

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 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 consigna.
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.

PONENCIAS *

* 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.

que sobre sus cimientos se ha edificado nuestro ordenamiento jurídico. Hemos de beneficiarnos de los logros milenarios que tal sistema jurídico (en un sentido amplio) provee. Pero, más allá de éste, el jurista tiene “la posibilidad de apartarse cuando es capaz de encontrar un argumento superior por su coherencia interna y por su racionalidad”⁽³¹⁾, y goza de amplia libertad para elaborar, descubrir, iluminar y desarrollar los principios. Es nuestra convicción que el progreso de toda construcción humana —en este caso, del Derecho sobre la base de sus principios— radica en servirse tanto del avance alcanzado como de la inherente capacidad humana de creación y descubrimiento, encaminándose hacia la perfección de la obra, en ruta que nos aparece ilimitada, pero sobre la que nos encumbramos progresivamente cada día.

31. De los Mozos, José Luis: “Codificaciones latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del Derecho” en *Roma e America Diritto Romano Comune, Rivista de diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in europa e in america latina*, N° 1, 1996, p. 40.

LA CULTURA JURIDICA DEL LEGISLADOR: LA ANEMIA LEGISLATIVA DEL PARLAMENTO

LUIS CORDERO VEGA *

I. *De nuevo sobre la ley y sus crisis*

La ley es el lugar privilegiado en el que se manifiestan las relaciones entre Poder y Derecho, de manera que a través de ella el poder se hace previsible en cuanto dotado de la racionalidad y objetividad de lo universal, del no arbitrio, por lo que realmente a través de la ley no se limita sino que se hace posible el fundamento (racional y moral) del poder del Estado; y es que, en último término, la ley representa la superación de lo particular, de las tendencias a la fragmentación social y al individualismo radical, para mediante la superación del conflicto entre ellos, acceder a expresar el interés general y reconstruir lo global y colectivo a través del Estado⁽¹⁾.

Pues bien, es de esa intersección constante de los planos jurídico y político de donde resulta la coexistencia en el concepto de ley

* Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

1. Son aspectos que sólo se apuntan porque son bien conocidos de la teoría clásica de la ley y que se encuentran por otra parte en autores tan distintos como Smend (la relación Poder-Derecho), Schmitt, Kelsen, Kant o Rawls (fundamento moral), etc.

de elementos formales y materiales de manera necesaria como necesaria es, igualmente, su inseparabilidad. Y hasta tal punto es así que incluso en cada uno de ellos pueden encontrarse ingredientes del otro, de manera que la inseparabilidad sigue reproduciéndose; así, en lo que puede considerarse el elemento material, que hace referencia al contenido y por tanto a la antes referida articulación Estado-sociedad, está presente un cierto ingrediente formal como es el de aquel tipo de eficacia que afecta a ambos (su común sometimiento a la ley), y en el formal, que hace referencia al tipo de norma definida por su procedencia y formación, está también presente un aspecto material (político) como es el que resulta de incorporar el principio democrático. Y la confluencia de elementos formales y materiales se manifiesta en las distintas funciones que cumple la ley, en las que pueden distinguirse unas de carácter predominantemente jurídico-formal ⁽²⁾ y otras de carácter predominantemente jurídico-material ⁽³⁾.

Sin embargo, la problemática de la ley ha experimentado en los últimos tiempos cambios tan profundos que no sólo no permiten considerarla un tema o debate agotados, sino que, por el contrario, demanda nuevas reflexiones ⁽⁴⁾. Y así ha ocurrido. Han surgido nuevos planteamientos en gran medida a partir del fenómeno que se ha designado con frecuencia con la expresión tan poco afortunada y gastada como la de “crisis de la ley” ⁽⁵⁾.

Es cierto, sin embargo, que, efectivamente se han producido transformaciones en el mundo contemporáneo tan profundas y espe-

2. Ejercicio del imperio sin límites de competencia, conversión en reglas de los principios constitucionales, ordenamiento del sistema —subconstitucional— de fuentes y garantías.

