

Pablo Ruiz-Tagle

Doctor en Derecho por la Universidad de Yale. En la actualidad es profesor de Derecho Constitucional e Introducción al Derecho en la Universidad de Chile. Entre sus libros destacan *Revisión crítica del Derecho y Propiedad intelectual y contratos*.

El presente libro recoge artículos aparecidos a lo largo de los últimos veinte años, y materiales inéditos en los que se intenta reivindicar la tradición jurídica liberal chilena. El derecho, la justicia y la libertad son tres valores que se intentan definir y comprender a lo largo del libro, como valores propiamente tales y como fundamento de organizaciones sociales concretas. Estos tres valores podrían compararse a los que inspiraron la Revolución Francesa y que sirvieron de modelo a Andrés Bello: libertad, igualdad y fraternidad. En esta obra la fraternidad corresponde a la justicia; la igualdad a la reivindicación de las personas comunes en el estudio del Derecho. La libertad se ha conservado con el mismo nombre, aunque es importante distinguirla de su versión extremista neoliberal. Nuestra tradición es liberal y no libertaria (neoliberal).



ISBN 968-476-403-0



Derecho, Justicia y Libertad

Pablo Ruiz-Tagle

85

Derecho, Justicia y Libertad

Pablo
Ruiz-Tagle

B&P
85

85

BIBLIOTECA de ÉTICA, FILOSOFÍA, DERECHO y POLÍTICA

FUNCIONES SOCIALES RELACIONADAS CON EL DERECHO

A) INTRODUCCIÓN

Hemos seleccionado aquí siete funciones sociales (y por ende, siete visiones), que podrían considerarse las más básicas, intentando describir la forma en que cada una de ellas se aproxima al Derecho: la persona común, la víctima y el criminal, el juez, el abogado y el jurista, el político, el legislador y la burocracia.

Esto se debe a que el estudio y comprensión del Derecho se relaciona y vincula no sólo con una autoridad intelectual determinada, sino también con otros roles o funciones sociales. Estos roles o funciones se caracterizan porque suponen la realización de ciertas actividades que nos hacen percibir el Derecho como más o menos desarrollado. Frente a esto, se hace necesaria una advertencia previa: cada rol implica también una batería de actitudes, creencias e ideales que son, en definitiva, parte integrante de nuestra ley.

El profesor Guido Calabresi propone ver estas actitudes, creencias e ideales como regalos de una deidad malvada: regalos que pueden dar inmensas satisfacciones, pero que también pueden llevar a tomar decisiones legislativas o judiciales que terminen comprometiendo incluso vidas humanas. Si bien Calabresi ejemplifica todo con casos de responsabilidad extracontractual, él mismo hace la salvedad de que ésta es una reflexión válida para todo el Derecho: se está ante un conflicto de valores fundamentales, "el deseo de tratar a la vida como algo sagrado y el deseo, incluso la necesidad, de hacer cosas que enriquecen el modo en que vivimos pero que hacen peligrar y, en definitiva, pueden quitar vidas" (Calabresi, p. 115).

Es claro que estas actitudes, creencias e ideales variarán, a veces radicalmente, de persona a persona, lo que dificulta enormemente la tarea, quizá ilusoria, de formar una regla general de Derecho que sea considerada razonable para todos.

Una posible solución es lo que la tradición norteamericana ha hecho para tratar los casos de las mujeres y las minorías étnicas o religiosas (inmigrantes): la tradición de la "olla fundidora" o crisol (*melting pot*). De esta forma se zanja el problema de las diferencias, de cualquier índole que sean, al decirse que la igualdad sólo será garantizada a quienes se incorporen a la olla y se fundan con el comportamiento del grupo previamente dominante.

Sin embargo, esta idea implica el problema de que "la igualdad se transforma en el regalo que se obtiene cuando la diversidad de atributos culturales es eliminada", en especial si, haciendo un mínimo análisis, puede concluirse que la visión dominante (la que resulta como masa homogénea dentro de la olla fundidora), es la del hombre (sexo masculino) blanco, anglosajón y sin convicciones religiosas excesivamente "extrañas". Esto hace que el Derecho sea creado a la medida del grupo dominante y que, por lo tanto, termine siendo conflictivo para los grupos minoritarios, en la medida en que no se incorporen a la "olla". Por lo tanto, esta igualdad, esta regla general de Derecho para todos parece una idea aceptada, pero que hace surgir una pregunta fundamental: igualdad ¿bajo los términos de quién? ¿Bajo qué estándar? (*ibid.*, pp. 28-30).

Es necesario, por esto, no olvidar que el concepto central es que pensemos en el Derecho como un objeto de estudio, en cuya delimitación influirán nuestras percepciones. Esta visión nos permitirá acercarnos a él de un modo mucho más refinado.

Hecha la advertencia, comenzamos el intento de seleccionar y describir cada una de las principales funciones sociales relacionadas con el Derecho.

B) LA PERSONA COMÚN

La idea de "persona común" es difícil de definir. ¿Quién es una persona común? ¿Qué hace una persona para poder ser calificada de "común"?

El profesor Calabresi hace una reflexión semejante al intentar definir qué es un "hombre razonablemente prudente" para efectos de la responsabilidad extracontractual, lo cual, al fin y al cabo, apunta a esta misma idea: cómo se comporta (o debiera comportarse) la persona común frente a determinadas situaciones. Los distintos países han creado fórmulas no poco curiosas para denominarlo: en Inglaterra se habla de "el hombre en el *Clapham Omnibus*"; en el Derecho romano es el "buen padre de familia"; en Norteamérica, "el hombre que toma las revistas en su casa y en la tarde corta el pasto en mangas de camisa" (definición dada por cortes y comentaristas) (*ibid.*, p. 23).²

² Cabe también destacar, aunque no tiene una conexión directa con el tema planteado, que todas estas expresiones tienen un carácter marcadamente sexista, por referirse a modelos masculinos.

El Código Civil chileno, por su parte, al referirse a la culpa leve, habla de la "diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios", y dice que a esto se refiere la expresión de actuar "como un buen padre de familia" (Art. 44 inciso 2°). En Chile, bien podríamos decir que la persona común es aquella que escucha la radio *Aurora*, lee *La Segunda*, quiere a sus hijos y aporta a la Teletón.

Es así que resulta necesario hacer esta primera reflexión antes de analizar el lugar de la persona común frente al Derecho, para no caer en la ya criticada postura de la olla fundidora, y evitar que esta generalización implique olvidarnos de la gran diversidad cultural, no sólo en el mundo, sino dentro de un mismo país. Para el análisis de la persona común frente al Derecho, se han seguido las ideas de Jean Piaget sobre el desarrollo del sentido de las normas y la moral, pese a que hoy resultan un tanto extemporáneas.³

Desde esta perspectiva, es posible comenzar distinguiendo al hombre primitivo, también asimilable al niño, y su moralidad correlativa, llamada *moralidad de la autoridad*. No perciben la diferencia entre la idea de Derecho y la de Autoridad que detenta el poder, y obedecen por miedo al castigo, sin poder diferenciarlo totalmente del sentimiento de culpa, pues no poseen los conceptos necesarios para hacer esa distinción. Tanto el niño como el hombre primitivo ven por igual a sus padres, a sus jefes, a Dios o a la naturaleza, con afecto cuando obedecen y con resentimiento o incompreensión cuando son castigados o se enfrentan a su autoridad. El Derecho, por tanto, es algo impuesto e inmodificable por su sola voluntad, pues no saben ni comprenden sobre qué base pueden rechazar su dirección, careciendo del concepto de justificación.

Luego, aparece la conciencia de que la autoridad no es siempre justa. Se quiere tener participación en la creación de las normas. A medida que se produce un afecto por la figura de autoridad y se perciben los beneficios que de ello se derivan, surge el concepto de asociación provechosa, o *moralidad de la asociación*. Este concepto implica una visión más amplia respecto de las normas, puesto que se ven progresivamente como beneficiosas. Esto depende del desarrollo de las capacidades intelectuales requeridas para considerar las cosas desde una variedad de puntos de vista e interpretarlas como aspectos de un sistema de cooperación, lo que implica un conjunto de facultades muy complejo. Surge la idea asociativa de querer beneficiarse y beneficiar a otros (se crean lazos de amistad entre quienes se consideran iguales).

lo cual no se soluciona con cambiar simplemente la expresión "hombre" por la expresión "persona", puesto que esto es reflejo de la misma idea de la olla fundidora, cuyo ideal predominante parece ser netamente masculino. Esta reflexión es desarrollada por el profesor Calabresi en la p. 26 y ss.

³ Rawls, sigue estas ideas, pp. 511-529, Cfr. También Piaget.

con el cumplimiento de las normas. Se desarrollan así los equipos deportivos, las tribus y pandillas juveniles, etc.

