

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2011

PONENCIAS EN VALPARAÍSO I



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



**ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2011**

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 29
2011

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, 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 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

2011

PONENCIAS EN VALPARAÍSO I

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2011 - 2013)

Daniela Accatino, Fernando Atria, Flavia Carbonell,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón, Joaquín
García-Huidobro, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín
Squella, y Luis Villavicencio.

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
rcoloma@uahurtado.cl

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, presenta el número 29 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 2011.

La obra reproduce las ponencias hechas en sesiones plenarias de la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el mes de noviembre de 2011, coincidiendo con la celebración del centenario de dicha unidad académica. Contiene, asimismo, parte de las ponencias que fueron presentadas en comisiones de dicha jornada.

Las ponencias presentadas en comisiones que no se incluyen en este número del Anuario lo serán en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social número 30, correspondiente a 2012, que aparecerá en los primeros meses de 2013.

Cabe señalar que la primera de estas jornadas binacionales tuvo lugar en 2004 en Buenos Aires, la segunda en Santiago en 2006, la tercera en Mendoza en 2009, y la cuarta en Valparaíso en 2011. En cuanto a la quinta jornada, tuvo lugar en Mendoza en el mes de octubre de 2012.

Durante el período 2011-2013, el Directorio de nuestra Sociedad es el que aparece en la página 6. Presidente del Directorio es Rodrigo Coloma, Secretaria General Flavia Carbonell, y Tesorera Daniela Accatino.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS EN PLENARIAS

e. ¿Y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional?

La pregunta por el valor normativo de los precedentes del Tribunal Constitucional suscita cuestiones especiales, relativas a la relación entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria, que escapan a los propósitos de este trabajo. Con todo, es interesante observar que también aquí la estrategia normativa ha sido la elusión. Ni la Constitución, tampoco tras las reformas aprobadas en 2005 que ampliaron las competencias del Tribunal Constitucional, ni tampoco la nueva Ley Orgánica que regula su funcionamiento, se refieren al valor normativo de su jurisprudencia. A pesar de este silencio, el Tribunal Constitucional, en sus propias prácticas de decisión y de argumentación, ha desarrollado algún grado de consideración a sus precedentes, citándolos al menos con bastante mayor frecuencia que la usual entre los demás tribunales. Con todo, y a pesar de que en una sentencia de 1993 afirmara que “los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen”²⁵, los cambios de criterio interpretativo no justificados han subsistido en sentencias posteriores.

25. Sentencia de 22 de julio de 1993, Rol 171.

**EL APORTE DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA AL
CULTIVO DE LAS DISCIPLINAS DOGMÁTICAS
Y A LA ENSEÑANZA DEL DERECHO**

DAVID QUINTERO FUENTES *

Agradezco a los miembros del Directorio de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social y, en particular, a su presidente don Agustín Squella, la invitación que me formularon para participar en la Cuarta Jornada chileno-argentina de Filosofía del Derecho. Este encuentro académico constituye, a mi juicio, si se me permite una expresión metafórica, una instancia de diálogo entre una filosofía del derecho “metropolitana” (la argentina) y una filosofía del derecho “periférica” (la chilena). A pesar de nuestra proximidad geográfica y aunque en el terreno de las ideas, la geografía no suele ser relevante, no se puede desconocer que la iusfilosofía argentina ocupa un lugar central a nivel mundial con figuras enormemente influyentes, es suficiente evocar los nombres de Carlos Cossio, Ambrosio Gioja, Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, Carlos Santiago Nino, Genaro Carrió, Ricardo Guibourg y Ernesto Garzón Valdés, entre otros. No ocurre lo mismo con Chile, al menos no en igual medida, sin embargo creo que la “periferia” es interesante para quien esté dispuesto a recorrerla, como muestra de ello, basta con mencionar la valiosa obra de Jorge Millas, Agustín Squella y Fernando Atria.

* Profesor de Introducción al Derecho en la U. Diego Portales y de Teoría General del Derecho en la U. Alberto Hurtado, davidquinterof@gmail.com

Esta versión de las jornadas es además muy especial, por la oportunidad en que tienen lugar, en una pléyade de aniversarios: 50 años del *Concepto de Derecho* de Hart, 40 años de *Normative Systems* de Alchourrón y Bulygin, y 40 años de *Una Teoría de la Justicia* de John Rawls. En 1935, Gabriel Lepera escribía, en una de las más hermosas canciones de todos los tiempos, que “veinte años no es nada”. Cien años, en cambio, es bastante, desde luego para una persona puede ser toda una vida, pero también lo es para una institución, particularmente para una institución universitaria en Chile. La Escuela de Derecho de la U. de Valparaíso cumple un siglo. Muchos frutos ha dado esta Facultad durante ese período, entre los más connotados: Victorio Pescio, Ramón Meza Barros, Mario Casarino, Carlos León, Manuel de Rivacoba y Agustín Squella. Gracias al trabajo académico de ellos y otros profesores de esta Escuela, es posible afirmar, sin exagerar, que todos los abogados chilenos hemos sido en algún sentido, alumnos de esta Facultad.

