

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2000

DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2000

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 18
2000

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Valparaíso, Central de Chile, de Concepción, de Chile, de Los Andes, del Mar, Diego Portales, Finis Terrae, de la República y de Valparaíso.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de esta obra.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. - 0170 - 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2000

DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1999 - 2001)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés,
Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro
Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson
Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle
Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene
su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspon-
dencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

Este número del Anuario de *Filosofía Jurídica y Social* corres-
ponde a 2000 y aparece a inicios del segundo semestre de 2001, año este
último en que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social cum-
ple 20 años de existencia.

En efecto, nuestra Sociedad fue fundada el año 1981, en
Valparaíso, y celebrará su vigésimo aniversario en el mes de diciembre
de 2001, ocasión en la que contaremos con la presencia de Eugenio
Bulygin, Presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del
Derecho y Filosofía Social, de la cual nuestra corporación es una de sus
secciones nacionales a lo largo del mundo.

Por lo dicho previamente, el número próximo del *Anuario de Fi-
losofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2001, el cual esperamos en-
tregar en el primer semestre de 2002, será el número de aniversario de
la sociedad, esto es, aquel que dará cuenta de nuestros 20 años de exis-
tencia.

En cuanto al presente número del Anuario, en él, luego de la
habitual sección *Estudios*, se incluye una sección *Ponencias*. En esta sec-
ción se reproducen las ponencias que fueron presentadas en la IV Jor-
nada Chilena de Filosofía del Derecho, que fue organizada por nuestra
Sociedad y por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. La
mencionada jornada fue convocada con el título "*El derecho en la pers-
pectiva de los cambios culturales*".

ciones dirigidas al monarca, cuando se les abría la puerta que les estaba destinada, debían seguir un largo proceso de tipo burocrático que involucraba a varios secretarios y ayudantes.

Saramago nos quiere decir algo bien claro cuando sitúa al rey junto a la puerta de los obsequios y no al lado de la puerta de las peticiones.

Al situarse junto a la primera de esas puertas, el monarca ciertamente ganaba, puesto que así estaba en mejores condiciones de recibir, acariciar y guardar los obsequios que le eran traídos. Pero, a la vez, el rey perdía, y mucho, porque la tardanza en responder a las peticiones aumentaba el descontento y las protestas del pueblo, lo cual tenía efectos negativos en el flujo de los obsequios que eran llevados al monarca.

Utilizando esas imágenes de Saramago, al Estado y a los poderes públicos que lo conforman hay que sacarlos de la puerta de los obsequios —dejando posiblemente allí sólo al servicio encargado de recaudar los impuestos— y llevarlos a las puertas de las peticiones y las decisiones.

Es en la intersección que forman la puerta de las peticiones y la de las decisiones donde debe estar el Estado.

Por lo demás, cuando los pueblos consiguen ligar bien ambas puertas consiguen tener ese bien que se llama democracia.

Un bien, entre otras cosas, porque la democracia, con todas sus imperfecciones —que las tiene—, es lejos la forma de gobierno que mejor examen ha rendido históricamente en el reconocimiento, consagración y protección efectivas de los derechos humanos.

En consecuencia, quien dé valor a esos derechos continuará teniendo una muy buena razón para preferir la democracia como forma de gobierno de la sociedad.

P O N E N C I A S

LA IDEA DE LA JUSTICIA Y LA TRADICION DE CULTURA EN LA TEORIA DE ALF ROSS

MARCELO IVAN TRONCOSO ROMERO *

Es sabido que el intento declarado de Ross es desarrollar los principios empiristas en el campo del derecho hasta sus conclusiones últimas.

En lo que se refiere a las fuentes del derecho este intento implica que la doctrina de las fuentes del derecho debe ocuparse de la ideología que efectivamente anima a los tribunales en la búsqueda de las normas que han de tomar como fundamento de sus decisiones (1).

Es sabido el rol fundamental que cumple en la teoría de Ross el concepto de derecho vigente y cuando decimos de una regla determinada que es derecho vigente, esta aserción constituye una predicción de que dicha regla será adoptada como base para decisiones en controversias jurídicas futuras (2).

Ahora bien, si esta predicción es posible, aun considerando que un orden jurídico nacional está compuesto por una multiplicidad de normas, debe serlo dice Ross, en razón de que el proceso espiritual me-

* Profesor de Introducción al Derecho en la Universidad de Concepción.

1. Alf Ross, Sobre el derecho y la justicia p. 101 Eudeba, 5 Edición, 1994.

2. Ibidem p. 73.

dante el cual el juez elige una norma y no otra es un proceso determinado por una ideología normativa común a todos los jueces (1).

