Artículo: Vinculaciones de la enseñanza con la creación y aplicación del Derecho. Clase Inaugural
Revista: Nº180, año LIV (Jul-Dic, 1986)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 180
AÑO LIV
JULIO - DICIEMBRE
1986

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Vinculaciones de la enseñanza con la creación y aplicación del Derecho. Clase Inaugural
Revista: Nº180, año LIV (Jul-Dic, 1986)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

VINCULACIONES DE LA ENSEÑANZA CON LA CREACION Y APLICACION DEL DERECHO

(Clase Inaugural)

DANIEL PEÑAILILLO AREVALO
Prof. de Derecho Civil
Universidad de Concepción.

He elegido el tema de las *"Vinculaciones de la Enseñanza con la Creación y Aplicación del Derecho"*, que es producto de diversas lecturas sobre los sistemas de producción e interpretación jurídica, unidas a mi experiencia en el ejercicio de la Cátedra y mis personales reflexiones, sobre un tema que adquiere, en el oficio, unos rasgos verdaderamente cautivantes.

Debo advertir, en el inicio, que, avocado en mis labores habituales a la disciplina del Derecho civil, abordaré algunas facetas soportantes y ciertas proposiciones dependientes, desde los emplazamientos del Derecho Privado. Será fácil percatarse, en su momento, de la parcialidad con que el punto se acomete.

Acotado así el objeto, para su tratamiento voy a someterme al siguiente plan:

I.- Base teórica fundante;
II.- Constataciones sugerentes;
III.- Apreciación crítica y opiniones conclusivas.

I.- BASE TEORICA FUNDANTE.

Una antigua ley, del tiempo más rudo del Derecho romano, disponía que, por ciertos delitos, el delincuente sería privado de un ojo. Pues, un día llegó al estrado un maleante que ya tenía sólo un ojo.

Ante aquel caso antiguo, está ese otro nuevo, conocido por la fama de su relator: En una estación ferroviaria de Polonia, un aviso pregonaba un precepto del Reglamento del Servicio: "Prohibido entrar al andén con perros". Y acontece que un campesino polaco pretende ingresar al andén con un oso.

1.- ¿Está todo en la ley?
2.- ¿Es el juez sólo el portador de la ley?
3.- ¿Es el silogismo deductivo la suma del funcionamiento del Derecho?
4.- ¿O es que los hechos desbordan a la norma y el juez crea Derecho?
5.- Derecho ¿es lo que el juez resuelve en la sentencia?
6.- ¿Termina siendo el Derecho nada más que la predicción de la conducta judicial?

Estas son interrogantes que reclaman decisiones centrales en el funcionamiento del Derecho, y se han ofrecido respuestas teóricas y actitudes prácticas.

En torno a esos dilemas, orientados a los objetivos de este ensayo, se me presentan como proposiciones clarificantes las doctrinas llamadas tridimensionales, como la del Prof. Miguel Reale[1].

Conforme lo propone, el Derecho está integrado por tres elementos distinguibles, pero que conforman su esencia unitaria, detectable en una labor analítica, que luego se contrae en una síntesis[2]:

a) El Derecho es, por una parte, un *conjunto de normas* válidamente formuladas, con la correspondiente coacción.

Es esta la expresión positiva del Derecho, constituido por textos de una Constitución, Leyes, Decretos, Reglamentos, que tiende a un sistema autónomo y completo, para resolver los conflictos sociales.

1 V. Reale, Miguel: "Teoría tridimensional del Derecho". Trad. de Sardina Páramo. Edit. Edeval. Valparaíso, 1978.
2 Cfr. Cea, José Luis: "Sistema y problema de la investigación jurídica". Para una dogmática flexible del Derecho. En Revista Chilena de Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Chile. Vol. 10, N° 2, Santiago, 1983, ps. 341 y sgtes.

Artículo: Vinculaciones de la enseñanza con la creación y aplicación del Derecho. Clase Inaugural
Revista: Nº180, año LIV (Jul-Dic, 1986)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

b) Pero el Derecho está integrado también por otro elemento, perceptible al relacionar el orden normativo con la vida social a la que regula. Desde este ángulo, el Derecho es un *fenómeno* normativo, un instrumento emergente de una realidad social, acatado o infringido. Es un hecho social, una realidad empíricamente observable, con un grado de eficacia real, que influye y es influido por otros factores sociales, de coincidentes o encontradas direcciones.

c) Y por último, integra el Derecho un tercer elemento: un *valor* que la regla positiva pretende realizar; la *justificación* determinante de la conducta que la norma declara obligatoria. El valor jurídico, como los de su género, no sólo contienen un deber ser, sino un deber hacer; tienen vocación de ser realizados a través de la acción humana. Este valor es, generalmente, el elegido por el autor de la regla, pero a veces es producto de fuerzas actuantes sobre él, que inciden poderosamente en la configuración de los contenidos jurídicos[3].

Por cierto, entre estos valores destaca el criterio de justicia, que aspira a ser realizado por la vía de la regla.

Estas tres facetas habían sido ya descritas y analizadas a lo largo de toda la historia del pensamiento jurídico. Pero el interés de las concepciones recientes radica en resolver que las tres son tareas del jurista; porque las tres integran a la vez la vida del Derecho; y, por otra parte, que se vinculan estrechamente, actuando cada una en las demás.

Muchas interrogantes plantea la proposición básica en los trazos dispuestos, que, atendidos mis propósitos, son aquí advertidas y al momento soslayadas.

