

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2007

PONENCIAS EN SANTIAGO II

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 25 / 2007



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2007

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 25
2007

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, del Mar y La República.

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 cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

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

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2007

PONENCIAS EN SANTIAGO II

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2006 - 2008)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, 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 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta el número 25 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2007, el cual contiene la totalidad de las ponencias hechas en comisiones con ocasión de la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía Jurídica y Social. Las ponencias se presentan según orden alfabético de sus autores.

Dicha Jornada tuvo lugar en 2006, en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y fue precedida, en 2004, por la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires.

El número 24 de nuestro *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reprodujo la ponencia inaugural de la mencionada primera Jornada, así como las 12 ponencias que fueron hechas en sus sesiones plenarias. En ese mismo número 24 se contienen las nuevas normas editoriales del Anuario.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social agradece a la Universidad Diego Portales por haber acogido la Jornada cuyas ponencias se presentan en este volumen. Agradece, asimismo, a las facultades de derecho del país que colaboraron con el presente número de nuestro Anuario, en especial a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, *Edeval*, fue impresa esta obra.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS EN COMISIONES

el sujeto. Éste es libre y tiene el derecho a ello, pero si no es correspondido por otros, nada puede hacer y no podrá asociarse o, lo que es lo mismo aquí, separarse del Estado. En esto es donde se encuentra el límite real a la secesión, por lo cual desecho la idea de secesión individual planteada por Rothbard: siendo la secesión una libertad de asociación, siempre exigirá un conjunto de individuos que deseen unirse mutuamente en una sociedad política, no bastando jamás con un solo individuo, ya que éste con nadie se asocia. Más aún, asumiendo los riesgos que derivan de su imprecisión numérica, tampoco parece aconsejable un número muy reducido de individuos, ya que éstos no podrán llegar a conformar una sociedad política; indudablemente, un par o un trío no son suficientes.

La secesión será, de este modo, un derecho individual, pero su ejercicio será colectivo. Señala Philpott (quien se refiere genéricamente a autodeterminación): "*La autodeterminación es un derecho individual porque es el individuo quien elige vivir bajo un cierto gobierno, y cuya autonomía puede ser mejorada haciendo así... [S]in embargo, el derecho debe ser ejercido en un grupo*"⁵¹.

De todo este breve análisis surgen diversas conclusiones, de la cual la trascendental es la que versa sobre la naturaleza de la secesión como derecho fundamental, no enraizada en la autodeterminación derecho *sui generis*, sino que en un derecho liberal clásico, como es el de asociación. Es en este contexto donde espero que el presente trabajo pueda significar un pequeño aporte como primera aproximación en este medio al complejo concepto de secesión: comprender ésta ya no como una acción destinada a la destrucción de los Estados existentes, sino que como un acto de autoalienación constitutivo de una libertad fundamental inherente a toda persona humana y cuyo ejercicio no mira sino que al propio bienestar de los individuos, que es aquél por el cual los Estados deben velar en definitiva, otorgándole a éstos la mayor libertad posible dentro de su propia autonomía individual.

51. Philpott, Daniel, "In Defense of Self - Determination", en *Ethics*, The University of Chicago Press, Volumen 105, N° 2, Enero 1995, pp. 352-385, p. 369.

EL DERECHO COMO RAZÓN CIENTÍFICA O COMO MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD. UN ANÁLISIS A TRAVÉS DE LA EXPERIENCIA ROMANA

CARLOS FELIPE AMUNÁTEGUI PERELLÓ *

SUMARIO: Introducción. I. Sistema de fuentes en Derecho Romano. II. Decadencia de la jurisprudencia. III. Hacia una ciencia libre del Derecho.

INTRODUCCIÓN

Muchas veces en ciencia, lo importante, más que el conocimiento concreto que se ha generado en una investigación determinada, es la calidad del método empleado. Así, aunque los resultados a que llega Copérnico a través de deducción son sustancialmente los mismos que los de Galileo, existe, entre los trabajos de ambos, una diferencia de aproximación al problema que hace de Galileo el primer astrónomo moderno, mientras que Copérnico es un genial epígono del medioevo¹.

* Profesor de Derecho Romano, Pontificia Universidad Católica de Chile.