Treinta años también es mucho tiempo, especialmente para una sociedad académica, como lo es la Sociedad chilena de Filosofía Jurídica y Social, una de las asociaciones académicas más antiguas en el ámbito jurídico en este país.

Estas jornadas son especiales también por el lugar en que se desarrollan: la ciudad de Valparaíso, sin duda, la más bella de Chile, y la de más hermoso nombre, el rincón del mundo que escogió Neruda para edificar su “Sebastiana”, el lugar en el que el gran Rubén Darío publicó “Azul”, inaugurando la modernidad literaria, y el sitio al que Thomas Mann envió a Christian, el hijo pródigo de una familia aún más pródiga: los *Buddenbroock*. Como dijo Neruda en su *Oda a Valparaíso*:

*porque en tu pecho austral
están tatuadas
la lucha,
la esperanza,
la solidaridad
y la alegría
como anclas
que resisten
las olas de la tierra.*

Aunque confieso que preferiría continuar reseñando a los grandes poetas que han cantado a esta tierra, paso a desarrollar uno de los temas propuestos en la convocatoria de estas jornadas: el aporte de la filosofía jurídica al cultivo de las disciplinas dogmáticas y a la enseñanza del derecho.

Para un observador externo, el de los filósofos del derecho es un gremio muy influyente, al menos en Chile. Si revisamos uno de los periódicos de mayor circulación del país, cada mañana de domingo, nos encontramos con sendas columnas de opinión escritas por profesores de filosofía del derecho: Carlos Peña y Joaquín García-Huidobro. Además, semanal o quincenalmente publican o han publicado sus columnas: Agustín Squella, Pedro Gandolfo, Cristóbal Orrego y Jorge Correa Sutil. Incluso los voceros del actual movimiento estudiantil que se encuentran movilizados desde hace meses, en pos de una educación pública gratuita y de calidad, citan en sus intervenciones el trabajo de Fernando Atria: *Mercado y ciudadanía en la educación*. Quizá haya pocos países en el mundo, en los que, quienes se dedican a la filosofía del derecho, tengan una presencia tan recurrente y significativa en los medios de comunicación masiva, al menos en la prensa escrita de circulación nacional, como ocurre en Chile. Por otra parte, varios profesores de la disciplina son o han sido rectores de universidades, decanos de Facultades o directores de Escuelas de Derecho. En este auditorio hay presentes, tres directoras de Escuelas de Derecho, un rector y un decano, que se dedican a la enseñanza de la filosofía jurídica. Desde este punto de vista, creo que no puede haber motivos de queja. No obstante ello, me atrevería a afirmar que la reconocida influencia que actualmente tienen los profesores de filosofía del derecho en el discurso público, contrasta con la posición que ellos mismos ocupan al interior de las Facultades de Derecho, ya que en ellas esa influencia es ostensiblemente menor, por decirlo suavemente, se les hace poco o ningún caso, particularmente en lo que se refiere a diseño de planes y programas y reformas curriculares. En más de una ocasión, incluso se puede oír el comentario “sin duda, es un excelente profesor, lástima que haya desperdiciado su talento dedicándose a esa área”.

Intentaré, pues, responder dos preguntas: ¿Qué puede hacer la filosofía del derecho por la ciencia jurídica? y ¿Qué puede hacer la

filosofía del derecho para contribuir a mejorar la enseñanza del derecho? Para este fin, procuraré presentar un puñado de “verdades obvias” y ciertas “razones para la acción”. Se trata de sugerencias sencillas y breves reflexiones que pudiesen contribuir a hacer más fructífera la tarea que actualmente lleva a cabo la filosofía del derecho. Advierto que las formulo teniendo en cuenta la cultura jurídica chilena, debido a lo cual quizá varias de ellas carezcan de sentido para los colegas argentinos, por lo que presento mis excusas.

I. ¿Qué puede hacer la Filosofía del Derecho por la Ciencia Jurídica?

1º. *Dialogar con la dogmática*¹

En la actualidad, la teoría del derecho y la dogmática jurídica, en particular la civil, se miran entre el desprecio y la indiferencia recíprocos. De este modo, hemos asistido durante los últimos cincuenta años, salvo pocas excepciones, al divorcio entre la filosofía del derecho y el derecho civil. Algunos de los últimos representantes de esa otrora fructífera relación los encontramos en Karl Larenz y Emilio Betti. Recordemos que en siglos pasados, la teoría del derecho fue elaborada, en buena medida, en sede de Derecho Civil. Las culpas son compartidas: por una parte, la doctrina civil se desentiende de ciertas herramientas teóricas elaboradas por la teoría del derecho y que pueden facilitar su tarea, evitando que se embarque en la discusión de pseudoproblemas; por el otro lado, la filosofía del derecho se ocupa de construir sofisticadas herramientas teóricas, no deteniéndose suficientemente a explicar su utilidad práctica. Se requiere, sin duda, un diálogo más fluido entre ambas disciplinas, ya que la filosofía del derecho debiera estar al servicio de las disciplinas dogmáticas. El diálogo es posible, sólo hace falta escoger el nivel adecuado de abstracción de la teoría para su respectivo usuario y para cada problema.

