

La vulgarización como slogan y los derechos fundamentales*

PABLO RUIZ-TAGLE**

Primero que nada agradezco a todos los estudiantes que han participado en el congreso de derecho constitucional al que he sido invitado a expresar estas palabras en su versión original. Agradezco también a los organizadores y a los que han venido de tantas universidades a pensar el derecho constitucional chileno. Es que a veces a los profesores se nos olvida que el derecho es parte de la cultura y que como tal debe ser siempre analizado como un objeto del pensamiento apasionado. Esto es a mi juicio lo principal que nos han recordado los estudiantes que han expuesto sus trabajos y por eso nos han dejado a todos entusiasmados y contentos. Es que ni en nuestros sueños más extravagantes nos imaginamos que podríamos reunirnos en este edificio en torno a un grupo tan grande y constante de jóvenes que pudiesen expresar tal entusiasmo por el derecho constitucional. La verdad es que yo era reticente a juntarme en este lugar marcado por las contradicciones de nuestra historia reciente. Y por eso estoy todavía dudoso de hablar desde este podio. Sin embargo, me instalo aquí animado por ustedes los nuevos apasionados del derecho constitucional, me atrevo a subir aquí y me siento en este lugar como evocando a Carlos Chaplin en su película *El Gran Dictador*. Y creo en este acto interpretarlos a cada uno de ustedes jóvenes ciudadanos porque en mi aspecto común de simple y vulgar chileno intento transfigurar este lugar en toda su simbología negativa de poder y fascismo. Al recordar hoy todos los rasgos negativos de este edificio nos parece al mismo tiempo abusivo y ridículo.

Es que pensaba que en este lugar no se podría tener una verdadera experiencia de conversación sobre el derecho constitucional de nuestro país por su dimensión, diseño y carga histórica. Tenía en mente que el presidente Allende construyó este edificio horrible a comienzos de los 70 para que fuese sede de la UNCTAD y sirviera de reunión para el grupo de países no alineados. Se debían reunir aquí lo que se llamó el grupo de los 77, que eran los países que suponía no se definían a favor ni de EE.UU. ni de la URSS. Este proyecto quedó inconcluso a partir del golpe de estado de 1973 porque el general Pinochet después de bombardear la Moneda concentró su gobierno en este edificio por varios años. Desde aquí se usurpó el poder constituyente, el poder ejecutivo y legislativo sin consideración alguna por el principio de la soberanía popular. De hecho las comisiones legislativas de la dictadura funcionaron aquí hasta 1990. Entonces ustedes comprenderán que llenar de estudiantes y profesores de derecho constitucional este mismo edificio y desde el mismo podio que usaba el dictador dirigirme a ustedes para hablar del derecho constitucional del futuro, más que simbolismo, es un verdadero acto de transfiguración o exorcismo jurídico. Por medio de este acto el derecho viene con nosotros hasta el más recóndito símbolo del poder fáctico y lo transforma para darle a este edificio otro uso y otro destino. Y el nuevo uso que a partir de este congreso le damos a este lugar consiste en transformarlo en lugar de conversación democrática.

* La versión definitiva de esta conferencia se relaciona con la investigación del autor sobre derechos fundamentales del proyecto Fondecyt No.1020348 y 7020348.

** Profesor Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Un centro de convenciones donde desde ahora se conocerá porque aquí se han reunido un número sin precedentes de apasionados del derecho constitucional. Y todos los que estamos aquí -a pesar de nuestras diferencias- creo que buscamos eso, porque debo confesarles (que me perdonen mis amigos profesores) que he aprendido mucho más en estos días de los alumnos de derecho y sus ponencias. He tenido la suerte de leer muchas de ellas, y he encontrado ideas más frescas que las que venimos repitiendo entre nosotros, queridos colegas. Después de este exordio inicial que busca sólo comentar lo que en este lugar y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile ha sucedido en estos días comencemos entonces por el tema de la ponencia.

