

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 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 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 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 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.

“LA LABOR JUDICIAL EN LA CULTURA JURIDICA:
UNA VISION COMPARADA” *

BEATRIZ LARRAIN MARTINEZ **

La corriente de pensamiento denominada *realismo jurídico* en los Estados Unidos fue formada por un grupo heterogéneo de intelectuales que teorizaron acerca del derecho poniendo el énfasis en los *hechos* en lugar de ponerlo en los valores (como las teorías jusnaturalistas) o en la lógica, textos legales o normas (como el positivismo jurídico). Nacido como una reacción en general a lo que algunos llamaban el pensamiento legal “clásico”, los realistas norteamericanos escribieron extensamente acerca del rol del juez y la labor judicial. Un hilo común en los escritos de todos estos autores es la caracterización de la tarea del juez como una labor “creadora” de derecho. Mientras que la teoría legal “clásica” sostenía que la labor del juez era descubrir principios que ya existían en el ordenamiento jurídico y luego aplicar esos principios mecánicamente a los hechos, los realistas norteamericanos caracterizaron al juez como un individuo que no tenía más opción que la de ser un verdadero “creador de derecho”. El enfoque mecánico de la labor del juez se desecha y se le

* Este artículo fue escrito gracias a fondos otorgados por la Dirección de Investigación de la Universidad de Concepción dentro del marco del proyecto de investigación 99.55.02-1 denominado “Tendencias en los fallos sobre Recursos de Protección en la Corte de Apelaciones de Concepción”, en el cual la autora tiene el carácter de investigadora principal.

** Universidad de Concepción.

acusa de ser una descripción inexacta de aquello que los jueces hacen de hecho.

No fue casualidad que el realismo surgiera en el momento en que lo hizo en Estados Unidos, ya que coincide con un momento histórico en que ideas dinámicas y progresistas eran introducidas en el mundo político. Muchos de los cambios que se introdujeron con estas nuevas tendencias ideológicas no podrían haberse llevado a cabo con un rígido sistema jurídico clásico. Se requería un nuevo tipo de jurisprudencia, una nueva manera de mirar el derecho y una nueva manera de mirar la labor del juez en la aplicación del mismo.

Mientras que la caracterización de este realismo jurídico como la contribución americana original a la teoría del derecho ha sido desacreditada⁽¹⁾, un aspecto de este movimiento es verdaderamente original y éste es la gran importancia que le da a la labor del juez.

Un autor británico⁽²⁾ comparando el sistema jurídico británico y el de Estados Unidos, ha dicho que una posible causa de esta gran importancia dada a la labor del juez es el hecho que en los Estados Unidos los jueces tienen el poder para anular la legislación que es contraria a la Constitución, lo cual les da un poder que no tienen sus contrapartes extranjeros. Otra posible explicación para este énfasis en la labor del juez es el grado menor de confianza que los norteamericanos tienen en sus jueces, comparado con sus colegas británicos. Aún más, debido a que las instituciones jurídicas americanas son nuevas comparadas con las británicas, hay todavía memoria histórica de aquel tiempo en el cual los jueces estaban construyendo estas instituciones, por consiguiente es más difícil para el juez ver su labor como una de aplicación mecánica de la ley. La prueba de esto son los distintos sistemas legales que existen en cada Estado. ¿Si no fuera por el rol del juez, cómo podríamos explicar tal diversidad en sistemas que se desarrollaron de un punto de partida común?

En todo caso y cualquiera que sea la explicación para este fenómeno, el hecho es que para los realistas norteamericanos este era

1. Ver por ejemplo Hergest, James, Stephen Wallace: "The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism" 73, Virginia Law Review, marzo 1987, pág. 399.

2. Dias, R. W. M.: "Jurisprudence", London, Butterworths. 4ª edición. 1976.

quizás el tema de mayor interés. A continuación examinaré las obras de cinco autores realistas para exponer su pensamiento con respecto al proceso judicial. Estos autores son: Oliver Wendell Holmes, Benjamin Cardozo, Jerome Frank, Karl Llewellyn y Roscoe Pound.

Oliver Wendell Holmes:

El primero de estos realistas norteamericanos fue Oliver Wendell Holmes (1841-1935) quien fue juez de la Corte Suprema del Estado de Massachusetts durante 20 años, llegando a ocupar el cargo de Presidente. Posteriormente, es designado juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, cargo en el cual permaneció durante otros 30 años. Holmes en una de sus frases más famosas declara que "la vida del derecho ha sido la vida de la experiencia", tornando la atención inmediatamente hacia los hechos de la vida social. Creía que la forma en que clásicamente se había comprendido el derecho, resaltando por sobre todo el silogismo y las operaciones lógicas, no hacía más que oscurecer y esconder lo que se oculta detrás del derecho que no es más que la realidad de la vida humana y las necesidades de las comunidades a través del tiempo. El sistema jurídico no puede examinarse como una entidad silogística como si fuera una operación matemática.

Para Holmes, la labor judicial era una actividad tan importante que en otra frase famosa declaró que "las profecías de lo que las cortes harán de hecho, y nada más pretencioso, es lo que yo entiendo por derecho"⁽³⁾ ⁽⁴⁾. Su concepto entero de derecho gira en torno a la actividad judicial.