Para lograr este objetivo, me atrevo a sugerir la realización de una serie de encuentros académicos, organizados por la Sociedad de Filosofía Jurídica, que bien pueden denominarse “Diálogos de la

Filosofía del Derecho con...”. Considero prudente comenzar por la disciplina dogmática que más urgentemente lo requiere: el derecho civil, invitando a algunos profesores que cultiven ambas disciplinas como Enrique Barros, Fernando Atria y Carlos Peña, pero no limitarse a ellos, sino que además extender la invitación a profesores de derecho civil y a filósofos del derecho que se dediquen exclusivamente a sus áreas; los primeros pueden contribuir a la construcción de puentes de comunicación entre los cultivadores de ambas disciplinas. Se puede continuar con las disciplinas dogmáticas fundamentales, creo que sería muy interesante asistir a instancias de diálogo y reflexión entre la filosofía del derecho y el derecho penal. Asimismo con el derecho constitucional, el derecho procesal, el derecho laboral, etc. Pienso que la realización de esta simple actividad y la posterior publicación de sus conclusiones, puede representar una contribución significativa al desarrollo de la ciencia jurídica en Chile.

2º. *Hacer dogmática*

Sugiero a todos los profesores de filosofía del derecho, impartir periódicamente alguna asignatura correspondiente a una disciplina dogmática. Esta propuesta puede merecer reparos, pues implica inmiscuirse en otras áreas y atentar en contra de la necesaria especialización. Durante bastante tiempo hemos sido testigos de cómo algunas asignaturas de nuestra área han sido impartidas por colegas sin la suficiente preparación e interés por los temas filosófico-jurídicos. Así, la asignatura de “Introducción al Derecho” ha sido dictada por dogmáticos que no siempre se han hecho cargo de los problemas fundamentales que plantea, como si cualquier persona estuviese en condiciones de enseñarla y fuese el ramo más fácil e intrascendente del currículum académico, cuando sabemos que en realidad es todo lo contrario. No se trata de imitar esas malas prácticas, pero creo que es muy importante que los teóricos del derecho hagan también dogmática. Por una parte, se contribuirá a infiltrar la ciencia jurídica y por otro lado, es un antídoto en contra de una tendencia hiperanalítica a transformar la filosofía del derecho en una serie de malabarismos intelectuales, atractivos pero fútiles, que sólo unos cuantos iniciados pueden desplegar y comprender.

1. Parafraseando el título de una conocida película: “Hable con ella”.

Por supuesto que se trata de realizar dogmática de manera seria, haciéndose cargo debidamente de los problemas que cada disciplina plantea. Si se imparte un curso de derecho de familia, no se trata de transformarla en una filosofía o sociología del derecho de familia, por más interesante que sea, de lo contrario sólo se conseguirá escandalizar a los alumnos que, por ejemplo, fervientemente esperan comprender a cabalidad los regímenes matrimoniales. Si no se considera apropiado hacer dogmática, sugiero asistir y participar activamente en los congresos, seminarios y conferencias que los cultivadores de las diversas disciplinas dogmáticas suelen organizar, aún a riesgo de ser visto como un convidado de piedra o un infiltrado.

3º. *Centrarse en el análisis de la dogmática jurídica*

En este punto, considero conveniente recordar cuál es la función de la filosofía del derecho para Alf Ross: el análisis del lenguaje de la ciencia jurídica. El objeto de la filosofía del derecho —escribe Ross— no es el derecho, ni parte o aspecto alguno de éste, sino la ciencia del derecho. Por lo mismo, ella está “un piso más arriba que la ciencia del derecho”, y mira hacia ésta —no hacia el derecho— desde esa posición o postura “más arriba”. En síntesis, si la ciencia del derecho mira al derecho, la filosofía del derecho es a su turno una mirada sobre la ciencia del derecho.

Pienso que existe la necesidad imperiosa de realizar análisis dogmáticos y no sólo análisis jurisprudenciales. El estándar de exigencia debiera ser más alto para la dogmática que para la jurisprudencia. De alguna manera, es fácil festinar con la jurisprudencia. Las prácticas jurídicas de los tribunales están dominadas por la urgencia y por la necesidad de atender a las particularidades del caso. Por otro lado, el déficit argumentativo también es responsabilidad de los abogados litigantes que no brindan suficientes insumos a los jueces, en sus actuaciones.