1. En efecto, Copérnico continúa la tradición Aristotélico-Ptolomaica y sus conclusiones están amparadas en argumentos de tres tipos, unos se encuentran en la introducción de su obra, apelan a la simetría necesaria en el orden cósmico (vid. Blumenberg, Hans, *The Genesis of Copernican World*, MIT Press, 1987, pp. 231 y ss; Kuhn, Thomas, *La Revolución Copernicana*, Orbis, Madrid, 1978, v. II, pp. 185 y

En efecto, fue Galileo el primer científico que aplicara la experimentación en forma metódica para inducir desde ahí leyes generales, que si bien modestas, fueron base suficiente para que unidas a las teorías de Kepler, Newton construyera sus Principia.

Puesto que el estudio del Derecho tiene pretensiones científicas, la pregunta respecto al método que cada generación de juristas emplea resulta fundamental para determinar el grado de generación de conocimientos que es posible alcanzar.

Así, a contar de las codificaciones del siglo XIX, la ciencia del Derecho se ha transformado en el estudio de las fuentes de producción del mismo, las cuales, hoy por hoy, se encuentran centralizadas en el Estado.

En este contexto, la ciencia del Derecho parece destinada a convertirse en una rama de la filología, donde la determinación del sentido exacto de las palabras de la norma es el primer paso, para luego simplemente pasar a la deducción de los resultados de la misma aplicándola a casos concretos. Así, la norma, en sí misma, no puede ser discutida, puesto que representa el axioma desde el cual la deducción debe ser realizada. El único defecto que podría tener una disposición y el único caso en que podría discutirse en sí misma es si tiene deficiencias nomogenéticas, toda vez que su validez se funda, como en todo sistema lógico deductivo, en el valor de las premisas mayores, en último término la *Grundnorm* de Kelsen.

Es más, si pudiéramos simplemente retirar el elemento lingüístico de la norma y traducirla en un lenguaje simbólico, como el de la lógica deóntica, seríamos capaces de reducir el Derecho a un sistema similar al matemático donde las incertezas serían notablemente infrecuentes.

ss.), la cual es evidentemente un axioma a priori que se encuentra en la base de su sistema. Una segunda clase son argumentos matemáticos que, si bien en sí mismos no son evidentes, son perfectamente deducibles de una masa de principios anteriormente establecidos como evidentes. El tercer argumento es, tal vez, el más claramente medieval de todos, y corresponde a la *auctoritas* de Aristarco de Samos que habría postulado un sistema similar en la antigüedad. (Véanse *De Revolutionibus*, praef. donde enumera a distintos sabios de la antigüedad que habrían postulado un movimiento para la Tierra).

Es en este punto que la pirámide kelseniana toma su real fuerza y significación, convirtiéndose en el verdadero modelo científico donde nuestro método nos lleva.

Naturalmente que este tipo de ciencia puede resultar seductora para muchos, especialmente para quienes no tienen consciencia de las limitaciones que un método similar entraña.

En efecto, un sistema que se limita a tomar las normas acríticamente como axiomas, necesariamente no podrá avanzar en el desarrollo de conceptos jurídicos nuevos, y en definitiva más justos, que aquellos otorgados por la legislación estatal. Como si este peligro no fuese suficiente, debemos tener en consideración que las normas son dictadas por el aparato del poder, y en definitiva, si sus detentadores las utilizan para servir a sus propios propósitos, el jurista no podrá decir nada, sino que deberá simplemente agachar servilmente la cabeza, ya que entre sus preocupaciones no se encuentra el contenido material de las normas pues no participa en su elaboración.

La pirámide kelseniana, donde indefectiblemente nos lleva nuestra forma deductiva de conocer el Derecho, recuerda en gran medida a otros sistemas científicos obsoletos que han dominado algunas de las ciencias en la Antigüedad. Tal vez el paralelo más notable sea la geometría euclidiana, que seguramente todos estudiamos en el colegio. Como se recordará, la geometría fue considerada como el paradigma de la ciencia exacta por los griegos, toda vez que constituía una perfecta pirámide. En la cúspide se ubicaba un grupo de axiomas evidentes en sí mismos y de ellos se deducía un edificio de leyes en sí mismas no evidentes, pero perfectamente comprensibles para una persona de inteligencia normal. En otras palabras, comenzando de un axioma se alcanzaba un sistema de conocimiento amplio, aunque limitado.

