

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 20 / 2002

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA



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
2002

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 20
2 0 0 2

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de la Santísima Concepción, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, de Concepción y Diego Portales.

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 a efecto la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

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

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(2001 - 2003)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés,
Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo,
Joaquín García-Huidobro, 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.

P R E S E N T A C I O N

Este número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* corres-
ponde a 2002 y aparece a comienzos del segundo semestre de 2003.

En su primera parte, como es habitual en todos los números del
Anuario de Filosofía Jurídica y Social, este volumen contiene una
sección *Estudios*, donde se reproducen diversos trabajos de interés
en el campo de la filosofía política y de la teoría y filosofía del
derecho.

Seguidamente, la sección *Ponencias* reproduce la versión escrita
de las comunicaciones que fueron presentadas en las V Jornadas
Chilenas de Filosofía del Derecho, que tuvieron lugar en octubre
de 2002 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Univer-
sidad de Valparaíso. Las mencionadas Jornadas estuvieron dedicadas
al tema "La cultura jurídica chilena", y en ella participaron más
de 20 ponentes de distintas Facultades y Escuelas de Derecho del
país.

A continuación, se incluye el discurso que pronunció el Vice-
presidente de la corporación, Antonio Bascuñán Valdés, con ocasión
de haberse otorgado a los profesores Jorge Iván Hubner y Máximo
Pacheco Gómez la distinción de Socios Honorarios de la Sociedad
Chilena de Filosofía Jurídica y Social. El acto correspondiente tuvo
lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el
mes de diciembre de 2002.

Este y los anteriores números del *Anuario de Filosofía Jurídica
y Social* pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

*Sociedad Chilena de Filosofía
Jurídica y Social*

140. Dato caduco se encuentra definido en el artículo 2 letra d) como el que ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que con-
signa.
141. Conviene advertir, sin embargo, que, al menos en el caso de la modificación, los costos de acreditar que los datos personales son erróneos, inexactos equívocos o incompletos recaen sobre el titular de dichos datos. Así se desprende de la lectura del inciso 2° del artículo 12.
142. En la práctica ambos mecanismos dejan un amplio espacio de maniobra a quien solicita la información para recolectar direcciones de correo electrónico y luego utilizarlas para enviar comunicaciones comerciales no deseadas.
143. No obstante ello, no existe ningún problema para un proveedor de servicios de Internet chileno en contratar los servicios de uno de estos servicios extranjeros.
144. Según un informe publicado por ACUI en junio de 2000, el 70% de los sitios web que operan en Chile no cuentan con políticas de privacidad. El 100% de los sitios analizados recogen datos y los utilizan para hacer marketing a través de Internet. Ver <http://www.acuicertifica.org/noticias/noti3.shtml>. Visitado 04/04/2002.
145. Según El Mercurio los mensajes electrónicos comerciales costarían a los chilenos actualmente US \$ 36.000.000. Ver *Mensajes electrónicos comerciales cuestan US \$ 36 millones a los chilenos*. 13 de mayo de 2002. Disponible en http://www.emol.com/noticias/detalle/detalle_noticia.asp?idnoticia=85140. Visitado 13/05/2002.

P O N E N C I A S *

* En esta sección se incluyen las ponencias presentadas en la V Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, precedidas del discurso inaugural del Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Antonio Pedrals, leído en la sesión inaugural, el 18 de octubre de 2002.

INSUFICIENCIAS Y ANOMALIAS DE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

MANUEL MANSON

1. Algunos actores de la cultura jurídica chilena no se muestran capaces de satisfacer adecuadamente los requerimientos y necesidades de la sociedad.

El Mercurio, bajo el epígrafe “¿Coherencia de la justicia?”, advierte en la página editorial del domingo 13 de octubre de 2002:

Los partidos políticos, el Congreso y el Poder Judicial resultan confiables sólo para una ínfima proporción de los chilenos, que no llega al 15 por ciento.