Digamos al respecto que no trataremos en esta oportunidad el tema de la constitucionalización sobre lo que hay mucho escrito en esta materia y que es una materia siempre actual, importante y seria. A este respecto, el Decano Juan Carlos Ferrada¹ nos ha informado de un texto que se refiere a este tema, y el profesor Eduardo Aldunate me ha expresado que él también ha escrito sobre esta cuestión. También hemos tenido a la vista un trabajo más reciente sobre el tema de la constitucionalización del derecho del profesor Hernán Corral que plantea diversas tesis sobre el particular.² Es que creo que la discusión seria y académica sobre la constitucionalización, esto es, sobre el efecto de las normas, principios y valores constitucionales en el resto del ordenamiento jurídico, debe distinguirse del slogan en que consiste la vulgarización, que es en verdad una forma de reduccionismo y descalificación académica y estudiantil.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, les pido que nos concentremos primero en lo más duro, que es el uso en Chile del slogan académico estudiantil de la vulgarización. En segundo lugar, y como una materia derivada de la anterior, explicaremos algunos rasgos de la historia reciente del derecho constitucional chileno que espero nos sirvan para situar en su contexto el tema de la vulgarización. Finalmente, me interesa destacar algunos rasgos del derecho concebido como lenguaje, en relación con la vulgarización, a través del análisis de una serie de casos.

1) La vulgarización como slogan académico estudiantil.

Lo primero entonces que a mi juicio debemos tener presente es que la vulgarización es un slogan que a mi juicio refleja ciertas carencias y “vicios ordinarios” de la academia legal chilena que pueden ser manifestación de mezquindad y envidia departamental y disciplinaria. No se extrañen de estas palabras

¹ Ferrada, Juan Carlos. (Coordinador), *LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CHILENO*, Universidad Austral de Chile, 1ª. Edición, diciembre (2003), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

² Corral, H. *ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO*, *Revista Derecho* mayo No.3 octubre 2004, p.47-64. Corral identifica la constitucionalización con las siguientes premisas, tesis o conclusiones: 1) un cambio metodológico en la dogmática jurídica que se produce en la segunda mitad del siglo XX; 2) una idea que influye en la jurisprudencia y todavía no en la doctrina; 3) una noción que opera como reforma, interpretación o aplicación por vía directa; 4) que supone sobre valoración a autarquía constitucional; 4) una idea que puede contradecir la ley o fabricar vacíos legales artificiales; 5) una noción que puede elevar a jerarquía constitucional principios del derecho privado; y/o que finalmente 7) una idea que puede desvirtuar el núcleo común del derecho privado. De las tesis de Corral me parece que la No.1 y la 2 son contradictorias y por cierto creo que el cambio de paradigma del estado constitucional de derecho se ha construido a partir de la segunda mitad del siglo XX afectando la doctrina, la jurisprudencia, la legislación y todo el derecho. La No. 3 parece aceptable, a lo que yo agregaría la posibilidad de mutación del orden jurídico. La tesis No.4 me parece remota porque sobrevalorar la constitución o producir autarquía, me parece que al menos en Chile esto no se ha producido. La No.5 la comparto y la No.6 me parece discutible porque en un sistema jurídico contemporáneo su núcleo común no es el derecho privado, sino la protección de los derechos fundamentales, de los cuales el derecho privado debe llegar a ser una manifestación privilegiada.

que a algunos oídos pueden sonar un poco fuertes, porque no soy el primero en usarlas. Judith Sklar en su maravilloso libro “Vicios Ordinarios”³ habla en un capítulo denominado “Los Snobs de la Academia” de la vida universitaria como un lugar donde puede reinar la mezquindad y la envidia, justamente como una manifestación particular de la especialización en la crueldad que es propia de los seres humanos.

La mezquindad y envidia de los profesores que no son generosos con sus alumnos o con sus colegas es la crueldad a la que me refiero y es la misma de la que habla Judith Sklar. Mezquindad y envidia que genera rivalidades entre pares y que asume una forma compleja que llega a enturbiar el pensamiento y que no permite la discusión abierta que la academia requiere.

