

III. CINCO ASPECTOS DE LA CULTURA JURÍDICA CHILENA

En lo que sigue - y según ya lo anuncié - voy a sugerir algunas ideas que puedan orientar la investigación acerca de la cultura jurídica chilena. Según acabo de exponer, las doce hipótesis que originariamente ha formulado Squella quedan mejor tratadas si, nada más, se les reduce a cinco. El orden en que a continuación las expongo, es el que sigue. En primer lugar (1), indago en torno a las características que revestiría en Chile la ocupación dogmática. En esta parte - y sirviéndome de trabajos como los de Nino - indago acerca de la metodología argumentativa que se puede advertir en los trabajos dogmáticos en Chile. Pienso que esa metodología es una forma de resolver una cierta inconsistencia que presenta la situación social del jurista. En segundo lugar (2) inquiero acerca de las características que reviste la profesión de abogado. Según creo, esa profesión se encuentra en tránsito hacia formas cada vez menos liberales de ejercicio. Como diré luego, la figura del abogado independiente está siendo sustituida por la del profesional dependiente del gran cliente económico empresarial o por la del miembro de una organización que presta servicios de un modo fungible. Han contribuido a ello, en mi opinión, la privatización de la sociedad civil y de sus procesos de intercambio y el surgimiento de modos informales y alternativos en la resolución de conflictos. Creo que puede preverse que conforme se alienten las formas alternativas de resolución - cuestión que ya ocurre espontáneamente en las grandes organizaciones - la figura del profesional liberal en su forma clásica va a decaer. Pienso también que, en virtud de la masificación de las facultades de derecho, la profesión de abogado se va a estratificar y especializar cada vez más. En tercer lugar (3) me ocupo de sugerir algunas observaciones relativas a la enseñanza del derecho en Chile. Según creo, la enseñanza del derecho en Chile y los intentos de modificarla, se encuentran asociados al auge de la planificación y de las ciencias sociales. La falta de espíritu utópico en el gremio de los abogados, los habría devaluado en lo que Góngora denomina la "época de las planificaciones globales". Tras una fraseología pedagógica, los intentos de reformar los estudios de derecho en Chile de fines de los sesenta expresarían, en verdad, una actitud imitativa hacia las ciencias sociales. En cuarto lugar (4) indago acerca de la relación entre

derecho y valores en Chile. Como lo insinué ya, el tema de la relación entre derecho y valores es dependiente de una serie de disputas historiográficas y sociológicas aún no resueltas y que se vinculan con la vigencia del paradigma ilustrado o con la persistencia de formas barrocas de síntesis social. Como lo han sugerido Morandé y Cousiño, el tema de los derechos humanos aparece asociado desde el punto de vista cultural al texto y al mercado, o sea, a sociedades que han forjado su síntesis mediante el dinero y, como diría Habermas, la opinión pública. Ahora bien. En América Latina esa síntesis estaría centrada en el rito y de ahí la poca vigencia de ese discurso. Como diré luego, los derechos humanos en el caso de Chile son apenas una ideología y, en caso alguno, se les concibe como una técnica argumentativa para limitar políticas públicas que es lo que genuinamente son. En Chile no ha habido una dogmática de los derechos humanos y su utilización para limitar políticas públicas resulta contrapuesta a una concepción perfeccionista de la función del estado. Los juristas en Chile, al igual que el famoso Juan de Solórzano y Pereyra, suelen esgrimir concepciones perfeccionistas del estado y de la ley que resultan contrapuestas a las concepciones morales que subyacen a la idea de derechos humanos⁷³. En quinto lugar (5), y por último, indago acerca de las características principales que reviste la cultura y el ethos judicial en Chile. Como creo que ese ethos es fruto de las complejas relaciones que en Chile ha habido entre el Poder Judicial, la clase política y la sociedad civil, reviso los rasgos fundamentales que esas relaciones presentan. En mi opinión, hay buenas razones para pensar que el corporativismo de los jueces, la autonomía casi privada que suelen reclamar, su renuencia al control de la actividad pública y su actitud prescindente en materia de derechos humanos, son parte de un ethos gestado durante la república conservadora y el Estado de compromiso y se revelaron como incapacidades adiestra-

