

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

SOBRE LA IMPORTANCIA DE LAS LLAMADAS FUENTES MATERIALES.

ESTUDIO DE UN ASPECTO DE ACTUALIDAD

ALUMNO: OSVALDO ALEXIS VALDÉS CELEDÓN.

PROFESOR GUÍA: ANTONIO PEDRALS GARCÍA DE CORTÁZAR.

PROFESOR INFORMANTE: ALDO TOPASIO FERRETTI.

Dedicatoria.

Al finalizar esta enorme labor, no me queda más que agradecer a todos los que me han ayudado y apoyado en tan arduo trabajo:

Mención especial para mis padres, Osvaldo y Margarita, a los cuales agradezco infinitamente, gracias a ellos soy lo que soy y gracias a su apoyo y ayuda incondicional, he podido finalizar mi carrera. Gracias padres de corazón.

También le agradezco a mis hermanas, Paulina y Beatriz, por su colaboración y buenas intenciones deseadas en la elaboración de esta memoria y en el estudio de toda mi carrera. Gracias hermanitas.

Por último, y para finalizar le doy las infinitas gracias a mi hijo Cristóbal, por ser esa luz que cada mañana de mi vida me ilumina. Te amo hijo mío.

Y por supuesto, como olvidarme de ti Karencita, mi fiel compañera, gracias por acompañarme, soportarme y ser mi compañera y madre de mi hijo por estos largos 8 años, que han sido muy felices a tu lado. Te amo.

INTRODUCCIÓN

Esta memoria titulada **“SOBRE LA IMPORTANCIA DE LAS LLAMADAS FUENTES MATERIALES. ESTUDIO DE UN ASPECTO DE ACTUALIDAD”** busca dar una mirada actual a las fuentes materiales en su conjunto, pues el pensamiento jurídico tradicional tiende a ver al Derecho sólo como un conjunto de “fuentes”.

En el curso del pensamiento jurídico se han ido acumulando visiones normativistas, conductivistas, valorativas, tridimensionales, etc. Todas ellas suman y armonizan en una visión “procesal”, en la cual la realidad del Derecho aparece como un conjunto de procesos integrado por personas, conductas, fuentes, cosas, etc.

El En el desarrollo de la memoria y para una mayor comprensión, dividí el análisis del tema en tres capítulos:

El **Capítulo Primero**, titulado **LAS FUENTES MATERIALES EN LA TEORÍA**, tiene por objeto dar una mirada general al concepto de Fuentes del Derecho. Acá se busca dar una mirada amplia al concepto de fuente, decantándolo en lo que tradicionalmente se entiende por fuentes formales y materiales del Derecho, para luego concluir con las clases y forma de determinar a las Fuentes Materiales del Derecho.

El Derecho se asemeja mucho a un “proceso judicial”, y éste es uno de los objetivos principales del **Capítulo Segundo**, titulado **LA VISIÓN DEL DERECHO COMO “PROCESO”**. En él se quiere dar a conocer algunas definiciones de lo que se entiende por Derecho, junto con los distintos enfoques del mismo, para concluir con sus elementos y su funcionamiento.

Para terminar el **Capítulo Tercero**, titulado **FUENTES MATERIALES Y PROCESO JURÍDICO** describe las principales características de las fuentes materiales en relación con los fenómenos actuales de la globalización, la modernidad y del desplazamiento del poder en la sociedad actual junto con sus consecuencias. Para finalizar, se analizan dos casos

relevantes en relación a la influencia de las Fuentes Materiales en la legislación actual, aspectos influyentes en materia económica y social.

En definitiva, esta memoria busca dar una visión global y actual a lo que se entiende por Fuentes Materiales del Derecho y su relación con el complejo y cambiante “Proceso jurídico”.

CAPÍTULO PRIMERO.

LAS FUENTES MATERIALES EN LA TEORÍA

1.- NOCIÓN PRELIMINAR.

Antes de empezar a referirnos a las fuentes materiales del derecho, primeramente es necesario establecer lo que históricamente se ha entendido por la palabra "Fuente". En un sentido original, fuente es el origen,

nacimiento o causa del caudal que a partir de ella corre. Por ello, la mayor parte de los autores definen a las “fuentes” como el origen, causa o nacimiento del derecho, o también manifestación o exteriorización del mismo.¹

Desde otro punto de vista, cuando nos preguntamos por los factores que dan origen al Derecho, podemos responder desde distintas perspectivas:

a.- Por un lado, desde un punto de vista filosófico, cuando nos preguntamos por el origen del Derecho lo hacemos en términos de su justificación o atendiendo a los principios o factores que se pueden considerar como constitutivos del derecho en general.

b.- Por otro lado, desde un punto de vista socio-político el origen del Derecho es entendido como el conjunto de factores de orden histórico, económico, social y político que influyen en la producción de las normas jurídicas. En este sentido, por ejemplo, podemos preguntarnos cuales son las fuerzas sociales que, en el marco de una organización jurídica, producen normas. Aquí se está utilizando la palabra fuente desde la perspectiva de las fuentes materiales del Derecho.

c.- Por último, desde un punto de vista jurídico formal, se consideran como fuentes del Derecho a los modos de producción del Derecho, esto es, a la idea de que son las propias normas jurídicas las que establecen cómo se

¹ Aftalión, Enrique R; García Olano, Fernando; Vilanova, José. *Introducción al Derecho*, Tomo II.

producen otras normas jurídicas. En este sentido, se está hablando de fuentes formales del derecho.²

A partir de estos puntos de vista, podemos señalar que las normas jurídicas provienen de determinados actos de producción normativa que ejecutan, órganos, autoridades o personas autorizadas para producir tales normas. Según este enunciado, podemos señalar que en presencia de una norma o de un conjunto de ellas, es posible identificar siempre quién la produjo e identificar y situar el acto por medio del cual tuvo lugar su producción.

Sin embargo, no obstante establecer el origen o procedencia de una norma (desde un punto de vista formal) podemos “rastrear” su origen más allá del acto formal que la produjo y de la voluntad concreta de quién ejecutó el correspondiente acto de creación, hasta llegar incluso a descubrir uno o más factores que influyeron en el hecho de la producción de la misma norma y, asimismo, en el contenido de que se la dotó al momento de producirla. (Acá hablamos desde el punto de vista material)

Sin embargo, el problema de las fuentes no se resume solamente a la diferencia entre fuentes formales y materiales del derecho, puesto que la mayoría de los autores se dedican a inspeccionar y desentrañar el significado de la palabra “fuente del derecho” desde una amplia gama de visiones, las cuales son abordadas de manera más o menos simplificada en el siguiente capítulo.

² De Lucas Javier y otros, Introducción a la Teoría del derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, Capítulo 9, pag.246

2.- LA TEORÍA DE LAS FUENTES. CLASES DE FUENTES.

En la literatura jurídica con la expresión “fuente del derecho” se alude al origen de las normas jurídicas y a su fundamento de validez. Sin embargo, existe una problemática en cuanto al significado de esta expresión, lo cual se debe a su ambigüedad en lo que se refiere a la expresión “fuente del derecho”. Federico de Castro, advierte en este sentido “la palabra fuente es, en sí, causa de equívocos por la pluralidad de sentidos que tiene en el uso del lenguaje; al unirse al vocablo derecho, -añade- “produce una variedad de conceptos que, con mayor gravedad, originará confusiones para la doctrina jurídica.³

A modo de planteamiento de la problemática de las fuentes del derecho, el profesor Legaz y Lacambra distingue los siguientes sentidos en que viene utilizada dicha expresión:

- a) Fuente del conocimiento de lo que históricamente es o ha sido Derecho (antiguos documentos, colecciones legislativas, etc);
- b) Fuerza creadora del derecho como hecho de la vida social, la naturaleza humana, el sentimiento jurídico, la economía, etc;
- c) Autoridad creadora del derecho histórico o actualmente vigente (Estado, Pueblo);
- d) Acto concreto creador del derecho (legislación, costumbre, decisión judicial, etc);

³ Castán Tobeñas José, orientaciones modernas en materia de fuentes del derecho privado positivo, Ed. Bosch, Madrid, España, 1940, pag. 116.

- e) Fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de Derecho;
- f) Forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, reglamento, costumbre;
- g) Fundamento de un derecho subjetivo.⁴

Estos distintos significados podrían seleccionarse con arreglo a 2 categorías: Fuentes internas y fuentes externas. Fuentes internas de derecho son los factores de los que proceden las normas jurídicas, es decir, la autoridad que las crea y, en general, las causas que suministran la materia de las normas; fuentes externas son las formas en que aparecen las normas, tanto las formas de manifestarse como las formas manifestadas.⁵

No obstante lo señalado con anterioridad, diversos autores han señalado una serie de clasificaciones a las fuentes del derecho, que no solo se circunscribe a las llamadas fuentes formales y fuentes materiales del derecho, sino a otras clases, por ejemplo, Stammler clasificaba las fuentes en originarias y derivadas; Gurvitch, en primarias y secundarias, Geny en formales y no formales, Nawiasky, en escritas y no escritas. Goldschmidt, distingue, al igual como lo hacía Clemente de Diego, en fuentes reales y fuentes del conocimiento del derecho.⁶

⁴ Legaz y Iecambra Luis, Introducción a la Ciencia del derecho, Ed. Bosch, Barcelona, España, 1979, págs.. 509 y 510.

⁵ Legaz y Iecambra Luis, Filosofía del Derecho, Ed. Bosch, Barcelona, España, 1953, pág.. 380.

⁶ Álvarez Gardiol Ariel, Introducción a una Teoría General del Derecho, Ed. Astrea, Bs. Aires, 1986, Págs. 104 y 105.

Sin embargo, la doctrina se refiere a la siguiente clasificación de fuentes, la cual ha sido aceptada mayoritariamente, debido a su incidencia en la comprensión de la estructura del ordenamiento jurídico. Esta clasificación ha sido utilizada por el profesor Marina Gascón:

1.- Fuentes –acto y fuentes –hecho

Este criterio clasificatorio utiliza para distinguir entre una y otra, el factor de producción de las normas, dependiendo de que el proceso de creación dependa de un acto normativo o de un hecho normativo., así, por ejemplo, serías fuentes hecho la Constitución, la ley y el reglamento, mientras que un ejemplo de fuente hecho sería la Costumbre.

2.- Fuentes Legales o formales y fuente extra ordinem o fuentes materiales

Este criterio clasificatorio atiende al fundamento de validez de las normas jurídicas; si dicho fundamento de validez se encuentra regulado por normas sobre la producción jurídica o fuera del sistema jurídico. Así, las primeras son las fuentes formales del derecho, donde el ejemplo más claro de ellas es la Constitución, ya que no encuentra fundamento en otra norma jurídica.

3.- Las fuentes según su fuerza jurídica.

Este criterio clasifica las fuentes en virtud de su eficacia o fuerza normativa. De acuerdo a este criterio, las fuentes están ordenadas conforme al principio de jerarquía normativa. Este criterio puede entenderse de 2 formas: en la

primera, el contenido de una norma es la creación de otra norma. En la segunda, el derecho establece una relación de subordinación, por ejemplo, un decreto está subordinado a una ley.⁷

No obstante, los criterios de clasificación anteriores no son exhaustivos, lo cual se debe, entre otras razones, al concepto de derecho que se tiene. Así para las teorías que consideran al derecho como un conjunto de normas generales y/o abstractas y susceptibles de aplicación en un número indeterminado de casos concretos, serían fuentes todos los actos que se producen de un modo previo y con carácter general normas. Sin embargo, si el derecho es entendido como un conjunto de prescripciones generales e individuales, son fuentes tanto los actos creadores de normas como los actos de aplicación de normas, los cuales serían por ejemplo, las sentencias y los actos o procedimientos administrativos.

3.- LAS FUENTES MATERIALES. CLASES.

Existen un sinnúmero de definiciones, pero para simplificar el tema, señalaré la definición aceptada mayoritariamente por la doctrina.

Por fuente material del derecho entendemos a “los factores, fenómenos o acontecimientos, de diferente naturaleza y significación,

⁷ De Lucas Javier y otros, Introducción a la Teoría del derecho, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1992, Pág. 248 y 249.

históricos, políticos, sociales, económicos, culturales, éticos, religiosos, etc., que influyen en la creación y contenido de las normas jurídicas”.⁸

Los juristas hablan de fuentes materiales del derecho en un doble sentido; por un lado, si bien, la validez de una norma puede derivarse de la relación de delegación a que alude la noción de fuente formal, puede determinarse también que el contenido de la norma de cierto modo está determinado ya sea por normas o autoridades superiores. Por otra parte, la fuente material de las normas estaría dada por la realidad social, las instituciones sociales, que imponen ciertos contenidos a las normas dictadas por cualquier autoridad.

Al referirse a las fuentes materiales del derecho, se quiere explicar de cierta forma la relación que, en un derecho positivo, exhiba un cierto contenido con una cierta caracterización deóntica y no otra. Por ejemplo, el adulterio, ¿debe acarrear sanciones y prohibirse? ¿O se debe considerar un hecho no punible?. Claramente, la decisión que adopte cada sociedad en uno u otro punto responde a causas sociales diferentes. Allí es donde se ven las fuentes materiales del derecho.⁹

Por otro lado, estas fuentes poseen una significación preponderantemente sociológica, pudiendo agruparse los factores que la integran, a pesar de su heterogeneidad y complejidad en dos grupos:

a) Factores de significación ideal

⁸ Pacheco G, Máximo, Introducción al derecho, ED. Jurídica de Chile, Santiago, 1976, Pag.316.

