ley, única fuente en que han podido gestarse, y en consecuencia su existencia y valor resultan supeditados a la legislación vigente. Al respecto señala Esser (8) que “todo superior tras-

5. Ríos Alvarez, Lautaro: “Dos reflexiones acerca de los Principios Generales del Derecho” en Rev. de Derecho Universidad de Concepción, N° 181, 1987, p. 66.

6. Kelsen, Hans: “Teoría Pura del Derecho”, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1960, p. 45, 172 y ss.

7. Ríos, op. cit., p. 65.

8. Esser Joseph: “Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado”, Ed. Bosh, Barcelona, 1961, p. 197, citado por Ríos en op. cit., p. 66.

fondo del derecho, que originariamente es concebido como un supuesto de orden super-legal situado al margen del sistema escrito, debe tomar siempre en cuenta las condiciones jurídicas de estructura y control, si quiere ser realmente una pieza del ordenamiento. Un principio de derecho no puede culminar en una especie de supra-juridicidad”.

1.b. *El positivismo historicista*. La visión del Hombre y la sociedad como realidades inestables o mutables, sin una esencia permanente, provocó que se concibiera a los principios como reflejos de una realidad histórica determinada, normalmente la de un país. Esta corriente doctrinaria postula que el Derecho no es otra cosa que la regulación de la vida social definida en concreto por factores de la más diversa índole. Factores variables, que no son sino las necesidades particulares de una sociedad determinada, implican que el Derecho no exceda los límites impuestos por esa realidad, sino que constituya la manifestación normativa del complejo cultural específico de que se trata.

Por ello, la escuela historicista concibe a los Principios Generales del Derecho como productos culturales históricamente determinados, de manera que varían conjuntamente con el cambio o evolución de cada sociedad. Para algunos, que afirman que cada ordenamiento jurídico estatal constituye una realidad autónoma e independiente, los Principios Generales del Derecho —al igual que las normas jurídicas positivas, generalmente circunscritas al ámbito de aplicación territorial— corresponden a aquellos principios propios del país, que encuentran manifestación en las creaciones jurídicas positivas del mismo. Para otros, los Principios Generales del Derecho son expresión de una determinada forma de Derecho histórico: el derecho romano. Este, en cuanto fundamento del sistema jurídico occidental. Tal postulado es positivista en la medida que responde a un criterio estático, es decir, siempre que vea en el derecho romano, y particularmente en el Corpus Iuris Civilis, un conjunto —estático— de principios ya constituidos. En otras palabras, la remisión a los Principios Generales del Derecho, consiste en una autorización para ampliar el universo de textos cuyo recurso es válido a la hora de buscar soluciones jurídicas que el ordenamiento jurídico

estatal no proporciona abiertamente. Esta extensión aparece justificada en tanto el propio ordenamiento jurídico ha recepcionado al derecho romano, razón por la cual ha de ilustrarse con los principios romanistas que le han dado vida.

2. *Concepción filosófica o iusnaturalismo*. Esta tendencia sostiene que existe un orden natural superior y anterior al ordenamiento jurídico, sobre la base del cual el Hombre elabora y dicta las normas jurídicas positivas que regulan su conducta.

En esta concepción podemos encontrar, a nuestro entender, tres vertientes principales: la ontológica, la axiológica y la fenomenológica.

2.a. *El iusnaturalismo ontológico*. Estimamos que esta tendencia aparece bien caracterizada en las palabras del profesor Lautaro Ríos Álvarez al señalar que “(el iusnaturalismo) concibe a los Principios Generales del Derecho o a una parte substancial de ellos, como verdades eternas e inmutables, como inmutable y eterna es la naturaleza humana; que, por ende, son comunes a las sociedades de cualquier época y lugar, que tienen un contenido valorativo y se imponen a la razón por su certeza y, a la conciencia, por su perfecta consonancia con la idea de lo justo” (9). Asimismo, nos parece ontológica la caracterización del iusnaturalismo propuesta por el profesor Agustín Squella Narducci: “El derecho natural encuentra su causa en la naturaleza y porque la naturaleza es la misma entre todos los hombres, las normas de este derecho natural poseen similar fuerza y virtud en todas partes. Son universales e inmutables, como decía Aristóteles, como el fuego que quema aquí lo mismo que en Persia” (10).