El mismo *El Mercurio*, en “La Semana Política” de la edición del 18 de marzo de 2001, manifiesta (p. A3):

En este cuadro, resulta muy inquietante comprobar la lentitud e incapacidad de la clase política para lograr acuerdos sensatos que permitan poner en marcha políticas públicas para resolver problemas. Todos los asuntos que quedan en sus manos provocan discusiones interminables sin que se resuelvan ni en uno ni en otro sentido. Las iniciativas propuestas tampoco se rechazan y continúan dándose vueltas como fantasmas que sólo provocan incertidumbres.

2. No siempre se consideran a cabalidad los distintos proyectos de ley. Suele incurrirse en vacíos, omisiones o incongruencias.

O también un proyecto —como el del Consejo Nacional de

Cultura, de prolongada gestación en dependencias del Ejecutivo—, puede ser sustituido durante su tramitación por una versión con una idea previamente desestimada y más tarde sufrir la deserción de quienes estaban llamados a aprobarlo.

Una consecuencia de las imperfecciones ha sido, por ejemplo, que una familia que supo ganarse el afecto de una criatura en adopción —el pequeño Matías— fuera privada de la noche a la mañana de la custodia del menor —según la nueva ley de adopción, establecida tras ‘largos estudios’—.

3. El periodista Mauricio Carvallo, en “Reflexionando desde enfrente. Arriagada y su visión crítica de la DC” (*El Mercurio*, 18 de marzo de 2001), reproduce las siguientes palabras, expresadas por Genaro Arriagada en relación con los partidos políticos (p. D10):

Están muy mal evaluados, se empobrece el número de sus militantes, el interés de la juventud por entrar a ellos es cada vez menor y hay un desprestigio de las instituciones políticas y el Parlamento.

Y Norbert Lechner, en “Desafíos de un desarrollo humano: individualización y capital social” (en B. Kliksberg y L. Tomassini (comps.), *Capital social y cultura: claves estratégicas para el desarrollo*, BID-F.C.E., Nueva York-México, 2000), señala (p. 120):

De acuerdo con distintas encuestas de opinión, suelen ser bien evaluados los medios de comunicación y la Iglesia católica y mal evaluados el Parlamento, la justicia y especialmente los partidos políticos.

Lechner recuerda que, según la encuesta “Qué Pasa-Feedback” de diciembre de 1998, el 71% de los entrevistados en el Gran Santiago se declaró poco o nada satisfecho con el proceso de retorno a la democracia.

4. En *Justicia y marginalidad. Percepción de los pobres* (Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile, 1993, p. 38), Jorge Correa y Luis Barros registran apreciaciones como las siguientes: ‘los juicios son al lote’, ‘los jueces no investigan bien’, ‘muchas veces son injustos porque se equivocan o no analizan a fondo un problema, para salir rápido’.

Sólo después de fuertes, insistentes y prolongados clamores —a los que debió sumarse el Obispo Infanti— se ha logrado que un Ministro de Corte investigue los casos de las extrañas muertes de Puerto Aisén —algunas ocurridas hace ya cinco años—.

Un ejemplo de investigación judicial y policial dramáticamente desacertada: la relativa a las violaciones y homicidios en serie de Alto Hospicio.

5. Arturo Onfray y Carlos Cerda dan cuenta de carencias de los jueces para juzgar bien, señalando sus dificultades en la apreciación de la prueba y la determinación de lo justo (*cf. Las necesidades de capacitación de los jueces de primera instancia*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile, 1992, pp. 50-52).

A su vez Christian Alfaro Muirhead, en “Notas sobre el establecimiento del ombudsman en el ordenamiento jurídico chileno” (*Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 14, 1996, pp. 313-329), asevera (p. 318):

la judicatura nacional, esto es el Poder Judicial de Chile, se ha caracterizado, no sólo en estos últimos años de régimen castrense sino que desde hace ya varias décadas, por una notoria ausencia frente a una salvaguardia permanente de los derechos más fundamentales de nuestros ciudadanos.