⁹ Vernengo Roberto J: *Curso de Teoría General del derecho*, Ediciones de palma, 2° edición, Buenos Aires, 1988 ,Pag. 330 y 331

Consisten en ideas de carácter político, moral, religioso, económico, etc, que constituyen auténticas directrices para la acción política y social, informando de un modo eficaz el contenido del derecho.

b) Factores de significación real (fáctica)

Se trata de fenómenos y acontecimientos de carácter heterogéneo, entre los cuales se destacan los factores políticos (revoluciones, guerras, terrorismo, elecciones, etc.), sociales (movimientos demográficos, migratorios, de criminalidad, paros, conflictos sociales, etc.), económicos (crisis energética, inflación, cesantía, etc.), geográficos (alteraciones del clima, ecológicas, etc.) etc. que influyen de un modo más o menos inmediato, en la determinación del contenido de las normas jurídicas.¹⁰

Edgar Bodenheimer, bajo la denominación de “Fuerzas modeladoras del derecho”, ha subrayado la presencia y eficacia de los siguientes factores:

a.- Fuerzas políticas: Transformación del poder de hecho en derecho (conquistas, revoluciones, etc.); el derecho como resultado del compromiso o transacción entre grupos opuestos; el derecho como resultado de la autolimitación del poder político.

b.- Fuerzas psicológicas: La “fuerza normativa de lo real” (el hábito y la costumbre); el deseo de paz y de orden.

c.- Fuerzas económicas: El derecho como “superestructura” determinada por la infraestructura económica, según la tesis marxista.

¹⁰ Ripert George, Las fuerzas creadoras del derecho, Librería general de derecho y jurisprudencia, París, 1955, Págs. 82 y sig.

d.- Factores económicos y raciales: Conservadurismo de Burke; concepción del derecho como emanación del “espíritu del pueblo” (Volkgeist) según la tesis de la escuela histórica de Savigny; doctrinas jurídicas del nacionalismo.

e.- Factores culturales: Doctrinas de Hegel (la historia, portadora de la razón, como despliegue y realización de la libertad), de Maine (evolución histórica del derecho como desarrollo de la idea de libertad: movimiento del status al contrato) y Spencer, y configuración de derecho para ellos (Hegel, Maine, Spencer) como un instrumento de evolución cultural que apoya y potencia el despliegue y desarrollo de la libertad.¹¹

Por su parte, don Jorge Ivan Hübner Gallo, define a las fuentes materiales como “todos aquellos factores que directa o indirectamente concurren en la génesis del derecho”. Luego, distingue dentro de las fuentes materiales del derecho a las fuentes materiales directas y las fuentes materiales indirectas:

Son fuentes materiales directas la sociedad, en cuanto ella tiene origen la costumbre jurídica; los órganos legislativos que dan nacimiento a la ley, y los tribunales de Justicia, que generan las sentencias.

Son fuentes materiales indirectas todos aquellos elementos que, en forma más o menos remota, influyen en la génesis y transformaciones del derecho, como los principios generales del derecho, las doctrinas religiosas, filosóficas

¹¹ Bodenheimer Edgar, Teoría del derecho, Traducción español de Vicente Herrero, 3° Edición, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1964, Págs. 227 y sigs., 242 y sigs., 250 y sigs.

y morales, los factores económico-sociales, la labor de los juristas, las guerras, las revoluciones, el progreso técnico, etc.¹²

No contamos con enumeraciones taxativas de las fuentes materiales que puedan invocarse en cada derecho positivo existente, pero podríamos resumirlas en todas aquellas realidades sociales, grupos sociales de la más variada índole y extensión, fuerzas políticas y económicas, fundadores de instituciones, entre otras, de allí que su enumeración, teóricamente, puede ser infinita, pero igualmente se podría citar un común denominador, el cual estaría dado por los grupos sociales, en un sentido amplio, inferiores, por cierto, al estado, los grupos nacionales, supranacionales, la comunidad internacional y la Iglesia.

4.- ASPECTOS VINCULADOS.

Un juez al pronunciar una sentencia judicial, se encuentra creando una norma jurídica, cuya fuente formal es el acto jurisdiccional del juez que la crea. A su vez dicha norma encuentra su contenido en la regulación en una norma superior, por ejemplo el código de Procedimiento Civil, cuyo origen se encuentra en un acto legislativo., quien a su vez se encuentra predeterminado por la norma constitucional, cuya fuente no contiene otra norma de rango superior de la cual surge, sino encuentra su fundamento en un “algo” extranormativo, que si se quiere se puede llamar “sentimiento jurídico del pueblo”, sentimiento que no solo ha inspirado a la constitución,

¹² Hübner Gallo, Jorge Ivan, Introducción al Derecho, 6° Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, Pag. 140.

sino que también a la legislación misma. No obstante, este sentimiento se hace más patente en los grados inferiores de la escala de creación jurídica que en los superiores, por lo que el sentimiento jurídico sería la fuente de donde emanaría la Constitución y el resto del orden jurídico, de un modo directo o inmediato.

Al preguntarnos por las fuentes materiales, nos referimos precisamente al porqué de su existencia, en cuanto a su contenido y estructura, lo cual no se puede responder señalando porque así lo ha establecido una norma de jerarquía superior, tampoco se responde esta interrogante haciendo referencia a quién ha establecido dicha norma, sino que apunta al “por qué” lo ha hecho. Así las cosas, el problema de las fuentes materiales del derecho es un problema de la estructura de la “autoridad” creadora de la norma, no significando acá autoridad jurídica, o persona con capacidad de crear normas de derecho, sino que a la autoridad de un grupo o unidad social, una verdadera “institución”, como por ejemplo lo sería la fuente de un derecho público totalitario, el cual tiene su origen en la presencia de un partido como minoría revolucionaria. Así las cosas, un grupo social cualquiera no posee valor jurídico por su propia existencia; pero lo posee cuando y porque su existencia representa la condición para que los hombres que la constituyen se rijan según la justicia.

Dentro de las fuentes materiales existe el problema cierto de la “jerarquía de las Fuentes Materiales del derecho”. Así como en las fuentes formales el problema se encontraría resuelto, el cual se determina en cuanto a la primacía de ciertas normas por sobre otras, así, la Constitución Política de la república, prima por sobre una ley general señalada en una

determinada ley. Sin embargo, en las fuentes materiales se precisa recurrir a otros criterios, distintos de los señalados con anterioridad.

Uno de los criterios mayormente aceptados y que por cierto, es el que otorga el mayor grado de seguridad, es el de aquella fuente jurídica material que en cada momento asegura más eficazmente con su existencia y acción creadora de normas jurídicas el imperio del más progresivo punto de vista sobre la justicia, en el más amplio círculo social posible, lo cual acontece mayormente con el Estado. Además el Estado no es un ámbito supremo, ya que hay relaciones entre las personas que trascienden los límites del Estado, y en la cual también ha de imperar una forma de justicia a través de una norma jurídica.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA VISIÓN DEL DERECHO COMO “PROCESO”

5.- NOCIÓN PRELIMINAR

El derecho es una de las palabras que más controversia ha causado a los autores desde antaño. Muchos de ellos han tratado de definir esta pequeña, pero compleja palabra, que no encuentra paralelo en cuanto a su estudio, en ninguna otra disciplina académica autónoma, puesto que no hay ninguna literatura que se preocupe de contestar por ejemplo, las preguntas de lo que es la biología, o la retórica, pero sí encontramos una multiplicidad de autores y libros que sí se dedican a contestar la pregunta de lo qué es el derecho.

En cuanto al significado de la palabra Derecho, podemos señalar que resulta difícil conseguir, tanto un acuerdo en cuanto a su concepto, como su conceptualización misma, no obstante ser un fenómeno cultural que ha acompañado a la vida humana desde sus más primitivas formas de asociación y que ha llegado a conocer expresiones históricas como el Derecho Romano.

Uno de los autores que luego de dos mil años después que sus predecesores Romanos dieran lugar a su Derecho, se interesó en el significado de la palabra Derecho en su obra "*El concepto de derecho*" fue el Alemán Herbert Hart, señalando que el derecho es la "unión de reglas primarias y secundarias".¹³ No obstante ser uno de los primeros en interesarse, no fue el único, y demostración de aquello son las innumerables definiciones y significados de lo que es el derecho, por lo mismo, es

¹³ Hart Herbert, El Concepto de Derecho, Editorial Nacional, México, 1980, Pag. 20

menester señalar algunas de las definiciones tradicionales que a este respecto se han formulado:

“Órdenes bajo la amenaza de castigos” o “reglas de un poder supremo obligatorio habitualmente obedecido” (Austin); “producto cultural del espíritu del pueblo” (Savigny); normatividad coactiva tendiente a fines históricamente condicionados” (Ihering); “orden de la conducta humana de carácter coactivo” (Kelsen); lo que los individuos miembros de una comunidad reconocen y obedecen como derecho” (Somlo); “conducta en interferencia subjetiva” (Cossio); “las profecías acerca de lo que harán los tribunales” (Holmes); “la cosa justa” Tomás de Aquino; la voluntad de una clase erigida en ley” (Marx); “Interacción dinámica y dialéctica de hechos, normas, y valores” (Reale); “la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico” (Radbruch).¹⁴

Dichas respuestas a la pregunta de ¿qué es Derecho? Son de la más diversa índole y nos llevan a una sensación de perplejidad. Sin embargo, y a modo de atenuar dicha perplejidad, se debe advertir que no todos los autores asumen una misma perspectiva, puesto que algunos de ellos ponen énfasis en el origen del derecho, otros en sus funciones, otros en determinadas características del derecho, otros en su carácter instrumental y finalmente, otros en sus fines o finalidades del derecho. Sin embargo, se ha considerado siempre que el derecho está integrado por normas.

No obstante lo relacionado en cuanto a la respuesta a la palabra derecho, conviene tener presente las siguientes precisiones:

¹⁴ Squella Narducci, Agustín, Introducción al Derecho, 1ª Edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, Pág. 114.

a.- La palabra derecho es polisémica, es decir, tiene un sinnúmero de significados y acepciones, así por ejemplo, los autores señalan para la palabra “Derecho”, los siguientes significados; “orden u ordenamiento jurídico general”, ejemplo de aquello es el Derecho Chileno; “Orden u ordenamiento jurídico particular”, por ejemplo, el Derecho Tributario; “honorarios”, como lo serías los derechos notariales; “Ciencia del Derecho” o “ideal ético de justicia”, cuando se afirma por ejemplo, que no hay derecho a tal o cual cosa.

b.- Cuando hablamos de derecho, lo efectuamos en un sentido de orden u ordenamiento jurídico nacional.

c.- No existe una disciplina a la cual le corresponda la definición de la palabra “derecho”, y no obstante las múltiples definiciones que hay, existen autores que incluso señalan que el Derecho es “indefinible”, elevándolo a la categoría de concepto filosófico, con alguna relación con conceptos como “ser”, “universo”, etc.¹⁵

La verdad es que estos debates acerca del significado de la palabra Derecho, lo único que podría rescatarse de ellos es que si se coloca la palabra Derecho, y se proyecta de acuerdo a lo que señalan los autores (los cuales nunca se colocarán de acuerdo), todas estas cosas a que aluden apuntan a un conjunto y este conjunto es complejo, compuesto de leyes, reglamentos, sentencias, tribunales, cosas, etc. Siendo así, los elementos a los que alude la palabra Derecho son las personas, entidades o seres no humanos, como los animales y las cosas, los hechos, las fuentes o entidades jurídicas que apuntan a los valores. La relación que hay entre todos estos

¹⁵ Pedrals García de Cortázar, Antonio, Apuntes de clases en el texto “El derecho y su análisis”, Valparaíso, 2007.

objetos que conforman el Derecho es lo que determina la existencia de un verdadero Proceso, el cual une personas con las cosas, con las conductas, con los valores y con una serie de actos sucesivos que se dan con el transcurso del tiempo.

El Derecho en su conjunto se parece mucho a un "Proceso Judicial", visión del Derecho en su conjunto, puesto que hay personas con sus conflictos, cosas, tribunales, expedientes, actividades, conductas, lo cual termina con una norma expresada en documentos con su respectivo lenguaje. El proceso judicial nos da una luz del conjunto del derecho o proceso jurídico, el cual se conforma de procesos legislativos, ejecutivos, contralor, etc. De este modo, cuando se habla de Derecho En un modo completo, hay que hablar de un proceso constitutivo de múltiples procesos; constituye un hecho dinámico.

Los elementos que posee este proceso jurídico son elementos que están unidos y que evolucionan con el tiempo. Si se toma este proceso jurídico y se proyecta en el tiempo, hacia la historia de la cultura humana, se puede observar que es un proceso importante, es una de las grandes creaciones humanas, junto a la filosofía griega.

Xabier Zubiri, señala que existen grandes creaciones de la cultura humana, siendo la primera de ellas, la cultura griega, colocando en un segundo lugar al proceso jurídico de Derecho, siendo un esfuerzo de categorización de normas básicas, de normas procesales que buscan controlar de un modo razonable la sociedad.

Las otras grandes creaciones según Zubiri, son la Religión de Israel y por último lo es la ciencia o la técnica contemporánea. Zubiri señala además que el proceso jurídico debiera estar al mismo nivel de estas grandes creaciones, lo coloca a la altura de las demás creaciones, siendo el proceso jurídico uno de los grandes procesos de la historia humana.¹⁶

6.- DISTINTOS ENFOQUES DEL DERECHO.

Respecto a la interrogante de ¿Qué es el derecho?, señala Carlos Santiago Nino, que “esta pregunta es quizás la que mayor escozor y desorientación provoca entre los juristas”¹⁷

Se ha señalado mayoritariamente que el derecho se refiere a un orden u ordenamiento jurídico general, y en específico, orden u ordenamiento jurídico nacional, señalándose en resumen que el derecho está integrado por normas.

