



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Baraona González, Jorge

La cultura jurídica chilena: apuntes históricos, tendencias y desafíos
Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXV, diciembre, 2010, pp. 427-448
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173619210013>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Revista de Derecho
 de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
 XXXV (Valparaíso, Chile, 2010, 2º Semestre)
 [pp. 427 - 448]

**LA CULTURA JURÍDICA CHILENA: APUNTES
 HISTÓRICOS, TENDENCIAS Y DESAFÍOS**
 [“Chilean Legal Culture: Historical Notes, Tendencies and Challenges”]

JORGE BARAONA GONZÁLEZ*
 Universidad de los Andes

RESUMEN

El artículo examina las distintas influencias jurídicas que Chile ha recibido sobre la configuración de las instituciones y la manera de comprender el Derecho. Tales han sido la influencia hispánica, que está en la base misma de la formación del Derecho patrio; también está el legado francés, que se hace patente en el siglo XIX, marcado por la codificación, y al respecto destaca la figura de Andrés Bello, que se convierte en un factor clave, especialmente por la redacción del Código Civil, muy determinante en la configuración de la mentalidad legalista en Chile. Es el siglo de la influencia de los abogados en la vida pública. Con relación al siglo XX, se analiza el inicio del estudio dogmático del Derecho y la influencia que tuvo el positivismo europeo, así como la tecnifica-

ABSTRACT

This article analyzes the different legal influences that Chile has received in terms of configuration of the institutions and the manner in which Law is understood. Such has been the Hispanic influence that lies in the formation of the national Law; there also is the French legacy which becomes evident in the XIXth Century, marked by the codification and regarding this, Andrés Bello stands out, who turns into a key factor, especially for the drafting of the Civil Code, quite determining in the configuration of the legalist mind in Chile. It is the Century of influence of lawyers in public life. Regarding the XXth Century, the beginning of the dogmatic study of Law and the influence that the European positivism had is analyzed, as well as technological development of

* Profesor de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Domicilio postal: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago, Chile. Correo electrónico: jbaraona@uandes.cl

ción de la política. Es la época del repliegue del abogado como factor gravitante en la vida pública. En la segunda parte del trabajo se analizan nuevas tendencias en la cultura jurídica, como la vigencia de los derechos humanos y el impacto que tiene en la manera de comprender el Derecho; también la masificación que han tenido los estudios de Derecho en los últimos años, y la enorme influencia que ejerce la cultura estadounidense, especialmente en la manera de ejercerse la profesión en los grandes estudios.

PALABRAS CLAVE: Cultura jurídica
– Legalismo – Abogacía.

politics. It is the time in which lawyers withdraw themselves as an influence on public life. New tendencies in the legal culture, such as the entry into force of human rights and the impact the manner of understanding the Law are analyzed in the second part of this work; also the overcrowding effect on Law Studies within the past years, and the significant influence the United States' culture has, especially in the manner the profession is practiced in large firms.

KEYWORDS: Legal culture – Legalism
– Law practice.

He escogido como tema de esta lección inaugural**, una reflexión en torno a nuestra cultura jurídica, entendiendo por tal, el *ethos* que explica la manera de entender, aplicar y enseñar el Derecho en Chile; la mirada la pongo sobre los actores jurídicos relevantes, es decir, de jueces, abogados y juristas¹.

I. HISTORIA

El tema suele aparecer en nuestro medio, de cuando en cuando², aunque,

** Este trabajo constituye una versión escrita y revisada de la lección que el autor leyó el día 19 de mayo de 2010, en la inauguración del año académico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Quiero agradecer a la Facultad de Derecho la invitación; y si bien no siento merecer el honor deferido, lo acepté gustoso con la finalidad de testimoniar con mi presencia en aquel acto la admiración que profeso por esa Pontificia Universidad y su Facultad de Derecho, que tanto bien ha hecho desde su fundación. Es legítimo de que todos sus profesores y alumnos se sientan orgullosos por el trabajo que se ha hecho y que se sigue haciendo. El prestigio bien ganado por dicha Facultad, que lo sigue incrementando día a día, es fruto de un trabajo de más de un siglo.

¹ Siguiendo a Toharia y Friedman, explica SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *La cultura jurídica chilena*, en *La cultura jurídica chilena* (Santiago, Prodemu, 1992), pp. 30-31, que puede hablarse de una “cultura jurídica externa” y otra “interna”, la primera, más amplia, da cuenta de una valoración hecha por la generalidad de los individuos de un grupo determinado, sin atender a la mayor o menor asiduidad con que tengan contacto con el derecho, la segunda sólo mirar a aquellos actores con mayor contacto con el sistema jurídico, y es precisamente la mirada que pongo en este ensayo.

² El profesor SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Filosofía del Derecho* (Santiago, Edi-

a decir verdad no es una materia sobre la cual en Chile se haya reflexionado de manera tal vez profunda, porque tampoco en Chile hemos hecho una investigación madura y amplia de lo que puede decirse es la cultura chilena, a excepción de algunos trabajos en sociología y de historia de la cultura. Recuerdo con cariño, del profesor Hernán Godoy, ya fallecido, sus trabajos sobre el carácter y la cultura chilenas³.

Claro, porque no somos un país con una fisonomía demasiado definida. Mezcla inicial de sangre indígena con española, constituimos una raza mestiza; en esta híbrida generación, va ya envuelta una cierta indefinición. Con el proceso de independencia nos acercamos a los países impulsores de la libertad política, fundamentalmente Francia e Inglaterra y a los Estados Unidos de América. La colonización del sur de Chile, nos conectó con la cultura alemana. El comercio, universalizado luego de la emancipación, nos acercó a la cultura inglesa, los movimientos migratorios europeos nos trajeron sangre española renovada, árabe, judía, croata, francesa, italiana. La industrialización, el comercio internacional del siglo XX y el desarrollo universitario, no conectó con la cultura norteamericana.

Así, podemos afirmar que somos un país con diversas matrices culturales, pero me atrevo a decir que estamos marcados por lo español y lo francés, en ciertos aspectos por lo alemán y últimamente por lo norteamericano. En lo jurídico, hay un hombre que me parece clave en la formación de nuestra cultura colectiva: Andrés Bello. Desde esta constatación pretendo reflexionar, es decir, no en abstracto sino desde el contacto de Chile con determinados culturas y personas, a fin de apreciar cómo esas influencias, con toda la carga de especificidad que ellas tienen han marcado nuestro *ethos* cultural.

1. *La influencia hispánica: del “ius commune” al derecho nacional, la relevancia del abogado.*

La influencia española es obvia, porque 300 años de dominación han dejado huellas profundas en nuestro modo de entender y aplicar el Derecho.

Detecto tres aspectos relevantes en este sentido. En primer lugar, una adscripción que es común en la cultura de los pueblos católicos, y que podemos

torial Jurídica de Chile, 2001), pp. 495-587, reflexiona sobre la cultura jurídica chilena y plantea ocho hipótesis, que ya había formulado cuando la Corporación de Promoción Universitaria convocó al Seminario sobre la cultura jurídica chilena, en la Universidad Diego Portales, hacia 1988.

³GODOY URZÚA, Hernán, *El carácter chileno* (Santiago, Editorial Universitaria, 1977); EL MISMO, *La cultura chilena* (Santiago, Editorial Universitaria, 1982). Véanse también: SUBERCASEAUX, Bernardo, *Historias de la ideas y de la cultura en Chile* (Santiago, Editorial Universitaria, 1997, 2004, 2007); LARRAÍN, Jorge, *Identidad chilena* (Santiago, Lom, 2001).

reconocer por la influencia del pensamiento iusnaturalista, particularmente de corte escolástico; en seguida, es evidente por medio de lo hispánico la influencia del derecho canónico, que naturalmente irá replegándose en el tiempo, y del derecho común o *ius commune* en cuanto norma orientadora de fondo⁴, lo que nos conecta con la tradición del derecho Romano en sus formulación tanto clásica como justiniana⁵; por último, de origen español, me parece, es una cierta ansiedad de ir formado un derecho propio, con apego a la regla escrita y una cierta tendencia a la regulación administrativa⁶.