3. Legitimación, determinación de las otras funciones del Estado, ejercicio de competencias normativas específicas, regulación de lo general, determinar y desarrollar, en el marco que la Constitución permita, las distintas opciones constitucionales.

4. Vid. GARCIA DE ENTERRIA, E., Justicia y Seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas, Cuadernos Civitas, 2000, p. 101 y ss.

5. GARCIA DE ENTERRIA, E., La Democracia y el Lugar de la ley, en El Derecho, la ley y el Juez, dos estudios, Cuadernos Civitas, 2000, p. 52.

cíficas que no han dejado de repercutir en el ámbito propio de la ley. Pero, junto a estos hechos o causas estructurales cabe destacar otros que, si bien surgen con orígenes y en tiempos distintos, terminan cursando como procesos coincidentes ⁽⁶⁾.

II. Algunos porqué

Nuestro sistema legislativo cada vez está más afectado por factores como la internalización de la vida económica, social y política, el inevitable protagonismo que incumbe al ejecutivo, potenciado por un presidencialismo exacerbado, y la permanente búsqueda de nuevos equilibrios en el reparto de papeles entre el Estado y la llamada sociedad civil.

Hace poco más de doscientos años, Montesquieu, comentando la Constitución de Inglaterra, adelantó la idea de separación de poderes y la atribución de las asambleas legislativas de las facultades de dictar leyes y de controlar al Gobierno.

Del mismo modo que en cualquier Estado libre que se considere dotado de espíritu libre debe ser gobernado por sí mismo, sería necesario que el pueblo ejercitara directamente el poder legislativo. Pero como en los grandes Estados

6. Vid. AYUSO, M., De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad, Edit. Marcial Pons, 2001, p. 40. Sostiene que “la presente crisis de la ley surge precisamente de haberse agurado las premisas filosóficas que alumbraron su versión moderna o, por decirlo de otro modo, asistimos en nuestros días, según el epocal signo postmoderno, a la disolución de la ley moderna en su versión “fuerte” y a su sustitución por sus derivados “débiles”. Desde un ángulo teórico —conceptual, la ley parlamentaria se halla, por mor de los tribunales constitucionales, ante continuos constreñimientos para acomodarse a la Constitución, y, merced a la expansión del Gobierno en una defensiva permanente. Sin olvidar el vacío jurídico creado por la reciente des-reglamentación de los años ochenta. Pero también, desde el ángulo práctico, han de tenerse presente los que el administrativista Sebastián Martín Re-tortillo ha calificado de “mal decir” y “mal hacer” de las leyes. Esto es, la incorrección en la expresión y en la técnica a que responden y que redundan, a no dudarlo, no sólo en su correcto conocimiento, sino también en su adecuado cumplimiento”.

esto es imposible y en los pequeños Estados presenta muchos inconvenientes, el pueblo tiene que hacer a través de representantes todo lo que no pueda hacer por sí mismo (...). El cuerpo de representantes no debe ser elegido para tomar cualquier resolución activa (...) sino para hacer leyes o para comprobar si se han cumplido bien las que se han dictado.

Esta idea clásica, según la cual quienes ejercen la función legislativa y controlan el Gobierno, ha sido proclamada con toda solemnidad en las Constituciones de los Estados de Derecho. Sin embargo, más allá de los textos constitucionales, la realidad impone que el Estado tiene cada vez limitada su soberanía normativa, lo que significa que el Parlamento no tiene el monopolio normativo sino que lo comparte cada vez más con otras instancias. Es más creemos, que es hoy el Presidente de la República el que detenta el mayor poder normativo en el sistema constitucional chileno, lo que conspira ciertamente con la efectividad del rol del Parlamento y su carácter representativo.

Hay algo inevitable en todo este proceso. En efecto, no es el Parlamento sino el Gobierno el órgano mejor situado para llevar a cabo el "bien común" impuesto por la Carta Fundamental. El Parlamento, por otra parte, carece de la capacidad que requiere una eficaz participación del Estado en organizaciones inter y supranacionales; le faltan igualmente todas las importantes competencias que la Constitución le ha encomendado a los Gobiernos Regionales y las Municipalidades. Tampoco puede el Parlamento regular relaciones muy tecnificadas o prolijas. Hay aspectos donde el protagonismo normativo del Ejecutivo es inevitable.