Estos vicios ordinarios de crueldad a los que me refiero hacen surgir ingeniosas fantasmagorías y descalificaciones personales según si se está o no en determinado grupo o se pertenece o no a una determinada secta de adulación académica, si es parte o no de tal escuela, si se comparte una posición, programa, jerarquía, currículo, profesión, dedicación, posición dogmática, pedantería, estilo de vida, ropa, gusto por el alcohol o los puros y otras cuestiones varias accidentales.

Me parece entonces que la idea de vulgarización tal como se ha conocido en Chile, como muchas otras formas de descalificación y reduccionismo académico, es una forma pedestre de criticar el trabajo académico ajeno. La etiqueta de la vulgarización que es siempre cambiante, se usa particularmente para impresionar a los alumnos y para tratar de evitar que ellos piensen sobre ciertas cuestiones o que piensen de una determinada manera, o para que adopten una metodología estrecha, lo que para este caso viene a ser lo mismo.

En la modesta academia jurídica chilena el uso pedante del recurso a la ciencia, del recurso a la especialización, del supuesto tecnicismo o del rigor argumental predicado y no practicado, es en verdad una forma de no pensar ciertas cuestiones o de evitar exponer las convicciones o de pasarlas como gato por liebre. Una de las paradojas más curiosas y recurrentes de la mezquindad disciplinaria y departamental en su aspecto más provinciano.

Veamos entonces cuáles pueden ser los fundamentos que existen detrás del tema de la vulgarización como slogan académico que se asienta en Chile por la ingeniosa fantasmagoría que se genera tantas veces en la mezquindad y la envidia académica y tratemos de los problemas verdaderos que pueden existir, en lo que algunos repiten como vulgarismo o vulgarización y que nunca terminan de definir.

2) El contexto del derecho chileno y el slogan vulgarizador.

Joaquín García-Huidobro en su exposición en este congreso ha dicho con razón dos cosas sobre la vulgarización con las que coincido, y es que en la dictadura militar chilena no existió derecho constitucional y que a consecuencia de esta circunstancia, la irrupción de esta rama del derecho es nueva y eso crea por cierto la necesidad de acomodos disciplinarios.

También dijo que los profesores de derecho civil y derecho penal muchas veces se quejan del derecho constitucional y lo que sucede es que los profesores de penal o civil están en la profesión y no quieren o no le pueden dedicar suficiente tiempo a escribir. Esta sequeidad en la escritura los lleva a lamentar después la intromisión en su “coto vedado” de parte de los profesores de derecho constitucional que

³ Sklar, J. *VICIOS ORDINARIOS*, Colección Popular, Fondo de Cultura Económica, México (1990), p.-205-204

escriben más y que a consecuencia de esto influyen más sobre los estudiantes, sobre los jueces y legisladores y también sobre las decisiones judiciales.

Se trata entonces, en la idea de García-Huidobro de un problema de redistribución de un espacio disciplinario y académico nuevo y un problema de dedicación y división del trabajo. Coincido entonces con las explicaciones de García-Huidobro y me quedo con ellas como forma preliminar de explicar el problema disciplinario y departamental de la vulgarización. Se trata de una cuestión que en Chile no es un verdadero problema porque deberá solucionarse con el simple paso del tiempo.

De hecho en el mismo Congreso de Derecho Constitucional en que se presentó la primera versión de esta ponencia se han visto varios profesores que enseñan primariamente derecho internacional, civil, penal, administrativo que han dedicado por algunos días sus energías al derecho constitucional. El congreso por sí mismo es una muestra de cómo la interacción de ideas entre todas las ramas del derecho es inevitable y que esta tendencia a la mutua influencia no puede ser resistida sin caer en el slogan. Porque dicho movimiento de mutua y reciproca influencia es siempre necesario en el contexto de un estado democrático de derecho y por eso es siempre ineludible tener como punto de referencia el derecho constitucional y particularmente el subsistema de los derechos fundamentales que dentro del ordenamiento jurídico tienen una cierta primacía, tal como argumentaremos a continuación.