Con todo, puede apreciarse una diferencia entre lo que fue la época los Austrias, con la de los Borbones. Mirada desde una óptica general, se advierte que la Ilustración, la modernidad ilustrada podemos decirlo, causa su impacto en el sistema jurídico español tendiéndolo a la centralización, a la nacionalización de la norma, a la búsqueda de la primacía de lo legal, produciéndose así un repliegue del derecho común y una preeminencia del derecho legislado. Esto supuso, como lo ha puesto de manifiesto Bravo Lira, la pérdida de relevancia del derecho judicial, por una emergencia del derecho legal o legislado, caracterizada por la primacía del abogado como el principal actor jurídico. En nuestro país una consecuencia beneficiosa fue la creación de los primeros estudios de Derecho en Chile, con la fundación de la Universidad de San Felipe⁷.

La caída del imperio español trajo como consecuencia una dispersión de países y una ampliación de derechos nacionales, que encuentran en los abogados, al decir de Bravo Lira, un elemento de unificación. En sus propias palabras “la cultura de abogados es un indiscutible factor de unidad y cohesión en toda el área de derecho castellano y portugués. Así como se habla de una república de las letras, cabe hablar aquí de una verdadera república hispánica, fundada en un mismo Derecho, por encima de la multiplicidad de Estados. De ella el abogado o bacharel es el *civis* por autonomía”.

⁴ Como lo anota GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del Derecho civil en Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982), I, p. 52, el *Corpus Iuris Civilis* en Castilla no podía regir como ley, sino que era considerado un “dicho de sabios” o “sentencias de sabios”.

⁵ Sobre esta materia: JARAMILLO, Carlos Ignacio, *El renacimiento de la cultura jurídica* (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana - Temis, 2004).

⁶ Sobre este tema BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989); EL MISMO, *Historia de la instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica* (Santiago, Editorial Universitaria - Editorial Andrés Bello, 1986), pp. 30-105.

⁷ De una cultura jurídica de abogados habla BRAVO LIRA, Bernardino, *Cultura de abogados en Hispanoamérica. Antes y después de la Codificación (1750-1920)*, en EL MISMO, *El juez entre el Derecho y la Ley, en el mundo hispánico. Del Estado de Derecho al Derecho del estado (siglos XVI a XXI)* (Santiago, LexisNexis, 2006), pp. 384-389.

Por último, no puede haber duda que lo español marca un sin número de instituciones como el municipio, la intendencia o la gobernación, nuestro sistema sucesorio, la sociedad conyugal; también en los procedimientos judiciales queda mucho del legado español.

En síntesis, de lo español de esta primera época aprecio una influencia, que, obviamente está presente en determinados ambientes católicos, que habla del reconocimiento del derecho natural como una emanación del orden creado, de alguna manera cristalizada en lo que se ha denominado el *ius commune*, y que moldea muchas instituciones jurídicas civiles. Junto con ello, pero de una manera más débil, constato una influencia del ideal ilustrado borbónico, que nos lleva hacia una preferencia por el derecho legislado, como expresión de la voluntad del que gobierna y también un cierto aprecio y confianza por la regulación administrativa.

2. Siglo XIX: codificación, apego a la legalidad y la república de los abogados (la influencia francesa).

El afrancesamiento cultural de nuestro país, especialmente a partir de la segunda parte del siglo XIX, que fue amplio y abarcó las distintas expresiones de la cultura, comprendió de manera muy seria el Derecho, tanto así, que adoptamos la idea ilustrada iusracionalista⁸, encarnada como ideal napoleónico, de codificar las principales normas, de hecho nos inspiramos en su *Code Civil*⁹ al redactar el nuestro¹⁰.

La codificación tuvo varias causas, entre otras también la política, la ruptura con el pasado, una respuesta a la crítica del derecho antiguo y la

⁸ BRAHM GARCÍA, Enrique, *Mariano Egaña. Derecho y Política en la fundación de la República Conservadora* (Santiago, Centro de Estudios Bicentenario, 2007). p. xiii, explica que de los impulsores de la república conservadora chilena, como Mariano Egaña, no puede predicarse un conservadurismo legitimista al estilo europeo, porque “los así llamados ‘conservadores’ chilenos se ubicaban en realidad dentro de la línea de evolución liberal-ilustrada que tomó forma en el siglo XVIII y marcaría a fondo la evolución política de Chile durante el siglo XIX”.

⁹ En contra: BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho romano y codificación civil. De los grandes modelos europeos, austriaco (1797), francés (1804) al Código chileno (1855)*, en MARTINIC. M. D. – TAPIA, M. (directores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, Presente y futuro de la Codificación* (Santiago, LexisNexis, Santiago, 2005), I, pp. 173-174, quien piensa, siguiendo a Avila Martel, que lo francés de nuestro Código fue más que todo la estructura formal y articulada, pero en lo sustancial es derecho castellano reformulado.

¹⁰ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Código Civil, 1855-2005. Evolución y perspectivas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 56, destaca esta idea de que asumir el *Code* suponía atraer la cultura francesa en él subyacente, recordando los trabajos que en esta línea del profesor Sylvain Soleil.

necesidad de afianzamiento del ideal nacional¹¹, pero el genio de Bello la logró con un saludable equilibrio. Nuestro Código armoniza de manera admirable el derecho común y el castellano con las ideas modernas y con la necesidad de sistematizar y articular todo en un solo cuerpo legal. En este punto debe destacarse la importancia de Bello como informador de nuestra cultura jurídica. Como lo ha puesto de relieve el profesor Guzmán Brito, en Bello hay una diversidad de influencias filosóficas, desde el iusnaturalismo escolástico, bebido en su tierra natal, pasando por el racionalismo iusnaturalista, que no parecían diferir conceptualmente en él, hasta el positivismo de Bentham y el historicismo savigniano¹². Todo ello hizo de él un codificador moderado, probablemente por razones de política interna del país y también sociales. Como se quiera, estas influencias filosóficas y sus consecuencias se traspasaron no sólo al Código, sino que también al ambiente jurídico en el que Bello vivió e influyó. No puede haber duda, Andrés Bello ha sido la persona que más impacto ha causado en nuestra cultura jurídica¹³. Sus libros sobre *Instituciones de Derecho Romano* o *Principios de Derecho de gentes*, y el mismo *Código Civil*, han sido piezas clave en la formación de todos los juristas de la segunda parte del siglo XIX.

Como lo ha hecho notar Barros Bourie, el *Código Civil de Chile* logró una armonización admirable, porque goza de legitimidad republicana, tanto por ser una ley de la República, como por su racionalidad intrínseca¹⁴. Me parece que la promulgación del *Código Civil* ha sido muy importante, porque en Chile ello supuso impuso una cierta intensificación positivista en la manera de entender y aplicar el Derecho, que ciertamente no es un aspecto predicable sólo a nuestro país. Con todo, no fue una expresión eminentemente

¹¹ Como importante impulsor de esta tendencia debemos anotar al ministro Diego Portales, según lo destaca GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Portales y la codificación*, en *El MISMO, Portales y el Derecho* (Santiago, Editorial Universitaria, 1988), pp. 73-107.

¹² GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador*, cit. (n. 4), pp. 254-263.