2.b. *El iusnaturalismo axiológico*. Según este, el Derecho Natural se concibe como un sistema de valores que se traducen en términos de “deberes”. El Derecho positivo no puede desconocerlos por cuanto constituyen su fundamento. Sólo en la medida que el

9. Ríos, op. cit., p. 71.

10. Squella Narducci, Agustín: ¿Por qué vuelve a hablarse de derecho natural? en Rev. Chilena de Derecho, Vol. 22 N° 1, 1995, p. 80.

Derecho positivo realice aquellos principios puede considerarse como un Derecho justo y en consecuencia válido. El postulado que acaba de formularse es coincidente hasta cierto punto con el de la concepción ontológica del Derecho Natural, pero aspira a superarla apoyándose en un aspecto de la naturaleza humana. Este es el que destaca el carácter histórico y relativo de la misma, por ello cambiante. Son estos cambios los que deben recoger los principios a que hacemos alusión.

Los principios del Derecho Natural, entonces, encuentran su propio fundamento en los valores —como datos inherentes a la naturaleza del hombre— siempre determinados en la situación concreta en que se materializan.

2.c. *El iusnaturalismo fenomenológico*. Teniendo presente que los Principios Generales del Derecho son principios superiores que fundamentan al Derecho positivo, la concepción fenomenológica no absolutiza esta idea sino que “reconoce en ella el prevalente aspecto de su historicidad” (11). El Derecho Natural opera fenomenológicamente “en cuanto las exigencias de regulación jurídica y los condicionamientos de éstas, que se dirivan de la naturaleza de las cosas, no pueden ser ignoradas por el legislador” (12). Esta rama de la escuela iusnaturalista comparte con su homónima (la de la naturaleza de las cosas) la tesis de que el Derecho (natural) encuentra su fundamento y justificación en la naturaleza de las cosas y no en la pura y simple voluntad del legislador. En este sentido se señala que el Derecho positivo no puede desvincularse de la denominada “naturaleza de las cosas”, entendiéndose por tal “aquellas características estructurales del individuo, y aquellas realidades del fenómeno social

11. Cabanillas Gallas, Pío: “Consideraciones sobre los principios generales del derecho”, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1977, p. 106.

12. Cabanillas, op. cit., p. 108.

que constituyen el dato, empíricamente constatado y constatable, del que tiene que partir todo intento normativo" (13).

El Derecho Natural está presente en el Derecho positivo, "pero ocurre que en el proceso de positivación, aquel no puede mostrarse puro y absoluto, al modo de una idea platónica, sino historicificado necesariamente ya que aquel no está dado como evidente más que en unos principios comunes —bonum est facendum y otras reglas semejantes— sino que ha de ser descubierto lenta, trabajosa, históricamente y en definitiva, depende del proceso constitutivamente histórico de la razón práctica (14).

El Derecho sólo cobra entidad en las relaciones de la vida social. Sus características sólo pueden ser definidas en la experiencia del fenómeno que concreta su esencia. No se trata de que la determinación de los principios del Derecho Natural quede condicionada enteramente por el acaecer histórico —tesis que sí es sustentada por el positivismo historicista—, sino de que aquellos principios superiores pueden ser captados con certeza y objetividad por el ser humano a través de la repetición de sus manifestaciones en las situaciones sociales típicas. En la historia se dan "unas situaciones típicas recurrentes que apuntan a indicarnos que hay unas estructuras básicas constantes en la naturaleza humana como en el mundo del Hombre en general. En consecuencia, la posibilidad de principios suprahistóricos de Derecho Natural —está— situada en que, en la vida social y humana, más allá del cambio que implica el devenir histórico, hay unos elementos permanentes" (15).

3. *Posiciones eclécticas.* Entre las posiciones reseñadas en los párrafos precedentes es posible ubicar una serie de doctrinas que intentan compatibilizar sus postulados. A nuestro juicio son desta-

13. Cabanillas, op. cit., p. 106.

14. García, op. cit., p. 62.

15. Escandón Alomar, Jesús: "Helmut Coing: una exposición y análisis de su filosofía jurídica", Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1984, p. 305.

cables aquellas que los consideran productos culturales y aquellas que operan sobre la base de distinciones.