Así, la geometría no pudo avanzar gran cosa durante siglos hasta que se requirió la demostración de los axiomas en que se fundaba² y se superó aquel vetusto edificio deductivo. Hoy la geometría es muy diferente a lo que concebía Euclides deductivamente, y si la teoría de la

2. Nikolai Ivanovich Lobachevsky fue quien en 1829 desarrolló unas matemáticas no euclidianas. Véase al respecto Bonola, Robert, *Non-Euclidian Geometry*, Dover Publications, New York, 1955.

relatividad pudo ser desarrollada fue en gran medida por el final abandono de su método.

Si bien en el caso de la geometría sus deficiencias metódicas iniciales resultan plenamente excusables, dado el estado general de las ciencias naturales en la Antigüedad, en lo concerniente al Derecho este método simplemente deductivo es preocupante, pues es un claro retroceso respecto al método que utilizaba la jurisprudencia romana.

SISTEMA DE FUENTES EN DERECHO ROMANO

Para el no especialista, el sistema de fuentes romano resulta ciertamente intrigante, pues se parece poco a nuestro método axiomático donde el conjunto de normas es un elemento dado del cual no cabe dudar.

Al respecto Gayo nos señala³:

Inst. 1.2. Consta pues el derecho del pueblo romano en las leyes, los plebicitos, los senados consultos, las constituciones de los príncipes, los edictos de aquellos que tienen la facultad de dictarlos, y en las respuestas de los prudentes.

Podemos, en primer término, señalar que las leyes⁴ tuvieron una importancia marginal. En efecto, sólo una minoría de leyes se ocupó de temas que llamaríamos propiamente jurídicos e incluso dejaron de dictarse a lo largo del principado sin que el Derecho se resintiera en lo más mínimo⁵.

3. Gai 1,2 *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.*

4. A fin de simplificar, trataremos conjuntamente ambos, toda vez que desde la *lex Hortensia* tenían igual valor y su importancia fue similar. Vid. Gai 1.3.

5. De 300 leyes de que tenemos nota durante toda la historia romana sólo unas 30 se refirieron a temas propiamente jurídicos. Vid. Castro Saenz, Alfonso, *Compendio Histórico de Derecho Romano*, Tebar, Madrid, 2005; pp. 240 y ss.; Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang, *Römisches Recht*, Springer Verlag, Berlin, 1986, pp. 5 y ss.; Rotondi, Giovanni, *Leges Publicae Populi Romani*. Milan. 1912, reimpresso por Hildesheim, 1966; Karlowa, Otto, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig 1901, v. I pp. 338 y ss.

En lo relativo a los senadoconsultos⁶, debe subrayarse que originariamente no tuvieron un carácter de fuente jurídica propiamente tal. Dicha función les correspondió en virtud de la iniciativa de Augusto, a manera de compensación, luego que se viese el Senado desplazado de la alta dirección política de la República. Tan evidente resulta lo anterior, que incluso su vinculación con el mundo del Derecho no era automática y se discutió su valor hasta bien entrado el principado⁷.

En cuanto a las constituciones imperiales, era ésta una fuente de producción de normas centralizada en la figura del emperador y en alguna manera similar a las modernas fuentes del Derecho, especialmente por su cercanía al poder. En época de Gayo ciertamente comenzaba su auge que terminó por cubrir todo el Derecho, aunque es menester tener presente que no siempre tuvo gran importancia; es más, sólo una vez que la mayor parte del sistema jurídico clásico estuvo terminado fue que comenzó a operar, en un primer momento de manera sólo marginal, para terminar por devorar toda la producción del Derecho recién en la etapa justiniana⁸.

Respecto al Edicto, en términos básicos podríamos decir que constituía éste una lista de acciones que el pretor ofrecía para solucionar las controversias que ante él se plantearan. Dichas acciones tenían normalmente apoyo en el *ius*, aunque en ocasiones se apartaban del mismo, intentando implementarlo, corregirlo o modificarlo⁹. La mayor parte

6. Al respecto véanse Momsen, Theodor, *Römisches Staatsrecht*, Leipzig, 1976, v. III pp. 1231 y ss.; De Marino Avonzo, Franca, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, Giuffrè, Milano, 1957; Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang, *Römisches Recht*, Springer Verlag, Berlin, 1986, pp. 15 y ss.

7. Vid. Gai 1.4; D. 1.2.2.9. Comentarios en Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang, *Römisches Recht*, Springer Verlag, Berlin, 1986, pp. 15 y ss.