Finalmente, cuanto más avanzado se encuentra el proceso de maduración de una persona, empieza a surgir el compromiso con reglas o principios superiores, que subyacen a una organización de la cual ella siente que quiere ser parte—principios más complejos e importantes que los de la sola asociación provechosa— surgiendo así la llamada *moralidad de los principios*. El individuo entiende que no basta con imitar a los padres o a la autoridad; es necesario descubrir los principios de convivencia de una sociedad, de un país, o de una comunidad humana. Esto sucede, por ejemplo, cuando la persona ejerce los derechos y deberes de participación política y civil, cuando aprende a conducir automóviles, o cuando asume un compromiso político o religioso. Entre los principios de convivencia más obvios se encuentran, por supuesto, los principios y normas que se vinculan con el Derecho, así como con el proceso de aprendizaje y comprensión de estos principios y normas jurídicos. Surge "...el reconocimiento de que nosotros, y aquellos a quienes estimamos, somos los beneficiarios de una institución justa, establecida y duradera..." (Rawls, *ibid.* nota 3). En otras palabras, se llega a apreciar el ideal de cooperación humana justa.

Este sentimiento de justicia se manifiesta a lo menos en dos formas. En primer lugar, induce a aceptar las instituciones consideradas adecuadas, en cuanto nosotros y nuestros compañeros hemos obtenido beneficios de ellas. Por primera vez se experimenta la culpa en un sentido estricto, pues hay una tendencia a sentirse culpable al incumplir obligaciones o deberes, incluso cuando no hay ningún tipo de lazo con quienes obtienen beneficios de su cumplimiento. En segundo lugar, da origen a una voluntad de trabajar por (o, al menos, de no oponerse a) la implantación de instituciones justas, o la reforma de las existentes, cuando la justicia así lo requiera.

A partir de estas dos vertientes que adoptan la comprensión de los principios y normas y el sentimiento de justicia, es posible comprender la existencia de dos formas principales de manifestarse la persona común:

—**Súbdito:** El Derecho es para él algo ajeno e incomprensible, que depende de la decisión de un tercero. El súbdito no aporta al Derecho, sino que simplemente hace lo que se le ordena, tomando una actitud dependiente. Esto implica que debe preguntarle a otros lo que debe hacer, existiendo alguien que toma la decisión por todo el grupo, como el gobierno, un partido político, un amigo influyente, un *ayatollah*, etc.

—**Ciudadano:** Adopta una actitud comprensiva frente al Derecho, lo que le permite ser un participante en la generación de las normas; por lo tanto, su obediencia no es ciega, sino inteligente y razonada. Esta participación ciudadana puede ser muy variable en cuanto a su intensidad. Se puede distin-

guir entre la participación que es propia del ciudadano mínimo y la que corresponde al ciudadano situado.

El ciudadano mínimo entiende el Derecho, pero no le interesa participar en él. Se limita a cumplir con lo exigido, y con sus obligaciones, en el nivel más elemental. Puede quizá pagar sus impuestos, pero probablemente no se inmiscuya en asuntos públicos más que ejerciendo su derecho a sufragio.

El ciudadano situado, en cambio, asume la iniciativa de la participación. Las elites que forman el gobierno, los partidos políticos y la opinión pública, están formadas en su mayoría por ciudadanos situados con formación legal. La sociedad de nuestros días se ha vuelto cada vez más abierta, plural, exigente y participativa, y por eso la necesidad de ciudadanos situados es cada vez mayor. Sin embargo, el número de ciudadanos mínimos, preocupados solamente de sus intereses particulares, aumenta progresivamente en el mundo contemporáneo.

Ackerman opina que este fenómeno se relaciona con la influencia del ideal cristiano, que exalta la participación privada y el desarrollo interno en contraposición con la influencia, no menos importante, del ideal grecorromano, que exalta la participación pública (la virtud se hace participando en la *polis*). Ninguno de estos ideales es necesariamente mejor que el otro, y es positivo que se den ambos en una sociedad; es más, generalmente se supone que el ciudadano privado no necesitará actuar públicamente sino cuando, excepcionalmente, muchos otros ciudadanos privados consideren que es oportuno hacerlo, puesto que hay otras instituciones (por ejemplo, los Tribunales Superiores de Justicia), que velarán por él en los tiempos de normalidad (Ackerman, pp. 307-312).

Actualmente, existe un cierto predominio del ideal cristiano; cada vez es menor el interés de las personas por lo político. Se produce una diferenciación personal de los individuos: existe una élite de políticos especialistas que conforman un grupo restringido, y por otro lado, están las personas comunes, no muy politizadas.

En términos generales, la percepción de la persona común es la visión menos erudita del Derecho. Normalmente, lo asocia con la policía ("abra la puerta, en nombre de la ley"), los jueces y los tribunales (operadores del Derecho), primer contacto suyo a nivel local con el Derecho. Este también podrá ser, por tanto, identificado con el inspector municipal u otras autoridades relacionadas con el cumplimiento efectivo de las normas jurídicas. Lo curioso es que, en la sociedad contemporánea, la mayoría de la gente tiene poca relación con los tribunales y los jueces como para justificar la identificación que se hace entre el Derecho y estas instituciones. Un ciudadano, en un estado democrático moderno, se relaciona mucho más con alcaldes, representantes locales e instituciones vecinales, que con los jueces y los tribunales.

A pesar de esta realidad, es tal la identificación que la persona común hace entre el Derecho y los tribunales, la policía y el gobierno, que muchos dudarían ante la pregunta de si el Derecho puede subsistir si una bomba destruye los locales donde funcionan estas instituciones.

Debemos también aclarar que nosotros le asignamos un carácter simbólico al Derecho, cuyo ejemplo más claro se da en el dinero. El dinero en el mundo físico, no es más que un trozo de papel o metal con algunas inscripciones. Sin embargo, en el mundo del Derecho, el dinero es un bien de cambio, de alta fungibilidad y con poderes insospechados de alterar el mundo físico. Cuando la persona común percibe el carácter simbólico del Derecho en alguna de sus facetas, comienza a mirar las normas legales en forma similar a como percibe las leyes de la economía, en el sentido de ser un "lugar" donde se producen diariamente innumerables variaciones. La persona común percibe las normas legales como patrones con los cuales debe organizar su conducta aunque las sienta como fuera de su control y comprensión. Confía en que una guía lógica puede explicar los cambios de las distintas normas legales, del mismo modo que percibe cómo los cambios de precio pueden ser explicados por una teoría económica. Es por esto que requerirá de un especialista (abogado), en quien confie, para comprender dicho carácter simbólico. Pero esta barrera debe ser superada para que el sistema jurídico sea eficaz. Esto generalmente se hace en forma indirecta, a través de seres humanos, persuadiendo o compeliendo a las personas a actuar de acuerdo a la ley (Atiyah, 48-53).

Un ejemplo de esfuerzo por superar esta barrera se dio en el periodo de la Codificación francesa, en que la percepción de las personas comunes estuvo en el centro de las preocupaciones de los juristas. El objetivo del estudio universitario fue hacer más accesible el Derecho a la persona común, de modo que ya no fuesen necesarios ni los abogados ni los jueces. Pese a ello, el Derecho sigue resultando algo lejano, incomprensible, para quienes no operan con él en forma cotidiana. Esta sensación de exclusividad hace que el Derecho resulte poco interesante para el común de la gente, por lo que tampoco habrá intentos de su parte por superar esta barrera.

En general, lo que piensa la persona común es muy importante para la aplicación del Derecho, en la medida en que se quiera que tenga legitimidad pública, por lo que se hacen necesarias la prensa y las encuestas para tomar decisiones y representar las inquietudes de la persona común (bien común), lo que se traducirá en una mejor disposición a obedecer las normas jurídicas.

Es pertinente aclarar que esto se refiere a un legislador, que tomará lo anterior en cuenta para elaborar proyectos que se transformen en leyes exitosas. Pese a que hay quienes rechazan el significado de la legitimidad

del Derecho, desde un punto de vista práctico es ella la que permite distinguir entre la orden de un juez o un policía (que crea la necesidad de ser obedecida) y la de un mafioso o un pistolero, con el mismo poder físico de obligar a realizar lo que él pide, pero sin esa necesidad. Esta diferencia es la que debe ser percibida por el común de las personas para que las leyes sean bien recibidas por la población (Atiyah, p. 97).⁴

Sin embargo, esta aceptación de la visión de la persona común o moralidad comunitaria no es admitida en forma tan pacífica cuando se refiere a la actividad del juez. Dworkin, por ejemplo, objeta que el juez recurra a la visión de la persona común por dos razones: la dificultad para determinarla y la falta de justificación para que sea decisiva. Señala que el juez "...sabe que si su decisión es errónea, como lo será si se deja guiar por lo que piensa la persona común, privará a las partes de algo que tienen derecho a tener" (Dworkin, p. 207).