Pero también hay algo inquietante en todos estos cambios: la dificultad real del Parlamento a la hora de tomar determinadas decisiones normativas puede ir generando una anemia de los poderes normativos del Parlamento. Examinemos a grandes trazos la realidad de este fenómeno.

1. *El papel del Ejecutivo en el proceso legislativo*

No resulta fácil, al menos hasta este momento, encontrar la metodología que nos permita medir la incidencia del Parlamento

en la formación de políticas públicas (⁷). Nos faltan todavía técnicas apropiadas. Carecemos de indicadores fiables y aceptados que posibiliten medir y comparar la actividad del Parlamento en sus distintos períodos y Gobiernos.

Pero tampoco resulta fácil medir la importancia de la actividad legislativa desarrollada por el Parlamento. El rango de la norma es uno de los criterios que se han tenido en cuenta a la hora de medir la importancia de la regulación contenida en la misma. Pero la experiencia nos enseña que hay actos del Ejecutivo que pueden tener y tienen mayor trascendencia que determinados textos legislativos.

La falta de una metodología aceptada al respecto no puede ser solventada plenamente por criterios puramente cuantitativos, como pudieran ser los números de normas, número de artículos de cada norma, o número de palabras de un texto normativo. El resultado de aplicar este criterio tiene que ver en la forma y modo que la Constitución diseña la distribución de competencias en materia legislativa, que ciertamente está a favor del Ejecutivo. Estos criterios cuantitativos sirven para medir el volumen de la actividad normativa, mas no para medir su calidad.

Hoy, a nuestro juicio, el sistema legislativo chileno descansa en la circunstancia que es el Ejecutivo el que impone los poderes legislativos al Parlamento y no éste.

Un primer examen de nuestra realidad parlamentaria nos permite obtener a lo menos las siguientes conclusiones:

a. La iniciativa legislativa es ejercida ordinariamente por el Ejecutivo. Según nuestros datos el 80% de las normas legislativas han tenido origen en iniciativas del Presidente de la República, desde 1990 a la fecha (⁸).

7. Cfr. OELCKERS, O. y BRONFMAN, A., *La Evaluación de las leyes*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 2002.

8. Esta cuestión no es muy distinta de lo que sucede en otros sistemas. Según un estudio de la Unión Interparlamentaria en la década de los '80, demostró que de un total de 69 parlamentos en el mundo, incluidos los de mayor desarrollo, 33 de ellos tienen, entre un 90 y 100% de las leyes aprobadas, su origen en iniciativas gubernamentales; 9 correspondían entre el 80 y 89%.

b. Del total de iniciativas legislativas aprobadas por el Parlamento, prácticamente la totalidad de ellas han tenido urgencia de algún tipo. Urgencia que determina siempre el Presidente de la República.

c. Pese a ello el promedio de tramitación de un proyecto de ley es de 36 meses.

d. La inmensa mayoría de los proyectos que presenta el Ejecutivo suelen ser aprobados por el Parlamento.

e. Los proyectos del Ejecutivo no requieren más fundamento técnico que el proveniente de sus propias palabras del mensaje y sin más respaldo que el informe financiero que exige la LOC del Congreso Nacional. No existe, entonces, mecanismos de discusión y conocimiento prelegislativo de las iniciativas, como tampoco se conocen con regularidad las evaluaciones económico-sociales que las leyes deben tener en la sociedad. Esto implica que tampoco existe un criterio de valoración y evaluación de cada norma aprobada.

f. Las leyes que el Parlamento aprueba, y que tiene su origen en mociones parlamentarias, son muy pocas. Sólo representan el 20% de la producción normativa, pero el 10% del total son iniciativas legislativas relativas a erección de monumentos u otorgamientos de nacionalidades.