8. En efecto, las constituciones imperiales hacen su debut como fuente del Derecho a mediados del s. II por obra de Adriano. Su valor se asoció al de las antiguas leyes, las cuales, de más está decirlo, no se dictaban hacía casi un siglo. Véanse Gai 1.5; D1.4.1; Vid. Castro Saenz, Alfonso, *Compendio Histórico de Derecho Romano*, Tebar, Madrid, 2005; pp. 240 y ss.; Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang, *Römisches Recht*, Springer Verlag, Berlin, 1986, pp. 17 y ss.

9. *D. 1.1.7.1 Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi uel supplendi uel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam.*

de las veces estas acciones eran propuestas por juristas que asesoraban al pretor en su actividad y reflejaban el fino pensamiento de los jurisperitos. Sin embargo, estas soluciones que se apartaban del *ius* propiamente tal, no fueron consideradas Derecho hasta la etapa final de la jurisprudencia clásica, y los juristas conservadores durante largo tiempo ni siquiera se dignaron a comentarlas.

Es en este punto que llegamos a lo que constituía fundamentalmente el conjunto del Derecho Romano, la Jurisprudencia. Esta era, con mucho, la principal productora de Derecho durante toda la etapa clásica de Roma. Consistía ésta en la opinión científica de los estudiosos del Derecho.

Su historia es bastante particular y merece ser relatada, aunque sea brevemente, para comprender con precisión su función.

En la etapa Arcaica del Derecho Romano, las cuestiones jurídicas eran usualmente consultadas al Colegio de Pontífices, cuerpo sacerdotal que tenía entre sus funciones el responder a las preguntas que el poder (*potestas*) realizara¹⁰. Sus respuestas eran entregadas en estilo oracular, sin manifestar las razones las fundaban. De acuerdo a la leyenda, a Appio Claudio el Ciego, su liberto Gneo Flavio, le habría robado y publicado su libro de fórmulas procesales¹¹.

Sea como fuere, sabemos que Tiberio Coruncanio¹² habría sido el primer pontífice que abandonó el estilo oracular y comenzó a dar los motivos de sus decisiones, permitiendo al público enterarse de los fun-

10. Sobre la función de la *auctoritas* y la *potestas* véanse DOMINGO, Rafael, *Auctoritas*, Editorial Ariel, Barcelona, 1999; D'Ors, Alvaro, *Derecho Privado Romano*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1977, pp. 54 y ss.

11. Cic., *Pro Munera*, 9,25. En todo caso, vale la pena señalar que según Pomponio habría sido el mismo Appio quien le habría ordenado que lo publicase (D.1,2,2,7), lo cual concuerda con el programa popular del censor. Sea como fuere, Pomponio declara que ese libro ya no sería posible encontrarlo en su época, lo que aumenta el color legendario del asunto. Véase Castro Saenz, Alfonso, *Compendio Histórico de Derecho Romano*, Tebar, Madrid, 2005; pp.142 y ss.

12. D.1,2,2,36. Vid. Kunkel, Wolfgang, Schermaier, Martin, *Römische Rechtsgeschichte*, Böhlau, Wien, 2005, pp. 124 y ss., como también Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang, *Römisches Recht*, Springer Verlag, Berlin, 1986, pp. 22.

damentos de las mismas. Esto posibilitó que las personas interesadas en conocer el Derecho pudieran aprenderlo, y al poco tiempo, se hicieron ellos mismos especialistas en Derecho. A partir de aquí, la opinión de estos prudentes desplazó al Colegio de Pontífices, sobretodo cuando comenzaron a responder por sí mismos, de manera laica, a las preguntas que los magistrados de la ciudad les hicieran.

Esta fue, sin duda, una de las revoluciones científicas más extraordinarias del Derecho. Hasta esa época, el Derecho tenía un carácter fundamentalmente religioso, puesto que las decisiones de los Pontífices tenían valor por el carácter sacerdotal de las personas que las entregaban, mediadores entre los dioses y los hombres. Una vez que los fundamentos de sus respuestas fueron dados a conocer, el valor de éstas pasó a ser científico, puesto que valían en cuanto la argumentación fuese convincente y no en función de la conexión con los dioses de quienes las emitían.

Es desde este punto de donde arranca la autonomía del Derecho¹³, que lo independiza de la religión. De aquí en adelante, el Derecho será la opinión de las personas conocedoras del mismo y su valor dependerá de los fundamentos que sean capaces de entregar.

