

ESTUDIOS DE DERECHO Y CULTURA DE ABOGADOS EN
CHILE 1758-1998:
TRAS LA HUELLA DEL *IUS COMMUNE*, LA CODIFICACIÓN Y LA
DESCODIFICACIÓN EN EL NUEVO MUNDO

BERNARDINO BRAVO LIRA

Los estudios de derecho comenzaron en Chile con la apertura de los cursos de Sagrados Cánones y Leyes en la Real Universidad de San Felipe en 1758. Desde entonces las lecciones se han continuado casi sin solución de continuidad hasta nuestros días. Mas aún, las dos primeras cátedras propietarias de Cánones y de Leyes perviven hasta hoy en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Como es lógico, a ellas se han añadido muchas más e incluso se han multiplicado las Universidades y las Facultades de Derecho. En sus aulas se han formado en estos 240 años generaciones y generaciones de doctores, licenciados y bachilleres en derecho.

Con ocasión de este aniversario, vale la pena intentar un recuento de lo que han sido los estudios, sus líneas maestras, así como su fruto, el papel y significación de los letrados en la vida nacional. El tema es apasionante. En verdad, ninguna Facultad alcanzó tanto peso en la historia del país, como la de Derecho. Fue el foco de una cultura de abogados que, como en otras partes de Hispanoamérica, prevaleció en los medios dirigentes durante toda una época, por lo menos, desde mediados del siglo XVIII hasta mediados del actual.

La suerte de los letrados salidos de sus aulas tiene mucho de inesperado. El abogado o bacharel, como se lo llama en Brasil, no tardó en dominar la vida pública y privada. Se convirtió en personaje de primera plana. Mas aún, pasó a ser el hombre público por excelencia, mejor capacitado que ninguno de sus conciudadanos para el manejo de los asuntos del país o de las personas. En consecuencia, al monopolizar de hecho los cargos y oficios estatales y municipales, puede decirse que relegó al resto de la población a la condición de ciudadanos de segunda clase. Esta primacía se mantuvo por más de dos siglos. En términos generales coincide con el auge del Estado modernizador y de la codificación en los siglos

XVIII y XIX¹ y declina en el siglo actual con la descodificación y el advenimiento del Estado subsidiario²

Contrariamente a lo que sería de esperar, el sino de los abogados apenas ha atraído la atención de los autores. La bibliografía disponible parece centrarse en los estudios de derecho más bien que en los hombres de derecho, en su formación más bien que en su papel o significación en la vida nacional. Tal es el caso de los meritorios avances de Aniceto Almeyda³ o de Mario Baeza Marambio⁴ y de las acuciosas investigaciones de González Echenique⁵ y Espinosa Quiroga⁶. Sólo últimamente el alemán Steger llamó la atención sobre la cultura de abogados en Hispanoamérica⁷. Más recientes son apuntes acerca de su significación en Chile y sobre el Estado modernizador en Hispanoamérica⁸.

Plan de exposición

Dentro de esta línea, nos ocuparemos en las páginas siguientes de tres puntos. En primer término, de los estudios de derecho y su repercusión en la vida jurídica. A la luz de lo anterior, examinaremos el papel del abogado en la época de codificación y del Estado modernizador y en la de descodificación y Estado subsidiario.

Por lo que toca a los estudios, se distinguen con bastante nitidez tres momentos. Primero nos encontramos con un *iudex minister aequitatis*, en la época del *ius commune* y del arbitrio judicial. A continuación surge la figura del *iudex legibus alligatus* de la época del derecho nacional codificado y de la subsunción. Por último, en nuestro siglo, la descodificación y la jurisdicción más allá de los códigos nos ponen delante de un *iudex pronus ad aequitatem*.

¹ Para esto y lo que sigue, BRAVO LIRA, Bernardino *El absolutismo ilustrado en Hispanoamérica Chile: 1760-1860, de Carlos III a Portales y Montt*, Santiago 1994, con bibliografía. MARILUZ URQUIO, José María, *El agente de la Administración pública en Indias*, Buenos Aires 1997.

² CASAGNE, Juan Carlos, *La transformación del Estado*, en *Revista de Derecho Público* 47-48, Santiago 1990. BRAVO LIRA, Bernardino, *Del Estado modernizador al Estado subsidiario. Trayectoria institucional de Chile 1891-1995*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 17, Valparaíso 1995.

³ ALMEYDA, Aniceto, *El doctor don Santiago de Tordesillas*, en *Revista Chilena de Historia y Geografía* 102, Santiago 1943.

⁴ BAEZA MARAMBIO, Mario, *Esquema y notas para una Historia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*, Santiago 1944.

⁵ GONZÁLEZ ECHENIQUE, Javier, *Los estudios jurídicos y la abogacía en el reino de Chile*, Santiago (1954).

⁶ ESPINOSA QUIROGA, Hernán *La Academia de Leyes y Práctica Forense*, Santiago (1955).

⁷ STEGER, Hanns-Albert, *Die Universitaeten in der gesellschaftlichen Entwicklung Lateinamerikas*, Bielefeld 1967, trad. castellana, México 1974. El mismo, *Die Bedeutung des roemischen Rechtes fuer die lateinamerikanische Universitaet im 19. und 20. Jahrhundert*, en CATALANO, Pierangelo *Diritto Romano e Università dell' America Latina*, 2, Sassari 1973.

⁸ BRAVO LIRA, Bernardino, «La Universidad española e hispanoamericana de la Ilustración al Liberalismo en *Historia II*, Santiago 1972-73. El mismo «La Universidad de Chile, proyección nacional e internacional en el siglo XIX» en *Revista de Ciencias Sociales* 39, Valparaíso 1994.

En consonancia con estas alternativas de su formación se advierte un flujo y reflujo en la significación pública del letrado. La edad de oro de la abogacía coincide con el ascenso del Estado modernizador y de la codificación. Su declinación, en cambio, con los desafíos que plantean al abogado la descodificación y el Estado subsidiario.

I

ESTUDIOS JURÍDICOS: DEL *UTRUMQUE IUS* A LA DESCODIFICACIÓN*Chile en la órbita del ius commune*

Al igual que los demás países de Hispanoamérica, Chile entró en órbita del Derecho Común europeo desde los primeros momentos de su historia. Así lo deja ver la toma de posesión, hecha por Pedro de Valdivia, a la llegada de la hueste conquistadora al valle de Copiapó, en agosto de 1540. Se trata de un acto jurídico, cuya forma y sentido constituyen la más pura expresión del *ius commune*⁹. El siguiente eslabón fue la fundación de ciudades, que comienza en febrero de 1541 con la de Santiago. Entonces aparecen los libros notariales y parroquiales, que se continúan llevando hasta nuestros días¹⁰, así como la red de oficios comunales, reales y eclesiásticos, que conforma ciudad, territorio y población¹¹. Sin entrar en detalles, lo dicho basta para mostrar como el *ius commune* suministró al naciente Chile el esqueleto institucional en torno al cual pudo constituirse como país.

En otras palabras, Chile cobró forma y se consolidó dentro de la corriente viva del Derecho Común, proveniente de las universidades europeas. Se repitió en este rincón del Nuevo Mundo lo que observó Esquivel Obregón para la conquista de México¹², Zavala en general para América y Filipinas¹³ y Góngora, concretamente para el Estado en el derecho indiano¹⁴. Es de sobra sabido que por este sentido jurídico, que le es propio, la conquista española y portuguesa, se diferencia netamente de la acción de una banda de aventureros, sin Dios ni ley, quienes se las

⁹MORALES PADRÓN, FRANCISCO, «La toma de posesión» en *Anuario de Estudios Americanos*, 12, Sevilla 1955. Sevilla.

¹⁰El archivo de escribanos de Santiago desde 1559 hasta 1800 comprende 954 vols. SALAS SIERRA, ENRIQUE, *El escribanato público en Chile indiano*. Tesis Facultad de Derecho Universidad de Chile 1961 (inédita). BRAVO LIRA, BERNARDINO, *Derecho Común y Derecho Propio en el Nuevo Mundo*, Santiago 1989.

¹¹BRAVO LIRA, BERNARDINO, «Oficio y Oficina, dos etapas en la Historia del Estado Indiano». en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 8, Santiago 1978.

¹²ESQUIVEL OBREGÓN, TORIBIO, *Apuntes para la historia del derecho en México*, 4 vols., México 1937.

¹³ZAVALA, SILVIO, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, Madrid 1935.