El hecho de llamar derecho a ciertas normas y no a ciertas personas, conductas o valores, es algo que se ha mantenido de forma indubitable en el tiempo.

Muy importante para poder tener una visión actual del Derecho es el hecho de recurrir a las “metáforas” de los autores para entender al Derecho de un modo intuitivo; Son cuatro metáforas que tratan de explicar este complejo proceso que es el derecho:

¹⁶ Pedrals García de Cortázar, Antonio, Apuntes de clases, Valparaiso, 2008.

¹⁷ Nino Carlos Santiago, Introducción al análisis del derecho, ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, Pag.25.

a).- Metáfora de la Pirámide Kelseniana:

Esta metáfora es formulada por el austríaco Hans Kelsen cerca de los primeros decenios del siglo veinte en Austria, en el apogeo del imperio Austro-Húngaro, el cual poseía un sistema económico, social y político especialísimo, era un imperio poderoso, que tuvo como cabeza por más de cincuenta años al emperador Francisco José, quien mantenía la unidad del imperio junto con muchos pueblos en pugna, surgiendo al amparo de esta unidad de distintas culturas la floreciente cultura en Viena.

En este clima de florecimiento es que se piensa y desarrolla la Teoría Pura del Derecho, ofreciendo esta imagen del Derecho Piramidal, como una estructura estable y estática, centrándose en ella misma y “sin mirar para el lado”.

Surge también en esta época la teoría de Sigmund Freud, que también es estructural, ya que esta teoría del psicoanálisis tiene una sólida estructura, (yo, ello, super-yo).

A partir de estas visiones, podemos encontrar estructuras tanto para el Derecho como para la Psiquis, se piensa en definitiva de un modo consolidado y estructural.

Entre estas dos teorías, la de Kelsen y la de Freud, encontramos similitudes. Esta teoría piramidal no involucra para nada a la sociedad ni a la realidad existente en un determinado ordenamiento jurídico, se concentra en un solo objeto, sin tomar en cuenta a las personas o las cosas. Según Kelsen, la norma positiva de mayor jerarquía es la Constitución, la cual se encuentra en la cúspide de la pirámide jurídica y de ella se deriva el

fundamento de validez de todas las otras normas que se encuentran por debajo de ella, es decir, que se trata de un sistema de normas jerarquizadas como una pirámide de varios pisos.

Esta pirámide se mantiene hasta el día de hoy, con ciertas modificaciones efectuadas por algunos autores.

b).- Metáfora de la Duna:

Esta metáfora es planteada por el autor francés Alan Guibor, en la cual se compara al Derecho con una duna que se integra por millones de granos de arena y no posee una forma definida, puesto que un día tiene una forma y otro día tendrá otra forma, hasta que un día desaparece volando, se acomodan los granos de arena, es una verdadera imagen dinámica.

c.- Metáfora de la Casa de Citas

Otro autor más irreverente propone otra forma de captar intuitivamente el derecho; este autor señala la metáfora de que el Derecho es una Casa de Citas. Se trata de una estructura que corresponde a la parte sólida del derecho (reglamentos, constitución), pero no se encuentra estática, sino que al igual que la anterior metáfora, se encuentra en movimiento, y alberga a su vez relaciones que en algún momento son lícitas y otras veces clandestinas, así el derecho posee una serie de elementos, los cuales no se pueden mostrar.

Así, esta combinación de lo que se muestra y lo que no se muestra es el derecho. Se toma el tema estructural de la pirámide, pero con movimiento, y aspectos que se pueden exhibir como los legales, éticos, etc, y aspectos

que no se pueden mostrar, es decir, aspectos clandestinos, oscuros, subterráneos que sus protagonistas tratan de que no salgan a la luz.

d.- Metáfora del reloj

Siendo la pirámide estática, la mejor forma es comparar al Derecho con un Reloj que se está moviendo, que posee engranajes que funcionan de forma armónica.

Sin embargo, existen autores que no están de acuerdo con esta idea, ya que según estos, el derecho no es armónico como el funcionamiento de un reloj, ya que no hay armonía en las relaciones sociales, lo que el Derecho representa es una “pretensión de armonía”, por que muchos aspectos no se cumplen.¹⁸

7.- ENFOQUES DIMENSIONALISTAS.

Cuando los autores contemporáneos hacen o elaboran ciencia jurídica, estudian preferentemente normas y no se refieren a otras realidades, lo cual no obstante lo señalado se debe especificar que existen discusiones sobre qué es en definitiva Derecho, o sobre qué específicamente se trata o se refiere.

- a) Dentro de la línea de pensamientos, que podemos denominar **NORMATIVISTA**, se han elaborado una multitud de definiciones, sin embargo como última referencia a las definiciones del derecho es

¹⁸ Pedrals García de Cortázar, Antonio, Apuntes de clases, Valparaiso, 2008.

preciso señalar aquella de la Teoría Pura del Derecho de HANS Kelsen:

"La ciencia del derecho ha quedado caracterizada de la siguiente manera: 1- Es una ciencia normativa cuyo único objeto es el derecho. Para ella no existen otros hechos naturales que aquellos con significación jurídica, esto es aquellos incorporados a una norma como contenidos, y transformados, por consiguiente, en Derecho. 2- Es una ciencia de derecho positivo, lo que excluye de su ámbito todo tipo de problemas que se refiera a órdenes ideales, los cuales nada tienen de jurídicos. 3- Como consecuencia de las características mismas del derecho, la ciencia jurídica es una ciencia formal cuya preocupación fundamental es el estudio de las formas posibles del derecho y de las conexiones esenciales entre ellas... Ello no excluye en lo absoluto el estudio del contenido del derecho; pero tal estudio debe ser el contenido presentado dogmáticamente por el derecho positivo. A lo sumo puede ser objeto de la ciencia jurídico el contenido posible del derecho, pero ello en todo caso como el resultado del análisis y la comparación de los ordenamientos positivos. 4- En tanto estudio de las formas esenciales del derecho, la ciencia jurídica es, finalmente, una ciencia lógica, y como tal, persigue estructurar su objeto en un sistema unitario libre de contradicciones.

El derecho es, como hemos visto, un conjunto de normas. Pero la ciencia jurídica no puede considerarlo como un conjunto de normas aisladas, sin conexión entre sí, ya que ello atentaría contra la unidad de su objeto. La

ciencia jurídica debe integrar todas las normas que constituyen el derecho en un sistema, en un orden..."¹⁹

Como puede observarse la mayoría de las definiciones que tienden a dar un CONCEPTO DEL DERECHO, desde el ángulo objetivo, tienen unos puntos en común que describen características propias de él y que podemos resumir así:

1- La mayoría lo describe como un CONJUNTO DE REGLAS (identificación con el objeto de la ciencia del derecho), sin que eso signifique que los otros puntos de vista sean insignificantes.

2- La mayoría atribuye al derecho, tal que conjunto de normas, la función de REGULAR LAS RELACIONES DE LA CONDUCTA HUMANA, DEL COMPORTAMIENTO DEL HOMBRE.

3- La mayoría cree que el fin es el de permitir al hombre SU VIDA EN SOCIEDAD, EL BIEN COMUN, LA JUSTICIA, etc.

4- La mayoría es consciente del carácter COERCIBLE de las normas que lo componen.

Máximo Pacheco, en la obra que hemos venido citando, ha resumido así las notas características del derecho:

¹⁹ Pacheco, Máximo. Teoría del Derecho. Editorial Temis S.A., cuarta edición, Santa Fe de Bogotá, 1990, pág. 762 y 763.

"A- El derecho es una forma necesaria del vivir social, lo mismo que la vida social es una forma esencial de la existencia humana. Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius; ergo ubi homo, ibi ius.

Como realidad social, el derecho no tiene existencia en la vida individual. Es verdad que la vida social tiene su raíz en la vida personal, pero el derecho no existe como tal en la vida personal.

Que el derecho es forma de vida social tiene una significación ontológica, cual es, que el quehacer humano se desenvuelve en la vida de relación necesariamente en forma jurídica. El derecho es la forma misma de la sociedad, la cual es, a su vez una de las formas de la vida humana.

B- La sociedad no se reduce a un conglomerado fortuito de sujetos, sino a un orden de cooperación y coexistencia y a una comunidad de fines entre personas. Precisamente, en esto consiste la convivencia, en la comprensión que cada sujeto tiene de la dignidad y derechos de sus semejantes.

El derecho pretende realizar la sociedad como comunidad concreta; y por ello constituye un orden de relaciones de la vida social.

C- Para que el derecho sea o exista como tal, esto es para que constituya la forma social de vida de una comunidad, el orden de relaciones ha de ser la expresión de un ideal ético de justicia; porque no pueden existir formas sociales de vida contrarias a la justicia, o al margen de una vivencia de la justicia que, por su intensidad, se convierta en una vigencia social.

D- Si el derecho es realización de la justicia en la vida social, su contenido se traduce formalmente en una delimitación de las esferas correlativas de

facultades y deberes, conjugando las exigencias de la autonomía individual con las del bien común.

Mediante la existencia del derecho (en sentido objetivo), cada persona conoce sus derechos (en sentido subjetivo) y sus deberes.

E- El derecho al delimitar las esferas de libertad y deber, atribuye, también, a cada sujeto un patrimonio jurídico, lo que, con referencia a la idea de justicia, se llama lo suyo de cada uno, que debe determinarse en atención a las circunstancias histórico-sociales en que se desarrolla la existencia de las personas.

Sobre la base de estos elementos podemos manifestar que el derecho es la expresión de los principios de justicia que regulan las relaciones de las que personas en sociedad y determinan las facultades y obligaciones que les corresponden, considerando las circunstancias histórico-sociales".²⁰

B) En una posición radicalmente distinta a la tradicional define al derecho como norma, se encuentra la llamada ESCUELA EGOLÓGICA ARGENTINA, la cual afirma que el derecho no es norma, sino CONDUCTA, específicamente CONDUCTA COMPARTIDA. Su nombre proviene del "ego", pues el derecho vendría a ser el yo en su conducta viva.²¹

²⁰ Iriarte Carlos Mauricio, Definiciones e importancias del derecho, en <http://definicionesderecho.blogspot.com/2008/02/definiciones-e-importancia-del-derecho.html>, fecha de consulta 11/02/2010

²¹ Pedrals García de Cortázar, Antonio, Apuntes de clases en el texto "El derecho y su análisis", Valparaíso, 2007, pag. 5.

Esta formulación va contra la teoría formalista de Kelsen. Nació en la década del cuarenta, en Argentina y su mayor representante y su creador el Carlos Cossio, donde se fusionan la fenomenología husserliana y la filosofía de la existencia.

Cossio provoca una verdadera revolución al concluir que lo que se interpreta es la conducta y no lo que tradicionalmente se ha sostenido, la norma. El Derecho para Cossio (1964), es conducta del hombre en libertad y en interferencia intersubjetiva; por ello, su hermenéutica jurídica no podrá ser en ningún modo más que interpretación de esa conducta.²²

La conducta, según este autor, se conoce, por comprensión mediante la norma.

Si no fuese así, es decir, si el objeto del conocimiento no fuera la conducta sino la norma, bastaría con el conocimiento que tiene el jurista de los diversos códigos y leyes sobre una rama del derecho positivo de un país, cuando sabemos que faltaría la conducta de los ciudadanos para confirmar o desmentir la afirmación que el jurista expresa mediante la norma.²³

Con este principio de interpretación de la conducta, la teoría egológica pone el acento en una óptica existencial, en la cual su teoría interpretativa recae sobre el elemento viviente de la experiencia jurídica, que es la conducta.

²² Chacín Fuenmayor Ronald de Jesús, ALGUNAS NOTAS SOBRE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE CARLOS COSSIO, Revista de filosofía práctica, Universidad de Los Andes Mérida – Venezuela, Junio de 2003, Pag. 87.

²³ Chacín Fuenmayor Ronald de Jesús, ALGUNAS NOTAS SOBRE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE CARLOS COSSIO, Revista de filosofía práctica, Universidad de Los Andes Mérida – Venezuela, Junio de 2003, Pag. 87.

El tema de la egología cuenta con opiniones y bibliografía amplísimas, sin embargo, a pesar de todos los pesares, la egología es una meditación auténticamente filosófica sobre el problema de la ciencia del derecho.

C) Una tercera posición frente al problema de definir al derecho, consiste en negar que este consista en normas o en conductas, postulando, para decirlo simplifícadamente, que “el derecho ES UN VALOR”.

Esta posición ubica al Derecho en el plano de LOS VALORES, siendo su máximo exponente la escuela del IUSNATURALISMO.

Esta es una escuela de pensamiento para la que, por sobre el Derecho Positivo, es decir, el derecho creado por los seres humanos mediante normas jurídicas que producen a través de las diversas fuentes del derecho reconocidas, existe un derecho superior (El Derecho Natural), compuesto por un conjunto de valores que actúan como inspiración de sus contenidos y como guía de la actuación y decisiones de los agentes del derecho.

El efecto que el Iusnaturalismo asigna al derecho natural en referencia al derecho positivo, por lo tanto es doble.

- De un lado el derecho positivo debe inspirar sus contenidos en los valores que contiene el derecho natural, si este requisito no se cumple nos encontraremos no ante normas jurídicas sino ante imposiciones arbitrarias emanadas por una autoridad que ejerce el poder de manera ilegítima.

- De otro lado, el agente aplicador del Derecho deberá tomar en cuenta en sus actos los dictados de los valores contenidos en el derecho natural para ajustar a ellos su conducta cotidiana. En caso de no hacerlo, está utilizando antojadizamente al derecho.

El reconocimiento de la existencia del derecho natural y la aspiración a realizarlo, no excluye la realidad de un derecho positivo, sino más bien, deriva de éste. La mutabilidad de las normas a través del tiempo, y sus cambios en las distintas áreas culturales, llevan a los hombres a investigar sobre los últimos fundamentos y sobre la razón de su obligatoriedad, y a preguntarse por las mejores leyes y por la mejor forma de estado.

