

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 20 / 2002



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 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 Bascañán Rodríguez, Antonio Bascañán 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.

PRESENTACION

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 Bascañán 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 modifi-cación, 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 2º 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 elec-trónico y luego utilizarlas para enviar comunicaciones comerciales no deseadas.
143. No obstante ello, no existe ningún problema para un proveedor de ser-vicios de Internet chileno en contratar los servicios de uno de estos ser-vicios 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 priva-cidad. 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 comer-ciales 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.

recho que han realizado estudios de posgrado. A dónde nos llevarán estas tendencias es cuestión que no estamos en condiciones de anticipar. Lo que sí cabe augurar, es que en los próximos años la cultura jurídica chilena experimentará transformaciones no pequeñas.

LA CULTURA JURIDICA INTERNA:
¿HACIA EL COLAPSO DE LA PIRAMIDE? *

CRISTOBAL ORREGO S. **

1. *Introducción: jerarquía de fuentes y pirámide normativa*

Una característica típica de un orden jurídico maduro es la existencia de una cierta jerarquía de fuentes del derecho o de un orden de prelación entre diversas normas jurídicas, así como de alguna distinción entre judicatura y legislatura y de subordinación del juez a las leyes. Sin embargo, las fronteras entre legislación y jurisprudencia, o entre costumbre jurídica y legislación, no son rígidas ⁽¹⁾. Tampoco lo son aquellos criterios políticos —de filosofía política y de opciones políticas en cada cultura— que establecen los modos de relacionarse esas diversas fuentes del derecho. Por ejemplo, podría haber una subordinación más clara de la ley a la costumbre que de la costumbre a

* Esta ponencia fue discutida por primera vez en la V Jornada de Filosofía Jurídica y Social (Universidad de Valparaíso, 18-X-2002). Se enmarca dentro de un programa de investigación sobre la evolución reciente de la teoría analítica del derecho, especialmente por la incorporación del estudio de los principios en el razonamiento jurídico. Proyecto Fondecyt 1010711 (2001-2004).

** Profesor de Filosofía Jurídica y Política, Universidad de los Andes (Chile).

1. Cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1ª ed., 1961, reimpresión 1993, pp. 121-124.

la ley, o una superioridad de la jurisprudencia sobre las leyes escritas, en un gobierno de jueces.

La cultura jurídica interna en Chile ha sido fuertemente modelada por la mentalidad exegética, hasta el punto de que resulta ya casi un ejercicio previsible y rutinario criticar el así llamado "positivismo legalista" o la "actitud pasiva y conservadora" de los jueces, que son actualmente dos formas de denominar la misma realidad. Ahora bien, la supuesta mentalidad rígida del positivismo legalista derivó de opciones políticas que pocos se atrevían —o se atreven— a cuestionar, como las doctrinas de la separación de poderes y de la neutralidad religiosa del estado —sucedida por la idea de una "neutralidad ética"—. En parte para combatir el gobierno de los jueces y su mentalidad conservadora, apegada al derecho prerrevolucionario, se instauró la exigencia política de la completa sumisión del juez a las leyes escritas, emanadas de la voluntad general. Solamente el juez aplicador de la ley podía ser funcional al proceso de instauración de una Constitución con separación de poderes. No es una paradoja, que, con el correr de los siglos, los jueces revolucionarios —es decir, legalistas— hayan pasado a ser conservadores: sólo cambió el objeto de conservación, el derecho antiguo por el derecho nuevo. Los jueces siempre conservan el derecho, pues su misión esencial es determinar cuál es el derecho de cada uno y ordenar que le sea respetado o restituido (?). Si les reducen el derecho a la ley, conservarán la ley.

Otro tanto cabe decir sobre el dogma de la neutralidad religiosa y ética del Estado. Así, por ejemplo, el juez que se atiene a la letra de la ley, incluso cuando repugna a su conciencia religiosa, recibe el aplauso de los defensores de la separación entre la Iglesia y el Estado. Y lo mismo sobre la imparcialidad política de los jueces. Si el juez falla en contra de la ideología política que más le atrae —o procura abstenerse de tener una ideología política—, porque la ley claramente ha sido concebida según los dictados de la ideología contraria, dominante en el Parlamento, ¿no se le alaba, acaso, precisamente por su independencia como juez, que da garantías a todos de

2. Cfr. Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 7ª ed., 1993, pp. 15-21 y 41 y ss.

imparcialidad, al sujetarlos a todos a la ley, a la misma ley? ¿Qué sentido tendría la democracia representativa si los funcionarios no elegidos pudieran torcer a su arbitrio las decisiones soberanas del Parlamento?