¹⁴GÓNGORA DEL CAMPO, MARIO, *El Estado en el derecho indiano. Epoca de su fundación, 1492-1570*, Santiago 1951.

arreglan como pueden, según sucedía todavía en el siglo XIX en el lejano oeste de Norteamérica o en el África central y septentrional. Entre estos sería sencillamente inconcebible un hecho como el que sucedió en Chile en 1554, a la muerte a manos de los indios de Valdivia, el conquistador y primer gobernador. En esta emergencia el problema de la sucesión en el mando del reino se sometió al parecer de letrados, modo de proceder que testimonia una temprana vitalidad de la conciencia del derecho¹⁵.

No obstante, por espacio de más de dos siglos el *ius commune* vivió en Chile, por así decirlo, alimentado desde fuera. No había posibilidad de estudiarlo dentro del país. Hasta la segunda mitad del XVIII los letrados fueron pocos y en su mayoría extranjeros. A los chilenos les resultaba difícil y costoso graduarse como bachiller, licenciado o doctor en derecho. Para hacerlo no tenían otro camino que dejar su patria y acudir fuera del reino, a Lima, a la Universidad de San Marcos, o a otra más lejana aún. Su situación era muy desmedrada, porque, sin el grado de derecho quedaban en la práctica excluidos todos los oficios letrados en su patria, ya fueran comunales, reales o eclesiásticos. Lo que no ocurría, por ejemplo, con los oficios eclesiásticos, ya que desde la fundación de la Universidad de Santo Tomás en Santiago, en 1622, podían obtenerse allí los grados correspondientes¹⁶.

La primera Facultad de Derecho en Chile

Esta situación terminó con la instalación de la Universidad de San Felipe y el inicio de las lecciones de derecho. La nueva casa de estudios se integró desde el primer momento dentro del concierto de universidades de Europa e Hispanoamérica donde se estudiaba el *ius commune*. Concretamente siguió las pautas de la Universidad de San Marcos, de Lima¹⁷. Contó originalmente con dos cátedras propietarias en derecho, una de *Leyes* o Derecho Romano y otra de *Cánones* o Derecho eclesiástico. Este dualismo corresponde al *utrumque ius*, es decir, ambos derechos. Tenía una antigüedad varias veces centenaria en Europa y había sido introducido, a este lado del Atlántico, más de dos siglos antes que en Chile, en las universidades reales, como las de México y Lima¹⁸.

¹⁵ GONZÁLEZ ECHENIQUE, nota 5.

¹⁶ MEDINA, José Toribio. *La instrucción pública en Chile, desde los orígenes hasta la formación de la Universidad de San Felipe*, 2 vols., Santiago 1905. GONZÁLEZ ECHENIQUE, nota 5. BRAVO LIRA, Bernardino. *La Universidad en la historia de Chile 1622-1992*, Santiago 1992.

¹⁷ MEDINA, José Toribio *Historia de la Real Universidad de San Felipe de Santiago de Chile*, 2 vols., Santiago 1928. EGUIGUREN, Luis Antonio, *Historia de la Universidad*, 2 vols., Lima 1951. CARREÑO, Ana María, *La Real y Pontificia Universidad de México*, México 1961. RODRÍGUEZ CRUZ, Agueda Marfa, O. P., *Historia de las universidades hispanoamericanas. Período hispánico*, 2 vols., Bogotá 1973. La misma *Salamanca docet. La proyección de la Universidad de Salamanca en Hispanoamérica*, Salamanca 1977. La misma, *La Universidad en la América hispánica*, Madrid 1992.

¹⁸ MEDINA nota 17. BRAVO LIRA, nota 16.

Ultimamente Hattenhauer ha hecho notar las consecuencias, eminentemente prácticas de esta dualidad. Conduce nada menos que a situar al derecho por encima del poder. Excluye toda pretensión de someter al hombre a un único poder y, por ende, torna insoportable tanto la teocracia como el despotismo¹⁹. La distinción de dos esferas, la temporal y la espiritual es, pues, un presupuesto básico del Estado de derecho. Significa que el poder es en sí mismo limitado. Tiene un ámbito de competencia propio. De ahí que el gobernante, si quiere actuar rectamente, tenga que preguntar al jurista, vale decir, que recurrir a la autoridad de quien sabe derecho para que le diga hasta dónde llega el uso de su poder y dónde comienza el abuso o exceso. De otro modo, según puntualizó Jouvenel, tras las experiencias totalitarias de nuestro siglo, es inútil esperar que el derecho juegue el papel de valladar frente al poder²⁰. El derecho no se impone por sí solo. Si el poder no es limitado por el derecho, no cabe otra cosa que intentar una suerte de autolimitación del mismo, como es el caso de la división o equilibrio de poderes, postulada por el constitucionalismo del siglo XVIII.

Largamente anhelada y esperada, la inauguración de los estudios de derecho se verificó el 9 de enero de 1758, en el flamante edificio de la Real Universidad de San Felipe, situada en la calle Agustinas, donde actualmente se alza el Teatro Municipal. Allí, en medio de la general expectación, se dictó la primera lección. La de Leyes estuvo a cargo del santiaguino Santiago de Tordesillas (170?-1766) y la de Cánones, de su colega Alonso de Guzmán (1705-1791), natural de Concepción²¹.

Los dos catedráticos no pudieron ser más ilustres y conocidos en todo el reino. Desde luego, ambos eran chilenos y habían hecho sus estudios en la Universidad de San Marcos, de Lima. Tenían cerca de cincuenta años de edad y aparte de un intenso y afortunado ejercicio de la abogacía, se habían desempeñado durante las últimas décadas nada menos que como asesores del Presidente, Gobernador y Capitán general. De su cultura jurídica dan una idea sus bibliotecas, la de Tordesillas con más de 300 obras de derecho y la de Guzmán, que excede de las 400²². Se trata en su mayor parte de libros latinos, los mismos que se utilizaban en Europa y en el resto de la América hispánica. Se refleja aquí la unidad y universalidad del *ius commune* a ambos lados del Atlántico²³.

No es del caso detenerse aquí en los libros y métodos de enseñanza²⁴. En tér-

¹⁹ HATTENHAUER, Hans, *Europäische Rechtsgeschichte*, Heidelberg 1992, p. 777

²⁰ JOUVENEL, Bertrand de, *Du Pouvoir*, Ginebra 1945, trad. castellana, Madrid 1956.

²¹ MEDINA nota 16. Almeyda nota 3.

²² BRAVO LIRA, Bernardino, «Autores y obras jurídicas de la época del Barroco en América y Filipinas» en *Ius Commune* 15, Francfort 1988, ahora en el mismo, nota 10.

²³ MEDINA, nota 16 y, Almeyda, nota 3.

²⁴ HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, «La crisis de la enseñanza del Derecho romano en Chile: un problema de la Independencia (1758-1832)». El mismo, en *Revista Libertador O'Higgins* 4,

minos muy generales cabe distinguir tres grandes momentos. A una etapa de primacía indiscutida del Derecho Común, sigue otra de predominio creciente del derecho nacional codificado y a ésta, una vuelta a los estudios jurídicos en sentido amplio, con el consiguiente repunte del Derecho Común.

Estudios jurídicos: tres momentos

La primera etapa abarca desde 1758 hasta 1817. Corresponde a la fase docente de la Universidad de San Felipe. En ella los estudios giran en torno al *ius commune*. No se da entrada al derecho propio, de Castilla e Indias. Pese a ser derecho vigente y a los esfuerzos de la corona, la Facultad no lo admitió. En vista de esta situación, se fundó en 1778 en Santiago una Academia de Leyes y Práctica Forense donde se inició la enseñanza de este derecho positivo. Con diversas vicisitudes la Academia funcionó hasta 1860. En todo caso, el derecho práctico se estudió originalmente por separado, fuera de la Universidad. De su lado la Real Audiencia exigió para otorgar el título de abogado, además del grado universitario, el examen de derecho práctico en la Academia²⁵. Así surgió la doble exigencia del grado y de la práctica que persisten hasta hoy.

La segunda etapa se extiende desde 1817 hasta 1879, es decir, coincide con el período en el que el Instituto Nacional asume las funciones docentes de la Universidad. Corresponde al apogeo de la codificación, en Europa y en América. En esta época se introdujeron nuevas materias, como Legislación Universal, Derecho Penal, Derecho Administrativo²⁶. En 1860 se reemplazó la Academia de Práctica Forense por una cátedra del mismo nombre, origen de la que actualmente se denomina derecho procesal²⁷. El estudio separado del Derecho Común y los de derecho propio, representado primero por el de Castilla e Indias sin codificar y luego por la constitución y los códigos, desaparece.

