

Universidad Austral de Chile

From the Selected Works of Fernando Muñoz

2011

Autonomía y Responsividad: sobre la relación entre Derecho y Sociedad

Fernando Muñoz, *Universidad Austral de Chile*



Available at: <https://works.bepress.com/fernandomunoz/2/>

AUTONOMÍA Y RESPONSABILIDAD: SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y SOCIEDAD

Fernando Muñoz ¹

Las que siguen son reflexiones sobre la relación entre derecho y sociedad. Ellas buscan trazar un mapa conceptual de los posibles modos de concebir dicha relación, así como sugerir la incidencia que dichas concepciones tienen sobre la cultura interna de los operadores jurídicos. A partir de la dicotomía fundamental autonomía/responsividad, se promueve el desarrollo de una cultura jurídica más atenta al contexto social que aquella que caracteriza históricamente a Chile.

1. Introducción: Derecho y sociedad

Existe un plano de la reflexión académica prácticamente abandonado en las facultades de derecho chileno. Me refiero al estudio de la relación entre derecho y sociedad. Pese a que en otras latitudes esta área investigativa es reconocida como una disciplina específica, dotada de su propio arsenal teórico y sus propios problemas,² nuestro medio pareciera ser totalmente ajeno a ella.

Irónicamente, muchas facultades de derecho entregan el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, lo que sugiere que ellas asumen que hay algo en la formación de los abogados que tiene un carácter distintivamente *social*. Desde luego, que los abogados *trabajen en sociedad*, relacionados estrechamente con el acontecer social, no puede ser la explicación de ello; si así

¹ Doctor en Derecho, Escuela de Derecho de Yale. Profesor de Derecho Constitucional e Historia del Derecho, Universidad Austral de Chile.

El presente trabajo expone, de manera reformulada, parte de los contenidos de mi tesis doctoral. Agradezco, en consecuencia, a Robert C. Post, Decano y Profesor de la cátedra Sol & Lillian Goldman de la Escuela de Derecho de Yale, quien fuera mi director de tesis y con quien discutiera con detención las ideas que estructuran este documento.

² Ver, por ejemplo, Sarat, Austin (ed.), *The Blackwell Companion to Law and Society*, (Blackwell Publishing) 2004.

fuera, médicos, arquitectos, y prácticamente cualquier otro profesional podría agregar y *Sociales* a sus respectivos títulos académicos. Que la ciencia jurídica sea concebida como una de las ciencias sociales³ pareciera ser una explicación más indicada, ya que atiende a criterios *disciplinarios* para justificar la denominación del grado académico en cuestión. Aun así, dicha relación no basta para explicar la presencia simultánea tanto de la especie (ciencias jurídicas) como del género (ciencias sociales).

La clave pareciera estar en el cambio de denominación que la unidad académica respectiva de la Universidad de Chile viviera, de “Facultad de Leyes i Ciencias Políticas”⁴ a “Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales”, cambio consagrado en el Estatuto Orgánico de la Enseñanza Universitaria dictado el 20 de mayo de 1931.⁵ No parece aventurado sugerir que dicho cambio de denominación responde a la recepción entusiasta por parte de la élite académica, a principios del siglo XX, de las ciencias sociales desarrolladas en las cátedras universitarias europeas. El mejor ejemplo de ello se encuentra en Valentín Letelier, una de las dos “personalidades señeras” en “la historia del pensamiento jurídico chileno”, según lo expresado por Aníbal Bascuñán en el prólogo a la reedición de 1967 de la obra “Jénesis del Derecho i de las Instituciones Civiles Fundamentales”.

Letelier publicó dicho libro en 1919, poniéndole por subtítulo “Estudio de sociología jurídica”. Son precisamente los trabajos de Letelier en el campo del *sociologismo jurídico* los que, en opinión de Bascuñán, le equiparan con Rafael Fernández Concha, inspirador y principal cultor del *jusnaturalismo tomista*.⁶ Según Bascuñán, Letelier y Fernández “orientaron con tal autoridad a sus seguidores que, por un extenso lapso, éstos, recorrieron los mismos senderos y recolectaron los mismos frutos en los campos del saber que sus guías frecuentaron y cultivaron”.⁷ Ahora bien, la corriente *iusnaturalista* de

3 Dejaré de lado aquí la discusión sobre la *cientificidad* de las ciencias jurídicas. Para esa discusión, ver Muñoz, Fernando, “De la dogmática jurídica al análisis socio-jurídico” (trabajo preparado para el Encuentro Nacional de Profesores Jóvenes de Derecho Constitucional llevado a cabo en octubre de 2010 en Viña del Mar, en preparación para su publicación).

4 Esta denominación, en palabras de Andrés Bello, respondía a que dicha Facultad tenía por propósito “no sólo proveer al país de hábiles juriconsultos, sino de hombres capaces de desempeñar las altas funciones de la administración y de la legislatura, y de dirigir la opinión pública”. Serrano, Sol, *Universidad y Nación: Chile en el siglo XIX*, (Editorial Universitaria) 1993, p. 171.

5 Rioseco, Marcelo, *Universidad de Chile: 160 años haciendo historia*, (Editorial Universitaria) 2002, p. 50.

6 Bascuñán, Aníbal, “Proemio a una Edición”, en Letelier, Valentín, *Génesis del Derecho*, (Editorial Jurídica de Chile) 1967, p. vii.

7 *Ibid.*

Fernández puede exhibir una continuidad histórica hasta el presente que la corriente socio-jurídica no puede, al punto que de la filosofía del derecho ha rebasado al campo del derecho constitucional –e incluso administrativo– en la forma de un “constitucionalismo pontificio y originalista”,⁸ en expresión de Ruiz Tagle.

En cierta medida, la pérdida de continuidad académica del *sociologismo jurídico* se debe a las repercusiones en el plano académico de los procesos políticos que configuraron al Chile actual.⁹ Esto se ve bien reflejado, nuevamente, en los cambios terminológicos experimentados en la Universidad de Chile: tras haber recibido brevemente la denominación de “Facultad de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales” durante la Unidad Popular, expresión que daba cuenta de un esfuerzo por reorganizar el estudio y la enseñanza del derecho de acuerdo a parámetros teóricos en sintonía con la filosofía que inspiraba a dicho gobierno, ella pasó en 1975 a llamarse “Facultad de Derecho” a secas, como expresando el deseo de concentrarse exclusivamente en aquello que la comunidad profesional consideraba propiamente como *jurídico*. En términos más sustantivos, mientras el iusnaturalismo gozaba de protagonismo académico¹⁰ e incluso institucional al convertirse en la ideología oficial del Régimen¹¹ y de su Constitución,¹² aquellas iniciativas que apuntaban al estudio de la relación entre derecho y sociedad, incluyendo programas de colaboración con centros dedicados a la materia en universidades estadounidenses¹³, así como la colaboración investigativa entre la mayoría de las facultades de

8 Ruiz-Tagle, Pablo, *La República en Chile: Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, (Lom Ediciones) 2006, p. 139.

9 Sobre esta discontinuidad, ver Sierra, Lucas, “Derecho, cambio social y los juristas en Chile: de la estridencia de los 60 al silencio de hoy”, en Saba, Roberto (ed.), *El derecho como objeto e instrumento de transformación, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, (Editores del Puerto) 2003.