3.a. *Principios Generales del Derecho como productos culturales.* Se ha planteado que los Principios Generales del Derecho son aquellos tradicionales, pero no en el sentido de que responden a una tradición nacional sino en el de que se van creando a través de la tradición y de la evolución de las distintas culturas jurídicas (16). Según esta corriente para poder entender cabalmente el significado de los Principios Generales del Derecho, es necesario atender a la continuidad de la tradición jurídica, teniendo en cuenta la presencia en el ordenamiento del propio Derecho Natural.

Participa de esta tendencia la escuela europea del Derecho Común, que sostiene que lo determinante para encontrar los Principios Generales del Derecho es la tradición jurídica. Uno de sus representantes, el profesor italiano Sandro Schipani sostiene que los Principios Generales del Derecho son un concepto técnico que tiene el significado de elementos constitutivos de una realidad. Tal realidad —el Derecho, que no es sino el sistema jurídico romano—, es comprendida como una estructura que engloba la dimensión del tiempo, el sentido del origen, no dominador pero fundante. "Los Principios Generales del Derecho —dice— hay que buscarlos en el Corpus Iuris Civilis, en el sistema en él codificado, en las obras maduradas a partir de él, que los han desarrollado, que deben ser releídos en modo principal... La locución técnica plasmada expresa el vital reenvío a la totalidad del Ius Romanum Commune visto a través del prisma de sus principios" (17). Según sus planteamientos, esta concepción de los Principios Generales del Derecho, viene en línea de continuidad con la formulación de Cicerón, Gayo y la doctrina consagrada en el Corpus Iuris Civilis, consolidada en la codificación. "Formulado en un con-

16. Lima Torrado, Jesús: "La Naturaleza de los Principios Generales del Derecho" en Rev. de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, N° 23, 1983, p. 149.

17. Schipani, Sandro: "Principios generales del derecho. Apuntes para una investigación", en Studi in onore di F. Gallo, Napoli, 1997, p. 22.

texto cultural en el que los instrumentos lingüísticos, lógicos y argumentativos prevalentes eran fuertemente sensibles al modelo de ciencia que maduró durante el iluminismo, pero en el que eran del mismo modo vitales aquellos conexos al mos italicus, al bartolismo y a la filosofía escolástica, tal instrumento conceptual, con la calificación de los "principios" como "generales", está atraído a significar "el elemento constitutivo fundamental" y "el enunciado que lo expresa", tomados sobre el eje de la estructura, al interior de una concepción del derecho análoga a los modelos de ciencia del racionalismo. Del derecho romano y de sus desarrollos, parte fundante del derecho, está acentuado el ser parte del presente" (18). Del Derecho romano, de sus momentos fundamentales se deduce el nuestro.

3.b. *Posiciones que operan sobre la base de distinciones.* Se trata de tesis que operan distinguiendo diversas categorías de principios, correspondiendo unas a lo que se ha entendido por Principios del Derecho Natural y otras a lo que por Principios del Derecho positivo (19). Nos parece un acierto enfrentar el tema del concepto de los principios y de las consecuencias que de este problema derivan, operando sobre la base de ciertas distinciones que consideramos elementales. La distinción aristotélica de lo justo —natural y legal— reconoce una realidad que se impone: Hay determinadas materias que claramente responden a criterios técnicos (por ejemplo, las normas de la ley del tránsito que fijan el rango de velocidad que resulta permitido según las diversas zonas) y no a un criterio moral de justicia; por esta razón resulta necesario diferenciar aquellos principios que inspiran la regulación de las materias que competen a lo justo natural de aquellos que corresponden a lo justo legal.

En el primer caso, esos principios llevan un designio permanente de contenido axiológico que se impone al hombre en razón de su naturaleza.

18. Schipani, op. cit., p. 21.

19. Ejemplo paradigmático es el de Federico de Castro quien distingue entre principios tradicionales, principios políticos y principios de la Escuela Católica del Derecho Natural.