6. Jueces de primera instancia, encuestados en un estudio de Antonio Bascañán V., Lucas Sierra I. y Juan Andrés Varas B., indicaron como una de sus limitaciones la falta de capacidad para dictar resoluciones con orden lógico (*cf. Judicatura de primera instancia: algunas indagaciones*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile, 1993, pp. 46-47).

Mas este déficit también aparece en tribunales superiores. Así, por ejemplo, la quinta sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, mediante fallo unánime, revocó las encargatorias de reo por obstrucción a la justicia dispuestas por el tribunal a cargo del caso Matute, argumentando que era menester que estuviese acreditado previamente el delito principal —aun cuando el artículo 269 bis del código penal tipifica, entre otras, precisamente la situación del que “se rehusare a proporcionar a los tribunales de justicia antecedentes que conozca o que obren en su poder y que permitan esta-

blecer la existencia de un delito”—. La segunda sala de la Corte Suprema, igualmente por unanimidad, debió dejar sin efecto esa resolución, con fecha 30 de enero de 2001.

El 21 de octubre de 1997 la Corte Suprema procedió a invalidar de oficio una sentencia de segunda instancia dictada en causa criminal por la Corte de Apelaciones de Rancagua, por cuanto “la sentencia recurrida adolece de un grave vicio de forma, consistente en la existencia de considerandos contradictorios, que se neutralizan y eliminan recíprocamente”. Además, en la sentencia de reemplazo —publicada por *Fallos del mes* en su número 467, de octubre de 1997, en las páginas 1.892 y ss.— condenó a uno de los procesados como autor de homicidio calificado y al otro como cómplice de homicidio simple, mientras el fallo de segunda instancia los había condenado como cómplice de homicidio simple y autor de homicidio simple, respectivamente.

7. Carlos Peña González, en “Los abogados y la administración de justicia: resultados de una encuesta sobre funcionamiento del poder judicial” —en Eugenio Valenzuela S. (coord.) *et al.*, *Proposiciones para la reforma judicial* (Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 1991)—, se refiere a una encuesta acerca del funcionamiento del poder judicial, efectuada durante la primera semana de noviembre de 1990 a una muestra de abogados de Santiago.

Según Peña (p. 375), “los resultados pueden estimarse suficientemente significativos de la opinión de los abogados de Santiago respecto del funcionamiento del Poder Judicial” —al menos, por cierto, en esa época—.

En relación con los resultados, se puede leer (pp. 376 y 382):

En suma, un total de 70,28% considera *muy poco satisfactoria o poco satisfactoria* la administración de justicia en los tribunales superiores. [...] Un 54,05% consideró insuficientemente fundadas las sentencias de la Corte Suprema.

8. El actual presidente de la Corte Suprema de Justicia ha planteado su preocupación por la idoneidad de las nuevas promociones de abogados.

Agustín Squella, a su vez —en el documento base de un Seminario sobre la cultura jurídica chilena, organizado por la Corpo-

ración de Promoción Universitaria en enero de 1988—, expresa, según puede leerse en el volumen correspondiente, editado ese año (p. 45):

los textos jurídicos que se publican en el país constituyen, por lo común, antes orientaciones o guías para la acción práctica de jueces y de abogados, como también de estudiantes, que reconstrucciones conceptuales cabalmente sistemáticas [...].

Pero ocurre que no se considera la sistematización ni se atiende a la lógica formal, como disciplina especial, en los objetivos fundamentales y contenidos mínimos obligatorios de la enseñanza de filosofía en la educación media —según puede comprobarse consultando el *Curriculum de la educación media* (Ministerio de Educación, Santiago de Chile, 1998)—.