Aquí es menester hacer la prevención que no debe confundirse la profesión de jurista con la de abogado (*retor*) en Roma. Los juristas, por regla general, no tomaban causas particulares a su cargo ni llevaban adelante juicios. Su labor era básicamente informar a las partes o a los magistrados que les consultaran al respecto de su opinión sobre los problemas que se les plantearan.

Hoy por hoy, cualquier estudioso del Derecho se planteará el problema de la coactividad las opiniones de los juristas para intentar determinar si es que revestían la calidad de normas. Tal vez lo más sorprendente del sistema romano es que ningún magistrado estaba obligado a seguirlas. El magistrado, como tal, era el titular de la *potestas*, y por tanto el único revestido de la capacidad de recurrir a la violencia

13. Vid Miquel, Juan, *Retórica y Derecho: Una reflexión a la luz del legado de China*, in Quintiliano: *Historia y Actualidad de la Retórica*, Ed. Tomás Albadalejo, Emilio del Río y José Antonio Caballero, v.I, pp. 43 y ss. con abundante bibliografía.

legítima. Los juristas tenían simplemente la *auctoritas* que provenía de la calidad científica de sus opiniones, de manera que eran adoptadas voluntariamente por el poder. Si el pretor buscaba aplicar el Derecho, ya que el *ius* estaba compuesto principalmente por las opiniones de los jurisprudentes, debía el mismo pretor aplicarlas, no tanto por un problema de coactividad, sino porque el Derecho no era otra cosa que esas mismas opiniones.

Definir legalmente cuales opiniones eran válidas en la etapa clásica sería algo tan absurdo como si hoy por hoy el legislador intentara promulgar las leyes de la física, puesto que estamos ciertos que la validez de las leyes de la física newtoniana o relativista la fijan las opiniones de los científicos y no la voluntad del Estado.

En este sentido, la ciencia jurídica era independiente no sólo de la religión, sino también del Estado.

En cuanto al método de los juristas romanos, podemos decir que es más cercano al de un Galileo que al de un Euclides. En efecto, razonaban a través de casos concretos, y era mediante estos casos que se inferían conceptos generales con los cuales solucionar nuevos problemas.

Por decirlo de alguna manera, más que de la posesión en sí, se preocupan de aquellos casos en que el poseedor debe ser defendido a través de un interdicto, una acción publiciana o en que un poseedor no dueño se verá favorecido por la usucapión.

Este método aparta necesariamente al jurista del pensamiento axiomático, llegando a establecerse que toda definición es peligrosa¹⁴. En pocas palabras, el principio general era inducido desde el caso particular y no como en nuestra ciencia moderna en que desde la definición se llega al caso. Tal forma de razonamiento permitió, en definitiva, a los romanos llegar a elaborar una amplia variedad de conceptos jurídicos diversos de los cuales somos aún tributarios y que constituyen los ladrillos con los cuales se construye nuestra moderna ciencia del Derecho.

Los aportes más significativos del Derecho Romano a la ciencia del Derecho en general, como la diferencia entre posesión y propiedad,

14. *Dig 50.17.202.pr.1 Omnis definitio in iure civili periculosa est.*

la noción de contratos consensuales, la buena fe o la compraventa obligatoria, fueron producto de este proceso. No obstante, esta dogmática fina sólo pervivió mientras las circunstancias que la hicieron posible se mantuvieron.

DECADENCIA DE LA JURISPRUDENCIA

Hemos señalado que el paso fundamental para el desarrollo de la jurisprudencia romana fue la autonomía conceptual que rápidamente ganó frente a la religión. Sin embargo, el Derecho es un arma demasiado poderosa como para permanecer indómita durante mucho tiempo. Ya desde inicios del Principado, la ciencia del Derecho comenzó a sufrir un lento asedio por parte del poder político, que terminará por ahogarla.

En efecto, Augusto intentó privilegiar a ciertos juristas más adictos al régimen a través de la concesión del *ius publice respondendi ex auctoritatis principis*, es decir, el responder con la autoridad del príncipe. Con ella pretendía que ciertos estudiosos fueran consultados con preferencia a otros, de manera que sus opiniones se impusieran como derecho vigente.