g. Los parlamentarios no tienen respaldo técnico para sus proyectos. Carecen de una burocracia estatal que maneja día a día el Estado. Es decir, se encuentran en una desventaja comparativa en el respaldo técnico de sus propuestas. La ausencia de un sistema de "descubrimiento" obligatorio de los antecedentes que posea la Administración para la elaboración de proyectos de ley y que deban ser entregados al Parlamento, profundiza esta ausencia.

h. Todo lo anterior es aún más evidente en el caso de los Tratados Internacionales. En efecto, el artículo 50 N° 1 de la Constitución deja a la discrecionalidad del Presidente de la República los acuerdos internacionales que van al Parlamento y por lo tanto cuáles

Sin embargo, existe una constancia en aquellos países con alta iniciativa legislativa del Gobierno en el Parlamento, y es que se encuentran inmersos en sistemas políticos parlamentarios o semi-presidenciales, que los dota de poderes adicionales a los meramente legislativos.

quedan sujetos al trámite legislativo. Esta ha sido la tesis del propio Tribunal Constitucional ⁽⁹⁾ ⁽¹⁰⁾.

Es así como se ejerce, en la realidad, la iniciativa legislativa en nuestro país.

Este escenario implica que el Ejecutivo tiene no sólo el derecho sino también la obligación de ejercer la iniciativa legislativa. Esto significa que la actividad del Parlamento se reduce, hoy, sólo a apoyar al Gobierno, defender su política y aprobar sus proyectos de ley ⁽¹¹⁾. Es decir, sin iniciativa del Ejecutivo no hay actividad legislativa del Parlamento ⁽¹²⁾.

Si bien estas afirmaciones pueden resultar alarmantes e incluso tentaría a muchos a cuestionar la actividad del Parlamento, no supone considerar accesorio su labor en la elaboración de las leyes. Al dar su asentimiento a las propuestas legislativas, el Parlamento cumple una función de legitimación tanto en el estricto sentido legal de otorgarle fuerza de ley como en un sentido sociológico más amplio

9. STC N° 282, 28.01.1999.

10. Cfr. Con el interesante debate entre los profesores CARMONA SANTANDER y RIBERA NEUMANN sobre los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional, publicado por la Fundación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2001. Serie Seminarios y Congresos.

11. Mirado desde este punto de vista es cierta la afirmación de SIAVELIS, que en modelos de excesivo presidencialismo los sistemas electorales son más gravitantes de lo habitual, pues establecen un rigidismo en el sistema político que tensiona más de lo habitual las relaciones entre el Parlamento y el Ejecutivo. Executive —legislative relations in post— Pinochet Chile: A preliminary assessment, en *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Mainwaring and Soberg Shugart (edit.), Cambridge University Press, 1997, p. 356 y ss.

12. Lo anterior lo confirma la propia posición de las Cámaras cada vez que aducen sequía legislativa. En efecto, por ejemplo el día 28 de agosto de 2002 el Diario el Mercurio informaba que el Presidente del Senado afirmaba que "el Ejecutivo está en deuda con el parlamento", refiriéndose a lo que se denomina la sequía legislativa. El H. Senador Larraín sostenía que es una "verdadera anemia legislativa", que es tal por ser una "reiterada" sequía legislativa. Diario el Mercurio 28.08.2002. Cuerpo C, p. 1-4.

de proporcionar a la ley las credenciales democráticas. Y esta función es irrenunciable para un Parlamento democrático, sea cual sea la mayor o menor preeminencia del Ejecutivo en los trámites legislativos⁽¹³⁾. Aparte de la función disuasoria que desempeña el Parlamento y que puede ser la más importante función desempeñada por las Cámaras en el proceso legislativo: es imposible, en efecto, calcular cuántos proyectos de ley no se terminan presentando por el simple hecho de que exista alguna de las Cámaras que lo pueda rechazar o en todo caso someter a público debate y crítica.