En cuanto al proceso por medio del cual los jueces toman sus decisiones, él dice que la noción de que la norma aplicable a una conducta puede obtenerse por medio de un razonamiento lógico simple ha llevado a las personas a creer que la disidencia judicial⁽⁵⁾ sim-

3. Holmes, Oliver Wendell: "The Path of the Law". Applewood Books. Bedford, MA, pág. 9.

4. Todas las traducciones fueron hechas por mí directamente del inglés.

5. El equivalente en nuestro ordenamiento al voto disidente en un tribunal colegiado.

plemente sucede porque el juez disidente no está razonando correctamente. Por consiguiente, si cada juez razonara de la manera correcta, habría más acuerdo entre ellos. Estima que esta creencia es un error común y natural, dado que el entrenamiento formal del abogado es un entrenamiento en lógica. Holmes dice, sin embargo, que si examinamos lo que hay detrás de estas estructuras racionales encontraremos un juicio de valor. En cualquier circunstancia en que existan varias teorías legales compitiendo por ser aplicadas al caso concreto, el juez va más allá de la lógica y emite juicios de valor. En su libro "The Common Law", Holmes declara que las razones detrás de la decisión judicial las encontramos verdaderamente en "las preferencias instintivas, las convicciones inarticuladas" del juez, las cuales se identifican en último término con sus ideas políticas (6).

En cuanto al método, Holmes desea hacer del estudio del derecho una actividad científica. Creía que la predicción era la clave de esta actividad científica y que nosotros (los estudiantes del derecho) deberíamos poder predecir el uso de la fuerza pública por los jueces. La tarea de un abogado es hacer estas predicciones más precisas, predicciones que eventualmente serían reducidas a un cuerpo de conocimiento o a una teoría. Su recomendación para los estudiantes era aprender economía y ciencias sociales en general, ya que creía que estas disciplinas eran absolutamente necesarias para entender, aplicar y finalmente predecir el derecho.

Para Holmes los jueces debían ser activistas en el sentido que ellos tienen un deber de sopesar consideraciones de tipo social al decidir casos. Según Holmes el juez considera, de hecho, las ventajas y desventajas sociales al decidir un caso pero estas consideraciones tienen lugar muchas veces a nivel subconsciente, y esto, unido a la reticencia de los jueces para tratar abiertamente estos problemas, lleva a que los verdaderos fundamentos de las sentencias judiciales queden inexpresados o inarticulados.

Benjamin Cardozo:

Otro realista que trató el tema de las decisiones judiciales fue Benjamin Cardozo (1870-1938). Al igual que Holmes, Cardozo fue

6. Holmes, Oliver Wendell: "The Common Law". New York. Dover Publications. Pág. 36.

también juez, sirviendo primero en la Corte Suprema de Nueva York, y posteriormente en la Corte Suprema de los Estados Unidos. En su libro, "The Nature of the Judicial Process" él examina el proceso judicial del punto de vista de un juez y presenta un modelo de cómo los jueces toman sus decisiones que resalta los elementos "extra-legales" (7) que el juez considera.

Este proceso judicial comienza con el juez buscando la norma aplicable al caso que debe resolver. Una vez que ha encontrado la norma o la *ratio decidendi*, (tras un proceso de interpretación) debe determinar el camino o dirección por el cual quiere desarrollar y aplicar este principio al caso. Cardozo describe cuatro métodos que el juez puede usar para este propósito: el método de la filosofía o de la lógica (el uso de argumentos lógicos); el método histórico o el método de evolución (por el cual el juez estudia los aspectos históricos de una institución legal para entenderlo de mejor forma); el método de la tradición (tradición en el sentido de tradición judicial que indica cómo las reglas anteriores deben ser aplicadas a nuevas circunstancias fácticas); y finalmente el método de la sociología que es el método más importante que le está disponible al juez.

Con respecto al método de la sociología, Cardozo dice que "la causa final del derecho es el bienestar de la sociedad" (8), y el juez debe tener presente esto cuando es requerido para decidir un caso. El juez deberá determinar lo que es el bienestar de la sociedad en cada caso pero sin actuar arbitrariamente y confiando en la información sobre las condiciones sociales proporcionada por los científicos sociales y economistas. Muchas veces este método chocará con los otros métodos (el de la filosofía, el de la tradición y el histórico) y es aquí donde el juez deberá ejercer su poder creativo para balancear los intereses sociales. ¿Cómo va a saber el juez cuáles intereses deben pesar más? Cardozo confía en que el juez va a ser capaz de extraer estas respuestas de su experiencia y de la "vida misma", pudiendo así tomar una decisión sabia. El juez debe adherirse al precedente,

7. En el sentido de elementos que están fuera del texto de la norma positiva.

8. Cardozo, Benjamin: "The Nature of the Judicial Process", Yale University Press, New Haven, 1949, pág. 66.

pero al mismo tiempo cuando una norma ha demostrado ser inconsistente con el sentido de bienestar social, el juez debe tener libertad para no seguir el precedente.

Realmente no hay nada de nuevo en esta visión del proceso judicial, señala Cardozo, ya que esta "es la manera en que las cortes han desarrollado su labor durante siglos en el desarrollo del *common law*" (9). Sin embargo, al igual que Holmes, Cardozo cree que en muchas ocasiones estas razones y motivos "extra-legales" que han guiado las decisiones judiciales (como el balancear los intereses sociales, lo cual es un típico ejemplo de consideración "extra-legal" en el sentido que no necesariamente tiene que ver con el texto legal ni con el razonamiento jurídico), se han "sentido vagamente, casi intuitivamente aprehendidos, y rara vez explícitamente reconocidos" (10).