Hemos analizado la función de la persona común desde diversos puntos de vista: desde el concepto de "normalidad", desde sus diferentes etapas de desarrollo; desde su percepción del Derecho; y por último, desde la importancia de esa percepción para la creación y desarrollo del Derecho. A continuación, analizaremos la percepción de quienes, sin ser operadores del Derecho, tienen la visión más cercana y directa del Derecho tal y como éste funciona: la víctima y el criminal.

C) LA VÍCTIMA Y EL CRIMINAL

Es posible afirmar que la víctima y el criminal conforman un sub-grupo de personas comunes, que percibe el Derecho en forma especial, desde un rol o función social propia. Ellos se caracterizan por tener una visión más cercana, más fuerte del Derecho, por relacionarse directamente con él, puesto que es el Derecho el que define quién es la víctima y quién el criminal. En las distintas épocas, la definición de víctima y criminal ha cambiado, siendo la única constante, que el Derecho protege a la víctima y castiga a los criminales en virtud de un concepto de normalidad social.

Suponiendo que existe una línea imaginaria de normalidad, la acción criminal pondría a su autor indebidamente por sobre ella, quitándole algo a la víctima, que queda bajo dicha línea de normalidad. Pese a que la idea de normalidad no constituye un concepto unívoco, sino que depende del con-

⁴ Cfr. también la distinción que H.L.A. Hart hace entre estar obligado (*to be obligated, should*) que implica un deber, y verse obligado (*to be obliged, must*), que sólo implica la necesidad de obedecer frente a la fuerza, "tener que".

A) DERECHO

La primera parte plantea temas relacionados con las formas de concebir el derecho, en particular considerando los problemas que se producen al pasar de la teoría a la práctica. La idea es proponer una visión del derecho en la que se dé prioridad a la práctica, a la solución de problemas concretos, por sobre las especulaciones teóricas abstractas. Se trata de ejercer el derecho a partir de un reconocimiento de las personas comunes. Así, en "Funciones sociales relacionadas con el derecho", se desarrollan otros puntos de vista complementarios al del estudioso del derecho: la víctima y el criminal, la persona común, el juez, el abogado y el jurista, el político, el legislador y la burocracia, son abordados como percepciones de la realidad del derecho que enriquecen su visión académica.

En "Las definiciones legales", se examinan las dificultades que implica la definición de términos jurídicos, y cómo ésta puede introducir la incertidumbre en la aplicación de las leyes. Este trabajo es un ejemplo de análisis estrictamente académico de un tema jurídico, pero está escrito con la intención de no perder de vista el mundo externo analizado en el capítulo anterior. Este texto muestra cómo, ya desde los axiomas sobre los que se edifican las construcciones jurídicas hay —o debería haber— un lugar para el lenguaje y las percepciones de las personas comunes.

En el capítulo siguiente se critica una teoría de Ronald Dworkin. La concepción del derecho como novela legal en serie trae consigo una serie de inconvenientes y equívocos, el principal de los cuales es, otra vez, el descuido de la dimensión concreta, aplicada, del derecho, de su injerencia sobre el mundo real. Esto obedece a una tendencia muy corriente, que consiste en suponer que el único punto de vista posible sobre el derecho es el del filósofo o analista, olvidando que también son válidas otras perspectivas. Se podría objetar que no tiene sentido discutir la idea de Dworkin, ya que se trata tan sólo de una metáfora para explicar el Derecho, que no debe ser tomada en su sentido literal. Sin embargo, esta metáfora comporta resonancias acerca de una concepción de la tarea del jurista que me parece insuficiente e incompleta. Mi aproximación a Dworkin intenta transformar su metáfora en problema, con el objeto de comprenderla mejor y darle más dinamismo.

En "Algunas ideas sobre los principios del Derecho Internacional" analizo las teorías del profesor Alejandro Álvarez, jurista chileno cuyas contribuciones teóricas no han sido suficientemente valoradas todavía. Su intento de construir un Derecho Público Americano se adelantó acertadamente a las tendencias más actuales del estudio del Derecho Internacional: a saber, la idea de que el Derecho Internacional poco a poco se iría transformando en un Derecho Jurisprudencial, basado en casos donde los principios se aplica-

rían en forma particular, otorgando un papel preponderante a la Corte Internacional de Justicia; abandonando el concepto de soberanía para reemplazarlo por un concepto de interdependencia social, y asignando importancia a los factores extra-jurídicos (políticos, sociales, psicológicos y económicos) en la evolución de los principios del Derecho Internacional. Las teorías del profesor Álvarez parecen señalar la misma dirección que intentan defender los textos incluidos en este libro: la consideración de las circunstancias pragmáticas en las que el Derecho funciona como complemento imprescindible para su estudio y su construcción teórica.

B) JUSTICIA

La segunda parte del libro contiene textos relacionados con el valor de la justicia. Estos estudios nacen de la misma preocupación que los de la primera parte: tomar en cuenta en el ejercicio del derecho a las personas sobre las que éste influye.

Así, en la crítica a la teoría de John Rawls, se examina la idea de dar prioridad al derecho por sobre el concepto moral del bien, lo que tiende a separar y volver autónomas a las dos esferas y, por lo tanto, alejar más al derecho de los parámetros comprensibles para una persona común. El texto incluido aquí intenta explicar la lógica interna del sistema de Rawls. Para ello, se entrega un resumen de sus postulados principales, para luego considerar el lugar específico del derecho en dicho sistema, y llevar a cabo un análisis conceptual del concepto de *fairness*, cuya traducción no ha sido suficientemente acertada, lo que ha vuelto más difícil su comprensión. Se trata de un concepto de gran importancia en la teoría de Rawls, cuya explicación permite aproximarse a ella desde un ángulo más esclarecedor.

La idea de posición original de Rawls es una metáfora, tal como la de novela legal en serie lo es en Dworkin. Podría subrayarse la unidad del libro señalando esta coincidencia: se critican dos metáforas del derecho, igualmente incompletas y parciales. Un argumento que se reitera en estos ensayos es que las metáforas nunca deben petrificarse en fórmulas, de modo que reemplacen a los fenómenos reales, sino que deben ser flexibles, maleables y dinámicas, capaces de adaptarse.

En "Análisis comparado de la función judicial", se estudia el sistema judicial chileno y se proponen formas de mejorarlo, por medio del derecho comparado, a la luz sobre todo del sistema del *common law* anglosajón. Este sistema, aunque opuesto al continental, propio de Chile, ofrece posibilidades que pueden ser utilizadas para mejorar enormemente el funcionamiento de un sistema judicial. En este artículo, se atribuye la crisis del sistema chileno a la desvinculación de los jueces con un sentido de autocritica y re-

texto en el cual estemos situados (una mirada fea en un monasterio puede equivale a un parricidio en una familia de delincuentes), la consideración de que existe un orden normal (natural o convencional) que se rompe con el crimen, en términos clásicos ha servido como justificación para castigar al criminal. Con el castigo se trata de volver a la normalidad.

Esta idea de restitución y equilibrio es la base de la concepción clásica retribucionista que propugnaron, entre otros autores, Carrara y Kant. Se trata de restituir la normalidad con el sufrimiento del criminal, pues así se compensa el sufrimiento de la víctima y se devuelve la propia dignidad al criminal. El criminal pierde algo de sí mismo cuando delinque, deja de ser una persona moral, porque ha violado la suprema máxima moral, que consiste en tratar a los demás seres humanos como iguales. Sólo el sufrimiento que produce la pena en el criminal puede reparar el daño que soportaron la víctima, el ofensor y la sociedad.

Por el contrario, el utilitarismo, promovido por Beccaria, Bentham y otros, se preocupa de aminorar las consecuencias futuras que produce el crimen en la sociedad, es decir, de que otros no cometan delito, ni el criminal mismo vuelva a delinquir. La pena es entonces un medio, no un fin. Se busca la mayor felicidad para el mayor número, lo que se puede lograr a través de diversos medios: compensar a las víctimas, castigar al criminal, hacer la "vista gorda" al crimen en cuestión, etc.

Con el desarrollo del empirismo científico (siglo xviii), surge la visión positivista del fenómeno criminal, del delincuente y de la institución del castigo. Por ejemplo, el médico italiano Cesare Lombroso, estudió al delincuente centrando su atención no en el crimen, sino en el criminal y sus características personales. Dedujo que existía un tipo de hombre, que denominó "delincuente nato", caracterizado por su atavismo, es decir, su regresión a estados primitivos ya superados por la especie humana y determinados por degeneración fisiológica (extrajo relaciones entre la forma del cráneo y el tipo de crimen cometido).