Esta ideología es el objeto de la doctrina de las fuentes del derecho y está constituida por directivas que indican a los jueces la manera de proceder para descubrir las directivas que les van a permitir decidir la cuestión sometida a su decisión.

La manera en que Ross caracteriza las fuentes del derecho y el lugar que allí ocupa la tradición de cultura o razón y por su intermedio la idea de justicia serán el objeto de esta breve comunicación.

Nuestra tesis es, en primer lugar, que Ross a pesar de que es defensor de una postura metaética emotivista y negar la existencia de una idea de justicia a priori como guía para la legislación le otorga una importancia que a nuestro juicio no es menor a la idea de justicia como factor motivador de decisiones judiciales y fuente del derecho; y segundo, que de paso deja de manifiesto una cierta inconsecuencia en su concepción del derecho vigente.

Afirmamos lo anterior pues por la vía de atribuirle a la tradición de cultura o razón un papel importante como fuente del derecho, introduce un elemento que puede poner en crisis la concepción del derecho que el mismo Ross defiende (2). Adelantemos que en esto discrepamos de la opinión de Farrell (3) cuando sostiene que no es prudente sobreestimar el ámbito de acción de la tradición de cultura en cuanto fuente del derecho, pues este ámbito de acción está expresamente delimitado por el propio Ross. En efecto, en *Sobre el derecho y la Justicia* afirma expresamente "La tradición de cultura adquiere primordialmente significado porque el juez lee e interpreta el derecho en su espíritu" (4). De

3. *Ibidem* p. 73.

4. Cfr. Rodolfo Luis Vigo "El empirismo jurídico de Alf Ross" en "Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas", p. 60 Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

5. Cfr. Farrell, Martín D. "Las fuentes del derecho en la Teoría de Alf Ross", p. 71. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* n° 4, 1984, Buenos Aires.

6. Alf Ross, *op. cit.* pp. 96-97.

manera que la tradición de cultura actúa indirectamente como elemento de interpretación del derecho y añade "Pero la Tradición de cultura puede también actuar como una "fuente de derecho" directa, esto es, puede ser el elemento fundamental que inspira al juez al formular la regla en que basa su decisión" (5).

Tal es así que el mismo Ross señala que el positivismo debe ser rechazado porque no comprende bien la influencia de la atmósfera cultural en la aplicación del derecho (6). Cabe destacar aquí que Ross se refiere al positivismo como lo formalmente establecido y no como lo apoyado en la experiencia, postura esta última que él sustenta y que está en la base de una construcción realista de la ciencia del derecho.

Cuando analiza el tema de las fuentes del derecho Ross señala que sería posible caracterizar los distintos tipos de fuentes según el papel dominante que han desempeñado en la evolución histórica del derecho. Desde este punto de vista, señala, el precedente y la razón o (tradición de cultura) "pueden ser caracterizadas como las fuentes que han desempeñado siempre un papel considerable, que corresponde a las ideas de justicia formal y justicia material; la costumbre y la legislación, como las fuentes cuyo papel ha variado apreciablemente siendo la costumbre la fuente predominante en el derecho primitivo y la legislación en el derecho moderno" (7).

Entendemos con esto que Ross asimila la tradición de cultura o razón a la idea de justicia material toda vez que lo señala expresamente, al menos como él mismo escribe, desde el punto de vista del papel que ha desempeñado en la evolución histórica del derecho.

A nuestro entender esta conclusión se ve refrendada, en un libro anterior de Ross, "Hacia una Ciencia Realista del Derecho". En efecto, cuando allí clasifica los factores de motivación, lo hace siguiendo el criterio de si han sido puestos o no por la autoridad. De este modo, propone una división tripartita de las fuentes del derecho poniendo en primer

7. *Ibidem*, pp. 96-97.

8. *Ibidem* p. 98.

9. *Ibidem* p. 75.