3) Lenguaje jurídico y primacia de los derechos fundamentales.

Respecto al tercer tema que se refiere a la vulgarización y su relación con el derecho como lenguaje, debemos en primer término considerar, como nos ha explicado Marcelo Alegre, que hemos escuchado muchas veces este término entre destacados profesores, pero no ha existido en ellos claridad en cuanto a lo que designa.

Algunos han dicho en su exposición del primer día del seminario que ciertas formas de la justicia constitucional pueden derivar en constitucionalización. Otros han parafraseado a Hesse⁴ y han identificado la «ius fundamentalización» como una forma indebida de adoptar decisiones judiciales en el ámbito privado que a su juicio constituye vulgarización jurídica. Y muchos otros profesores han hablado del tema de la vulgarización de manera despectiva y le atribuyen todos los errores de nuestro derecho. Que la justicia del “Cadi” y los excesos del recurso a la equidad es signo de vulgarización, que las sentencias contradictorias son muestra de vulgarización, que las decisiones judiciales mal fundadas son muestra de vulgarización etc. Y lo que más sorprende en estos alegatos es que la vulgarización casi siempre se refiere a la interacción con lo que yo considero rasgos más virtuosos del derecho constitucional chileno, como son la referencia, primacía y protección de ciertos derechos fundamentales y su vinculación con los tratados internacionales de derechos humanos.

Por eso, si queremos entender de manera más sistemática en que consiste el alegato de vulgarización, tenemos mucho que agradecer al trabajo de Marcelo Alegre. Marcelo ha hecho una verdadera taxonomía de lo que pueden llegar a significar las hipótesis (a mi juicio casi siempre confusas e incorrectas) de la vulgarización. Ha dicho Marcelo que vulgarización puede ser entendida como ocho hipótesis diversas: 1) Como “ius fundamentalización” o efecto horizontal de los derechos fundamentales afectando relaciones

⁴ Hesse, C. El *Significado de los Derechos Fundamentales*, en Benda, E. et. al, *Manual de Derecho Constitucional*. Evap-Marcial Pons, Madrid (1996), pp.83-115.

de derecho, privado de manera indebida; 2) Como sobre constitucionalización o pérdida de legitimidad de la ley según describe Laporta; 3) Como desformalización del derecho, en sus dos variantes; la primera consistiendo en deformar el sistema de las razones exclusionarias que Joseph Raz ha identificado como propias del derecho; la segunda como desformalizar haciendo que lo local desplace su prioridad en los términos que propone Shauer; 4) Como desacralizar el derecho; 5) Como desritualizar el derecho simplificando sus prácticas y normas del derecho; 6) Como alterar el valor estético del derecho; 7) Como pérdida del carácter científico del derecho; y 8) Como desnacionalizar el derecho. Alegre propone que cada una de estas tesis tiene una respuesta posible desde la perspectiva vulgarizadora y que en la democracia las formas se confunden con el ejercicio de la soberanía popular. También Alegre explica que toda alegación basada en que el derecho chileno se deteriora a causa de la vulgarización debe entonces explicar en que valores se funda. Y por cierto ésta es la explicación que ha estado ausente.

Por eso yo comienzo mis ideas donde Marcelo Alegre termina. Esto es, en el último párrafo de su trabajo que para estos efectos recomiendo releer. Porque mi planteamiento podría quedar hasta aquí siendo un simple resumen y felicitación para Marcelo por su perspicacia en tratar este tema. Sin embargo, me llama la atención como los propagandistas contra la vulgarización no se hacen cargo de las explicaciones que ha expresado entre nosotros el trabajo del profesor Alegre. Que en vez de asumirlas y decir si están de acuerdo con ellas total o parcialmente inventan nuevas formas de concebir el problema de la vulgarización.