El elemento normativo provoca, como se sabe, la llamada Dogmática jurídica o Ciencia del Derecho positivo. En ella, el jurista trata el interior del sistema positivo, desvinculado de su entorno social y de su pretensión valorativa.

La Sociología jurídica se ocupa del Derecho como fenómeno social, sin atenerse a principios normativos, examinando los mecanismos por los cuales los hombres llegan a erigir ciertas conductas en normas, a respetarlas, enmendarlas o transgredirlas. Analiza, destacadamente, el grado de eficacia, acatamiento o infracción, tarea en la que procede a conectar a las normas con la dinámica social, percibiendo la armonía o desajuste entre la regla y la realidad social, sus causas y consecuencias, sus influencias recíprocas.

Y la Filosofía del Derecho aborda la labor estimativa, sobre la base de que a la norma le corresponde realizar valores; en último término, la realización de un resultado equitativo; justo[4].

Así, se ha resumido que mientras la Dogmática se ocupa de la legitimidad legalizada, la Sociología jurídica versa sobre la legitimidad eficaz y a la Filosofía jurídica atañe la legitimidad justa[5].

Esta concepción, al atribuir las tres vertientes a la tarea del jurista, permite superar las reducciones formal, fáctica y especulativa. Y entonces el Derecho ya no se identifica con la regla positiva, ni aparece diluido en los comportamientos reales, ni abstraído en el examen de valores. Todo aquello es Derecho, y a la vez.

Observando el movimiento de tendencias en los últimos tiempos, ha podido percibirse que la construcción lógico formal positivista, surgida con la Reforma y que repercutió en el iusnaturalismo, pareció disminuir, sino desplazar, el elemento ético de la tarea jurídica; así, durante el siglo pasado y parte del presente[6].

El exceso del positivismo, con sus excluyentes construcciones racionales, desvinculadas del entorno social, indujo luego a muchos hacia el otro extremo del Sociologismo jurídico, atravesándose así, del positivismo de los textos legales, al positivismo de los hechos sociales.

Por último, las conflagraciones mundiales y las grandes revoluciones en Oriente y Occidente, con sus profundos cambios sociales, han provocado nuevos análisis y calificaciones de la naturaleza de los orde

3 Cfr. Recasens Siches, Luis: "Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable". Edit. Fondo de Cultura Económica. UNAM. México, 1971; ps. 162 y sgtes. V. también "Introducción al estudio del Derecho". Edit. Porrúa. México, 1979, p. 14.
4 Cfr. Díaz, Elías: "Sociología y Filosofía del Derecho". Edit. Taurus, Madrid, 1980, ps. 50 y sgtes., quien cita a varios.
5 Cfr. Cea, José Luis. Ob. cit. p. 344.
6 Cfr. Cea, José Luis. Ob. cit., p. 346.

Artículo: Vinculaciones de la enseñanza con la creación y aplicación del Derecho. Clase Inaugural
Revista: Nº180, año LIV (Jul-Dic, 1986)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

namientos jurídicos[7] , realzándose el elemento axiológico. Y se llega así, a las señaladas concepciones equilibrantes.

A esta altura de la exposición incorporo la noción de *sistema*, para engarzarlo en el panorama trazado[8].

Puede entenderse por "sistema", un orden de conocimientos, implantado en base a determinado criterio. Son muchos los criterios o factores idóneos para conformarlo, y su elección va a depender del propósito que se persiga con el sistema (tiempo, lugar, origen, color, tamaño, etc.). Tal es el concepto amplio de sistema.

Pero hay un significado más estricto, en que se le concibe como un orden en que la conexión de los conocimientos es continua y puede presentarse en forma de deducción a partir de ciertas primeras premisas. Así, con esta acepción más estricta, en el sistema unos conocimientos se van desprendiendo de otros superiores, mediante el razonamiento deductivo; es el sistema deductivo. Así entendido, el sistema presupone que entre los diversos conocimientos a ordenar existe una conexión interna, substancial, que permitirá la construcción.

Ahora bien, la noción de sistema, por las características y consecuencias que produce, constituye un instrumento que en muchas ciencias (si no en todas) en las que interviene, llega a dividir la postura o perspectiva del pensamiento de la respectiva disciplina. Y el derecho, lejos de ser ajeno a su influencia, se ha visto siempre invadido por ella.

No puedo evitar dejar constancia que, frecuentemente, he percibido que en muchos cultivadores del Derecho existe la convicción, o al menos la intuición, de que la concepción sistemática es esencial, natural, en el Derecho. Aprovechar la ocasión para insistir en que es sólo una postura, es un factor de los que me han inducido a presentar una referencia a este concepto.

Aquí, como en otras áreas, la presencia del sistema aglutina dos sectores: el pensamiento sistemático y el pensamiento problemático, o empírico, llamado también aporético.

El pensamiento sistemático dedica su atención a la unidad abarcadora, concentrada en el sistema; el pensamiento problemático se dirige hacia los problemas individuales.

Con referencia principal a la dogmática, el pensamiento sistemático supone que entre las normas jurídicas existe no sólo una conexión externa, en cuanto todas ellas se refieren a un determinado campo de la vida social, sino, además, una conexión interna, substancial, por cuanto unas se van desprendiendo de las otras, que emergen, originalmente, de unas premisas fundamentales (en dogmática estricta, sería la Constitución, de donde surgen leyes, Reglamentos, etc.); ese desprendimiento es esencialmente deductivo.