Con ello se abre el camino para el desplazamiento del centro de gravedad de los estudios hacia el derecho práctico, los llamados ramos de código. La exégesis de la constitución y los códigos, relegan a un plano secundario al Derecho Romano y al Derecho Canónico y, en general, a la doctrina, mirados tan sólo como antecedentes del derecho codificado²⁸. Bajo el predominio de la exégesis los estudios de derecho y de leyes tienden a hacerse sinónimos. Se reducen a glosar, más o menos libremente, el derecho codificado. Anclados en el país legal, no pueden menos que alejarse del país real.

Santiago 1987. El mismo, «Los ochenta años de influencia de Andrés Bello en la enseñanza del Derecho Romano en Chile» en el mismo, *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*, Santiago 1983. SEPULVEDA JARA, Jorge, *El derecho canónico en la Universidad de Chile*, tesis Universidad de Chile, Facultad de Derecho 1997 (inédita).

²⁵ ESPINOSA QUIROGA, nota 6.

²⁶ BAEZA MARAMBIO, nota 4.

²⁷ BAEZA MARAMBIO, nota 4 y ESPINOSA QUIROGA, nota 6.

²⁸ BAEZA MARAMBIO, nota 4.

La tercera etapa se abre en 1879 con la plena recuperación de las funciones docentes por la Universidad. Aumentan las Facultades y escuelas de derecho y desde la década de 1930 la universidad pasa a tener un doble fin investigador y docente. La tónica de esta época es el lema *más allá de los códigos*, que marca un distanciamiento lento pero seguro del método de la exégesis de la constitución y las leyes y un retorno al estudio del derecho mismo, esté o no contenido en dichos cuerpos legales y, por ende, de sus raíces en el Derecho Común.

Después de la Segunda Guerra Mundial, esta tendencia se vió favorecida por la descodificación y la llamada globalización. La atención se desplazó entonces de los códigos de derecho nacional al Derecho Común, que subyace a todos ellos. A la postre siempre hay que ir a las fuentes, máxime cuando ellas son comunes, es decir, constituyen el punto de arranque de los distintos derechos nacionales y, por tanto, también de convergencia natural entre ellos, por encima de su variedad.

El que no está en condiciones de llegar por sí mismo a las fuentes se condena a una posición subalterna, de segunda fila, dependiente de quienes las conocen, trabajan y manejan sin intermediario. Tal es, demasiado a menudo, el caso de los catedráticos de derecho en los países hispánicos de ambos lados del Atlántico en los siglos XIX y XX. Esta dependencia mental es la peor y también la que más cara pagan, los hombres y los pueblos.

Cultura de abogados: de la jurisdicción a la subsunción

Al deslizamiento del Derecho Común al derecho codificado en los estudios jurídicos corresponde otro de la jurisdicción a la subsunción en la cultura de abogados y la práctica judicial.

Pero no se trata de etapas simultáneas. Antes bien, hay que contar aquí con un marcado desfase temporal entre estudios y práctica. No podría ser de otro modo. Los cambios de mentalidad tienen un ritmo propio, difícil de quebrar. Cada generación de letrados permanece, por así decirlo, fija en la visión del derecho que asimiló en las aulas. A veces esto es patético. Así, por ejemplo, hay ministros de la Corte Suprema que todavía en la década de 1990 repiten lo que se enseñaba en las universidades en la de 1920. Un caso destacado no hace mucho por Gonzalo Vial ahorra mayores explicaciones.

En su discurso inaugural del año judicial 1992 el Presidente de la Corte Suprema, Enrique Correa Labra (1904-1993) declaró: «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». Estas palabras, tomadas literalmente de una obra de Claro Solar aparecida en 1898, representaban el sentido dominante en la Facultad de derecho cuando egresó Correa Labra en 1928. Ante esta casi centenaria reiteración del legalismo, Vial se limita a comentar: «Ni siquiera dudar...»²⁹.

²⁹CORREA LABRA, Enrique, «Discurso de inauguración del año judicial» 1 de marzo de 1992, en *Diario Oficial*, Santiago 15 de marzo de 1992. Cfr. CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de De-*

Es, pues, indudable y hasta cierto punto inevitable el retraso con que las innovaciones y variaciones en los estudios repercuten en la práctica. Ahora bien, según apunta D'Ors, el derecho no es, en definitiva, sino lo que aprueban los jueces³⁰. Ellos, en particular los jueces supremos, tienen la clave de la práctica. Su sentir sirve de punto de referencia para letrados y legos. De ahí proviene una pauta de la que los abogados y, en general, la población entera, no pueden desentenderse.

Atendida, pues, esta práctica judicial, cabe diferenciar tres etapas, derivadas del modo de estudiar el derecho prevaleciente en cada época. Someramente podemos describirlas como las del *iudex minister aequitatis*, del *iudex legibus alligatus* y la del *iudex pronus ad aequitatem*.

Mientras la formación jurídica descansó en el Derecho Común, el juez entendió su papel como jurisdicción, literalmente, *ius dicere*, declarar lo que es o no derecho en los casos controvertidos. Desde que la formación jurídica se centró en el derecho codificado, el juez se inclinó a reducir su papel a la *subsunción*, esto es, a aplicar la ley general a los casos concretos, más bien que a declarar el derecho. Por último, a medida que en las Facultades de Derecho se repara en el distanciamiento creciente entre el país legal -del derecho codificado- y el país real -de los hechos que lo desbordan-, el juez no puede menos que reasumir su jurisdicción³¹.

Cultura de abogados: del arbitrio judicial al legalismo

La expresión más cabal de la jurisdicción es el árbitrio judicial. El juez goza de latitud para sentenciar, pero encuadrado dentro del Derecho Común. Es, en verdad *minister aequitatis*. Se confía en él, más que en el gobernante. Para decirlo con palabras de Bartolo *melius est regi a iusto iudice quam a iusta lege*, es preferible estar bajo un justo juez que bajo a justas leyes³². En consecuencia, se da por sentado, en expresión de Cerdán de Tallada, recordada en Chile, por ejemplo, en 1832 por Portales, *que los buenos jueces hacen buenas las malas leyes*³³.

recho civil chileno y comparado, 17 vol., Santiago 1898, 1927, cito, 2a. ed., Santiago 1942-44, I, 29, 31. Correa Labra egresó de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en 1928. VIAL CORREA, GONZALO. «Recensión» a BRAVO LIRA, Bernardino, *El Estado de derecho en la Historia de Chile*, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, Santiago 1996.

³⁰ D'ORS, Alvaro. «Derecho es lo que aprueban los jueces» (1970), ahora en el mismo, *Escritos varios sobre el derecho en crisis*. Roma-Madrid 1973. BRAVO LIRA, Bernardino. «*Iudex, minister aequitatis*. Integración del derecho antes y después de la codificación en *Anuario de Historia del Derecho Español* 61, Madrid 1991.

³¹ Para estas etapas, BRAVO LIRA, Bernardino «La codificación en Chile (1811-1907), dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 12, Valparaíso 1988. El mismo «*iudex, minister aequitatis*...», nota 30.

³² Bartolo. In. I. *presenti in princ.*, In C. de his qui ad Eccl.

³³ CERDÁN DE TALLADA, Tomás. *Veriloquium en reglas de Estado según derecho divino, natural, canónico y civil de Castilla*, Valencia 1604. PORTALES, Diego, «Administración de justicia criminal» en *El Mercurio*, Valparaíso, 18 de enero de 1832.

Esta época del arbitrio judicial se prolonga aproximadamente hasta 1900. Entonces, se completa la codificación, se implanta el recurso de casación en el fondo, que permite atacar la sentencia que infrinja la ley de modo substancial en lo dispositivo del fallo, y una generación de letrados, formados en el derecho nacional codificado, toma el relevo de la anterior, formada en el Derecho Común.

Prevalece así el legalismo. El gobierno, es decir, el legislador pasa a tener el papel protagónico, en desmedro del juez. Se confía más en el poder de los gobernantes que en el saber del juez. A éste no se le permite apartarse de la ley para resolver en derecho. Es la época de la subsunción o del *iudex legibus alligatus*.

Esta mentalidad se forma poco a poco. Ya en 1879 Jorge Huneeus Zegers aboga por la aplicación de la ley «*sic scripta est*, sea justa o injusta»³⁴. Sin embargo, de ahí al positivismo legal hay un gran trecho. No obstante, este terminó por echar raíces en la doctrina y en la judicatura, se convirtió en una especie de creencia inamovible. Surgió un verdadero culto al legislador, figura mítica, oráculo del derecho, quien pronuncia la última palabra, de modo omnisciente y omnipotente y, por tanto, indiscutible. El legislador se convirtió en un verdadero *deus ex machina* del derecho codificado.