⁷³. Solórzano y Pereyra intentó conciliar, a propósito de la cédula de Medina del Campo de 1503, el principio de que los indios eran libres y, a la vez, el principio del trabajo forzado. "La fuerza o compulsión o detención de los indios en semejantes servicios - dijo - no se puede decir que contradiga su libertad; porque cuando interviene justa causa, o se atraviesa el bien universal, cualquier república bien gobernada tiene autoridad para obligar a sus ciudadanos a que trabajen y no por eso dejan de ser libres. Una cosa es ser siervo y otra es servir". La retórica de la justa causa y del bien universal pervive en la fraseología de la cultura jurídica chilena y se contrapone a la concepción de los derechos humanos como límites absolutos al poder público. El cognoscitivism ético - inconsciente - es frecuente en Chile y opera a favor del bien universal más que de los derechos morales básicos.

das durante la época autoritaria. Esa tesis central va acompañada de algunas observaciones generales relativas al despacho judicial y de un listado de items a ser investigados para esclarecer las características de los jueces en Chile.

1. En Relación al Discurso Legal y el Paradigma Dogmático: las Funciones Latentes de la Glosa y el Comentario. (Hipótesis 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 11)

Como dije al tratar de la comprensión histórica del ethos jurídico nacional, creo que buena parte de los rasgos que pueden ser auscultados en la cultura jurídica - estatismo, positivismo ideológico y, a la vez, cognoscitivism ético, concepción fungible del poder - se vinculan a algunos rasgos especialmente acusados de nuestra evolución histórica: burocratización preindustrial, falta de difusión del poder político, ausencia de disidencia religiosa, catolicismo laxo. Ese conjunto de rasgos - como suele ocurrir con los fenómenos culturales - no sólo operan de un modo pre-judicativo, sino que tienden a presentarse en términos sistemáticos y coherentes bajo la forma de un cierto paradigma explícito. Ese paradigma explícito es, en nuestro caso, lo que suele denominarse paradigma dogmático y a él deseo referirme ahora.

Hay buenas razones para no caracterizar de "dogmática" a la disciplina jurídica predominante en Chile. La dogmática, como ya dije, se encuentra ligada a procesos de burocratización y racionalización culturales que en Chile no se produjeron sino en forma asimétrica y, en todo caso, en términos más civilizatorios que estrictamente culturales. En verdad, parece más correcto referirse a un paradigma legalista cuyas raíces, como ya insinué por vía de hipótesis, son antiguas y se encuentran vinculadas al reformismo y el burocratismo preindustrial del centralismo borbón. Ese paradigma, desde el punto de vista académico, por otra parte, tampoco ha desarrollado en Chile metodologías propias de la argumentación práctica. La ausencia de casación que en los últimos lustros se ha acentuado en Chile, según ya lo mostré, ha desfavorecido la necesidad de desarrollar una práctica argumentativa en base a razones justificatorias públicas y preexistentes, cual es la dogmática. Con todo - y en el entendido que me estoy refiriendo a un paradigma argumentativo que no reviste los

plenos caracteres de la disciplina vinculada al iusnaturalismo racionalista y a ciertas técnicas de fijación del derecho - voy a hablar igualmente en lo que sigue de paradigma dogmático. Intentaré caracterizar ese paradigma como fruto de una cierta inconsistencia de expectativas: los juristas estarían sometidos - a parejas - a la necesidad de *conocer* el ordenamiento y de *producir* decisiones. Como ambas labores son incompatibles, el nudo de la disciplina consiste en presentar como conocimiento lo que, en verdad, es creación. Ese modo de resolver la inconsistencia (que en modo alguno equivale a mera simulación) oculta, también, algunas de las más importantes funciones de la dogmática, entre las que se cuenta la de optimizar, esto es, mejorar, el ordenamiento jurídico positivo.