9. Basta comparar los programas y textos de enseñanza vigentes en la década de los cincuenta del siglo pasado con los actuales para advertir hasta qué extremo ha llegado la jibarización de la educación media en Chile. Si se tiene presente, asimismo, la deficiente formación de muchos docentes, no es de extrañar que el Comité técnico asesor del proyecto nacional de modernización de la educación señalara en *Los desafíos de la educación chilena frente al siglo XXI* (Universitaria, Santiago de Chile, 1995, p. 40):

Una investigación por muestra realizada en 1992 pone de manifiesto que en el último año de la enseñanza media, los alumnos no han desarrollado, en promedio, una capacidad aceptable de redactar un texto coherente ordenado en torno a un tema principal ni poseen un conocimiento aceptable de la gramática; la comprensión de lectura sólo alcanzó un índice promedio de 60% para el total de la muestra.

Por otra parte, Luis A. Riveros precisa que “en la educación superior, con todos los avances cuantitativos, no cualitativos, que se han experimentado, comparados con Corea del Sur estamos muy por abajo” (“Cultura y desarrollo en Chile: visión general”, en M. A. Garretón (coord.), *Cultura y desarrollo en Chile. Dimensiones*

y perspectivas en el cambio de siglo, Andrés Bello, Santiago de Chile, 2001, p. 42).

Además, en "Los chilenos no entendemos lo que leemos" (*Puntos de referencia* (Centro de Estudios Públicos) 230, 2000, pp. 1-11), Bárbara Eyzaguirre, Carmen Le Foulon y Ximena Hinzpeter observan:

La capacidad de comprender lo que se lee de los chilenos con un título en la educación superior es similar al promedio obtenido por los norteamericanos que solamente finalizaron el colegio y al de los suecos que tienen menos escolaridad que la enseñanza media completa [...] Menos del 10% de los profesionales y administradores de nuestro país se ubican en los buenos niveles lectores [...] mientras que más del 50% están bajo el nivel mínimo adecuado para funcionar en la era de la información.

10. Carlos Peña González, en *Hacia una caracterización del ethos legal: de nuevo sobre la cultura jurídica chilena* (documento de trabajo n° 61/92, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile, 1992), expresa (p. 69):

Las nuevas facultades reproducen por modo fidedigno las rutinas y modos de enseñanza de las facultades más antiguas y, además, devalúan la calidad de la enseñanza: en un medio que carece de una comunidad de académicos profesionales, la escasez de profesores aumenta y el tiempo de investigación, decrece.

Y Edmundo Fuenzalida Faiyovich, en "El sistema jurídico chileno ante la globalización" (*Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 14, 1996, pp. 331-340), afirma (p. 339):

A pesar del enorme aumento en el número de las escuelas de derecho del país (se pasa de 5 a 40), la enseñanza continúa siendo esencialmente profesionalizante y aplicada, con escasa o ninguna atención prestada al carácter sistemático del derecho y a sus relaciones con los otros sistemas socio-culturales que contribuyen a legitimar el nuevo molde normativo de una sociedad abierta al mundo.

El mismo autor, en "La investigación básica en derecho y sociedad. Un enfoque de sociología de la ciencia sobre el caso de Chile"

(*Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 15, 1997, pp. 225-240), asevera (p. 237):

Los profesores de derecho en Chile son, en su gran mayoría, profesionales de la abogacía o de la judicatura, que dedican un tiempo marginal a dictar clases en la universidad [...]. El avance de la ciencia del derecho no es su objetivo profesional (abstracto y general), sino la resolución de casos concretos, y en cuanto docentes, buscan desarrollar en sus estudiantes las habilidades del profesional y no las del investigador.

Sin embargo, no hay que confundir la formación de abogados, que son técnicos del derecho, con la preparación de cultivadores de la ciencia del derecho. Sin duda, las universidades debieran atender también a la formación de científicos del derecho.

11. No es lo mismo capacitar a profesionales del derecho que formar hombres de ciencia.

Como señalara Zitelmann, "en el trabajo del legislador, como en el tratamiento práctico de los casos reales", se trata "no tanto de la aplicación de una ciencia como del ejercicio, fundado sobre la ciencia, de un arte derivado del poder" ("Las lagunas del derecho", en F. K. von Savigny *et al.*, *La ciencia del derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949, pp. 320-321).