Para el empírico no existe tal conexión interna, o es inaccesible si existe, y no hay otra relación entre ellas que la primera relación externa, en cuanto todas se refieren a un campo de la vida asociativa; aparte de este vínculo, ellas se van formando históricamente, conforme suceden los acontecimientos, y se van desarrollando con referencia a los casos o situaciones individuales.

Son diversos los temas concretos en que se observa la diferencia de posición desde donde cada cual trabaja.

1) En el funcionamiento habitual del Derecho, para el sistemático, la labor fundamental es la aplicación de la lógica, con la que ha de subordinar el caso a las normas existentes; su gran tarea es insertar el caso en las normas.

Para el problemático, la tarea fundamental es la comprensión plena de todas las características del caso. Es a partir de la completa percepción del caso de donde arribará a la decisión. Investigará primero todos los elementos que integran la situación que enfrenta y luego hallará la solución con sentido jurídico. Lo contrastará con otros casos precedentes y tendrá en cuenta las soluciones decididas para ellos.

7 Como lo insinúa en temas específicos Carbonnier, quien, por otra parte, presenta estimulantes direcciones del análisis jurídico en Derecho privado, de mesurada textura sociológica: Carbonnier, Jean: "Derecho flexible". Para una sociología no rigurosa del Derecho". Trad. de Díez - Picazo. Edit. Tecnos. Madrid, 1974.

8 Para el concepto de sistema y el curso de su influencia en el Derecho, que en algunos lineamientos se reseña a continuación, me he servido del estudio de Coing, Helmut: "Historia y significado de la idea del sistema en la jurisprudencia". ult. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1959.

Artículo: Vinculaciones de la enseñanza con la creación y aplicación del Derecho. Clase Inaugural
Revista: Nº180, año LIV (Jul-Dic, 1986)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2) Tocante a las normas, para el sistemático están en conexión lógica y armónica, por lo que es posible la construcción de un sistema, con textos abarcadores, completos y estables. De este pensamiento surge la idea de codificación perdurable y monumental. El problemático es escéptico a ese intento, y entiende que las normas no podrán ser nunca completas y tendrían que ser siempre mutables, conforme va variando la realidad de donde los casos surgen.

Así, al menos directamente, al primero importa preservar el sistema, y al segundo, resolver apropiadamente el caso.

El primero concibe el Derecho como un sistema de normas, coherente, completo, estable, en que unas normas emergen deductivamente de otras y también deductivamente se resuelve el caso por la subsunción del caso en la regla mediante el procedimiento del silogismo. Por lo mismo, tiende a las fijaciones y, en especial, a la codificación.

El segundo lo concibe como los criterios que solucionan casos particulares, con consideración de sus elementos individuales, y conforme al entorno en que se inserta; criterios que pueden ir aplicándose a más de un caso, si son semejantes, pero que son mutables conforme cambian los elementos del caso y el substrato; y la solución se encontrará con inducciones, deducciones, analogías, etc.

3) En cuanto al fin, sería injusto atribuir que el primero busca el sistema por el sistema. Aquello importaría un fetichismo por él.

El sistemático persigue, como funciones del Derecho, la seguridad y la igualdad. El sistema concede seguridad porque de antemano se puede calcular o predecir cuál será el resultado de un conflicto que pudiere plantearse o se planteare, puesto que las normas aplicables se pueden advertir, con el resultado consiguiente; y confiere igualdad porque con el sistema de reglas, casos iguales (al menos en su estructura aparente, externa), tienen soluciones iguales. Un sistema completo, estable, inviolable, con conceptos inequívocos, precisos, como acto, contrato, matrimonio, hijo legítimo, dominio, posesión, etc., más estas dos características: una regulación minuciosa de su génesis, y una aplicación independiente e imparcial por la judicatura, con un proceso de interpretación de reglas también pre-establecido. Eso genera la seguridad e igualdad anheladas.

Para el problemático, lo esencial es la decisión justa del caso. El fin último del Derecho es la justicia, sea distributiva, conmutativa o protectiva, prudencialmente administrada con relación a la realidad social existente y las circunstancias particulares del conflicto planteado. Ese valor trasciende la positividad de las normas y de los hechos, y debe realizarse en cada caso. Para este objetivo, es evidente, se deposita en el juzgador un poder amplio que permita determinar todos los elementos del conflicto concreto e impartir la resolución justa[9].

Pero no debe extremarse la diferencia. El sistemático no repudia la justicia; quizás estima que ya fue ella aprehendida de una vez y para siempre en los principios y reglas del sistema; luego, después sólo falta la aplicación lógica del sistema al conflicto. Para el problemático, la justicia, aquí y ahora, sólo puede realizarse caso a caso. Por lo demás, en alguna medida, con la adopción de criterios uniformes, puede lograrse también alguna seguridad, pero siempre disponible al sacrificio, en aras de la solución justa.

En el resultado práctico de la creación jurídica se aprecian claramente las dos corrientes. Así, con remisión al Derecho Occidental, se recordará que han surgido, en términos primarios, aunque en la realidad no necesariamente puros, tres opciones productivas: el Derecho judicial, el Derecho de juristas y el Derecho legislado. Los dos primeros son tributarios del pensamiento aporético; el último, tiende siempre al sistema.

El modelo de Derecho judicial es el angloamericano.

