

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

2001

20 AÑOS DE
NUESTRA SOCIEDAD



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (+) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2001

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL N° 19
2 0 0 1

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de Valparaíso, Católica de Temuco, de Concepción, de Chile, de los Andes, Internacional SEK, del Mar, Diego Portales, 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. S. N. - 0170 - 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2001

20 AÑOS DE NUESTRA SOCIEDAD

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



no naturales de las acciones, o de "valores" (separados del "ser"). Fracasado el intento de una ética especulativa —reducida al orden I de la realidad—, se pasó a diversas formas del escepticismo, el cual elimina el carácter "verdadero" de los juicios éticos: las proposiciones éticas expresan emociones, actitudes, imperativos, etc., pero no una "verdad" sobre el orden práctico. Por eso la "ética" se reduce a "meta-ética", es decir, al estudio de los significados del lenguaje ético, o de las condiciones sociológicas de existencia de determinadas convicciones éticas, etc.; pero la llamada "ética normativa" —el concreto decir qué debemos hacer— no posee valor de verdad. En consecuencia, la ética deja de ser práctica y la noción de lo verdadero sigue siendo "teórica" (18). La filosofía práctica clásica, por el contrario, afirmaba tanto el carácter verdadero o falso de las proposiciones sobre la praxis —que *no son* la verdad práctica en sentido estricto— como la ordenación última de ese conocimiento especulativo-práctico a la adquisición del saber práctico concreto y a la realización de la verdad práctica completa en la acción (del hombre individual o de la *polis*), dos cosas que van unidas (19).

De lo dicho se desprende que, superada la pretensión moderna de una ética contemplativa o asimilada al saber científico puramente teórico —como la geometría—, sólo quedan dos salidas: el escepticismo ético (o "metaético"), que en el fondo sigue concibiendo la verdad como unívocamente teórica y la niega de plano en la ética porque ciertamente no la encuentra en ella, o la vuelta a la noción clásica analógica de la verdad práctica, que lleva a aceptar un saber verdadero sobre la acción humana y sus fines y un saber práctico verdaderamente directivo de la acción hacia el bien humano. Si alguien cree que debe elegir entre una de estas dos salidas, ya ha optado por la primera; si está dispuesto a reflexionar sobre tan difícil cuestión, es posible que llegue a *saber* que la segunda es la verdadera.

18. Ibid., p. 4.

19. Sobre cómo se da la verdad práctica tanto en el entendimiento como en la acción puede verse, aunque no concuerdan del todo entre sí, J. García-Huidobro, "Sobre la verdad práctica en Tomás de Aquino", en A. García Marqués y J. Jarcía-Huidobro (eds.), *Razón y Praxis*, Valparaíso, Edeval, 1994, pp. 169-201, y F. Inciarte, *El reto del positivismo lógico*, Madrid, Rialp, 1974, pp. 159-187.

LA CULTURA JURIDICA INTERNA. ANALISIS DE CIERTAS NOTAS SOBRE CHILE

ALDO VALLE *

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. Así como la filosofía del lenguaje tuvo que derivar hacia el estudio de sus aspectos pragmáticos para avanzar en la teoría del significado, hasta llegar a decirse que éste se explica por las reglas de uso de una palabra, la teoría del derecho, de igual modo, deberá progresivamente incorporar a la cultura jurídica como parte de la comprensión del fenómeno jurídico, hasta el punto —también— de considerarla de manera relevante en un concepto del derecho como orden normativo. Esta expresión —cultura jurídica— la utilizaremos para designar el conjunto de creencias que acerca del derecho predominan socialmente, de hecho, en un orden jurídico dado, y son compartidas tanto por quienes cultivan profesionalmente el derecho como por los demás miembros de la comunidad jurídica.

2. El análisis que se hará se divide en dos partes cuyos contenidos cumplen una función muy distinta. La primera de ellas no tiene más objetivo que identificar el rol diferenciado que corresponde a la cultura jurídica interna en el sistema jurídico o en el orden jurídico concebido como realidad jurídico-social. Por lo mismo, es una

* Universidad de Valparaíso.

exposición teórica general que no se refiere necesariamente a la cultura jurídica de nuestro país. La segunda parte contiene ciertas apreciaciones sobre la cultura jurídica interna en nuestro país. Las afirmaciones o caracterizaciones que se señalan, en esta segunda parte, no pretenden ser exhaustivas ni exactas, no agotan el tema ni presumen de certeza en sus términos. No tienen más propósito que aportar puntos de vista o temas cuya consideración nos parece relevante, especialmente, si nos interesan los diversos modos en que las creencias de los operadores jurídicos contribuyen a dar una visión integral del derecho socialmente practicado en una comunidad jurídica determinada.

I. FUNCION JURIDICO-DOGMATICA DE LA CULTURA JURIDICA INTERNA

1. Determinación semántica de algunos conceptos y sus relaciones

1.1. Cultura jurídica, sistema jurídico y ordenamiento jurídico

La función que cumplen las creencias y concepciones valorativas de juristas, legisladores, jueces y funcionarios de la Administración del Estado, que intervienen a su vez en la transmisión y producción del conocimiento jurídico, en la creación del derecho, en su declaración, integración, aplicación y ejecución resulta determinante en la configuración del *orden jurídico-social*. Con esta última expresión me refiero al derecho efectivamente vivido en una comunidad, al derecho vigente entendido como el resultado social o empírico que se produce, finalmente, de la relación concreta del ordenamiento o conjunto de normas jurídicas formalmente válidas con la realidad social.