¹³ Sobre Bello y su influencia cultural, a partir de una nueva biografía: JAKSIC A., Iván, *Andrés Bello: la pasión por el orden* (3^a edición, Santiago, Editorial Universitaria, 2010).

¹⁴ BARROS BOURIE, Enrique, *Funciones del Derecho y métodos de argumentación jurídica, reflexiones sobre el positivismo y legalismo chilenos*, en VV. AA., *La cultura jurídica chilena* (Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1992), p. 109. Conviene citar aquí las palabras del Arzobispo de Santiago, don Rafael Valentín Valdivieso, refiriéndose al *Código Civil*, como un texto que “tributa sus respetos a los santos principios, y no parece que quiera atropellar a la Iglesia”, en carta al obispo de Concepción, de 28 de julio de 1856, citada en SALINAS ARANEDA, Carlos, *Del influjo canónico en las Partidas al influjo canónico en el Código Civil de Chile*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 26 (2004), p. 491, destacado también por TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Código Civil, 1855-2005*, cit. (n. 10), p. 33.

mente romántica, porque no puede haber duda de que en el Código Civil, como obra, hay una gran riqueza clásica¹⁵ que le ha hecho permanecer en su mayor parte inalterado.

Pero, una cosa es la formulación de las reglas y otra distinta la manera de entenderlas. Si uno lee los primeros comentarios del Código Civil¹⁶, se podrá apreciar que no había más interés que dar cuenta de sus disposiciones, artículo por artículo, aplicando de manera estricta la doctrina de la escuela de la exégesis que llamaba a entender las leyes en clave de plenitud, aplicando un sistema de interpretación estricto a modo mosaico¹⁷. Es una forma de entender el *Código* y la legislación en general bajo el criterio francés, en donde a la ley se le reconoce como la principal y fundamental expresión de la voluntad general, y por lo tanto la función del juez es de ser un siervo o esclavo de dicha voluntad. Por lo mismo, es la ley lo que se aplica y el juez debe ser un mero replicador de la misma. En un comentario laudatorio de la definición de ley del artículo 1º del *Código Civil*, que hace Amunátegui Reyes, explica: “no importa lo que se diga que la ley es injusta, inicua, absurda; no importa aun que se alegue que es inconstitucional; pues en todo caso, tendrá que ser obedecida; *sic scripta est*”¹⁸.

Es cierto que esta manera de entender la relación entre ley y juez en Francia se fue superando hacia fines del siglo XIX, con las nuevas escuelas que fueron apareciendo, como por ejemplo Geny¹⁹, que llamaron a una interpretación más abierta de las normas. Sin embargo, en Chile la escuela de la exégesis recaló en muchos sentidos para quedarse hasta el día de hoy, motivada ciertamente por razones ideológicas que aún en cierto modo per-

¹⁵ LIRA URQUIETA, Pedro, “Juicio crítico”, en *El Código Civil chileno y su época* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1956), p. 24, explica que los cuatro elementos que confirman el clasicismo de nuestro *Código*, el oposición a una actitud romántica, son el culto por la norma, es decir, el respeto al texto legal o fuentes jurídicas reales, su racionalidad, su respeto por lo antiguo y el afán de ordenamiento y clasificación de las materias.

¹⁶ Explica GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Código Civil de Chile y sus primeros intérpretes*, en *Revista Chilena de Derecho*, 19 (Santiago, 1992) 1, pp. 81-88, que dos fueron las primeras obras chilenas, la de José Clemente Fabres y de José Victorino Lastarria, aunque también, hubo otras obras como la de Jacinto Chacón y de Paulino Varas, que vino a poner por escrito las clases de Fabres y de Enrique Cood.

¹⁷ Cfr. *Explicaciones de Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile*, publicada por la Academia de Letras y Ciencias Políticas (Santiago, Imprenta Cervantes, 1882), p. 107.

¹⁸ AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis, *Definición de ley*, en *Revista Forense Chilena*, 5 (Santiago, 1891), p. 274.

¹⁹ GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif* (París, A. Chevalier-Maresq et Cie, 1899, 2^a edición revisada, corregida y puesta al corriente, París, L.G.D.J, 1919).

viven²⁰. Así, por ejemplo, en 1992 el Presidente de la Corte Suprema don Enrique Correa Labra, ya fallecido, declaraba en su discurso inaugural del año judicial de 1992, “la ley la dicta el poder político –Poder Legislativo y Poder Ejecutivo– y ellos dicen lo que es justo, sin que sea permitido al juez discutir o dudar de la justicia que la ley encierra”²¹.

No quiero decir con esto que en Chile la jurisprudencia nunca sea creativa, sino que es mucho menos de lo que debería ser, dada la cultura jurídica (normativista) que nos mueve²², defecto que no es atribuible exclusivamente a los jueces, también es responsabilidad de los abogados, que somos los encargados de “hacer hablar a los jueces”.

Como legados de esta influencia, podemos anotar una aproximación reduccionista a las fuentes, en donde la preeminencia la tiene la ley escrita entendida como una prescripción de comportamiento²³. Un segundo aspecto, es la comprensión rígida de su interpretación, apegada a la literalidad, siguiendo la regla inicial del artículo 19 del *Código Civil*, que paradójicamente no obstante apelar a la claridad de la ley, se ha prestado en el último tiempo para querellas doctrinales respecto de cuál es su verdadero sentido y qué quiso decir Bello cuando la redactó²⁴. Discusión ésta que ya de por sí nos habla de

²⁰ Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Funcione*, cit. (n. 14), p. 110. CORREA SUTIL, Jorge, *La cultura jurídica chilena en relación a la función judicial*, en VV. AA., *La cultura jurídica chilena* (Santiago, Prodemu, 1992), pp. 80-81, cree que la razón que explica esta actitud exegética obedece a que los jueces no han encontrado otras justificaciones de legitimidad para dejar de aplicar la ley literalmente, lo que se da de una manera inmediata en contraria una justificación en la ausencia de un consenso político acerca de los principios y racionalidad que deben gobernar la actividad judicial, particularmente ausente en el campo del derecho público.

²¹ DO. de 15 de marzo de 1992, discurso pronunciado el 1 de marzo de 1992. CORREA SUTIL, Jorge, *La cultura jurídica chilena*, cit. (n. 20), pp. 80-81, refiere otro discurso de inauguración del año judicial, de 1952 y un acuerdo del pleno de la Corte Suprema, que hablan de una visión del juez como mero aplicador de la ley.

²² DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Instituciones jurisprudenciales en el Código Civil chileno*, en MARTINIC. M. D. - TAPIA, M. (directores), *Sesquicentenario*, cit. (n. 9), I, pp. 331-357, da cuenta amplia de una serie de creaciones jurisprudenciales de nuestra Corte Suprema.

²³ En el último tiempo se oyen voces que llaman a revisar el sistema de fuentes con mayor flexibilidad, como es el caso del profesor ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del Derecho. Una perspectiva procesal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004); o ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los principios generales del Derecho, su función de garantía en el Derecho público y privado* (Santiago, Ediciones PUC, 2003).

²⁴ Dos libros notables se han escrito en el último tiempo, uno de GUZMÁN BRITO, *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes* (Santiago, Lexis-Nexis, 2007); y QUINTANA BRAVO, Fernando, *Interpretación y argumentación jurídica*

un nuevo momento cultural, pues, por años esta norma se entendió como un claro privilegio de la letra por sobre el sentido. Una tercera consecuencia, apunta al hecho de que en Chile, al interpretar o aplicar la ley, se tiende a privilegiar más la seguridad que conlleva una aplicación apegada al tenor literal de la ley, que la incertidumbre que provoca la búsqueda de una solución de justicia material²⁵. Un cuarto efecto, creo, se manifiesta en la manera de enseñar, pues, en Chile se privilegia la enseñanza jurídica de las normas abstractas, bajo un exigente método que busca su memorización.