En este contexto de positivismo legalista socialmente justificado, es decir, apoyado por la teoría política vigente, que pocos se atreverían a rechazar, se inserta la posterior doctrina del "ordenamiento jurídico escalonado". Huelga decir que no se puede calificar como "legalista" o meramente "exegética" a la Escuela de Viena, porque reconoce los elementos creadores de derecho en casi todos los tramos de la escala normativa. Sin embargo, su teoría del ordenamiento jurídico escalonado —con la imagen de la pirámide normativa—, en la que las sentencias judiciales están por debajo de las leyes, y éstas de la Constitución, ha penetrado en la cultura jurídica chilena casi como engarzándose con la mentalidad legalista precedente. Así como sería un error criticar el legalismo desconectado de la teoría política que lo sustentaba, sería una ingenuidad pretender que el aporte o el desarrollo post legalista de la Escuela de Viena era efectivamente una pieza de teoría jurídica pura, sin su propia y quizás inconsciente justificación ideológica. Pero el error más craso sería, a mi modo de ver, incurrir una vez más en el mismo error: considerar que una mentalidad jurídica ahora emergente —o una cultura jurídica que deseamos favorecer, de mayor iniciativa judicial para la defensa de los derechos naturales— viene a despojarse, ahora sí, de lastres ideológicos, cuando en realidad también es fruto de opciones políticas no siempre explícitas. Sería, además, muy divertido defender cambios en el modo de concebir el funcionamiento del derecho y los roles de los diversos protagonistas (legisladores, jueces, etc.) sin advertir las diversas opciones políticas que esos cambios conllevan. No vale llorar después por haber perdido algo valioso del sistema democrático (la supremacía de la voluntad popular) en beneficio del refuerzo de un elemento, también valioso, del sistema aristocrático (la autoridad de los jueces), porque, como advierte la sabiduría popular, no es posible *nadar y guardar la ropa*. Y esta ganancia y esta pérdida no serán fruto de ningún cambio legislativo, sino de un cambio de la cultura jurídica interna originado en la doctrina, que quizás se manifieste después en cambios legislativos.

En este artículo procuraré presentar sintéticamente el modo habitual de entender la doctrina del orden jurídico escalonado, tal como se ha enseñado en Chile, es decir, tal como ha influido en nuestra cultura jurídica en armonía con los tópicos políticos vigentes. Después mostraré que resulta insostenible o sumamente paradójico el modelo de la pirámide normativa, especialmente a la luz de algunas tesis de la doctrina jurídica nacional reciente. No querría, de momento, discutir las opciones políticas subyacentes a este cambio —todas tienen sus ventajas e inconvenientes—, sino sencillamente afirmar el hecho de que defender una modificación en la doctrina jurídica y, por ende, en la cultura jurídica interna en Chile, puesto que se trata de una doctrina sobre los roles de los actores jurídicos, supone una opción política.

2. *La teoría de la estructura escalonada del orden jurídico en la cultura jurídica interna*

La estructura escalonada del orden jurídico es una consecuencia de la teoría pura del derecho, según la cual todas las normas jurídicas válidas existen en cuanto tales por haber sido creadas de acuerdo con una norma positiva que autoriza su creación. Por cierto, según la teoría pura no cabe prejuzgar cuál será el orden jerárquico en un sistema jurídico determinado, lo cual no depende de una teoría jurídica general sino del derecho positivo de que se trate. "Lógicamente siempre es necesario un escalonamiento, pero jurídico-positivamente es posible deducir cualquier cantidad de unos a otros" (3). La teoría "no puede responder la pregunta de cuál disposición del derecho positivo es regla de la producción jurídica y cuál disposición es derecho producido, ni tampoco la ulterior acerca de cuáles consecuencias tiene el hecho de que un precepto producido no corresponda a la regla de producción; ambas preguntas son jurídico-positivas y en consecuencia a responder mediante interpretación" (4). Sin em-

3. Heinz Mayer, "La teoría de la construcción jurídica escalonada", en Robert Walter (ed.), *Problemas centrales de la teoría pura del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 61-74, en p. 68.

4. *Ibidem*.

bargo, cabe decir esquemáticamente, describiendo el modo como se ha aplicado la teoría de la estructura escalonada al ordenamiento jurídico chileno, que todo el sistema tiene en su base una norma positiva de máxima jerarquía, la Constitución Política. La Constitución establece las condiciones de creación de otras normas inferiores, las leyes creadas por el Poder Legislativo —el Parlamento y el Presidente—, que son, a su vez, el fundamento de las normas jurídicas infra-legales, como los decretos del Poder Ejecutivo, los contratos y las sentencias judiciales, que a su vez fundamentan los actos jurídicos de ejecución. En este esquema, una norma inferior se considera válida si ha sido creada de acuerdo con las condiciones de validez predeterminadas en las normas superiores. Las normas no se deducen unas de otras —son el sentido objetivo de actos de voluntad, no meros enunciados cognitivos deducibles—, pero deben ser creadas dentro de un marco definido por normas superiores, tanto respecto de quién puede crearlas (competencia) como según qué procedimiento (forma) y con qué límites de contenido (materia).