Pues bien. En lo que sigue, deseo sugerir algunas características del lenguaje legal - esto es, del lenguaje utilizado por los representantes de la cultura jurídica interna. Luego de ello, me ocuparé de caracterizar el paradigma dogmático a cuyo través ese discurso organiza su sentido. Al tratar del paradigma, me referiré fundamentalmente a la dogmática civil (que es la que conozco más de cerca); creo, empero, que las conclusiones que expondré pueden generalizarse hacia la dogmática en general.

Las características del lenguaje legal - bastante obvias, como se verá - son, según creo, las que siguen:

a. Se trataría, en primer lugar, de un lenguaje de poder, y ello no sólo, o no únicamente, porque emane de aquellos que son poderosos, sino, más bien, porque se trataría de un lenguaje dirigido a ellos;

b. Se trataría, en segundo lugar, de un lenguaje que, al menos en parte, alude a hechos, intentando otorgar, a esos hechos, cierta significación intersubjetiva que viene dada por las reglas;

c. Se trataría, en tercer lugar, de un lenguaje que "usa", y no solamente "menciona" valores, esto es, de un lenguaje que apela a valores enfrente de hechos o acciones;

d. Se trataría, en cuarto lugar, de un lenguaje que se ejecuta al interior de una profesión, o sea, que se ejecuta por un grupo de sujetos que coinciden en una misma actividad y en un mismo ethos en el marco de la división social del trabajo;

e. Se trataría, en quinto lugar, de un lenguaje que supone la puesta en juego de un cierto *paradigma* que define, en parte importante, a los elementos precedentes.

Pues bien. En lo que sigue me propongo sugerir alguna descripción de los elementos centrales de ese paradigma. El supuesto de lo que diré es que el paradigma dogmático se trasunta, de modo relevante, en todas las áreas - no las puramente académicas - del quehacer jurídico. Sostendré que el desconocimiento en nuestra cultura de las funciones latentes de la dogmática - la principal de las cuales es la optimización del derecho positivo - impide a los juristas ejecutar y asumir explícitamente una dogmática social y políticamente adecuada a las expectativas que surgen del ideal del Estado de Derecho Democrático. Vayamos, entonces, al asunto anunciado: ¿cuáles son las características más relevantes de la dogmática jurídica?

La dogmática jurídica, como cualesquiera otra actividad humana, puede ser objeto de dos tipos de discurso o proposiciones. Podemos referirnos a ella en actitud *prescriptiva* o, en cambio, en actitud *descriptiva*.

En el primer caso - o sea, cuando hacemos a la dogmática objeto de prescripciones - no intentamos establecer qué *hacen* los juristas ni *cómo*, en efecto, lo hacen, sino que, cosa harto distinta, intentamos establecer qué es lo que los juristas *deberían hacer* para ajustar su actividad, vgr., a un modelo de científicidad posible. En este caso, no intentamos saber qué hacen los juristas, sino, a la inversa intentamos hacerles saber a ellos aquello que, a nuestro juicio, deberían hacer.

En el segundo caso, a su turno, o sea, cuando hacemos a la dogmática objeto de *descripciones*, no intentamos establecer lo que los juristas *deberían hacer* para ajustar su conducta al ideal de una actividad social o académicamente prestigiosa, sino, cosa en verdad diversa, intentamos simplemente registrar y establecer qué es lo que, en efecto, hacen los juristas y *cómo*, en efecto, lo hacen.

En el primer caso - esto es, al adoptar actitud prescriptiva- no tomamos *posesión de la* actividad dogmática, sino que tomamos

posición ante ella; en el segundo caso - esto es, al adoptar actitud descriptiva - no tomamos posición ante la actividad dogmática, sino que intentamos, por el contrario, tomar posesión intelectual de esa misma actividad, o, si se prefiere, en el primer caso elaboramos un proyecto de modificación del saber de los juristas en tanto en el segundo, apenas un proyecto de información acerca de esa misma actividad. En lo que sigue - sobra, en verdad, decirlo - adoptaremos por modo predominante la segunda actitud en vez de la primera, o sea, intentaremos registrar los rasgos más frecuentes que, de hecho, presenta la actividad dogmática.