Aristóteles fue llamado el padre del derecho natural, por otra parte hay que recordar que existió lo que se denominó El Iusnaturalismo Cristiano, la Filosofía Cristiana se inspiró en el pensamiento Griego y en la jurisprudencia romana para crear un sistema de derecho natural con sentido teológico.

Su máximo exponente es sin duda Santo Tomás de Aquino, su concepción del derecho, su teoría sobre la justicia, su interpretación del Estado, constituyen dentro del sistema que elaboró, exponentes de una clara y profunda comprensión del sentido ético de la vida humana temporal a la luz de las ideas cristianas. El universo se haya gobernado por la ley eterna que traduce la voluntad y la sabiduría de Dios que rige todas las cosas del mundo.

La escuela moderna del derecho natural tiene como exponentes a Hugo Groccio, Hobbes, Pufendorf, Cristian Thomasio, Rousseau (Contrato Social), y Kant.

D) Una posición distinta de la Normativa, la egológica y la que ve al Derecho como Valor, es la representada por las DOCTRINAS PLURIDIMENSIONALES que consideran que el derecho no es un objeto simple o unidimensional, sino que es una REALIDAD COMPLEJA, en la que pueden advertirse varios aspectos, elementos o dimensiones.

Los pluradimensionalistas son tan abundantes, que en verdad referirse a todos ellos resultaría prácticamente imposible, sin embargo se señalan algunos matices respecto de los pluradimensionalistas, siendo los más relevantes:

a. El tridimensionalismo jurídico

La expresión “Teoría Tridimensional del Derecho” es usada por primera vez en el mundo jurídico, por el profesor de la Universidad de San Pablo, Miguel Reale, para quien el derecho, es una realidad histórico-cultural que posee tres dimensiones que se constituyen en los elementos esenciales de la experiencia jurídica; hecho, valor y norma. En todas las modalidades de la conducta, existe “el hecho”, de una energía espiritual, imantada por un “valor” dominantes, que se inclina a realizarlo como “ley”, como forma, como “norma” Esta tendencia era el tridimensionalismo, genérico y abstracto.

En una segunda etapa, se consolida un tridimensionalismo integrador y dinámico, específico y concreto.²⁴

Los antecedentes de esta concepción se remontan a Herman Kantorowicz, a quien le debemos el nombre de tridimensionalismo.

El tridimensionalismo en los diferentes países:

- Alemania: Lask y Radbruch, consideran una realidad triádica del derecho, pero estáticamente, como elementos separados e independientes

²⁴ Álvarez Gardiol Ariel, Derecho y Realidad, notas de teoría sociológica, Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2005, pag.180.

- Italia: Vanni, Del Vecchio y Bobbio admiten la presencia las tres perspectivas dentro del derecho pero como elementos separables, no integrados ni dinámica ni esencialmente.
- Francia: Paul Roubier desarrollo de modo genérico y abstracto el tridimensionalismo del derecho.
- Common Law: Stone y Kunz, desarrollaron también de manera abstracta y genérica los diversos aspectos de la experiencia jurídica, tratándose aisladamente.
- Habla castellana: Legaz y Lacambra, García Maynez y Recaséns, reconocen un perspectivismo jurídico, donde cada una de las tres dimensiones de la experiencia jurídica son diversas perspectivas de lo jurídico, especies de un mismo jurídico.²⁵

Esos últimos autores han evolucionado llegando a tener una concepción integradora del derecho. Recaséns concluyó en que el derecho es norma, con especiales características elaboradas por los hombres con el propósito de realizar ciertos valores. Para Carlos Cossio, creador de la teoría egológica del derecho, reduce los tres elementos de la experiencia jurídica a la unidad, considerando la norma y el valor partes integrantes de la conducta humana, la que es objeto de estudio de la ciencia jurídica. Según Saur se deja de al hecho, la norma y al valor como ineliminables del derecho, su teoría resulta más estática y descriptiva. Jerome May sustenta el "integrativismo jurídico" donde toda investigación del derecho debía ser tridimensional.²⁶

²⁵ Derecho y personas, Introducción a la Teoría del Derecho, en <http://www.monografias.com/trabajos13/deryper/deryper.shtml>. Fecha de consulta 20/02/10

²⁶ Derecho y personas, Introducción a la Teoría del Derecho, en <http://www.monografias.com/trabajos13/deryper/deryper.shtml>. Fecha de consulta 20/02/10

c.2 El tridimensionalismo específico y concreto.

En los 50, con un tridimensionalismo dinámico, señala que la experiencia jurídica es el quehacer humano en el devenir histórico y cultural. Un derecho con tres elementos imprescindibles para la experiencia jurídica, parte del tridimensionalismo:

- La conducta humana ínter subjetiva, el aspecto sociológico-existencial.
- La norma jurídica
- Los valores

Para Sobrevilla, "las tres dimensiones del derecho se integran dialécticamente: de la articulación entre el hecho y el valor surge la norma."

Para Fernández Sessarego, el autor de este libro, "la conducta humana es el hecho del que hay que partir, en el que se encuentra una significación que es la norma y un valor realizado por la conducta."

El tridimensionalismo específico y concreto que estudia Reale, analiza al derecho desde un punto de vista donde es siempre dialéctico porque es una correlación permanente y progresiva entre dos o más términos, colocando acento a la norma jurídica. Uno de sus puntos más importantes es "la integración del hecho en valor....de lo que surge las normas." Aunque Reale pone más importancia a la dimensión normativa frente a la sociológica-existencial y a la axiológica, considera a la conducta primordial, ya que como fuente creadora, los actos humanos encuentran su soporte objetivado como conducta.

Lo que hace el tridimensionalismo es facilitar la comprensión de las instituciones jurídicas, mostrándolas en su interacción con la conducta subjetiva, el valor y la norma.

Podemos concluir que el tridimensionalismo "es el resultado de una verificación objetiva de la consistencia fáctico-axiológico-normativa de cualquier porción o momento de la experiencia jurídica ofrecido a la comprensión espiritual."

Este planteamiento de Reale, donde el tridimensionalismo es "concreto y específico", no plantea a los elementos de la experiencia jurídica en dinámica unidad, esta en la primera etapa del tridimensionalismo, una estática yuxtaposición de los tres elementos. El planteamiento actual, postula una integración en dinámica interacción.²⁷

Teoría pluridimensional

Siguiendo la ya esbozada Teoría Tridimensional de Miguel Reale, surge una serie de teorías que sostienen que el Derecho tiene mayores dimensiones, entre ellas se destacan:

a.- La Teoría Pluradimensional de un Magistrado del tribunal superior Supremo de España, quien señala que el derecho no puede reducirse solo a normas, ni a normas ni a hechos, sino que comprende también a los factores personales, todo aquello sin perjuicio de las valoraciones implícitas en todos esos elementos. Este autor resume su planteamiento en un particular dístico *"El hombre más la norma más el hecho, es eso lo que entiendo por Derecho"*

²⁷ Derecho y personas, Introducción a la Teoría del Derecho, en <http://www.monografias.com/trabajos13/deryper/deryper.shtml>

b.-La Teoría Octodimensional sostenida por el profesor sanmarquino Dr. José Antonio Silva Vallejo, quien a las tres dimensiones ya conocidas (hecho, valor y norma), añade otras cinco:

1.- Tiempo Jurídico ,2.- Espacio Jurídico, 3.- Vivencias, 4.- Historia, e 5.- Ideologías

8.- EL DERECHO COMO PROCESO. ELEMENTOS

Señalamos con anterioridad que el Derecho se parece mucho a un “Proceso Judicial”, puesto que se encuentra integrado por personas, cosas, tribunales, expedientes, conductas, las cuales terminan con una resolución, expresada en documentos a través de un lenguaje. Por ello, cuando se habla de Derecho de un modo completo, se habla de un proceso el cual se encuentra constituido por múltiples procesos, pues es un hecho dinámico.

Pues bien, este proceso se encuentra formado por una serie de elementos, los cuales se encuentran entrelazados entre sí, van evolucionando con el transcurso del tiempo, dichos elementos constituyen un enfoque pluridimensional complejo, en cuanto a los aspectos que juegan dentro del proceso jurídico, los cuales se dividen de acuerdo al siguiente esquema:

DERECHO----- Personas (Factor humano)
 -----Cosas (Factor Cosal)
 ----- Conductas (Factor Fático)
 -----Unidades Jurídicas.....Lenguaje
Enunciados Formales

A) Factor Humano

El proceso jurídico podría compararse a una máquina en la cual intervienen personas, cosas, hechos, directivas, normas jurídicas. Una gran maquinaria en la cual las personas, preocupadas de ciertos hechos, atienden a ciertos hechos. Se trata de regular, se aspira a regular a través de las directivas y normas jurídicas.

Los individuos en un proceso jurídico actúan en forma directa, como por ejemplo en una compraventa, un arrendamiento, mandato, o a través de las organizaciones privadas o públicas.

Así en una comunidad quienes crean, aplican e interpretan el Derecho son las personas, los seres humanos. Las personas existen como jueces, legisladores, abogados, o sea, como *operadores jurídicos*.

Pero no solo están los operadores jurídicos, también existen aquellos a los cuales se dirigen las actuaciones de los operadores jurídicos, o sea *los destinatarios de las normas o directivas*. Así las cosas, existen dos tipos de individuos que operan en la sociedad, los operadores jurídicos y los destinatarios de dichas normas o directivas.

Sin embargo se debe señalar que el factor humano influye en cómo opera el derecho, ya que el derecho es creado, se cumple e incumple por las personas.

Por eso al hablar de factor humano, desde un punto de vista más esquematizado, debemos hablar de los siguientes rasgos o aspectos:

i.- Rasgos Biológicos:

Deben existir y concurrir ciertas características óptimas entre las diversas personas que intervienen en la actividad jurídica. Se aspira a una cierta normalidad física, ya que por ejemplo no es lo mismo un juez sano que un juez enfermo. “*La sentencia que un juez pronuncia en la tarde, depende mucho del desayuno que se tomó en la mañana*”, frase del profesor Juan Guillermo Matus Valencia.

ii.- Rasgos síquicos:

Existen en la actualidad casos que nos demuestran la existencia de personas con graves trastornos síquicos. De este modo sabemos que existen parámetros de normalidad y de anormalidad síquica, pero no todos los rasgos de anormalidad síquica se demuestran o exteriorizan en las personas, como por ejemplo en los trastornos narcisistas, paranoia, trastorno obsesivo-compulsivo.

Estos son temas que existen en el diario vivir, pero que el Derecho aun no los asume. Ejemplo de aquello es el caso del ex senador de la república, don Jorge Lavandero Illanes, en cuyo informe siquiátrico se señala que es una persona con trastorno síquico de carácter mixto; por un lado un trastorno narcisista y por otro lado un trastorno obsesivo compulsivo, lo cual no se proyectaba en su actividad legislativa, sino en su ámbito sexual, específicamente con los niños.

iii.- Competencias-preparación:

No basta ser una persona sana, sino que también hay que estar preparado tanto en el ámbito de la cultura general como en la instrucción

pragmática. Una cosa es ser culto, o sea, tener conciencia de los grandes aportes del espíritu humano, la filosofía, la ciencia, el arte y la religión, y otra cosa es la instrucción pragmática, cual es la preparación para ser por ejemplo médico, abogado, ingeniero, la cual se une a la preparación cultural.

Estos tres aspectos anteriores no son suficientes por sí mismos, necesitan coordinación, la cual se debe llevar a cabo en forma criteriosa, razonable, lo cual nos da una sabiduría, un criterio, o mejor dicho, un *Ars vivendi*. Este es un factor misterioso que coordina a todos los anteriores, y sobre el cual existe una historia gráfica enorme, aunque no sistematizada.

B.- Factor Cosal:

Junto a los individuos se encuentran las entidades no humanas, acá se incluyen a los seres vivos que no son humanos. En el proceso jurídico también se hace referencia a otras entidades como los elementos de la física, la energía, las ondas electromagnéticas, etc.

Hay que destacar la importancia del factor cosal, la relevancia de las cosas, por ejemplo cuando las cosas escasean, los precios suben. Un ejemplo lo tenemos con las multinacionales, éstas adquieren una verdadera potestad normativa con su capacidad de "lobby" e influencia subterránea en las decisiones.

Dentro de este tema tenemos la gran división entre bienes muebles e inmuebles, la cual viene de la época feudal. El aforismo "*Res mobilis res vilis*" nos recalca la importancia que se le da a los inmuebles, ejemplo de aquello es el tema de la lesión enorme, la cual solo se aplica a los bienes inmuebles. Sin embargo hoy en día esta es una clasificación obsoleta, ya que en la

actualidad el gran valor del mercado se encuentra en los bienes muebles, como lo es el caso de las acciones, los barcos, y los aviones, cuyos valores exceden el de un bien raíz, por ejemplo.

Un gran ingeniero y humanista norteamericano, Buckminster Fuller, señala que hoy la especie humana cuenta con la tecnología suficiente para que todos posean lo esencial, no se trata de un ambiente de lujo para todos, lo cual es muy lejano.

En el caso que se tengan satisfechas las necesidades básicas, disminuyen muchas de las infracciones y delitos ya que un gran porcentaje de los delitos se generan por el estado de necesidad de las personas.

C.- Factor Fáctico:

Un autor español decía que *“El hombre, más la norma, más el hecho, es lo que entiendo por Derecho”*. El derecho es un proceso, pero podemos graficarlo como una maquinaria. Los factores tienen que funcionar de un modo integral.