Contribuyeron a forjar esta mentalidad Miguel Luis Amunátegui Reyes (1862-1949) y, más que nada, Luis Claro Solar (1857-1943). El uno sostiene, «no importa que se diga que (la Ley) es injusta, inicua, o absurda pues, en todo caso tendrá que ser obedecida *sic scripta est*»³⁵. El otro no vacila en sostener en sus *Explicaciones*, clásica obra de derecho civil: la judicatura «ha sido creada para aplicarla (la Ley), sea buena o mala»³⁶. Los jueces hicieron suya y muchos mantienen hasta hoy esta afirmación que data de 1879 y puede encontrarse reproducida literalmente aún en 1992³⁷. Legalismo equivale a inmovilismo, parálisis de la judicatura.

La Judicatura más allá del derecho codificado

Esta identificación de los jueces con el legalismo no tiene nada de casual. Es casi inevitable, desde que el derecho codificado y la legislación en general se divorciaron del Derecho Común, en la universidad primero y en la práctica después. El juez quedó desarmado frente a las leyes, sin asidero alguno para reconocer en ellas lo que es derecho y lo que no lo es. Colocado así entre la subsunción y la *aequitas cerebrina*, entre legalismo y arbitrariedad, no tuvo otra opción que el legalismo. Privado del respaldo de la autoridad de los que saben derecho, desapa-

³⁴ HUNEEUS ZEGERS, Jorge. *La Constitución ante el Congreso*, 2 vols., Santiago 1879, p. 273 cfr. 2, pp.254-255.

³⁵ AMUNATEGUI REYES, Miguel Luis, *La formación de los acervos en la partición de una herencia*. Santiago 1889.

³⁶ Ver nota 29.

³⁷ Id. Otros testimonios, NAVARRO BELTRÁN, Enrique «La Judicatura analizada por los Presidentes de la Corte Suprema. Veinticinco años de promesas incumplidas», en *Estudios Públicos*, 54, Santiago 1994.

reció gran parte de su independencia frente a la potestad de los que legislan y mandan³⁸.

Sin embargo, a partir de la década de 1920 las cosas cambiaron. Lo que Morin a falta de mejor denominación llamó *revuelta de los hechos contra el derecho codificado*³⁹, se tornó incontenible. Hoy sabemos que se trata más bien de un vasto y complejo fenómeno de descodificación. La judicatura, en particular la judicatura suprema, se encontró así ante una legislación cada vez más insuficiente y un aluvión de malas leyes, con que los gobernantes intentaban paliar la situación, lo que Ripert en un libro célebre denunció como decadencia del derecho⁴⁰. De ahí que los jueces no tuvieran otro remedio que salir más allá del estrecho marco de los códigos y de las leyes. El legalismo acusa fisuras. Se insinúa así la figura de un *iudex pronus ad aequitatem*.

Estamos, pues, ante un verdadero rebrotar de la *iurisdictio*. Temprana expresión institucional de él fue el recurso de queja. Introducido por la Corte Suprema en forma extralegal, resultó tan eficaz y oportuno que terminó por desplazar a la casación en el fondo. Pero no faltan reacciones retrógradas. El legalismo se resiste a morir. Ultimamente se ha intentado revertir este proceso: sacrificar la queja, que es operante, y volver a la casación, que estaba cada vez más en desuso. Esto es remar contra el viento⁴¹.

³⁸ BRAVO LIRA, *Iudex...* nota 31 cfr. Correa Labra, nota 29.

³⁹ MORIN, Gustave, *La révolte des faits contre le code*, París 1920.

⁴⁰ RIPERT, Georges, *Le déclin du droit*, París 1949. Se habla primero de crisis de derecho y luego de la descodificación. IRTI, Natalino, «L'età de lla decodificazione», en *Diritto e Società*, (1978), ahora en el mismo, *L'età de la decodificazione*, Milán 1979. BRAVO LIRA, Bernardino, «*Iudex minister aequitatis*», nota 30. El mismo «Más allá de los códigos. Derecho indiano y codificación» en *El Mercurio*, Santiago 7 de abril de 1996. GUZMÁN, Alejandro, «Codificación, descodificación y recodificación», en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 30, Santiago 1993.

⁴¹ A comienzos del siglo, la queja a la Corte Suprema era muy poco frecuente. En cambio la casación ocupaba el primer lugar entre las actividades del tribunal. Desde que la Corte admitió la posibilidad de modificar resoluciones judiciales por la vía de la queja, ésta se hizo cada vez más frecuente. Paralelamente disminuyeron los recursos de casación, hasta que, a partir de los años 60 fueron sobrepasados por los de queja, que se convirtieron en la principal actividad del tribunal. En 1975 la Corte vio 824 quejas y sólo 304 casaciones. Ver cuadro y exposición de VICENTE MOLINA, Gonzalo, «*La memoria anual del Presidente de la Corte Suprema, 1919-1976*», Tesis, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 1976. EYZAGUIRRE, José María, «*Memoria del Presidente de la Corte Suprema*,» 1 marzo 1976. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 73, 1976. En 1989 las quejas fueron 1586 y las casaciones 320. Entre 1985 y 1991 el número de quejas fue el triple que las casaciones. Cfr. AYLWIN AZÓCAR Patricio, «*Discurso en su recepción como profesor emérito en la Facultad de Derecho en la Universidad de Chile*», Santiago 1995. Cfr. Corte Suprema, *sentencia* 6 julio 1959, considerando 5 en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 1959, resume la cuestión. ROSALES, Víctor, «*Estudio del recurso de queja referido a la Corte Suprema*», en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 33 1936. Esta jurisprudencia encontró resistencia en algunos autores, ANABALÓN SANDERS, Carlos, *Tratado práctico de derecho procesal*, 2 vol. Santiago 1944 y 1946. ORTÚZAR SOLAR, Antonio *El recur-*

Más significativo es el recurso de protección, establecido en 1976. Restituyó a la judicatura parte de su competencia *a gravamine*, es decir, para amparar a los gobernados frente a excesos de los gobernantes que le había arrebatado el constitucionalismo en nombre de una división de poderes. Para medir el alcance de esta recuperación, baste recordar que en la época del Derecho Común la primera y principal misión de la judicatura era esta competencia protectora y no la civil y criminal⁴². No sin razón, se ha calificado a este recurso «revolución silenciosa»⁴³. Pero también estos avances son resistidos. También hay retrógrados que intentan recortar este recurso y, aunque, con ello, se reduzca la protección de los gobernados frente al gobierno por la judicatura⁴⁴.

Cátedras dos veces centenarias

Tordesillas y Guzmán fueron afortunados. Las cátedras de que ellos fueron los primeros propietarios han vivido y, casi diría, sobrevivido toda esta larga historia, llena de variaciones y vicisitudes. Tordesillas y Guzmán encabezan una dilatada serie de profesores que sin solución de continuidad se prolonga desde 1758 hasta hoy. Este hecho es muy decidor. Sus cátedras corrieron mejor suerte que las similares, más antiguas, de otras universidades hispanoamericanas, como la de México, que pasaron a pérdida en medio del desgobierno del siglo XIX. Por el contrario, como en las mejores universidades europeas, las dos cuentan siglos de vida⁴⁵.

Un minucioso estudio de Javier Barrientos ha establecido que la cátedra de Derecho Romano ha sido servida en estos 240 años por dieciséis profesores⁴⁶. Entre ellos se destacan dos que fueron después Presidentes de la República, Manuel Montt y Juan Esteban Montero, y juristas como Miguel María Güemes y Cosme Campillo. Actualmente la de Tordesillas es servida por la profesora Angela Cattán Atala.

Sobre la de Cánones, que a partir de 1902 se transformó en Historia del Derecho, existe, además del estudio de Barrientos, otro de Jorge Sepúlveda⁴⁷. Desde

so de queja en materia civil. Santiago 1955. MUNTA HERRERA, Eduardo, *Estudio crítico del recurso de queja*, Santiago 1967. ROMÁN DÍAZ, Fernando. «Adiós al recurso de queja. Algunas proposiciones para su reinstauración», en *Revista del Abogado*. Santiago 1996.

⁴² BRAVO LIRA, Bernardino, *El Estado de derecho en la historia de Chile*, Santiago 1996.

⁴³ Por todos SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Santiago 1982. El mismo, «1976-1986. Diez años de recurso de protección (una revolución silenciosa)» en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 83, Santiago 1986, primera parte.

⁴⁴ Corte Suprema, *Auto acordado sobre el recurso de protección*, 4 de mayo de 1998, en *Diario Oficial* Santiago 9 de junio de 1998.