Para la consecución de este objetivo, sugiero la entrega de una distinción trienal (todos los años puede resultar excesivo) a la mejor obra dogmática publicada en el país, que destaque por la rigurosidad de su argumentación y su aporte al desarrollo de la ciencia jurídica. Si

no se considera oportuno, al menos propongo que los profesores de filosofía del derecho efectúen con más frecuencia recensiones de obras dogmáticas, las que debieran ser más críticas y no meramente descriptivas, centrándose en el análisis de la calidad de los argumentos esgrimidos por los autores, poniendo en evidencia los usos falaces de la argumentación.

4º. *Brindarle optimismo*

Esto puede parecer fuera de lugar. No quiero decir con ello que la doctrina no tenga un buen concepto de sí misma, respecto a su preparación y capacidad. Incluso, a veces, uno se encuentra con ciertos colegas que tienen la firme convicción de estar inaugurando sus disciplinas. Más bien me refiero a una idea preconcebida acerca de su escasa capacidad de influencia en la jurisprudencia y en general, en las prácticas jurídicas. Si examinamos los trabajos de la doctrina chilena, nos encontramos con textos plagados de esta actitud pesimista. Hasta se considera impotente para un asunto tan sencillo, como lo es cambiar el nombre de una institución.

El que una institución jurídica reciba un nombre poco afortunado no es problema grave, a fin de cuentas un nombre es sólo un nombre. Sin embargo, una denominación incorrecta puede dificultar, en ciertos casos, la debida comprensión de una institución. Entonces se transforma en un problema. Lo ilustraré con algunos ejemplos:

a) En su *Derecho Sucesorio*, Somarriva expresaba: “La denominación de acervos imaginarios no es del todo exacta... Estas denominaciones de primer y segundo acervo imaginario se deben a don Miguel Luis Amunátegui y se han vulgarizado tanto que, aun cuando constituyen una impropiedad de lenguaje, es imposible ya desterrarlas”². Llama la atención el talante resignado que asume el autor y con él una parte no pequeña de la doctrina civil chilena. ¿Si la doctrina no puede

2. SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Derecho Sucesorio*, versión de ABELIUK, R., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición actualizada, tomo I, 2008, p. 392.

cambiar un nombre, entonces qué puede hacer? En realidad la solución es sencilla, basta con emplear los nombres apropiados, modificando los índices de las obras y los correspondientes programas de estudio de las asignaturas. De esta forma, en un plazo razonable se habrá desterrado la denominación inapropiada y se habrá extendido el uso de la correcta. Extrañamente, en más de una ocasión, la doctrina critica el empleo de cierta denominación, para luego continuar utilizándola. Esta actitud metodológica es reprochable, pues implica una inconsecuencia gratuita.

b) El siguiente es un ejemplo clásico: el mal llamado “cúmulo de responsabilidad”. Sobre el punto, René Abeliuk señala: “Se trata de un falso problema, mal denominado por añadidura, porque no hay cúmulo, esto es, acumulación de responsabilidades, sino que opción entre ellas, y más limitadamente aún, posibilidad de abandonar la responsabilidad contractual para asilarse en la delictual. El cúmulo se produce en el hecho mismo, que es considerado a un tiempo como incumplimiento imputable y hecho ilícito”³. Enrique Barros aclara: “Por eso, para evitar equívocos acerca del significado de la pregunta, es preferible hablar de concurso y no de cúmulo de responsabilidades, como suele hacerlo la doctrina”⁴. A pesar del consenso, un buen número de autores en sus manuales y artículos, critican la denominación, para a renglón seguido continuar empleándola.

c) Un último ejemplo: la llamada “culpa de la víctima”. Esta expresión es criticada, pues no necesariamente concurren las culpas de víctima y agente en la generación del resultado dañoso, ya que a veces, pueden concurrir causalmente dos conductas no culpables o dos conductas de distinto carácter (una culpable, aunque no la otra). Debido a esto, se ha estimado más precisa la expresión “conurrencia de causas”, ya que como afirma Pantaleón Prieto, el fenómeno de la concurrencia no hay que reducirlo necesariamente a los supuestos de responsabilidad subjetiva⁵. Los autores prefieren en la actualidad poner el énfasis del

3. ABELIUK MANASEVICH, R., *Las Obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, tomo II, 1993, p. 767.

4. BARROS BOURIE, E., *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 1056.

5. PANTALEÓN PRIETO, F., “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, *ADC*, t. 44, 1991, fasc. 3 (jul.-sept.), p. 1042.