Esto ha llevado a que nuestro Parlamento muestre cada vez mayor interés en la función de control de los actos y autoridades de Gobierno, como se puede deducir del tiempo empleado por los parlamentarios en esta gestión y la insistente y uniforme posición frente al tema de las reformas constitucionales en materias de fiscalización que actualmente somos testigos⁽¹⁴⁾.

Esto implica analizar el cambio de eje en la actividad del Parlamento. Resignación a la dependencia umbilical del Ejecutivo en la actividad legislativa a cambio de un mayor esfuerzo por controlar al Gobierno.

Esta última situación es una hipótesis que esperamos comprobar en otra oportunidad.

2. *Estilo del lenguaje*

El liderazgo del proceso legislativo por parte del Ejecutivo ha sido acompañado, además, de la consolidación de unas técnicas legislativas que suponen en muchos casos, un desapoderamiento del

13. Cfr. Habermas, J. ¿Cómo es posible la legitimidad por la vía de la legalidad?, Doxa, 1989.

14. Debe recordarse que los Parlamentos han derivado a un mecanismo de preponderancia de sus funciones a las cuestiones relativas a control parlamentario. De hecho la verdadera importancia de la separación de poderes o check and balance se encuentra en este tema. Vid. MAY AND ALLAN IDES, C. Constitutional Law, National Power and Federalism, Edit. Advisory Board, 2001, p. 251.

Parlamento⁽¹⁵⁾. Se trata del uso frecuente de una técnica consistente en que las Cámaras trazan las grandes líneas de un proyecto normativo cuya concreción, a veces en aspectos muy importantes, se encomiendan a la acción de la Administración o los Tribunales.

Una de las discusiones sugestivas en este momento se refiere a la forma de redactar leyes⁽¹⁶⁾. Dos son, fundamentalmente, las opciones: la redacción sobre la base de cláusulas generales y el casuismo. Ambas tienen unas implicaciones institucionales evidentes: la opción por una u otra, es una decisión política en la medida que afecta seriamente a los poderes normativos del Parlamento.

El estilo casuista parece, en principio, dar una mayor certeza sobre el contenido de la regla de derecho, pero dificulta no sólo la

15. A esto DE CABO MARTIN, denomina quiebre de los supuestos legitimadores de la ley. Sostiene que "En cuanto a los aspectos materiales la ley, pierde sus tradicionales contenido y función de regulación, respecto de los que sólo cabía por las otras instancias su acatamiento y aplicación, para pasar a ser o bien estrictos actos gubernamentales o administrativos, medios de actuación directa que sustituyen a las instancias aplicativas, o, por el contrario, se vacía de contenido apareciendo como puramente formal o, como se designa en la doctrina italiana (Berti, Giannini, Pizzorusso), de "organización", de manera que la «decisión real» se tomará después por quien institucionalmente le correspondería únicamente aplicarla; si en el primer caso aparecen la concreción, especialidad, imperfección técnica y en definitiva la "minimización" de la ley, el segundo supone asimismo importantes cambios en el modelo clásico: por de pronto, el "sistema de poder" era un presupuesto y una garantía del sistema normativo, es decir, algo externo al mismo, mientras que ahora sus actos se integran en el mismo, pues el Derecho no nace propiamente del legislador sino de las decisiones concretas tomadas, con lo que difícilmente se puede seguir hablando en los mismos términos de producción (ley) y ejecución del Derecho o de Principio de legalidad como sumisión de la Administración a la ley, o, incluso, del método normativo en su tradicional entendimiento (dada la nueva relevancia de los aspectos institucionales). Y en ambos, aunque en otro orden de cosas, se produce el desorden en el funcionamiento del Estado con importantes repercusiones tanto políticas (en el Principio democrático) como jurídicas, al afectar a la configuración del Estado de Derecho y a sus virtualidades garantistas. En Sobre el concepto de ley, Edit. Trotta, 2000, p. 77.