La mediación que tiene lugar entre las normas formalmente válidas y las relaciones sociales o conductas empíricamente manifestadas está en manos de unos individuos que son *portadores de unas creencias acerca del derecho y la justicia*.

La *cultura jurídica*, que puede ser interna o externa, genéricamente, designa el dominio subjetivo del sistema jurídico, esto es, las convicciones jurídico-normativas de los sujetos que intervienen en los procesos de sistematización, creación, declaración, aplicación y ejecución del derecho en una comunidad social determinada o las

creencias que acerca del derecho y la justicia tiene cualquier miembro de la comunidad, aunque no intervenga en ninguna actividad jurídica.

Aquello que llamamos "*cultura jurídica interna*" designa las creencias jurídicas de quienes, en una comunidad histórica dada, ya sea por razón de un cargo o por sus conocimientos, intervienen en la enseñanza, creación, declaración, aplicación y ejecución del derecho.

La *cultura jurídica externa*, por su parte, está constituida por las creencias y valores que acerca del derecho tiene la comunidad general, esto es, cualquier individuo que forma parte de la misma, sin que cumpla una función jurídica especializada.

Por otra parte, la expresión "*sistema jurídico*", también "*sistema legal*", como ya se ha dicho, la usamos como equivalente a "*orden jurídico-social*". El sistema jurídico, está compuesto tanto por el ordenamiento jurídico, esto es, el conjunto de normas válidas, y por la cultura jurídica, es decir, las creencias y actitudes de los operadores jurídicos y de la comunidad general (1). En otras palabras, con esta expresión se designa una realidad jurídico-social.

Otra cosa distinta, como se sabe, es el *ordenamiento jurídico* constituido por las normas constitucionales, de origen consuetudinario o estatal, legales, administrativas, contractuales o judiciales, consideradas en su pura existencia o validez normativa, esto es, sin saber aún si logran eficacia social.

Desde un punto de vista metodológico, resulta útil distinguir entre estos dos componentes: *el ordenamiento jurídico*, por una par-

1. Así la utiliza Lawrence M. Friedman, *The legal system. A social Science perspective*, Nueva York, 1975. Pero desde el punto de vista de la teoría general del derecho, la expresión "sistema jurídico" se usa para designar al conjunto de enunciados que describen un ordenamiento jurídico. En este sentido se oponen las nociones de sistema jurídico, ordenamiento jurídico y orden jurídico.

te, y la cultura jurídica, por la otra, advirtiendo que ambos forman el sistema jurídico.

1.2. Diferencias entre ordenamiento y cultura jurídica

El primero, como es fácil de apreciar, tiene una existencia formalizada en las fuentes o continentes del derecho y posee, por lo mismo, una objetividad en los procedimientos de creación y extinción de las normas, reglas y principios que lo componen.

La segunda, en cambio, no se halla formalizada y forma parte de la subjetividad jurídica de una comunidad; la cultura jurídica no es oficial, al menos en el sentido que haya un catálogo de creencias o convicciones contenidas en algún texto obligatorio, publicado por un órgano o autoridad.

No existen procedimientos objetivos determinados para identificar cuándo una creencia jurídica reemplaza a otra, o se incorpora una nueva, o se extingue alguna sin que sea reemplazada por otra.

En este sentido, la distinción no es ociosa.

Sin embargo, ni el ordenamiento jurídico es tan objetivo y fijo ni la cultura jurídica de los operadores es tan difícil de reconocer e identificar con cierta objetividad en un orden jurídico dado.

El ordenamiento no tiene significado sino a partir de los estándares semánticos que constituyen la cultura jurídica; un conjunto de normas es siempre interpretado desde un sistema de creencias y convicciones acerca del derecho y la justicia.

Por otra parte, no puede omitirse que el ordenamiento jurídico formalizado es la explicitación de un conjunto de creencias jurídicas que en algún momento tuvo fuerza para convertirse en derecho válido.

Ambas consideraciones permiten vislumbrar una continuidad más bien fluida entre ordenamiento y cultura jurídica.

Pero, la cultura jurídica de una determinada comunidad no es meramente una ideología, esto es, un discurso dirigido a racionalizar los fines y principios de un ordenamiento jurídico dado tal como los autores del mismo puedan concebirlo, sino la expresión ideal correspondiente de los usos, prácticas y creencias que tienen lugar en una

comunidad jurídica históricamente determinada⁽²⁾. El método de su investigación, en consecuencia, ha de pertenecer a la sociología de la cultura; el objetivo será reconstruir las ideas y valoraciones jurídicas de una comunidad a partir de sus prácticas, tanto del derecho cumplido como de las conductas que determinan la ineficacia de normas o fines explícitamente declarados por el ordenamiento. Es inevitable quizás que esta reconstrucción resulte interferida ideológicamente por el trabajo de interpretación que ello supone, pero con esta prevención se pretende destacar que la tarea es develar las valoraciones jurídicas dominantes en la sociedad de un modo eficaz. No se trata de reconstruir la moralidad que postula el ordenamiento, sin perjuicio de considerar que pueda haber coincidencias muy significativas.

En todo caso, la mencionada distinción metodológica no debe conducir a una separación mecánica; pues las normas del ordenamiento corresponden, en general, a los sedimentos más decantados de una cultura socio-normativa o a creencias que logran imponerse como derecho, pero no deben confundirse.

Estas consideraciones permiten aclarar, me parece, las relaciones existentes entre ordenamiento y cultura jurídica interna, de cara a identificar la función de ésta en el orden jurídico o el sistema jurídico.