Contra estas nuevas y confusas propuestas de sostener lo insostenible me parece que todos reconocemos que un sistema de derecho, precisamente por ser sistema admite contradicción entre sus decisiones particulares y no tenemos para que llamar a esa cuestión de modo pomposo con el nombre de vulgarización. Porque existen las contradicciones es que existen las reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación definidas como lo hace H. L. A. Hart de la manera más general. Además todo sistema de decisiones judiciales debe admitir un margen para el error, un espacio para la revocación. Para ilustrar este punto podemos recordar como *Brown v. Board of Education* fue un fallo que revocó la resolución y las doctrinas de “separados pero iguales” que instauró *Plessy v. Ferguson* y no por eso, es una peor decisión judicial por ser contradictoria con la anterior. De hecho la mayoría de las mejores decisiones judiciales constitucionales son aquellas que expresamente revocan decisiones anteriores.

Pero vayamos a estudiar algunos casos para conversar sobre el tema de la constitucionalización y los problemas que ésta puede plantear respecto de los derechos fundamentales y su primacía. Es que así como se detecta un cierto desplazamiento, un carácter “wishy washy” en la definición de vulgarización y en los argumentos de los que rasgan vestiduras por ella, también llama la atención la ausencia de mención de casos reales en los que se diga aquí se decidió mal, este caso por haberse incurrido en una forma concreta de vulgarización.⁵

⁵ Mencionar como defecto propio de la vulgarización la existencia de contradicciones judiciales, o de contradicciones entre la ley, un decreto ley y la constitución o querer vincular las contradicciones de la idea de equidad con la certeza del derecho a la idea de vulgarización del derecho, o incluso más, reclamar una autonomía de autarquía conceptual y ridículo engrimiento y autosuficiencia para ciertos juristas científicos que no contaminan con argumentos morales su argumentación jurídica, es una forma manida y poco persuasiva de justificar el dudoso y siempre cambiante slogan. Además esta forma de argumentar recuerda y resucita lo peor del “rosendismo” jurídico que existió como forma académica dominante durante la dictadura. El “rosendismo” jurídico fue la expresión retórica del Decano Hugo Rosende que al ser designado por los militares para intervenir la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile se declaraba contra toda especulación de los juristas (que no pensaban como él) y a algunos de los cuales denominaba despectivamente “marihuaneros jurídicos”. Postulaba como válidos exclusivamente los argumentos de código.

Analicemos entonces tres situaciones que tienen que ver con la protección jurídica de un derecho fundamental, en este caso el derecho a la imagen.

La primera situación en el tiempo se dio en el caso de la Princesa Soraya en Alemania resuelto por el Tribunal Constitucional Alemán en 1973 a partir de un caso que originalmente era un juicio civil por difamación. El artículo 823 del Código Civil Alemán permitía la indemnización en caso de daño a la “vida, el cuerpo humano, la propiedad o algún otro derecho”. Y fue de la expresión “algún otro derecho” que la Corte Constitucional Federal se apoyó para construir por la vía judicial el derecho a ser indemnizado. Para ello desarrolló un argumento fundado en el derecho fundamental constitucional al libre desarrollo de la personalidad que incluía en este caso el derecho a la imagen de la Princesa Soraya y autorizó el pago de la indemnización. Rechazó de manera directa el recurso que alegaba la separación de poderes y que criticaba el que los jueces, incluidos los jueces constitucionales, pudiesen crear derechos, tales como en este caso el derecho a la imagen.

La segunda situación se da en Chile en un caso semejante al de la princesa Soraya porque también se refiere al derecho a la imagen y consta en el recurso de protección en que se vio involucrada la empresa Salo Editores y el Sindicato de Futbolistas Profesionales de Chile⁶. Este caso se decidió de manera distinta a la resolución adoptada en el caso Soraya. Se trataba de la publicación de un álbum de láminas de jugadores de fútbol que no contaba con la autorización de éstos para usar su imagen. El tribunal no discutió el daño pero trató el argumento del derecho a la imagen de figuras públicas y después de concluir que no era un derecho directamente protegido en el texto de la constitución y la legislación chilena decidió dar la razón a la empresa editora que siguió editando los álbumes sin autorización de los futbolistas.