Según planteara Kant, hay que distinguir "de los sabios propiamente dichos los letrados (que han hecho estudios)", a los cuales "se los puede llamar hombres de negocios o técnicos de la ciencia" (*El conflicto de las facultades*, Losada, Buenos Aires, 1963, p. 20).

12. Los que aspiren a ser científicos del derecho sólo pueden lograr una capacitación básica, al interior de las universidades, cursando satisfactoriamente todos los niveles de posgrado. Para su adecuada formación, deben ser impartidas, con la extensión y profundidad necesarias, disciplinas como la antropología y la sociología jurídicas, la historia del derecho, la ciencia política, la teoría general del derecho, la lógica jurídica y la filosofía del derecho.

Tratándose de la enseñanza de los futuros abogados, en cambio, debiera superarse —lo que, en verdad, no es poco— la orientación meramente dogmática, enriqueciendo los estudios con enfoques an-

tropológicos, sociológicos, históricos y filosóficos, expuestos en las mismas asignaturas (de derecho constitucional, civil, penal, etc.) —sin perjuicio de que se compendien, en un curso de introducción al derecho, y de que se presenten en profundidad, en algunas de sus expresiones, mediante la actividad interdisciplinaria (con la colaboración de cátedras llamadas a desarrollarlos a nivel de posgrado)—.

Los estudios destinados a la formación de abogados deben, pues, integrar los conocimientos de dogmática jurídica dentro de un saber relativo a la estructura, sentido y funcionamiento de las instituciones y normas jurídicas en la sociedad.

13. El que una enseñanza sea 'profesionalizante' no es, de por sí, un defecto. Lo es, por cierto, incurrir en casuismo —en desmedro de los criterios generales o de la sistematización—. También lo es detenerse indebidamente en el tenor literal de las normas, con detrimento de su sentido —una práctica que suele manifestarse en las sentencias judiciales—.

Pero, más que cursos especiales sobre "otros sistemas socio-culturales", los futuros abogados necesitan frecuentar los clásicos, conocer nuestros mejores literatos y participar en debates sobre cuestiones ético-jurídicas de importancia. El derecho es un instrumento de acción social. Quienes, como los abogados, están llamados a manejarlo 'en el terreno', deben conocer los hechos y problemas que requieren su uso.

14. También hay que perfeccionar los procesos de formación de las leyes —para que ganen en coherencia, claridad, oportunidad y eficiencia— e insistir en el valor de una interpretación jurídica que atienda al contexto de las disposiciones y a su finalidad.

En Chile siempre ha prevalecido una tendencia legalista, contraria a otorgar una mayor discrecionalidad a los jueces. Ya el artículo 2º del capítulo I del título V de la constitución de 1818 —que puede consultarse en *Revista Chilena de Derecho* 4 (1-6), 1977, pp. 402-416— disponía:

Integridad, amor a la justicia, desinterés, literatura y prudencia deben ser las cualidades características de los miembros del Poder Judicial, quienes ínterin se verifica la reunión del Congreso, juzgarán todas las causas por las leyes, cé-

dulas y pragmáticas que hasta aquí han regido, a excepción de las que pugnan con el actual sistema liberal de gobierno. En este caso consultarán con el Senado, que proveerá de remedio.

A su vez el artículo 166 de la constitución de 1822, sobre atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, confirió a éste la facultad de "oír las dudas sobre la inteligencia de la ley", pero solamente para "consultarlas al Supremo Poder Legislativo" (cf. *Revista Chilena de Derecho*, cit., pp. 416-438).

15. Si se piensa en los obstáculos que enfrenta buena parte de la población para llegar hasta los tribunales de justicia, se consideran los costos de una adecuada comparecencia ante ellos y se atiende, además, a las propias prácticas de los juzgados, se deberá convenir en que es preferible perfeccionar las leyes, normalizarlas y simplificarlas, usando un lenguaje lo más sencillo posible, desprovisto al máximo de ambigüedades, incompatibilidades y contradicciones.