Uno de los motivos de interés para el estudio de la cultura jurídica interna es delimitar la importancia que ella tiene para la comprensión del orden jurídico-social.

De este modo, la relación entre ordenamiento y cultura jurídica está dada por unos supuestos socio-normativos comunes, que no obstante pueden adoptar desarrollos distintos, llegando a distanciarse y hasta, en ciertos casos, a enfrentarse en aspectos ético-jurídicos o a derivar en prácticas sociales evasivas o defraudatorias del derecho válido o formalmente vigente. Por ejemplo, la permanencia indefi-

2. No obstante, la expresión "ideología", en algunas de sus acepciones puede también ser comprensiva de la denominación "cultura jurídica", pues esta última siempre designa una realidad subjetivamente vivida por la comunidad y, por lo mismo, no garantiza una relación objetiva con el mundo, al margen de que esto sea o no posible.

nida de un vínculo matrimonial indisoluble a nivel del derecho válido formalmente conduce a una vía escapatoria, que termina defraudando la vigencia de una norma. Esta situación en el caso chileno demuestra que la realidad jurídico-social de la indisolubilidad del vínculo matrimonial no puede ser comprendida sólo a partir del ordenamiento jurídico. En el hecho, lo que ocurre es que el sistema jurídico sustentado por la cultura jurídica interna y externa tolera una vía legal (del propio ordenamiento) para la defraudación de otra norma legal.

2. *La cultura jurídica interna tiene una doble composición*

La cultura jurídica interna presenta una doble composición.

Por una parte, está integrada por los estándares profesionales de los operadores y, por la otra, por los principios ideológicos o filosófico-jurídicos que animan a los operadores jurídicos en su concepción acerca del derecho y la justicia.

Un estándar profesional, por ejemplo, está constituido por determinados modos de razonar o argumentar. Un principio ideológico u orientación filosófica es, por ejemplo, la idea de que el derecho es un producto de la razón.

Esta distinción no es por mero rigor taxonómico, pues un somero análisis revelará que *no es fácil identificar cuándo terminan de actuar los estándares profesionales y comienzan los principios ideales que sobre la justicia tiene un concreto operador jurídico*.

Cuando enunciamos el tópico según el cual "donde la ley no distingue no cabe al intérprete distinguir", expresado en términos absolutos, estamos ante un estándar profesional que obedece a una determinada concepción ideológica del derecho, es decir, al legalismo positivista del siglo XIX. A mi juicio, si el legislador no ha reparado en alguna diferencia, en que razonablemente debió hacerlo, no se aprecia la razón dogmática para que la lógica quede fuera de la interpretación jurídica. Ello no obsta a que la propia distinción lógica sirva para iluminar que la consecuencia normativa debe aplicarse a todas las situaciones comprendidas bajo un mismo presupuesto normativo. Mejor dicho, la conclusión de que la voluntad del legislador es la misma para las distintas hipótesis que puedan presentar-

se sólo debería emanar del análisis dogmático crítico de las normas.

Los discursos profesionales o de expertos se presentan apoyados en la neutral fundamentación que solemos atribuir a la racionalidad que proviene de la experiencia o el conocimiento sistemático o científico. Ello es producto de la legitimación social de la ciencia, especialmente a partir de la modernidad, y cumplen, por lo mismo, una función importante en la legitimación del derecho y su autoridad.

En consecuencia, la cultura jurídica interna es portadora tanto de conocimiento de expertos como de orientaciones ideológicas o filosófico-jurídicas. La fusión que se produce no siempre es percibida aun por los propios operadores jurídicos.

No se trata de ver en los operadores jurídicos unos manipuladores aviesos que deliberadamente escamotean sus preferencias ideológicas tras las formas o categorías propias de la ciencia y la profesión jurídica, ni de introducir la sospecha como medida de comprensión del lenguaje jurídico.

Lo que se quiere decir, no obstante las prevenciones hechas, es que los conceptos del derecho por su propio contenido y función se hallan inmersos en una atmósfera ideológica más amplia de la que no pueden sustraerse los juristas.

Se puede objetar a estas observaciones que la línea que divide las categorías profesionales de las ideológicas no cuenta a su vez con un criterio objetivo y neutro para la demarcación de unas y otras; por lo mismo, la distinción —puede decirse— conduciría al infinito, careciendo así de valor metodológico. Sin embargo, distinguir entre ciencia e ideología no parece una tarea sin sentido para el pensamiento humano, incluso en un área del conocimiento como la del derecho. Que la ley haya sido considerada la fuente más sabia del derecho llegó a ser un dogma, conocimiento objetivo, científico, lo más racional; hoy, todos estamos dispuestos a reconocer en aquella máxima no más que una expresión de un clima intelectual históricamente determinado.

La interacción del ordenamiento jurídico con el contexto social está siempre condicionada y orientada por la cultura jurídica, que como sabemos es aquella parte de la cultura de una sociedad que liga las fuerzas sociales al Derecho, y que consiste en costumbres,

opiniones, valoraciones, praxis de acción y de pensamiento que encausan tales fuerzas hacia el Derecho o contra el Derecho. Así se expresa Renato Treves, refiriéndose precisamente a la obra de L. M. Friedman, a quien se atribuye la distinción entre cultura jurídica *externa e interna* (3).

La cultura jurídica externa, en otras palabras, es el acervo común de creencias, valores y actitudes que acerca del derecho y la justicia predominan en toda la población de una comunidad jurídica, incluyendo a quienes no están relacionados con actividad jurídica alguna; cultura jurídica interna, en cambio, es el acervo de creencias, valores y actitudes que acerca del derecho y la justicia predominan en aquellos miembros de la sociedad que realizan actividades jurídicas especializadas.