Mediante los mecanismos de control de constitucionalidad (Tribunal Constitucional y Corte Suprema) y de legalidad (Contraloría General de la República y Tribunales) se eliminan del sistema las normas creadas excediendo los marcos definidos por las normas superiores. Sin embargo, mientras dicha eliminación no ocurra, las normas son válidas y aplicables.

En consecuencia, un sistema jurídico unificado por la Constitución puede representarse por la imagen de una pirámide: en la cúspide, una sola norma (la Constitución); bajo ésta, las leyes creadas conforme a la Constitución; bajo las leyes, las sentencias judiciales, los decretos administrativos y los actos de los particulares. Toda creación de normas fundadas implica —en el mismo acto— una aplicación de las normas fundantes, de manera que solamente la norma superior absoluta —la Constitución original otorgada por un poder eficaz primero— es pura creación incondicionada —no supone aplicación de normas previas— y solamente un acto individual de ejecución —la mano del verdugo que descarga el hacha: es difícil encontrar un ejemplo de pura ejecución— es mera aplicación sin creación de norma alguna.

Con este recuerdo de la teoría del ordenamiento jurídico es-

calonado, tal como se ha enseñado en Chile ⁽⁵⁾, basta para comprender cómo se inserta la imagen de la pirámide en la cultura jurídica legalista precedente. En realidad, la misma teoría del escalonamiento fue preparada por la realidad institucional y normativa derivada de la ideología de la separación de poderes; pero la teoría del orden escalonado introduce un refinamiento exigido por la constatación de que el derecho —la determinación de lo debido, con mayor o menor generalidad— surge no solamente de la ley sino de múltiples fuentes y de que los jueces, concebidos antes como meros aplicadores de las leyes —del único derecho—, son siempre al mismo tiempo creadores del derecho ⁽⁶⁾.

¿En qué medida los jueces son o deben ser creadores del derecho? Tal es la pregunta que se resuelve encajando la imagen de la pirámide en la cultura legalista. Los jueces son creadores de derecho en una medida intersticial, dentro de un marco definido por las leyes válidas; y son válidas todas las leyes creadas dentro del marco definido por la Constitución o bien, si se salen de ese marco, no anuladas por los controladores de la supremacía constitucional. La sujeción de los jueces a la ley, que como exigencia absoluta deriva de la doctrina política aceptada —sólo los legisladores y el constituyente están democráticamente legitimados para crear derecho general—, se reviste de descripción teórica del sistema jurídico, con ayuda de la teoría del orden jurídico escalonado.

La lógica del orden jurídico escalonado en la cultura jurídica

5. Este artículo, aunque interesado en la discusión de fondo en el marco de la teoría analítica del derecho, se refiere —como exigía la reunión académica en la que se analizó por primera vez: vid. *supra* nota inicial— a la cultura jurídica chilena. Por eso, considera la teoría del escalonamiento normativo en su modo normal de presentarse, sin las complejidades introducidas por las elaboraciones de la Escuela de Viena. Para ver cómo se ha enseñado esta doctrina en Chile, cfr. Agustín Squella, *Introducción al Derecho*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 329 y ss., y Jorge Iván Hübner Gallo, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 5ª ed., 1984, pp. 322-326.

6. En el contexto de esta teoría, siempre se habla del derecho en sentido normativo, no del derecho como *ius* —objeto de la justicia—, que al juez toca descubrir en la situación concreta.

interna chilena supone que los jueces se atienen a su rol de aplicadores de las leyes o bien —en clave evolucionada kelseniana, es decir, de comienzos del siglo XX— actúan como creadores intersticiales de derecho conforme a la ley. Naturalmente, si los legisladores han de cumplir también su rol subordinado a la Constitución, los mecanismos de control constitucional deben ser efectivos. De lo contrario, la Constitución no sería una norma jurídica básica sino un pacto de caballeros —no estaría mal, pero es otro asunto—. De la misma manera, si los jueces han de atenerse a su rol, han de ser efectivos los mecanismos de control de la sujeción judicial a la ley (v. gr., el control de la Corte Suprema sobre todos los demás tribunales y el juicio político respecto de los ministros de la Corte Suprema). Si no, el principio de legalidad sería papel mojado. Análogamente, la supremacía legal sobre los actos de la Administración exige control efectivo por la Contraloría General de la República y por los tribunales, o, de lo contrario, el Estado de Derecho sería una ficción (como lo era mientras los tribunales ordinarios se negaban a intervenir en el ámbito de lo contencioso administrativo). Estas consideraciones muestran, a fin de cuentas, que la nítida pirámide normativa se transforma en una más compleja coordinación de controles jurídicos. Ahora bien, los controles jurídicos se ejercen mediante actos individuales —decisiones—, de manera que la estructuración escalonada de normas que van desde las más generales a las más particulares puede considerarse, en último término, subordinada a la ordenación de los actos de decisión de los órganos controladores, supuestamente inferiores y no representativos de la voluntad general. En definitiva, el derecho positivo termina existiendo no en virtud de la Constitución —ésta autoriza tanto las normas constitucionales como las inconstitucionales— sino en virtud de lo que los órganos controladores deciden y hacen valer retroactivamente ⁽⁷⁾.