'Legalismo' no es sinónimo de 'literalismo'. Pero en Chile muchos operadores jurídicos rinden un culto desmedido a la letra de la ley, traicionando su sentido.

¿Cuánto tiempo debió transcurrir para que los tribunales, dando una adecuada aplicación al derecho vigente, considerasen la reajustabilidad del dinero tratándose de devoluciones con efecto retroactivo e indemnizaciones de perjuicios? Más de un siglo, desde la dictación del código civil. Sólo en 1970 reaccionó la Corte de Apelaciones de Valparaíso; más tarde lo hizo la Corte Suprema.

16. Fernando Atria, en "Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha" (*Estudios Públicos* 79, 2000, pp. 347-402), dice (p. 389):

Parte de la explicación del tosco nivel de análisis constitucional en sede judicial está constituida por el tosco nivel de análisis de la dogmática constitucional fuera de los tribunales. En Chile no hay reflexión profunda sobre lo que las garantías constitucionales significan y cómo ellas deben ser aplicadas a casos complejos.

Sin embargo, esta debilidad no afecta sólo a la dogmática y a la conducta de los tribunales.

17. Tratándose de graves atropellos a los derechos humanos, las autoridades han solido mostrar desinterés o connivencia, o han optado por el indulto o la amnistía.

En el volumen V de la *Historia de Chile (1891-1973)* de Gonzalo Vial (Zig-Zag, Santiago de Chile, 2001, p. 375), podemos leer, en relación con los sucesos de Ranquil (julio de 1934):

Tampoco hubo investigación ni menos castigo de las ejecuciones ilegales que practicó Carabineros [...]. Un ministro en visita, Franklin Quezada, juzgó y sentenció a los sublevados sobrevivientes, imponiéndoles condenas de hasta diez años de presidio. Sin embargo, la amnistía de 1934 (Ley N° 5.483) vino a borrar penas y delitos, equiparando a los hechores de ambos bandos.

El mismo Vial escribe, en relación con la masacre de la Torre del Seguro (pp. 526, 536 y 547):

Se apodera de los policías una especie de locura desesperada y furiosa. No basta disparar... debe golpearse a los moribundos con las cachas de las pistolas, con yataganes, con sables [...]. Alessandri había dado a Carabineros —el 21 de mayo de 1938, y antes, en el episodio de *Topaze*— la convicción o cuando menos la impresión de que él se interponía entre el Cuerpo y cualquier castigo; de que obedeciéndole sin chistar la impunidad era segura [...] una amnistía terminó de borrar cualquier rastro penal del *putsch* y matanza del 5 de septiembre de 1938.

Y en *Pinochet. La biografía* (El Mercurio-Aguilar, Santiago de Chile, 2002), Vial asevera (t. II, p. 695):

Si hay responsabilidad moral por una negligencia profunda y amplia, de esa responsabilidad —cuando menos— no puede exonerarse a Pinochet, mirado el conjunto de las violaciones de los derechos humanos ocurridas bajo su Gobierno.

Globalmente hablando, no hizo lo que debía y podía hacer para evitarlas ni para castigarlas.

18. También se ha observado incomprensión e inconsecuencia de círculos gobernantes respecto del resguardo de derechos constitucionales básicos como las libertades de expresión e información.

En *Historia del siglo XX chileno* (Sudamericana, Santiago de

Chile, 2001), Sofía Correa, Consuelo Figueroa, Alfredo Jocelyn-Holt, Claudio Rolle y Manuel Vicuña dicen (p. 362):

a juzgar por el lapidario Informe de Human Rights Watch para el año 2001, Chile es el país con más restricciones a la libertad de expresión en América Latina superado únicamente por Cuba.

Así, por ejemplo, el gobierno de Eduardo Frei Montalva recurrió de queja contra una resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago que había dejado sin efecto una encargatoria de reo que afectaba al periodista Carneyro —en juicio por Ley de Seguridad Interior del Estado—, por estimar que reconocía una amplitud excesiva a la facultad de informar. Fue rechazado por unanimidad.