10 Gaete, Sergio, “El Poder Constituyente: Discurso de Inauguración de las Novenas Jornadas de Derecho Público”, en Blumenwitz, Dieter y Gaete, Sergio, *La Constitución de 1980: Su legitimidad*, (Editorial Andrés Bello) 1981, p. 35: “El Derecho Natural y el Derecho Positivo forman un sistema unitario de organización jerárquica, pues las normas positivas se desprenden de los principios éticos fundamentales”.

11 Junta de Gobierno, *Declaración de Principios del Gobierno de Chile*, (Editora Nacional Gabriela Mistral) 1974, p. 13: “En consideración a la tradición patria y al pensamiento de la inmensa mayoría de nuestro pueblo, el Gobierno de Chile respeta la concepción cristiana sobre el hombre y la sociedad”.

12 Ver Cristi, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán: Autoridad y libertad*, (Lom Ediciones) 2000.

13 Ver Gardner, James, *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, (University of Wisconsin Press) 1989, pp. 127-190, y Merryman, John Henry, “Law and Development Memoirs I: The Chile Law Program”, en *American Journal of Comparative Law*, 48, 2000, p. 481.

derecho nacionales,¹⁴ fueron clausurados sin haber encontrado eco hasta el día de hoy.

Sea como sea, esa interrupción ha de terminar. A fin de cumplir a cabalidad sus funciones como centros de creación de conocimiento y de formación profesional,¹⁵ las escuelas de derecho harían bien en entenderse a sí mismas como Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales. Para ello han de reanudar ese estudio socio-jurídico que tuviera en Letelier a su primer y más destacado cultor entre nosotros. Dicho enfoque, al menos tal como lo entiendo yo, no pasa por adoptar métodos de análisis cuantitativos en el análisis jurídico, sino más bien por la incorporación de preguntas y temáticas que atiendan al contexto social en que se desarrollan las instituciones jurídicas. Este trabajo busca, por lo tanto, sentar algunas premisas conceptuales a partir de las cuales enfrentar con mayor detalle el estudio del fenómeno socio-jurídico en Chile.

2. Premisas conceptuales

La primera pregunta es qué quiero decir cuando hablo de *derecho* y *sociedad*. Si bien dichos términos son bastante sugestivos, es decir, están dotados de aquello que algunos metodólogos denominan *resonancia*,¹⁶ sigue siendo conveniente que explicité qué entiendo por tales conceptos a fin de facilitar la lectura de este trabajo.

Empleo los conceptos de “derecho” y “sociedad como expresivos de dos dimensiones, niveles, o planos de la actividad humana: lo “jurídico” y lo “social”. Dada la extensión de dichos planos, éstos no se pueden definir mediante una enumeración de objetos que pertenezcan a su campo sino mediante la identificación del criterio mediante el cual dichos objetos serán imputados a una u otra dimensión.

En el caso del derecho, existen distintas respuestas a la pregunta de qué constituye algo como *derecho*; casi tantas como personas que han escrito sobre

14 Ver Bascuñán, Antonio y Figueroa, Gonzalo, *Derecho y sociedad*, (Centro de Promoción Universitaria) 1978.

15 Sobre la relevancia de las ciencias sociales en la formación profesional, ver Holmes, Oliver W., “The Path of the Law”, en *Harvard Law Review*, 10, 1897, p. 61. En este influyente discurso del Juez Holmes se delinea tanto un paradigma para entender el derecho, el cual Holmes ve como la formulación de predicciones sobre qué harán las cortes, así como un programa educativo, entrenar a los futuros abogados en la elaboración de dichas predicciones, e investigativo, incorporar a la agenda académica aquellas disciplinas que permitan entrenar a los abogados en la elaboración de dichas predicciones.

16 Gerring, John, *Social Science Methodology: A Criterial Framework*, (Cambridge University Press) 2001, p. 52: “El grado en el cual una definición tiene sentido, o es intuitivamente clara, depende de en qué medida se adecúa a o choca con su uso establecido, tanto dentro del lenguaje cotidiano como dentro de la región especializada del lenguaje en la cual el término sea empleado”.

el tema. De ellas, por su compatibilidad con la perspectiva analítica de este trabajo, seguiré la propuesta teórica de Hart en cuanto a que el derecho es un sistema normativo unificado por la existencia de un punto de vista interno, es decir, por una actitud de adhesión ante el conjunto de dichas normas.¹⁷ Debido a ello, el caso paradigmático de lo jurídico consiste en la adjudicación, la resolución de conflictos por parte de los tribunales, dado que su labor expresa de manera ejemplar la actitud del participante que acepta las, por así llamarlas, reglas del juego. En torno a la adjudicación giran diversas actividades de naturaleza anfibia: son jurídicas, pero también son políticas –la producción de normas por parte de los órganos legislativos–; pedagógicas –el estudio de dichas normas en las escuelas de derecho–, empresariales –la formulación de estrategias que permitan evitar la litigiosidad–, en una enumeración que no pretende ser taxativa.

¿Qué es, en este contexto, la *sociedad*? Lo *social*, sugiero, consiste tanto en (1) el medioambiente dentro del cual se desarrollan las actividades antes mencionadas, como (2) en aquellas actividades que, proviniendo desde el mundo no especializado, se superponen en ciertos aspectos y en ciertas circunstancias con las actividades propiamente jurídicas. Así, el contexto cultural, desde los valores transmitidos mediante procesos educativos formales e informales hasta la opinión pública, influencia la interpretación de los textos jurídicos que hagan los operadores jurídicos. Asimismo, los movimientos sociales y la ciudadanía en general formulan sus pretensiones y puntos de vista en envoltorios de apariencia jurídica, tales como *derechos*, *justicia*, *legalidad* o *legitimidad*. Lo *social*, por tanto, sin pertenecer a la esfera de lo estricta y propiamente jurídico se le presenta, a veces de manera implícita y otras veces bien explícitamente, al *derecho* en el desarrollo de sus funciones.

Ambas esferas o planos están, desde luego, necesariamente interconectadas. La teoría de sistemas de Luhmann observa que lo jurídico dispone de mecanismos estructurales para utilizar lo social como insumo:¹⁸ así, las escuelas de derecho reciben a personas carentes de instrucción jurídica a fin de entrenarlas en dicha técnica y, de paso, les transmiten una cultura y un voca-

17 Hart, Herbert, *The Concept of Law*, (Oxford University Press) 1994. Comúnmente se destaca de Hart su noción del derecho como la unión de reglas primarias y reglas secundarias, de entre las cuales destaca la regla de reconocimiento, énfasis que refleja el aspecto *analítico* de dicho trabajo. Mi foco en el punto de vista interno, en tanto, se concentra en su aspecto *socio-jurídico*. Ambos aspectos son reconocidos por Hart, quien califica su libro tanto como un ensayo en *jurisprudencia analítica* como de *sociología descriptiva*, p. vi.

18 Luhmann, Niklas, “Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System”, en *Cardozo Law Review*, 13, 1992, p. 1419.

bulario propio de quienes practican el derecho; el proceso legislativo convierte sistemáticamente las preferencias sociales en normas obligatorias de alcance general; y los abogados sirven de mediadores entre las preferencias de sus clientes legos y el sistema normativo.