Para beneficio de la ciencia jurídica, esta tentativa produjo resultados más bien modestos, toda vez que los juristas que carecían de esta prerrogativa continuaron siendo consultados y elaborando derecho con independencia del poder imperial, de manera que el Derecho, como ciencia, se mantuvo autónomo. Y es que en una ciencia verdadera, es muy difícil que sea el poder político el que dictamine quienes son los mejores científicos.

Un intento más arriesgado fue, sin duda, el de Adriano. Aunque en las demás fuentes de producción intervino de manera bastante agresiva¹⁵, respecto a la Ciencia del Derecho como tal, representada por los juristas, su labor fue menos notoria. Se limitó a dictar un rescripto en

15. En efecto, será él quien reemplace la *rogatio* a los *patres* en los senadoconsultos por simples *orationes*, quien codifique el Edicto para apagarlo como fuente creativa y, finalmente, quien dicte las primeras constituciones imperiales que terminarán por absorber todo el Derecho.

virtud de la cual cuando hubiese acuerdo entre la mayoría de los juristas, esta opinión tendrá fuerza de Ley. En los demás casos, el pretor podía elegir la que quisiese¹⁶.

Si bien a primera vista parece una intervención menor, el *ethos* que la envuelve es lo que la hace significativa. Si se medita bien, esta es la primera vez que la *communis opinio* entre científicos tendrá efectos normativos automáticos. Hasta entonces, al igual que en toda ciencia, el triunfo definitivo de una idea dependía del valor intrínseco de la misma, mientras que ahora, por primera vez, será el aparato imperial el que le dé la victoria a una u otra.

Tal vez alguno sienta la tentación de pensar que, en realidad, esta es una medida positiva, destinada a eliminar incertezas del Derecho. Sin embargo, debe considerarse que, evidentemente, toda idea nueva tiene que enfrentar la oposición inicial del resto de la comunidad científica, de manera que si ha de estimarse válida una doctrina por el número de adherentes que enfrente en un primer momento, necesariamente toda idea innovadora estará destinada al fracaso. Por lo demás, si alguno pensase que esto es un defecto menor para conseguir un bien superior, cabe preguntarse cómo fue que la jurisprudencia romana funcionó regularmente para crear uno de los mejores aparatos jurídicos de la historia, sin necesidad que ningún poder público le indicara cuales de las doctrinas que albergaba eran las mejores. En efecto, con Adriano la jurisprudencia comienza su lento declive, hasta que finalmente deje de existir por muerte natural, toda vez que ya no queden juristas para crearla, sino simples funcionarios imperiales.

Aunque la innovación de Adriano fue fundamental para restar vigor creativo a la jurisprudencia, debe subrayarse que siguieron existiendo juristas, de menor potencia, eso sí, hasta mucho después de su

16. *Gai 1.7 Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis uicem optinet; si uero dissentiunt, iudici licet quam uelit sententiam sequi; idque rescripto diui Hadriani significatur.* Véanse extensos comentarios sobre esta norma en Wieacker, Franz, *Studien zur hadrianischen Justizpolitik*, in *Frieburger rechtsgeschichtliche Abhandlungen*, 5, Berlin, 1935, como también del mismo autor *Respondere ex auctoritate principis* en Satura Feenstra, friburg, 1981.

tiempo. Las invasiones bárbaras y la crisis económica fueron los que terminaron por acabar con los juristas. En todo caso, su obra, el enorme acervo jurisprudencial romano, sobrevivió, pues los hombres siguen hablando a través de sus escritos. Esto, sin embargo, planteó problemas a los sucesores de Dioclesiano, quienes en su afán centralizador, quisieron ahora incluso controlar la ciencia muerta que los científicos de antaño legaron.

De los expedientes utilizaron para regular la masa de escritos científicos de los juristas clásicos, tal vez el más curioso fue la llamada Ley de Citas. Hacia el año 426 el emperador Valentiniano III dispuso que en adelante, sólo podían citarse los textos de Gayo, Papiniano, Paulo Ulpiano y Modestino. En caso que hubiera diferencia entre ellos, se estaría a la mayoría, en caso de dispersión, a Papiniano¹⁷.

La idea que subyace es bastante curiosa. Consiste, básicamente en el mismo ingenio de Adriano, pero esta vez aplicado a libros en lugar de juristas. La verdad estaría, de ahora en adelante, en manos de la decisión imperial. No sabemos qué oscuro motivo inclinó a los emperadores a favor de Papiniano, pero puesto que la verdad del poder es siempre arbitraria, arbitrarias serán también sus razones.