Para desacreditar aún más la idea que el juez aplica mecánicamente el derecho, Cardozo dice que existe un elemento subconsciente en cada decisión judicial. El juez, como un ser humano, está sujeto a diversas fuerzas internas como los gustos, aversiones, predilecciones y prejuicios. Aún más, afirma que el reconocer este ángulo humano del proceso judicial no implica un daño al prestigio de la función judicial sino un reconocimiento del hecho que se trata de una empresa humana.

Jerome Frank:

Al igual que Holmes y Cardozo, Frank también fue juez. Sirvió como juez de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos entre 1941 y 1957. Quizá más que cualquier otro realista, Frank pone al juez en el centro de su teoría.

En su libro "Law and the Modern Mind" (11), Frank señala que tanto el lego como el abogado están siempre buscando una forma de hacer que el derecho sea predecible y estable. Esta necesidad, nos explica Frank, tiene causas psicológicas profundamente arraiga-

9. Cardozo, Benjamin, op. cit., pág. 116.

10. Cardozo, Benjamin, op. cit., pág. 117.

11. Frank, Jerome: "Law and the Modern Mind", 6ª edición, Gloucester, Massachusetts, Peter Smith, 1970.

das cuyo origen se remonta al proceso de madurez de todo ser humano. Cuando un niño crece y comprende que su padre ya no puede llenar su necesidad de seguridad, él torna su atención hacia la ley que se transforma en una especie de figura paterna subrogante. El derecho puede proporcionar seguridad porque las personas creen que el derecho establece reglas claras en cuanto a qué es lo correcto y qué es lo incorrecto y consecuentemente quién debe y quién no debe ser castigado.

Para Frank, la función judicial es tan importante, que, al igual que Holmes, define el derecho en torno a la función judicial. Para el hombre corriente, el derecho es una decisión judicial con respecto a ciertos hechos. Hasta que un tribunal toma una decisión judicial basada en esos hechos no hay derecho, sino sólo la suposición o especulación del abogado en cuanto a cómo dicho tribunal decidirá. El derecho se compone, por consiguiente de: "a) derecho actual o real, es decir, una decisión pasada específica con respecto a una determinada situación; b) derecho probable, es decir, una suposición acerca de una decisión futura específica" (12).

Frank critica a quienes llama los "fundamentalistas" legales que creen que el derecho es una serie de principios uniformes y generalmente aplicables y que cuando los tribunales producen decisiones contradictorias, están cometiendo un error. Del punto de vista del hombre común, el derecho, como es definido por los "fundamentalistas", no tiene sentido porque lo que es importante para las personas es la forma en que sus demandas son consideradas por los jueces. Aún más, la excesiva consideración que se le da a las palabras (lo cual llama "adoración" (13) de las palabras") y el uso de argumentos lógico-formales nos ha llevado a creer que el derecho funciona de una manera racional y lógica cuando de hecho esto no es así.

En cuanto al juez, Frank también ataca el enfoque mecánico de su labor. El *mito* que el juez no crea el derecho también lo explica Frank por medio de esta necesidad básica que tiene todo humano de tener seguridad. El derecho sólo puede regular la conducta humana hacia el futuro. Sin embargo, si aceptamos que el juez crea

12. Frank, Jerome. Op. cit., pág. 50.

13. Adoración en un sentido casi religioso.

el derecho, entonces él podría estar cambiando una norma retroactivamente. Proporciona el ejemplo de una persona que contrata bajo las normas de una ley determinada. Si posteriormente se inicia un juicio por incumplimiento de ese contrato y al juez se le permite crear una norma aplicable al caso, entonces las partes del contrato perderán toda la seguridad porque la ley bajo la cual ellos contrataron se habrá modificado por la decisión del juez.

Sin embargo, esta negación del hecho que los jueces crean efectivamente el derecho, no es de ninguna forma inocua. Muchas veces se parece a una verdadera mentira benévola. Se cree de algún modo que esta mentira es buena ya que "es importante que los jueces digan y que las personas crean, que las reglas según las cuales los jueces deciden los casos tienen una existencia previa" (14). Este verdadero "engaño" lleva a una pérdida de confianza en los jueces y a una pérdida de respeto por sus decisiones porque las personas eventualmente se dan cuenta que en la realidad los jueces están creando el derecho. Esta situación se empeora aún más por el hecho que los jueces mismos niegan que ellos tienen el poder de crear normas y sin embargo "inevitable e inequívocamente" continúan creando derecho. ¿Están los jueces engañando al público? Pregunta Frank. No, contesta él, lo que sucede es que el juez mismo está engañado. El juez cree el mito (una afirmación falsa hecha sin saber exactamente que es falsa) y por consiguiente está envuelto en un auto-engaño que puede variar en grado ya que algunos jueces están conscientes a medias de la falsedad del mito.

En cuanto al proceso que el juez sigue para llegar a sus decisiones, Frank nos dice que este no ocurre de la forma en que la teoría legal tradicional lo describe. En otros términos, el juez no empieza considerando la norma que posteriormente va a aplicar al caso concreto para llegar finalmente a una decisión. El juez llega primero a la conclusión y de ahí busca los argumentos legales o normas jurídicas para justificarlo. Sólo si no puede encontrar argumentos razonables abandonará su conclusión ("a menos que sea arbitrario o de mente"). La explicación tradicional es artificial y ningún ser huma-

14. Frank, Jerome. Op. cit., pág. 40.

no arriba a una conclusión respecto de ninguna materia simplemente recurriendo a un silogismo.