El Derecho romano que construyó las soluciones que legó a la posteridad, el romano clásico, fue un Derecho de juristas, a través del responsum[10]. En realidad, el Derecho romano sólo conoció dos épocas, y breves, de acercamiento al sistema: al comienzo y al final; la ley de las 12 Tablas y el Corpus juris

[9] Cfr. Coing, Helmut, Ob. cit., p. 24.

[10] A este respecto puede consultarse, por ej., Fernández Barreiro, Alejandrino: "El modelo Romano de Derecho de Juristas". En Revista de Estudios Histórico Jurídicos. Valparaíso. 1976. pp. 33 y sgtes. y, por cierto, Koschaker, P.: "Europa y el Derecho Romano". Trad. de Santa Cruz. Edit. Revista de Derecho privado Madrid. 1955. Cfr. También, Recaréns Siches Luis. Ob. cit., pp. 350 y sgtes.

Artículo: Vinculaciones de la enseñanza con la creación y aplicación del Derecho. Clase Inaugural
Revista: Nº180, año LIV (Jul-Dic, 1986)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

civilis. En el tiempo intermedio, de 1000 años, fue, conforme a los resultados de investigaciones de décadas recientes, Derecho de juristas; aporético; de casos. Y después, luego de un abandono relativo a manos del sistema en el Corpus juris, volvió a serlo, en el tiempo de los glosadores y comentaristas.

Los primeros intentos sistemáticos del Derecho romano, de raíz griega, tienen —conviene recordarlo— un eminente sello instruccional. Uno surge en la Instituta de Gayo: una presentación del Derecho para la enseñanza. El otro proviene de las Escuelas de Derecho, ya desde la primera de que se tiene noticia, la de Beirut (S.III) y luego la de Constantinopla (S.IV). Esos factores, con todo, no tuvieron influencia decisiva. En sus efectos, esos intentos, al parecer, se limitaron a reforzar las soluciones de los prácticos.

Con la caída del Imperio de Occidente desapareció el sistema del Corpus (en la medida en que lo fue) y se retorna a la casuística.

En la Edad Media es el florecimiento de las Universidades de Occidente el que incorpora elementos de sistematización. Pero los esfuerzos sistemáticos más firmes se renuevan sólo después de otros 1000 años, a fines del Siglo XV y Siglo XVI, en el Renacimiento. *Volvieron a influir aquí las necesidades de la educación jurídica.* Es la época en que frente al "mos italicus" de enseñanza, se desarrolla el llamado "mos gallicus" de signo marcadamente sistemático. El pensamiento de la Ilustración continuó afirmando la idea de sistema. Y así, con los aportes del Renacimiento y del Derecho natural, el Siglo XIX construye el sistema del Derecho privado[11].

Con el nacimiento del Estado racional-liberal-parlamentario que, preocupado de asegurar la libertad y desterrar el Estado absoluto, implanta la separación de los poderes, al pensamiento se agrega la acción y este sistema político desarrolla el instrumento ley (en el sentido que actualmente tiene), abstracta, general, igualitaria. Es creada por un poder, aplicada por otro en situación normal y por un tercero en situación de conflicto[12].

Es notable que en el empleo de este instrumento, el nuevo Estado es heredero del antiguo. El Estado absoluto ya había llegado a ser un Estado legislativo, pero, por regla muy general, la ley se constriñó al terreno de la cosa pública. Fue fundamentalmente organizativa y reformadora de costumbres generales. El Derecho privado del antiguo régimen siguió discurriendo, hasta sus últimos días, por los cauces del Derecho de juristas del Derecho común. Hubo algunas incursiones "legales" en Derecho privado, como las Ordenanzas sucesorias de Luis XV, pero siempre de rango excepcional[13].

El nuevo Estado, para sus fines señalados, erigió la ley en fuente única del Derecho, con su génesis regulada y proveniente del nuevo soberano, con su interpretación rigurosamente dirigida (y en su primer tiempo negada al juzgador), con aplicadores diversos, y con una fuerte inclinación a inhibir la actividad del juez, del cual se desconfía y al que sólo se encarga una casi mecánica aplicación. Con esos caracteres invade todo el Derecho y, por cierto, también el Privado.

La ley todopoderosa se acopla perfectamente con el pensamiento sistemático y se desarrolla así, enérgicamente, un Derecho legal y sistemático. Emergen las codificaciones y se desenvuelve en la Escuela de la Exégesis.

Así, pues, este Derecho legal y sistemático, que domina en Europa continental y Latinoamérica, es de tradición bien reciente[14]. Y puede apreciarse cómo, si bien hoy nos estimamos sucesores del Derecho romano, lo somos en los contenidos, pero no en la importante zona del método, el cual aparece recibido más propiamente por el Derecho anglosajón.

Pero pronto empieza a declinar tal concepción. Sus excesos provocaron ostensibles deficiencias; y aun cuando todavía llegó a tener fuerzas para construir toda una Escuela, la positiva, es ampliamente reprochada[15]. Su debilitamiento condujo, como ya ha quedado dicho, a una suerte de sociologismo, de donde se parece regresar a una tendencia moderada, como antes se advirtió.

11 Cfr. Coing, Helmut. Ob. cit., pp.28 y Sgtes.
12 V. a este respecto Guzmán Brito, Alejandro: "El Juez entre la equidad y la ley : Un estudio histórico dogmático como base para la superación del positivismo". En Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 78, 1ª parte, p.7.
13 Cfr. Guzmán Brito, Alejandro. Ob. cit., p. 7.
14 Cfr. Guzmán Brito, Alejandro. Ob. cit., p. 9.
15 V. con amplios antecedentes, Hecasens Siches, Luis. Ob. cit., pp. 424 y sgtes., 510 y Sgtes..