Más tarde, Ferri y otros autores buscaron en ciertas características de la sociedad la causa del crimen, y trataron en sus estudios al criminal como a un enfermo social. En esta misma línea, han surgido teorías posteriores, como las creadas por los nazis, que intentaron ligar determinados crímenes a la raza judía, y otras, nacidas en Estados Unidos, que intentaron explicar aumentos en la tasa de criminalidad por la inestabilidad que produjeron las grandes olas de inmigración que caracterizaron a ese país.

Otras teorías más contemporáneas, como por ejemplo la de Edwin Sutherland,⁵ explican la criminalidad como un fenómeno de asociación di-

⁵ Cfr. Fairchild, voz "Asociación diferencial".

ferencial que se aprende en círculos íntimos, como cuando un padre o amigo delincuente enseñan a robar a su hijo o amigo. También han existido teorías basadas en elementos tan disímiles como la forma de las ciudades o la existencia de cromosomas característicos.

En la actualidad, se han construido modelos de análisis más sofisticados, como por ejemplo el de Chambliss,⁶ quien desarrolló un esquema de agrupación de los tipos de crímenes, distinguiendo:

1. Según el grado de compromiso del criminal con el crimen.
2. Según si el acto criminal sirve como instrumento para conseguir algo o si se usa para expresar algo por sí mismo. Los delincuentes "expresivos" son los que menos cambian con el castigo.

En estas clasificaciones se aprecia lo cambiante y movedizo que es la conducta desviada y la dificultad de explicar en forma coherente este fenómeno. Las explicaciones sobre el mismo seguirán desarrollándose cada vez más a medida que la información sobre los fenómenos criminales aumente. Habrá que esperar estos nuevos desarrollos para entender cómo prevenir las conductas criminales y dar pautas que permitan adoptar una estrategia coherente a este respecto a la sociedad, a sus representantes y, especialmente, a los jueces.

Por eso, para Holmes, el sistema jurídico está construido desde la perspectiva del hombre malo, el Derecho hay que comprenderlo desde la perspectiva del criminal, que resulta más importante para ello que la de la persona común. Holmes entrega una visión del Derecho como secuencia de profecías de lo que los tribunales harán en concreto y, por lo tanto, afirma que

si queremos conocer el Derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien sólo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre, que encuentra razones para su conducta—dentro o fuera del Derecho— en los mandamientos de su conciencia (Holmes, pp. 19-21).

Pero H.L.A. Hart, al desarrollar el tema del "contenido mínimo del Derecho", se refiere a ciertas "verdades obvias" de las cuales el Derecho tiene que hacerse cargo para que sea acatado voluntariamente por la mayoría de

⁶ Chambliss, p. 277 y ss.

⁷ Cfr. Hart, pp. 239-245.

la población, de las cuales sólo algunas se relacionan con un sistema de sanciones, en tanto que las otras adoptan un punto de vista constructivo, desde la perspectiva de la persona común más que del hombre malo.⁷

Holmes parece olvidar otras funciones del Derecho distintas de la solución de conflictos derivados de su incumplimiento, que se pueden reducir a tres puntos fundamentales: la orientación del comportamiento, la legitimación y organización del poder social, y la configuración de condiciones de vida.⁸ Veamos, por ejemplo, otro punto de vista desde el cual puede el Derecho ser considerado: el del juez.

D) EL JUEZ

El Derecho procesal ha debido construir una definición de juez, pues la ley no da ninguna. El juez es el funcionario público, persona natural, que sirve en un órgano jurisdiccional, que a su vez podemos decir que es el órgano público, parte del Estado, permanente, que ejerce su función jurisdiccional. El órgano jurisdiccional (tribunal de justicia) es impercedero, independiente de las personas que lo componen; el juez es la persona natural que sirve dicho cargo en un momento determinado (Pereira, pp. 239-240).

En una primera aproximación, el rol del juez es aplicar el Derecho, distinguir entre la víctima y el criminal o determinar si el caso que se trata tiene o no conexión con el sistema legal. Para el mejor cumplimiento de esta función, los jueces están organizados jerarquizada y burocráticamente. Un juez es conocedor del Derecho, mira los hechos desde la perspectiva que le dan las leyes, y se supone independiente e imparcial. Sin embargo, y pese a ser personas generalmente reposadas y tranquilas, su visión está influida por rasgos sociológicos marcados.

Entendiendo por "rol social" "las expectativas que despierta quien posee una profesión social con respecto a su comportamiento", el papel que posee el juez es posiblemente más amplio que el de otras profesiones (Lautmann, pp. 68-69). Esto porque las expectativas externas (emisores del rol social), son excesivamente variadas. Por un lado, están las expectativas formales —la justicia y el poder legislativo— que instruyen a los jueces acerca de sus tareas; y por otro lado, los emisores informales —presidente de la cámara, colegas, abogados, partes, familia, amigos, etc.—, cuyas expectativas no sólo no coinciden entre ellas, sino que muchas veces están en franca contradicción unas con otras. Estas contradicciones se deben, entre otros factores, a que generalmente las expectativas se van formando a partir de la misma actividad de los profesionales; sin embargo, en el caso de los jueces, esta

⁸ Enumeración de funciones del Derecho extraída de Squella, 1992, pp. 16-23.

actividad es comprendida muy escasamente por quienes son ajenos a ella, siendo la principal barrera su lenguaje (de clase media alta, especializado).

Este conflicto es percibido por los mismos jueces, afectándolos en múltiples formas, pero tampoco es claro si una efectiva protección del juez frente a estos conflictos no redundaría más bien en un estancamiento de la justicia ante las realidades sociales y en la reducción de la autocrítica.⁹

Consecuencia más o menos natural de esto es el fenómeno sociológico de la "inconsistencia de *status*", es decir, que "el juez obtiene de sus grupos de referencia un prestigio poco homogéneo", siendo casi venerado por muchos abogados y mirado con sorprendente desconfianza por la opinión pública (Lautmann, p. 90). Esta desconfianza quizá disminuiría con una mayor publicidad y transparencia. Ya don Andrés Bello destacaba la importancia de la publicidad de los procesos y sentencias judiciales:¹⁰ esto se traduce en lo que Lautmann llama "comunicación entre la sociedad y la justicia", como arma de doble filo: la visibilidad de los fallos multiplica su efecto ejemplarizador, pero a su vez dificulta la labor de la justicia, que estará sometida a un mayor control. Esto quizá explica la gran aversión, casi prejuiciosa, que tienen los jueces hacia los periodistas, quienes, pese a que casi nunca hablan mal de la justicia, son acusados de múltiples defectos: insuficiente conocimiento objetivo, utilización de informaciones de segunda mano, intervención en la esfera íntima, exageraciones sensacionalistas, persecución de individuos y grupos, y entorpecimiento de la labor judicial, entre otros.

Esto adquiere mayor relevancia si se considera el gran valor del juez como "decisor", como alguien que debe tomar decisiones. Las decisiones que un juez tome no son tan simples como "cuestiones de hecho" y "cuestiones de Derecho". Como lo hace notar Calamandrei, es un error simplificar la labor del juez como una subsunción hecha a través de un único silogismo, puesto que dicha labor consta de una cadena de silogismos que comienzan en el inicio del procedimiento mental y acompañan al juez hasta la sentencia definitiva. El juez se encontrará con etapas intermedias, en las que no decidirá el caso que se le presenta, sino que integrará y declarará la norma jurídica, ejerciendo lo que Calamandrei llama "discrecionalidad técnica", por cuanto se basa en criterios predeterminados, que pueden ser morales ("violencia", "dolo", "buenas costumbres", "culpa", "buen padre de familia"), económicos ("lesión superior a la mitad", "inversión útil", "solvencia"), políticos ("orden público"), lógicos ("verosimilitud", "imposibilidad", "justa causa") o técnicos ("vicio de construcción", "vicio que impide el uso").¹¹

⁹ Cfr. capítulo "Análisis comparado de la función judicial".

¹⁰ Véase Andrés Bello en bibliografía.

¹¹ Véase Piero Calamandrei en bibliografía.

Hay una gran gama de asuntos que involucran la discrecionalidad del juez en forma inevitable: cuando decide la intención con que un determinado acto fue realizado; cuando evalúa una determinada conducta, y por ende incurre en juicios de valor; cuando la decisión involucra la determinación de cantidades (de una multa, una fianza, una indemnización de perjuicios, una pena) (Atiyah, pp. 32-39).¹²

Es en estos ámbitos de discreción donde ocurren fácilmente contradicciones entre las decisiones de distintos jueces frente a casos muy semejantes, especialmente en sistemas como el nuestro, que no siguen la doctrina de los precedentes, y en los que por lo tanto las decisiones anteriores, sin importar la jerarquía del tribunal que las haya dictado, jamás obligan a los jueces en decisiones futuras.