El Hecho es todo suceso que ocurre en la realidad, y desde el punto de vista jurídico tenemos dos categorías de hechos; las conductas humanas y otros hechos no conductuales.

a.- CONDUCTAS

Hay conductas que crean derecho, que comunican derecho, que interpretan derecho, etc. También encontramos la clasificación binaria entre conductas lícitas e ilícitas, la cual en la actualidad se ha visto disminuida por la enorme cantidad de conductas que resultan ser dudosas o crepusculares.

Acá nos encontramos con la sociedad invisible de la cual hablaba el autor Inerarity.

Dentro de la categoría de las conductas, nos encontramos con la infracción o desobediencia, la cual es muy frecuente en la realidad, más de lo que se puede llegar a pensar, incluso existen estudios que señalan que a nivel sudamericano, la Constitución política es una de las normas más vulnerada, ya que no se respetan los derechos que en dicha carta fundamental se consagran.

La desobediencia posee tres categorías conceptuales, siendo éstas las siguientes:

i.- **Desobediencia Simple:** Esta es la desobediencia más frecuente, por ejemplo, el hecho de no pagar impuestos, cometer una infracción del tránsito, etc.

ii.- **Objeción de conciencia:** “La **objeción de conciencia** *“es el rechazo al cumplimiento de determinadas normas jurídicas por ser éstas contrarias a las creencias éticas o religiosas de una persona”*. Puede plantearse ante cualquier tipo de mandato que se derive del ordenamiento jurídico, como normas médicas u obligaciones tributarias: el supuesto más destacado, no obstante, es la objeción de conciencia al servicio militar.

Desde una ética racional - como la representada ejemplarmente por Henry D. Thoreau - que considera que el individuo debe responder en primer lugar al tribunal de la propia conciencia, la objeción de conciencia se define como un derecho subjetivo a resistir los mandatos de la autoridad cuando contradicen los propios principios morales.

De alguna manera, entronca con otras figuras de desobediencia al derecho, especialmente con la desobediencia civil y, de manera aún más lata, con el denominado derecho de resistencia a la opresión, proclamado en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano al inicio de la Revolución francesa (1789).”²⁸

Ejemplo de aquello es el hecho de no querer hacer el servicio militar obligatorio, no querer ir a la guerra, etc.

La objeción de conciencia puede estar reglamentada (como ocurre en España y Alemania en materia de servicio militar) o bien estar establecida de manera fáctica y ser alegada ante los tribunales de justicia.

iii.- **Resistencia Civil:** La resistencia civil debe ser una acción colectiva que evita cualquier recurso a la violencia que se genera y es ejercida por la población civil que requiere para su eficacia, un proceso organizativo y de planeación y por último, debe sustentarse en un elemento de fuerza moral que la legitime. Es una acción colectiva tendiente a que no se cumpla una determinada norma o actividad, es una acción masiva fundada. Un personaje que precursor de esta forma de desobediencia fue Mahatma Ghandy, pues consideraba que el régimen de los ingleses sobre los hindúes no era el correcto.

Sin embargo, hay que señalar que el factor fáctico dice relación con la estructura de las normas:

Supuesto de hecho → Consecuencias Jurídicas

²⁸ Objeción de conciencia, en es.wikipedia.org/wiki/Objeción_de_conciencia

De este modo, para que exista desobediencia o infracción tiene que necesariamente darse en la realidad el supuesto de hecho.

Esto tiene mucha importancia, ya que si se da el supuesto de hecho en la realidad y no se produce la consecuencia jurídica se da el caso en que la norma se encuentra INACTIVA, caso que se da en Chile con el contrato de Anticresis, contrato regulado por nuestro Código Civil, pero que en la práctica no es celebrado por ninguna persona.

Por el contrario, en el caso de la norma penal del adulterio antes de que se despenalizara, dicha norma se encontraba muy activa, pero no existían sancionados por el delito de adulterio, por tanto la norma era INEFICAZ.

D.- Factor Directivo:

Al señalar al factor directivo, nos estamos refiriendo a las unidades jurídicas, las cuales son normalmente llamadas "*Fuentes formales*", destacando entre ellas a la ley, la costumbre, las resoluciones judiciales, las recomendaciones, los precedentes, etc.

En las unidades jurídicas encontramos dos elementos, los cuales se encuentran íntimamente relacionados entre ellos:

a.- El Lenguaje

b.- Los enunciados Formales; es decir, "normas", dentro de la cual existe una subclasificación, conformada por:

i.- Directivas: Por un lado las normas y por otro las directivas no normativas.

ii.- Propositiones informativas

iii.- Propositiones reforzativas.

Sin embargo, y sin perjuicio de esta clasificación, de unidades jurídicas, llamadas normalmente fuentes formales, costumbre, ley resoluciones judiciales, etc, existen algunos aspectos que conviene destacar, entre ellos:

a).- **Formas Mixtas:** por ejemplo, contrato/ley, D.F.L.

b).- **Objeción de conciencia:** Se le asigna en determinadas circunstancias una potestad normativa al objetor de conciencia para no cumplir una obligación impuesta por la ley. Por ejemplo, el Servicio militar Obligatorio.

c).- **Precedentes:** Son de gran influencia y se debe tener siempre en consideración. Ejemplo de aquello es lo que señalaba el autor Carlos Cossio, quien hablaba de "*la Jurisprudencia de una sola resolución*".

d).- **Sof-Law:** "Se refiere a casi los instrumentos jurídicos que no tienen ninguna fuerza jurídica vinculante, o cuya fuerza vinculante es algo "más débiles" que la fuerza vinculante de las leyes tradicionales, a menudo contrasta con la ley por ser suave denominado "duro la ley ".²⁹

Tradicionalmente, el término "derecho blando" se asocia con el derecho internacional, aunque más recientemente se ha trasladado a otras ramas de la legislación nacional, así. Acá se puede ver que no todas las fuentes formales son normas, ya que existen directivas, recomendaciones, por ejemplo, que en la práctica funcionan como una ley pero sin serlo. Se encuentran preponderantemente en el ámbito internacional. (donde)

²⁹ El Derecho inductivo, en http://en.wikipedia.org/wiki/Soft_law.

e).- **Modelos con Auctoritas:** Se refiere a la autoridad persuasiva, a una cualidad personal y no conferida por la autoridad. Así, los documentos elaborados por organizaciones internacionales como la UNIDROIT (Instituto Internacional para la unificación del Derecho), tienen por objetivo “establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que vengán aplicados. A la vez, este objetivo se refleja en su presentación formal y en la política general que los inspira. informar los principios comerciales Lo anterior queda demostrado en el caso que un árbitro para resolver en equidad, cita principios de los textos de la UNIDROIT para fundar así su fallo. Se trata de autoridades persuasivas, pero no oficiales, establecen soluciones equitativas para problemas comerciales.”³⁰

f).- **Participación Ciudadana:** Tradicionalmente se ha señalado que es un mecanismo muy importante en cuanto al tema de las reformas constitucionales, sin embargo en la actualidad se utiliza más bien en el ámbito comunal, desarrollándose a través de los Plebiscitos.

9.- FUNCIONAMIENTO DEL PROCESO JURÍDICO.

a) NOCIÓN

El proceso judicial es uno de los procesos jurídicos, una realidad compleja, compuesta de diversos elementos. Pero cuando nos preguntamos por el funcionamiento del proceso jurídico hablamos de la actuación de esta

³⁰ UNIDROIT, Principios sobre los contratos comerciales internacionales, Roma, 2001, Pag viii.

realidad compleja, de esta maquinaria compuesta por múltiples engranajes, de este sistema, de este proceso llamado Derecho.

b) FUNCIÓN DEL PROCESO JURÍDICO

En general, los fines del proceso jurídico son fines directivos, buscan dirigir a la sociedad. El proceso jurídico es un proceso de control social, sus fines directivos se encuentran asegurados por una sanción, aunque esta no es una regla absoluta, ya que existen directivas dentro del proceso jurídico que no se encuentran aseguradas por una sanción, sino que están aseguradas a través de premios y estímulos, como ocurrió por ejemplo con el plan habitacional impulsado por el gobierno en la década de los 70, en la cual se estimulaba la construcción de casas otorgando beneficios tributarios.

c) CARÁCTER INSTRUMENTAL DEL PROCESO JURÍDICO

El proceso jurídico tiene una finalidad instrumental, pues la pretensión directiva va encaminada a dirigir conductas, aunque no es un fin en si mismo.

Sin embargo, hay que aclarar ciertos conceptos claves a fin de entender de una mejor manera el tema del funcionamiento del proceso jurídico. Dichos conceptos claves son los siguientes:

a.- **La Actividad:** La actividad de las directivas es siempre *“DADO “A”, DEBE SER “B”*.

DADO “A”: Supuesto de hecho, DEBE SER “B”: Consecuencia jurídica.

Para que pueda funcionar una directiva, debe ocurrir algo en la realidad, debe existir el supuesto de hecho, ya que si este no existe, no se puede exigir la consecuencia jurídica. Un ejemplo de esto es lo que se da con el contrato de Anticresis, ya que sus normas se encuentran inactivas, y al ocurrir esto no se pueden exigir sus consecuencias jurídicas porque no se da el supuesto de hecho.

b.- **El cumplimiento:** Si se da el supuesto de hecho en la realidad y se produce la consecuencia jurídica, hay cumplimiento.

Por otra parte, si se da el supuesto de hecho en la realidad y no se produce la consecuencia jurídica, hay un incumplimiento.

c.- **Actos lícitos e ilícitos:** Cuando existe incumplimiento, es decir, se da el supuesto de hecho en la realidad y no se produce la consecuencia jurídica, se dice que estamos frente a un acto ilícito, una infracción de ley, una ilegalidad o inconstitucionalidad.

Los romanos dividían las conductas humanas en los actos lícitos e ilícitos, sin embargo esta clasificación resulta insuficiente en la actualidad, debido a la existencia de los llamados actos **Dudosos o crepusculares**.

d.- **La eficacia:** Dice relación con el cierto grado de cumplimiento de la directiva, se observa a través de las estadísticas.

Se observa la ineficacia cuando hay varios incumplimientos y no hay ninguna sanción, como por ejemplo, lo que ocurría con la norma que sancionaba el adulterio antes de ser derogada.

Esta eficacia descrita en el párrafo anterior es una eficacia jurídica, pero existe también una eficacia social, que dice relación con el cumplimiento del fin propuesto. No obstante se dan supuestos en los cuales la norma se encuentra activa, se cumple, y es eficaz, sin embargo, carece de eficacia social. Por ejemplo las normas que se dictaron con el fin de proteger el arrendamiento, especialmente al arrendatario, produciéndose el efecto adverso, ya que desde el punto de vista económico y de la inversión, no se invertía en mantener las viviendas y construir nuevas viviendas. Esta consecuencia de producir una ineficacia social se llama en sociología “el efecto perverso” o sea, un efecto no buscado, negativo. Ejemplo de esto serían los casos en que se controlan los productos de primera necesidad, se dictan los precios, pero luego desaparecen las cosas, surgiendo así el mercado negro. Así ocurrió en Estados Unidos con la llamada “Ley seca”.

e.- Eficiencia del Proceso jurídico: Éste, al igual que los anteriores, es un concepto clave y muy olvidado por lo demás dentro del campo jurídico, es un concepto de tipo económico, la gran inquietud de la actualidad económica en el ámbito jurídico.

Toda la maquinaria jurídica adolece de un anacronismo enorme, desde los estudios jurídicos, siendo su idea fundamental el despertar de esta inquietud. Ejemplo, lo que ocurre en la actualidad en la actualización de las mallas de la carrera de derecho de la Universidad de Valparaíso, malla curricular, que por lo demás no había sido modificada por años.

10.- ASPECTOS VINCULADOS.

Dentro del proceso jurídico hay que señalar que se da en una diversidad de marcos, o lugares. Lo primero que se debe señalar es que el primer marco en que operan estos procesos es en el ámbito Nacional, en los ESTADOS NACIONALES, luego, existe un segundo marco o ámbito en el cual operan los procesos jurídicos, un marco que es el SUB-NACIONAL, como por ejemplo los estados federales, que se da en los estados Unidos, y el que se da en las comunidades autónomas, siendo un ejemplo de aquello la Comunidad Autónoma de Madrid, la Catalana.

En este marco de 2 o más estados nacionales, ha generado lo que se denomina por un lado, El Derecho Internacional Clásico y por otro, el derecho Supranacional, de la cual surgen normas preceptivas para sus diversos estados, siendo un gran ejemplo el derecho Comunitario Europeo.

La importancia que presenta este cuadro es que permite que las grandes multinacionales observen este cuadro y así puedan establecer cuáles son los estados nacionales, su legislación, sus alternativas, sus facilidades, dificultades, permitiendo así su comparación, ya que estas multinacionales no poseen patria, solo buscan generar y ganar dinero.

Este cuadro les permite ejercer su actividad que ya presenta un nombre técnico, el de la "LEX SHOPPING", lo cual se refiere a que pueden buscar la legislación que más les acomode, permitiéndoles tomar fácilmente sus decisiones, por ejemplo con la cabeza de la administración en un estado, la manufactura en otro, las oficinas comerciales en otro estado y así buscar el mayor beneficio en el [ámbito tributario, económico y comercial.

Otro aspecto que también les interesa a estas multinacionales es el Tribunal que en un momento dado va a conocer de la causa y qué ley va a operar.

Este tema del Lex Shopping se relaciona con los paraísos jurídicos o con los que el profesor Pedrals llama “agujeros negros del derecho”. Estos paraísos jurídicos son ocupados por empresas y personas que están dentro y fuera de la legalidad. Entre éstas últimas, podemos señalar las organizaciones criminales que generan millones de dólares por minuto, como por ejemplo las organizaciones que se dedican a la droga, siendo este el negocio que actualmente da más utilidades, a diferencia de las organizaciones legales.