Ahora, ¿cómo llega realmente el juez a esas conclusiones? El juez llega a sus decisiones a través de intuiciones o sensaciones, no por medio de la lógica. La motivación vital es la intuición que tiene del caso. Por consiguiente, si la ley está conformada por las decisiones del juez y las decisiones del juez están motivadas por intuiciones, entonces lo que produce estas intuiciones o sensaciones es lo que produce el derecho.

¿Cuáles son entonces estos elementos que estimulan o motivan al juez? Frank acepta que las reglas y principios legales son una clase de estímulos. Sin embargo, él critica el uso de la noción de prejuicios "políticos, económicos y morales del juez" para explicar lo que yace detrás de las decisiones judiciales porque aun cuando estos elementos operan en la mente del juez, las categorías (político, económico, moral, etc.) son demasiado amplias y poco precisas. Debemos considerar al juez primero como un ser humano y luego debemos preguntarnos cuáles son los factores ocultos detrás de las decisiones tomadas por hombres comunes. La respuesta parece ser que hay muchos factores y ellos dependen de los rasgos individuales y de la experiencia de cada persona. La experiencia del juez, sus gustos, aversiones, sus prejuicios, etc. influirán en sus decisiones de una manera mucho más directa que cualquier otro elemento que nosotros podemos describir imprecisamente como "político", o "económico". Es más, incluso estas motivaciones "políticas" o "económicas" son a su vez influenciadas por estos prejuicios muy personales. Por ejemplo, las ideas económicas de un hombre pueden, a su vez, influenciarse o por su afecto o animosidad hacia un cierto grupo racial. Yendo inclusive un paso más allá, Frank nos dice que debemos tener presente que estos prejuicios personales e individuales siempre están funcionando dentro de la mente humana. Así, incluso antes de que el juez tenga la oportunidad de arribar a una conclusión, cuando está empezando a conocer los hechos del caso, estos gustos y aversiones, simpatías o antipatías ya están activos en la mente del juez. El proceso de escuchar las declaraciones de testigos, o el proceso de observar al jurado, por ejemplo, ya está teñido por estos factores personales. Concluyendo, para saber lo que motiva a los jueces a decidir los casos de una

cierta forma, debemos estudiar esa cosa compleja que es la personalidad del juez.

Ahora, si la personalidad es tan importante en el sentido que determinará lo que el juez entiende por norma jurídica, entonces la ley variará según la personalidad del juez. Sin embargo, Frank dice que no es posible estudiar este fenómeno, debido al método actual de informar casos y los artificios verbales usados por el juez. Hay muy poco material estadístico en esta área ⁽¹⁵⁾ y por lo tanto sólo podemos recurrir a las impresiones de los abogados que raramente llegan a ser publicadas. Aún más, el hecho que los jueces mismos no están dispuestos a involucrarse en este tipo de introspecciones, dificulta el asunto. Aquí aparece uno de los principales problemas metodológicos en estudiar el comportamiento judicial de la forma en que lo propone Frank. Aún cuando el método de informar los casos fuera, tendríamos que encontrar maneras de descubrir cuáles son estas características personales que le influyen al juez al momento de decidir. ¿Cómo podríamos clasificarlas o distinguirlas? ¿Cómo podríamos deducirlos al leer sentencias judiciales? Frank sugiere al pasar, que para entender algunos de estos motivos tendríamos que llevar a cabo algún tipo de investigación de los antecedentes personales o biográficos del juez ⁽¹⁶⁾.

Así como el esconderle al público el hecho que los jueces ejercen una labor creadora de derecho es dañino, Frank cree que es igualmente dañino esconder estos factores personales. El punto aquí no es que los jueces están engañando, sino que ellos mismos no están completamente conscientes de cuáles son estos factores personales y cómo ellos influyen en sus decisiones. Muchas veces los jueces hacen grandes esfuerzos por esconder estos elementos individuales y lo hacen recurriendo a intrincadas fórmulas verbales y lógicas. Frank piensa que si cada decisión judicial contuviera las bases reales de dicha sentencia, entonces tiranos y fanáticos quedarían al descubierto.

15. Situación que ha cambiado desde que Frank escribió su obra.

16. Sin embargo, posteriormente (en su libro "Courts on Trial") Frank adopta una posición extremadamente radical en esto, rechaza cualquier método y rechaza la idea de que alguna vez podamos estudiar científicamente el proceso judicial.

Fingir que los jueces no utilizan su discreción al juzgar no es ninguna garantía contra el abuso de poder. Al contrario, "el juez honrado, bien entrenado con completa conciencia del carácter de sus facultades y de sus propios prejuicios y debilidades es la mejor garantía de justicia" ⁽¹⁷⁾.

Finalmente, Frank cree que la única manera de obtener una disciplina jurídica libre de mitos es eliminando estos conceptos falsos y "contagiándose" con el espíritu del científico creativo que usa la experimentación, la cual sería de particular utilidad en los estudios jurídicos. Es un hecho que el abogado usa la experimentación diariamente cuando intenta acomodar las relaciones humanas. La paradoja es que mientras la experimentación está siendo usada constantemente, ella no obstante es descartada como un método propio de la disciplina jurídica. Los abogados no están conscientes de los métodos reales que ellos usan porque dichos métodos contradicen todo el idealismo que ellos creen servir.