La distinción puede resultar muy útil si reparamos en que no siempre habrá coincidencia entre una y otra. En sociedades cuya composición interna muestra evidentes signos de estratificación económica y social, la cultura jurídica interna puede mostrar vínculos muy estrechos con las elites dirigentes y claras diferencias con las creencias jurídicas de amplios sectores de la población. Por otra parte, la distinción nos puede ayudar a explicarnos la distancia que suele producirse entre los estándares de los profesionales del derecho y la percepción que la sociedad, formada por una mayoría de profanos en la disciplina, tiene de los mismos.

Las consideraciones anteriores conducen al análisis de la profesión jurídica y sus funciones en el derecho como subsistema de la sociedad.

En este sentido cabe aclarar que no es necesario ser un funcionalista o un parsoniano ortodoxo para reconocer que el mundo profesional ocupa un lugar central en las sociedades modernas.

Para Pound y Llewellyn la profesión jurídica ejerce un especial rol de integración social, mediante el mantenimiento de los valores y el método jurisprudencial (4).

3. Treves, Renato: *La sociología del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1988, pág. 212.

4. Cotterrell, Roger: *Introducción a la sociología del derecho*, Ariel, Barcelona, 1991, pág. 82.

La profesión jurídica cumple una función de integración del sistema jurídico para mantener su autoridad y autonomía; es la especialización profesional la que contribuye a mantener la consistencia interna del sistema doctrinal, ajusta los criterios y reglas de aplicación del derecho a las situaciones particulares mediante la interpretación, así como la armonización de la legislación estatal con los intereses particulares.

Afirmar la importancia de la cultura jurídica en la configuración general del orden jurídico, esto es, del derecho vigente en una sociedad históricamente dada, no necesita, parece, de mayores razones que la fundamenten.

La distinción de un doble componente, es decir, la concurrencia de una conciencia jurídica material y de una conciencia jurídica formal, en todo operador jurídico, según la terminología de Ross (5), constituye una razón que explica la pertinencia de apreciar la cultura jurídica interna desde la filosofía del derecho y desde la sociología jurídica.

3. Importancia de los estándares judiciales

Uno de los criterios orientadores del análisis de la cultura jurídica interna en nuestro ordenamiento, y que consideraré en este trabajo, consiste en afirmar que entre todas las profesiones jurídicas, la judicial, es la que ocupa un lugar central.

Esta afirmación puede fundarse en las siguientes razones:

3.1. El abogado, el académico, los funcionarios de la Administración, incluso la tarea del legislador, *tienen en la cultura jurídica interna de los jueces una referencia normativa determinante*.

Esta mayor relevancia se explica, a mi juicio, por una razón de orden dogmático: el manejo cotidiano y vinculante de las fuentes del derecho pertenece a los jueces. *El abogado debe pensar en función de lo que harán los jueces, esto es, su labor debe seguir los estándares oficiales de la jurisprudencia de los tribunales*.

5. *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, 1970. Trad. de Genaro Carrió.

3.2. Luego, debe considerarse que *son los estrados judiciales los espacios de decisión de todo el tráfico jurídico*, el derecho se hace socialmente significativo para las personas toda vez que surge un conflicto y éste es resuelto por un acto jurisdiccional.

El ciudadano no sabe y no percibe el *ordenamiento jurídico* como aquel conjunto unitario y coherente de normas, lo jurídico se hace presente en su vida en la forma de una resolución judicial; los significados del derecho le son transmitidos a la sociedad no a través de los académicos, ni de los abogados, ni de la Administración del Estado, y tampoco por la obra del legislador, sino mediante una sentencia que acoge o deniega sus pretensiones o intereses.

Este es el punto de salida o emisión del orden jurídico (output), según la terminología sistémica que acogen autores como Niklas Luhmann; es en la sentencia judicial donde precipita el conjunto de los significados jurídicos de una comunidad.

3.3. Los abogados necesitan satisfacer las exigencias de sus clientes y no reformar los criterios argumentativos de los jueces por algún afán teórico; las escuelas de derecho tendrán que atender al requerimiento de formar abogados exitosos en los tribunales; los funcionarios de la Administración deberán interpretar las normas de modo que no enfrenten a los jueces; la legislación se propone ser aplicada y por ello será formulada pensando en cómo será entendida por los jueces; la labor de la legislación, por último, no es modificar la cultura jurídica sino atender a fines públicos más urgentes y social o políticamente oportunos.

En otras palabras, los intereses profesionales corporativos de los abogados se diluyen en los intereses de sus clientes; en cambio, los intereses profesionales de los jueces responden casi invariablemente a una misma racionalidad corporativa y profesional: dar legitimidad y coherencia al orden jurídico.

3.4. Los académicos, por diversas razones que no es el caso explorar, no logran constituir algún tipo de paradigma profesional idóneo para introducir cambios en la tradición judicial. Esto no quiere decir que no jueguen un rol relevante en la cultura jurídica interna, sino que dicho rol se reduce básicamente a reproducir y transmitir

los estándares validados por los tribunales.

La formación jurídica, que *prima facie* podría concebirse como más libre, no puede apartarse de dicha realidad y también termina elaborando las sistematizaciones útiles y necesarias para una determinada demanda profesional.