Esta necesidad de coherencia entre las decisiones judiciales es graficada en forma muy singular por el profesor Ronald Dworkin, que considera la secuencia de decisiones judiciales como una "novela legal en serie".¹³ Cada nuevo autor que tome la novela (juez), al escribir su capítulo (nueva decisión judicial), debe hacerlo con un criterio pasado y otro futuro. Pasado, para hacer que el nuevo capítulo tenga conexión con los anteriores, y no cambie el sentido de la novela; futuro, para hacer un aporte que permita crear la mejor novela posible.

La idea de juez creador, no obstante, puede ser criticada desde el punto de vista de su legitimidad, considerando que los jueces no son elegidos públicamente. Por otra parte, es posible mencionar un problema netamente práctico: la cantidad de carencias, no solamente derivadas de la enseñanza del Derecho, sino también de índole externa, es enorme. Entre estas últimas, en un estudio hecho entre los mismos jueces chilenos por la Corporación de Promoción Universitaria, las más mencionadas fueron: falta de tiempo y carga de trabajo excesiva, defectos estructurales del sistema judicial, carencia de recursos materiales, falta de criterio, arbitrariedad en el uso del poder y el contar sólo con personal subalterno de escasa instrucción (Bascañán Valdés *et al.*, pp. 52-56).

Pese a todas estas dificultades teóricas y prácticas, la necesidad del rol del juez en la sociedad moderna es prácticamente innegable. Es en cuanto al contenido de ese rol que se han planteado dificultades. Para unos, el juez tiene como misión el resguardo de intereses y valores sociales, mediante la interpretación, que combina místicamente pasado, presente y futuro. Para otros, la misión del juez es el resguardo de una justicia equitativa, dejando claro

¹² Sobre el concepto de discrecionalidad jurídica, *cfr.* el capítulo "Análisis comparado de la función judicial".

¹³ *Cfr.* capítulo "La novela legal en serie y el concepto del derecho: una teoría de Ronald Dworkin".

que las decisiones políticas más trascendentes sólo se pueden tomar por participación ciudadana.¹⁴

A este respecto, resulta importante citar la opinión de John Rawls, quien plantea una concepción de la justicia como gravitando entre dos principios perfectamente compatibles: el principio de eficiencia y el principio de la diferencia. El principio de la eficiencia afirma que "...una configuración es eficiente siempre que sea posible cambiarla de modo que beneficie a algunas personas (al menos una), sin que al mismo tiempo dañe a otras personas (al menos una)", idea muy semejante al "óptimo" de Pareto.¹⁵ El principio de la diferencia, por su parte es una especificación de cómo enfrentar el principio de la eficiencia frente a las desigualdades estructurales de carácter social y económicas:

dando por establecido el marco de las instituciones requeridas por la libertad igual y la justa igualdad de oportunidades, las expectativas más elevadas de quienes están mejor situados, son justas si y sólo si funcionan como parte de un esquema que mejora las expectativas de los miembros menos favorecidos de la sociedad (Rawls, pp. 89 y 97).

Es así como el juez debe estar preocupado de lo que sucede en los márgenes de la sociedad; en palabras más simples, de que los ricos no tengan demasiado y de que los pobres obtengan algo. El juez se considera un corrector de excesivas desigualdades, lo que permitiría afirmar su legitimidad. Este rol es lo que permite que Ackerman considere que no es necesario que la persona común intervenga en lo público sino en tiempos de excepcionalidad, puesto que en tiempos normales serán los tribunales los que velarán por sus intereses. Ello evita que la justicia sea calificada de "tuerta", como llamó Vicente Huidobro a la chilena (Huidobro, p. 279).

Dentro de la cultura jurídica chilena, la función del juez podría resumirse en unos cuantos puntos (Squella, pp. 41-42). En primer lugar, los jueces, en

¹⁴ *Cfr.* la distinción entre sistemas legales donde se concibe la función judicial como mecanismo de solución de conflictos y como mecanismo de implementación de políticas, en Capítulo "Análisis comparado de la función judicial".

¹⁵ El concepto de "óptimo" de Pareto se utiliza para denominar las maneras en que se distribuyen los recursos de forma más eficiente y, en términos muy básicos, puede resumirse de la siguiente manera:

-*Pareto superior*: la decisión será eficiente siempre que todas las personas que están en un estado determinado en un mismo momento, que llamaremos T1, estén en un momento posterior, que llamaremos T2, al menos en la misma posición que en T1, y algunos de ellos estén mejor. Lo fundamental es que ninguno esté peor en T1 que en T2.

-*Pareto óptimo*: puesto que hay varias formas en que un estado de cosas sea superior en T2 que en T1, este concepto se refiere a identificar las formas del Pareto superior que son óptimas.

la resolución de los casos que se someten a su conocimiento, no producen Derecho, sino que meramente aplican el Derecho preexistente. De aquí deriva el que, en nuestra cultura jurídica, la creación y la aplicación del Derecho sean dos actividades completamente distintas, reservadas a diferentes autoridades, siendo la creación propia de los poderes ejecutivo y legislativo, y la aplicación, del poder judicial. Esta distinción no debe necesariamente ser tan tajante; incluso, en el sistema de precedentes, se hace tremendamente difusa (como puede verse en el modelo de función judicial de Dworkin).

En segundo lugar, por influencia del pensamiento positivista, se ha producido una concepción "mecanicista y logicista de la función jurisdiccional" ya que se estima que:

la aplicación del Derecho por parte de los jueces debe tener lugar sobre la base de razonamientos de tipo deductivo a partir de normas abstractas y generales del Derecho legislado (Squella, p. 42).

Se estima, además, que la labor interpretativa debe conducir siempre a un único resultado posible, invariable, pese a que en la práctica la gama de decisiones posibles frente a situaciones semejantes llega a ser sorprendente. Como consecuencia, en el proceso interpretativo se favorecen los métodos gramatical e histórico en sentido estricto, pues el fin de este proceso es reconstruir la voluntad histórica, lo que el legislador tuvo en mente en un momento determinado de la historia (Squella, p. 42).

Por lo anterior, resulta adecuado citar aquí

la idea, expresada en la repetida frase de Andrés Bello de que "el juez es esclavo de la ley", lo cual quiere decir que los jueces, tanto en la interpretación como en la aplicación de las leyes, deben proceder, siempre e invariablemente, sin apartarse un punto de éstas, no siéndoles permitido llevar a cabo ninguna apreciación estimativa del texto de la ley ni de los efectos que pudieran derivarse de su aplicación estricta a un caso dado (Squella, pp. 42-43).

Confrontando estas características del sistema judicial chileno con las reflexiones anteriores, sale a la luz la necesidad de replantearse la función judicial en nuestro país como elemento coadyuvante del bienestar social.¹⁶

¹⁶ Cfr. capítulo "Análisis de la función judicial chilena".

E) EL ABOGADO Y EL JURISTA

Son los dos roles sociales más conocedores del Derecho como tal, porque lo ven desde dentro.

El Código Orgánico de Tribunales define a los abogados como "personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los tribunales de justicia los derechos de las partes litigantes" (art. 520). El Código de Ética Profesional chileno, por su parte, dice que:

el abogado es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración, y la esencia de su deber profesional es defender empeñosamente, con estricto apego a las normas jurídicas y morales, los derechos de su cliente.¹⁷

Esta función de los abogados como colaboradores de la justicia se refleja en varias características propias de la profesión, estructuralmente hablando: tienen una función constitucionalmente establecida en la defensa de las personas;¹⁸ el suyo es el único título profesional que es otorgado por un Poder del Estado (la Corte Suprema), y por último, gozan de exclusividad en la ejecución de la tarea de defensa jurídica por parte de un letrado (Cumplido, p. 97).

Sin embargo, la función del abogado se ve, al igual que la del juez, influida por el contexto histórico, político y económico. Es quizá debido a estas influencias, que en Chile el rol del abogado se ha reducido a la resolución de conflictos, olvidándose su función como colaborador de la justicia, rasgo que ya se refleja en la definición de abogado del Código Orgánico de Tribunales, transcrita más arriba. Esto se acentúa si se considera que, en Chile, las percepciones del Derecho actualmente no coinciden con las de los abogados. Como hace notar Peña, entonces,

La lealtad de los abogados es más fuerte respecto de la clientela que con la institución judicial y de esa manera con frecuencia dirigen expectativas y ejecutan comportamientos que son incongruentes con los formalmente definidos para el tribunal (Peña, p. 103).

¹⁷ Pese a que por ley se privó a los colegios profesionales de facultades disciplinarias mediante una ley, esta misma ley expresamente señaló que los estatutos en materia de Código de Ética continuarían como tales.