Sin embargo, la existencia de dichos mecanismos estructurales de acoplamiento entre lo jurídico y lo social no zanja definitivamente la pregunta, tanto en un sentido descriptivo como en un sentido prescriptivo, sobre la relación entre derecho y sociedad. ¿Son las normas que integran el sistema jurídico autosuficientes, o requieren de insumos provenientes de otras áreas para poder ser implementadas? ¿Aplican los jueces criterios culturales o valóricos, es decir, criterios no jurídicos, al momento de fallar? ¿Podría ser de otra forma? ¿En qué casos nos parecerá correcto que ello sea así y en qué casos no? ¿Cómo debieran actuar los operadores jurídicos ante los elementos no jurídicos presentes en su actividad? ¿Debieran negar su existencia o, en lugar de ello, tematizarla abiertamente? Y, de manera relacionada, ¿qué tipo de preparación debieran recibir los futuros operadores jurídicos? ¿Una que se concentre en la comprensión del sistema de normas desde una perspectiva interna? ¿Qué tipo de preguntas debieran integrar la agenda investigativa de quienes se dedican al estudio académico del derecho, la elaboración dogmática de las normas o la exploración de los intersticios por donde se cuele la facticidad? El estudio de la relación entre derecho y sociedad, en suma, se aboca a estas y otras preguntas.

3. Dos estados: Sincronía y asincronía

Una primera pregunta sobre dicha relación es de carácter dinámico o, si se quiere, diacrónico. ¿Cómo se relacionan derecho y sociedad en términos de sus respectivos grados de desarrollo funcional?

Esta pregunta es importante porque, como veremos a continuación, de ella se desprenden distintos tipos de discurso sobre la relación entre derecho y sociedad que han sido tremendamente importantes en nuestra historia. Ella supone la posibilidad de que uno u otro elemento –derecho y sociedad– estén, en nuestra opinión, en etapas más o menos avanzadas. ¿Qué pasa si tenemos que el derecho está más avanzado que la sociedad, o viceversa? ¿O si tanto derecho como sociedad se encuentran en estados primitivos? En resumidas cuentas, hay dos posibilidades fundamentales: o bien existe *sincronía* entre derecho y sociedad, es decir, derecho y sociedad se parecen entre sí en un sentido relevante para el observador; o bien existe *asincronía* entre derecho y

sociedad, lo que indica que se diferencian entre sí de una manera relevante para el observador. Los casos de sincronía son los más polares: en ellos, o bien tanto derecho como sociedad son bien evaluados, configurando un *noble sueño*, o bien ambos son mal evaluados, resultando en una *pesadilla*.¹⁹ En los casos de asincronía, el hablante implícitamente plantea la necesidad de que el elemento mejor evaluado mejore al otro; ya sea que el derecho reforme la sociedad o que el derecho sea actualizado para satisfacer a la sociedad. De esta forma, tenemos la siguiente tabla:

	Derecho bien evaluado	Derecho mal evaluado
Sociedad bien evaluada	(1) Noble sueño	(2) Modernizar al derecho para satisfacer a la sociedad
Sociedad mal evaluada	(3) Modernizar la sociedad mediante el derecho	(4) Pesadilla

Como dijera, cada uno de estos casilleros representa un tipo de narrativa respecto de la relación entre derecho y sociedad. Ejemplo del casillero (1) es la valoración que de la Constitución de 1833 hiciera Alberto Edwards, “monumento sólido e inmovible”²⁰ cuyo valor reposa en “las dos más poderosas tradiciones de organización y gobierno, que nos habían legado tres siglos de coloniaje; la centralización y la autoridad”.²¹ Ejemplo del casillero (2) es la caracterización de Eduardo Novoa de “la legislación vigente, considerada en su integridad”, como “una legislación inadecuada”,²² situación que en su opinión volviera “indispensable poner la legislación chilena a tono con las necesidades sociales del momento”, así como “hacer otro tanto con los juristas chilenos”.²³ Ejemplo del casillero (3) es la afirmación de Eduardo Frei Montalva que la “transformación de la estructura social y económica del campo chileno se ha llevado adelante fundamentalmente a través de la Reforma Agraria”, completada mediante “la aprobación por parte del Congreso de la reforma constitu-

19 Ver Hart, Herbert, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, (Oxford University Press) 1983.

20 Edwards, Alberto, “La Constitución de 1833”, en *Revista Chilena de Derecho*, 2, 1975, p. 5.

21 *Ibíd.*, p. 7.

22 Novoa, Eduardo, “Crisis en el sistema legal chileno”, en *Obras escogidas: Una crítica al derecho tradicional*, (Ediciones del Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar) 1993, p. 97.

23 *Ibíd.*, p. 106.

cional que permitió realizarla verdaderamente, y de la ley de Reforma Agraria que fue dictada en Julio de 1967”.²⁴ Ejemplo del casillero (4) es todo discurso que, siguiendo a Engels, sostenga que el ordenamiento jurídico y su aparato administrativo es “el Estado de la clase más poderosa, de la clase económicamente dominante que, con ayuda de él, se convierte también en la clase políticamente dominante, adquiriendo con ello nuevos medios para la represión y la explotación de la clase oprimida”.²⁵ Todas estas afirmaciones plantean una proposición diacrónica respecto de la relación entre derecho y sociedad; y, en consecuencia, aspiran a enmarcar el pensamiento y la acción en este plano.

4. Dos concepciones: Autonomía y responsividad

Una segunda pregunta sobre la relación entre derecho y sociedad es de carácter estático o, si se quiere, sincrónico. ¿Cómo encara el derecho a la sociedad? ¿Cómo se enfrenta a las expectativas y estímulos de todo tipo provenientes de ese plano?

El carácter binario de esta pregunta arroja dos posibles respuestas: o bien el derecho reacciona frente a la sociedad protegiéndose a sí mismo o bien se pone al servicio de ella. Esta distinción básica engendra dos modelos para entender la relación entre derecho y sociedad y la intersección entre derecho y política. Uno de ellos, que denominaré la *autonomía* del derecho, consiste en la creencia que el derecho contiene una racionalidad propia, inmanente, a la cual deben ser sometidos los hechos sociales que se le presentan. Para esta concepción el derecho, comportándose como un factor o elemento activo, estructura a la sociedad, el elemento que se comporta como un factor pasivo. Así, por ejemplo, para Soto “el Derecho es instrumento civilizador”, no “mera fachada formalista”,²⁶ pues es “una determinación, una medida” que “del mismo modo que un molde o matriz” va “moldeando las relaciones sociales dándoles su propia forma”, “impregna[ndo] de orden la vida colectiva” y “construi[endo], también, a las energías vivas de la comunidad a elevarse hasta su propia altura, a llevar grabada su marca específica”.²⁷ El otro modelo,

24 Frei, Eduardo, *Sexto Mensaje al Congreso Nacional*, (Imprenta Servicio Prisiones) 1970, p. 65.

25 Engels, Friedrich, *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, (Melsa) 2001, p. 222.

26 Soto, Eduardo *Derecho Administrativo: Bases fundamentales*, Tomo I, (Editorial Jurídica de Chile) 1996, p. 347.

27 *Ibíd.*, p. 348.

al que me referiré como la *responsividad* del derecho,²⁸ consiste en la creencia que el derecho encuentra sus fines y rasgos fundamentales en la sociedad concreta en que existe, a la cual sirve como un medio a un fin. Para este punto de vista, la sociedad es el término activo que estructura al derecho, el elemento pasivo.²⁹ Así, Novoa considera que “el papel propio del jurista empieza recién cuando se trata de traducir en normas jurídicas, precisas y distintas, el comportamiento que deben observar los miembros de la sociedad”³⁰ una vez que “el poder político asesorado por técnicos sociales” ha hecho la selección, “considerando las circunstancias de la vida social”, del “modelo de organización social”³¹ a ser implementado en concreto. Esto es así porque, según Novoa, “el derecho carece de un contenido propio y constituye únicamente un conjunto de formas que el legislador utiliza para alcanzar efectos prácticos en la conducta de los hombres”.³²