En todo caso, esta tentativa no fue, ni de lejos, tan ambiciosa como la de Justiniano. Este emperador, luego de codificar las constituciones imperiales, tuvo la singular idea de codificar la ciencia. En efecto, el Digesto no es más que la reunión de diferentes fragmentos de libros de Derecho de distintos autores agrupados por materias. La idea es que de ahora en adelante ya no fuese necesario recurrir a libros de ciencia, puesto que la ciencia oficial sería aquella que el emperador promulgó como ley. En caso que hubiesen desacuerdos entre los juristas, ya que el Derecho para Justiniano es cuestión de voluntad, simplemente se eliminaron las diferencias de un plumazo. Para coronar su obra, el emperador prohibió el uso de otros libros de Derecho que no fuesen el dictado por el propio emperador. Incluso, acto seguido, mandó componer un libro para la enseñanza del Derecho (que también sería en su integridad Ley) de manera que fuera la voz del emperador, la palabra del poder misma, la que instruyera a los futuros abogados.

17. C.Th 1,4,1 (a.321).

Desde aquí, los conceptos verdaderos serían los del emperador, y por consiguiente, la deducción desde esos conceptos el contenido de la ciencia del Derecho. La autonomía del Derecho desaparece respecto del poder político, como también la inducción.

HACIA UNA CIENCIA LIBRE DEL DERECHO

En base a este somero estudio histórico, creemos que es necesario reformular nuestras bases para analizar el Derecho.

Si deseamos una ciencia jurídica creativa y atenta a los problemas actuales, es del análisis de casos de donde debemos realizar nuestras inferencias a fin de elaborar conceptos jurídicos nuevos. Es hora de alcanzar una nueva autonomía del Derecho, esta vez respecto al poder político, donde los conceptos fundamentales de la ciencia no sean fijados por la mera "voluntad del legislador", sino por la racionalidad de los juristas.

Por lo demás, en un tiempo en que la integración económica mundial nos obliga a armonizar nuestro derecho con el de otros países pertenecientes a tradiciones diferentes, ningún factor será más unificador que la ciencia. Los conceptos elaborados por los juristas de un país pueden ser inmediatamente discutidos, corregidos y reelaborados por los de otro, cuestión que difícilmente es posible en el marco de la legislación.

Si se piensa que ésta es una aspiración excesivamente utópica, basta con meditar los enormes avances logrados en el Derecho Público actual, donde la doctrina ha superado ampliamente los escuetos términos de la Constitución. En efecto, conceptos tan complejos como la nulidad de Derecho Público o la imprescriptibilidad de la misma, que apenas estaban insinuados en la textualidad constitucional, han sido elaborados en base a casos donde se han ido progresivamente imponiendo por su superioridad científica frente a los conceptos tradicionales.

En fin, es hora de despertar del sueño positivista del Derecho como voluntad para volver al Derecho como razón.

UNA MORALEJA SOBRE EL USO DE GENTILICIOS EN EL HABLA COTIDIANA *

MARCOS ANDRADE MORENO **

I. INTRODUCCIÓN

Existe una creencia muy difundida, la que abstractamente puede ser descrita en los siguientes términos: los nacionales de un país comparten ciertas características peculiares por ser tales, y/o son tales, porque comparten esas características peculiares. Recurrimos con mucha frecuencia a dicha creencia en el habla cotidiana.

* Este trabajo fue presentado como una comunicación en la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía Jurídica y Social con el título "Dos formas del lenguaje nacionalista". Decidí cambiarlo porque era un pésimo título. Tratando de respetar su carácter oral, es que decidí no incluir referencias bibliográficas directas ni notas al pie. Sin embargo, a continuación presento una breve bibliografía comentada y su relación con el artículo. Los errores e imprecisiones corren por mi cuenta.

** Alumno egresado de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Allí es ayudante *ad honorem* de los cursos Historia de la Filosofía del Derecho y Filosofía (de la) Moral. Esta comunicación fue desarrollada en el marco del proyecto FONDECYT N° 1050348 "Pluralismo, igualdad jurídica y diversidad valorativa". Agradezco a los miembros del seminario que dicho proyecto mantiene, especialmente a M. E. Orellana Benado, no sólo sus comentarios, sino que también su apoyo y amistad. También agradezco los comentarios surgidos durante la presentación de la misma.

Comentarios y sugerencias a anmomarc@gmail.com