En el segundo caso, no es posible encontrar fundamento alguno que permita sostener que una tal o cual regulación se impongan al ser humano; debe reconocerse que en este último, los principios no son otra cosa que un producto humano arbitrario y contingente, que se impone a los hombres por la autoridad civil a través de imperativos forzosos que los implementan. Tales principios pueden variar de acuerdo a factores sociales, políticos, económicos, etcétera, que los hacen eminentemente mutables.

De esta manera, es posible encontrar un punto de confluencia entre los postulados de la tendencia positivista y de la filosófica, en el que no son incompatibles sino que constituyen, cada una de ellas, un aspecto unilateral de lo que se entiende por Principios Generales del Derecho.

III. *Los dos grandes métodos*

Dos son los tipos de razonamiento humano que han pretendido ser utilizados en la búsqueda de los Principios Generales del Derecho: el método dogmático o axiomático (20), que se caracteriza por tomar como punto de partida "un primum verum, que no puede ser anulado y se desarrolla de conformidad con el modo de la geometría, es decir conforme a los cánones de la primera ciencia estrictamente demostrable y, en lo posible mediante largas deducciones en cadena (sorites)" (21). Es un conocimiento que se fundamenta en conclusiones apodícticas, es decir, conclusiones obtenidas a partir de proposiciones verdaderas o necesarias o que a su vez proceden de conclusiones de tal naturaleza. Y el método dialéctico o retórico (22), que opera sobre la base de conclusiones dialécticas, que son las que se obtienen partiendo de simples opiniones, disponiendo también de la inducción y el silogismo como modos de fundamentación, y de otros

20. Apodíctico, crítico, matemático o cartesiano.

21. Viehweg, Theodor: "Tópica y Jurisprudencia", Ed. Taurus, Madrid, 1964, p. 27.

22. Tópico, aristotélico, antiguo.

procedimientos instrumentales que ayudan a encontrar las conclusiones adecuadas (como el descubrimiento y la captura de premisas iniciales, la diferenciación de la plurivocidad existente en las expresiones lingüísticas o de las diversas denominaciones de las cosas o categorías, de los géneros y tipos de las cosas, el desarrollo de analogías o semejanzas en los diferentes géneros).

1. *El método dogmático o axiomático.* El método dogmático es el orden seguido por la ciencia para alcanzar la verdad sobre la base de dogmas que constituyen verdades o axiomas, es decir, de proposiciones que se tienen como verdades innegables de una ciencia. Tal método es el que corresponde a las doctrinas absolutistas del iusnaturalismo y del iuspositivismo. Corresponde al primero, en cuanto su postulado básico es la existencia de un conjunto de principios eternos, inmutables y perfectos (Derecho Natural) que se imponen al Hombre ya por revelación divina —iusnaturalismo clásico—, ya por su propia naturaleza racional —iusnaturalismo racionalista—. Por su parte, el iuspositivismo legalista se sustenta en el postulado de que el Derecho nace, vive y muere en la ley⁽²³⁾, es decir, se agota en el conjunto de normas creadas a través de los procedimientos formales que el propio ordenamiento jurídico establece. Siendo aquel conjunto normativo el único fenómeno que se presenta con evidencia al conocimiento humano, la búsqueda de los Principios Generales del Derecho, llamados por el legislador a llenar las aparentes lagunas de la ley, sólo puede realizarse a partir de las premisas que el propio ordenamiento entrega, es decir, las normas jurídicas. De ellas debe ascenderse inductivamente hasta la formulación de un precepto de orden general que contenga a la “nueva” situación.