Autonomía y responsividad son dos ideales de derecho contrapuestos: dos imágenes distintas y que compiten entre sí, cargadas de atractivo emocional y racional, acerca de por qué obedecer al derecho es algo valioso, por qué el imperio de la ley es un proyecto de sociedad que vale la pena. Los discursos así contruidos contarán con sus propios mitos fundacionales, sus ritos justificatorios, sus héroes, santos, y demonios; buscan darle significado o sentido a la realidad, a nuestras prácticas sociales y a nuestra vida en común. Su carácter fundamentalmente normativo le permite a estos discursos cumplir funciones justificatorias y prescriptivas: dan cuenta de por qué actuamos como lo hacemos y de cómo podemos mejorar. Al dar una respuesta a la pregunta de por qué es valioso vivir bajo el imperio del derecho, autonomía y responsividad

28 Utilizo este adjetivo, castellanización del término *responsiveness*, para expresar la idea de aquello que es capaz de dar respuesta a los estímulos que se le presentan. Por cierto, no soy el primero en intentar introducir este neologismo, y el concepto socio-jurídico que él expresa, en nuestro instrumental teórico. Ver Montt, Santiago, “Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales”, en *Documento de trabajo 4*, (Centro de Regulación y Competencia Universidad de Chile) 2010.

29 Como puede comprobar el lector, el carácter binario de estas estructuras se reitera al interior mismo de cada una de ellas, dado que administran jerárquicamente la relación derecho/sociedad asignando un rol positivo y uno negativo. Uno de los temas recurrentes en la filosofía contemporánea, en efecto, es la identificación de las oposiciones o dicotomías que estructuran nuestra percepción de la realidad. Para una introducción a estos temas escrita por un académico jurídico, ver Broekman, Jan M., *El estructuralismo*, (Herder) 1979.

30 Novoa, Eduardo, “Algo sobre la noción de derecho”, en *Obras Escogidas: Una crítica al derecho tradicional*, (Ediciones del Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar) 1993, p. 32

31 *Ibíd.*, p. 31.

32 *Ibíd.*, p. 39.

cumplen a nivel social la función que Kelsen asignaba a nivel conceptual a la *Grundnorm*, “fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico”.³³

Como ideal de derecho, la autonomía apela a la autoridad de la experticia, del dominio de los profesionales del intrincado y exigente mundo del conocimiento jurídico. Desde esta perspectiva, la autonomía del derecho ha de ser defendida para preservar la integridad del imperio de la ley contra su disolución en mera argumentación moral, su violación por parte de los actores políticamente motivados, y su rendición a la opinión pública o las preferencias populares. Para la autonomía del derecho, las esferas sociales situadas más allá de los límites de lo jurídico –es decir, la moral, la política, la opinión pública– son imaginados pesimistamente, como posibles amenazas a la pureza y la integridad de la ley.

Por su parte, la responsividad apela a la autoridad de la identidad comunitaria, de la capacidad del derecho de reflejar el ethos social y de satisfacer a los destinatarios de las normas. Desde esta perspectiva, la responsividad es una condición necesaria para su legitimidad, por su capacidad de despertar una aceptación casi espontánea y responder a los problemas y necesidades propias del lugar y tiempo en que existe. Para la responsividad, las esferas o prácticas sociales que están más allá de los límites de lo jurídico son imaginadas con optimismo, como fuentes inagotables de autoridad y de renovación.

Estos dos ideales del derecho expresan acertadamente temas más amplios del imaginario social de la modernidad,³⁴ tales como los valores del conocimiento especializado y del autogobierno, el poder universal de la razón y el arraigo profundo de lo local; por esta razón, a pesar de que podamos abrazar con pasión un imaginario u otro de manera recíprocamente excluyente, finalmente no podemos descartar ninguno de ellos de nuestro discurso colectivo. Son modalidades de argumentación jurídica fundamentales, rasgos distintivos del discurso jurídico que están profundamente arraigados en nuestro imaginario social y profesional.

Autonomía y responsividad presentan, en definitiva, una relación compleja entre sí. Compiten pero también se complementan. Forman, en definitiva, una oposición binaria que estructura nuestra percepción del fenómeno social, un complejo o conjunto dialéctico, una *complexio oppositorum*.

33 Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, (Eudeba) 1960, p. 113.

34 Ver Taylor, Charles, *Imaginarios sociales*, (Paidós) 2006.

5. La cultura jurídica chilena: Legalismo y juridificación constitucional

Autonomía y responsividad son patrones discursivos a los cuales los hablantes recurren para expresar sus visiones sobre la relación entre derecho y sociedad. Dichos discursos, agregadamente, constituyen la cultura jurídica de una sociedad; cabe preguntarse, en consecuencia, ¿qué patrones discursivos predominan en nuestra cultura jurídica? Creo, al respecto, que nuestra cultura jurídica se caracteriza por una actitud *legalista* que, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, viene a ser reforzada al desarrollarse una concepción legalista o *juridificada* de los contenidos normativos de la Constitución.

Para entender el carácter legalista es necesario remontarse al siglo XIX. El discurso jurídico chileno se articula tempranamente en torno a la producción intelectual y legislativa de Andrés Bello y Mariano Egaña. Ambos fueron los juristas de cabecera del régimen establecido tras el triunfo en Lircay de las tropas de José Joaquín Prieto, dándole forma jurídica al proyecto político autoritario pero modernizador de dicho régimen. El trabajo de Bello y Egaña fue sumamente productivo en ese sentido. Durante el gobierno de Prieto no solo se aprobó la Constitución de 1833, con una visible intervención de Egaña en su redacción y una más discreta participación del recién llegado Bello. También se aprobó, a partir del 1 de febrero de 1837 y hasta el 31 de mayo de 1839, más de setenta leyes puestas en vigencia por el Presidente en virtud de una amplísima ley de facultades extraordinarias dictada por el Congreso el 31 de enero de 1837 con ocasión de la guerra contra la Confederación Perú-Boliviana. Estas leyes, conocidas como las *leyes marianas* a raíz del ideólogo de este primer *resquicio legal*, dejaron en claro hasta el día de hoy quién está detrás de la mítica figura interpretativa del *legislador*: el Presidente y, más concretamente, sus equipos jurídicos. El desprecio por la labor deliberativa del Congreso llegó al punto de que un proyecto de legislación procesal preparado e impulsado en el Congreso por el senador Egaña fue puesto en vigencia casi en su totalidad el mismo 1 de febrero de 1837 por el asesor presidencial Egaña.

En cuanto a la conducción política, el régimen pelucón colocó al Presidente por sobre el Congreso; y, en cuanto a la producción de normas jurídicas, al proceso legislativo por sobre el proceso judicial. En esto, el peluconismo seguía la senda de los estados europeos, que ya desde el siglo XVII habían buscado centralizar la producción de normas jurídicas en el poder político restringiendo la discrecionalidad de los tribunales. El Código Civil redactado por Bello dejaba en claro desde sus primeras líneas que el poder de crear

derecho, esto es, de mandar, prohibir o permitir mediante una declaración de la voluntad soberana, se hallaba radicado en la ley, mientras que la fuerza obligatoria de las resoluciones judiciales estaba confinada a los casos en que aquella fuera ejercida. Reforzando este punto, el razonamiento jurídico mismo de los jueces fue estructurado estrictamente mediante reglas vinculantes de interpretación que enfatizaban la sujeción del juez al tenor literal de la ley. Contra lo que sugiere la teoría del derecho en la actualidad –esto es, que la discrecionalidad judicial no puede ser eliminada–, el Código parece creer que la ley sí puede controlar de manera determinante la labor adjudicativa de los jueces y que los únicos casos en que esto no ocurre se debe a aquellos puntos en que la ley contiene pasajes oscuros o contradictorios; esto es, a deficiencias de la técnica legislativa.