Estas consecuencias fueron vistas y expuestas por el mismo

7. Cfr. Andrés Ollero Tassara, *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pp. 132-155.

Kelsen⁽⁸⁾; pero nuestra cultura jurídica interna no las ha incorporado, previsiblemente porque suponen romper todo el sentido de seguridad jurídica subyacente al planteamiento legalista. “No hace falta ser un lince para comprender que el principio de legalidad (talismán del positivismo legalista) ha saltado por los aires”⁽⁹⁾, dice Ollero refiriéndose al planteamiento de Kelsen. Luego, nuestra cultura jurídica interna no incorpora a Kelsen completo, para mantener en pie la pirámide. El esfuerzo, con todo, es titánico y está en vías de fracasar.

Sintéticamente puede decirse que, para que la pirámide normativa siga erguida, es necesario (i) que la Constitución sea considerada como norma fundamental por la costumbre jurídica vigente —i.e., que no se acepte como legítima la infracción de la Constitución—; (ii) que solamente algunos órganos explícitamente señalados puedan hacer efectiva la supremacía constitucional —i.e., el Tribunal Constitucional en forma preventiva; la Corte Suprema mediante la inaplicabilidad; etc.: pueden cambiar estas competencias sin afectar el principio⁽¹⁰⁾—, y que sus integrantes sean elegidos por sus convicciones legalistas y democráticas (v. gr., que no impongan una opinión política discutible so pretexto de supremacía constitucional); (iii) que los jueces ordinarios se sometan a las leyes ordinarias, esto es, a todas las leyes válidas, sean o no constitucionales según su opinión particular; (iv) que los jueces ordinarios no tuerzan la aplicación de las leyes —saliéndose del marco definido por su sentido natural— mediante la apelación a principios generales o al bien común o a los derechos humanos.

8. Vid. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Eudeba, Buenos Aires, 1960, 26ª ed. 1989, trad. de la edición francesa de 1953, pp. 58 y 159-161, y Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México D.F., 1949, 1988, pp. 182-192.

9. Ollero, *op. cit.*, p. 136.

10. A lo largo de este artículo he simplificado la descripción del derecho chileno, pues hay otras formas de control de la constitucionalidad que no han sido explicitadas.

3. El colapso de la pirámide en la reciente doctrina jurídica chilena

La evolución de la realidad jurídica en los países europeos se ajusta cada vez menos a la imagen de una pirámide, por mucho que los teóricos continuadores de la Escuela de Viena crean que el modelo de la teoría pura es igualmente apto para describir cualquier sistema de derecho positivo. De alguna manera, esta evolución del derecho europeo puede explicar que, por vía legislativa o constitucional, se abandonara el escalonamiento simple de Constitución-ley-sentencia. Pero el cambio en la imagen de la pirámide se ha debido sobre todo a la evolución de las teorías jurídicas y de las convicciones políticas en el último medio siglo —teorías y convicciones que han abandonado el legalismo y que del “positivismo jurídico” han conservado, a lo sumo, la denominación⁽¹¹⁾—, cuando el péndulo ha vuelto al punto antiguo de confiar en los jueces para el desarrollo del derecho y para la protección de los derechos de las personas. Algunos de estos cambios doctrinales han influido en el desarrollo del derecho en sus otras fuentes, de manera que la desaparición del normativismo extremo y el regreso de algunos rasgos de judicialismo son fenómenos que muchos interpretan todavía como emanados de las leyes escritas. Esta interpretación satisface la necesidad de sentir la seguridad jurídica y de no alterar los esquemas conceptuales aprendidos, pero se debe a ignorancia de la cronología del surgimiento de las doctrinas jurídicas nuevas, anteriores a las nuevas constituciones y a los cambios legales y jurisprudenciales. Uno de estos cambios teóricos con relevancia práctica ha sido la revalidación —reitero: sin reformas legales escritas en un primer momento— de los principios jurídicos, éticos y políticos, como parte del bagaje exigido a los jueces para cumplir adecuadamente con sus funciones de garantes del derecho. La teoría del derecho se inclinó fuertemente desde un análisis de las fuentes normativas y de sus relaciones abstractas (v. gr., piramidales) hacia el análisis del razonamiento jurídico (y judicial) ordenado a la generación de respuestas institucionales correctas

11. He expuesto esta tesis con detalle respecto del pensamiento de Herbert Hart en Cristóbal Orrego Sánchez, *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Eunsa, Pamplona, 1997.