⁴⁵ BARRIENTOS GRANDON, JAVIER, «Primera cátedra de derecho en Chile», en Bravo Lira, nota 16, apéndice. Hanisch, nota 24. Cattán Atala, Angela, «240 años de estudios de derecho en Chile», en *Revista del Abogado* 14, Santiago, 1998.

⁴⁶ BARRIENTOS GRANDON, nota 45. Hanisch, nota 24.

⁴⁷ SEPÚLVEDA, Jorge, nota 24.

1758 hasta el presente ha sido servida por veinticuatro propietarios. Entre ellos figuran, Gaspar Marín, ministro de la Corte Suprema; los eclesiásticos Rafael Fernández Concha, y Crescente Errázuriz, después arzobispo de Santiago, e historiadores de la talla de Jaime Eyzaguirre, quien había obtenido previamente la misma cátedra en la Universidad Católica de Chile.

II PRIMACIA DE LOS ABOGADOS: ESTADO MODERNIZADOR Y CODIFICACION

Estado modernizador

Los comienzos de los estudios de derecho en Chile, a mediados del siglo XVIII coinciden con el despegue del Estado modernizador

Por entonces el país se hallaba consolidado y entraba en una era de grandes transformaciones, promovidas desde arriba por el Estado. Bajo el signo de la Ilustración, se implantaba una nueva forma de gobernar que, en términos generales, persistió hasta la década del 1970. Se entendió que era tarea del poder hacer la felicidad del pueblo. Con este fin, se montó una red de oficinas, como los ministerios y otras reparticiones estatales menores. Nadie se halló más a sus anchas en este aparato estatal que los abogados.

Expresión del nuevo modo de gobernar fue la codificación del derecho. De ahí que el letrado se convirtiera en un hombre clave. Este protagonismo es una constante a lo largo de toda la vida del Estado modernizador, desde la hora de sentar sus bases; bajo la monarquía ilustrada (1760-1810); hasta la de reorganizarlo, tras la independencia, bajo la forma de una república ilustrada (1810-1860) y finalmente en sus ulteriores transformaciones, la república liberal-parlamentaria (1860-1924) y la república intervencionista-presidencial (1924-1973), que cierra el ciclo de este Estado modernizador⁴⁸.

Sus notas distintivas son bien conocidas. Desde temprano se diferencia del Estado judicial de los siglos XVI y XVII. No se contenta con mantener a los gobernados en paz y en justicia. Eso le parece poco. Se propone mejorar sus condiciones de vida, en el lenguaje de la época, promover su felicidad. En consecuencia, inaugura un nuevo modo de gobernar, por ministerios, en lugar del gobierno por consejo, propio del Estado judicial.

Nada refleja mejor la continuidad de este gobierno por ministerios desde el siglo XVIII hasta el XX, que el crecimiento de las instituciones estatales y la codificación del derecho vigente⁴⁹. La multiplicación de los ministerios, oficinas

⁴⁸ Ver nota 1.

⁴⁹ ODOS HESPANHA, Antonio *As Vésperas do Leviathan*, 2 vols., Lisboa 1986, trad. castellana, con notas incompletas Madrid 1989. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires 1992. Bravo Lira, nota 42.

e instituciones estatales, a las que en su fase final (1924-1974) se añaden otras paraestatales, es una constante. También lo es la codificación del derecho, desde las ordenanzas del siglo XVIII -militares, de comercio, minería, intendentes, etc.-, hasta los códigos y constituciones escritas de los siglos XIX y XX.

Edad de oro de la abogacía en Chile

El letrado hizo suyo el ideal del Estado modernizador. Se identificó con su empeño por promover la felicidad pública por la acción del poder. Por eso mismo se convirtió en el más calificado representante del gobierno por ministerio.

Se comprende, pues, que hasta principios del siglo XX la Facultad de Derecho ocupara un lugar prominente dentro de la Universidad. Fue junto con la de Teología, uno de los pilares de la Universidad de San Felipe. Las tres Facultades restantes, Filosofía, Medicina y Matemáticas, tuvieron un papel claramente menor o insignificante. Basta ver el número de estudiantes y de graduados. Esta diferencia se explica porque -como se dijo- los grados de derecho habilitaban para optar a los oficios letrados y los de teología a los eclesiásticos⁵⁰.

En otro trabajo nos hemos referido a los letrados salidos de la Real Universidad. Constituyen la plana mayor del Chile de la primera mitad del siglo XIX, gobernantes, eclesiásticos, magistrados y hombres públicos en general, desde Juan Egaña y el obispo Rodríguez de Zorrilla hasta el canonista Justo Donoso y el Presidente Manuel Montt⁵¹.

El predominio de los abogados se reforzó en la Universidad de Chile, denominación que se dio oficialmente a la de San Felipe a partir de 1839. Aunque mantuvo sus mismas cinco Facultades, que son las que figuran hasta ahora en su sello, la de Derecho pasó a ser, sin disputa, la primera. No sólo porque a ella pertenecía la mayoría de los estudiantes, sino a causa de la fama y figuración de sus catedráticos, muchos de los cuales ocupaban los primeros puestos en la vida pública⁵².

Dos textos clásicos tuvieron vigencia continental, los *Principios de Derecho internacional* de Andrés Bello (1781-1865)⁵³ y las *Instituciones de Derecho canónico americano* de Justo Donoso (1800-1868)⁵⁴. El renombre de la Facultad lo asentaron catedráticos de la talla de un Rafael Fernández Concha (1833-1912), canonista y filósofo del derecho, el constitucionalista Jorge Huneeus Zegers (1835-1889), los procesalistas José Bernardo Lira (1835-1886) y Manuel Egidio Ballesteros (1844-1914) y, no en último lugar, el civilista Luis Claro Solar (1917-1943), ya mencionado.

⁵⁰Para esto y lo que sigue BRAVO LIRA, nota 16.

⁵¹BRAVO LIRA, «La Universidad de Chile...» nota 8

⁵²Id.

⁵³BELLO, Andrés, *Principios de derecho de gentes*, Santiago 1832, sucesivas ediciones bajo el título indicado en el texto, Valparaíso 1844, Caracas 1847, Madrid 1883, Buenos Aires 1976.

⁵⁴DONOSO, Justo, *Instituciones de derecho canónico americano*, Valparaíso 1848-1869, sucesivas ediciones, París 1854, Santiago 1861-1862, Friburgo Brisgovia 1909.

Chile se convirtió entonces en uno de los focos de esa cultura de abogados, que predomina en Hispanoamérica por lo menos hasta mediar el siglo XX. El letrado, formado en las Facultades de derecho, pasó a ser el mejor capacitado para entender y manejar los asuntos de gobierno. Casi podría decirse, que, como hombre público, relegó de hecho a los demás, a los legos en derecho, a la condición de ciudadanos de segunda clase⁵⁵.

En otras palabras, la época del Estado modernizador fue la edad de oro de los estudios de derecho y de la abogacía en Chile. Su prestigio y su peso en la vida nacional no tuvieron comparación. Más allá de las fronteras esta cultura de abogados era común a toda Hispanoamérica. Por encima de su multiplicidad el derecho manifestaba la unidad entre estos Estados, no menos que la lengua y la mentalidad, testimoniaban la de los pueblos mismos.

Nuevas Facultades de Derecho (1865-1953)

El auge de la abogacía llega a su punto culminante en el último cuarto del siglo XIX. Entonces se fundan nuevos cursos, escuelas y Facultades de derecho en Santiago y fuera de la capital. A la de la Universidad de Chile se añadieron, cursos de leyes en el Liceo de Concepción (1865) y dos en Valparaíso -antecedentes de dos Facultades actuales: de las universidades Católica de Valparaíso y de Valparaíso- y, una segunda Facultad en la capital, la de la Universidad Católica de Chile, cuyos cursos se iniciaron en 1889.

Largo sería reseñar la consolidación y peso en la vida nacional de estas cuatro nuevas Facultades hasta que les fue reconocida su plena autonomía en 1953.

En Concepción, inauguró los estudios en 1865, con una lección de derecho romano, Antonio Soto, primer y, por un tiempo, único catedrático. Sucesores suyos en dicha cátedra fueron Francisco de Paula Salas (1878-1894), Víctor Manuel Rioseco, Pablo Vergara Soto Glen y Luis Herrera Reyes (1938-1976). Primer titular de Derecho Canónico fue Absalón Cifuentes (1877-1884). Le siguieron Anselmo Blait (1887-1900) e Ismael Méndez (1900-1907). Su sucesor, Pedro Nolasco Cruz, fue el primero de Historia del Derecho. Renovó a docencia, al oponer al método exegético en boga otro que fuera más allá de los códigos. En esta cátedra la gran figura fue, sin duda, Luis David Cruz Ocampo. Entre sus sucesores se destaca Alfonso Urrejola Arrau y Telmo García Durán (1952 adelante)⁵⁶.