Aún así, debemos decirlo, el efecto de la codificación y de la supremacía de la ley, y de su interpretación literalista, fue hacer del abogado una pieza clave del sistema, como lo expresa Montt Oyarzún: “la codificación recuerda cómo en el siglo XIX y principios del XX los abogados éramos amos y señores del debate público, del diseño institucional y de la implementación de políticas públicas. La codificación rememora así tiempos de oro de la abogacía, donde los letrados éramos algo así como los sumos sacerdotes de una religión vedada para el común de los mortales”²⁶

3. Siglo XX: la dogmática jurídica, el positivismo y la pérdida de gravitación de los abogados.

El siglo XX, que es un siglo de cambios, fue una época nueva para el Derecho, pues, en nuestro país comienza la etapa de la dogmática, es decir, de la creación de las instituciones jurídicas, de creación sistemática que están más allá de la ley, pero por supuesto construidas “a partir” de la misma ley²⁷. En Chile, la dogmática jurídica no ha alcanzado el vuelo de otros países²⁸, incluso

(Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), que manifiestan una opinión divergente respecto a la influencia de Bello en cuanto redactor de estas normas.

²⁵ En este sentido es interesante lo que plantea QUINTANA BRAVO, Fernando, *Interpretación y argumentación jurídica*, cit. (n. 24). pp. 216-250, quien formula cinco conflictos en la cultura jurídica chilena, que surgen de la tensión primera, nacida de un cierto formalismo que se aprecia en la comprensión en interpretación de las leyes, a partir de las reglas de interpretación del *Código Civil*, concretamente del su artículo 19.

²⁶ MONTT OYARZÚN, Santiago, *Codificación y futuro de la educación jurídica en Chile*, en MARTINIC. M. D. - TAPIA, M. (directores), *Sesquicentenario*, cit. (n. 9), p. 253. Sobre la evolución y relevancia de la abogacía en Chile, en la segunda parte del S. XIX, SERRANO, Sol., *Universidad y nación* (Santiago, Editorial Universitaria, 1994), pp. 168-178.

²⁷ Para este tema MONTT OYARZÚN, *Codificación*, cit. (n. 26), pp. 267-271.

²⁸ VIAL, Gonzalo, *Chile. Cinco siglos de Historia. Desde los primeros pobladores hispánicos hasta el año 2006* (Santiago, Zig-Zag, 2009), II, p. 1194, haciendo un balance sobre el derecho, en la época de lo que llama la República Mesocrática, que identifica con la organización política que nace luego de la Constitución de 1925 y que termina con la caída del presidente Allende: “Hay grandes abogados –Arturo Alessandri Rodríguez, y Manuel Somarriva, Pedro Lira, Eduardo Novoa–, etc., de cátedra renombrada

latinoamericanos, pero ha permitido construir una cierta base científica para el estudio del Derecho, especialmente el civil y el constitucional. Este esfuerzo dogmático tiene su raíz en la ciencia jurídica alemana, italiana y francesa, y llega a Chile por la vía de la lectura de autores y por la influencia natural de la cultura europea. No decimos con esto que el legalismo se haya escondido, pero la reflexión jurídica mejora, se hace más científica.

La siguiente etapa de evolución, creo, está dada por el impacto del positivismo kelseniano²⁹ y sus derivaciones, que es una expresión cultural de una actitud más general, fortalecida posteriormente por del círculo de Viena, basada en la búsqueda de una ciencia pura, construida sobre la racionalidad científica, sin contaminación ideológica, de ahí, por ejemplo el nombre de su obra clave la “Teoría pura del Derecho”³⁰. Este positivismo encuentra un buen aliado en nuestro ambiente jurídico, que en parte seguía movido por el legalismo de la escuela de la exégesis. Su impacto se traduce en una depuración conceptual, para construir una norma que se justifica por otra norma superior, sin consideración sustantiva, sino únicamente procedural. Pero es poco el tiempo que en Europa campea una visión tan formalista y ciertamente contradictoria, porque un Derecho que crea el hombre y que no tiene herramientas de fundamentación para protegerse del principal mal que le acecha –que es el mismo hombre– no puede ser verdaderamente científica. La II Guerra Mundial fue la demostración más palpable de que no podía aceptarse un Derecho por completo prescindente de valoraciones, pues, por mucho que la legislación antisemita del III Reich fuera aprobada por un gobierno elegido por una mayoría, claramente en él había ilegitimidad de contenido.

Esta visión del Derecho ha tenido impacto en nuestro país especialmente en la formación de los abogados en las escuelas de Derecho que pertenecen al Estado o son laicas. Como legados concretos en nuestra cultura jurídica, me parece que debemos reconocer la instauración del Tribunal Constitucional a comienzos de los años 70, y de alguna manera de la concepción piramidal del sistema jurídico, que en Chile tiene mucha aceptación

Debemos constatar que, no obstante existir una evidente querella metodológica entre “positivistas” y “partidarios del derecho natural”, que replicamos también desde Europa, esta cuestión no aparece tan nítida en el

y textos de estudio claros y eruditos. Pero el Derecho mismo, -la ciencia jurídica- nada produce de originalidad e importancia que supere la docencia. Lo ahoga el agotado y pedestre positivismo decimonónico [...] a la espera, este, de dar sus más monstruosas flores, las reformas constitucionales de los años 60 y 70”.

²⁹ Sigo a MONTT OYARZÚN, Santiago, *Codificación*, cit. (n. 26), pp., 271-273.

³⁰ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho* (Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977).

nivel de los operadores jurídicos; es decir, el recurso a razones o justificaciones de derecho natural no emergen como argumentos decisivos cuando los abogados alegan sus causas y los jueces las resuelven. La cuestión del derecho natural, entonces, no parece ser un tema de tribunales, por lo corriente, sino de academia y esto no es algo que pueda atribuirse a responsabilidad exclusiva de los "positivistas". Es que en Chile, los *ijs* naturalistas somos también muy positivistas.

Mas, para que la paradoja no resulte sólo adversa a una escuela, debemos decir que quienes han ido abandonando, lenta pero resueltamente, la visión monista de las fuentes del Derecho, no podemos dudarlo, son precisamente aquellos que han adscrito a un positivismo extremo, porque hoy tienden a reconocer un Derecho basado en principios, cuya justificación va más allá del cerrado sistema de fuentes estrictamente legales o de producción estatal. Apoyados en la universalización de los derechos humanos, no han podido más que reconocer que la soberanía estatal no puede atacar estos derechos innatos³¹.

Paralelamente a la evolución de la ciencia jurídica en nuestro país, que hemos descrito, después de los años 30 del siglo pasado, comenzó un progreso en la industrialización de la economía, apoyado en el desarrollo de las ciencias naturales en general. Crece así el aparato estatal y con ello la administración del Estado, lo que complejiza su gestión³². Esto supuso el comienzo de la declinación de la profesión jurídica. Así ha caracterizado Bravo Lira la mirada sobre los abogados, en la denominada época de las planificaciones globales, es decir, a partir del año 64: "En los medios gobernantes, se mira a los abogados con desconfianza, como retardarios, cuando no un estorbo, a causa de su

³¹ Como hace ver ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, *El sistema de fuentes en el Siglo XX. Un lugar para el derecho natural*, en *Analítica del Derecho justo, la crisis del positivismo jurídico y la crítica del Derecho natural* (México, Universidad Autónoma de México, 2005), p. 81: "así como la codificación fue consecuencia de los planteamientos iusnaturalistas racionalistas, y tuvo como efecto en breve plazo la implantación sin contrapesos del positivismo legalista, la "positivización" de las exigencias del derecho natural es consecuencia del iuspositivismo –por las insuficiencias prácticas, i.e. jurídicas– "en" y "desde" sí mismo, pero plantea el hecho de un "iusnaturalismo" realista y, por lo tanto, no contrario (ni "paralelo) a la historicidad del derecho ni a su positividad. El siguiente paso –a nivel de fundamentación de los derechos humanos– es el resurgimiento de la aceptación teórica del derecho natural. El cualquier caso, "desde" una "positivización" inicial de su vigencia "pre", "extra", "ante", "sin" y "contra" la positivización legal, abriendo el sistema de fuentes y rescatándolo de su confinamiento ideológico".