Años más tarde Frank publicó otro libro (publicó otros entre medio al igual que varios artículos) en el cual nuevamente trata el tema de las decisiones judiciales. A estas alturas abandona la idea de definir el derecho, (actividad que él describe como una "tonta pelea de palabras") como lo había hecho en "Law and the Modern Mind". Aquí simplemente se refiere a aquello que hacen las cortes, los abogados y todos los funcionarios de la administración de justicia. Este segundo libro lo titula Frank "Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice" ⁽¹⁸⁾. En él retoma la idea de los mitos que tenemos acerca del proceso judicial y cómo ellos no reflejan sino oscurecen la realidad del mismo. El énfasis esta vez, sin embargo, lo pone en los tribunales inferiores de primera instancia ⁽¹⁹⁾ y en cómo los jueces determinan cuáles son los hechos de la causa. Frank nos señala que tradicionalmente abogados y jueces creen que la principal dificultad del proceso judicial está en encontrar la norma a

17. Frank, Jerome, op. cit., pág. 148

18. Frank, Jerome: "Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice". New Jersey, Princeton University Press, 1949.

19. "Trial courts" en inglés.

ser aplicada al caso, mientras la fase de determinar los hechos es totalmente ignorada. Este es un error puesto que es esta etapa de determinar los hechos que es la más difícil. Es en esta etapa del proceso donde se cometen las mayores injusticias y por consiguiente es donde más se requiere reforma.

Los hechos de una causa son meras suposiciones, Frank nos dice: En un juicio, la mayor parte de las veces las partes no van a estar de acuerdo en los hechos y por consiguiente presentarán pruebas o evidencias contradictorias. Estas evidencias no son más que eso: *evidencia* de lo que pasó, *no es lo que realmente sucedió* sino una reconstrucción indirecta, normalmente presentada por un testigo. Por esta versión indirecta el juez o el jurado deben decidir cuáles son los hechos de la causa. Sin embargo, y debido a que ellos sólo cuentan con información indirecta, es muy improbable que puedan llegar a establecer qué fue lo que realmente sucedió. Los testigos a menudo tienen mala memoria, su memoria puede tornarse imprecisa con el paso del tiempo, pueden mentir, etc. Además, el jurado y el juez son ellos mismos testigos de lo que está pasando en la corte (o sea de las declaraciones de los testigos). Esto significa agregar otra capa de subjetividad al proceso al tornarse ellos mismos "los testigos falibles de los testigos falibles". Es por esto que un hecho no es más que una suposición o adivinanza.

Otro factor que hace a este proceso casi imposible es el concepto de "lucha" inherente en todo juicio. Los abogados buscan siempre ganar esta "lucha" y recurrirán, por consiguiente, a todo tipo de medidas con tal de distorsionar o esconder la verdad si no es conveniente para su cliente. El interés del abogado no es que el juez o el jurado puedan descubrir la verdad, y de hecho hará todo lo que está dentro de su alcance para impedirles descubrirla si esto beneficia a su representado. Frank culpa a la economía liberal en parte por esto porque pone énfasis extremo en lo individual en lugar de lo colectivo. Además, este proceso de encontrar la verdad se dificulta por el hecho que los medios económicos de las partes son a menudo muy desiguales. Esto implica que una parte puede pagar investigaciones costosas para producir evidencia mientras que la otra parte no tiene los medios necesarios para hacerlo.

Sin embargo, los actores jurídicos (abogados, jueces, funcionarios de la administración de justicia, etc.) continúan rechazando es-

tas verdades. Porque aún se requiere certeza, abogados y jueces recurren a lo que Frank llama "magia", por medio de la cual ellos pueden negar estas realidades e incertidumbres y afirmar que un juicio es un proceso racional en el cual la ley es fija y estable y que los resultados pueden predecirse.

Frank repite la crítica que hizo en "Law and the Modern Mind" a aquellos que creen que las ideas políticas, sociales o económicas del juez determinan sus decisiones. El dice que uno de los problemas principales con este enfoque "sociológico" es que aquellos que lo defienden han deducido sus conclusiones principalmente de las decisiones hechas por los tribunales superiores⁽²⁰⁾. Estas cortes superiores no tienen que determinar los hechos de la causa, etapa que sí deben cumplir los tribunales inferiores. Por consiguiente, este enfoque ignora totalmente todos los diferentes elementos que influyen en el hallazgo de los hechos que realiza el juez. Aún cuando supiéramos una situación en la cual existen dos jueces con una perspectiva socio-política idéntica no podríamos, aún en esta circunstancia, saber cuál sería el resultado del caso. A cada juez le impactarán de diferentes maneras los hechos del caso y esto es más significativo en términos de su decisión final que sus ideas políticas o sociales.

Frank desecha la noción que podamos construir una verdadera "ciencia jurídica" si esta ciencia incluye la predicción como una de sus tareas principales. Los testigos impactarán a cada juez de manera única porque las personalidades de cada juez son igualmente únicas. Por consiguiente, no es probable que podamos encontrar "regularidades" en estos motivos profundos que cada juez tiene porque ellos son únicos y singulares y ninguna ciencia puede ser un estudio de lo único. Inclusive los métodos psicológicos que estudian la personalidad no bastarían porque aún con ellos no lograríamos captar cada elemento que podría influir en su apreciación de los hechos. Factores como su humor en un día particular o si tuvo algún disgusto con al-

20. Frank se refiere en este punto a un tipo de investigación realizada en Estados Unidos fundamentalmente por científicos políticos y que floreció en la década de los '50 y '60. Buscaban estos autores medir con técnicas sicométricas las ideologías de los jueces y de ahí extraer conclusiones con respecto a como ellas influyen en las decisiones judiciales.

guien ese día o si el testigo le provoca recuerdos desagradables, etc. Son imposibles de captar y generalizar.