No deja de ser significativo el hecho de que la primera Facultad de la Universidad Católica fuera la de Derecho. Por tener su sede en la capital, pudo contar entre sus profesores a los mejores juristas de la época y mantener estrechos vínculos con la Universidad de Chile. Así se vio desde el principio. El primer

⁵⁵ Steger «Die Bedeutung...», nota 7 BRAVO LIRA «Universidad de Chile...» nota 8

⁵⁶ *El curso de Leyes de Concepción*, Concepción 1915. Debo su conocimiento a gentileza del Prof. de Historia Constitucional D. Sergio Carrasco Delgado. BAEZA MARAMBIO, nota 4, FUENZALIDA PEREYRA, Jorge, *Un siglo de estudios jurídicos en Concepción 1865-1965*, Concepción 1965.

decano, José Clemente Fabres (1826-1908), acababa de dejar el mismo cargo en dicha casa de estudios. No pocos catedráticos enseñaron en ambas Facultades. Tal fue el caso, en Derecho Romano de Cosme Campillo y de Rafael Raveau, y en Historia del Derecho, de Carlos Silva Cotapos y Jaime Eyzaguirre⁵⁷.

Los dos cursos, luego Facultades, de Valparaíso mostraron rara vitalidad. En el más antiguo (1898-1901 y 1903 adelante), que terminó por incorporarse en 1947 a la Universidad Católica. Los primeros catedráticos de Derecho Romano fueron Bernardo Solar Arana y Manuel Merino. El segundo egresado de esta Escuela que recibió el título de abogado, Rafael Raveau Soulés, ya nombrado, llegó a ser el más destacado romanista de su tiempo en Chile. Autor de un texto de gran acogida, dictó cursos, en su Facultad de origen y en las dos de Santiago. Catedrático de Derecho Canónico e Historia del Derecho fueron sucesivamente Calmes, Rafael Gandolfo Baron, Osvaldo Lira Pérez y más tarde Enrique Molina López⁵⁸.

El otro curso se abrió definitivamente en 1911 (1896-1901) y desde 1981 pasó a formar parte de la Universidad de Valparaíso. Tuvo como catedrático de Derecho Romano, por más de tres décadas, a Exequiel Camus Valdés. Paralelamente, los primeros profesores de Historia del Derecho fueron el alemán Carlos Rudolph (1852-19.?), Ruperto Bahamonde Rivera (1862-1926) y Osvaldo Bordalí. Algunos catedráticos publicaron textos de sus cursos que tuvieron amplia acogida, por ejemplo los manuales de Derecho Civil de Victorio Pescio Vargas y de Ramón Meza Barros, los tratados de Derecho Penal de Gustavo Labatut Gléna y de Derecho Procesal de Carlos Anabalón⁵⁹.

Ocaso del Estado modernizador y de la abogacía (1953-1973)

Desde mediados de siglo, los egresados de las flamantes Facultades de Economía comenzaron a disputar su protagonismo en la vida pública a los abogados. Asumieron puestos directivos en el Estado modernizador. Fueron un factor decisivo en su transformación de liberal parlamentario en intervencionista presidencial.

La era de los Presidentes letrados tocó a su fin. En los 46 años que corren entre 1952 y 1998, hay tan sólo dos presidentes abogados, de un total de siete, los cuales cubren en total diez años: Eduardo Frei Montalva (1964-1970) y Patricio Aylwin (1990-1994). En cambio, durante casi un cuarto de siglo gobiernan presidentes militares, Carlos Ibáñez (1952-1958) y Augusto Pinochet (1974-1990).

⁵⁷ Por todos, Universidad Católica de Chile, *Bodas de oro 1888-1938*, Santiago 1938. KREBS WILCKENS, Ricardo y otros, *Historia de la Universidad Católica de Chile, 1888-1998*, 2 vols., Santiago, 1994.

⁵⁸ HERNÁNDEZ ROBERTO, *El Curso de leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso*, Valparaíso 1932. BAEZA MARAMBIO, nota 5. GARCÉS GUZMÁN, Rodolfo, *Crónica de medio siglo*, Valparaíso 1979. MERELLO ARECO, Italo y SALINAS ARANEDA, Carlos, «Cien años del Curso de Leyes de los Sagrados Corazones», en *El Mercurio de Valparaíso*, 6 de abril de 1994.

⁵⁹ BAEZA MARAMBIO nota 4, GUZMÁN ESCOBAR, Oscar, *La Escuela de Derecho de Valparaíso. Semblanza histórica 1911-1961*, Valparaíso 1961. PEDRAL, Antonio; NAVARRO, Horacio y TOPASIO Aldo, *La Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, Valparaíso 1982.

Los once años restantes se los reparten dos ingenieros, Jorge Alessandri (1958-1964) y Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994 adelante), y un médico, Salvador Allende (1970-1973)⁶⁰.

Esta fase se caracteriza por una nueva manera de plantear la modernización. Se divide a los países en desarrollados y no desarrollados y, según esto, se equiparan entre sí modernización y desarrollo, entendido como reproducción en el propio país de un modelo ya realizado fuera por las potencias industrializadas⁶¹. El papel del Estado se concreta en promover su implantación. De esta manera, el Estado modernizador ingresa en la etapa intervencionista y presidencial, que es también la final. Su máxima expresión fueron las grandes planificaciones globales de la segunda mitad de la década de 1960⁶².

En contraste los estudios jurídicos parecen anquilosarse. Frente a los cambios de todo orden en la vida nacional e internacional, no se atina sino a clamar y reclamar modificaciones legales para apuntalar el derecho codificado⁶³. La cultura de abogados deja de ser dinámica y eficiente. Un análisis de ella, al comenzar la década de 1990, concluye que permanece anclada en la creencia en el monopolio y omnipotencia de la ley como fuente del derecho⁶⁴. El abogado se reduce así a un perito legal, incapaz de abordar situaciones nuevas. La iniciativa pasa, entonces, a otros, más dinámicos y emprendedores: economistas, ingenieros, políticos de partido, etc.

No es extraño que la actitud frente a los letrados y la consideración de que gozaban, cambiara sensiblemente. Las grandes planificaciones globales marcan el fin del multipartidismo en Chile⁶⁵. Lo que representó un golpe contra la prima-

⁶⁰ Ultimamente. BRAVO LIRA, Bernardino, «Presidente y gobierno en Chile. De la monarquía a la monocracia», en *Revista Chilena de Historia y Geografía* 161, Santiago 1994-1995.

⁶¹ GÓNGORA DEL CAMPO, Mario «Materialismo neocapitalista, el actual ídolo del foro», en *Dilemas* 2 Santiago 1966, ahora en el mismo, *Civilización de masas y esperanza*, Santiago 1987.

⁶² GÓNGORA DEL CAMPO, Mario, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, Santiago 1981.

⁶³ Al respecto es ilustrativa la bibliografía sobre crisis del derecho. LIRA URQUIETA, Pedro. *La crisis del Derecho* (1934), en *Temas universitarios*, Santiago, 1945, pp. 77-96. El mismo, *De la necesidad de refundir y modernizar nuestra legislación*, Santiago, 1958. NOVOA MONREAL, Eduardo. «La crisis del sistema legal chileno», en *Mensaje* 134, Santiago 1964 y en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 62, Santiago 1965, ahora en, El mismo, *Una crítica al derecho tradicional*, Santiago 1993. VELASCO LETELIER, Eugenio, *El Derecho y los cambios sociales*, Santiago 1968. Otro enfoque, OLGUÍN BUECHE, Adriana, *Las lagunas de la ley y el arbitrio judicial*, Valparaíso, Santiago 1936. SILVA FERNÁNDEZ, Pedro, «el arbitrio judicial ante el código civil», en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 38, Santiago 1941 BRAVO LIRA, Bernardino, *La positividad del Derecho*, ibid 62, Santiago 1965 con bibliografía. SALVAT MONGUILLOT, Manuel. *Necesidad de la perspectiva histórica en los estudios de Derecho*, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad de Chile, 7, Santiago 1967; hay separatum.

⁶⁴ SQUELLA, Agustín, «La cultura jurídica chilena» en El mismo (editor) *La cultura jurídica chilena*, Santiago 1992, esp. p. 35. Cfr. «Discurso...» nota 29.