La tercera situación se plantea en el proyecto de ley que ha ingresado con mensaje del ejecutivo al Congreso de Chile que se refiere a la protección al derecho a la imagen entre otras consideraciones relacionadas⁷. En este proyecto se establece un sistema subjetivo de responsabilidad por daños a la imagen de las personas en Chile que pretende evitar como expresa el mensaje, que estas materias queden sujetas a los vaivenes de la justicia constitucional y trasladar la competencia de estos casos a la justicia civil. Me imagino que este traslado de la competencia es porque se considera como potenciales vulgarizadores a los jueces chilenos con poder de adjudicación constitucional.

Entonces ante estas tres situaciones las preguntas que creo interesa plantear son bien claras. ¿Creen ustedes que el caso de la Princesa Soraya fue bien resuelto al crear en sede constitucional un derecho fundamental a la imagen que antes no existía? ¿Creen que el caso Salo Editores fue bien resuelto al resolver a favor de la imprenta y en contra de los jugadores de fútbol por no encontrar disposición jurídica directamente aplicable al caso? ¿Creen que el proyecto que busca disminuir la intervención de la adjudicación constitucional en materias de derecho a la imagen es un proyecto bien pensado para Chile?

⁶ Caszely Garrido, Carlos y otros con Salo Editores Limitada. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXIX (1982), nº 2 (mayo-agosto), Sección 5.

⁷ Remitamos nuestros comentarios de modo más específico a las disposiciones del Proyecto de Ley aprobado con fecha 9 de diciembre de 2003 y que fue enviado en su versión definitiva al Senado por Oficio 4695 y que ha motivado tanta polémica. En primer término, mantengo mis opiniones previas sobre esta materia que se manifiestan en la minuta de mis observaciones ante la Cámara de fecha 26 de Agosto de 2003 y en el recuento de dicha sesión que consta en las Actas de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (boletín No.2370-07-1) de la Cámara. En segundo término, el proyecto consta de 13 artículos y 3 títulos. El primer título se refiere a normas generales, el segundo a las intromisiones ilegítimas, el tercero de la acción indemnizatoria y el cuarto de la competencia y el procedimiento.

Y se puede agregar también en materias del derecho a la imagen; ¿qué cuestiones debe resolver el juez constitucional, cuáles el juez civil y el juez penal? Esas son las cuestiones verdaderas que tienen que ver con la influencia y relación del derecho constitucional con las otras ramas del derecho y el carácter central de los derechos fundamentales como subsistema principal del ordenamiento jurídico. Al hablar de vulgarización, nada se avanza ni se aclara respecto de estas cuestiones de la necesaria y persistente constitucionalización del derecho.

Me parece que hay buenas razones para considerar, tanto el caso Soraya como el de Salo Editores, como bien o mal resuelto, según sea la preferencia de cada uno de ustedes, sobre la mayor o menor primacía que concedemos a los derechos fundamentales y la posibilidad de su creación judicial constitucional. Y cualesquiera que sea nuestra opinión sobre estos casos no tenemos necesidad alguna de recurrir al concepto confuso y oscuro de la vulgarización.

El proyecto de ley chileno sobre protección al derecho a la imagen está mal planteado en el punto en que pretende sustituir totalmente las formas de la justicia constitucional en los temas del derecho a la imagen y sus materias conexas.