³² Sobre la época IBÁÑEZ SANTA MARÍA, Adolfo, *Herido en el ala. Estado, oligarquías y subdesarrollo, Chile 1924-1960* (Santiago, Editorial Biblioteca Americana - Universidad Andrés Bello, 2003).

mentalidad legalista. Dentro de la planificaciones globales, a los sumo cuenta con ellos en papeles subalternos, a modo de auxiliares, más o menos diestros en hallar vías legales para ejecutar la transformación que los gobernantes se sienten llamados a realizar: una revolución en libertad o un socialismo no violento”³³. La respuesta de las carreras de Derecho, fue, primero introducir ramos de economía y luego de ciencias sociales, de manera de hacer frente a las nuevas necesidades, que bien poco sirvieron, pues, la gravitación social del abogado fue disminuyendo³⁴. Por su parte, y tal vez haciendo frente a este fenómeno, en la década del 20 aparece un nuevo Colegio de Abogados que algún historiador aprecia, por su organización y funciones públicas originales, con claros signos oligárquicos, manifestados en una lucha por la protección de intereses frente al resto de la sociedad, al menos hasta que no hubo libertad de asociación³⁵.

II. TENDENCIAS ACTUALES Y PERSPECTIVAS FUTURAS

1. *La vigencia de los derechos humanos y la nueva dogmática sobre los derechos fundamentales.*

No puede existir duda alguna que el S. XX debe ser recordado por su experiencia de graves violaciones a los derechos de las personas, lo que causa un impacto en nuestra cultura jurídica, que se aprecia en el creciente interés por los estudios de los temas relacionados con derechos humanos y la gravitación que ellos tienen en el marco interpretativo desde el nivel Constitucional, e incluso del derecho internacional. Hay así una nueva dogmática sobre derechos fundamentales³⁶, que marca una tendencia de cambio, tanto en la manera de entender e interpretar la Constitución, como en la manera de comprender su interacción con la normativa inferior. La aplicación directa de la Constitución es así un aspecto nuevo, por la matriz valorativa que imponen los derechos de las personas, y que constituye a no dudarlo un elemento muy trascendente y que marca una ruptura con la cultura legalista anterior³⁷.

³³ BRAVO LIRA, Bernardino, *Estudio de Derecho y Cultura de abogados en Chile 1758-1998. Tres Etapas: Ius Commune, Codificación y Descodificación en el nuevo Mundo*, en EL MISMO, *El juez entre el Derecho y la Ley, en el mundo hispánico. Del Estado de Derecho al Derecho del Estado (siglos XVI a XXI)* (Santiago, LexisNexis, 2006), p. 608.

³⁴ Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La enseñanza del Derecho. Historia y perspectivas*, en *Anales del Instituto de Chile*, 25: *La Educación Superior*, II: 2005-2006, pp. 340-345.

³⁵ IBÁÑEZ SANTA MARÍA, Adolfo, *Herido en el ala*, cit. (n. 32), pp. 300-311.

³⁶ La obra más lograda en Chile, me parece, es ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos fundamentales* (Santiago, Legal Publishing, Santiago, 2008).

³⁷ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho* (traducción de la obra der *Begriff und Geltung des Rechts*, por del J. M Seña, 2^a edición, Barcelona, Gedisa, 2004),

Esta cuestión ha estado teniendo impacto en los últimos años en términos prácticos, porque por un lado tenemos un nuevo Tribunal Constitucional³⁸ muy resuelto a mirar la Constitución en perspectiva valorativa. Así hoy tenemos fallos que han declarado inconstitucionales normas destinadas a regular contratos privados, como son los fallos que declaran inconstitucional el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933³⁹, que autoriza a modificar contratos de salud previsional invocando determinados factores de riesgo, entre otros la edad y el sexo⁴⁰. Otros fallos han estimado inconstitucional el artículo 2331 del *Código Civil*, por impedir el derecho a reclamar indemnización por daño moral, lo que vulneraría una eficaz protección a la persona consagrada en la Constitución⁴¹ y que durante 150 años se estimó que no vulneraba la Carta. Por otra parte, hemos encontrado personas que, no conformes con una determinada decisión de nuestra Corte Suprema, han recurrido en protección de determinados derechos fundamentales tanto ante la Comisión como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Chile ha debido aceptar tanto decisiones de la Corte⁴² para modificar nuestra legislación,

p. 159, habla de una “posición constitucionalista” del sistema jurídico, que se puede apreciar en un Estado constitucional democrático con la República Federal Alemana: “El ejemplo más importante de una posición constitucionalista la ofrece la axiología del tribunal constitucional Federal. De acuerdo con esta concepción, que fuera plenamente elaborada por primera vez en el fallo Lüth del año 1958, la Ley Fundamental contiene en su capítulo sobre derechos fundamentales un “orden objetivo de valores” que, en tanto “decisión iusconstitucional fundamental” vale para todos los ámbitos del derecho y del cual “reciben directrices e impulsos” la legislación, la administración y la justicia”.

³⁸ Sobre este tema es interesante BRAVO LIRA, Bernardino, *El Tribunal Constitucional chileno de 2006. Reconciliar el texto de la ley con la ley del texto*, en EL MISMO, *El juez entre el Derecho y la Ley*, cit. (n. 33), pp. 645-655).

³⁹ Hoy artículo 199 del DFL N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2763 de 1979 y de las Leyes N°s 18.933 y 18.469

⁴⁰ Hay varias sentencias, la última corresponde al rol 1348-09.

⁴¹ La última sentencia es el rol 1185-08.

⁴² Es el caso de la película la “Última tentación de Cristo”, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó su sentencia el 5 de febrero de 2001. El asunto se origina por una denuncia de un grupo de abogados chilenos frente a los fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, de 20 de enero de 1997, confirmado por la Corte Suprema el 17 de junio del mismo año, que dejaron sin efecto la resolución administrativa del Consejo Nacional de Calificación Cinematográfica que aprobó el 11 de noviembre de 1996 la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, por estimar que dicha resolución judicial era contraria a lo dispuesto en el “Pacto de San José de Costa Rica”. La Corte declaró que el Estado chileno violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de los denunciantes, consagrado en el artículo 13 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, y le ordenó modificar su

como recibir Informes de la Comisión⁴³ en la misma línea.

2. *La masificación de los estudios de Derecho.*

Una tendencia innegable actual es la masificación de la profesión jurídica; desde la reforma universitaria del año 1981 el número de programas y carreras de Derecho ha crecido de manera impresionante⁴⁴.

Un efecto positivo de esta masificación y que viene dado por una saludable competencia entre las mismas Facultades, Escuelas y Programas de Derecho, es la profesionalización de la carrera académica, que se manifiesta en la ampliación de vacantes que se ofrecen en las universidades para profesor en jornada completa, o parcial, en la exigencia que en general estos profesores cuenten con un postgrado, idealmente un doctorado, y en que aparte de la docencia, a estos académicos se les pide cumplir con un nivel de investigación. Todo esto ha incrementado el número de profesores de Derecho que cuenta ya con un doctorado y que se dedican con preferencia a la tarea universitaria, lo que ciertamente ha incidido en una mejora sustantiva de la investigación científica, manifestada en un aumento importante de los trabajos publicados y en la calidad y número de revistas científicas para investigaciones jurídicas.