lugar la legislación, luego el derecho consuetudinario y finalmente la equidad a la que caracteriza como factor libre ⁽¹⁰⁾. Aunque más adelante sostiene que no todo factor de motivación es fuente de derecho y señala expresamente que una sentencia motivada únicamente en la equidad no sería jurídica ⁽¹¹⁾. Y luego en "Sobre el Derecho y la Justicia", cuando el criterio de clasificación utilizado es el del grado de objetivación de los distintos tipos de fuentes el tipo libre o no objetivado es precisamente éste, la tradición de cultura o razón, que viene a ocupar el lugar de la equidad en el sistema de fuentes. No está demás señalar que la caracterización que hace de la equidad y la tradición de cultura en tanto fuentes del derecho son muy similares. En "Hacia una ciencia realista del derecho" señala que la Equidad consiste en "las consideraciones libres, no establecidas y a menudo completamente inarticuladas que surgen de un caudal de actitudes más o menos impremeditadas de toda clase, caudal indefinible, extremadamente amplio e importante, que cerca por todos lados las normas establecidas y que constituyen el medio del cual las normas extraen su vida y su significado. Las normas establecidas han crecido como resultado de una serie de deseos, consideraciones, intenciones, prejuicios e ideologías, pero debido al carácter complicado y heterogéneo de éstas se ven imposibilitadas de expresarlas exhaustivamente. Pueden las normas ser comparadas con una cristalización de una solución, con la formación del núcleo en una masa de protoplasma, con un diagrama esquelético que sólo adquiere carne y sangre si se lo comprende en relación con una cantidad de consideraciones implícitas, de reservas y correcciones" ⁽¹²⁾ Y en "Sobre el derecho y la Justicia" señala "Es difícil describir la naturaleza y esencia de esta tradición (de cultura). Se puede hablar de un conjunto de valoraciones, pero esta expresión es engañosa porque puede sugerir principios de conducta y estándares formulados en forma sistemática. Sería mejor decir

10. Vid. Alf Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho* p. 157-158, Editorial Abeledo Perrot, Primera Edición 1961.

11. *Ibidem* p. 161.

12. *Ibidem* pp. 158-159.

que bajo la forma de mito, religión, filosofía y arte, vive un espíritu que expresa una filosofía de la vida, que es una íntima combinación de valoraciones y de cosmogonía teórica, que incluye una teoría social más primitiva" ⁽¹³⁾. Y más adelante añade "Las normas jurídicas al igual que toda otra manifestación objetiva de la cultura, no pueden ser entendidas si se las aísla del medio cultural que las ha originado. El derecho está unido al lenguaje como vehículo para transmitir significado, y el significado atribuido a los términos jurídicos está condicionado de mil maneras por presuposiciones tácitas en la forma de credo y prejuicios, aspiraciones, estándares y valoraciones, que existen en la tradición de cultura que rodea por igual al legislador y al juez" ⁽¹⁴⁾.

Estimamos entonces que podría sostenerse basado en los propios textos de Ross que cuando se refiere a la tradición de cultura o razón no hace más que referirse a la equidad o a una idea de justicia material.

Ahora bien, en otra parte Ross sostiene que la tradición de cultura adquiere significado primordialmente, porque el juez, lee e interpreta el derecho en su espíritu ⁽¹⁵⁾.

Es decir, que la tradición de cultura o la idea de justicia material, se constituye en primer lugar en una fuente indirecta, en un punto de vista o mejor dicho un criterio que le permite al juez entender o interpretar la ley.

Este papel de la tradición de cultura en la interpretación de la legislación parece ser contradictorio con el criterio de clasificación de las fuentes propuesto por Ross, puesto que si la legislación es interpretada en el espíritu de la tradición cultural, en que aparece una combinación de valoraciones, y si tenemos presente el concepto de derecho vigente que él mismo propone, pierde sentido decir que la legislación es una fuente completamente objetivada que presenta al juez una regla elaborada lista para su aplicación que simplemente tiene que aceptar.

13. Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia* p. 95.

14. *Ibidem* p. 96.

15. *Ibidem* p. 96.

Pero como se dijo, "la tradición de cultura puede también actuar como una fuente de derecho directa, esto es, puede ser el elemento fundamental que inspira al juez al formular la regla en que basa su decisión" (16).

El juez tiene siempre la obligación de pronunciarse frente a los casos que se le someten y puede suceder que no encuentre entre las fuentes objetivadas, legislación, costumbre y precedente los elementos necesarios para la formulación de la regla respectiva. Esta "ausencia de toda norma con autoridad es vivida como una falta, como un defecto o laguna en el derecho, que el juez debe suplir. Este lo hará decidiendo la concreta cuestión planteada en la forma que estime justa, y al mismo tiempo tratará de justificar su decisión destacando aquellos aspectos del caso que le parecen relevantes. Y así, inspirado por las ideas fundamentales de la tradición jurídica y cultural, el juez formará como quien dice experimentalmente una regla jurídica general" (17).

En un caso como este, en que el juez se enfrente a un vacío, y resuelva sobre la base de la tradición de cultura según lo que estime justo, creemos que de acuerdo a la teoría de Ross llevada hasta sus últimas consecuencias lógicas no sería posible una discusión racional acerca de esta decisión. Si el juez decide según lo que estima justo, las argumentaciones que utilice para justificar su decisión, serán persuasión y no argumentos, en el fondo serán irracionales. Así se desprende de lo que el propio Ross afirma cuando expresa que "Invocar la justicia, es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la justicia, porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra. Sus palabras constituyen persuasión no argumento. La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto, puesto que por un lado incita a la creencia de que la demanda propia no es la mera expresión de un interés en conflicto con intereses opuestos, sino que posee una validez superior, de carácter absoluto y por otro excluye todo argumento y discusión racionales con miras a un

16. Ibidem p. 97.

17. Ibidem p. 97.

compromiso. La ideología de la justicia es una actitud militante de tipo biológico emocional a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses" (18).