3.5. Del mismo modo, los otros operadores jurídicos están permanentemente expuestos a mediar entre las exigencias de la evolución social y las formas que caracterizan a la tradición judicial. Los legisladores, en la medida que están interferidos por la función política que desempeñan, están impedidos de estabilizar un discurso profesional propio que identifique y constituya un interés institucional único. Los funcionarios de la Administración, por su parte, en la medida que ésta se halla expuesta a chocar con intereses y derechos de los particulares, deben permanentemente ajustar sus estándares jurídicos de conformidad con los criterios de la jurisprudencia en materias de orden administrativo y constitucional.

A nuestro juicio, en el razonamiento judicial es donde se constituye y reproduce el acervo más sólido y consistente de la cultura jurídica interna. *Así por ejemplo, si la tradición judicial hace suyo un formalismo legalista, mecánico y exegético, esta concepción de la argumentación jurídica se validará en toda la cultura jurídica interna del sistema legal de que se trate.*

La judicatura reúne a los operadores jurídicos por excelencia, que tienen tiempo y poder para crear, imponer y mantener los estándares hermenéuticos y las prácticas oficiales de la cultura jurídica interna.

Esta importancia proviene del tipo de actividad que desarrollan, cotidiana y permanente, de la legitimación socio-política con que cuentan, de su estructura orgánica autogenerativa, y de su función y ubicación en el sistema político.

Todo esto, además, confluye para evitar la heterogeneidad y la dispersión de sus estándares dogmáticos, cualidad que —por ejemplo— no pueden alcanzar los abogados, pues, éstos deben constantemente modificar y recrear sus pautas de interpretación en función de los intereses de sus clientes.

Este modo de la acción judicial, por necesidades de su propia institucionalización, desarrolla una racionalidad cuyas variaciones no son más que las estrictamente necesarias para mantener y reproducir la unidad de un mismo orden público que, además, ha de ser estable en el tiempo.

Estas características de la actividad profesional de los jueces permiten que la decantación de sus prácticas dé lugar a sedimentaciones significativas sólidamente estructuradas y muy estables o duraderas.

En síntesis, y aun a riesgo de reducir la tesis que venimos presentando, nos interesa concluir, por lo menos, que los jueces son los operadores jurídicos que cuentan con la mayor autonomía e independencia para constituir sus propios estándares jurídico-culturales.

En la configuración de esta hegemonía no ha de atribuirse, necesariamente, a los jueces un protagonismo deliberado, ella es más bien el resultado de un proceso jurídico y cultural en que han intervenido otros actores y factores ajenos a la judicatura.

Las observaciones que vengo formulando no constituyen enunciados descriptivos de una situación determinada, sino generalizaciones que bien pueden corresponder al tipo de tradición jurídica y estructura al que pertenece el ordenamiento jurídico chileno.

Sin pretender ser exhaustivos en esta tipificación, podemos decir que nuestro ordenamiento adscribe a la familia romano-germánica y, dentro de ésta a la tradición jurídica hispana que incorpora elementos no romanos como el derecho canónico. Por cierto que a ello se debe agregar la filiación más determinante de nuestra cultura, me refiero, pues, a la codificación y la escuela de la exégesis francesa. La mención de todos estos elementos históricos y jurídicos, a nuestro juicio, permite fijar los horizontes culturales remotos y próximos de nuestra tradición jurídica que introdujeron características muy marcadas hasta hoy en nuestra cultura jurídica.

Por último, creo que la consideración de la primacía de los estándares judiciales nos permite dirigir nuestro análisis a una experiencia jurídico-social. En la medida que la actividad judicial representa la realización o concretización del derecho, considerar su primacía nos permite dirigir nuestra atención a las representaciones so-

cio-jurídicas históricamente vividas y que constan de modo perceptible en la sentencia.

4. *Función dogmática de la cultura jurídica interna*

Relaciones entre fuentes del derecho, argumentación y cultura jurídica interna

El análisis de la función dogmática tiene como supuesto la relación que existe entre teoría de las fuentes del derecho, argumentación jurídica y, lo que un autor como Alf Ross denomina "una ideología normativa común", que no es otra cosa que la cultura jurídica interna que anima a los jueces⁽⁶⁾.

La expresión que usa Ross puede ser, a mi juicio, perfectamente aplicada a la ideología que sobre las fuentes del derecho anima a todos los operadores jurídicos, con los matices que indudablemente cabría admitir. En todo caso, esta analogía también responde a la importancia que para estos efectos tiene la hegemonía que atribuimos a la cultura interna que anima a los jueces.

La cultura jurídica interna cumple una función jurídica específica o diferenciada; esto tiene lugar porque el ordenamiento jurídico presenta una serie de hipótesis en que la determinación de las consecuencias jurídicas depende de estándares no formalizados en una norma o regla del ordenamiento.

En consecuencia, la cultura jurídica interna opera como una ideología normativa que determina el contenido de una calificación o una consecuencia jurídicas en todas aquellas hipótesis en que el derecho formalmente establecido no lo hace de un modo expreso o específicamente.

En todos estos casos hay un operador jurídico que, ante el silencio o la vaguedad del derecho formalizado, argumenta y construye su razonamiento con las creencias dominantes en el medio jurídico.

Esta situación no la vive sólo el juez cuando integra el derecho positivo, también la viven todos aquellos operadores que llevan a

6. Ob. Cit., pág. 73.

cabo la interpretación de las normas jurídicas vigentes.