problema analizado en la causación del daño y ya no en la culpabilidad de los sujetos, descartando que las culpas o causas admitan compensación alguna, ya que lo que efectivamente se da en la producción del resultado dañoso es la concurrencia de causas. Por lo anterior, se prefiere esta expresión, aunque ella no basta por sí misma para describir totalmente el fenómeno aludido, puesto que es necesario agregar que se trata de concurrencia de causas de agente dañoso y víctima, pues dentro del supuesto de concurrencia de causas, se considera además el de la concurrencia de varios sujetos en la causación del daño, y el de la concurrencia de un hecho de la naturaleza con culpa (causa) proveniente de un sujeto dañador⁶. Lo expuesto precedentemente, permite concluir que tanto el hecho culpable de la víctima como el no culpable, si concurren con la acción del sujeto lesivo, producen la reducción de la responsabilidad de éste, ya que los casos de concurrencia de culpas no se circunscriben a los de una acción reprochable en el sentido clásico, por parte de la víctima, puesto que no resulta imprescindible que éste se haya comportado de manera negligente o descuidada⁷. Como expresa Medina Alcoz, la verdad es que el sintagma “culpa de la víctima” debe comprenderse en un sentido impropio o no técnico⁸.

En estos tres casos sencillos y extremos, la actitud pesimista de la doctrina opera como una profecía autocumplida. Una sana dosis de optimismo como actitud metodológica es imprescindible, ya que una doctrina pesimista termina siendo indefectiblemente una doctrina mediocre.

5º. Desterrar su creencia en la magia verbal

Muchos dogmáticos continúan utilizando los aforismos jurídicos como si fuesen los ensalmos de un libro de encantamientos. Esta actitud

6. MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 258.

7. MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 258.

8. *Ibidem*, p. 359.

metodológica es mucho más frecuente de lo que a veces se cree, basta revisar casi cualquier discusión dogmática.

Esto se manifiesta, además, en los tenaces trabajos de los juristas por desentrañar la naturaleza jurídica de una determinada institución (que como se sabe, se encuentran irremediable y terminantemente condenados a fracasar desde sus inicios). Detengámonos en el caso más reciente en que se ha planteado este problema: la compensación económica se introdujo en el derecho nacional como una nueva institución. Este hecho, al que se añade la circunstancia de que no se ha adoptado exactamente ninguno de los modelos teóricos que la inspiró, implica el arduo trabajo de caracterizar su funcionamiento, considerando su escasa regulación positiva. En un artículo publicado en uno de los números más recientes de la *Revista Chilena de Derecho*, se expresa que: “no existe un parecer unánime en orden a determinar el lugar que la compensación económica debe ocupar en el universo de las instituciones jurídicas. Así las cosas, en el presente trabajo sostenemos que la naturaleza jurídica de la compensación económica es el de una obligación legal de contenido patrimonial y que, fundada en la equidad, tiene por finalidad entregarle herramientas al cónyuge más débil para que pueda reiniciar dignamente su vida separada. Las concepciones alimenticias o indemnizatorias son insuficientes para explicar las particulares características de esta institución”⁹. Para aclarar debidamente las implicancias de la determinación de la naturaleza jurídica de una institución, resulta sumamente didáctico recordar el problema al que se enfrentaron los naturalistas del siglo XVIII, para clasificar a una nueva especie descubierta: el ornitorrinco. Francisco Laporta nos recuerda en una columna breve, pero muy interesante publicada en un diario español: “No hacía tantos años que Linneo había establecido en su Sistema Natural (1755) la clasificación vigente de los animales, y en el lugar que en ella ocupaba la clase de los mamíferos no había hueco alguno para semejantes extravagancias. Los naturalistas

9. CÉSPEDES MUÑOZ, C. y VARGAS ARAVENA, D. “Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n° 3, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, pp. 439-462.

acabaron por crear un nuevo orden para él, el de los monotremas, pero estuvieron discutiendo todos esos años si tal orden nuevo pertenecía a la clase de las aves o a la de los mamíferos. Esta discusión desbordó hasta tal punto los límites de la ciencia natural que acabó por llegar hasta el mismísimo pensamiento jurídico, y tuvo un sorprendente eco en los escritos de uno de los más importantes juristas del siglo XIX”¹⁰.

Así vistas las cosas, varios siglos después, la doctrina civil chilena ya ha encontrado su propio ornitorrinco: la compensación económica. Llama la atención, la gran cantidad de trabajos y fallos de los tribunales que se pronuncian acerca de la naturaleza jurídica de esta nueva institución, asumiendo las más variopintas posiciones. Esto, al menos, nos debe hacer pensar acerca de la manera en que se utiliza este procedimiento teórico, y acerca de su verdadera utilidad y rigor, puesto que puede servir prácticamente para dar fundamento a cualquier solución.

Algunos han planteado que considerando la gran utilidad que esta herramienta teórica ha prestado a la doctrina, durante tanto tiempo, no existen buenas razones para abandonarla. Todo lo contrario, se la presenta como una técnica sumamente valiosa e incluso imprescindible. Claramente es así, puesto que cumple una pluralidad de funciones, es altamente persuasiva y “soluciona” un gran número de problemas. Sin embargo, su uso encubre una actitud bastante cómoda, ya que simplemente se trata de una fachada de justificación que no proporciona razón alguna en favor de una determinada alternativa de solución a un problema, por otra parte, no existe un procedimiento para corroborar su correcta utilización, y sirve para justificar lo que se quiera. De esta manera, la doctrina extrae la solución, tal cual un mago extrae un conejo de su sombrero.