Sin embargo, hay que decir que el tema es más complicado de lo que se cree, pues la actividad criminal actúa con mínimos costos, sin publicidad ni persuasión, en cambio en las empresas lícitas el lucro es mínimo, pero lo que ocurre es que las actividades económicas criminales o ilícitas necesitan ser “lavadas” para así poder entrar al torrente económico, traspasando dinero desde la actividad ilícita a las lícitas.

Por último, hay que señalar que la actividad mundial tiene un entrelazamiento de ambas actividades, de sus capitales. Un autor, Alvin Toffier, autor del libro “El shock del futuro”, señala que las multinacionales son tan importantes que debemos darle asiento en las naciones Unidas. Así, las Naciones Unidas serían según este modo de pensar un ente mixto entre naciones y multinacionales.

CAPÍTULO TERCERO

FUENTES MATERIALES Y PROCESO JURÍDICO.

11.- NOCIÓN PREELIMINAR

El proceso jurídico se encuentra íntimamente ligado a las fuentes materiales del derecho, pues éstas al ser los factores, fenómenos o acontecimientos, de diferente naturaleza que influyen en la creación, modificación y contenido de las normas jurídicas, se puede decir que evolucionan constantemente, pues es un proceso, un hecho dinámico.

La globalización es un proceso dinámico y que evoluciona de manera global. La escala global de estos cambios connota la naturaleza multidimensional del fenómeno, pero también lo holístico, la actividad integrada, la búsqueda de las relaciones en los elementos de los sistemas complejos. Ni la teoría de las relaciones internacionales, ni tampoco la teoría de la democracia alcanzan a establecer un marco de referencia que sustente la conceptualización como la práctica del desarrollo democrático de los pueblos y sus relaciones con el capitalismo bajo un contexto global. Como un mecanismo económico, el capitalismo puede ser adoptado como un instrumento democratizador que posibilita legitimar un gobierno.

El capitalismo como ideología adoptada por el liberalismo político, posibilita una interpretación económica y política del individuo y la sociedad. Normalmente se piensa que la democracia es local y que a los individuos de una localidad les corresponde tomar decisiones, es decir, la democracia mantiene las decisiones en el ámbito puramente local. Esto es, la democracia es un proceso activo.

12.- EL LLAMADO “DESPLAZAMIENTO” DEL PODER EN LA SOCIEDAD ACTUAL.

La idea de la época contemporánea como un tiempo de modernidad líquida dibuja un nuevo escenario caracterizado varios aspectos que hacen referencia al poder, la política, los espacios de convivencia y la nueva responsabilidad del individuo. ¿Cómo afectan estas modificaciones a la vida diaria de las personas?. Gran parte de este análisis es desarrollado por el célebre sociólogo polaco Zygmunt Bauman en su obra “Modernidad Líquida”, análisis que por cierto gira en torno al miedo, en el cual la Incertidumbre quiere decir “miedo” afirma Bauman y el miedo provoca grandes transformaciones y concesiones a distintos niveles: los cuales son el global, local e individual.

Zygmunt Bauman en esta misma obra identifica cinco aspectos que han provocado la configuración del nuevo escenario que él llama “líquido”:

a.- **El paso de una modernidad sólida a una modernidad líquida** en la que las formas sociales ya no sirven como referencia para las acciones humanas y las estrategias a largo plazo porque se descomponen y se derriten antes de que se cuente con el tiempo necesario para asumirlas.

b.- la **separación entre política y poder** debido al desplazamiento del poder hacia el incontrolable espacio global y el irremediable destino de la política a actuar únicamente en el ámbito local.

c.- **la gradual pero sistemática supresión o reducción de los seguros públicos** que priva a la acción colectiva de gran parte de su antiguo atractivo y socava los fundamentos de la solidaridad social.

d.- **el colapso del pensamiento**, de la planificación y la acción a largo plazo

e.- **La responsabilidad del individuo** de soportar las consecuencias de sus elecciones que ya no tienen unas normas a las que ceñirse sino que deben guiarse por la flexibilidad, la presteza para cambiar de tácticas y estilos en un santiamén, para abandonar compromisos y lealtades sin arrepentimiento, y para ir en pos de las oportunidades según las disponibilidad del momento.³¹

A nivel global, la transformación se aborda desde las consecuencias de la sociedad abierta y el mercado sin fronteras como “receta perpetua para la injusticia y para el nuevo desorden mundial”. “Como si se tratara de capital líquido listo para cualquier inversión, el capital del miedo puede transformarse en cualquier tipo de rentabilidad, ya sea económica o política. La seguridad personal se ha convertido en un argumento de venta importante (quizás del más importante)...” que justifica cualquier política con tal de salvaguardar la forma de vida de la población local. De esta manera los flujos migratorios de personas que huyen de un país en guerra se solucionan con la creación de campamentos de refugiados temporales que se convierten en un callejón sin salida para sus habitantes pues ni pueden volver a sus lugares de origen, devastados y desaparecidos tras la guerra, ni pueden emigrar a otro país que no les permitirá la entrada.

³¹ Bauman Zygmunt, Modernidad Líquida., Quinta edición, Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A. Buenos Aires, 2002.

A nivel local las obsesiones por el miedo y la seguridad provienen de la desaparición de las comunidades y las corporaciones que antiguamente definían las normas de protección y velaban por su cumplimiento (Robert Castel). En la actualidad, es el individuo el que debe ocuparse de sus asuntos y hacer frente a cualquier contingencia. Como respuesta a esta situación, el Estado se ocupó de crear una red de seguros sociales que ofreciera protección al individuo y sustituyera a las antiguas comunidades. En un primer momento las redes de protección “fueron construidas a propósito y a partir de un proyectos -servicios sanitarios, educación, vivienda- , o fueron el resultado de una evolución espontánea a partir de otras actividades constructivas a gran escala -sindicatos-, propias de la fase sólida de la modernidad”.

Bauman habla de la necesidad de garantizar los derechos personales para poder ejercer los políticos en un estado democrático. “La lucha por los deseos personales estaba animada por el deseo de quienes ya eran afortunados o esperaban serlo la próxima vez para poder conservar los dones de su buena suerte sin tener que recurrir a esfuerzos costosos y engorrosos, pero sobre todo poco fiables e infructuosos”. La forma de ejercer los derechos políticos a través del voto fue extendiéndose gradualmente hasta que “se cruzó la línea que dividía a quienes solicitaban los derechos políticos para estar seguros de que no les serían sustraídos o alterados los derechos personales de los que ya disfrutaban, y aquellos que necesitaban los derechos políticos para obtener los derechos personales (o también políticos) que no tenían, y que hubieran encontrado inútiles si los hubieran obtenido con independencia de los derechos sociales”

Esta fue la fórmula del Estado moderno para gestionar el miedo y la inseguridad de la sociedad. Ambos factores son unos de los principales motivos para construir ciudades desde la antigüedad. La sensación de defensa y seguridad que antes se conseguía con fosos y murallas para protegerse del exterior, en la modernidad líquida se consigue a través del urbanismo y la arquitectura para protegerse del resto de ciudadanos. “Los nuevos productos urbanísticos, publicitados con orgullo e imitados profusamente, son los espacios vetados, diseñados para interceptar, repeler o filtrar a los posibles intrusos [...] para separar y mantener separados a los distintos tipos de ciudadanos...”(Steven Flusty).”En el paisaje de la ciudad, los espacios vetados se han convertido en los hitos de la desintegración de la vida comunitaria compartida en una localidad.

Esta variedad de segregacionismos intraurbanos son “manifestaciones ultramodernas de la ubicua *mixofobia* urbana. La *mixofobia* es una reacción - muy extendida y altamente previsible- ante la escalofriante, inconcebible y perturbadora variedad de tipos humanos y costumbres que coexisten en las calles de las ciudades contemporáneas. El mismo brillo y centelleo caleidoscópico de la escena urbana, en la que nunca faltan novedades y sorpresas, constituye el embrujo irresistible de las ciudades y su poder de seducción. La ciudad favorece la mixofilia de la misma manera que provoca y alimenta la mixofobia. Una estrategia arquitectónica y urbanística que fuera la antítesis de la actual, contribuiría al afianzamiento y al cultivo de sentimientos mixofílicos: la creación de espacios públicos abiertos, atractivos y hospitalarios, a los que acudirían de buen grado todas las categorías de residentes urbanos, sin tener reparo en compartirlos

13.- CONEXIONES CON EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN

En esta época de política única, globalizada, ¿sabemos bajo cuál régimen vivimos? ¿Advertimos que se trata de un régimen político y cuál es su política? ¿Nos preguntamos qué función puede tener la pluralidad de formaciones diversas, indispensables para la democracia, ahora que reina de manera cada vez más abierta la afirmación, que sería blasfemo rechazar, de que la economía de mercado representa el único modelo posible de sociedad?³²

“No hay alternativa a la economía de mercado”: pretender que existe un solo modelo de sociedad, sin alternativa, no sólo es absurdo sino directamente estalinista. Y esto es así, cualquiera que fuese el modelo propuesto. Es un discurso dictatorial que sin embargo define el espacio en el cual nos encontramos confinados. Un espacio que en apariencia no depende de ningún régimen. Pero la economía no ha triunfado sobre la política. Lo contrario es verdad.

No asistimos a la primacía de lo económico sobre lo político sino, por el contrario, a la relegación del concepto mismo de economía, que cierta política trata de sustituir por los dictados de una ideología: el ultraliberalismo.

La globalización parece estar generalizada y asociada con la economía y no con la política, pero en realidad no se trata de la economía sino del mundo de

³² Aguilera Miguel Ángel, en <http://www.galeon.com/gentealternativa/babel/libro4.htm> fecha de consulta, 22/03/2010

los negocios, el business, que hoy está entregado a la especulación. Y a su vez es una cierta política, la del ultraliberalismo, la que intenta –por ahora con éxito– liberarse de toda preocupación económica, desviar el sentido mismo del término “economía”, antes vinculado con la vida de la gente y ahora reducido a la mera carrera por las ganancias. Como resultado, se obtienen ganancias alucinantes en tiempo record y, en el mismo lapso, la derrota absoluta, el derrumbe lamentable de la apoteosis asiática, modelo ejemplar del sueño liberal. Quedan de ello las gigantescas megalópolis, soberbias y desiertas, incongruentes en esos lugares, y la miseria agravada de los pueblos. Mientras los campeones de esta epopeya, incapaces de controlar o siquiera comprender el desastre, indiferentes a los pueblos sacrificados, sólo se interesan por remendar unos mercados financieros cuyos caprichos resisten cualquier intento de manejarlos. Y de huir o adquirir por monedas los restos de esos países en liquidación. Una vez más, el ultraliberalismo pretendió hacer economía y sólo hizo negocios. Pretendió hacer negocios y sólo hizo especulación.

A partir de estas confusiones y engaños se despliega, de manera inadvertida, una política destructora de las demás, que después de anularlas y sustituirlas puede pretender que no queda ninguna política, ni siquiera la que ella misma encarna y que reina, única y disimulada, sin temer oposición alguna.

Naomi Klein en su obra “la Doctrina del Shock” demuestra que el capitalismo emplea constantemente la violencia, el terrorismo contra el individuo y la sociedad. Lejos de ser el camino hacia la libertad, se aprovecha de las crisis para introducir impopulares medidas de choque económico, a menudo acompañadas de otras formas de shock no tan metafóricas: el golpe de la

porra de los policías, las torturas con electroshock o la picana en las celdas de las cárceles. De Chile a Rusia, de Canadá a Sudáfrica, de Argentina a China, los ejemplos, y sus escalofriantes consecuencias, abundan.

La "terapia de shock" se nutre ya de estrategias de marketing, propaganda y falsificación de datos, tratando de demostrar que el mercado libre es la única vía para escapar de la decadencia económica y de la pobreza masiva. Pero el consenso tiene que ser conquistado electoralmente, aun si eso puede llegar a ralentizar el ritmo de "reformas".

14.- CONEXIONES CON EL FENÓMENO DE LA ACELERACIÓN HISTÓRICA

Hablar de postmodernismo significa la aceptación de que a fines de la década del cincuenta o principios de los sesenta (coincidente con el florecimiento industrial norteamericano) se inicia un corte o debilitamiento, un principio de extinción del movimiento modernista, que contaba con más de cien años de existencia.

La constitución de esta "nueva sociedad" ha estado sujeta al análisis desde distintas posiciones teóricas y políticas. Algunos teóricos como Ernest Mandel o Frederic Jameson desarrollan la teoría de que esta nueva sociedad es una tercera etapa o evolución del capital y la nombran como la era del "capitalismo multinacional". Según Jameson: "... consiste precisamente en

una etapa del capitalismo más pura que cualquiera de los momentos que la precedieron...".³³

Para otros autores como Lyotard, la postmodernidad sería una edad de la cultura que se corresponde con un tipo de sociedad llamada postindustrial.³⁴

Para Stuart Hall, el término adecuado que designa esta época es el de "post fordismo" pues:

"... sugiere una época diferente con respecto a la era de la producción masiva caracterizada por los productos estandarizados, la concentración de capital y las formas de organización y disciplina del trabajo propio del "taylorismo" ...".³⁵

Esta sociedad emergente del "capitalismo tardío", también llamada "tecnológica", se caracteriza por un notable desarrollo de las fuerzas productivas gracias a la adopción de nuevas tecnologías electrónicas y/o químicas que transformaron las economías mundiales y las relaciones de trabajo.

Según plantea Manuel Castells, la revolución de tecnológica producida en el campo de la información llevó a la aparición de lo que él llama 'informacionalismo' como cimiento material de la esta nueva sociedad. Los

³³ Jameson, Frederick; Ensayos sobre el postmodernismo Ed. Imago Mundi, Buenos Aires, 1991, pág. 18.