¹⁸ El Artículo 19 n°3 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, actualmente vigente, señala textualmente: "Toda persona tiene derecho a la defensa jurídica en la forma que la ley señale. Ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado, si hubiere sido requerida."

El profesor Agustín Squella resume lo que los abogados y sus clientes esperan de esta profesión jurídica en cuatro puntos (pp. 43-44). El abogado debe:

- Abogar: "defender un determinado punto de vista jurídico ante órganos jurisdiccionales o de la administración que adoptan decisiones"
- Negociar: "resolver conflictos mediante contactos directos con la contraparte o con otro abogado"
- Aconsejar: "instruir sobre alternativas de comportamientos jurídicos ponderando las ventajas relativas de una o de otras de las mismas alternativas"
- Gestionar: "recomendar y llevar a cabo diligencias necesarias para la realización de un negocio"

Para el abogado, el Derecho es un elemento fijo, un dato que marca las pautas para actuar correctamente, previniendo las situaciones ilegales así como los marcos dentro de los cuales los hechos ya cometidos deben encuadrarse para ser considerados correctos y legales, y, por lo tanto, no punibles. De aquí se puede desprender que un abogado cumple dos funciones fundamentales:

-**Función positiva constructiva:** ayudar a construir esquemas de cooperación entre las personas dentro del sistema jurídico. Por ejemplo, redactar contratos, escritos sociales, testamentos, reglamentos, etc. Hart y Sachs¹⁹ plantean que los abogados hoy en día son arquitectos de estructuras sociales; son diseñadores de diferentes combinaciones posibles dentro del marco legal que impone el sistema jurídico.

-**Función negativa defensiva:** justificar desde el punto de vista del Derecho una acción que está fuera del sistema jurídico. Ej.: litigar y presentar ante los jueces la explicación más favorable a su representado, que sea compatible con el sistema jurídico. Acá se proyecta hacia el pasado y no hacia el futuro (como ocurre en el caso anterior), buscando justificaciones para las acciones y los modos de proceder de sus clientes.

Como es fácil deducir, entre esta clasificación de roles de corto alcance, y el modelo del abogado tradicional, que privilegia la oralidad de una retórica forense vacía, ya muy desprestigiado, no hay una distancia muy grande. Pese a que la abogacía aún ocupa un lugar relevante entre las profesiones, este desprestigio no se da sólo entre el público en general, sino también entre los mismos jueces, que, más que como una ayuda, visualizan a los abo-

¹⁹ Seguimos de cerca a Nino, p. 7. Cfr. también Gyarmati y los trabajos de Loewenstein y Urzúa.

gados como un estorbo para su trabajo. Esto conforma un círculo vicioso, en que "los abogados, en cuanto no colaboran con la justicia, en cuanto dilatan innecesariamente los asuntos y utilizan recursos y medios que no corresponden, han ido favoreciendo una imagen desfavorable de sí mismos dentro de la administración de justicia". Sin embargo, por otro lado, los jueces también desalientan por medio de indicaciones como que "no van al fondo del asunto" a los abogados que intentan efectivamente colaborar y estudiar más el asunto controvertido.

Quizá influye en este mutuo desaliento la función asignada al juez por nuestra legislación. Si el juez sólo aplica el Derecho, sin tener una función creadora, la labor del abogado como colaborador de la justicia tiene una trascendencia mucho menor.

Por todo lo anterior, parece ser posible afirmar que:

constituye un rasgo de la cultura jurídica interna de nuestro país la convicción acerca de que las funciones del abogado están fundamentalmente dirigidas a la defensa del interés del cliente y de su parte, y sólo por excepción, relacionadas con el sistema jurídico general (Cumplido, p. 104).

Sin embargo, no carece de importancia una reflexión en torno al rescate de esta última función, consagrada ya en el Código de Ética.

Este cambio de criterio es consecuencia de los procesos de modernización, que han generado un cambio en la clientela, el que, a su vez, implicó un cambio en la profesión de abogado, entendida en su forma liberal y clásica, como:

una actividad individual, general, es decir, no especializada, y fundada sobre la prestación de servicios no dependientes. (...) [Actualmente, en cambio,] un cliente económico empresarial, subvierte la relación clásica con el profesional liberal quien suele transformarse en un estratega más, de los muchos que su cliente tiene, en los procesos de distribución del valor social. Ya no es el profesional independiente que, libre del Estado y el propio cliente, presta servicios. Cosa distinta, en una estructura como esa el abogado es una dependiente más del agente económico empresarial. (...) el ejercicio individual está en un tránsito cada vez más acelerado hacia las diversas formas de ejercicio colectivo: la relación con el cliente con el abogado -personal, e incluso, a veces, sigilosa- está siendo sustituida por la relación entre el cliente y el 'estudio legal'. El abogado, como sujeto individual e independiente, puede ser sustituido por el miembro de una organización de servicios

tales. La profesión de abogado, en fin, pasará a coexistir con la 'función' de abogado que se compra en una organización (Peña, pp. 40-41).

Es posible considerar al Derecho como un lenguaje, con características propias. Peña le atribuye cinco características fundamentales: es un lenguaje de poder, alude a hechos, 'usa' y no solamente 'menciona' valores, se sitúa al interior de una profesión y supone la puesta en juego de un paradigma que define, en parte importante, a los elementos precedentes (pp. 76 y 77).

Desde esta perspectiva, el abogado actúa como traductor de este lenguaje, tanto es su instrumento de trabajo, y servirá de nexo entre éste y la vida común (sus clientes), que no lo entienden ni perciben su valor simbólico (como lo señalaba Atiyah).

El jurista, en cambio, es el lingüista, por cuanto el Derecho es el objeto de su ciencia. Su posición frente al Derecho es la de un analista, un pensador científico, que se verá, por tanto, influido por los distintos paradigmas (según Kuhn), que se van dando a través del tiempo. Debe reunir las características que Weber atribuye al científico o académico (independencia, especialización, personalidad y vivencia), y por lo tanto,

debe limitarse a constatar lo que es válido según las reglas del pensamiento jurídico, en parte estrictamente lógico, y en parte vinculado con unos esquemas convencionalmente construidos. Su función es determinar si las normas son obligatorias determinadas normas jurídicas y determinar los métodos de interpretación. No responde, en cambio, a la cuestión de si debe existir el Derecho o de si deben establecerse precisamente tales normas y no otras (Weber, p. 210).

En otras palabras, el jurista analizará el Derecho en sí mismo, sin una finalidad inmediata y práctica, ni tampoco valoraciones éticas.

Desde este punto de vista, Peña toma el concepto de "paradigma" de Kuhn para señalar que la dogmática jurídica configura un paradigma, pues "existe un conjunto de sujetos, todos quienes ejecutan una actividad académica-prestigiosa, que poseen una educación común, una terminología típica y valores compartidos" (Peña, p. 78). Esto, no obstante, es discutible, puesto que Kuhn señala que, cuando hay paradigma, los hechos relevantes son ejemplares y sólo a ellos se presta atención. En cambio, cuando no hay paradigma aún, todos los hechos que puedan estar relacionados con el desarrollo de una disciplina parecen igualmente relevantes. En el caso chileno, desde esta perspectiva, no es claro si hemos tenido un paradigma que está

cambiando por otro, o si, simplemente, estamos en una etapa pre-paradigmática en que todo nos parece relevante.²⁰

En todo caso, exista o no un paradigma, los juristas, a través de la dogmática, cumplen hoy diversas funciones, tanto manifiestas como latentes. Entre las funciones manifiestas se pueden mencionar tres: una función cognoscitiva, para la descripción del Derecho vigente, ordenándolo de manera más sencilla que su presentación original; una función de auxilio técnico a los operadores del Derecho, "proporcionándoles un conjunto de soluciones coherentes y precisas a ser aplicadas en los casos relevantes de la vida social"; y una función transmisora y monopolizadora del material jurídico. Entre las funciones latentes puede mencionarse: permitir un estudio con desapego del texto legal, promover la obediencia al derecho positivo sobre el supuesto del modelo de legislador racional, hacer más previsible la decisión judicial y optimizar el Derecho positivo "adaptándolo a una realidad social crecientemente diferenciada y cada vez más compleja" (Peña, pp. 86-87).

En una visión general de estas funciones, es posible darse cuenta de cómo el jurista de alguna manera está vinculado a todas las demás funciones sociales relacionadas con el Derecho, puesto que es el llamado a integrarlas en su estudio con una libertad mucho mayor, siempre con el fin de complementar y optimizar el Derecho, que es su objeto de estudio, tal y como surge del legislador o de otros órganos políticos.