Este auge de los estudios de Derecho ha llevado a una ampliación de la oferta de programas de postítulo, diplomas, maestrías e incluso, en un grado

ordenamiento jurídico interno, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, todo lo que Chile posteriormente cumplió.

⁴³ Es el caso de la tuición de las menores hijas de la juez Karen Atala, quien fue privada de la tuición por sentencia de nuestra Corte Suprema de fecha 31 de mayo de 2001, acogiendo un recurso de queja entregó la tuición de las tres hijas menores a su padre; la Corte Supremo estimó que en el juicio estaba probado que las niñas estaban siendo afectadas por la convivencia lesbica de su madre, con quien vivían. La afectada, junto a otras personas e instituciones, recurrió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de noviembre de 2004, y la denuncia fue acogida emitiéndose el Informe N° 139/09 de 18 de diciembre de 2009, en contra de Chile y que fue comunicado a las partes en febrero de 2010, en que se insta al Estado de Chile no sólo a la reparación de la señora Atala, sino, además, a adoptar decisiones en su política y Derecho internos destinadas a asegurar la no discriminación de las personas por causa de su opción sexual, todo ello por estimar que se le han violado determinados derechos consagrados en la Convención, como es el no ser discriminada por razón de su opción sexual y a su intimidad.

⁴⁴ Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La Enseñanza del Derecho*, cit. (n. 34), pp. 273-382, explicada que hasta el año 2006 se habían creado 111 programas de Derecho, por universidades creadas desde 1982, a los que debe agregarse los 5 programas que ya existían 1981, por orden de antigüedad: Universidad de Chile, P. Universidad Católica de Chile, P. Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso y Universidad de Concepción.

de mayor sofisticación, del doctorado en Derecho. Tres de las Facultades más antiguas, de las Universidades de Chile, Católica de Chile y Católica de Valparaíso, junto a la Universidad de los Andes, ya cuentan con graduados como doctores en Derecho.

Difícil resulta sustraerse a un deterioro de la enseñanza misma del Derecho y de la práctica profesional, cuando el número de personas que estudia de Derecho ha crecido y se ha extendido territorialmente de manera tan impresionante y en tan poco tiempo. Constituye un desafío de la hora actual mejorar esta situación, al menos en lo que a la ética y calidad forense de los abogados que actúan ante los tribunales se refiere, pues, me parece es éste un elemento que no puede sustraerse del bien común⁴⁵

Pese a que algunas universidades han emprendido programas de reformas en los tres aspectos cruciales: currículum, metodología y evaluación, en general la mayoría ha sido tímida. La tensión siempre es la misma, pues, frente a la necesidad de reforma se piensa que el sistema tradicional ha funcionado, por lo que no hay razones de peso para cambiar radicalmente las cosas y que si se quiere mejorar la gravitación del abogado en la sociedad, lo que hay que hacer es darle más formación en lo esencial, que es lo que se exige para una licenciatura, incluyendo en ello la formación en humanidades. El profesor Guzmán Brito ha escrito lo siguiente, reflexionando sobre el verdadero papel que le corresponde al abogado en la sociedad: “ser el articulador del discurso social, manifestado en el discurso oral o escrito de la política nacional y de la diplomacia, y en las diversas maneras de expresarse los grupos y los entes privados en el discurso normativo de la legislación estatal y de las entidades públicas y privadas, en el discurso negocial o de los actos de autonomía privada, en el discurso de las sentencias, y en tanto otro discurso como se necesita en la vida social, como un sistema claro de principios y reglas, de excepciones y contra excepciones. Todo lo cual se resume en un papel de organizador, pero a través de la fuerza ordenadora de la palabra-razón [...] siempre que no sea un tecnócrata, sino un humanista, de cuya cultura el conocimiento profundo de la dogmática del Derecho resulte una parte y no el todo, por importante que sea”⁴⁶. De cualquier manera, no me parece que esta mirada clásica sea incompatible con una búsqueda de renovación, rescatando la necesidad de formar abogados, y la necesidad de generar incentivos para lograr una formación centrada en competencias y habilidades que no descanse sólo en la memoria del alumno, teniendo presente la urgente necesidad

⁴⁵ La *Revista de Abogado*, que edita el Colegio de Abogados A.G., correspondiente al mes de abril de 2010, presenta una entrevista al presidente de la Corte Suprema, quien constata este mismo hecho. Tópico por lo demás sobre el que existe un alto consenso entre los entendidos.

⁴⁶ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La Enseñanza del Derecho*, cit. (n. 34), p. 344.

de ponerse al día con el ritmo que lleva la enseñanza del Derecho en otras latitudes. Todo ello puede llevar a reducir el currículo, y a ciertas modificaciones metodológicas, es decir, menos clase magistral, más discusión crítica, menos memoria, más capacidad de análisis y relación, menos explicación de la norma legal pura, más comprensión de sus fundamentos, menos discurso abstracto, más inmersión en el mundo de casos reales. En fin, constato aquí un desafío para nuestra cultura jurídica, que ha tardado en ser enfrentado, pero que no dudo se abordará⁴⁷.

Quiero dejar constancia, en todo caso, lo que ha ocurrido en la formación del nuevo gabinete, sin intención política y sólo para constar cómo se valora hoy a los abogados. El presidente actual, que es ingeniero comercial con un doctorado en Economía en Harvard, se ha apoyado para formar su gabinete fundamentalmente en ingenieros comerciales o civiles, formados en universidades nacionales de prestigio, la mayoría con postgrados en el extranjero, fundamentalmente en los Estados Unidos y algunos de ellos con fuertes vínculos con la academia. Interior, Justicia, Defensa y Bienes Nacionales, son las carteras servidas por abogados, lo que habla con claridad del estado en que se encuentra el prestigio del abogado mirado como articulador de políticas públicas.

3. La influencia norteamericana y los abogados de grandes estudios.

Otra tendencia contemporánea, es la influencia creciente que han ido adquiriendo los Estados Unidos de América en nuestra cultura. Hoy el inglés, como lengua franca del mundo, ha llevado a muchos estudiantes de postgrados chilenos a estudiar en universidades norteamericanas o del mundo anglosajón y con ello a recibir no sólo el dominio o uso de un segundo idioma, sino también conocer el sistema jurídico anglo-americano. No sólo en áreas como el derecho de seguros, en la regulación de las sociedades anónimas o de la libre competencia, esta influencia es evidente, también lo es en la manera de organizar los grandes estudios de abogados, como empresas de servicios legales, orientadas al cliente y a la rentabilización de beneficios. Y no queda aquí la influencia, pues, también vemos clara la incidencia americana al momento de negociar y redactar los contratos, que en muchos estudios ya se impone.

Más todavía, en un informe del Bando Mundial, denominado “*Doing Business in 2004*”, se concluía que los países del sistema románico-germánico sufren una reglamentación asfixiante, que constituye una rémora en países

⁴⁷ Sobre este punto parece interesante la entrevista al profesor Claudio GROSSMAN, decano de la Facultad de Derecho de la American University, que se titula: “La Modernidad y la necesidad de Justicia requieren revisar críticamente los contenidos y las metodologías”, en *Revista ABOCH*, 24 (diciembre de 2008) 37, pp. 13-17.

en desarrollo y una fuente nefasta para las actividades empresariales⁴⁸. Más allá de la evidente crítica ideológica que subyace en este comentario, el hecho es que una institución como el Banco Mundial ejerce una influencia e impacto evidente en los países en donde actúa, y en este caos es explícito la intención de hacer que los países en desarrollo se ajusten a la reglamentación del “common law” en la regulación empresarial.