Por lo mismo, no debemos pensar que la cultura jurídica actúa ocasionalmente, sino toda vez que tiene lugar un acto de aplicación, enseñanza o interpretación del derecho, pues éste casi siempre es susceptible de aparecer como incompleto, ambiguo, justo o injusto. Las leyes, por ejemplo, no son claras en sí mismas sino frente a un caso concreto; con esto se quiere decir que siempre son potencialmente oscuras.

La cultura jurídica interna define principalmente aquellas creencias socio-normativas que forman parte del orden jurídico porque de hecho, esto es, empíricamente, determinan el sentido y alcance del derecho formalmente vigente en un momento histórico dado.

La expresión fuentes del derecho, en sentido amplio, designa el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la argumentación de los diversos operadores jurídicos. Estas fuentes pueden ser clasificadas según el grado de objetivación o determinación que alcanzan las normas jurídicas contenidas en ellas. La legislación contiene las normas generales con mayor grado de elaboración que podemos hallar en el derecho; la costumbre provee de normas parcialmente objetivadas o semi-elaboradas; la equidad y los principios generales del derecho constituyen fuentes no objetivadas en la medida que no contienen normas elaboradas.

En consecuencia, el estudio de las fuentes del derecho permite identificar todo un campo de acción para la cultura jurídica interna.

Luego, se debe considerar otras actividades de los operadores jurídicos en que la cultura jurídica interna cumple una función muy relevante.

La interpretación de las normas jurídicas —como se sabe— no es un mero procedimiento intelectual o de carácter lógico, pues en ella también tienen lugar actos de voluntad; éstos no son más que las elecciones o preferencias de sentido que no pueden fundarse en los métodos o reglas de interpretación reconocidos o en reglas del razonamiento lógico convencional.

En la interpretación jurídica tiene lugar un razonamiento práctico, además de la actividad de conocimiento que lleva a cabo el jurista.

En síntesis, la cultura jurídica interna cumple una función dog-

mática de integración o armonización del ordenamiento jurídico formalmente válido: establece sus relaciones de coherencia y consistencia interna. Además, cumple la función dogmática de extender o restringir los contenidos normativos formalizados del ordenamiento: mediante los métodos de interpretación y de creación jurisprudencial se extienden efectos prescriptivos del ordenamiento a relaciones o hechos no considerados expresamente en las normas, o restringe dichos efectos a determinadas zonas o ámbitos de las relaciones sociales.

II. ALGUNOS RASGOS DE LA CULTURA JURIDICA INTERNA EN CHILE

Una caracterización de la cultura jurídica interna puede llevarse a cabo considerando diversos aspectos o componentes de la misma.

En primer lugar, podemos intentar reconocer aquellos rasgos jurídico-dogmáticos desde los cuales se desprende una concepción del derecho.

En este sentido se dirá, por ejemplo, la cultura jurídica interna en Chile es legalista o exegética. Con enunciados de este tipo estaríamos formulando una caracterización a partir de escuelas, doctrinas o concepciones jurídicas.

En segundo lugar, también podemos formular juicios acerca de: 1) la legitimidad social de la cultura jurídica interna, 2) las relaciones de influencia que se dan entre sus diversos operadores, 3) el grado de diferenciación que se puede observar entre los mismos, 4) las relaciones de los operadores con el medio externo ya sea desde el punto de vista social, cultural, político, etc.

Al formular juicios sobre algunos de estos aspectos, lo que hacemos es una caracterización desde fuera y que podríamos, por lo mismo, identificar como sociológica.

A continuación enunciaremos apreciaciones —y no más que esto— que responden a uno y otro tipo de caracterizaciones.

Creo que la consideración de la distinción en sí misma, así como las observaciones que consecuentemente se hagan, pueden resultar útiles para procurar una comprensión integral de los fenómenos involucrados en esta materia.

Hipótesis sobre características de índole jurídico-dogmáticas

En el bien entendido que una caracterización de la cultura jurídica de los operadores no es una investigación sobre el pensamiento crítico o sistemático de los actores jurídicos, sino ante todo una exposición de las creencias o valoraciones reflejadas en la práctica de los mismos, las apreciaciones que se formularán tienen como objeto de referencia el resultado general y final de dicha práctica.

Por las razones que se han dado, y desde el punto de vista del objetivo de estas notas, se ha preferido fijar la atención en el resultado social de tales creencias y valoraciones. Para tal efecto hemos relevado como campo significativo la labor de los tribunales de justicia; esto mismo puede explicar un cierto sesgo en dicho sentido.

El predominio de un legalismo y de un método exegético constituye una constatación que no representa novedad alguna. En este sentido cabe destacar el estupendo estudio del profesor Fernando Fuego Laneri. Si bien tales investigaciones conducen a reconocer los cambios que experimenta la administración de justicia y los aportes que se han hecho por la judicatura mediante la creación judicial, el mismo autor señala que la tendencia de los casos que muestra es realmente excepcional en el volumen total de casos reales, y que seguirá siéndolo por un tiempo más, a menos que confluyan favorablemente circunstancias nuevas (⁷).

A mi juicio, insistir en este tipo de características no parece necesario. Más interesante puede resultar formular —a partir de ellas— otras hipótesis de trabajo, tales como las siguientes:

1. El mencionado legalismo y método exegético no es una característica exclusiva de los jueces, sino de los diversos actores y operadores del derecho en Chile. Los abogados, los académicos, los legisladores, los funcionarios de la administración, fiscales y controladores incluidos, participan de la misma concepción.

7. *Interpretación y juez*, Universidad de Chile y Centro de Estudios "Ratio Juris", Santiago de Chile, 1976.