Artículo: Vinculaciones de la enseñanza con la creación y aplicación del Derecho. Clase Inaugural
Revista: Nº180, año LIV (Jul-Dic, 1986)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La envergadura y complejidad de la sociedad contemporánea determina la necesidad de la pervivencia de la ley; pero se impone en ella una nueva función y por ende otra estructura, que está siendo comprendida, como se dirá.

II. CONSTATACIONES SUGERENTES

Procede añadir al análisis u algunas constataciones que no es posible examinar en especifico, pero que son de suficiente evidencia como para admitirlas.

Ellas habilitan el tránsito a las opiniones que le seguirán.

PRIMERA:

1. En el Derecho legislado actual es ampliamente perceptible una tendencia decidida hacia la flexibilidad del sistema y hacia un contenido legal del mismo carácter, que confluyen a una fortaleza de la creación judicial del Derecho, bajo la égida de las nuevas proposiciones teóricas y los impulsos de los hechos.

Sólo señalaré, para este efecto, los códigos civiles del presente siglo, como el alemán, el italiano, el suizo, el mexicano, el griego, el brasileño, el portugués, y algunas profundas reformas a códigos decimonónicos. Nuevos Códigos de Procedimiento Civil se revelan en la misma estampa, enfatizando esos designios en la crucial materia probatoria.

En el Derecho nacional puede observarse otro tanto en leyes recientes y, aun, en el propio Código Civil, si bien en éste han permanecido mucho tiempo sin desenvolverse, contenidas por la tendencia ahora superada.

Se trata de todo un nuevo método legislativo. El mecanismo legal ha recibido diversas denominaciones, como normas módulos, estándares jurídicos, valores legales en blanco. Consiste en la formulación de un principio, que se entrega al juzgador para adecuarlo al caso: orden público, buenas costumbres, buena fe, diligencia, apreciación de la prueba en conciencia[16].

SEGUNDA:

2. Dotados por aquellas fórmulas legales y resueltos a interpretar los textos con espíritu creativo (en Chile sin esperar la reforma legal de este capítulo), animados por una doctrina solvente y azuzados por los hechos, los jueces adoptan igual rumbo. Cito sólo a modo de ejemplo: admiten la indemnización del daño moral y su avaluación prudencial, la revalorización de las deudas dinerarias, la ecuánime distribución de los bienes producto de la comunidad concubinaria, la llamada tercería de posesión, la indemnización estatal por perjuicio causado en acto legislativo[17]. Y en sede más bien metodológica: la vigencia de la Constitución como norma inmediata, aplicable directamente a casos, al menos en ciertas materias.

A estas y otras creaciones de Derecho debe agregarse algunos *raciocinios* judiciales, de tanta o mayor influencia en la aplicación jurídica.

Hay dos que aquí preciso:

a) Se ha observado cómo es que el Tribunal, al menos aparentemente, razona en sentido inverso a la deducción propia de la deducción sistemática. Conociendo los hechos, induce la que sería la solución justa y luego intenta acomodar los preceptos legales para justificar la sentencia, que ya ha advertido. Se ha querido encontrar en esa actitud un reproche categórico, una impropiedad y, más aún, una reprobable actitud judicial. Por mi parte, lo que ahí contemplo es una opción entre dos grandes métodos de trabajo, ambos igualmente jurídicos, y que sólo destaca porque estaría surgiendo en un ordenamiento que ya habría adoptado el pensamiento sistemático. Pero ocurre que desde tiempo, como se ha dicho, se ha venido renovando esa concepción del sistema, de modo que el juez que así actúa lo que hace es colaborar, como una de las fuerzas jurídicas actuantes, en el sentido de flexibilizar el sistema, introduciendo también, en ocasiones, el pensamiento inductivo, amparándose en una afirmación muy difícil de reprochar: que su misión última es dictar un fallo justo. Entonces, la actitud del juez que así procede es, ni más ni menos, la de alguien que en

[16] Este tema tiene suficiente desarrollo, con abundantes antecedentes, en un trabajo del Prof. Fueyo, al que me remito: Fueyo Laneri, Fernando: "Interpretación y Juez". Univ. de Chile y Centro Ratio Juris. Santiago, 1976. Para el punto específico, pp. 115 y sgtes.

[17] V., igualmente, Fueyo Laneri, Fernando. Ob. cit., pp. 57 y sgtes..

Artículo: Vinculaciones de la enseñanza con la creación y aplicación del Derecho. Clase Inaugural
Revista: Nº180, año LIV (Jul-Dic, 1986)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el campo de la práctica, opta por el pensamiento problemático, teniendo a su vista a la justicia del caso, como el objetivo primordial.

Lo dicho se traduce en aquel resultado bien conocido de que con frecuencia el juez entiende o interpreta un texto legal en cierto sentido, no tanto porque comparte la respectiva alternativa en la controversia que en abstracto ha planteado la doctrina, sino impulsado por el afán de dictar un fallo justo ante los hechos que las partes le proponen. Salvo que los textos resulten francamente violentados, de lo que el juez habitualmente se cuida, esa conducta es opinable y nunca la he tenido por puramente reprobable.

b) Ocurre en ocasiones que cierta situación no aparece regulada expresamente. El pensamiento sistemático tiende a la plenitud; es manifestación de su adherencia el concluir que lo que ahí acontece es que la ausencia de regla importa negación. Si un concepto, principio, mecanismo o institución que conoce la teoría no está recogido en la fórmula legal, eso significaría que el ordenamiento lo rechaza. Pero ésa es sólo una opción. Hay otra: reconocer sinceramente que allí hay una laguna; que simplemente hay un silencio legal, con lo cual cumple al juez resolver el conflicto en equidad integradora, conforme al principio de la inexcusabilidad. Y ya cada vez es menos extraño que el juez así lo concluya, procediendo en consecuencia.