1.1. *El método deductivo.* La deducción es el método por el cual se procede lógicamente de lo universal a lo particular. Es decir, desde los principios o premisas superiores se desciende a través del proceso deductivo a la formulación de consecuencias particulares investidas de la misma absoluta validez que la premisa en que se origina. Al existir estos principios, verdades absolutas e innegables, en

23. Ríos, op. cit., p. 64.

Dios o en la naturaleza, la tarea humana de proporcionarse el Derecho (positivo) consiste en el descubrimiento de tales principios, tarea sólo realizable a través de los procedimientos de la lógica y, como se trata de alcanzar soluciones para casos particulares (sea en la formación de la ley o en la integración de sus vacíos), es necesario derivar, normas específicas también absolutas. Ello se efectúa descendiendo de las normas generales constituidas por los principios del Derecho Natural, a través del método deductivo, a las normas particulares que han de regular la convivencia social (derivaciones lógicamente exactas). El método dogmático para los iusnaturalistas implica la consideración del Derecho Natural “como un sistema de axiomas desde los cuales fuesen obtenibles íntegramente las reglas positivas, a través de unas deducciones más o menos extensas, pero inexorables”⁽²⁴⁾.

Los Principios Generales del Derecho, entidades universales, inmutables y perfectas —como el Derecho Natural formado por ellos—, constituyen la idea superior que rige a todo el sistema. Por ende, descendiendo desde los principios, origen de tal sistema, se ha de encontrar la solución del Derecho Natural al problema específico planteado. El ordenamiento jurídico no es más que la expresión concreta del propio Derecho Natural. Este último impregna de contenido a las normas del Derecho positivo y les infunde sentido. Para proceder a la elaboración de la norma jurídica positiva y respetar íntegramente el principio, traspasando su contenido al ordenamiento positivo, es necesario basar la formulación del precepto en un procedimiento lógico puro, un procedimiento que impida la contaminación de la norma por consideraciones subjetivas; un método que, en definitiva proporcione certeza y objetividad en cuanto a los resultados de sus operaciones.

Se ha criticado la axiomatización de los Principios del Derecho Natural. Se ha dicho al respecto que determinar cuáles son los principios objetivos que han de ser elegidos, es desde el punto de vista lógico, algo claramente arbitrario. Se trata de la cuestión misma de la existencia y validez del Derecho Natural. A juicio de Eduardo

24. Escandón Alomar, Jesús: “Helmut Coing. Pensamiento filosófico y jurídico”, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1984, p. 305.

García de Enterría, precisamente en la pretensión axiomatizante de la concepción iusnaturalista, que ve al orden natural como proveedor de modelos o arquetipos institucionales, definitivos y completos, está la causa del descrédito que la idea del Derecho Natural tiene para los juristas positivos.

1.2. *El método inductivo.* El método dogmático es empleado por el iuspositivismo legalista para alcanzar los Principios Generales del Derecho. Al considerarse al Derecho positivo como el único Derecho existente, las verdades o axiomas, desde los que se asciende a los principios, están constituidos por las normas y por los conceptos e instituciones elaborados a partir de ellas.

De esta manera partiendo de formulaciones analógicas se asciende a través de sucesivas generalizaciones hasta aquel precepto de carácter general en cuyo "cuerpo" pueda ser contenida la "nueva" situación.

Siendo las normas jurídicas, los —únicos— fenómenos que se presentan a nuestro conocimiento de manera objetiva, es a partir de ellas que nos elevamos, mediante este proceso mental, hasta las proposiciones generales que proyectan en ellas su contenido. Es decir, a partir de las propiedades esenciales comunes de las normas abstraemos una norma de rango superior, que, siendo general por determinar el contenido de una serie —más o menos amplia— de normas existentes en el sistema de la legislación o de los precedentes, tiene virtualidad reguladora de situaciones que no se encontraban expresamente reconocidas en el sistema positivo, pero que son siempre subsumibles en sus normas. Se trata de hacer una operación inductiva a través de la cual, partiendo de las manifestaciones concretas y objetivamente cognoscibles de un Principio General del Derecho, se asciende a él por la vía de sucesivas generalizaciones, y luego por la vía inversa, es decir, por deducción se aplica al caso nuevo.

Las críticas a este método rondan principalmente la idea de que los principios, tal como son concebidos por la dogmática positivista, tienden a sumirse en la analogía y su determinación se reduce a una pura actividad lógica que degrada los conceptos axiológicos y sociales que integran las normas jurídicas. Los Principios Generales

del Derecho resultan considerados como meros elementos técnicos de manipulación del material jurídico positivo. Se dice, por lo demás, que se aleja mucho de la realidad considerar a los actuales ordenamientos jurídicos como sistemas lógicos unitarios susceptibles de ser conocidos a través de un proceso puramente lógico.