Cómo poder llevar a cabo una predicción respecto de una decisión que apela a lo justo, no ya como expresión un trato igualitario para casos semejantes sino como expresión de lo que el juez estima como justo.

La objeción que podría hacerse a este planteamiento es que Ross sostiene que no todos los factores de motivación son fuente de derecho, sino sólo aquellos que por su naturaleza colectiva y universal dan a la sentencia un sello de validez jurídica excluyendo aquellos factores que constituyen la expresión de una actitud individual del juez (19). Sin embargo, ello no cambia el hecho de que cuando estemos ante un vacío o laguna, el juez decide conforme a lo que íntimamente considera justo, dictando una sentencia conforme a esa idea de justicia y formulando así una regla vigente, que resulta aplicada y además vivida por el juez como obligatoria. En esta situación la idea de justicia del juez será el único factor motivador, y no podría decirse que la decisión no es jurídica, aunque la predicción se haya vuelto imposible. Qué diferencia existiría para el directamente afectado por una sentencia sólo fundada en la idea de justicia que la calificáramos de jurídica o no jurídica. Estimamos que ninguna si de lo que se trata es de hacer una descripción realista.

En los casos que estamos frente a un vacío o laguna, y actúa la tradición de cultura o la idea de justicia del juez para fundamentar una decisión, decimos que no es posible la predicción ni se puede hablar de ideología normativa común de los jueces. Ello sin que pueda afirmarse que la norma que fundamenta la decisión no es derecho vigente, puesto que si ha sido aplicada lo ha sido porque el juez la ha estimado obligatoria. Cómo podríamos predecir la actuación de un juez frente al vacío, si precisamente por eso no sabemos cuál sería su contenido. Y para que una decisión como esa, llegara a formar una ideología común se

18. Ibidem p. 267.

19. Cfr. Alf Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho*, p. 161.

requerirían más casos, lo que a la larga transformaría la decisión en fuente como precedente más que directamente como razón o tradición de cultura. Así parece entenderlo Ross cuando afirma que "A través de una serie de decisiones referentes a circunstancias análogas los perfiles de esa regla (*la que formula experimentalmente el juez frente a un vacío*) se irán fijando en forma gradual y hará su aparición un derecho de precedentes creado por el juez" (20) y cuando más adelante añade que sólo el reconocimiento en la práctica de los tribunales confiere a lo que puede ser derivado de la "razón" el carácter derecho vigente (21).

Pero en qué momento la práctica nos autorizaría a hacer tal afirmación, ¿es necesaria una sentencia o se requiere un número indeterminado de ellas?

Creemos en definitiva que la lectura detenida de la obra de Ross en esta materia permite afirmar que la idea de justicia, o lo que el juez en su caso crea íntimamente como justo, es derecho cuando frente a un vacío o laguna se constituye como el único fundamento o factor motivador de una sentencia. Y, en segundo lugar, estimamos que lo anterior pone en riesgo su concepto de derecho vigente en la medida que en un caso como el descrito no es posible predicción alguna.

20. Alf Ross, sobre el derecho y la justicia, p. 97.

21. *Ibidem* p. 98.

CONSTRUCCION DE LA REALIDAD SOCIAL Y REALISMO EN SEARLE

PATRICIA MOYA CAÑAS *

INTRODUCCION

Quizás uno de los mayores cambios culturales, ocurrido en la modernidad y que mantiene su vigencia hasta hoy, es la pérdida de lo que podríamos llamar la aceptación natural de la realidad como correlato de nuestra capacidad cognoscitiva. Aunque hemos dejado atrás formas extremas de racionalismo, sigue vigente en cierta medida la actitud que se ha denominado crítica y que reclama un fundamento para nuestra relación tanto social como epistemológica con el mundo.

Es por esto que la defensa de una forma de realismo en John Searle (S.) puede resultar sorprendente y hasta cierto punto anacrónica, pero espero que al finalizar el artículo concuerden conmigo en que es original y perfectamente atinente a las polémicas que hoy se sostienen en los ámbitos de la filosofía política y de la teoría del conocimiento.

Para presentar esta ponencia me basaré exclusivamente en: *The Construction of Social Reality* (1995), obra en la que S. aborda esta cuestión de una manera más directa, aunque también tengo presente otros de sus importantes escritos como *Speech Acts* (1969) e *Intentionality* (1983).

* Profesora en la Universidad de Los Andes.