F) EL POLÍTICO

En términos generales, se puede definir a la política como "...la aspiración (*Streben*) a participar en el poder o a influir en la distribución del poder entre los distintos Estados o, dentro de un mismo Estado, entre los distintos grupos de hombres que lo componen" (Weber, p. 84).

Los políticos, entonces, serán los que se dediquen a la política más o menos profesionalmente. Sin embargo, Weber (pp. 95 y ss.) hace ver que el tipo de dedicación y actividad que tenga el político resultará de una distinción: el vivir "para" la política o el vivir "de" la política. Quien tenga ingresos propios, estables, provenientes de otras fuentes (generalmente, el rentista), puede tranquilamente vivir "para" la política. Pero para quien quiera dedicarse a la política y no cuente con estos ingresos, deberá además vivir "de" la política, es decir, conseguir ingresos de esta misma actividad, siendo las

²⁰ Cfr. Pablo Ruiz-Tagle V., "Comunicación sobre el trabajo de Carlos Peña", en *Evolución de la Cultura Jurídica Chilena*, Santiago, editor: Squella, Agustín, Corporación de Promoción Universitaria, 1994. Cfr. también Thomas Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*.

neral y futurista, pues es esto lo que permitirá que la ley creada o la modificación adoptada sean bien aceptadas por la población, y por ende, tengan una eficacia considerable. La idea de "legislador racional" adoptada por los juristas es lo que permite darle al ordenamiento jurídico el carácter de sistema racional. Así, los juristas asignan al legislador las siguientes características: es único, imperecedero, omnisciente, operativo, omnicompreensivo y coherente. Con un menor nivel de énfasis, se le atribuyen también los caracteres de ser preciso y de ser justo (Peña, pp. 80-81).

Desgraciadamente, el abstraerse, para conservar las características de imparcialidad, neutralidad, generalidad y futuridad, resulta enormemente difícil para la gran mayoría de los seres humanos. Por otro lado, siempre existirán grupos en una misma sociedad que tendrán intereses diversos, e incluso contrapuestos, y que influirán en la apreciación de una ley como "buena" o "mala", puesto que es posible afirmar que no existen países que puedan alcanzar una organización simétrica de todos los grupos con un interés común y que por lo tanto puedan obtener resultados óptimos a través de una negociación comprensiva, lo que se acentuará más en sociedades históricamente más estables (Cfr. Olson, p. 74). Es así como las leyes no pocas veces

se cocinan en la sombra de las colmenas burocráticas de los ministerios (o en los estudios privados de ciertos abogados), de acuerdo a la fuerza persuasiva de las 'coaliciones redistributivas' cuyos intereses van a servir. Y son promulgadas a tal ritmo que ya no sólo el ciudadano común, sino incluso el especialista o el afectado con la norma novísima, no están en condiciones de conocer, cotejar con el contexto jurídico vigente y acomodar el propio quehacer en consecuencia. (Vargas Llosa, en el prólogo a De Soto, p. XXIV).

Es así como el nivel de cambios legales comienza a transformarse en un serio problema, no sólo para los abogados, sino también para los hombres de negocios y otros profesionales cuyo trabajo involucra algún contacto con la ley (contadores, arquitectos y constructores, empleadores), puesto que incluso para los mismos abogados, la labor de mantenerse al día es costosa y consume tiempo (Atiyah, pp. 114-115).

La consecuencia de estas leyes hechas a la medida de ciertos grupos dominantes —en una actitud semejante a la de la "olla fundidora" mencionada por Calabresi, dejando fuera aspectos de la ineludible diversidad culturales— es el fenómeno que De Soto llama "informalidad", y que se ha dado fuertemente en América Latina, fundamentalmente en torno a las actividades económicas. Este fenómeno se da porque los costos en tiempo y dinero, tanto para acceder a como para mantenerse en una actividad por la vía formal, son

tan altos, que se opta finalmente por ejercerla informalmente. Realizar una actividad informalmente no está en lo absoluto exento de costos, puesto que por un lado, se deberá enfrentar eventuales apremios y sanciones por el hecho de ser ello ilegal y, por otro lado, no se contará con la protección de leyes como las de propiedad o de contratos, que darían más estabilidad a los negocios. Pero el riesgo de afrontar estos costos eventuales parece ser considerado digno de ser corrido para evitar enfrentar el costo cierto que implican los engorrosos trámites para obtener todas las autorizaciones pertinentes y ejercer esa actividad de modo formal (De Soto, pp. 171-237).

Todas estas consideraciones no debieran ser olvidadas por los nuevos legisladores, para la creación y modificación de leyes que favorezcan a la mayor cantidad de gente posible, sin olvidar que pueden desfavorecer a algunos, y que permitan la evolución natural de la sociedad, sin resultar, finalmente, una traba para ella.

H) LA BUROCRACIA

Es la forma de organización estatal en la que el conjunto de funciones está confiado a un conjunto de personas (empleados) que se dedican a dicha actividad de modo continuo, extrayendo de ella su sustento de vida. Antónimo de burocracia son los cargos honorarios, cuyos funcionarios no se dedican a ellos tiempo completo ni extraen de ellos sus ingresos. Estos últimos son los que Weber denominó "funcionarios políticos", cuya designación y remoción generalmente estará librada a la decisión de las autoridades de turno. La burocracia, en cambio, está compuesta de los "funcionarios profesionales" (Weber, p. 107).

El Estado es la máxima organización burocrática, estructurada de modo jerárquico, que no se ve afectada por los cambios políticos. La burocracia es asimilable, nuevamente citando a Weber, a una "empresa de dominación", que para mantener una administración continuada, necesita de dos elementos fundamentales: la orientación de la actividad humana hacia la obediencia, sobre este equipo de personal administrativo y también sobre los medios materiales de administración (Weber, pp. 87-88). Se puede, por ende, distinguir una serie de características de la burocracia:

- Toma de decisiones por escrito.
- Jerarquización de los "escritorios"
- Gran masa de personas complejamente organizadas.
- Gran respeto por la forma, lo cual genera una tendencia a eludir responsabilidades, y hace que la administración se vuelva lenta e insegura.

Cabe mencionar que no sólo el Estado tiene burocracia; también existen burocracias privadas, que pueden ser nacionales o internacionales.

ejemplo, el cultivo de la disciplina jurídica se verá afectado por la burocracia aun a nivel universitario, por cuanto quienes tengan mejor posición burocrática (decano, profesores con jornada completa) tendrán un mayor control de la disciplina jurídica, mientras que los que están en los márgenes (profesores con media jornada, alumnos) producirán un proceso de persuasión e irán cambiando gradualmente los modelos (paradigmas).

La persona situada en la burocracia percibe el Derecho como un medio de implementación política que puede plegarse a sus objetivos, y también como un medio de solución de los problemas que se le presentan. Por esto, en ciertos casos, podrá evadir algunas leyes, pasando por sobre el Derecho, como por ejemplo cuando el Estado evita la responsabilidad que le afecta por los actos de los miembros de la burocracia (el ya mencionado fenómeno de la informalidad, planteado por De Soto). De este modo, el mismo poder legislativo puede verse afectado por el poder de la burocracia, lo cual queda de manifiesto en el hecho de que la mayor cantidad de leyes dictadas son en beneficio de particulares. Es esto lo que ha llevado a Ackerman a considerar a la burocracia como el tercer carril por donde corre la democracia actualmente, siendo los dos primeros la normativa y administración estatales, y los tribunales de justicia (Ackerman, p. 300).

Una organización burocrática conlleva tanto costos como beneficios. Entre los principales beneficios, es posible distinguir: una mejor división del trabajo, un mayor control de éste, y como consecuencia, una mayor eficiencia en él. Junto a esto, es posible destacar como beneficio una mayor tecnificación, profesionalismo y estabilidad, lo que aumenta, en teoría al menos, la rapidez de funcionamiento.

Naturalmente, todo esto también acarrea costos o desventajas tales como una mecanización del trabajo, sin creatividad; una creciente capacidad evasiva del Derecho (que concluye en la "informalidad" de que habla De Soto, o en corrupción); el aumento de la fuerza de los intereses personales (corporativismo). Todo esto implica, como consecuencia, estancamiento y dificultad en aumento para resolver nuevos problemas, sin contar el costo monetario que presupone la búsqueda de la eficiencia.

A modo de conclusión, todo lo visto anteriormente puede explicarse más fácilmente a través de la imagen de la "caja negra", el famoso dispositivo de los aviones, que registra las voces de la tripulación y los pasajeros, y los cambios en el instrumental de la nave. El Derecho es un objeto de estudio que, al igual que la caja negra de los aviones, se forma por el registro y asimilación de las percepciones de las personas que lo estudian o que entran en contacto con él de alguna forma. Esto genera un esquema de análisis donde es posible tener siempre presente el propio punto de vista. De esta circunstancia pueden extraerse dos conclusiones fundamentales:

En primer lugar, y como ya se había mencionado, el jurista está llamado a conectar en forma comprensiva todos los puntos de vista del Derecho: la persona común, la víctima, el criminal, etc. Es por esto que su campo de estudio es muy amplio: la Ciencia del Derecho (o dogmática, jurídica o jurisprudencia).