³⁴ Lyotard, Jean Francois; La condición postmoderna Ed. R.E.I., Buenos Aires, 1995, pag. 87.

³⁵ Hall, Stuart; "Nuevos tiempos" en La Mirada oblicua. Estudios culturales y democracia; Delfino, Silvia, Ed. La Marca, Buenos Aires, 1993.

tiempos y las distancias se acotaron, la distribución y formas de trabajo también.³⁶

Los chips y las computadoras, las telecomunicaciones móviles han sido indispensables en la construcción de los mercados financieros globales e integrados electrónicamente que operan interconectados en un mismo

En su implementación, estas tecnologías han modificado las relaciones de trabajo. Han generado desocupación al incorporar la robotización a los procesos de producción e industrialización y al mismo tiempo, gran cantidad de mano de obra humana ha encontrado trabajo en el procesamiento del conocimiento y la información.

De esta forma, la tecnología ha sido clave en la práctica de los procesos de reconversión y estructuración socioeconómica. Esta adopción de tecnología específica (de información, electrónica etc.) marca una tendencia a la búsqueda de mano de obra especializada. La capacitación es central en esta era.

Del mismo modo en que se produjeron transformaciones en los modos de producción también se modificaron las representaciones sociales de trabajadores y directivos.

Se sabe que 'Productividad' y 'competitividad' son los conceptos claves en esta nueva mentalidad mercantilista. Se considera que la productividad está sumamente relacionada a la innovación tecnológica y la

³⁶ Castells, Manuel, "La era de la información. Economía, sociedad y cultura". Vol. 3. Fin de milenio. Ed. Alianza Editorial. Madrid, 1999

capacitación. En tanto la competitividad se relaciona a la flexibilidad y adaptabilidad tanto en términos de producción (poder de adaptación y reconversión) como de circulación de los productos.

Las recetas norteamericanas y japonesas para aumentar la productividad, competitividad y eficiencia -aún en plena vigencia- se fueron imponiendo y acarrearón consigo la idea de desarrollar en forma óptima la 'human engineering'. Es decir, la formación de directivos ejecutivos competentes, suficientemente capacitados en el manejo de las nuevas tecnologías y políticamente inmunes y obedientes.

Esta 'Ciencia de la dirección empresarial', en su apoyo a la consolidación de un proyecto económico universal, reacomoda la estructura de clases diferenciando por un lado a los titulares de los derechos de la propiedad del capital y por otro a los asalariados.

Si bien se plantea a la clase directiva o 'productores informacionales' en un marco de asepsia 'tecnócrata' apelando a 'marcos de referencia especializados' estos están ocupando lugares centrales y construyendo nuevas modalidades de mediación. Por un lado, las nuevas capas profesionales están en pleno auge mientras se ha desplazado de su tradicional centralidad a la clase y movimiento obreros.

Esta "segunda" revolución industrial o "tecnológica" implica el avance de las economías del oeste como las de Estados Unidos, Alemania en detrimento de la economía británica.

Como contrapartida, se da una declinación de la manufactura y de los procesos de trabajo con esa modalidad. Decrecen las culturas y regiones cuya fuente de trabajo es de base manufacturera y se produce el fenómeno del crecimiento del este (Japón) y sus regiones de influencia a partir de industrias de alta tecnología basada en la computación.

Es importante destacar que en este contexto crece lo que se denomina el tercer sector que se refiere a la producción de servicios, y es allí donde se concentra gran parte de la población económicamente activa.

De lo antes expuesto se deriva una clara transformación en la clase trabajadora. Una disminución en la cantidad de obreros industriales y agrícolas, y el crecimiento de empleados medios y profesionales independientes, técnicos y científicos.

En cuanto al tiempo de trabajo, hay un crecimiento del tiempo parcial o tiempo más flexible, que implica mayor inclusión de la mujer y de sectores étnicos diferenciados, en el mercado laboral.

Otra importante característica es la transformación de los productos, la comercialización de los mismos y del consumo.

Los productos ya no se elaboran en serie y masivamente, por el contrario, se elaboran en pequeñas series y con expectativa de vida útil mucho menor. Es decir, hay gran variedad de artículos de una misma especie que duran poco tiempo. Esto lleva a un recambio casi permanente de los mismos. Además, hay una gran gama de productos para elegir en un mismo rubro.

Las modificaciones que se han dado en los productos han implicado cambios en los modos de comercialización de los mismos.

En un inicio fue el supermercado donde se encontraban gran cantidad de productos pero poca variedad.

Más adelante, los hipermercados incorporaron la gran gama de productos de un mismo artículo acrecentando también la diversidad de rubros ofrecidos.

Pero, quizás el espacio de comercialización que ha surgido como claro representante de esta nueva era sea el "shopping" o "mall".

Los "shoppings", más allá de ser gigantescos centros comerciales, han transformado y reorganizado la vida de miles de personas en el mundo, poco a poco se están convirtiendo en las plazas de nuestra vida pública.

Los cambios en las estructuras y modelo económico no han sido únicamente producto de las transformaciones tecnológicas. En los años setenta, los modelos de desarrollo económico, capitalistas o estatistas, entraron en una profunda crisis.

Un estado que tiende a descentralizar la autoridad en gobiernos regionales y locales, con escaso compromiso en políticas sociales y menos poder ya no ofrece a los ciudadanos garantías de defensa de sus intereses. El estado - nación como se pensaba en la modernidad está desapareciendo al dibujarse una nueva red y estructura de poder donde los regionalismos o los gobiernos provinciales juegan un papel sumamente importante. Se gesta una nueva concepción de la práctica política basada en juegos estratégicos,

representación y liderazgo individualizados que se construyen primordialmente a través de los medios masivos.

Esta 'economía global' se caracteriza por una importante concentración de capitales, gran flexibilidad organizativa y mayor poder de las empresas para establecer las condiciones laborales con sus empleados.

Las características que enmarcan estos procesos a nivel macroeconómico definen una economía dominada por las multinacionales y la globalización de los mercados financieros.

Esta nueva forma económica que Castells llama "economía global interdependiente" o "informacional", se consolida mientras se produce un desmembramiento de los sindicatos acompañada con una fuerte flexibilización laboral. La creciente necesidad de mejorar producción y abaratar costos para elevar el nivel de competitividad en el mercado, produjeron un marcado desmejoramiento en las condiciones de trabajo y vida de los asalariados.³⁷

Frente al avance de esta economía globalizada, un frente de contradicciones se abre en cada nación - estado. Justamente producidas por las consecuencias que tiene este sistema económico generando desigualdad y exclusión en grandes sectores sociales nacionales:

- La diferenciación entre trabajo autoprogramable y de alta productividad que requiere de capacitación especial y trabajo genérico

³⁷ Castells, Manuel, "La era de la información. Economía, sociedad y cultura". Vol. 3. Fin de milenio. Ed. Alianza Editorial. Madrid, 1999

prescindible atenta contra la posibilidad de gran cantidad de individuos que no pueden acceder a la capacitación requerida.

- La individualización del trabajo, sumada a la falta de fuerza de las organizaciones sindicales u obreras posibilita cada vez una mayor flexibilización de las condiciones laborales y los sectores de trabajadores de más débiles quedan librados a su suerte.
- Con la desaparición del estado de bienestar, al deslegitimarse su función convirtiéndose en mediador, se pierde la red de servicios en salud, educación y seguridad que ofrecía a los sectores desposeídos, los cuales no pueden obtener estos servicios en forma individual.³⁸

Las multinacionales propician una nueva división del trabajo y poseen mayor autonomía frente a estados débiles que priorizan los capitales privados sobre

Este estilo de vida consumista y hedonista se difunde, con el aporte de la tecnología y los nuevos diseños. La "estética" ha penetrado el mundo de la producción moderna acorde a los "nuevos tiempos".

La "imagen" se ha vuelto un lugar clave en la comercialización y el consumo. El estilo y su representación en el cuerpo son puntos clave donde se apoya el consumo de hoy.

³⁸ Emanuelli, Paulina Beatriz, "Sociedad actual e imaginarios: marco que 'influye - construye' las instituciones actuales". Revista Latina de Comunicación Social, 2000, pag.29.

15.- ALGUNOS CASOS RELEVANTES PARA ESTE TRABAJO.

En este capítulo se analizarán 2 leyes que en este último tiempo han estado en boga, y que han surgido ya sea por el clamor popular o por una serie de acontecimientos internacionales de carácter económico, que de una forma u otra afectan o influyen en la economía de nuestro país, a una escala global, leyes que por lo demás surgen gracias a la creciente y constante presión, tanto de las personas como de los medios de comunicación, dichos ejemplos son:

a.- La ley sobre fondo de estabilización del petróleo

Historia

El 15 de enero de 1991, se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.030 que establecía un Fondo de Estabilización de Precios del Petróleo (FEPP) con el objeto de atenuar las variaciones de los precios de venta internos de los combustibles derivados del petróleo —gasolina automotriz, el petróleo diesel, el kerosene doméstico, el gas licuado y el petróleo combustible— motivadas por fluctuaciones de sus cotizaciones internacionales.

En este sentido, el fondo buscaba estabilizar el precio de los combustibles anteriormente señalados, disminuyendo el efecto que factores naturales y geopolíticos inesperados tuviesen sobre los precios internacionales.

En agosto y septiembre de 2005, una secuencia de huracanes impactó la Costa Estadounidense del Golfo de México, dañando las numerosas refinерías y también la infraestructura de recepción y transporte de petróleo y

sus derivados en los puertos de la zona, lo que provocó alzas de gran magnitud en los precios internacionales de la gasolina automotriz, el petróleo diesel y el kerosene doméstico.

Sin embargo, al estar prácticamente agotado el Fondo de Estabilización de Precios del Petróleo en ese entonces, no hubo recursos para atenuar dicha alza, por su naturaleza, transitoria. Dado lo anterior, se dispuso que la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP) morigerara, transitoriamente, las alzas a través de su política comercial. Esto se hizo durante tres semanas, hasta que se creó el nuevo fondo, con el nombre de “Fondo de Estabilización de Precios de Combustibles Derivados del Petróleo” (FEPCO), el 29 de septiembre de 2005, al publicarse en el Diario Oficial la Ley 20.063 con vigencia desde el 3 de octubre de 2005 hasta el 30 de junio de 2006.

El objetivo de este nuevo fondo fue atenuar las variaciones de los precios de venta internos de la gasolina automotriz, el petróleo diesel y el kerosene doméstico, motivadas por fluctuaciones de sus cotizaciones internacionales.

Ley 20.115: Actual ley que rige el (FEPCO): Al vencer el plazo de vigencia de la Ley 20.063, mediante la Ley 20.115, se prorrogó con modificaciones a partir del 1º de julio de 2006, y hasta el 30 de junio de 2007, el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles Derivados del Petróleo, pero luego la Ley 20.197 lo extendió hasta 2010.³⁹

³⁹ Historia de la ley N° 20.246, en www.diariooficial.cl/actualidad/HDL/HL20246.pdf, fecha de consulta, 20/02/10

En la actualidad, ya existe un descontento en cuanto a la sistemática alza de los precios del petróleo y sus derivados, por lo que no se descarta que nuevamente el descontento popular logre una nueva modificación en este aspecto y se logre nuevamente mantener aunque sea por un corto plazo el precio de los combustibles.

b.- Ley de Transparencia N° 20.285

Historia

El 20 de abril de 2009 entró en vigencia la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, un hito histórico para el sistema administrativo nacional y un paso importante dado por Chile para profundizar su democracia y garantizar el ejercicio transparente de la acción gubernamental. Un anhelo profundamente deseado por la ciudadanía ante la creciente ola de denuncias, tanto ciudadanas como periodísticas de la corrupción y desorden tanto de las autoridades públicas como de sus subordinados.

Esta ley tiene como antecedente directo el artículo 8° de la Constitución Política incorporado a la Carta Fundamental con la reforma constitucional de 2005 (Ley N° 20.050)- que estableció los principios de probidad y de la función pública y su obligatoriedad para todos los órganos del Estado, incluidos el Congreso, el Poder Judicial y todos aquellos con autonomía constitucional.

Pero la nueva normativa tiene su origen estricto en un proyecto de ley presentado al Congreso por moción de los senadores Hernán Larraín (UDI) y Jaime Gazmuri (PS) en enero de 2005, cuando ambos ejercían la

presidencia y vicepresidencia del Senado, respectivamente. ⁴⁰

El proyecto, tendiente a regular de manera más sistemática y completa el derecho de acceso a información pública, proponía en su texto original modificar varios cuerpos legales, entre ellos la Ley de Bases de la Administración del Estado, la Ley Orgánica del Congreso Nacional, el Código Orgánico de Tribunales y la Ley Orgánica de Municipalidades, con el fin de introducir mecanismos para hacer públicas las actuaciones y resoluciones de las distintas autoridades y funcionarios.

En concordancia con la reforma constitucional de 2005, y en el marco de la Agenda de Probidad y Transparencia impulsada por la Presidenta de la República, en noviembre de 2006 el Gobierno aprovechó la tramitación del mismo proyecto para sustituir completamente su texto por uno nuevo que, a diferencia del original, proponía un cuerpo normativo especial para la materia.

Mientras se tramitaba la nueva Ley de Transparencia, con el fin de avanzar en el ejercicio de la transparencia en el sector público, en diciembre de 2006 la Presidenta Bachelet dictó el Instructivo Presidencial N°008, que exigió a los servicios y organismos dependientes de la Administración Central del Estado publicar información sobre el personal, contrataciones públicas y

⁴⁰ Historia de la ley N° 20.285 en

www.probidadytransparencia.gob.cl/documentos/.../boletin_probidad_28.pdf, fecha de consulta 01/03/2010

transferencias, entre otros, en los sitios Web de cada institución a través del banner "Gobierno transparente".