El método de enseñanza, los tipos de alegatos, defensas e informes que preparan los abogados, la inactividad o inhibición en que viven los abogados de la Administración en sus divisiones o departamentos jurídicos, el tipo de control que realizan fiscales y controladores, constituyen claramente demostraciones de dicho legalismo.

2. Luego, a partir de este mismo legalismo y literalismo con todas sus manifestaciones —que no es del caso explicar—, surgen otras hipótesis cuya consideración puede ser de cierto valor. En dicha caracterización estarían contenidas ciertas concepciones del derecho y de la ciencia jurídica, que desde el punto de vista teórico son, desde luego, discutibles, pero que pueden contribuir al debate sobre nuestra cultura jurídica interna. Tales hipótesis son las siguientes:

a) *El derecho es concebido como expresión de una sabiduría superior.*

A partir de la práctica generalizada y más amplia que llevan a cabo nuestros operadores jurídicos cotidianamente, creo que lo que observamos es la percepción del derecho como un tipo de racionalidad inaccesible para su propio saber (el de los operadores). Lo que éstos saben del derecho —creen ellos— no son más que ciertos aspectos técnicos o manifestaciones prácticas cuya racionalidad final les permanece distante u oculta, por razones que no cabe indagar porque son, en algún sentido, insondables.

b) *El derecho como acto de autoridad.*

El derecho debe ser obedecido antes que pensado críticamente. La evaluación de los contenidos normativos no es una tarea del juez. Pero, más importante aún es señalar que respecto de los propios académicos y docentes, en su gran mayoría, en lo que hacen, en definitiva, subyace la idea de que el derecho es más un acto de autoridad y no una técnica social cuya legitimidad responde a una determinada racionalidad de intereses, fines e ideas. Esto termina por anular la crítica de todo análisis jurídico.

c) *El derecho como un orden estático.*

Del mismo legalismo y literalismo, ya consensuados como característicos de nuestra cultura jurídica interna, puede colegirse que no solamente los jueces, sino los propios legisladores y estudiosos del derecho en Chile, circunscriben sus capacidades y acciones a la idea de que hemos recibido unas instituciones jurídicas y unos modos de comprender el derecho —también sólidamente institucionalizados—, cuya modificación o crítica puede dañar un legado que no está disponible para la intervención humana. Por tales razones, el derecho no debe ser revisado ni actualizado, salvo en aquello más contingente y temporal.

d) *El derecho como un ámbito específico y reducido.*

Las normas jurídico-positivas y aún el derecho no formalizado configuran un espacio o esfera desconectados de la historia, de la política e incluso de la moral social.

Esto es una consecuencia directa del positivismo legalista demomonónico dominante en las racionalizaciones y discursos más explícitos de nuestros operadores jurídicos. Sin embargo, lo que interesa es que esta concepción reductivista se materializa en los resultados de su actividad, tanto de quienes comparten o conocen dichos discursos como de quienes no los conocen e, incluso, de quienes no los comparten explícitamente. En uno y otro caso, el pensamiento o la actitud crítica quedan marginadas de todas las actividades ligadas al derecho, incluida la docencia y la poca investigación o producción de doctrina que existe en el país.

Sobre tales observaciones terminaría insistiendo en que estas hipótesis, además de ser tendencias mayoritarias solamente, han sido formuladas a partir del resultado social que creemos ver tanto en la formación académica que entregamos, la jurisprudencia que se produce, y la argumentación o discurso de legisladores, funcionarios de la Administración y otros operadores del derecho.

Es probable, sin embargo, que individualmente considerados ningún académico, juez, abogado o legislador esté dispuesto a admitir como propias tales concepciones del derecho.

Por último, al establecer estas tesis he querido conectar una característica dogmática: legalismo y literalismo, con los supuestos iusfilosóficos que la misma tiene y con ello, destacar el interés que un tema como éste representa para la filosofía del derecho, no sólo en Chile.

Hipótesis de carácter exterior o sociológicas

1. *Legitimidad sociocultural de los discursos jurídicos profesionales*

La cultura de los operadores jurídicos en Chile presenta una ostensible eficacia social.

En general, dicha cultura no es puesta en duda por la comunidad; lo que hacen los juristas, en especial, los jueces, goza de un reconocimiento social muy amplio. Las críticas que llegan a ser más conocidas, casi siempre, obedecen a causas pasajeras y determinadas por la contingencia política y no a razones sustantivas ni a diferencias estructurales.

2. *Pasividad o automarginación sociocultural de los jueces*

Aunque parezca contradictorio, junto con lo anterior hay unos actores u operadores, en particular, los jueces, que movidos por los principios de independencia e imparcialidad, pero también debido a otros factores sociales e institucionales, han desarrollado una suerte de identidad de autorreferencia.

Los jueces no están presentes como grupo en los circuitos de transmisión o transferencia de discursos o de distribución de poder o hegemonías sociales. En cierto sentido, no es fácil asociarlos a grupos de interés pues predomina en ellos una identidad corporativa e institucional.

Se ven a sí mismos, o son vistos por los demás, como una corporación de funcionarios del Estado, sin capacidad para introducir cambios o resistir a los impactos que pudieran recibir desde el medio externo. Del mismo modo, ello determina una desconexión del poder judicial inconveniente para asumir urgentes desafíos del des-

arrollo nacional, como por ejemplo, la propia reforma procesal penal o la aplicación de formas de solución de conflictos alternativas al proceso contencioso tradicional.