A esto se añade otra cuestión, si preguntamos a quienes usan este recurso teórico con asiduidad, difícilmente podrán explicar con rigor y precisión en qué consiste, cuál es exactamente el procedimiento que

10. Este planteamiento de Jhering es referido y analizado por el profesor FRANCISCO LAPORTA, en un breve pero muy interesante trabajo suyo, titulado: “El ornitorrinco y el Consejo de Estado”, publicado en la sección “Opinión”, del diario español *El País*, el 01 de febrero de 2005.

se debe seguir para su determinación, y cómo podemos controlar que ha sido correctamente establecida. Queda así de manifiesto, el uso, muchas veces intuitivo, que se hace de esta noción.

Desde este punto de vista, claramente es más cómodo (aunque falta de rigor) continuar en la búsqueda de naturalezas jurídicas y de esencias de las instituciones, creyendo que con eso se está justificando algo.

A continuación, añadiré un par de sugerencias que no tienen relación directa con la ciencia jurídica, pero que estimo relevantes para contribuir a mejorar la labor que llevan a cabo los profesores e investigadores dedicados a la filosofía jurídica:

La primera de ellas es reivindicar el oficio. Quizá no todos, entre los presentes, estén dispuestos a asumirse como filósofos del derecho. Como señala Juan Ruiz Manero: "Hay dos maneras de entender el oficio de filósofo. Una manera es atender a quién ocupa el rol social de filósofo: y así diríamos que es filósofo el que ocupa una plaza académica así calificada, el que escribe textos que los bibliotecarios clasifican como filosóficos, y cosas de este género. La otra manera de identificar a los filósofos es atender a quién cumple con los requisitos de una regla ideal (en el sentido de Von Wright) que determine el concepto de (buen) filósofo, en virtud de una serie de propiedades intelectuales y morales que se consideran vinculadas entre sí"¹¹. Aunque no todos estén dispuestos a atribuirse el carácter de filósofos del derecho en el segundo sentido, si es conveniente, creo, adjudicárselo en el primero de los citados sentidos, o utilizar otra expresión que dé cuenta de ese rol, como la de profesor de filosofía del derecho. De lo contrario, uno seguirá escuchando expresiones como la que oí ayer, cuando señalé que venía a un congreso de filosofía del derecho: "nunca imaginé que existiese algo así". Esto, por lo demás, también ocurre al interior de las universidades, es difícil mantener la asignatura, conseguir fondos para financiar actividades, etc., si la disciplina y quienes se dedican a ella no tienen la suficiente visibilidad, comenzando por su denominación. Por lo demás, si uno considera estrictamente la etimología de la palabra, disminuye un poco

11. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima-Bogotá, Palestra Temis, 2009, pp. 270-271.

el pudor a utilizarla, aunque paradójicamente quienes más reacios se muestran en autocalificarse como filósofos del derecho suelen ser los únicos que en rigor merecen ese nombre.

La segunda de ellas, es ocuparse de los acuciantes problemas de justicia de las sociedades contemporáneas. Vale la pena recordar cuál era la función de la filosofía del derecho, para Kelsen: el problema de la justicia. "En cuanto a la filosofía jurídica, ella busca responder a la pregunta que inquiere acerca de cuáles normas debe el derecho adoptar o establecer. Así, la materia específica de la filosofía del derecho es el problema de la justicia, y en cuanto la justicia es un postulado de la moral, es decir, un imperativo del orden ético, la filosofía del derecho constituye una rama de la filosofía moral"¹².

En este punto, quiero citar como ejemplos, el trabajo de Fernando Atria: *Mercado y Ciudadanía en la Educación*, los trabajos sobre justicia sanitaria de Alejandra Zúñiga o sobre defensa de los derechos fundamentales, de Antonio Bascañán Rodríguez; y por supuesto la constante e insustituible contribución al debate público que han desarrollado Agustín Squella, Carlos Peña, Joaquín García-Huidobro, Pedro Gandolfo, Jorge Correa Sutil y Cristóbal Orrego, entre otros.

Hace unos meses, Alfredo Jocelyn-Holt publicó una columna a propósito de las movilizaciones estudiantiles, en la que concluía: "que llamen a los abogados". Yo diría más bien: "que llamen a los filósofos del derecho". Frente a las acuciantes demandas por igualdad, las personas ya no se resignan ante las injusticias y qué mejor que recurrir a aquellos que han dedicado buena parte de su tiempo y energía a reflexionar en torno a la justicia, y a las relaciones entre el derecho y la moral.