Bello refuerza esta idea argumentando, desde las páginas de “El Araucano”, que no deben “oírse en el santuario de la justicia otras voces que aquellas que, pronunciadas por la razón antes de los casos, dieron a los jueces las reglas seguras de su conducta.” Si los jueces pudieran obrar de otra forma “no ya por las leyes se reglarían las decisiones, sino por las particulares opiniones de los magistrados.”³⁵ Por esto, concluye Bello, el juez es “esclavo de la lei.” Estas afirmaciones de Bello, desde luego, se sostienen en la premisa de que al obedecer ciegamente a la ley el juez estará en condiciones de alcanzar respuestas unívocas que le eviten la necesidad de ejercer su discreción. Esto, si lo tomamos como una teoría descriptiva de la adjudicación, sugiere una visión bastante ingenua por parte de Bello. Sin embargo, también podemos entender las palabras de Bello como un mito fundacional de la cultura jurídica chilena, que se traduce en el convencimiento o insistencia por parte de los operadores jurídicos de que, como lo resumiera Agustín Squella, “los jueces no producen derecho, sino que meramente aplican un derecho invariablemente preexistente a los casos jurídicamente relevantes de la vida social que ellos conocen y fallan”.³⁶ Esta cultura jurídica, coinciden los comentaristas,³⁷ es fundamentalmente legalista en cuanto a su confianza en la capacidad de la ley escrita en resolver de manera plena y suficiente los conflictos o contiendas

35 Bello, Andrés, “Observancia de la Lei”, en *Obras completas, Volumen 9: Opúsculos jurídicos*, (Impreso por Pedro G. Ramírez) 1885, p. 202.

36 Squella, Agustín, *La cultura jurídica*, (Corporación de Promoción Universitaria) 1992, p. 41.

37 Para una revisión reciente de la materia, ver Baraona, Jorge, “La cultura jurídica chilena: Apuntes históricos, tendencias y desafíos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2010, p. 427.

que le son presentados. El juez que se asume en esta cultura, no necesita materiales extra-jurídicos para ejecutar sus funciones: todo se encuentra en la ley. La autonomía del derecho, en consecuencia, domina nuestra legalista cultura jurídica.

Esta cultura legalista tenía, durante la vigencia tanto de la Constitución de 1833 como la de 1925, una clara frontera: el derecho constitucional. En esta época, la Constitución es vista como un documento de naturaleza jurídico-política, más receptivo a los procesos sociales en su estructura y funcionamiento que otros textos como el Código Civil. Reflejo de ello es, por ejemplo, la obra publicada por Jorge Huneeus en 1879: *La Constitución ante el Congreso, o sea, Comentario positivo de la Constitución Chilena*, cumbre de la reflexión iuspública decimonónica. Ella refleja la comprensión de dicho documento como un texto que adquiere su significado a través del debate público, no mediante la especulación dogmática del jurista. Huneeus expresa que su propósito ha sido ser “un modesto espositor i compilador de los debates parlamentarios relativos a la Constitución que nos rige”, lo cual desde luego no le impide emitir su “opinión personal en cada caso”, entrar “en el campo de la teoría, cuando ello es menester”, comparar “con las nuevas las antiguas disposiciones constitucionales que ya han sido corregidas o alteradas”, e indicar “algunas de las reformas” que a su juicio habían de ser introducidas “en nuestro Código político”.³⁸ Similarmente, el *Tratado de Derecho Constitucional* de Alejandro Silva, aparecido en 1963, expresa que “el estudio del Derecho Constitucional [...] no se agota en la exégesis de la Ley Fundamental y del derecho que de ella deriva”³⁹, es en la ciencia política de donde “debe provenir, en su esencia, la concepción del orden que se quiere implantar en el Estado, la inspiración de las soluciones a los problemas públicos, el contenido de las reglas jurídicas que encaucen la acción del poder político y susciten la colaboración de los gobernados, los estímulos que faciliten y hagan constructiva y razonable la obediencia”.⁴⁰ Para Silva el derecho constitucional, en definitiva, “no puede prescindir de la realidad de la sociedad política, de las fuerzas que en ella actúan, del estudio de los fundamentos, límites y alcance del poder político, de los factores que contribuyen a fortalecer o a debilitar el civismo”.⁴¹

38 Huneeus, Jorge, *La Constitución ante el Congreso, o sea, Comentario positivo de la Constitución Chilena*, (Imprenta de Los Tiempos) 1879, p. vi.

39 Silva, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I: Principios, (Editorial Jurídica de Chile) 1963, p. 14.

40 *Ibíd.*, p. 20.

41 *Ibíd.*, p. 20.

La inclinación del derecho constitucional hacia el reino de la responsividad pareciera haber concluido a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980. Con ella, la hegemonía de la autonomía del derecho conquista un nuevo terreno, el del derecho público, e inicia una nueva era: la de la *juridificación de la Constitución*. Esta se caracteriza porque las ideas fuerza que copan el discurso constitucional –incluyendo nociones como la fuerza normativa de la Constitución, su vinculatoriedad directa, la constitucionalización del derecho o el bloque de constitucionalidad– reflejan la idea de que la Constitución se ha transformado en un documento plena y exclusivamente jurídico y cargado de contenido normativo. Quienes suscriben esta forma de entender la Constitución, ponen el énfasis retórico en presentar a la Constitución como una ley más, dotada de las características de *determinación* y *plenitud* que nuestra cultura jurídica imputara anteriormente a los productos del proceso legislativo. La genealogía de este movimiento es relativamente clara: uno de los autores más influyentes es Eduardo García de Enterría, quien, en su obra *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, articula y populariza nociones tales como el *valor normativo* de la Constitución, la *aplicación directa* de esta o la *aplicación conforme a ella de todo el ordenamiento*, entre otras.⁴² Junto a él, hay otras influencias como la de Louis Favoreu, quien divulga en el medio chileno *leitmotifs* tales como la *constitucionalización del derecho*,⁴³ para la cual “la Constitución ha cesado de ser meramente una idea y se ha transformado en una norma, esto es, en una regla jurídica sujeta a aplicación obligatoria”,⁴⁴ o el *bloque de constitucionalidad*.⁴⁵ También hay compañeros de ruta como Germán Bidart, quien escribe –influido por García de Enterría– que la Constitución “tiene *fuerza normativa* en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos”.⁴⁶ En resumen, como diría el Juez Antonin Scalia, “la Constitución, si bien tiene un efecto superior a otras leyes, es en su naturaleza el tipo de ‘ley’ que le incumbe a los tribunales”.⁴⁷ En dichas circunstancias, lo

42 Ver García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, (Civitas), 1983.

43 Ver Favoreu, Louis, “La constitucionalización del derecho”, en *Revista de Derecho Público*, 59, 1996, p. 50.

44 Favoreu, Louis, «Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit», en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1, 1990, p. 82.

45 Ver Favoreu, Louis, “El Bloque de Constitucionalidad”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 5, 1990, p. 45.

46 Bidart, Germán, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, (Ediar) 1995, p. 20.

47 Scalia, Antonin, “Originalism: The Lesser Evil”, en *University of Cincinnati Law Review*, 57, 1989, p. 855.

que cabe es hacer dogmática jurídica; no consultar el debate político ni buscar el auxilio de las ciencias sociales o políticas.