En segundo lugar, que los límites del Derecho se expanden o restringen dependiendo del punto de vista y del rol social de cada persona. El esquema de todos los puntos de vista no es estático y va registrando las percepciones que la gente tiene acerca del Derecho, respecto de los roles que les corresponde realizar siendo persona común, víctima, criminal, abogado, político, legislador o burócrata, lo que no se debe olvidar si se quiere comprender el Derecho en forma verdaderamente completa y con apego a la realidad en la cual se aplica.

BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Bruce, *We, the people*. Vol. 1, Cambridge, Massachusetts, London, England, "Foundations" The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.
- Atiyah, Patrick H. *Law and modern society*, Oxford, Oxford University Press, 1983.
- Bascuñán Valdés, Antonio; *et al.*, *Judicatura de primera instancia: algunas indagaciones*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria, Proyecto de capacitación, gestión y política judicial, Serie estudios n°2, 1993.
- Bello, Andrés. "Resumen de los efectos de la publicidad de los juicios, sacado de las obras de Bentham" (1839) en *Escritos jurídicos y políticos universitarios*, Valparaíso, Edeval, 1979.
- Calabresi, Guido, *Ideals, beliefs, attitudes and the law*. The Frank W. Abrams Lectures, Syracuse University Press, 1985.
- Calamandrei, Piero, "La génesis lógica de la sentencia civil", en *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961.
- Chambliss, William J., "Types of deviance the Effectiveness of legal sanctions", en *Winsconsin Law Review*, N° 701, 1967. Reproducido en Friedman, Laurence M. y Macaulay, Stewart, *Law and the Behavioural Science* The Bobbs Merrill Company, Inc., 1969.
- Código Orgánico de Tribunales*. Editorial Jurídica de Chile.

formas más posibles de obtenerlos, el ser periodista, o funcionario de un partido, con lo que se evita la mutabilidad de los cargos de los llamados "funcionarios políticos".

Por esto, fuera de los beneficios económicos (generalmente inciertos), es necesario que el político cuente con una vocación, que implica un conjunto de cualidades a las que ya habíamos hecho referencia con anterioridad y que ahora detallaremos. Ellas son pasión, sentido de la responsabilidad y mesura (Weber, p. 153).

— "Pasión", se refiere a la entrega apasionada a una causa, "al dios o al demonio que la gobierna" (los ideales, decía Calabresi, son regalos de una deidad malvada), y es lo que hará que la lucha del político sea una actitud auténticamente humana, y no un frívolo juego intelectual.

— La "responsabilidad" debe ser "la estrella que gobierne la acción". Para la conservación de este sentido, es necesaria una permanente lucha contra la vanidad, que permita mantener intacta la última cualidad:

— La "mesura", definida como "capacidad para dejar que la realidad actúe sobre uno sin perder el recogimiento y la tranquilidad, es decir, para guardar la *distancia* con los hombres y las cosas"

Es en la diferente combinación de estas tres cualidades fundamentales que surgen las dos posibles orientaciones éticas que Weber (pp. 163 y ss.) distingue frente a la actividad del político: la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad. Según la primera, lo que importa es actuar bien, y si las consecuencias del acto resultan negativas, quien lo realizó no se responsabiliza de ellas, sino que responsabilizará al mundo, a la estupidez de los hombres o a Dios. Según la ética de la responsabilidad, en cambio, se toman en cuenta, al actuar, los defectos del hombre medio; los medios utilizados y sus posibles consecuencias no están siempre plenamente justificados, asumiendo el político la responsabilidad por las consecuencias de sus actos.

Ambas formas de mirar la acción política desde el punto de vista de la ética pueden llevar a diversos abusos. Weber reflexiona frente a esto, pues:

todo aquello que se persigue a través de la acción política, que se sirve de medios violentos y opera con arreglo a la ética de la responsabilidad, pone en peligro la 'salvación del alma'. Cuando se trata de conseguir una finalidad de ese género en un combate ideológico y con una pura ética de la convicción, esa finalidad puede resultar perjudicada y desacreditada para muchas generaciones porque en su persecución no se tuvo presente la responsabilidad por las *consecuencias* (pp. 174-175).

Y concluye que: "quien obra así no tiene conciencia de las potencias diabólicas que están en juego" (p. 175), recordándonos nuevamente la analogía que Calabresi hacía entre los ideales y el regalo de una deidad malvada, que a cambio de muchos bienes (el logro de los fines, en el primer caso, actuar estrictamente de acuerdo a sus convicciones, en el segundo), pone en peligro o sacrifica otros tanto o más importantes ante los ojos de quienes no sustentan esos ideales (en el primer caso, la llamada "salvación del alma"; en el segundo, las posibles consecuencias negativas de su actuar, que en algunos casos pueden incluso comprometer vidas humanas).

Desde este punto de vista la ética de la responsabilidad y la ética de la convicción no son términos absolutamente opuestos, sino elementos complementarios que han de concurrir para formar al hombre auténtico, al hombre que *puede* tener vocación política (p. 176).

Como conclusión de todas las reflexiones anteriores, basadas íntegramente en el trabajo de Max Weber, es posible afirmar que el político activa el cambio social mediante normas con base ideológica o valorativa. Por lo tanto, tendrá una visión instrumental del Derecho, como una herramienta que puede usar para lograr sus objetivos de cambio social, incentivando las conductas que le interesan y desincentivando las que reprueba. En otras palabras, el Derecho tiene para él un fin propagandístico, como medio disuasivo que puede orientarse hacia los fines políticos. Esto se hace aún más claro hoy en día, puesto que la selección de los legisladores (parlamentarios) se hace, actualmente, entre los políticos y en elecciones libres donde la orientación de la propaganda para obtener el voto de la ciudadanía es en base a las convicciones políticas de los candidatos más que a su erudición o a sus planes legislativos propiamente tales.

De este modo, concluyendo, para el político el Derecho es una de las principales herramientas que es posible utilizar en la prosecución de sus objetivos, ya sea para lograr cambios más estables en las estructuras sociales, o para proteger aquéllas ya existentes y que se considera adecuado que sigan existiendo.

G) EL LEGISLADOR

Es el único que realmente puede manipular el Derecho, pues está en sus manos crear, modificar o suprimir las normas que lo componen. Además, está fuertemente ligado a la política, como ya se ha mencionado, pues es necesario que surja de un justo proceso democrático. Sin embargo, se supone que, a diferencia del político, el legislador es más imparcial, neutral, ge-

- Cumplido, Francisco. "La función del abogado". en *La Cultura Jurídica chilena*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria, 1992.
- Dworkin, Ronald, "Los casos difíciles", en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1983.
- Fairchild, Henry P., *Diccionario de sociología*, México, FCE, 1966.
- Gyarmati, G., *Las profesiones, dilemas de conocimiento y poder*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica, 1987.
- Hart, H.L.A., *El concepto del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.
- Holmes, Oliver Wendell, *La senda del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975.
- Huidobro, Vicente, "Balance patriótico", en *Ensayo histórico sobre la noción de Estado de Chile en los siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1986.
- Lautmann, Rüdiger, *Sociología y jurisprudencia*, Buenos Aires, Sur, 1974.
- Loewenstein, S., "El abogado y el desarrollo", en Figueroa, Gonzalo, *et. al.: Derecho y sociedad*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria, 1978.
- Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1986.
- Peña, Carlos, "Hacia una caracterización del ethos legal: de nuevo sobre la cultura jurídica chilena" en *Evolución de la Cultura Jurídica Chilena*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria, 1994.
- Pereira A., Hugo, *Curso de Derecho procesal*, t. I, "Derecho Procesal Orgánico", Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1993.
- Piaget, Jean, *Sicología y pedagogía*, Madrid, Ariel, 1969.
- Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1985.
- De Soto, Hernando, *El otro sendero*, Buenos Aires, Sudamericana, 1987.
- Squella, Agustín, "Documento base del Seminario sobre la Cultura Jurídica chilena", en *La cultura jurídica chilena*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria, 1992.
- Urzúa, Raúl, "La profesión de abogado y el desarrollo", en Figueroa, Gonzalo, *et al., Derecho y sociedad*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria, 1978.
- Weber, Max, *El político y el científico*, Madrid, 7ª ed., Alianza, 1981.
- Olson, Mancur, *The rise and decline of nations*. New Haven and London, Yale University Press, 1982.