Es que creo que la coexistencia y supremacía del derecho constitucional puede ser problemática para el derecho civil y el derecho penal, y también para las otras ramas del derecho pero estos problemas debemos solucionarlos con formas inteligentes de adecuación. Esa adecuación me parece que debe hacerse semejante en su estado óptimo a lo que plantea Dante en su famoso "Escrito sobre la Lengua Vulgar" donde dice: "En cuanto a la afirmación de que las cosas superiores mezcladas con las inferiores favorecen a éstas (es decir, las inferiores favorecen a las superiores) esta afirmación es verdadera si los elementos mezclados no quedan separados unos de otros, como, por ejemplo, si fundimos el oro con la plata, pero, si se mantiene la separación, las cosas inferiores quedan rebajadas como cuando se reúnen mujeres hermosas con mujeres feas. Por consiguiente, como el significado de los poetas siempre queda separado de las palabras, si el sentido no es excelente, al unirse a una lengua vulgar óptima no quedará mejorado sino empeorado, como una mujer fea que vaya cubierta con oro y vestida de seda".⁸

La cita de Dante me parece enteramente pertinente porque, también como explicó Marcelo Alegre, ni el derecho constitucional, ni el derecho civil, ni el penal, ni el administrativo, ni ninguna rama del derecho es per se, en cuanto rama del derecho, más linda o más fea que las demás. Y es el caso, y su solución, lo que determina la belleza del derecho. Desde este punto de vista, mezclar lo vulgar con lo culto, en todo el Derecho, es la tarea a la que estamos, en verdad, obligados en una sociedad mixta, a la que nos llama Calabresi. Por eso no tengo problemas en ser considerado uno de los partidarios más vulgares de la Vulgarización, porque pienso que el punto de vista de las personas comunes y vulgares es muy relevante en una concepción democrática y liberal del Derecho.

Presente desde la Revolución Francesa de 1789, esta idea democrática del derecho no ha podido ser erradicada, y, en el derecho contemporáneo chileno, manifiesta sus frutos más virtuosos en la reforma del matrimonio civil, de las normas de filiación, del proceso penal, de la adaptación de los derechos fundamentales en materia laboral y medioambiental, entre muchas otras cuestiones muy actuales.

Este puede ser un buen comienzo para dudar de una supuesta sofisticación dogmática que existiría en Chile particularmente reflejada en ciertos escritos y planteamientos a los que debemos someternos y

⁸ Alighieri, Dante *Sobre la lengua vulgar* en *Obras completas*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, España (1973) p.763.

en caso contrario sucumbir a la amenaza maligna que supone la vulgarización. Esta idea “chilensis” de vulgarización que insiste en una riqueza dogmática en las ramas del derecho chileno (civil y penal) que ha alcanzado un nivel técnico científico que no conviene contaminar ni deformar con el derecho constitucional es altamente sospechosa.

El argumento que dice que si esta contaminación de la vulgarización se produjese podríamos llegar a perder en precisión y en seguridad jurídica y se puede producir un cataclismo jurídico, nos parece semejante a lo que algunos autores han descrito como el efecto que produjo el barbarismo sobre el derecho romano justineano del bajo imperio.⁹ Es que acaso se piensa volver a algún estado originario en el que el derecho sea concebido como un privilegio, que su aplicación sólo debe alcanzar a quienes son ciudadanos juristas y criticar: “...que muchos individuos que no se consideraban romanos y que incluso desconocían el latín, convertidos en ciudadanos romanos, adecuasen sus vidas a los esquemas del derecho civil.”¹⁰ O acaso la vulgarización debe llevarnos a pensar en el estado constitucional de derecho que en términos semejantes critiquemos que: “La difusión de la ciudadanía por todo el Imperio, conforme a la Constitutio Antoniniana, combinada con la relajación del control de las provincias por parte del gobierno central, significó que el derecho romano no fuese ya más idéntico en todas partes. Lo que antes había sido un derecho uniforme, aplicable a los ciudadanos dondequiera que residiesen, se convertía en un sistema fragmentario portador de particularidades provinciales.”¹¹

Nada hay más opuesto al derecho del estado constitucional democrático que una concepción quiritaria del derecho. La tragedia consistiría en el avance de la «vulgarización» jurídica constitucional que sólo podría traer males y problemas. Males tan serios que no podemos explicarlos de modo racional. Es que esta forma de hablar de vulgarización en verdad sólo nos puede dejar estupefactos porque no es una idea que sirva para resolver ningún problema real del derecho contemporáneo y por eso como tesis resulta efímera y poco fiable.