TERCERA:

3. Las Facultades de Derecho han sido y siguen siendo factores de sistematización jurídica. Así ha acontecido a través de toda la historia de la creación y aplicación del Derecho, según aquí ya fue advertido.

Junto a aquellas apreciaciones externas, obsérvese el siguiente ejemplo:

Cuando *para fines de la enseñanza,* Gayo crea el sistema de sus Institutas, percibe que en la suma jurídica de Personas, Cosas y Acciones, debe incluir los "derechos". Decide adscribirlos a las Cosas, junto a los materiales. Para ello elabora la noción superior y unificante de "Res". Surgen así las categorías de res corporales y res incorporales (o derechos) (nótese que al construir el sistema, el sistematizador va ascendiendo; pero al lector se le presenta en sentido descendente).

Para el jurista respondiente (el práctico) esa unificación carecía de interés porque él sabía que esas dos categorías eran diametralmente diferentes y, entonces, no servía para solucionar casos.

Pero servía para el fin sistemático y, por tanto, para la docencia, que era el propósito de Gayo[18].

La coexistencia de esas dos categorías bajo un solo techo (la noción de res) se conservó, afirmándose cada vez más en los tiempos posteriores; de su aceptación teórica pasó a la práctica, sobre todo cuando terminó siendo recibida por la ley en su actual sentido (como ocurre con el código chileno).

La enseñanza tiende a sistematizar y el resultado se transfiere a la creación y aplicación jurídicas, con las ventajas y los graves peligros que encierra ante la solución de casos concretos.

Las ventajas están vinculadas a los propósitos que el sistema persigue, ya mencionados aquí. El peligro surge cuando para el funcionamiento de una de esas categorías ante un conflicto específico, se argumenta con reglas o criterios pertenecientes a la otra, sobre la base de que pertenecen a un mismo concepto superior (en el ejemplo, la noción de res).

Así, en la medida en que la enseñanza contribuye a crear sistema, en esa medida puede compartir sus glorias, pero también debe responder de los peligros. Y aquí conviene oír la advertencia del juez Benjamín Cardozo: *Debemos orar* "cuando el demonio del formalismo tienta al intelecto con el señuelo del orden científico"[19].

Esa influencia de las Facultades permanece hasta hoy, y no es difícil percibirla.

Pues bien, en los tiempos actuales, en que se aprecia un debilitamiento del legalismo sistemático fuera de ellas, aparecen separadas de la tendencia que ya está mucho más que asomada.

Es cierto que han sido pensadores laborantes en las Universidades muchos de los impulsores de la renovación a que asistimos, pero no el trabajo jurídico habitual en la formación de los estudiantes.

Así, si se comparte la dirección de la tendencia, en método y contenido, procede acometer esa renovación. Es claro que si se disiente y se prefiere la vertiente contrapuesta, añorando el poder de la pleni-

[18] V. a este respecto, Guzmán Brito, Alejandro: "Dialéctica, casuística y sistemática en la Jurisprudencia romana". En Revista de Estudios Histórico Jurídicos. Valparaíso. V. 1980; pp. 17 y sgtes., especialmente, pp. 27 y sgtes.

[19] Cardozo, Benjamín: "La naturaleza de la función judicial". Trad. de Eduardo Ponsa. Edit. Arayú. Buenos Aires. 1955. p. 50.

Artículo: Vinculaciones de la enseñanza con la creación y aplicación del Derecho. Clase Inaugural
Revista: Nº180, año LIV (Jul-Dic, 1986)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tud legal, no habrá enmiendas que propiciar, y de este modo el tema, en el seno de las aulas, quedaría convertido en querella.

III. APRECIACION CRITICA Y OPINIONES CONCLUSIVAS

Contrastando las bases teóricas descritas con el desarrollo práctico de la formación jurídica en las Facultades de Derecho, me permito formular algunas apreciaciones.

1. En cuanto al contenido, debe considerarse al contenido preceptivo de los textos como una de las tareas a impartir, pero cuidándose de no comunicar que ella es la única.

Y que la interpretación exegética es tan sólo una alternativa o método hermenéutico, desde mucho tiempo en retirada, y que hay otros igualmente respetables. Y todo esto a diario, porque la ocasión es permanente, en cada tema específico que se enseña.

En lo anterior hay toda una adopción de posición, a veces consciente y otras veces inconsciente.

Primero que nada debe tenerse conciencia de que si se trata la docencia del Derecho tan sólo en contenido preceptivo de los textos legales, se está en la enseñanza, actuando como positivista; abordando solamente la faceta normativa. Debe tomarse conciencia de esto: se estaría siendo dogmático y sistemático.

Dogmático, porque se aborda sólo la faceta normativa del Derecho, prescindiéndose de las otras que se han mencionado, y que también constituyen el Derecho, si se asiente en la concepción propuesta. Quien concuerde con un positivismo excluyente, actúa consecuentemente; quien no lo admite, y prefiere una concepción más comprensiva, debe trascender en la enseñanza la pura docencia normativa, a menos de ser incongruente.