El "mito del tribunal superior" es el responsable, en gran parte, de la poca atención que le otorgamos al proceso de apreciación de la prueba llevada a cabo por los tribunales inferiores. De acuerdo a este "mito" son las cortes superiores las que llevan a cabo la parte más importante del proceso judicial porque ellos determinan en última instancia cuál es la norma aplicable. Para Frank, sin embargo, la parte más importante del proceso es aquella que es llevada a cabo por el juez del tribunal inferior. Culpa a las escuelas de derecho de perpetuar este mito ya que cuando ellas enseñan el derecho lo hacen vía el estudio de casos que no son verdaderamente "casos" sino "decisiones" de los tribunales superiores.

Karl Llewelyn:

En su ensayo "A Realistic Jurisprudence: The Next Step" (21), Llewelyn intenta perfilar un enfoque o método científico para estudiar el derecho. El llama su artículo "el próximo paso" porque desea poner en acción las propuestas teóricas de otros realistas.

El término "norma jurídica" es un término ambiguo, Llewelyn nos dice: puede ser descriptivo (cuando describe lo que los tribunales realmente *están haciendo*) o prescriptivo (cuando describe aquello que los tribunales *deberían estar haciendo*). De esta manera, cuando el texto de la ley se escribe se están plasmando normas que indican lo que "debe ser" y nosotros suponemos que éstas normas describen lo que los jueces están haciendo en la realidad. En otras palabras, suponemos que las reglas son tanto prescriptivas como descriptivas. Sin embargo, Llewelyn nos dice, estas reglas raramente reflejan lo que los jueces hacen en la realidad. La pregunta apropiada que la ciencia jurídica tendría que preguntar entonces es cuánto y en qué sentido las reglas y la práctica divergen.

La manera de contestar esta pregunta es construyendo una ciencia jurídica empírica que estudie las conductas en vez de las normas. El derecho es una parte de la sociedad y la parte más importante de la

21. Llewelyn, Karl: "A Realistic Jurisprudence; the Next Step", 30 Columbia Law Review, 1930, pág. 431.

interacción entre el derecho y la sociedad es la conducta de los seres humanos. Al estudiar la conducta, esta ciencia que Llewelyn busca crear compararía hechos con hechos y no palabras con palabras, como lo hace actualmente la doctrina jurídica.

¿Qué lugar ocupan las normas en esta disciplina científica? Las "normas reales" se conciben en términos de conducta. Ellas describen las acciones de los tribunales, son las reglas descriptivas. Igualmente, el término "derechos reales" se usaría como declaración de probabilidad de que las cortes tomarán ciertos tipos de decisiones en ciertos casos. Las "normas de papel", o la "norma jurídica" como se ha entendido tradicionalmente, permanece presente pero su importancia real se aclara ya que aparecen como lo que realmente son: "normas que indican el deber ser" o normas que le dicen a los gobernantes (tribunales o funcionarios administrativos) lo que ellos "deben hacer". Son las reglas prescriptivas. La manera en que estas "normas reales" y las "normas de papel" divergen en la realidad será un tema principal de esta nueva ciencia conductual.

Roscoe Pound:

Aunque Pound no es considerado estrictamente un realista sino el fundador de la escuela de la "jurisprudencia sociológica", su forma de considerar la labor del juez representa el espíritu realista de su tiempo. En su artículo "The Call for a Realist Jurisprudence" (22), propone un esquema para el estudio del derecho en siete fases, y una de estas fases consiste en el reconocimiento de la existencia de un elemento ilógico e irracional, un elemento subjetivo en el actuar de los jueces y el estudio concreto de cómo opera en la práctica el sistema judicial para poder deducir de allí ciertas conclusiones generales. En "The Theory of Judicial Decisions" (23), Pound nos dice que en el sistema angloamericano el papel del juez es doble. Por un lado, debe decidir la controversia entre las partes litigantes y por otro

22. Pound Roscoe: "The Call for a Realist Jurisprudence", 44 Harvard Law Review, pág. 697, 1931.

23. Pound, Roscoe: "The Theory of Judicial Decision", 36 Harvard Law Review, 1922-23, pág. 940.

lado debe declarar el derecho para las controversias futuras ya que está contribuyendo a la formación del precedente.

En cuanto a la primera función (decidir la controversia), Pound identifica tres fases que tienen lugar después que el juez ha determinado los hechos de la causa. La primera fase involucra la selección del material jurídico o texto a ser aplicado al caso. La segunda fase implica desarrollar las bases de la decisión o interpretación. En la fase final el juez debe aplicar estos principios abstractos a los hechos del caso.

En la primera fase de esta primera función, el juez puede aplicar deducción o inducción para encontrar la regla aplicable. Sin embargo, el juez también puede extraer las razones para su decisión desde fuera del sistema legal, puede extraerlo de la costumbre, del derecho comparado, de la economía o de la moral. No hay ninguna regla fija que obligue al juez al momento de decidir qué fórmula usará. Más bien, parece ser que "la inclinación mental del juez particular o la disponibilidad del resultado con referencia al caso" (24) es lo que determinará el método. Pound señala que en efecto los jueces en los Estados Unidos habían recurrido recientemente a razones o fundamentos morales y económicos para decidir causas laborales en las cuales se aplicó la Decimocuarta Enmienda (25) de la Constitución.