(justas) basadas tanto en las normas positivas como en los principios éticos, políticos y jurídicos. Abandonándose las pretensiones de neutralidad ética de los jueces, se insiste en su responsabilidad ética y política más allá de la sumisión mecánica a las leyes escritas ⁽¹²⁾.

Este fenómeno europeo —el tránsito de la cultura de la codificación a la cultura de la “justicia política judicial”— ha llegado a la cultura jurídica interna en Chile, de manera tímida pero continuada. Consideraré cinco desarrollos recientes de la doctrina jurídica chilena en este sentido: (i) la teoría de la nulidad de derecho público; (ii) la defensa explícita del valor de los principios no escritos en la fundamentación de las decisiones judiciales; (iii) la tesis de la aplicación directa de la Constitución; (iv) la doctrina del rango constitucional de los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales, siempre que vaya unida a (iii), y (v) la doctrina política sobre la responsabilidad de los jueces y su deber de reinterpretar las normas para justificar *a posteriori* la decisión correcta.

No estamos ante nuevas normas contenidas en las fuentes formales del derecho chileno, sino ante un nuevo derecho de creación doctrinal, que transforma el modo de comprender las normas escritas, dando origen a un derecho consuetudinario que no deriva su validez del derecho escrito —como advirtieron Tomás de Aquino,

12. Sobre esta evolución doctrinal —anterior a cualquier cambio legal o constitucional en el mismo sentido—, cfr. Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979; Joseph Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961 y Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. Estos autores interpretan la sujeción del juez a las leyes con una flexibilidad que revela la vigencia de principios, exigencias éticas y modos de argumentar aptos para zafarse de una rígida pirámide normativa. De hecho, en planteamientos de esta naturaleza —disímiles entre sí, pero coincidentes en reconocer a los jueces amplios espacios para justificar soluciones justas más allá de las leyes— no tiene ninguna relevancia la presentación del orden jurídico de modo escalonado. Basta con interpretar la sujeción del juez a la ley de la manera antigua, es decir, en cuanto la ley —junto con las demás fuentes— podía servir de título a derechos diversos y recogía o constituía lo debido en general, sin contradecir los principios básicos de justicia.

Hans Kelsen y H. L. A. Hart— ⁽¹³⁾. No hago un descubrimiento, puesto que es una tesis muy antigua que el derecho es creado por la práctica y por los juristas antes que por los legisladores ⁽¹⁴⁾. Solamente pretendo identificar cómo acontece esto en la presente cultura jurídica, aunque no sabemos si estos desarrollos terminarán de incorporarse definitivamente en la cultura jurídica interna: el fenómeno está en sus comienzos. No analizaré aquí, pero me permito mencionarlo, un presupuesto político de este cambio: el abandono de los dogmas modernos del imperio de la ley, la separación de poderes y la supremacía de la voluntad general representada democráticamente, para promover una democracia más sustantiva y una soberanía popular limitada.

Veamos pues, los mencionados desarrollos de la doctrina, que amenazan la incolumidad de la pirámide jurídica.

a) La teoría de la nulidad de derecho público —los actos tanto de autoridades como de particulares contrarios a la Constitución son nulos de pleno derecho, *ipso iure* o *ab initio*, insanable e imprescriptiblemente— ⁽¹⁵⁾ se opone a la tesis básica de Kelsen sobre la nulidad, que en realidad reconduce cualquier problema de nulidad a los mecanismos de anulación, es decir, a la cuestión de qué órganos están facultados para anular retroactivamente un acto jurídico o una norma. Esta tesis de Kelsen es esencial para sostener la pirámide jurídica, porque, de lo contrario, todos los actores —particulares y órganos del Estado— tendrían una potestad difusa de desconocer las normas y los actos “nulos de pleno derecho” por contravenir la

13. Cfr. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. 97, a. 3; Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 140-141 y 148-156, y H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., pp. 44-46.

14. Cfr. Alvaro d'Ors, *Derecho privado romano*, Pamplona, Eunsa, 7ª ed., 1989, pp. 43-48.

15. Cfr. Eduardo Soto Kloss, *Derecho administrativo. Bases fundamentales. Vol. II: El principio de juridicidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, pp. 163-179, pero con restricciones en pp. 179-228. En contra véase José Luis Cea Egaña, *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 1999, pp. 198-201.