Sistemático, porque, junto con agotarse el estudio en torno a la norma, se está siguiendo, frecuentemente, una actitud propia del sistema, con un desarrollo rígido de carácter conceptual, que crea en el estudiante la tendencia hacia el sistema y el afecto por él[20].

2. El excesivo academicismo es característica frecuente en la enseñanza actual, y está enlazado íntimamente con el tema precedente. La enseñanza se imparte con frecuencia en un plano abstracto, académico, y muchas veces estático.

Esto significa que se formula la exposición de las reglas legales en términos de descripción sólo conceptual de su contenido.

Es mi primera opinión, que debe llevarse adelante, a lo menos, la exposición del razonamiento deductivo, propio del sistema, demostrando cómo una regla va emergiendo de la otra, en el juego habitual de este razonamiento. Con ello, al menos, se apreciará por el estudiante el funcionamiento de ese raciocinio, y se habituará a él, que es, sin duda, uno que empleará en la práctica.

Muchas veces se llega a este trabajo, pero si es escasa la actitud final, consistente en la última etapa del proceso de deducción, en que la regla legal se termina aplicando al caso concreto.

Al no llegarse a esta última etapa, la enseñanza va tornándose notablemente académica, conceptual, abstracta. Se desarrolla así, una cada vez más profunda división entre la Academia y la vida real. Entre el Derecho y el mundo de los hechos. Este carácter es de lo más trascendental, porque el estudiante empieza a vivir dos mundos. Cuando cruza el dintel de la sala de clases abandona todo contacto con la vida diaria, y su mente se eleva al terreno de los conceptos, del intelecto, de la teoría jurídica. Al salid, desciende nuevamente al mundo de las realidades.

Como consecuencia:

a) Se le produce un trastorno de carácter afectivo. Al observar que, mientras en otras disciplinas existe la conexión entre ambos universos, los conocimientos van sirviendo a la realidad, y aparecen útiles, el estudiante de Derecho se siente inútil, lo que con frecuencia le provoca una desilusión. Ese desencanto se

20 Sobre este punto y las observaciones que siguen se ha formulado un diagnóstico y descrito soluciones, algunos de los cuales aquí se comparten, al menos como puntos de partida; y hubo intentos serios de enmiendas, como se recordará más adelante. La obra tiene varios años, pero en muchos capítulos permanece vigente: Lowenstein, Steven: "Lawyers, legal education and development" (An examination of the process of reform in Chile). International legal Center. New York. 1970; especialmente pp. 177 y sgtes.

Artículo: Vinculaciones de la enseñanza con la creación y aplicación del Derecho. Clase Inaugural
Revista: Nº180, año LIV (Jul-Dic, 1986)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

vuelca: en el Derecho como zona del saber y en el proceso de su aprendizaje, viéndose aquí agravado por el método, que luego se dirá.

b) Menosprecia los hechos. En la sala de clases, los hechos y las cosas materiales aparecen como impropios del proceso de enseñanza. Colisión vehicular, defectos de fabricación, tractores, toneladas de cereales, sitios, casas, locales comerciales, resultan objetos prosaicos, indignos de la ciencia jurídica, que no puede ser contaminada con los rudos hechos y objetos cotidianos. El hecho aparece desdeñado por el majestuoso principio jurídico, *consagrado* en la ley.

Pero he aquí que luego el estudiante egresa y empieza a tropezar con esos hechos olvidados, que lo acosan a cada instante en los problemas que está llamado a resolver.

c) Su imaginación fáctica se estrecha. Cuando, luego de algún tiempo de permanencia en las Facultades, se pide a un estudiante un ejemplo concreto en que se demuestre la aplicación de una regla, no sólo le es difícil como tarea intelectual, para subsumir el caso en la regla, sino antes, su imaginación aparece detenida, y con gran dificultad logra componerlo. Desciende con enorme lentitud al terreno de los hechos. Da como un ejemplo, "un contrato", luego agrega "uno cualquiera", más tarde añade "por ejemplo, un mandato", y después de mucho esfuerzo, logra terminar ideando un mandato en que A encarga a B entregue en arriendo un Departamento de habitación.

3. Conviene destacar la utilidad del trabajo con el caso; hipotético, o real; éste extraído de fallos publicados o de las vivencias circundantes.

El caso ofrece un cúmulo de ventajas para la enseñanza, que la enriquecen permanentemente:

a) Permite desarrollar la destreza elemental consistente en el proceso intelectual de encontrar la norma aplicable, y producir así el funcionamiento del silogismo propio del sistema.

b) Permite poner a prueba las distintas opiniones jurídicas que la doctrina va proponiendo para la solución de conflictos que el orden normativo ofrece en abstracto.

c) Permite calificar los diversos caminos interpretativos que pueden emplearse ante textos legales oscuros, conociéndolos por los resultados que provocan.

d) Permite juzgar la regla a la luz de su funcionamiento práctico. Este juzgamiento logra cumplir apropiadamente con el deber de abordar también las otras facetas de la tarea jurídica, como son la eficacia en la práctica y la realización del valor de justicia, si se comparte la postura que se ha recordado al comienzo. Al observar la regla solucionando un caso, se apreciará en su resultado la justicia o injusticia de su contenido, y, en algún grado, las posibilidades de ser cumplida o vulnerada.

e) Podrá, por lo mismo, apreciarse las contradicciones que inevitablemente surgirán entre un pensamiento sistemático y el problemático. Es frecuente cómo el sistema, con su regla abstracta, da una solución que es diversa u opuesta a la que se daría partiendo por determinar los hechos y advertir cuál sería la solución más apropiada.