2. *El método dialéctico.* Al método dogmático se opone el dialéctico en orden a la naturaleza de las premisas de las cuales se derivan las proposiciones de uno y otro. En el primero, como se ha señalado, la conclusión se obtiene de premisas verdaderas, es decir, demostrables o irrefutables que se tienen por verdaderas. En el segundo, las conclusiones se obtienen a partir de simples opiniones (acreditadas y verosímiles que deben contar con aceptación). Ya Aristóteles había distinguido lo apodíctico, o sea, lo verdadero, de lo dialéctico, es decir, lo opinable.

La dialéctica no coincide con demostración científica, por cuanto no aspira a alcanzar la solución *verdadera* sino la *más prudente*, la que en mayor medida logre el equilibrio entre tesis opuestas aprovechándose de la experiencia. Mientras que el razonamiento apodíctico parte de premisas que son axiomas o verdades para alcanzar una conclusión también verdadera, "el pensamiento dialéctico arranca no de premisas indiscutibles y evidentes, antes bien de opiniones respetables; e intenta, ponderando cada una de ellas, darse cuenta de a cuál corresponde un mayor grado de probabilidad o *prudencia*" (25). Las conclusiones dialécticas son aquellas que tienen como premisas opiniones respetables, que parecen correctas y aceptables (*endoxa*) a todos, a la mayoría, a los sabios, o entre estos, a los más conocidos y respetados.

La dialéctica, que parte de los problemas y se concentra sobre éstos, procede a la inversa de lo que hace el pensamiento sistemático. "El pensamiento problemático no implica que se niegue que pueda haber un sistema —dentro del cual pudiera estar ubicado el problema en cuestión, ni siquiera duda inevitablemente que tal sis-

25. Recasens Siches, Luis "Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable", Ed. Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1971, p. 340.

tema pueda acaso existir, pero sucede que no conoce ese sistema, ni dispone de medios para establecerlo o construirlo; y entonces lo que hace es irle dando vueltas al problema, una y otra vez, ir ponderando, sopesando, apreciando, estimando, los diversos componentes y las varias dimensiones que en el problema intervienen, para llegar al fin al hallazgo de una conclusión que aparezca como la más plausible, la que ofrezca mejores visos de prudencia, de adecuación, de mayor acierto en cuanto a los resultados prácticos" (26). La determinación de los principios se presenta como un problema en los términos expresados, para cuya solución sólo se dispone de conocimientos fragmentarios, de manera tal que debe recorrerse el camino de la argumentación hasta aclarar de modo progresivo la integridad del principio, sea que se entienda por tal a las directrices informadoras de un determinado ordenamiento jurídico, o a los supremos principios del Derecho Natural.

Actualmente la tendencia es la de abandonar, en general, el método dogmático tal como ha sido descrito, incorporando a la lógica formal la lógica de la experiencia jurídica, situándose, con ello, alrededor del conocimiento dialéctico o retórico. De ello deriva que si ha de describirse el modo de conocimiento propugnado por las "nuevas" tendencias, puede decirse que ellas se ubican alrededor del método retórico, aquel que conlleva una actividad especulativa sobre la base de la observación y de la experiencia. Para las corrientes iusnaturalistas actuales, el método de captación de los principios de Derecho Natural discurre en estas líneas y no en las del método dogmático. Existe en ellas una "insistencia suma sobre el punto de que, en la jurisprudencia y la legislación, es impropio el empleo de la lógica tradicional de la inferencia (de la lógica llamada físico-matemática o matemático-física), la cual debe ser reemplazada por otro sector del logos, por la lógica propia de los asuntos humanos o

26. Recasens, op. cit., p. 355-356.

logos de lo razonable —tema éste también, en el cual convienen todos los iusfilósofos contemporáneos" (27) - (28).

No se discute que el derecho está configurado por unos principios jurídicos determinados emanados de un orden natural superior, sino que de éstos puedan deducirse, según los procedimientos de la lógica formal, todos y cada uno de los preceptos del derecho positivo.