⁶⁵ VÉLIZ, Claudio «Continuidades y ruptura en la historia chilena. Otra hipótesis sobre la crisis

cía de los abogados como hombres públicos por excelencia. Ellos componían un espectro más amplio incluso que todos los partidos juntos. Los Presidentes en cambio gobiernan con el o los partidos que los eligieron y sólo consideran confiables para realizar su programa a sus afiliados. Los cargos públicos, desde Ministro de Estado para abajo se reparten entre ellos. Los demás chilenos, pasan a ser espectadores ciudadanos de segunda categoría, que pagan impuestos y votan, pero, excluidos de hecho, de las tareas de gobierno y de los puestos estatales y paraestatales. De esta suerte, los hombres del o los partidos gobernantes desplazan a los hombres de derecho en el gobierno y las instituciones oficiales.

En los medios gobernantes, se mira a los abogados con desconfianza, como retardatarios, cuando no como un estorbo, a causa de su mentalidad legalista. Dentro de las planificaciones globales, a lo sumo se 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*. Lo que importa a los gobernantes no es atenerse al derecho, sino dar con algún procedimiento legal que legitime su actuación⁶⁶. Es la época de los *resquicios legales*⁶⁷.

El propósito de substituir la legalidad vigente por otra más conforme con la propia ideología, lleva a una verdadera disociación de la legalidad. Para abrir paso a la que se pretende imponer: se echó mano de consignas importadas del extranjero, «legalidad formal», «legalidad sobrepasada», o incluso, «violencia institucionalizada» (a través de la legalidad) o «inmanente al sistema» (legal)⁶⁸. Como remedio para tales situaciones propuso las mencionadas «*revolución en*

chilena de 1973», en *Estudios Públicos* 12, Santiago 1983. BERTELSEN REPETTO, Raúl, «La crisis del constitucionalismo chileno» en *Cruz del Sur* 1, Valparaíso 1975, BRAVO LIRA, Bernardino *Regimen de gobierno y partidos políticos en Chile (1924-1973)*, Santiago 1978.

⁶⁶ BRAVO LIRA, nota 42.

⁶⁷ NOVOA MONREAL, nota 63. El mismo, «Vías legales para avanzar al socialismo», en *Revista de Derecho Económico* 33-34, Santiago 1971. El mismo, «El difícil camino de la legalidad», en *Revista de la Universidad Técnica del Estado* 7, Santiago 1972, ahora estos dos trabajos en, El mismo, *Los resquicios legales*, Santiago 1992, apéndices I y II. RODRÍGUEZ ELIZONDO, José, «La violencia institucional», en *Revista de la Universidad Técnica del Estado* 4, Santiago 1970. El mismo, «Chile, la Revolución y la ley», en *Principios* 43, Santiago 1972. Un análisis de los planteamientos anteriores, y de sus aplicaciones de hecho. ARRIAGADA, Genaro, *De la vía chilena a la vía insurreccional*, Santiago 1974. GARAY VERA, Cristián, «Vía chilena hacia el socialismo. Innovaciones en el leninismo» en *Revista de Derecho Público* 41-42, Santiago 1987. SOTO KLOSS, Eduardo y ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La destrucción del Estado de derecho, 1970-1973*, ibid 53-54, 1993.

⁶⁸ La tesis de la violencia institucionalizada fue lanzada por François Houtart en Lovaina por los años 50. BRAVO LIRA, *Nueva institucionalidad. Medio siglo de trayectoria institucional en Chile 1924-1973* en *Portada* 43 Santiago 1973, ahora en el mismo, *De Portales a Pinochet, Gobierno y Régimen de gobierno en Chile*, Santiago 1985, El mismo, nota 65, esp. p. 159 y p. 311 nota 249.

libertad» o «*vía legal hacia el socialismo*». Tal vez nadie expresó mejor que el Presidente Allende esta disociación de la legalidad. En su primer mensaje al Congreso Pleno en 1971 no vaciló en advertir: «Del realismo del Congreso depende en gran medida que a la legalidad capitalista suceda la legalidad socialista, conforme a las transformaciones socioeconómicas que estamos implantando, sin que una ruptura violenta de la juridicidad abra las puertas a arbitrariedades y excesos que responsablemente queremos evitar»⁶⁹.

III

LOS ABOGADOS ANTE EL DESAFÍO DE LA DESCODIFICACION

Estado subsidiario y novísimas Facultades de Derecho (1981 adelante)

Con estas planificaciones globales, llega a su fin en la década de 1970 el Estado modernizador. Más que nada se trata del ocaso de un ideal. Se abandona, no sin pena, el sueño del Estado promotor de la felicidad de la población y, que, por ende, regula y controla de sus actividades. Por la acción combinada de economistas y gobernantes el Estado renuncia la pretensión dieciochesca de dirigir desde arriba la vida colectiva. En lugar de eso, apela a la iniciativa y empuje de las personas y organizaciones intermedias para sacar adelante al país. De esta suerte al ideal de Estado modernizador sucede otro de Estado subsidiario, de dimensiones y radio de acción más reducidos. Expresión de este redimensionamiento son las privatizaciones y, sobre todo, el rebrotar de las organizaciones intermedias⁷⁰.

Los economistas tuvieron un papel clave en este vuelco. Si la Escuela de Economía de la Universidad de Chile había fundamentado la fase final del Estado modernizador, estatista e intervencionista, conforme a las teorías del desarrollo, de la dependencia y de la modernización, la Escuela de Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile rompió abruptamente con ellas y fundamentó, en cambio, el giro hacia un Estado subsidiario⁷¹.

En principio, esta reducción del papel del Estado es favorable a los abogados, pues tiende a dilatar su campo de acción. De hecho, la subsidiaridad del Estado y el juego del mercado no pueden operar sin la Judicatura. Sólo su primacía, permite limitar eficaz y oportunamente la arbitrariedad de la burocracia y los excesos del mercado. El tema, ciertamente, da para mucho y es actualmente uno de los más cruciales. Aquí sólo puede quedar enunciado.

⁶⁹ ALLENDE GOSSENS, Salvador, *Primer Mensaje del Presidente al Congreso Pleno, 21 de mayo de 1971*. Santiago 1971. Sobre la disociación de legalidad, BRAVO LIRA, notas 65 y 42.

⁷⁰ Ver nota 2

⁷¹ FONTAINE ALDUNATE, Arturo, *Los economistas y el presidente Pinochet*, Santiago 1988. VALDÉS, Juan Gabriel, *La Escuela de Chicago: operación Chile*, Buenos Aires 1989. BARAONA, Pablo, «Chile en el último cuarto de siglo. Visión de un economista» en *Estudios Públicos* 42. Santiago 1991. PIÑERA ECHENIQUE, José, «Chile: el poder de una idea» en Levine, Barry (comp) *El desafío neoliberal*, Bogotá 1992. Casagne, nota 2, Bravo Lira, nota 2.

Tal vez se relacione con esto el actual interés por los estudios jurídicos y la súbita multiplicación de las escuelas y Facultades de Derecho, al favor del nuevo estatuto de las universidades de 1981. A las cinco Facultades que conocemos, se añaden cerca de treinta novísimas⁷². También se diversifican las cátedras, para abarcar nuevas materias. Pero nada de esto disminuye la significación de las dos primordiales, Derecho Romano y Derecho Canónico, -hoy Historia del Derecho- que son el quicio de la formación jurídica. Antes bien, las torna más indispensables aún. A medida que crecen las ramas del árbol, se torna más imperioso fortalecer su tronco y las raíces que las sostienen. Profesores para otras materias cabe hallar entre los abogados en ejercicio, en cambio un romanista o un historiador del derecho no pueden improvisarse.

Este hecho nos devuelve a esas dos cátedras cuyos comienzos conmemoramos, y que, en las universidades europeas, desde sus orígenes hasta hoy, constituyen el eje, o mejor, el cañamazo de los estudios de derecho

Los estudios jurídicos desde 1981 en adelante

No se trata de volver la vista al pasado, sino un abordar un tema eminentemente actual. Según Carmen Paz Valenzuela entre más de 40 Facultades y Escuelas de derecho que existen actualmente en Chile se disciernen claramente dos niveles. La línea divisoria corre precisamente por estas cátedras fundamentales: «Las de primer nivel que son aquellas que entregan al alumno todas las materias que son propias de nuestra carrera y otras de segundo nivel, entregan uno o dos años de nivelación o resumen de lo que el alumno debería aprender y saber de derecho»⁷³.