El proyecto de Ley que se conoce actualmente fue finalmente aprobado por ambas cámaras del Congreso en enero de 2008 y publicado en el Diario Oficial el 20 de agosto de ese mismo año como Ley de la República. Ocho meses más tarde, el 20 de abril de 2009, esta Ley entró en plena vigencia, consagrando la transparencia de la gestión pública y el derecho que tienen todos los habitantes del país a conocer y acceder libremente a la información que maneja la Administración del Estado.

16.- ASPECTOS VINCULADOS.

Dentro de este contexto de globalización, muy relacionado por cierto con el proceso jurídico que evoluciona junto con la sociedad cambiante, las normas evolucionan y se adaptan a esta nueva realidad, la cual se observa en la *lex mercatoria* y en la creciente ley informática.

Por un lado, se ha caracterizado a la "*lex mercatoria*" diciendo que en las relaciones comerciales internacionales existen reglas consuetudinarias internacionales, la *lex mercatoria* o derecho a-nacional o tercer derecho³.

En vez de sustentarse en la voluntad del legislador nacional la "*lex mercatoria*" lo hace en el rico veneno de materiales conceptuales no jurídicos, costumbres comerciales internacionales, prácticas comerciales generadas a partir de las caóticas condiciones del mercado mundial, o más bien en las

prácticas dictadas por los intereses económicos dominantes y los conflictos se resuelven por la vía de arbitrajes. En conexión con los arbitrajes se crea la ficción de que estas prácticas sociales fueron "siempre" normas, sobre cuya autoridad inmemorial puede uno basarse. Del mismo modo hacen referencia a viejas decisiones arbitrales, en las cuales se ha decidido conforme a "equidad". Históricamente este orden jurídico trasnacional de los mercados mundiales ha demostrado ser el , hasta ahora más exitoso caso de un derecho mundial independiente, que se encuentra más allá del ordenamiento político internacional. Empresas multinacionales celebran entre sí contratos que ya no someten a ninguna jurisdicción nacional ni a ningún derecho material nacional. Conviene en someter sus contratos a un arbitraje independiente de los derechos nacionales que, a su vez debe aplicar normas de un derecho comercial trasnacional. Evidentemente se ha establecido aquí una práctica jurídica que funciona por fuera de los órdenes jurídicos nacionales y de las convenciones de derecho internacional con un sistema normativo y jurisdicción propia que no puede ser ubicado dentro de la jerarquía normativa clásica del derecho nacional e internacional. Lo novedoso es que se sustraen de la pretensión regulatoria del derecho nacional y del derecho internacional y que pretenden un nivel regulatorio autónomo y lo llevan prácticamente a cabo.⁴¹

Está emergiendo, por otro lado, el *corpus juris retis, ius retis o ius informatica*, según las denominaciones dadas por diversos autores, el derecho de Internet, constituido por normas técnicas y jurídicas, incluyendo precedentes

⁴¹ Grun Ernesto, "Los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizado", Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 4, 2000/2001, pag. 8.

generados por órganos de un nuevo cuño: "Administrativo" (ni judicial, ni arbitral), cuyos contenidos están siendo producidos por la interrelación de prácticas de personas de distintos sistemas jurídicos, pautas culturales diversas y hasta sistemas de valores competitivos, unidos todos por las necesidades del tráfico en una misma Red.

Frente a nuevas realidades las comunidades dinámicas responden de maneras también nuevas. Cuando lo hacen de un modo adaptativo e ingenioso, proporcionando soluciones de calidad y en condiciones de eficiencia, como ha sucedido con la *lex mercatoria* hace diez siglos y como está ocurriendo en el proceso de regulación del tráfico en la Red de Redes, existe una alta probabilidad de que se establezca un orden jurídico adecuado a las características del medio y a los intereses legítimos de los usuarios en un futuro no muy próximo, pues prácticamente ya se está imponiendo en la sociedad actual, motivado por su constante e incesante evolución.

CONCLUSIONES

Al terminar esta memoria, es necesario dar una mirada general a lo realizado, a fin de destacar los aspectos de mayor importancia tratados en los tres capítulos. En síntesis:

- Las Fuentes Materiales del Derecho es uno de los temas que menos importancia se le da en el estudio del Derecho, en el sentido que el tiempo que se le dedica a esta importante materia es muy breve, tiempo que no abarca más de una hora cronológica de clases. Sin embargo y al contrario de lo señalado con anterioridad, las fuentes formales del Derecho abarcan un estudio que no se agota ni siquiera con el fin de nuestros estudios, pues incluso al concurrir a tribunales o al hacer un escrito, casi nunca nos preguntamos por el fundamento o por el origen de dicha norma, sino que lisa y llanamente se lee y se aplica, sin interiorizarnos más allá de su origen.
- El Derecho es una de las palabras que mayor controversia o estupor ha ocasionado en los estudiosos del Derecho, llegándose a decir incluso que dicha palabra resulta “indefinible”, siendo incluso un concepto elevado a la categoría de filosófico como el “ser”, el “universo”, etc., decantando dicho concepto en un sinnúmero de enfoques y teorías acerca de lo que es el Derecho.
- El Derecho además es un complejo que se parece mucho a un proceso judicial, el cual se encuentra integrado por personas, cosas, tribunales, expedientes, conductas, muchas de las cuales concluyen en una resolución judicial, expresada en documentos físicos transmitidas a nosotros a través del lenguaje, encaminado a dirigir

nuestras conductas, operando dichos procesos jurídicos en el ámbito nacional e internacional.

- Otro de los temas fundamentales tratados en este trabajo fue la relación entre las fuentes materiales y el proceso jurídico, siendo aspectos fundamentales analizados en dicho capítulo la globalización y la modernidad, siendo un aspecto fundamental de la modernidad el poder establecer cómo afectan sus modificaciones a la vida diaria de las personas, junto con el capitalismo, el cual se aprovecha de las crisis para introducir impopulares medidas de choque económico.
- Por último y en materia nacional, se analizaron dos leyes importantes, que se relacionan de manera influyente con las fuentes materiales del derecho, pues su fundamento se encuentra en el llamado popular y en los acontecimientos económicos de carácter internacional, que indican drásticamente en la economía nacional, y en especial, en la clase media de nuestra sociedad.

En resumen, éste es un tema interesante, que puede darnos una visión general de las fuentes materiales del derecho, una visión más allá de la tradicional y de la que todos conocemos, permitiéndonos acercarnos a su origen y significado, ampliando nuestro conocimiento de las teorías y funciones de las Fuentes materiales, por tal motivo esta memoria tiene en su título la frase “estudio de un aspecto de actualidad”, pues eso es lo que se quiere transmitir, una visión actual y moderna de las Fuentes materiales del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS:

AFTALION ENRIQUE, GARCÍA OLANO, FERNANDO VILANOVA, JOSÉ, *“Introducción al Derecho”* Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1956.

ÁLVAREZ GARDIOL ARIEL, *“Introducción a una Teoría General del derecho”*, Editorial Juris, Buenos Aires, 1995.

ÁLVAREZ GARDIOL ARIEL, *“Derecho y Realidad, notas de teoría sociológica”*, Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2005

BAUMAN ZYGMUNT, *“Modernidad Líquida”* Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2002.

BASCUÑAN VALDÉS, ANÍBAL, *“Colección de Apuntes N° 8, Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales”* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960.

BODENHEIMER EDGAR, *“Teoría del derecho”*, Traducción español de Vicente Herrero, 3° Edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1964.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *“Orientaciones modernas en materia de fuentes del derecho privado positivo”*, Editorial Bosch, Madrid, 1940

CASTELLS, MANUEL, *“La era de la información. Economía, sociedad y cultura”*. Vol. 3. Fin de milenio. Ed. Alianza Editorial. Madrid, 1999

DE LUCAS JAVIER Y OTROS, *“Introducción al Derecho”*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1992.

DE RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL, *“División y Fuentes del derecho Positivo”*, Editorial EDEVAL, Valparaíso, 1968.

FORRESTER VIVIANE, *“Una extraña Dictadura”*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000.

HALL, STUART, *“Nuevos tiempos” en La Mirada oblicua. Estudios culturales y democracia*”, Ed. La Marca, Buenos Aires, 1993.

HART HERBERT, *“El Concepto de Derecho”*, Editorial Nacional, México, 1980

HÜBNER GALLO, JORGE IVAN, *“Introducción al derecho”*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1992.

JAMESON, FREDERICK, *“Ensayos sobre el postmodernismo”* Editorial Imago Mundi, Buenos Aires, 1991

KLEIN NAOMI, *“Vallas y Ventanas. Despachos desde las trincheras del debate sobre la Globalización”*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2002.

LATORRE ÁNGEL, *“Introducción al Derecho”*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000.

LEGAZ Y LECAMBRA, LUIS, *“introducción a la Ciencia del Derecho”*, Editorial Bosch, Barcelona, 1943.

LYOTARD, JEAN FRANCOIS, *“La condición postmoderna”*, Editorial. R.E.I., Buenos Aires, 1995

LEGAZ Y LECAMBRA, LUIS, *“Filosofía del Derecho”*, Editorial Bosch, Barcelona, 1953.

MONROY LABRA, MARCO GERARDO, *“Introducción al Derecho”*

Editorial Temis, Bogotá, 1977.

NINO, CARLOS SANTIAGO, *“Introducción al análisis del derecho”*, ed.

Astrea, Buenos Aires, 1999.

PACHECO GÓMEZ, MÁXIMO, *“Introducción al Derecho”*, Editorial

Jurídica de Chile, Santiago, 1976.

PEDRALS GARCÍA DE CORTÁZAR, ANTONIO, *“Apuntes de Teoría*

General del derecho” Valparaíso, 2008.

PEDRALS GARCÍA DE CORTÁZAR, ANTONIO, Apuntes de clases en el

texto *“El derecho y su análisis”*, Valparaíso, 2007.

REALE MIGUEL, *“Introducción al Derecho”*, Ediciones Piramide, Madrid,

1977.

RIPERT GEORGE, *“Las fuerzas creadoras del derecho”*, Librería general

de derecho y jurisprudencia, París, 1955

SQUELLA NARDUCI, AGUSTÍN, *“Introducción al Derecho”*, Editorial

jurídica de Chile, Santiago, 2000.

VERNENGO ROBERTO, *“Curso de Teoría General del Derecho”*,

Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1998.

ARTÍCULOS DE REVISTAS:

CHACÍN FUENMAYOR, RONALD DE JESÚS, *“ALGUNAS NOTAS*

SOBRE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE CARLOS

COSSIO”,_Revista de filosofía práctica, Universidad de Los Andes Mérida – Venezuela, Junio de 2003.

EMANUELLI, PAULINA BEATRIZ, “*Sociedad actual e imaginarios: marco que 'influye - construye' las instituciones actuales*”. Revista Latina de Comunicación Social, 2000

GRUN ERNESTO, “*Los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizado*”, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 4, 2000/2001

FUENTES WEB:

AGUILERA MIGUEL ANGEL, en [http:// www. galeon. com/ gente alternativa/ babel/ libro4.htm](http://www.galeon.com/gentealternativa/babel/libro4.htm) .

DERECHO Y PERSONAS, Introducción a la Teoría del Derecho, en [http://www.monografías .com/trabajos13/deryper/deryper.shtml](http://www.monografías.com/trabajos13/deryper/deryper.shtml).

EL DERECHO INDUCTIVO, en http://en.wikipedia.org/wiki/Soft_law.

HISTORIA DE LA LEY N° 20.246, en [www diariooficial cl/actualida HDL HL20246 pdf](http://www.diariooficial.cl/actualidad/HDL/HL20246.pdf).

HISTORIA DE LA LEY N° 20.285 en [www probidadytransparencia gob.cl/documento /... boletinprobidad28 pdf](http://www.probidadytransparencia.gob.cl/documento/...boletinprobidad28.pdf).

IRIARTE, CARLOS MAURICIO, “*Definiciones e importancias del derecho*”, en <http://definicionesderecho.blogspot.com/2008/02/definiciones-e-importancia-del-derecho.html>

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA, en [es.wikipedia.org/wiki/](https://es.wikipedia.org/wiki/Objeción_de_conciencia)

Objeción de conciencia

UNIDROIT, Principios sobre los contratos comerciales internacionales,

Roma, 2001

ÍNDICE.

**“SOBRE LA IMPORTANCIA DE LAS LLAMADAS FUENTES
MATERIALES.**

ESTUDIO DE UN ASPECTO DE ACTUALIDAD”

Introducción.....	3
<u>Capítulo Primero. Las Fuentes materiales en la teoría</u>	6
1.- Noción preliminar	7
2.- La teoría de las fuentes. Clases de fuentes	9
3.- Las fuentes materiales. Clases	12
4.- Aspectos Vinculados	16
<u>Capítulo Segundo. La visión del Derecho como “proceso”</u>	19
5.- Noción preliminar	20
6.- Distintos enfoques del derecho	24
7.- Enfoques dimensionalistas	27
8.- El derecho como proceso. Elementos	39
9.- Funcionamiento del proceso jurídico	48
10.- Aspectos vinculados	52
<u>Capítulo Tercero. Fuentes materiales y proceso jurídico</u>	54
11.- Noción preliminar	55
12.- El llamado “desplazamiento” del poder en la sociedad actual	56
13.- Conexiones con el fenómeno de la globalización	60
14.- Conexiones con el fenómeno de la aceleración histórica	62
15.- Algunos casos relevantes para este trabajo	70

16.- Aspectos Vinculados74

Conclusiones.-77

Bibliografía.-80

Índice.-86