El Poder Judicial parece estar diseñado institucionalmente para no recibir influencias del medio externo. La salvedad que habría que hacer es que a partir de 1997, el art. 75 de la Constitución Política del Estado establece que cinco miembros de la Corte Suprema deberán ser abogados extraños a la administración de justicia. La mención de esta reforma constitucional demuestra que este factor relativo a la composición y generación del más alto tribunal no resulta nada de irrelevante para la percepción de una mayoría de legisladores.

En este orden de consideraciones habría que mencionar la institución de los abogados integrantes, pues constituyen una vía muy adecuada para conectar el medio judicial con prácticas y conceptos jurídicos provenientes de otros ámbitos jurídicos tales como el ejercicio libre de la profesión de abogado y las escuelas de derecho. Sin embargo, no obstante ser esta institución muy antigua, no se aprecian los impactos en la jurisprudencia que cabría razonablemente esperar. El modo y las concepciones normativas de los jueces resultan ser más resistentes.

Que la institución de los abogados integrantes no haya influido en la generación de cambios en la administración de justicia demuestra, a su vez, que éstos no tienen concepciones tan distintas a los jueces, de modo que el legalismo no debe ser imputado sólo al poder judicial.

3. *Carácter exclusivamente profesional del saber de los operadores*

El conjunto de estándares que constituyen la cultura jurídica interna son vividos por los operadores como modos propios de una actividad profesional.

El derecho es concebido como un complejo de normas, principios y reglas profesionales. Estas forman parte del derecho objetivo, legítimo porque está dotado de una racionalidad necesaria para la convivencia social y la garantía de valores fundamentales. Esto representa una cualidad o ventaja pues los operadores se representan

a sí mismos como expertos, al margen de conflictos o divisiones ideológicas o políticas. Esta neutralidad puede constituir un valioso capital para el desarrollo del derecho y la primacía de sus formas en la solución de los conflictos que siempre están generando las relaciones sociales, pero contribuye mucho más a la conservación del orden jurídico existente y a su legitimación social.

4. *Escasa presencia de la actividad académica*

Nuestra cultura jurídica interna está sobredeterminada o dominada por lo que acontece en los tribunales de Justicia.

La actividad académica no constituye un espacio diferenciado y autónomo para el desarrollo de las categorías y conceptos del derecho y de la ciencia jurídica.

Lo que se aprecia es una continuidad absoluta entre el mundo simbólico de los jueces y los significados que predominan en la actividad académica. Lo normal, a mi juicio, sería que se observara una cierta ruptura o discontinuidad motivadas especialmente por nuevos desarrollos o búsquedas, propias del estudio y la investigación, que dieran lugar a una subcultura académica.

Sin embargo, la presencia de la actividad académica, con todas las consecuencias que ello habría de tener, no logra percibirse ni en los abogados ni en la judicatura. En este sentido puede decirse que la actividad académica tiene principalmente fines profesionales y de especialización.

5. *Precario desarrollo de formas y categorías independientes del derecho positivo*

El culto al literalismo y a la ley como fuente suprema del derecho, características de la cultura jurídica interna ya desarrolladas, y sobre las que existe un amplio consenso, han determinado un escaso desarrollo de conceptos, principios o formas jurídicas independientes del derecho formalmente expresado en la legislación o doctrinas tradicionalmente establecidas.

En la medida que no contamos con un desarrollo del derecho que provenga de la jurisprudencia o de la doctrina, podemos señalar

que nuestra cultura jurídica interna, la chilena, no constituye un aporte dogmático diferenciado con respecto a las categorías e instituciones ya contenidas en el ordenamiento jurídico.

Esto mismo se demuestra en la enumeración que nos dejara el profesor Fueyo, en la obra ya citada, sobre el aporte que ha hecho la creación judicial de derecho en nuestro país.

III. COMENTARIOS FINALES

1. La convergencia de derecho positivo y cultura jurídica se produce de modo inevitable en la aplicación de las normas jurídicas. Una de las formas más relevantes de tal aplicación se produce en la administración de justicia que tiene lugar, en términos simples, en una resolución o sentencia judicial. La cadena es fácil de entender: siempre que hay un conflicto de intereses buscamos una norma y ésta nunca comparece por sí sola, pues lo hace a manos de un operador jurídico que no tiene meros conocimientos técnicos. Este operador jurídico: abogado, juez, académico o funcionario forma parte, inevitablemente, de una cultura jurídica interna, la que puede llegar a ser determinante de aquello que es el derecho en la vida social, en la práctica, como suele decir la gente.

La divergencia o separación entre cultura jurídica interna y derecho positivo, si es prolongada y manifiesta, constituirá casi siempre un síntoma de crisis del sistema legal.

2. Un somero análisis de la cultura jurídica interna de nuestro país, en los términos ya señalados, nos muestra que ella responde a representaciones simbólico-jurídicas propias de una sociedad cuyo imaginario institucional es más bien tradicional. Fundo esta conclusión en que concebir al derecho como expresión de una sabiduría superior, un acto de autoridad no disponible para la construcción social de las instituciones o cómo un orden estático no son, precisamente, racionalizaciones propias de lo nuevo o lo moderno.

3. No obstante el fenómeno anterior, la cultura jurídica interna de nuestro país presenta un carácter profesional conveniente para los fines que debe cumplir el derecho en toda sociedad.

La independencia y consistencia de un cierto paradigma jurídico-dogmático, esto es, de un conjunto de modos de razonar propios de los juristas, así como la legitimidad social de los mismos, unido a la convicción de los operadores jurídicos de que tales modos responden a un saber exclusivamente profesional, constituyen condiciones idóneas y útiles para la satisfacción de las funciones sociales del derecho.