Constitución, es decir, todos serían competentes para decir qué dice la Constitución. En tal caso, la Constitución deja de ser una norma única y suprema a la que, mediante mecanismos institucionales, se someten todos. Se "atomiza" en tantas cuantas opiniones haya acerca de lo que ella exigiría⁽¹⁶⁾. La unificación de la jurisprudencia por la Corte Suprema convierte a este tribunal —más allá de la declaración restrictiva de inaplicabilidad de preceptos legales— en un verdadero tribunal constitucional permanente.

b) El valor de los principios no escritos para el razonamiento jurídico —sin entrar en la batalla de las etiquetas, de si esto es o no positivismo jurídico—⁽¹⁷⁾ se ha asentado en la teoría jurídica ya desde mediados del siglo XX. Estudios como los de Joseph Esser y Arthur Kaufmann, Chäim Perelman o, más recientemente, Ronald Dworkin y Robert Alexy, han terminado de mostrar que, con unas mismas normas escritas —legales o jurisprudenciales—, es posible arribar a diversos resultados, dependiendo de la aplicación de diversos principios —principios no escritos cuando comienzan a elaborarse jurisprudencialmente—, orientados según modelos de argumentación y de justificación que, en definitiva, ya no buscan la aplicación de la ley —el legalismo no está socialmente legitimado— sino la

16. Kelsen rechaza la posibilidad de la nulidad *ab initio* —sólo hay anulabilidad y por tanto nulidad declarada con efecto retroactivo—, pero considera la hipótesis de que un sistema de derecho positivo conceda a todos la potestad de declarar la nulidad de una norma: es algo imaginable, aunque no existe en ningún orden jurídico nacional moderno porque sería algo cercano a la anarquía (Kelsen no conoció la doctrina chilena de la nulidad de derecho público). Vid. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 158-159, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 189-190.

17. Vid., sobre el tema en sentido amplio, Rodolfo Luis Vigo, "Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual", *Persona y Derecho*, 44, 1, 2001, pp. 65-102.

solución justa (real o aparente)⁽¹⁸⁾. Ahora bien, el uso de principios en argumentaciones judiciales que terminan por ser social y políticamente aceptadas —aun cuando parezcan apartarse de las interpretaciones vigentes del derecho escrito— supone un nuevo poder de los jueces, un poder que vuelve a ponerlos, en alguna medida, por encima de las leyes si se interpretaran éstas en el sentido que le dan los legisladores, aunque se mantenga el ejercicio de reconducir la decisión a la legislación y se preste homenaje al principio de la sumisión del juez a la ley. Los casos en que se falla *contra legem*, basándose en un principio general, demuestran que la relación jerárquica entre la sentencia y la ley no corresponde a la imagen de la pirámide que la cultura jurídica interna solía acariciar. Por cierto, esta inversión de la pirámide —la sentencia por encima de la ley— es coherente con el reconocimiento de Kelsen, al que hemos aludido, de que las normas inferiores son válidas aun cuando parezcan contradecir a las superiores, pues están tácitamente autorizadas mientras no sean invalidadas por el órgano de control.

c) La aplicación directa de la Constitución es una doctrina reciente —sus alcances son poco claros y no termina de ser aceptada por la jurisprudencia— según la cual todas las personas, incluidos los jueces, pueden y deben aplicar directamente la Constitución junto con las leyes ordinarias. El germen de esta doctrina está en la teoría de la nulidad de derecho público, ya mencionada. En los casos en que la obediencia al precepto constitucional no choque con ninguna ley vinculante para los jueces, no se presentan problemas teóricos mayores. Sin embargo, como no existe la "positividad ins-

18. Aparte de los ya citados Perelman, Esser y Alexy, vid. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona 1984; Arthur Kaufmann, *Analogía y "naturaleza de la cosa"*. *Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, trad. de Enrique Barros, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 1976, y Arthur Kaufmann, *Filosofía del Derecho*, trad. de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 338-339.