IV. *De cómo la cultura jurídica chilena ha determinado el método de obtención de los Principios Generales del Derecho*

La exposición de las diversas posturas que existen en torno al método de obtención de los Principios Generales del Derecho tiene por objeto situar dentro de ellas a la tendencia imperante en nuestra cultura jurídica. Sin perjuicio de lo odiosas que muy frecuentemente resultan las generalizaciones, nuestro propósito es establecer una caracterización general del pensamiento jurídico nacional alrededor de este tema.

El contexto histórico que precedió y sucedió a la independencia política de Chile es un punto de partida determinante para definir cuál ha sido la configuración de su modo de pensar jurídico. Por una parte, las colonias americanas compartieron el ideario ilustrado de la Revolución Francesa. Con ello, el postulado de la omnipotencia de la ley, sublime instrumento de la razón para materializar el afán de justicia y seguridad buscado por los pueblos, fue adquirido por Chile y por los demás países latinoamericanos. El floreciente positivismo se alimentó de la influencia recíproca existente entre los nuevos estados latinoamericanos, consecuencia de una comunidad cultural cuyas bases se encuentran en la acción colonizadora de la corona española y la evangelizadora de la iglesia católica. Influencia que se manifiesta en la homogeneidad que los sistemas ju-

27. Recasens Siches, Luis: "Iusnaturalismos actuales comparados", Sección de publicaciones e intercambio, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1980, p. 27.

28. Sobre la expulsión iusnaturalista de la lógica formalista tradicional del silogismo, puede verse: Luis Recasens Siches misma obra en especial p. 48-54; también bibliografía citada por el mismo autor.

rídicos recientemente elaborados e impuestos exhiben. Ellos son el producto de una herencia común: el derecho romano común europeo anterior a las codificaciones.

El movimiento codificador se tradujo en verdaderas fijaciones o consolidaciones del derecho precedente. Los nuevos códigos patrios fueron la consagración de la independencia política y la perpetuación de la influencia romanista. Con estos y otros datos se fue forjando una cultura jurídica, caracterizada por la especial prevalencia de un positivismo de carácter legalista, por un lado, correspondiente con el que imperaba en la doctrina europea de la época, y por otro lado, historicista en consideración al carácter romanista del "nuevo" ordenamiento jurídico patrio. El positivismo, reinante en el continente europeo durante el siglo XIX, se extendió en la academia jurídica chilena hasta cerca del tercer cuarto del siglo XX, para ser posteriormente abandonado, al tiempo que el iusnaturalismo resultaba restaurado. Pero no se ha producido semejante abandono en la comunidad jurídica operante. Aquella que aplica el derecho, ha continuado el modo de razonar positivista. Por ello, los Principios Generales del Derecho han sido tradicionalmente entendidos como aquellos propios del ordenamiento jurídico vigente en determinado momento histórico, y han sido en este sentido recogidos por la fórmula del artículo 24 del Código Civil "espíritu general de la legislación" (29). O, por virtud de la tradición jurídica chilena, se ha planteado el tema del método como una remisión a las normas y principios del Corpus Iuris Civilis, en la medida que proporciona un ex-

29. Así, por ejemplo, Antonio Vodanovic señala que la fórmula "espíritu general de la legislación" es equivalente a la de "principios generales del ordenamiento jurídico vigente en determinado momento histórico, principios que, a pesar de no estar escritos, están implícitos como supuestos lógicos del derecho positivo". También en este sentido, se ha señalado "que el autor de nuestro Código Civil, don Andrés Bello habría optado por una posición iuspositivista, ello porque —aceptando la equivalencia de la expresión espíritu general de la legislación a los principios generales del derecho— se estaría aludiendo a la legislación, concretamente a la ley positiva, de la cual habría que extraer su espíritu general, que sería más o menos lo mismo que extraer sus principios generales", Introducción al Derecho, Escandón Alomar, Jesús, Ed. Fondo de Publicaciones, Universidad de Concepción, 2002, p. 122.

tenso repertorio de soluciones jurídicas constituyentes de la razón natural (30).