Paso finalmente a intentar responder la segunda pregunta:

II. ¿Qué puede hacer la filosofía jurídica para contribuir a mejorar la enseñanza del Derecho?

Actualmente, en las Facultades de Derecho chilenas, el curso de Filosofía del Derecho suele reducirse a un semestre, impartido

12. Sin embargo, no hay que olvidar que Kelsen es más bien un teórico del derecho y no un filósofo del derecho. En este trabajo no he utilizado esa distinción, empleando la expresión "Filosofía del Derecho" en el sentido más amplio posible.

habitualmente durante cuarto o quinto año de la carrera. A ella se suma una asignatura anual o dos semestrales de "Introducción al Derecho", existiendo en algunas Facultades un curso de "Derecho y Moral" y en otras, uno de Teoría General del Derecho. Hasta hace pocos años, algunas escuelas de derecho impartían un ramo de "Fundamentos Filosóficos del Derecho" o de "Problemas morales contemporáneos", siendo la tendencia actual, la de eliminarlos. Al parecer la asignatura siempre está mal ubicada en la malla curricular. Al inicio de los estudios, porque los alumnos carecen de la madurez suficiente, al fin de los mismos, porque los estudiantes sólo desean concluir lo más rápidamente posible sus estudios y le prestan escasa atención.

Durante los últimos años, hemos asistido a la eliminación de las mallas curriculares del tradicional curso de "Derecho Romano", el cual ha sido sustituido por una serie de ramos remediales que ni profesores ni alumnos se toman en serio, o por asignaturas como "Introducción a la Abogacía" o a la "Profesión Jurídica", en las que se les solicita, por ejemplo, redactar contratos o demandas, sin tener idea de lo que son. Algunos decanos, si de ellos dependiese exclusivamente, eliminarían la asignatura de Filosofía del Derecho, e incluso los departamentos dedicados a la disciplina, en su integridad. Por otra parte, en las recientes reformas curriculares, se han incorporado en algunas universidades, cursos dedicados a la enseñanza de la argumentación jurídica, a la interpretación del derecho y a la ética profesional. En la medida en que esas asignaturas se impartan seriamente y no con el carácter de meros ramos complementarios, implican "subrepticamente" una mayor presencia de las disciplinas filosófico-jurídicas en los estudios universitarios. Me parece elogiable la reciente reforma curricular llevada a cabo por algunas Facultades, que incluyen cursos de Interpretación del Derecho, Argumentación Jurídica, Teoría de la Justicia, Ética Profesional, dos semestres de Filosofía del Derecho, además de un curso de Fuentes del Derecho y otro de Teoría del Ordenamiento Jurídico. De este modo se reconoce que un buen abogado requiere más y no menos filosofía del derecho, particularmente si consideramos la tendencia a la especialización y el que en los hechos, los estudios de postgrado han devenido en una instancia imprescindible de formación para el ejercicio de cualquier profesional.

Ante la dificultad de responder a la pregunta "¿Cómo debe ser una buena enseñanza del derecho?" o "¿Qué es un buen profesor?", prefiero responder a la pregunta "¿Qué hace un buen profesor?" Yo diría que 1º es buen conocedor de la materia que enseña, 2º inicia y concluye puntualmente sus clases, 3º corrige las evaluaciones dentro de los plazos reglamentarios (una evaluación que tarda no cumple su objetivo, y así enseña a los alumnos lo importante que es cumplir con los plazos) 4º entrega una pauta de corrección, 5º tiene la disponibilidad de resolver inquietudes, 6º diseña actividades interesantes y desafiantes que permiten no sólo aprender contenidos, sino además desarrollar destrezas, ya que éstas sólo se adquieren sobre contenidos y no aisladamente, 7º hace leer directamente a los autores, 8º organiza anticipadamente sus clases, de manera de cumplir con los programas, y que los estudiantes puedan distribuir su tiempo entre las diversas asignaturas. Es exigente, pero a la vez razonable, y también es consistente (no altera las reglas constantemente). Y además, es, por definición, optimista (confía en que sus alumnos pueden aprender). Son tareas sencillas, qué duda cabe, pero que no todos los docentes universitarios cumplen escrupulosamente. Por eso, cuando alguien las realiza persistentemente y sin aspavientos, uno puede indicar: he ahí un buen profesor¹³.

Y ¿qué método emplea para realizar sus clases? Muy sencillo: el que más le acomode, de esta manera será un profesor efectivo. No es necesario transformarse en un saltimbanqui mediático. Teniendo en cuenta los sesudos *papers* que suelen escribirse sobre el punto, ésta puede parecer una respuesta simplona, pero no lo es, ya que no todos los profesores universitarios proceden de este modo.