También me parece clara la influencia del sistema de *common law* en los procesos de armonización de normas, en el ámbito internacional, como por ejemplo en la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, de la cual nuestro país forma parte y en general en otros esfuerzos de unificación, como Unidroit.

Hay influencia norteamericana, también, en la manera en que se ejerce la profesión en los grandes estudios jurídicos, en donde los abogados tienen un intenso ejercicio profesional y tienden a perder interés por los asuntos generales, incluyendo a la gran política, desde el momento que están extremadamente absorbidos por su trabajo profesional. Por su sistema de trabajo altamente comprometido con sus clientes, que pertenecen en su gran mayoría a empresas industriales, muy celosas y demandantes, y dada la alta competitividad a que están sometidos, estos abogados tienden a mantenerse muy apegados a las reglas empresariales de la máxima rentabilización del beneficio, quedando poco espacio (y tiempo) para una mirada más general, pese a que por formación la tienen (o debieran tenerla).

Desde el punto de vista de la dogmática, la influencia del derecho norteamericano y del ámbito anglosajón en general, ha supuesto en algunos casos una mayor precisión en los trabajos y exposiciones jurídicas, al apuntar a aspectos más prácticos, tomando una cierta distancia con la retórica jurídica, mostrando inclinación por la metodología y las variables del análisis económico del Derecho; aunque no puede decirse que este estilo sea mayoritario en Chile.

4. La cuestión crucial: una metodología que supere el legalismo escéptico.

Creo que si algo justifica haber aceptado esta lección inaugural, es plantear el punto que me parece crucial a nuestra cultura jurídica, como es el desafío de salir de un legalismo escéptico, para fundar una metodología de solución de controversias más funcional a una sociedad que rechaza a jueces que se quedan impávidos cuando advierten que sus decisiones son injustas, pero legales. El Derecho debe ser entendido más abiertamente y con un sentido más funcional, es decir, rompiendo el monismo legal y comprendiendo que

⁴⁸ Cit. en TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Código Civil, 1855-2005*, cit. (n. 10), p. 357.

al interpretarse y aplicarse una determinada norma, debe siempre atenderse a sus efectos y consecuencias⁴⁹. Además, es imprescindible comprender que la abstracción de las normas obliga a un trabajo de concreción en el juez, que necesariamente es creativo⁵⁰, por lo que la pura lógica formal, cartesiana si se quiere, no basta⁵¹. No es suficiente el puro trabajo de subsunción, pues, la aplicación de una norma obliga a un análisis más comprensivo y que mira al conjunto de la realidad que se está dirimiendo. Cuando se resuelve un caso, se toma una posición respecto de valores, fines y funciones, todo lo cual debe justificarse. Es cierto que el criterio está en la ley y que muchas veces el juez no tiene más camino que seguir su directriz, pero cuestión distinta es renunciar un modelo de justificación.

Uno podría preguntarse para qué tanta cuestión sobre el legalismo, si el sistema ha funcionado. Si se mira la historia de los últimos 40 años, destaco las siguientes cuatro situaciones, en las cuales nuestra mentalidad de estricto legalismo ha dejado mal resueltas cuestiones de justicia sustantiva:

- a) El caso de los resquicios legales⁵² en el gobierno de la Unidad Popular, que permitió en muchos casos tomar decisiones claramente inconstitucionales.
- b) La falta de actuación protectora de nuestros tribunales de justicia, frente a las graves violaciones de los derechos humanos cometidas durante el gobierno militar⁵³.
- c) Una respuesta jurisprudencial más efectiva de nuestros tribunales

⁴⁹ Me inspiró en ZAGREBELSKI, Gustavo, *Intorno alla legge. Il Diritto como dimensione del vivere comune* (Torino, Einaudi, , 2009).

⁵⁰ En nuestro país ha defendido la tesis de la creación del Derecho, RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del Derecho* (Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo), p. 113, “tradicionalmente se ha presentado la interpretación como el camino que debemos recorrer para desentrañar el verdadero sentido y alcance de una norma, en circunstancias de que ello apunta a algo mucho más ambicioso que consiste en la creación de una regla”.

⁵¹ Es la tesis básica que plantea QUINTANA BRAVO, Fernando, *Interpretación y argumentación jurídica*, cit. (n. 24).

⁵² El historiador IBÁÑEZ SANTA MARÍA, Adolfo, *El vuelo del cóndor* (Santiago, Editorial Biblioteca Americana, 2005), p. 223, también ve en los “resquicios de la revolución y del totalitarismo” que siguieron a los años 60, una expresión del sentido legalista de los chilenos, que asocia directamente a la definición formal de ley, que en su concepto propone el artículo 1º del Código Civil. También VIAL, Gonzalo, *Chile. Cinco siglos de Historia*, cit. (n. 28), I, p. 715, estima que el formalismo extremo que ha llevado la excesiva preeminencia del carácter formal de la ley, se expresa, entre otros aspectos, en el abuso de la letra de la ley, en el “resquicio”.

⁵³ El Informe “Verdad y reconciliación”, de 8 de febrero de 1991, que emitió la Comisión Verdad y Reconciliación, creada por el presidente Patricio Aylwin, critica severamente la actuación de los tribunales de justicia por su actuación durante el gobierno

frente a la crisis financiera de los años 80, que hizo que mucha gente perdiera bienes en juicios ejecutivos, por el efecto de la inflación que impactó en la UF, no obstante que los bancos fueron apoyados financieramente desde el Banco Central⁵⁴.

d) Cierta incapacidad de nuestra Corte Suprema para comprender la relación entre Constitución y Ley, lo que le llevó: *i*) a desechar prácticamente todos los recursos de inaplicabilidad, en los últimos años que les estuvo reservada esta competencia⁵⁵; *ii*) a sostener que la *Constitución* no podía invocarse para sustentar un recurso de casación en el fondo⁵⁶; y *iii*) a afirmar que los principios jurídicos, como tales, tampoco podían invocarse en la casación de fondo⁵⁷.

III. CONCLUSIÓN

Como conclusión de esta lección inaugural, quisiera señalar que nuestro país ha recibido influencias extranjeras evidentes, no obstante estar marcado por lo español.

Creo también que, pese a que durante tantos años hemos estado cruzados por el espíritu legalista, vivimos en el presente un tiempo de cambios, en los que esta Facultad está llamada a tener una influencia notable, como de hecho la está teniendo. De una comprensión profunda de nuestra realidad histórica

del presidente Augusto Pinochet (cfr. 2^a parte, capítulo 3º, disponible en: http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html, visitado el 22 de junio de 2010).

⁵⁴ Un análisis más razonado de la relación entre precio de compra a plazo o tasa de interés, y la evolución de la Unidad de Fomento, por ejemplo, pudo llevar a acoger, en ciertos casos, la imprevisión, como modelo de reorganización de los intereses estructurales de un contrato de compraventa o de mutuo, apoyado en el principio de la buena fe objetiva, contenido en el artículo 1546 del Código Civil.

⁵⁵ De hecho nuestra Corte Suprema, con la reforma de la Constitución en el 2005, perdió esta competencia, que quedó radicada en el Tribunal Constitucional. Y el cambio se ha hecho notar, quizás en exceso.

⁵⁶ Entre muchas otras, Corte Suprema, 30 de octubre de 2002, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 99, sec. 1^a, pp. 274-279; Corte Suprema, 30 de junio de 2002, rol N° 3841-2001; Corte Suprema, 4 de junio de 2002, rol N° 873-200. Para una revisión crítica: ROMERO, Alejandro - AGUIRREZABAL, Maite - BARAONA, Jorge, *Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil*, en *Ius et Praxis*, 14 (2008)1, pp. 225-259.