tantánea" (19), determinar qué exige la Constitución es un asunto de interpretación, y su aplicación directa puede contradecir la obediencia a leyes que el mismo aplicador, sometido a ellas, considera inconstitucionales, con o sin razón. En tal caso, la doctrina de la aplicación directa de la Constitución equivale a conferir a los jueces —y aun a toda persona y órgano— un poder difuso de anulación retroactiva de las leyes. Aunque pueda parecer una forma de destacar la supremacía de la Constitución, en realidad equivale a aplanar en un mismo nivel la Constitución y las leyes, poniendo por encima de este plano único al menos la sentencia judicial de última instancia —por simplificar las cosas—. En efecto, el juzgador puede elegir entre aplicar la ley —una ley que, según la antigua imagen de la pirámide, le obligaba a fallar eligiendo dentro de cierto marco— o aplicar directamente la Constitución contraria, según él, a la ley. En definitiva, el juez está por encima de la ley porque cuenta con la Constitución. Por cierto, siempre cabe llegar a la descripción realista de H. L. A. Hart en su intento por defender la realidad jurídica de las reglas generales contra el "escepticismo ante las reglas": cuando, en casos excepcionales, los jueces fallan contra las leyes —apoyados en la Constitución o en principios extra legales—, si sus sentencias son aceptadas, todo lo que ha habido es simplemente éxito (20), no actividad judicial jurídicamente válida o autorizada *ex ante*.

Esta fundición de la Constitución y las leyes en un solo plano a merced del juez —el colapso de la pirámide— es tanto más evidente cuantas más disposiciones de principio contiene la ex Norma fundamental o cuantos más conceptos abiertos o genéricos utiliza para limitar al legislador (21). Así por ejemplo, la obligación de aplicar

19. Andrés Ollero Tassara, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 181-194, y, del mismo autor, "La eterna polémica del derecho natural. Bases para una superación" en Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (comp.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 279-299, en p. 294.

20. Cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, *cit.*, p. 149.

21. La evolución del derecho positivo —especialmente europeo— en el sentido de su apertura a criterios amplios en manos de los jueces, más o

directamente el principio de igualdad ante la ley —la prohibición de toda discriminación arbitraria, no justificada— sustituye el criterio del legislador acerca de la razonabilidad de una distinción legal —controlada por muy pocas personas cuando existía la pirámide: el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema— por el criterio de muchos jueces o por el criterio supremo de la Corte Suprema en todos los casos ordinarios, sin las restricciones de la declaración de inaplicabilidad. Solamente los resabios del legalismo impiden advertir a los jueces cuánto poder tienen ellos, ahora que se les impone el deber de aplicar la Constitución directamente. Pero si el máximo poder de creación del derecho está en el Constituyente y el contenido real de las normas depende de quienes las aplican, el deber de aplicar directamente la Constitución convierte a los jueces en constituyentes y a la jurisprudencia en norma fundamental del sistema. Todo ello en la medida en que los jueces, por cierto, tengan éxito en aplicar directamente un sentido de la Constitución que responda a las exigencias sociales de justicia.

d) El rango constitucional de los derechos reconocidos en tratados internacionales (22) presenta una paradoja. Si la tesis se insertara en la antigua imagen de la pirámide normativa, esos derechos solamente servirían para limitar la soberanía del legislador y de la Administración mediante los mecanismos estrictos de control de la supremacía constitucional. Es decir, ni el legislador ni la Administración podrían preocuparse de que los jueces fuesen a invalidar sus actos —leyes y decretos— una vez superadas las formas de control de constitucionalidad. Los mismos jueces no podrían aplicar directamente los tratados de derechos humanos, pues la aplicación directa de la Constitución solamente corresponde a los órganos encargados de controlar la supremacía constitucional. Por cierto, los jueces antiguos no aceptarían ni la tesis de la aplicación directa de la Consti-

menos en el sentido que describo en este artículo, ha sido provocativamente descrita por Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995, especialmente pp. 109 y ss. (sobre la función de los principios) y 131 y ss. (sobre los nuevos jueces).

22. Vid. José Luis Cea, *op. cit.*, pp. 44-45.

tución ni la del rango constitucional de los derechos humanos, de manera que se sabrían obligados a aplicar siempre los tratados sobre derechos humanos como normas válidas de rango legal.

En cambio, la doctrina del rango constitucional de los derechos humanos reconocidos en los tratados vigentes, unida a la doctrina de la aplicación directa de la Constitución, constituye una forma adicional de otorgar a los jueces herramientas —principios: la protección de los derechos es un fin que funciona como principio de la actividad jurisprudencial— para arribar a soluciones justas, incluso *contra legem*. Un poder socialmente aceptado de decidir *contra legem* —buscando las justificaciones en principios generales o en derechos humanos susceptibles de amplia interpretación— implica que las normas emanadas de ese poder están por encima de la ley, es decir, implica el colapso de la pirámide tradicionalmente aceptada en nuestra cultura jurídica interna.