La segunda fase del proceso es la fase de interpretación. La manera tradicional de llevarla a cabo es por medio de la aplicación del razonamiento jurídico. Sin embargo, en causas que plantean cuestiones jurídicas nuevas y difíciles esta fase va a estar fuertemente influenciada por las tendencias e ideas morales, políticas y sociales del momento histórico. Sobre todo, estará influenciado por las "ideas fijas" que tiene el juez acerca de los fines del derecho y por su ideal del orden jurídico y social. Junto con estos elementos encontramos también la intuición del juez con respecto a qué instrumento logrará más justicia. Esta intuición de hecho también se usa en la primera fase cuando el juez está decidiendo qué regla aplicará al caso. Pound dice que no debemos avergonzarnos de confesar que mucho

24. Pound, Roscoe: "The Theory of Judicial Decision", pág. 948.

25. La decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos se refiere (entre otras cosas) al debido proceso y a la igualdad ante la ley.

de lo que sucede en el proceso judicial es intuitivo, ya que esta es la intuición del "trabajador especializado", quien adaptará la justicia al caso particular.

En la tercera fase de aplicación del derecho a los hechos del caso, la intuición pasa a ser una herramienta aún más adecuada. La inteligencia (como opuesta a la intuición) es conveniente para lo "inorgánico", o sea, casos en los cuales la individualidad no se requiere, como en el área del derecho de propiedad o del derecho comercial. La intuición, por otro lado, se adapta mejor a la "vida", o sea, a esos casos en que se requiere individualidad como en la regulación de la conducta humana y en la conducta de personas jurídicas.

En cuanto a la segunda función, o sea la función de declarar el derecho para el futuro, Pound dice que el derecho es un sistema de control social. Por consiguiente, cuando el juez declara el derecho para situaciones futuras, debe tener presente que su labor está regida por principios de utilidad social. Por consiguiente, esta función es una función creativa y para llevarla a cabo adecuadamente, el juez debe tener libertad para decidir los fundamentos de su decisión. De hecho, esta es la forma en la cual los jueces han desarrollado su labor, a pesar de encontrarse en teoría rígidamente atados al texto de la ley o del código.

Al igual que Frank, Pound concluye que los jueces deben someterse a alguna clase de auto-examen para determinar cuáles son estas "ideas fijas" que tienen. Como resultado de este examen crítico, el juez debería quedar en condiciones de determinar si estas ideas están de acuerdo con el bienestar general y por consiguiente si deben ser consideradas al decidir las causas.

CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES:

I. *En relación con los autores estudiados*

Si miramos el trabajo de estos autores podemos extraer algunos puntos en común que constituyen el núcleo de esa perspectiva sobre la labor del juez para luego compararla con nuestra cultura en relación a la labor judicial.

En primer lugar y en términos generales todos estos autores ponen su énfasis en el juez de tal manera que algunos consideran que el derecho no es más que aquello que podemos extraer de las decisiones judiciales.

En segundo término existe entre ellos el deseo de hacer del estudio del derecho (y por consiguiente del proceso judicial) un estudio científico, ya sea a través de la predicción del resultado de los casos, como postula Holmes o a través del estudio científico de la conducta del juez, como Llewelyn propone, o a través de la experimentación como en las ciencias naturales, como Frank sugiere. Todos tienen una gran confianza en las ciencias sociales como los complementos necesarios para la aplicación y comprensión del fenómeno jurídico y como algo que tanto jueces como abogados deben conocer. Aún Frank, que en algunos aspectos descarta que podamos construir una "ciencia jurídica" cuya labor sea la predicción, acepta un modelo de ciencia experimental que le permite al jurista comprender y mejorar el sistema jurídico.

En tercer lugar, el juez no es un aplicador mecánico de la ley. La idea tradicional que el juez no crea el derecho, así como la noción de que cuando el juez decide una causa está meramente haciendo consideraciones legales racionales también es descartada. La visión que dan estos autores es especialmente valiosa en este tema, a mi entender, si tenemos en consideración que tres de ellos fueron jueces. El conocimiento acerca de cómo funciona el proceso judicial es de primera fuente.

En cuarto lugar, según Holmes, Cardozo y Pound, existen consideraciones sociales que el juez debe tener en cuenta y por consiguiente el juez debe ser un actor político en el sentido que debe estar políticamente consciente de las condiciones sociales y del impacto que sus decisiones tiene en este medio. El juez no es y no puede ser neutro. El juez debe ser de algún modo un activista en el sentido de que debe estar consciente de lo que constituye el mayor bienestar social.

En último término, tanto Holmes, Cardozo, Frank y Pound, señalan que los jueces normalmente hacen consideraciones extra-jurídicas a nivel subconsciente y que estas consideraciones deben confrontarse abiertamente. Igualmente, Pound propone que los jueces pasen por algún proceso de auto-examen. Frank es quien va más lejos en este punto y sugiere formas en que el juez puede entrar a comprender cuáles son estas fuerzas o motivos ocultos que lo impulsan subconscientemente.

II. *En relación con nuestra cultura jurídica*

Sin duda que la forma de mirar el proceso judicial y la labor del juez del realismo norteamericano es totalmente distinta a la nuestra. Las diferencias saltan a la vista. Sin embargo, no debemos engañarnos ya que las teorías que públicamente esgrimimos para explicar y normar la labor judicial contrastan fuertemente con lo que sucede en la realidad. Quien ha explicado este fenómeno de una forma muy clara es el profesor Jorge Correa S. en su artículo "La Cultura Jurídica Chilena en Relación a la Función Judicial" (26). En dicho artículo Correa presenta una serie de dogmas que la "cultura explícita" o, por ponerlo en otros términos, el discurso público oficial sostiene con respecto a la función judicial. Cada uno de estos dogmas, sin embargo, tiene su contra-cara en la "cultura implícita", o mejor dicho en la realidad del proceso judicial.