Unas cuentan con Derecho Romano y Historia del Derecho, que, como se dijo, subrogó a Derecho Canónico. Pero hay otras que, en cambio, no han logrado asomarse por encima del derecho vigente. Allí no se conoce otra cosa que los llamados ramos de código, y su *deus ex machina*, el Legislador, omnipotente y omnisciente. Sumidas en el país legal, estas escuelas o facultades permanecen al margen del país real de las instituciones y de la vida jurídica. En otras palabras, allí a lo más se preparan prácticos del derecho, sin otro horizonte que la constitución y las leyes, por cuyos orígenes, fundamento y sentido ni siquiera se preguntan. Les basta la fachada, el dato, el texto, el *iussum*. Parecen ajenas al imperativo, proclamado a principios de siglo en pleno apogeo del positivismo legal, de ir *más allá de los códigos*. En tales condiciones, tampoco pueden formar, conforme a la expresión de Valentín Letelier, otra cosa que *fedantes y procuradores*⁷⁴.

La expresión no tiene nada de peyorativo. Sin duda, oficios, como los de notario o de tramitador, muy necesarios y respetables. Requieren conocimientos jurídicos, pero no los mismos de un abogado o de un jurista. Así sucede en múltiples

⁷² BRAVO LIRA, nota 16

⁷³ VALENZUELA, Carmen Paz, *Carta*, Santiago, diciembre de 1997. Cattan, nota 45.

⁷⁴ LETELIER, Valentín. «Memoria del Rector de la Universidad de Chile» 1909, en *Anales de la Universidad de Chile*, Santiago 1909 pp. 138 ss.

campos de la actividad humana, donde también se perfilan diversos niveles o grados. Guardando las distancias, nadie confunde las tecnologías con las ciencias correspondientes. Sin despreciar una ni otra, no es el mismo nivel del mecánico o del plomero, que el del físico o del ingeniero. Es claro que el país precisa de todos ellos, pero no pueden equipararse. Así, tampoco, pueden equipararse los estudios de un juez o de un abogado con los de un práctico del derecho. A cada uno, lo suyo.

Por lo demás, la cuestión no parece demasiado crucial. Es difícil que este tipo de estudios jurídicos de segundo orden vaya a mantenerse por mucho tiempo. O bien, se quedará atrás, en relación a los de primer nivel, y desaparecerá, o bien, subirá de categoría, como en algún caso parece ocurrir.

Decodificación y Derecho Común

Actualmente todo parece llevar al Derecho Común. En la Europa continental, su estudio están de alza⁷⁵. En el mundo anglosajón, del *common law*, nunca se lo sacrificó a un derecho nacional codificado. Por eso allí la cuestión no es vital. En los países de derecho codificado, en cambio, se ha comprendido, al igual que en Hispanoamérica, desde la Segunda Guerra Mundial, que los diversos derechos nacionales -de Alemania, Francia, Italia etc.-, tienen más en común que de diferente. A la postre, los elementos primarios, desde delito, pena, contrato, indemnización hasta oficio, oficina, impuestos y demás, son los mismos en todos ellos. Como las palabras en un idioma, están acuñados, de suerte que, tanto al legislador como al hombre común sólo le es posible moverse dentro de este universo jurídico, anterior y, en cierto modo, superior a ellos.

Nada de esto es de fortuito. Así como nadie inventa su propia lengua, tampoco puede inventar su derecho. A lo más, cabe usar con propiedad los recursos idiomáticos o jurídicos y forjarse con ellos un estilo propio. En este sentido cabe comparar a los juristas del Derecho común, con los clásicos de la lengua, son siempre actuales como puntos de referencia.

De ahí que, aunque abordemos el tema con ocasión de un aniversario, no estamos ante una historia pasada, que sólo puede evocarse, sino ante una realidad vital y viviente. Así lo atestigua el actual florecer de Derecho Romano y de la Historia jurídica en Europa continental e Hispanoamérica. Los cambios y transformaciones de las últimas décadas, en los hechos y en el derecho desgastan y dejan atrás en muchos aspectos al derecho codificado, pero en ningún modo al Derecho Común. Por el contrario, sus métodos, principios y supuestos se vuelven más actuales que nunca en estos tiempos de decodificación, a la hora de satisfacer las necesidades y aspiraciones de un mundo que algunos califican de postmoderno.

La decodificación pone en marcha una radical renovación de los métodos y

⁷⁵ CAPPELLETI, Mauro (ed.), *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruselas 1978, con trabajos de quince especialistas.

formas de trabajo del jurista y en general de los hombres de derecho. El predominio de la dogmática, de la exégesis y la *subsunción* que caracterizó a la época del derecho codificado, cede paso a los avances de tóptica, la jurisprudencia y la *iurisdictio*. Por este camino, se ha dicho, no podemos menos que topar de nuevo con el Derecho Común, del que se nutren los derechos codificados de Europa continental y América hispánica⁷⁶.

Con el *ius commune* sucede algo parecido a lo que en las lenguas romances con los vocablos y giros gramaticales. Los autores y obras de punta, más audaces y creadores, dejan atrás formas y maneras de otras épocas, pero no pueden dejar atrás la lengua misma, la trama nolatina de su propia habla romance.

Escuela chilena de historiadores del derecho

En el área histórico-jurídica Chile se halla en primera línea de la investigación. Basta consultar las bibliografías internacionales para comprobar el volumen de estudios publicados en el país y en el extranjero por especialistas chilenos, su participación en institutos y congresos internacionales⁷⁷ y la difusión de la *Revista Chilena de Historia del Derecho* editada por la Universidad de Chile desde 1969 y de la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* editada por la Universidad Católica de Valparaíso, desde 1976.

En verdad, en ninguna otra área del derecho tiene Chile una presencia internacional tan acusada. Sin duda algunos juristas chilenos son conocidos más allá de las fronteras, pero no, como en el caso de la llamada *Escuela chilena de historiadores del derecho*, cuya producción científica es conocida y reconocida en más de un aspecto como señera⁷⁸. No en vano ha sido discernido en tres ocasiones a investigadores chilenos el Premio Levene, que distingue a la obra más relevante en derecho indiano publicado en el trienio anterior. Es de notar que las dos últimas

⁷⁶ Ver nota 40.

⁷⁷ BERNAL DE BUGEDA, Beatriz, «Historiografía jurídica hispanoamericana en el siglo XX» en *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, 2 vols., México 1979, 2 pp. 43 ss. DE LA HERA, Alberto; BARRERO, Ana María y MARTÍNEZ DE CODES, Rosa María, *La Historia del Derecho Indiano*, Madrid 1989, registran entre 1966 y 1989 más de medio centenar de trabajos de autores chilenos. Un panorama de esta literatura con motivo del trigésimo aniversario de la revista: «Treinta años, 1959-89» en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 15, Santiago 1989. BESADRE AYULO, Jorge, «Nociones elementales sobre la historiografía jurídica y su incidencia en el Derecho peruano» en RODRÍGUEZ PASTOR, Carlos, *Libro homenaje a Lima*, Lima 1992. SANCHEZ BELLA, Ismael, DE LA HERA, Alberto y DÍAZ REMENTERÍA, Carlos, *Historia del Derecho Indiano*, Madrid 1992. MARTÍNEZ BAEZA, Sergio, «Una cátedra en auge», en *El Mercurio*, Santiago, 27 de agosto de 1997. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Buenos Aires 1997.

⁷⁸ DOUGNAC, Antonio, *Alamiro de Avila Martel, cofundador de la Escuela Chilena de historiadores del derecho*. Santiago 1989. MARTÍNEZ BAEZA, Sergio «Del derecho indiano al Derecho Común. La Escuela chilena de historiadores del Derecho» en *El Mercurio*, Santiago 23 de junio de 1996.

veces recayó precisamente en investigaciones sobre Derecho Común en el Nuevo Mundo y en México⁷⁹.

Este nivel no se improvisa ni se alcanza y mantiene por casualidad. Supone que los romanistas e iushistoriadores chilenos no se contentan con estar al día de lo que se hace en otras latitudes. Trabajan en estrecho contacto con los especialistas de otros países, lo que, en algunos temas les ha valido, una reconocida autoridad.

Es alentador comprobar cómo, al cabo de casi dos centurias y media, las más antiguas cátedras de derecho, se cuentan entre las más dinámicas. Los cambios de este fin de siglo, lejos de aplastarlas, parecen reponerlas en el sitio que tuvieron originalmente. Tal vez, valga, al menos para las mejores Facultades de Derecho chilenas, aquellas a las que se califica como de primer nivel, el símil de Pedro Prado: aves de largo vuelo, son sólo aquellas que no pierden contacto con su nido primitivo.

⁷⁹ MARTÍNEZ BAEZA, Sergio, nota 78. Cattán, nota 45.