e) La responsabilidad ética y política de los jueces, por último, consiste en afirmar que los jueces no tienen solamente —en cuanto jueces— un deber de aplicar las normas jurídicas vigentes, sino la ineludible responsabilidad moral y/o política de fallar conforme a exigencias de justicia⁽²³⁾. Ni siquiera los autores contemporáneos más claramente positivistas —desde Kelsen en adelante— sostienen el llamado “positivismo ideológico”, según el cual la única obligación moral del juez sería aplicar el derecho vigente⁽²⁴⁾. Por el contrario, la doctrina jurídica y la ideología política más extendida se orienta nuevamente a sostener que los jueces deben aplicar simultáneamente el derecho vigente y los principios de justicia, y que, si colaboran con un régimen inicuo según las leyes positivas válidas de tal régimen, en un futuro régimen justo no podrán excusarse moralmente ni políticamente ni tampoco jurídicamente —se les aplicarán castigos según normas positivas retroactivas—. Una doctrina de esta naturaleza inculca en los jueces, contra la mentalidad legalista de sujeción al poder legislativo de turno, la idea de que deben esforzarse por hacer

23. Cfr. Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 11ª ed., 2001, pp. 6 y 34-35.

24. Cfr. *ibid.*, pp. 32-35.

justicia y de que tienen el deber moral de aplicar pautas o criterios de decisión justa extra jurídicos, incluso *contra legem*⁽²⁵⁾. Nuevamente, la fusión de criterios jurídicos y extra jurídicos es una sola constelación de normas y principios de decisión justa que quedan en manos del juez para arribar a una solución adecuada de los casos, implica que la norma positiva supuestamente máxima —la Constitución— ha dejado de ser la máxima norma del sistema político-jurídico. En un análisis estrictamente kelseniano, no es que haya principios éticos por encima de la Constitución, sino que la ampliación de los criterios considerados como supremos por los jueces —hasta incluir principios éticos que dan origen a una responsabilidad moral y política— supone un cambio radical de la Constitución material o, por decirlo con H. L. A. Hart, un cambio de las reglas de reconocimiento⁽²⁶⁾. Los jueces introducen esos cambios en la Constitución. Ellos son los constituyentes.

La filosofía subyacente se aleja de la idea de una voluntad general representada democráticamente. Los jueces deben ser elegidos por sus virtudes para fallar con justicia, no por representar al pueblo o a alguno de sus sectores. Sin el legalismo de los jueces, sino con su responsabilidad creativa por encima de las leyes; sin la pirámide encajada en la cultura legalista, la cultura democrática se matiza con rasgos de cultura aristocrática.

Los jueces están casi en la cúspide de la nueva pirámide normativa, una pirámide que no es pirámide porque la posición relativa de las normas no depende de normas generales sino del flujo continuo de las decisiones judiciales. La pirámide normativa puede mantenerse en apariencia, pero ha sido prudencialmente sustituida —mientras haya éxito no pasa nada— por una suerte de jalea o ge-

25. Cfr., entre los autores que se autodenominan positivistas y que afirman esta tesis, Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2ª ed., 1995, pp. 231-235 y 326-340, y H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., pp. 205-206 (donde afirma el deber de los funcionarios de decir “esto es derecho, pero demasiado inicuo para ser obedecido”).

26. Cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., pp. 92 ss.

latina normativa, un *ápeiron* disponible para hacer justicia. Los jueces están casi en la cúspide del poder creador de derecho, pero ellos no lo saben.

En la cúspide del sistema normativo —que no es sistema— están los juristas, sobre todo los filósofos del derecho, que han creado estas “doctrinas-Houdini” para zafarse del legalismo. Por cierto, a estas alturas los teóricos del derecho ya saben que con sus teorías están cambiando el derecho mismo. Pero, ¿han adoptado la correspondiente filosofía política?

EL METODO PARA OBTENER LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA CULTURA JURIDICA CHILENA

TERESA TORO ARAVENA *

I. *Acerca de la cuestión del método*

El problema del método es una cuestión ya antigua, que se proyecta desde la discusión epistemológica general hasta el tema preciso de que trata esta presentación. Las afirmaciones que en este plano puedan formularse vienen dadas por una básica e inicial: ¿es la ciencia del derecho precisamente eso, una ciencia? Si la respuesta fuere afirmativa, surge la interrogante relativa a si son sus proposiciones verdades en sentido lógico, o por el contrario no pueden alcanzar dicho valor, pudiendo solamente hablarse, en el ámbito de lo jurídico, de proposiciones más o menos verosímiles. Grosso modo, es posible señalar que, en el primer caso, el método aplicable al descubrimiento de las verdades de esta ciencia tiene un carácter riguroso conducente a la obtención precisa de la única aseveración que, ante la disyuntiva, puede tener el adjetivo validante de verdadera. En el segundo caso, el modo de obtener las proposiciones más verosímiles, tendrá un carácter aproximativo y deliberativo. En lo referente a la obtención de los Principios Generales del Derecho,

* Ayudante Depto. Historia y Filosofía del Derecho, Universidad de Concepción.