La labor del juez constitucional, en consecuencia, si bien se ve robustecida por la Constitución de 1980 respecto de la situación existente durante la vigencia de los textos constitucionales de 1833 y 1925, no es presentada de manera distinta de cómo se entendía la labor del juez ordinario de antaño: ser un médium, un oráculo de la legalidad preexistente. Esta exportación o desplazamiento del modelo de judicatura ordinaria hacia la judicatura constitucional, desde luego, solo se puede verificar en la medida en que la Constitución misma sea considerada como *ley*. Paradojalmente, tal como en el caso de las leyes marianas de 1837, este discurso de la autonomía se construye en torno a un texto –el constitucional de 1980– nacido de la insurrección armada contra el poder político establecido y mediante la sustracción a la deliberación democrática. Quizás por ello la dogmática jurídica, que parte de “postulados cuya verdad y fuerza se [dan] por sentados”,⁴⁸ es una aproximación teórica tan conveniente.

6. El poder social de la comunidad jurídica

Que el jurista sea presentado como esclavo de la ley legal o constitucional, por supuesto, tiene más que ver con el envoltorio retórico de las instituciones sociales que con su estructura organizacional. Más aun, al presentarse como expertos en un área autónoma del conocimiento, los juristas escinden la justificación de su poder de su capacidad de encontrar en la sociedad la “intuición viva de las instituciones jurídicas en su conexión orgánica”⁴⁹ y de servir a sus ciudadanos como “igualadores retóricos”.⁵⁰ El poder social mismo de la comunidad jurídica es invisibilizado al ignorarse la reflexión sobre la relación entre derecho y sociedad, lo que explica el marginal papel de la ética profesional en la producción académica y los currículos chilenos.

El estudio de la relación entre derecho y sociedad, en consecuencia, no es solo un asunto intelectualmente estimulante. Tiene que ver tanto con la *distribución* del poder como con su *justificación*. Autonomía y responsividad, en efecto, constituyen distintas formas de entender las relaciones entre conocimiento y poder, entre *auctoritas* y *potestas*, entre ciencia jurídica y función

48 Silva, Alejandro, op. cit., p. 20.

49 von Savigny, Friedrich Carl, *System of the Modern Roman Law*, Vol. 1, (J. Higginbotham) 1867, p. 13.

50 Böhmer, Martin, “Equalizers and Translators: Lawyers’ Ethics in a Constitutional Democracy”, en *Fordham Law Review*, 77, 2009, p. 1363.

judicial. El discurso de la autonomía lleva inscrita una pretensión de exclusividad o, al menos, de superioridad en favor de discursos de tipo profesional en la elucidación de contenidos normativos: importa más lo que diga sobre la Constitución un jurista que un ciudadano sin formación jurídica. Ejemplo de ello es, por ejemplo, la Sentencia Rol N° 740 del Tribunal Constitucional sobre la distribución de la *píldora del día después* que, si bien reporta haber recibido documentos presentados por organizaciones sociales y haber escuchado a sus abogados, jamás discute los *argumentos* por ellos formulados. Para el imaginario que sostiene este discurso, el derecho tiene una entidad específica cognoscible a través de reglas de interpretación que le dan determinación a las normas; por lo tanto, solo quienes lo dominan pueden formular con propiedad proposiciones interpretativas. El discurso de la autonomía implica, en términos de la relación entre conocimiento y poder, un *elitismo epistémico* –algunos tienen más capacidades para conocer que otros– que resulta en un *proceso excluyente* (solo algunos están en condiciones de participar). Que esto ocurra en el plano de la teoría de la posesión, desde luego, no parece tan grave como que ocurra respecto del Código Político, cuya textura normativa es mucho más porosa y cuyo arraigo y legitimidad social sigue siendo escaso.

El discurso de la responsividad parte de un imaginario distinto, que gira en torno a la indeterminación de las normas. Con esto establece un límite claro al poder de los juristas: como en los casos de indeterminación no es posible encontrar respuestas unívocas y concluyentes mediante las reglas que el propio ordenamiento jurídico entrega, es necesario recurrir a otras fuentes de determinación de los contenidos normativos. Si las normas no tienen contenidos ciertos y determinados, entonces lo mejor que puede hacer el juez es voltear la mirada hacia su comunidad; así, al menos puede asegurar para el derecho legitimidad social. Y, aunque esto no asegura un proceso participativo, sí al menos sienta las bases conceptuales para un proceso inclusivo en el cual no solo los discursos de carácter profesional sean tomados en cuenta por el órgano adjudicador.

El estudio de la relación entre derecho y sociedad, así como la reivindicación de una forma responsiva de entender dicha relación, puede mejorar nuestras prácticas sociales y robustecer nuestras instituciones. En otro trabajo he abordado la pregunta de cómo una atenta consideración a las dinámicas de autonomía y responsividad debiera transformar nuestro estudio del derecho, con particular énfasis en el derecho constitucional, y distanciarnos del

predominio de la dogmática jurídica.⁵¹ Aquí quiero sugerir, brevemente, que enfatizar la capacidad del derecho de dar respuesta a las expectativas y necesidades sociales debiera mejorar la práctica jurídica, tanto en lo que respecta a la profesión considerada como un todo como al ejercicio de la función jurisdiccional. Una comprensión responsiva de dichas instituciones presenta nuestra práctica jurídica bajo su mejor luz, lo cual a su vez nos permitirá –siguiendo a Dworkin– ajustar dicha práctica a fin de servir de la mejor manera estos ideales convertidos en principios justificatorios de la propia práctica.

7. Una ética profesional responsiva

La comunidad jurídica, el conjunto de los profesionales del derecho como un todo, posee importantes poderes institucionales sustentados en el saber que les es común y que, a su vez, es fuente de prestigio social y, por consiguiente, de ingresos. El título académico de Licenciado en Derecho conduce a la obtención del título profesional de abogado, el cual autoriza a quien lo detenta a patrocinar todo tipo de causas ante los Tribunales de la República. Algunos abogados optan por incorporarse a dicha institución, pudiendo llegar a ejercer la función jurisdiccional como jueces. En su conjunto, todo ese *poder* está sustentado en el *saber* de quienes lo ejercen. La pregunta que formula una comprensión responsiva del derecho es, ¿cómo se ejerce ese poder? ¿Qué ideales lo articulan?

La pregunta por la justificación de la profesión jurídica misma y de los privilegios que van asociados a ella no es únicamente un ejercicio intelectual: a lo largo de la historia de Occidente, la estructura organizacional de la profesión y la extensión de su monopolio sobre la acción legal ha estado varias veces sometida a discusión; piénsese, por ejemplo, en las discusiones en nuestro medio sobre la posibilidad o conveniencia de permitir, usualmente en tribunales de menor cuantía o en procesos cautelares, que los interesados intervengan sin la asesoría de un letrado en dichos asuntos. Usualmente, dichas iniciativas reflejan un reclamo social contra quienes ejercen la profesión de abogado por considerarse que ellos no satisfacen las expectativas que la sociedad pone sobre ellos. Incluso hay quienes, desde dentro de la profesión misma, han articulado estos cuestionamientos. Por ejemplo, en 1939, el profesor de la Escuela de Derecho de Yale y juez Jerome Frank publicó su libro *Woe unto You, Lawyers!*, denunciando la ética profesional de la comunidad jurídica (o

51 Ver Muñoz, Fernando, “De la dogmática jurídica al análisis socio-jurídico”.

más bien, la falta de ella) y llamando a la reducción del poder de los abogados. Entre nosotros, los casos en que se autoriza la tramitación de diversos asuntos sin el patrocinio de abogado ejemplifican la tendencia a disminuir el monopolio de los abogados en aquellos casos en que socialmente se considera que la intensidad de su *saber* no alcanza a fundamentar la entrega en exclusividad de parcelas de *poder* y de las rentas que van asociadas a ellas.