⁵⁷ En este sentido: Corte Suprema, 14 de noviembre 1903, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1, sec. 1^a, p. 108; Corte Suprema, 13 enero 1920, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 18, sec. 1^a, p. 369; Corte Suprema, 29 octubre 1949, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 46, secc. 1^a, p. 817, entre otras. Hay una tímida tendencia de cambio: Corte Suprema, 9 de mayo de 2001, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 98, sec. 1^a, pp. 99-100.

y de un adecuado tratamiento epistemológico (y funcional) del Derecho, depende que podamos asentar en Chile una cultura jurídica más madura.

[Recibido el 23 de junio y aceptado el 2 de julio de 2010].

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los principios generales del Derecho, su función de garantía en el Derecho público y privado* (Santiago, Ediciones PUC, 2003).
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos fundamentales* (Santiago, LegalPublishing, Santiago, 2008).
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho* (traducción de la obra der *Begriff und Geltung des Rechts*, por del J. M Seña, 2^a edición, Barcelona, Gedisa, 2004).
- AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis, *Definición de ley*, en *Revista Forense Chilena*, 5 (Santiago, 1891).
- BARROS BOURIE, Enrique, *Funciones del Derecho y métodos de argumentación jurídica, reflexiones sobre el positivismo y legalismo chilenos*, en VV. AA., *La cultura jurídica chilena* (Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1992).
- BRAHM GARCÍA, Enrique, *Mariano Egaña. Derecho y Política en la fundación de la República Conservadora* (Santiago, Centro de Estudios Bicentenario, 2007).
- BRAVO LIRA, Bernardino, *Cultura de abogados en Hispanoamérica. Antes y después de la Codificación (1750-1920)*, en EL MISMO, *El juez entre el Derecho y la Ley, en el mundo hispánico. Del Estado de Derecho al Derecho del estado (siglos XVI a XXI)* (Santiago, LexisNexis, 2006).
- BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989).
- BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho romano y codificación civil. De los grandes modelos europeos, austriaco (1797), francés (1804) al Código chileno (1855)*, en MARTINIC. M. D. - TAPIA, M. (directores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, Presente y futuro de la Codificación* (Santiago, LexisNexis, Santiago, 2005), I.
- BRAVO LIRA, Bernardino, *El Tribunal Constitucional chileno de 2006. Reconciliar el texto de la ley con la ley del texto*, en EL MISMO, *El juez entre el Derecho y la Ley* [véase].
- BRAVO LIRA, Bernardino, *Estudio de Derecho y Cultura de abogados en Chile 1758-1998. Tres Etapas: Ius Commune, Codificación y Descodificación en el nuevo Mundo*, en EL MISMO, *El juez entre el Derecho y la Ley, en el mundo hispánico. Del Estado de Derecho al Derecho del Estado (siglos XVI a XXI)* (Santiago, LexisNexis, 2006).
- BRAVO LIRA, Bernardino, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica* (Santiago, Editorial Universitaria - Editorial Andrés Bello, 1986).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- CORREA SUTIL, Jorge, *La cultura jurídica chilena en relación a la función judicial*, en VV. AA., *La cultura jurídica chilena* (Santiago, Prodemu, 1992).
- DFL N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2763 de 1979 y de las Leyes N°s 18.933 y 18.469.
- DOMÍNEZ AGUILA, Ramón, *Instituciones jurisprudenciales en el Código Civil chileno*, en MARTINIC. M. D. - TAPIA, M. (directores), *Sesquicentenario* [véase], I *Explicaciones de Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de*

- Chile*, publicada por la Academia de Letras y Ciencias Políticas (Santiago, Imprenta Cervantes, 1882).
- GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif* (Paris, A. Chevalier-Maresq et Cie, 1899, 2^a edición revisada, y corregida y puesta al corriente, Paris, L.G.D.J, 1919).
- GODOY URZÚA, Hernán, *El carácter chileno* (Santiago, Editorial Universitaria, 1977).
- GODOY URZÚA, Hernán, *La cultura chilena* (Santiago, Editorial Universitaria, 1982).
- SUBERCASEAUX, Bernardo, *Historias de la ideas y de la cultura en Chile* (Santiago, Editorial Universitaria, 1997, 2004, 2007).
- GROSSMAN, Claudio, "La Modernidad y la necesidad de Justicia requieren revisar críticamente los contenidos y las metodologías", entrevista en *Revista ABOCH*, 24 (diciembre de 2008) 37.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del Derecho civil en Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Código Civil de Chile y sus primeros intérpretes*, en *Revista Chilena de Derecho*, 19 (Santiago, 1992) 1.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La enseñanza del Derecho. Historia y perspectivas*, en *Anales del Instituto de Chile*, 25: *La Educación Superior*, II: 2005-2006.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Portales y la codificación*, en *EL MISMO, Portales y el Derecho* (Santiago, Editorial Universitaria, 1988).
- GUZMÁN BRITO, *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes* (Santiago, LexisNexis, 2007).
- IBÁÑEZ SANTA MARÍA, Adolfo, *El vuelo del cóndor* (Santiago, Editorial Biblioteca Americana, 2005).
- IBÁÑEZ SANTA MARÍA, Adolfo, *Herido en el ala. Estado, oligarquías y subdesarrollo, Chile 1924-1960* (Santiago, Editorial Biblioteca Americana - Universidad Andrés Bello, 2003).
- JAKSIC A., Iván, *Andrés Bello: la pasión por el orden* (3^a edición, Santiago, Editorial Universitaria, 2010).
- JARAMILLO, Carlos Ignacio, *El renacimiento de la cultura jurídica* (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana - Temis, 2004).
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho* (Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977).
- LARRAÍN, Jorge, *Identidad chilena* (Santiago, Lom, 2001).
- LIRA URQUIETA, Pedro, "Juicio crítico", en *EL MISMO, El Código Civil chileno y su época* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1956).
- MONTT OYARZÚN, Santiago, *Codificación y futuro de la educación jurídica en Chile*, en MARTINIC, M. D. - TAPIA, M. (directores), *Sesquicentenario* [véase].
- ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, *El sistema de fuentes en el Siglo XX. Un lugar para el derecho natural*, en *Analítica del Derecho justo, la crisis del positivismo jurídico y la crítica del Derecho natural* (México, Universidad Autónoma de México, 2005).
- QUINTANA BRAVO, Fernando, *Interpretación y argumentación jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).
- Revista de Abogado*, abril de 2010, entrevista al presidente de la Corte Suprema.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del Derecho* (Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo).

- ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del Derecho. Una perspectiva procesal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).
- ROMERO, Alejandro - AGUIRREZABAL, Maite - BARAONA, Jorge, *Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil*, en *Ius et Praxis*, 14 (2008) 1.
- SALINAS ARANEDA, Carlos, *Del influjo canónico en las Partidas al influjo canónico en el Código Civil de Chile*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 26 (2004).
- SERRANO, Sol., *Universidad y nación* (Santiago, Editorial Universitaria, 1994).
- SQUELLA NARDOCCI, Agustín, *Filosofía del Derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001).
- SQUELLA NARDOCCI, Agustín, *La cultura jurídica chilena*, en *La cultura jurídica chilena* (Santiago, Prodemu, 1992).
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Código Civil, 1855-2005. Evolución y perspectivas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- “Verdad y reconciliación”, informe de 8 de febrero de 1991d (disponible en: http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html, visitado el 22 de junio de 2010).
- VIAL, Gonzalo, *Chile. Cinco siglos de Historia. Desde los primeros pobladores hispánicos hasta el año 2006* (Santiago, Zig-Zag, 2009), II.
- ZAGREBELSKI, Gustavo, *Intorno alla legge. Il Diritto como dimensione del vivire comune* (Torino, Einaudi, 2009).