Quisiera, finalmente, y en honor al tiempo, efectuar una fugaz mirada crítica a algunos de los nuevos dogmas de la docencia jurídica:

13. Un claro ejemplo de ello es don Antonio Bascuñán Valdés, a quien se ha rendido previamente un merecido homenaje.

1º. La compulsión por implementar irreflexivamente innovaciones pedagógicas, presentando los métodos innovadores como sinónimo de métodos eficaces en la docencia jurídica

Creo que no tiene sentido transformar las escuelas de derecho en laboratorios de experimentación pedagógica. Los alumnos no tienen por qué pagar ese costo. Aunque sea una obviedad, vale la pena tener presente que existen métodos nuevos ineficaces y métodos antiguos sumamente efectivos.

Vale la pena recordar a don Gonzalo Figueroa Yáñez, recientemente fallecido, quien en un seminario sobre docencia jurídica, reconocía abiertamente la enorme trascendencia de la filosofía del derecho y lo mucho que había aprendido de ella, siendo civilista. Sin embargo, esta posición creo que no es representativa de todos los cultivadores de la dogmática jurídica. Don Gonzalo empleaba, desde hace 50 años, métodos de enseñanza que hoy majaderamente siguen presentándose como innovadores.

2º. Es necesario que los alumnos investiguen desde primer año, entendiéndolo por investigación, la generación de nuevo conocimiento

Sin embargo, los alumnos carecen de la formación previa y la madurez intelectual para ello. La formación como investigador es concedida por el doctorado. Los estudiantes no diferencian el plagio de la investigación (para ellos, copiar de uno es plagiar, copiar de varios es investigar). Los fondos bibliográficos son exigüos y los profesores carecen del tiempo para corroborar fehacientemente la originalidad del trabajo. Por otro lado, los abogados litigantes no requieren como competencia profesional, la creación de nuevo conocimiento, sino resolver problemas jurídicos. La investigación de pregrado debe orientarse a la resolución de problemas jurídicos concretos y delimitados. Por lo demás, está surgiendo una nueva tendencia en universidades de élite a no pedir trabajos de investigación a los alumnos de pregrado, por las razones expuestas.

3º. El total destierro de la memoria de los estudios de Derecho

La memoria es una función cognitiva superior, tiene una importancia fundamental en los estudios jurídicos y en la adquisición de un lenguaje técnico o especializado. Se ha pasado de una cultura jurídica en que predominaba la idolatría al texto legal, a una que bordea el franco desprecio por el conocimiento de normas legales. Es frecuente presenciar cómo los alumnos ni siquiera consultan los códigos y tampoco recuerdan disposición legal alguna, por breve y trascendente que sea. Estamos pasando, lo repito, de la idolatría del texto legal al desprecio más absoluto por las reglas. Por supuesto que tengo en cuenta la defensa de la inteligencia jurídica efectuada por el gran Jorge Millas, inteligencia y no memoria es lo que se requiere principalmente.

4º. Las clases deben ser entretenidas

Olvidando que no es lo mismo, entretenido que interesante (hay muchas cosas entretenidas que de interesantes no tienen nada). Estamos obligados a realizar clases interesantes, procurando que sean entretenidas. También es signo de incompetencia profesional hacer tedioso lo que no lo es. Pero no hay por qué ~~transformar~~ al profesor en un saltimbanqui mediático como ya dije, aunque sí tener en cuenta un nuevo perfil de alumno formado en las nuevas tecnologías. Por lo demás, los estudiantes se debaten entre sus deseos de aprender y su aspiración a no ser molestados, tales deseos son igualmente fuertes, pero claramente incompatibles y vale la pena explicitárselos.

Para concluir, una última sugerencia, que considero la más importante: en homenaje al centenario de esta Facultad, lean a Carlos León, profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valparaíso, gran escritor y pésimo promotor de sí mismo:

"Se ha preguntado Ud. alguna vez, amigo lector, dónde radica ese sortilegio misterioso ejercido por nuestra ciudad sobre sus habitantes?"

Si Ud. no ha encontrado respuesta adecuada a tan importante cuestión, o si ni siquiera se ha planteado el problema, quizá podamos sugerirle un camino.

Un día cualquiera, cuando esté atardeciendo y las calles estén llenas de luces y de gentes y Ud. no tenga problemas económicos ni de los "otros" (un corazón sosegado es un requisito indispensable) salga Ud. a caminar. Si la hora es propicia y tiene suerte, en la calle más moderna y viva, frente a un café distinto y antiguo, una suave melodía detendrá sus pasos. Esa música le resultará vagamente familiar, o totalmente desconocida, depende de su edad. En cualquiera de ambos casos no vacile. Entre, pero deje afuera sus miradas habituales, limpie sus pupilas de todo prejuicio y observe el lugar como si recién lo descubriera".

"Las calles, como las personas tímidas, cuando se encuentran, se cortan"¹⁴. Y yo como buen tímido que soy, en este instante, me corto.

PONENCIAS EN COMISIONES

14. Fragmentos extraídos de "Valparaíso y su geografía íntima" y "Nuestras esquinas", contenidos en *Algunos Días...* Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977.