16. Cfr. BONO LOPEZ, M., La racionalidad lingüística en la producción legislativa, en Elementos de técnica legislativa, CARBONELL y PEDROZA DE LA LLAVE, (Coord.), UNAM, 2000, p. 159 y ss.

comprensión sino también el debate político de las leyes. En efecto, si el Ejecutivo concreta en todos sus detalles un proyecto de ley, desaparecen, ahogadas en sus detalles, las grandes líneas, aun cuando sólo éstas deberían ser objeto de discusiones parlamentarias. Cuanto más detallado es el proyecto, más difícil es su comprensión y debate.

La redacción en cláusulas generales permite al Parlamento, en principio, un debate político sobre el fondo sin perderse en el casuismo de la regla concreta. Pero lo que es evidente, a su vez, es que una redacción sobre la base de conceptos amplios supone por parte del Parlamento "delegar", en el Ejecutivo un poder normativo adicional al que ya posee por medio de la potestad reglamentaria autónoma o de ejecución. Esto significa que la obra del Parlamento, una ley, a veces no es más que un boceto de la regulación definitiva, puesto que haría falta una fuerte imaginación para intuir cuál será el contenido final que regulará la materia tras el desarrollo reglamentario que en su día haga el Ejecutivo.

Pero al renunciar a regular plenamente una materia, el Parlamento no sólo "delega" facultades normativas en el Ejecutivo sino que también lo hace en los Tribunales: es decir, una textura abierta del lenguaje normativo, la precipitación, la falta de conocimientos de problemas especialmente complejos, la necesidad de buscar los más amplios acuerdos, en suma, tanto el propio lenguaje como la dinámica parlamentaria, obligan a utilizar unas técnicas de redacción en las que se "delega" la tarea de completar el trabajo normativo no sólo en el Ejecutivo sino en los propios Tribunales de Justicia.

El estilo —esa es la cuestión de fondo— viene condicionado por la necesidad de realizar el programa de un Estado. El legislador no estaría hoy en día en condiciones de adoptar reglamentaciones detalladas y múltiples necesarias para realizar justicia concreta en una sociedad industrial altamente técnica, con sus conflictos sociales y sus procesos económicos complejos. Es esta situación, la aplicación de cláusulas generales, de condiciones discrecionales y de términos jurídicos vagos se convierte en una solución que pretende hacer frente a necesidades económicas y sociales, reduce la tensión entre las reglas jurídicas y las normas sociales cuando los criterios hacen referencia a los hechos de la vida social y a las reglas del comportamiento de la sociedad. Siendo esto así, el legislador debería saber que cada

vez que se utiliza estos términos renuncia al control de los hechos reales y lo entrega al Poder Judicial, dicho de otra forma abandona su propia competencia a los jueces. Es difícil prever, entonces, la manera como los Tribunales harán el trabajo del legislador.

3. *La crisis del supuesto instrumental de la ley*

La ley deja de ser el instrumento básico de regulación en las sociedades modernas por distintas circunstancias pero, sobre todo, por el carácter consensual que las atraviesa. A partir de lo que se ha dicho ocurre que, de una parte, los conflictos ya no son ni pueden ser frontales y, de otra, las respuestas a los problemas que permite ese esquema conservador están muy determinadas. Y es que hay que afirmar con rotundidad que las sociedades actuales son mucho menos "abiertas" y "pluralistas" de lo que sus notables teóricos presentaban en violento contraste con las sociedades "cerradas". La escasa "apertura" y el mínimo "pluralismo" se pone de manifiesto en la proximidad de las opciones económico-sociales y políticas que configuran un fondo de "consenso" en lo fundamental que procede no ya de la subjetiva "voluntad conciliadora" de las partes, sino de su objetiva coincidencia en los puntos básicos a veces implícita en lo que no dicen o en los problemas que no plantean.

En todo caso se entiende bien en este tipo de sociedades que las tradicionales formas de dominación se sustituyan y frente a la regulación y dinámica del conflicto aparezca el compromiso, que culmina en pactos sociales respecto de las fuerzas sociales y políticos respecto de las fuerzas políticas. Todo ello implica una tendencia a huir de las instituciones, de la solución legal o institucional, lo que conduce a un vaciamiento progresivo de la democracia y a una huida del principio mayoritario, porque cada vez menos cosas dependen del subsistema político, de manera que se acentúa de nuevo el indiferentismo político en el sentido de que cada vez se depende menos del "azar" electoral, pues también cada vez importa menos cuál sea la opción ganadora (17).