Si encontramos en la teoría social contemporánea de raíz nietzscheana la idea de que poder y saber operan en complicidad, en la filosofía política contemporánea de origen kantiano encontramos la afirmación de que todo poder debe contar con una justificación pública, esto es, que de ser formulada pueda ser aceptada por todos sus destinatarios. La profesión jurídica, desde luego, no puede pretender estar exenta de la necesidad de dar justificación de sí misma y de su concentración de saber/poder como fuentes de estatus e ingresos. Esta justificación puede ser realizada a la luz de la *moral positiva*, lo cual nos demanda explorar, mediante los instrumentos de la sociología, la aceptación social existente de la labor de la comunidad jurídica, o de la *moral crítica*, lo cual nos lleva a analizar el poder de los abogados a la luz de principios filosóficamente fundados, esto es, racionales y sistemáticos. La formulación más prestigiosa de dichos principios, en la filosofía política contemporánea, ha sido proporcionada por John Rawls en *Teoría de la justicia*. Dentro de su reflexión, lo más atinente al problema de la justificación de los privilegios asociados a la profesión jurídica es el *principio de diferencia*, que sostiene que las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para mayor beneficio de los menos aventajados y que estén unidas a cargos y funciones asequibles a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades.

¿Están los privilegios asociados a la profesión jurídica en Chile abiertos a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades? La pregunta es particularmente relevante respecto de los escalones más altos de la profesión, aquellos donde la conjunción entre saber, poder, estatus e ingresos es más intensa: esto es, en los estudios de abogados más prestigiosos de la capital. Quienes allí se desempeñan acceden a las posiciones más prestigiosas, mejor remuneradas, de mayor especialización intelectual y de mayor influencia entre las existentes en la comunidad jurídica. En este caso, la intuición –desde luego sujeta a evaluación empírica– nos sugiere que dichas posiciones están resguardadas por un triple candado: la conjunción entre capital económico o financiero, capital cultural, y capital social. Pareciera ser que solo acceden a

dichas posiciones quienes tienen niveles de capital cultural y social asequibles en Chile solo para quienes tienen el capital financiero necesario para estudiar en un puñado de no más de cinco colegios y tres o cuatro universidades. En otras palabras, solo unos pocos son lo suficientemente ricos, cultos y bien conectados como para llegar a los altos escalafones de la profesión jurídica; lo cual, a la luz del principio de diferencia, daña severamente la posibilidad de dar justificación a dichas estructuras sociales, que se convierten en meras jerarquías opresivas.⁵² Este asunto, como he dicho, requiere una investigación empírica que investigue la correlación entre dichos factores.⁵³

¿Están los privilegios asociados a la profesión jurídica en Chile estructurados de manera que sean para mayor beneficio de los menos aventajados? Una forma de responder a esta pregunta es de manera empírica, investigando de qué manera los ingresos de los abogados benefician a la sociedad toda a través de impuestos u otros bienes públicos, o incluso de manera más específica preguntándose qué cantidad de horas de trabajo dedica la clase profesional –en su conjunto o de manera desagregada– a entregar servicios jurídicos a los más desaventajados. Al respecto, la Fundación Pro Bono informa en su Memoria Anual 2009 que, durante dicho año, los abogados de los estudios pertenecientes a esta red –los cuales se encuentran entre los más prestigiosos– destinaron 12 horas en promedio al trabajo pro bono, correspondientes en total a 9.967 horas facturables. Un miembro del directorio de dicha fundación compara estos resultados con la meta de 20 horas en promedio anuales fijada por los propios estudios el 2008 y con los porcentajes encontrados entre algunas firmas en Estados Unidos donde el promedio puede llegar a 120 horas anuales,⁵⁴ comparaciones que dejan a los altos escalafones de la profesión jurídica en una difícil posición. También cabe preguntarse por el tipo de asesorías que dichos estudios entregan. ¿Favorecen mediante su intervención que los menos favorecidos puedan desarrollar libre y autónomamente sus

52 Entiéndase por opresiva una institución social carente de justificación según los estándares racionales y sistemáticos ya mencionados. Desde luego, no *justifica* dicho poder invocando el saber que tienen quienes desempeñan tales funciones; el saber mismo también es una desigualdad que necesita justificación. Quien estudia en un mal colegio y en una mala universidad tiene derecho a exigirle a quien estudia en un buen colegio y en una buena universidad que justifique sistemática y racionalmente dichas desigualdades educacionales. Ver Ackerman, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, (Yale University Press) 1981.

53 Pierre Bourdieu no solo distinguió los conceptos teóricos de capital financiero, cultural y social, sino que acometió la empresa de sustentar empíricamente los modos en que ellos interactúan. Ver Bourdieu, Pierre y Passeron, Jean Claude, *Los herederos: Los estudiantes y la cultura*, (Siglo XXI) 2009.

54 *Elmostrador.cl*, “El cara y sello del pro bono en Chile”, 25 de septiembre de 2010.

planes de vida? Esta pregunta es particularmente relevante, por ejemplo, en asuntos de familia, de derechos reproductivos y sexuales o de derechos laborales.

También cabe responder a la pregunta del párrafo anterior observando los valores mismos que guían a los altos escalafones de la profesión. En este plano, el panorama parece ser oscuro. Un ejemplo representativo de dicho segmento lo proporciona el destacado abogado y Decano de una escuela de derecho Pablo Rodríguez, quien ha argumentado en las páginas del diario *El Mercurio* que las escuelas de derecho “deben, ante todo, formar abogados capaces de incorporarse al mercado de los servicios jurídicos y actuar en él de modo de servir eficientemente a la comunidad;” es decir, “abogados para organizar y reglamentar con eficiencia la vida social.”⁵⁵ En esta formulación, la profesión está estructurada fundamentalmente para entregar su servicio de manera remunerada y orientada a los grandes clientes. No sorprende, entonces, que, desde el seno de la profesión misma, es decir, desde el Colegio de Abogados, haya surgido un esfuerzo destinado a cuestionar las normas que facultaban a los jueces a ordenar a los abogados a proveer de servicios gratuitamente a quienes estén beneficiados por el privilegio de pobreza. El resultado de dicho esfuerzo se tradujo en las sentencias del Tribunal Constitucional Roles N° 755 del 31 de marzo de 2008, N° 1138 del 8 de septiembre de 2008 y N° 1140 del 14 de enero de 2009, siendo la norma jurídica en cuestión declarada inconstitucional –solo en cuanto establecía la gratuidad de los servicios otorgados en virtud del turno– mediante sentencia Rol N° 1254 del 29 de julio de 2009. Este asunto es cultural, o valórico, si se quiere, más que práctico: lo que interesa aquí es el intento detrás de estos requerimientos por dar forma a los valores culturales que sustentan a la comunidad jurídica. Dichos valores culturales, a la luz del principio de diferencia rawlsiano, no logran tampoco justificar la concentración de saber, poder, estatus e ingresos de los altos escalafones de la profesión.