A nuestro parecer, el pensamiento positivista que impera en la cultura jurídica chilena es un factor limitante del desarrollo e investigación del Derecho y de la formulación de nuevas posibles soluciones jurídicas a controversias concretas —como lo sería también cualquiera tendencia que en su predominio olvidara el recurso a valiosos postulados provenientes de otras direcciones del pensamiento jurídico. Por otra parte, tanto esta tendencia, la positivista, como la iusnaturalista constituyen, como se señaló, un aspecto de los Principios Generales del Derecho. Sólo el complemento de ambas doctrinas —o la superación de éstas, desde las mismas— consigue dar una noción cabal de lo que se ha entendido por ellos. Es tarea de la ciencia del derecho desarrollar tales principios desde todas sus perspectivas y formularlos de tal modo que constituyan un elemento funcional utilizable tanto por jueces como por abogados en la revisión de la normativa existente y en la solución de novedosas controversias jurídicas. Los Principios Generales del Derecho deben ser medios para estudiar, analizar y conocer las características de la situación de que se trate y alcanzar para ella la mejor solución entre las alternativas. Ahora bien, el alcance de los principios varía cuando se aplica a nuevas situaciones, o se intenta obtener nuevos resultados, o se apunta a la realización de nuevos propósitos.

En esta labor no hay justificación para limitarse a disponer de lo que ya se ha construido, de lo que se haya establecido por la normativa estatal. Por el contrario, la única vía para avanzar en la investigación de los principios fundamentales que permitan conducir la idea del Derecho hasta introducirla en una normativa precisa y expresa, es la de proceder mediante nuevas formulaciones y elaboraciones. Ciertamente, en este trabajo de investigación y creación, constituirá importantísima y certera herramienta el conjunto de principios y soluciones elaboradas alrededor del derecho romano, puesto

30. "Corpus Iuris, he allí pues el texto al cual los juristas deberán acudir...", Guzmán Brito, Alejandro: "El significado histórico de las expresiones 'equidad natural' y 'principios de equidad' en el derecho chileno", en Rev. de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, N° 18-19, 1981, p. 37.

que sobre sus cimientos se ha edificado nuestro ordenamiento jurídico. Hemos de beneficiarnos de los logros milenarios que tal sistema jurídico (en un sentido amplio) provee. Pero, más allá de éste, el jurista tiene “la posibilidad de apartarse cuando es capaz de encontrar un argumento superior por su coherencia interna y por su racionalidad” (31), y goza de amplia libertad para elaborar, descubrir, iluminar y desarrollar los principios. Es nuestra convicción que el progreso de toda construcción humana —en este caso, del Derecho sobre la base de sus principios— radica en servirse tanto del avance alcanzado como de la inherente capacidad humana de creación y descubrimiento, encaminándose hacia la perfección de la obra, en ruta que nos aparece ilimitada, pero sobre la que nos encumbramos progresivamente cada día.

31. De los Mozos, José Luis: “Codificaciones latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del Derecho” en *Roma e America Diritto Romano Comune, Rivista de diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in europa e in america latina*, N° 1, 1996, p. 40.

LA CULTURA JURIDICA DEL LEGISLADOR: LA ANEMIA LEGISLATIVA DEL PARLAMENTO

LUIS CORDERO VEGA *

I. *De nuevo sobre la ley y sus crisis*

La ley es el lugar privilegiado en el que se manifiestan las relaciones entre Poder y Derecho, de manera que a través de ella el poder se hace previsible en cuanto dotado de la racionalidad y objetividad de lo universal, del no arbitrio, por lo que realmente a través de la ley no se limita sino que se hace posible el fundamento (racional y moral) del poder del Estado; y es que, en último término, la ley representa la superación de lo particular, de las tendencias a la fragmentación social y al individualismo radical, para mediante la superación del conflicto entre ellos, acceder a expresar el interés general y reconstruir lo global y colectivo a través del Estado (1).

Pues bien, es de esa intersección constante de los planos jurídico y político de donde resulta la coexistencia en el concepto de ley

* Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

1. Son aspectos que sólo se apuntan porque son bien conocidos de la teoría clásica de la ley y que se encuentran por otra parte en autores tan distintos como Smend (la relación Poder-Derecho), Schmitt, Kelsen, Kant o Rawls (fundamento moral), etc.