17. BOBBIO, N., Contrato y contractualismo en el debate actual, en *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1984.

Todo este proceso se deja sentir en el ámbito del Derecho y de sus fuentes. Por de pronto, se percibe inmediatamente que estos cambios suponen y reflejan un potenciamiento de la sociedad, del mercado, de los sujetos particulares, en definitiva, del contrato y del Derecho privado frente al Estado, la ley y el Derecho Público.

La concepción del Derecho reflexivo, probablemente la propuesta teórico-jurídica más representativa de la nueva situación, expresa con claridad esos hechos: un Derecho de meros procedimientos en el interior de los cuales las autonomías sociales pueden desarrollarse y reproducirse libremente sin más limitaciones que las exigencias recíprocas, en una especie de concertación elusiva de la función general y material de la ley como instrumento de fijación heterónoma de los objetivos y que persigue la concertación entre los grupos, funcional al mantenimiento del sistema en su conjunto, facilitando a la vez el abstencionismo estatal y el protagonismo y el activismo social (18).

De manera más específica y en cuanto el mismo Estado se ve penetrado por estas influencias al configurarse como "una inmensa transacción de intereses", la ley resulta directamente afectada no sólo negativamente, al perder cuantitativamente importancia frente a la antirregulación social, sino que positiva y cualitativamente sufre profundas transformaciones en cuanto la propia lógica del contrato se introduce en la ley en un doble sentido: en el de las leyes que implican una propuesta de libre aceptación respecto de sus destinatarios y en el de la progresiva incorporación de distintas formas del acuerdo con los interesados en la configuración de las leyes que les afectan (19), lo que, a su vez se relaciona directamente con la cuestión del predominio de las leyes especiales y microsectoriales. Como muestra de la fuerza expansiva de la lógica del contrato, se pueden

18. GARCIA HERRERA, M. A., Poder Judicial y Estado social, en P. Andrés Ibáñez (Coord.), *Corrupción y Estado de Derecho*, Trotta, Madrid, 1996.

19. La cuestión se trata, en todas sus implicaciones, en el trabajo de MAESTRO, G., *Negociación y participación en el proceso legislativo*, Revista Española de Derecho Político N° 32, 1991.

mencionar otros ámbitos más alejados de las cuestiones que aquí interesan como el de la Justicia, para la que se propone la de su conformación como instrumento mediador entre partes que llegan a un acuerdo, más que como instancia externa que aplica el Derecho objetivo.

Esto implica que, en cuanto al origen de la ley, el paso por la "voluntad general" en abstracto a la del "legislador" en concreto. Un legislador, un Parlamento, que sufre, tanto por lo que se considera la "degeneración partidista" y la crisis de la representación como por las características del proceso electoral, por su composición, formación de las mayorías y operatividad general, un fuerte deterioro crítico y funcional (20). Pero que, además, en un segundo momento, se entiende que tampoco es propiamente el origen de la ley, sino que ésta o procede de ciertas burocracias tecnocráticas o partidistas o de grupos de interés que se imponen, con lo que ciertamente se completa la "desacralización de la ley" vinculada, pues, a la "crisis" del Parlamento.