La noción de responsividad puede ayudar a reformular la profesión jurídica con el fin de cumplir los estándares justificatorios necesarios ya indicados. Cumplir con dichos estándares, dicho sea de paso, no pasa única ni principalmente por aumentar las horas de atención pro bono; exige una reformulación del rol que cumplen los abogados en la sociedad. Esto se debe a que el principio de diferencia nos entrega como norte normativo, como meta a cumplir, la

55 *El Mercurio*, “Misión profesional de la universidad”, 23 de mayo de 2009, p. A 2.

noción o ideal de *servicialidad*. Una ética profesional responsiva se hace cargo del rol que Böhmer le asigna a los abogados al calificarlos de *igualadores retóricos*; es decir, de encargados de igualar la deliberación en la sociedad asegurando que los conflictos sean resueltos mediante los mejores argumentos que la comunidad haya sido capaz de producir. Ahora bien, qué quiera decir esta responsabilidad en términos concretos solo puede ser determinado mediante procesos de diálogo social, que estén orientados a desarrollar las capacidades necesarias en los menos favorecidos para convertirse a sí mismos en sujetos políticos, en *ciudadanos*. Una ética profesional responsiva, por lo tanto, debe estar en íntima conexión con una teoría política republicana.

8. Adjudicación responsiva

La capacidad de resolver disputas en el orden temporal de manera vinculante es uno de los poderes más formidables de que goza la profesión jurídica. La comunidad jurídica toda está en condiciones de participar de dicho proceso, pero son los jueces quienes, en última instancia, ejercen directamente dicho poder. Dado el inmenso poder que la función jurisdiccional implica, su ejercicio debe también estar estructurado por una comprensión responsiva que lo justifique de cara a la sociedad.

La justificación de la función jurisdiccional no se agota, como pretende la autonomía del derecho, en la idea de fallar conforme a la ley. La ley no clausura los espacios de discreción judicial debido a sus múltiples puntos de indeterminación. La pregunta, entonces, es cómo habrán de ejercer dicha discreción los jueces. La responsividad sugiere que dicha discreción ha de ser ejercida tomando en cuenta tres elementos: primero, que en la adjudicación están en juego no solo bienes materiales e inmateriales sino también formas de ver el mundo, que la justicia demanda dar protección al más débil y que reestructura la percepción de la adjudicación misma por parte de quienes son parte de ella; segundo, apunta a orientar el sentido en el cual ella se ejerce; y, tercero, enfatiza los límites de la pretensión de conocimiento de los profesionales y, por lo tanto, de su pretensión de resolver ciertos conflictos mediante reglas jurídicas. Veremos a continuación estos tres aspectos.

Una adjudicación responsiva está más atenta a la dimensión cultural del imperio de la ley que una adjudicación inspirada en discursos de la autonomía del derecho. La adjudicación, es cierto, distribuye bienes materiales y jurídicos –derechos– en disputa; sin embargo, no hace solo esto. La litigación es un espacio de confrontación en torno a valores culturales, donde la inte-

racción entre derecho y sociedad es particularmente intensa. El ejercicio de la función jurisdiccional expresado en las sentencias judiciales tiende, por la estructura adversarial del litigio, a *reflejar* los valores culturales socialmente existentes y las tensiones culturales más importantes, todo ello expresado en los argumentos presentados por ambas partes;⁵⁶ pero también *interviene* en la sociedad al resolver la contienda en favor de una de las partes y de la narrativa presentada por aquella. La adjudicación, en consecuencia, no solo distribuye bienes sino que también escoge entre distintas narrativas o discursos sociales en disputa. Una adjudicación responsiva, esto es, atenta a las múltiples interacciones entre lo jurídico y lo social, es aquella que incorpora esta dimensión a la comprensión del proceso adjudicativo y a su ejercicio mismo, ampliando el horizonte de consideraciones más allá de lo meramente textual.

Una adjudicación responsiva recoge también las prescripciones contenidas en el principio de diferencia de Rawls. Por lo tanto, sostiene que la actividad jurisdiccional misma, el sentido en el que se fallarán los casos, ha de estar orientada a proporcionar el mayor beneficio a los más desaventajados. Esto, interesantemente, sintoniza con los principios que informan diversas áreas del ordenamiento jurídico desarrolladas durante el siglo XX, como el derecho laboral y el derecho de familia, demostrando que la responsividad cumple con presentar bajo su mejor luz ciertos aspectos de la práctica ya existente. Ahora bien, el principio de diferencia –u otros estándares similares– no nos dice cómo decidir cada caso; lo que sí hace es formular un *ideal regulativo* para la adjudicación, cuyo contenido también habrá de ser llenado por el diálogo social, al que este ideal proporciona un fin u objetivo estructurante, pero no pretende reemplazar. Ciertamente, esto llevaría a los jueces a formular juicios de mérito en ciertos casos, cosa que nuestra cultura jurídica actualmente tiende a rechazar en nombre de la autonomía del derecho. Ahora bien, el abandono de este constreñimiento permitiría a la comunidad social enjuiciar el despliegue explícito de razonamientos que, según sostiene parte de la teoría del derecho contemporánea, inevitablemente se producen en virtud de la indeterminación del derecho.

Finalmente, una adjudicación responsiva estará atenta a los límites intrínsecos del conocimiento jurídico mismo, fundamento a su vez de la pretensión de los profesionales de resolver ciertos conflictos mediante reglas jurídicas. Esto es particularmente aplicable a aquella área del derecho relativa al auto-

⁵⁶ Dichas divergencias son no solo valóricas, sino que también se extienden a la percepción misma de la realidad. Este hecho es enfatizado por el *Cultural Cognition Project* encabezado por Dan Kahan, profesor de la Escuela de Derecho de Yale. Ver culturalcognition.net.

gobierno de la comunidad, el derecho constitucional, por dos motivos. En primer lugar, en este ámbito el saber de los profesionales del derecho camina sobre suelo menos firme: la textura abierta de los conceptos constitucionales de mayor importancia dificulta que los juristas puedan reclamar frente a los demás miembros de la sociedad una experticia que justifique que ellos llenen de contenido dichos conceptos por sí solos. En segundo lugar, las dinámicas de exclusión que desencadena un discurso irrestricto de la autonomía del derecho, cuya pretensión de saber excluye a quienes no saben, es particularmente problemática cuando se trata de resolver la dirección que la comunidad política habrá de tomar. En lugar de una adjudicación *juridificadora* de la Constitución, pareciera recomendable desarrollar formas de adjudicación constitucional que dialoguen con la ciudadanía y los argumentos que tanto ella como sus representantes presentan. Desde luego, eso a menudo se traduce en una deferencia con los productos del proceso legislativo; pero también puede significar una distancia con ellos, cuando la voluntad popular parezca no acompañarles. Que este último criterio formule más preguntas de las que contesta debiera ser bienvenido por los partidarios de una concepción deliberativa de la democracia constitucional.

Conclusión

Una noción responsiva del derecho expresa mejor que una teoría autónoma del derecho las complejidades que surgen de la relación entre derecho y sociedad. Dicha noción no es completamente ajena a nuestras intuiciones y prácticas sociales; pero sí es lo suficientemente diferente de la concepción del derecho hegemónica dentro de la profesión jurídica chilena como para exigir que ciertas instituciones, prácticas y discursos sean reformulados. Tanto la enseñanza del derecho como la ética profesional han de cambiar, incorporando contenidos curriculares interdisciplinarios, estructurando agendas investigativas que complementen la dogmática jurídica, difundiendo una concepción republicana del rol del abogado dentro de la sociedad, y replanteando nuestra forma de entender la relación entre judicatura y sociedad.