4) Conclusiones

En cambio, sí me parece que debemos reconocer que la adaptación del derecho constitucional y particularmente del subsistema de los derechos fundamentales al derecho civil y penal y otras ramas presenta problemas de adecuación. Es que sabemos que existe una primacía de los derechos fundamentales que en su aplicación eficaz por sobre otras partes más arcaicas y vetustas del derecho puede producir problemas reales. Además el lenguaje jurídico tiene autonomía conceptual y un cierto carácter especializado que lo diferencia del lenguaje natural común, pero esta circunstancia no puede excusar a los juristas de darse a entender con argumentos que puedan comprender todos los ciudadanos y personas (vulgares).

⁹ Ver sobre el carácter siempre autoritario del derecho romano Gibbon, E. *THE DECLINE AND FALL OF THE ROMAN EMPIRE*, Everyman's Library edited by Oliphant Smeaton, by permission of J. M. Dent & Sons Ltd. London and New York (1996), V.II, Cap. XLIV p.70-96

¹⁰ Stein, Peter G.: *EL DERECHO ROMANO EN LA HISTORIA DE EUROPA. HISTORIA DE UNA CULTURA JURÍDICA*. Editorial Siglo Veintiuno, España, (2001). p.30. Esta referencia de Stein en la que se explican algunas ideas relacionadas con la vulgarización del derecho romano y la siguiente han sido citadas y facilitadas por la ayudante Sra. Bárbara Parada.

¹¹ Ibidem supra Stein, P. p.38.

Lo contrario, que es lo que proponen los que acusan a los demás de vulgarización, es una forma de entender al estudio del derecho como si fuese una ciencia de animales muertos. En la sociedad democrática ningún proyecto del derecho es viable si es pensado de manera arbitraria y autónoma por un grupo de juristas que dedica sus energías a rociar con insecticida todo lo que no sale de ellos. El proyecto entomológico e insecticida del derecho que se concreta en los argumentos jurídicos pedantes y evasivos del slogan de la vulgarización, sólo puede funcionar con una constitución semántica o nominal que tenga ropajes formales respecto de nuestro sistema jurídico o con una constitución que sea un verdadero disfraz o tapadera de una serie de autoritarismos públicos y/o privados. Es otra de las formas de travestismo antidemocrático contemporáneo que denuncia con razón Loewenstein¹² en su gran obra jurídica

La autonomía y especialización jurídica no debe confundirse con solipsismo, con autismo o con autarquía conceptual. Por eso estoy entre los partidarios más vulgares de la vulgarización, porque pienso que el punto de vista de las personas comunes es muy relevante en el desarrollo de toda concepción democrática del derecho. En la concepción del estado constitucional de derecho los juristas son ciudadanos igual que todos y deben darse a entender de manera simple sin invertir sus talentos en pedantería. El derecho constitucional, en realidad todo el derecho, no puede quedar entregado en monopolio a una retórica de juristas autosuficientes, aunque ellos pertenezcan a la dogmática y excluyente sociedad de Mont Pelerin.

En definitiva, el slogan académico estudiantil de la vulgarización consiste en exagerar una idea que adopta mil formas con el propósito de destacar una serie de rasgos arbitrarios de comprensión del derecho que se quieren excluir del escrutinio público. Por eso se trata de una grave incompreensión del derecho que no es posible validar en el estado constitucional de derecho. La idea central del estado constitucional de derecho consiste en tener una constitución normativa que tenga como centro el subsistema de los derechos fundamentales y que como proyecto político jurídico se propone controlar y transformar las prácticas jurídicas mediante la participación de los no legos en la comprensión y creación del derecho.

¹² Loewenstein, K. *TEORIA DE LA CONSTITUCIÓN*, Ariel Editores, Barcelona (1981).