Ultimamente se ha debido desestimar el intento de inhabilitar a un parlamentario opositor, a raíz de críticas vertidas en el extranjero. Con razón se dijo que “es inconcebible que tras 12 años de democracia no se acepte la crítica ni el derecho a discrepar” —según consta en *El Mercurio* del 17 de octubre de 2002 (p. C1)—.

19. Otra anomalía de la cultura jurídica chilena es su falta de pluralismo, influida por un nacionalismo mal entendido y un laicismo que a veces ha incurrido en posiciones intolerantes.

Las voces de la diversidad racial —con su necesidad de una expresión jurídica diferenciada— son ahogadas por la imposición de patrones cortados a la medida de una cultura dominante distinta. Pero, como observan los autores de *Historia del siglo XX chileno*, “el llamado ‘problema’ mapuche desafía al país a repensarse en aspectos muy esenciales: ya sea que en el futuro se tenga que concebir en términos diferentes al Estado-Nación decimonónico admitiendo grados de autonomía gubernamental o incluso territorial” (p. 364).

Es ciertamente un avance que en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado se haya aprobado una fórmula que reconoce civilmente los matrimonios religiosos —en el proyecto concerniente al divorcio—. Pero no se justifica que la ley civil altere las normativas de las distintas iglesias, con detrimento de la libertad de conciencia.

20. En *Derecho, cultura y sociedad* (Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2001), hemos expresado (pp. 219, 222, 223, 226, 228-229, 233 y 234):

El derecho que no cuenta con el respaldo del pueblo común constituye, más bien, un ritual de funcionarios e intelectuales. [...] Un derecho cuyas interpretaciones y aplicaciones oficiales se desentienden de las necesidades generales, del conveniente ajuste de los intereses encontrados y del dar a cada uno lo que es suyo no puede ser vivido con aceptación por los sectores afectados. [...] Todavía son esgrimidos argumentos que se compendian en los tópicos 'razón de estado' y 'seguridad del estado'. Pero los pilares del estado de derecho son la seguridad y la libertad de sus habitantes. [...] Los operadores jurídicos letrados —jueces, abogados, profesores de derecho— deben comprender que su función es, básicamente, de servicio. Aunque detenten poderes jurídicos, su autoridad descansa, en definitiva, en la adecuación de sus actuaciones con el sentido del derecho. Este no puede convertirse en patrimonio exclusivo suyo. [...] Una actitud renovadora y crítica debe manifestarse en las investigaciones y estudios jurídicos, en la jurisprudencia de la Corte Suprema y en la del Tribunal Constitucional, e igualmente en el quehacer de las autoridades legislativas y administrativas. [...] Los hombres de derecho han de esforzarse por ser espíritus libres. [...] El jurista debe convertirse en el intérprete y también en el crítico de las disposiciones legales.

EL SABER JURIDICO: Recuerdo o Diálogo

ALDO VALLE *

Sumario:

I. Exordio; II. Norma y proposición normativa; III. Construcción social del derecho y realismo externo; IV. Consecuencias del saber jurídico como recuerdo; V. El saber jurídico como diálogo. 1. Conocimiento jurídico y razón comunicativa; 2. Una dogmática dúctil; VI. Consideración final.

I. *Exordio*

Con la expresión "saber jurídico" me refiero a la ciencia jurídica, esto es, a esa disciplina que se ocupa del derecho como fenómeno normativo, de su estructura, de los criterios de validez u obligatoriedad, de su interpretación y de las reglas de aplicación del mismo.

A mi juicio, en nuestra cultura jurídica, el saber jurídico, en el sentido señalado, está concebido predominantemente como el acto de conocer o aprehender ciertas entidades: *normas o principios que contienen el derecho*; puestas, las primeras, por una voluntad humana o, en el caso de lo segundo, deducidos por la aprehensión racional.

Una vez reconocidos los principios o localizadas las normas, el saber jurídico deviene básicamente en un acto de transmisión o reproducción de aquellos.

* Universidad de Valparaíso.