III. Reflexiones inconclusas

El Parlamento no ejerce ya el poder legislativo sino a la sombra, bajo la dependencia de otro poder, el Ejecutivo. Un hecho se resalta en lo que hemos señalado: la preponderancia adoptada por la autoridad gubernamental y administrativa en la elaboración de las leyes. Esta preponderación se da en todos los estadios, ya sea al inicio ya sea al final del proceso legislativo. Afecta a la génesis, la

20. Según la encuesta CERC (www.cerc.cl) de septiembre de 2002 el Senado tiene un nivel de confianza de un 12% y la Cámara de un 11%. En cambio el Gobierno tiene un nivel de confianza de un 40%. Esto puede implicar, ciertamente, que si la ley es mirada como un mecanismo de legitimación del Parlamento, ésta esté cuestionada en su confianza. En cambio si la ley es apreciada como un instrumento de Gobierno tendrá un mayor nivel de legitimidad. Lo anterior es aún más grave si se considera que de conformidad a la encuesta precitada los Jueces sólo tienen una confianza equivalente al 11%. Esto puede tener un efecto, de manifestarse estas cifras como tendencia, que será la falta de legitimidad completa de los operadores jurídicos, y por lo tanto de la ley como instrumentos de concierto del principio democrático.

formulación y el proceso de enmiendas de la ley; toma cuerpo en las delegaciones legislativas y conduce a la autorización del Ejecutivo para legislar, si fuera preciso, *praeter legem*. Es preciso recordar, por otra parte, la enorme masa normativa que representa los actos de simple ejecución de ley, como igualmente —la cara oculta del iceberg— las numerables circunstancias organizacionales e interpretativas del derecho promulgado (cuasileislación).

La cuestión es que si tenemos que resignarnos sin inquietud a esta especie de anemia legislativa del Parlamento. El aparato burocrático gubernamental no es sensible a las aspiraciones de los ciudadanos, no tiene la misma representatividad del Parlamento y conduce a un quiebre cada vez más evidente entre el orden jurídico y quienes son sus destinatarios. La búsqueda de un equilibrio institucional en la distribución del Poder Legislativo debe basarse sobre esta realidad, por una parte y, por la otra, en la incapacidad del Parlamento para elaborar toda la legislación necesaria. La reforma del presidencialismo corregido y aumentado que tiene el sistema chileno es de urgente necesidad, las experiencias de nuestra historia constitucional confirman que cada vez que se han producido desequilibrios entre el Ejecutivo y el Parlamento, han generado desajustes institucionales ⁽²¹⁾.

Sin embargo, esta situación puede generar una peligrosa tendencia, que es, la municipalización de los parlamentarios, es decir, en la preocupación institucional diaria y permanente de la vida de los ciudadanos, al margen de sus funciones legislativas. Lo anterior genera y seguirá generando una profunda distorsión en el mecanismo de la representatividad que confunde a los ciudadanos en general.

21. Vid. El excelente trabajo de SIAVELIS, P., *Executive —legislative relations in post— Pinochet Chile: A preliminary asessment*, en *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Mainwaring and Soberg Shugart (edit), Cambridge University Press, 1997. Debe complementarse con el estudio de FAUNDEZ, J. denominado *In defense of Presidentialism: The case of Chile, 1932-1972*, en la misma edición.

CULTURA JURIDICA EN PERSPECTIVA HERMENEUTICA

FERNANDO QUINTANA BRAVO *

En perspectiva hermenéutica significa considerar el Derecho como un objeto cultural, esto es como algo que tiene que ser comprendido y que ingresa en el campo del sentido. Mi interés se centra en el uso de la expresión "sentido claro" o en otras equivalentes a ella, como tener un significado claro, pues aquí se manifiesta uno de los rasgos de la cultura jurídica. El tema de la claridad está presente en el pensamiento occidental como una constante, que aparece ya en la célebre Alegoría de la Caverna, del diálogo *República*, de Platón, y que no deja de asomarse en cada momento de la cultura occidental. La oposición luz y sombra, y su correspondiente con claridad y oscuridad, ha sido una de las más fructíferas para introducirse en el tema de la verdad.

Un importante momento lo presenta Descartes, que en su célebre *Discours de la Méthode* formula los preceptos del método para buscar la verdad en las ciencias. El primero de esos preceptos enseña "no recibir jamás como verdadera cosa alguna que no supiese que lo es; es decir, evitar cuidadosamente la precipitación y la prevención, y no comprender en mis juicios nada más que lo que se presentase tan clara y distintamente a mi espíritu, que no hubiese

* Profesor de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.