4. Con el caso o sin él, parece útil asimismo, junto con abordar el contenido del precepto, descorrer el velo enunciativo para indagar tras la regla y averiguar si el texto legal no es más que una de varias alternativas que podían adoptarse. Siendo así, conviene describirlas y justificarlas, porque:

a) La presentación de opciones permite juzgar por contrastación la opinión adoptada por el legislador nacional;

b) La percepción de las opciones descartadas permite estar preparados para eventuales reformas legales, en que se adoptan alternativas diferentes, las que ya no sorprenderán a quien deba trabajar con el nuevo texto, aún sin haberlo conocido en su tiempo de estudiante.

c) En la justificación o explicación de la solución adoptada, es posible que se encuentre el valor o principio que se está protegiendo con la regla implantada, lo que podría compulsarse como elemento interpretativo, si así se comparte. Y si se hace otro tanto con las alternativas repudiadas, se podrá juzgar aún más propiamente cada opción.

Este es un ejemplo escueto:

El art. 890 del Código Civil chileno dispone que toda cosa mueble es reivindicable.

Artículo: Vinculaciones de la enseñanza con la creación y aplicación del Derecho. Clase Inaugural
Revista: Nº180, año LIV (Jul-Dic, 1986)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

¿Es justa esta regla? al parecer sí.

¿Es evidente, obvia? al parecer, también.

Así queda concluido el comentario, en su observación aislada, y aún, como parte del esquema reivindicatorio.

Pero ocurre que ella es sólo una opción.

Hay otra.

Respetables códigos civiles tienen solución diversa: que si el poseedor está de buena fe, la conserva; ahí la cosa mueble no es reivindicable, recogiéndose el antiguo principio de que "en materia de muebles la posesión equivale a título".

¿Por qué la diversidad?

Hay distintos intereses jurídicos que proteger.

El código chileno se preocupa de proteger antes que nada el derecho de dominio.

La otra alternativa prefiere la seguridad y fluidez del tráfico.

Ahora sí se dispone de más antecedentes para comprender y evaluar con alguna propiedad nuestro 890.

5. Las decisiones precedentes conducen a la introducción de elementos activos en la enseñanza, en que el estudiante participe en la construcción de soluciones; que se le incite a imaginar casos hipotéticos, ofrecer alternativas de solución, juzgarlas, descubrir la norma aplicable y en definitiva dirimirlos. Ese despliegue de actividad puede incorporarse, sea insertando instantes participativos en la clase-conferencia, para lograr una mixtura, sea distribuyendo el Programa en métodos coexistentes, paralelos. Todo conforme a la naturaleza y caracteres de la asignatura y al nivel de avance en el Plan.

Se logrará desenvolver con tal conducta: su habilidad argumentativa, su imaginación creadora; su espíritu crítico de la reglamentación existente; su sentido de equidad no como actitud contemplativa y esporádica sino como convicción enérgica y habitual; su capacidad de razonamiento deductivo, inductivo, analógico, y de análisis dialéctico que le adiestra para argumentar y juzgar por contraste y rechazar por el absurdo.

En suma, que se desarrolle armónicamente en sus disponibilidades: de conocimientos jurídicos; de destrezas para comprender, relacionar, argumentar y descubrir la solución; y de criterio de equidad para inclinarse por la solución que resulte más justa en cada caso.

Por aquel camino también se consigue lentitud; es cierto; pero es posible sortearla con la previa distribución de material que describa el contenido legal de la respectiva disciplina o con la remisión a textos guías que en muchos temas existen disponibles.

El estímulo que en esta prédica significó hace ya casi quince años el Instituto de Docencia e Investigación jurídicas, por desgracia se extinguió[21].

Estoy consciente que nuestro Derecho es fundamentalmente legal, y que, como tal, tiende al funcionamiento sistemático. Más aún, en la sociedad actual no es practicable, ni aún en el solo Derecho Privado, un cambio substancial a este respecto. Pero de lo que se trata es de: por una parte, advertir que en la práctica judicial y en la política legislativa se diseña una tendencia morigeradora de los excesos, del legalismo y del sistema. En el primero, porque los jueces razonan con elementos no legales del caso; en el segundo, porque proliferan las leyes que recogen los módulos o principios que entregan al juez poder discrecional. Y, por otra, que ante esta realidad, la enseñanza debe adoptar una actitud consecuente con ella y reflejar ese cambio a una posición de mayor ductilidad, entre el sistema legal rígido y el casuismo al que ciertamente no podrá arribarse.

Y si se propicia una actitud equilibrada como ésa, es asimismo un deber no sólo seguirla, al contemplar cómo otras instituciones la enarbolan, sino también adoptar iniciativa. Si es que esa dirección se estima la correcta.

[21] Han quedado sí trabajos de sus integrantes, publicados en su "Boletín...", varios de los cuales se refieren al tema.

Artículo: Vinculaciones de la enseñanza con la creación y aplicación del Derecho. Clase Inaugural
Revista: Nº180, año LIV (Jul-Dic, 1986)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Así lo estimo por mi parte.

Y creo que, en el fondo, ése será el único camino para lograr que todos, y en especial las promociones que nos siguen, podamos —todos juntos— salvar el único ojo al delincuente e impedir que el campesino polaco ingrese a los andenes ferroviarios tironeando un oso.