Así, en primer lugar, Correa sostiene que la explicación oficial respecto de la creación del derecho es que creación y aplicación del derecho son tareas completamente diversas, correspondiendo la primera sólo al legislador y la segunda al juez. Sin embargo, si miramos a lo que sucede en la realidad (la cultura implícita) nos encontramos con un panorama totalmente distinto en el cual los jueces no sólo crean derecho, ejerciendo en muchas ocasiones una jurisdicción de equidad, sino que abogados y profesionales del derecho esperan del juez que tenga este rol creativo.

En segundo lugar, Correa plantea que el discurso explícito explica la función judicial como una función lógica y mecánica, mientras que si miramos la realidad nos encontramos con que en los hechos los jueces actúan como si las leyes presentaran diversas posibilidades de interpretación, entre las cuales el juez escoge en razón de consideraciones valorativas.

En tercer lugar, Correa estima que la cultura explícita define la función del juez como la de un "esclavo" de la ley, al cual no le está permitido hacer ninguna apreciación valorativa del texto ni considerar las consecuencias de su aplicación. Nuevamente, si miramos

26. Correa Sutil, Jorge: "La Cultura Jurídica Chilena en Relación a la Función Judicial" en "La Cultura Jurídica Chilena", Agustín Squella editor, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1988.

la realidad nos encontramos con que jueces en muchas ocasiones hacen consideraciones valorativas para optar entre diversas alternativas de interpretación que la ley les da.

Es evidente de estos planteamientos que nuestra realidad no es muy diferente a la realidad del proceso judicial planteada por los realistas norteamericanos. La diferencia se encuentra en que nosotros nos negamos a hacerle frente y a aceptar que estas creencias nos dan una cuenta realista de lo que sucede, en gran parte porque es imposible atribuirle a un ser humano (juez) una labor maquina. En este aspecto los realistas norteamericanos plantearon una visión de un juez humano, y fueron muy sinceros al aceptar que el juez es influenciado por diversas fuerzas individuales y sociales y no sólo por el texto de la norma.

¿Por qué, entonces, seguimos repitiendo versiones poco realistas acerca de la función judicial? Una de las hipótesis que plantea Correa en su artículo para explicar por qué seguimos transmitiendo lo que Frank llamaría "mitos", es que carecemos de una teoría alternativa que legitime una labor creativa por parte del juez. Al faltarnos, seguimos repitiendo lo mismo que se ha dicho durante siglos. Yo quisiera plantear otra posible explicación que no desmerece ésta sino que creo que la complementa y que tiene mucho que ver con la visión que los realistas tenían acerca del derecho.

En mi opinión, nuestra cultura jurídica es auténticamente diferente a la cultura realista por cuanto no aceptamos que al menos parte de lo que llamamos "ciencia jurídica" sea realmente una ciencia social. Aceptamos que ciertas áreas del derecho son técnicas y dogmáticas, y por ende en ellas debe predominar un estudio de tipo técnico, de interpretación de texto, de lógica jurídica. Aceptamos igualmente (aunque sin duda en mucho menor medida que aceptamos el estudio técnico dogmático) que ciertas áreas del derecho están fundamentalmente ligadas al estudio de los valores y por ende aceptamos hacer un estudio axiológico filosófico. Sin embargo, nuestra cultura jurídica no acepta que el estudio del derecho o de ciertas áreas del derecho sea un estudio de tipo científico, en el sentido moderno de la palabra ciencia. No miramos el estudio de ciertas materias como un estudio científico-social. A su vez esta noción está ligada al concepto disociado que tenemos de derecho y sociedad y por ende de política y derecho. El divorcio entre texto jurídico y realidad so-

cial se va traspasando de generación en generación y así jueces y futuros abogados van concibiendo su labor como una labor mecánica, casi burocrática. De esta forma el juez y su labor se ven casi como entes atemporales, que no están insertos dentro de una realidad social la cual deben recoger sino que se encuentran dentro de un marco teórico que les da la ley escrita.

¿Cómo podríamos, vencer estos mitos que sin duda dañan más que protegen la labor del juez? A mi entender, no son necesarias teorías alternativas (aunque sin duda en teoría política moderna hay varias). Una visión del derecho contactado con la realidad social, un acercamiento a la labor judicial con técnicas provenientes de las demás ciencias sociales (economía, psicología, sociología, etc.) podría ser una forma de derribar estos mitos. Tendría esto una doble ventaja. Por un lado el conocimiento social le serviría de herramienta de decisión al juez y por otro lado justificaría su labor creativa hasta el punto que el consenso social lo estimara conveniente.

Creo que un sistema teórico sincero es más beneficioso para todos los involucrados, jueces y actores sociales en general. La realidad social actual, con sus diversas exigencias y sus continuos y rápidos cambios exigen una judicatura distinta, con jueces activistas en el sentido que lo plantean los realistas. Una judicatura dinámica que se encuentre siempre a la vanguardia en la protección de los derechos de todos parece ser el ideal de nuestros tiempos, algo que sin duda no lograremos si continuamos por transmitir doctrinas que poco y nada tiene que ver ni con la realidad ni con las exigencias de los tiempos modernos.