Me parece a mí que un buen modo de llevar a cabo una caracterización descriptiva o fáctica de la dogmática, es servirse del término "paradigma" que Thomas Kuhn - hace ya unos cuantos años - puso de moda en el tráfico verbal de las ciencias sociales.

Ese autor utiliza la palabra "paradigma" para designar a un conjunto central de elementos que constituyen la posesión común de quienes ejecutan una disciplina usualmente científica, y que se encuentra constituido por *reglas, definiciones, creencias* (en el sentido orteguiano) e incluso prejuicios (en el sentido de Gadamer), todos los que, *confabulados, sirven para configurar el objeto de análisis de la disciplina en cuestión, las preguntas y las formas admitidas de responder a ellas y cuya posesión y manejo constituye el test o criterio central para el reclutamiento de nuevos miembros.*

El conjunto de los juristas dogmáticos conformarían, de esa suerte, un "paradigma", puesto que es el caso que existe un conjunto de sujetos todos quienes ejecutan una *actividad académicamente prestigiosa, que poseen una educación común, una terminología típica y objetivos compartidos*, todos los cuales, a su turno, se erigirían en derredor de un conjunto de valores, reglas, prejuicios y creencias con compromiso ontológico, cuya posesión cabal es el criterio decisivo para la formación y reclutamiento de nuevos miembros y en torno al cual - como lo ha sugerido Kuhn - se establecería una "tensión esencial" entre pensamiento convergente y pensamiento divergente.

Si aceptamos la presente hipótesis, podemos, todavía convenir en que una de las varias maneras posibles de caracterizar a la

comunidad dogmática, es *identificar y describir ese conjunto central de elementos que configuran su idiosincracia teórica*.

En lo que sigue, e intentando caracterizar descriptivamente a la dogmática civil, estableceré el examen de ciertas técnicas o supuestos que los juristas dogmáticos normalmente utilizan para sistematizar el derecho positivo o, como de ordinario ocurre, para optimizarlo.

Me referiré, sucesivamente, a lo que Carlos Santiago Nino ha denominado "el modelo del legislador racional", a lo que cierta filosofía analítica llama "realismo verbal" y, en fin, a la técnica de los "principios generales del derecho".

La actividad dogmática, *constituye una actividad que, dispuesta en el marco de la división social del trabajo parece hallarse sometida a expectativas inconsistentes o incongruentes*, puesto que, por una parte, se espera de ella una descripción de las normas jurídicas dotadas de validez y, por la otra, una reformulación de esas mismas normas que permita salvar el conjunto de sus imperfecciones, o, si se prefiere: la actividad del jurista dogmático parece hallarse sometida a dos directivas o reglas del juego, *primma facie incompatibles*: de un lado, la directiva según la cual ha de ceñirse al derecho positivo en términos "dogmáticos" (situándose dogmáticamente ante las normas) y, de otro lado, la función que esa actividad posee de adecuar esas mismas normas a ciertas valoraciones o ideales dotados de prestigio. La primera directiva proviene de su deseo de someterse a los cánones de científicidad socialmente vigentes (que lo impedirían tomar posición ante una praxis por principio, irracional); la segunda directiva proviene, a su vez, de la función que le compete en el marco de la división social del trabajo de obtener decisiones pertinentes y oportunas para una realidad social que, tal cual ocurre en el Estado Moderno, presenta un alto grado de complejidad y diferenciación social.

Por lo mismo, el jurista dogmático parece realizar, a la vez, dos tareas: primera, la de *describir* en términos sistemáticos el derecho positivo vigente; segunda, la de *reformular* ese mismo derecho salvando sus imperfecciones, optimizándolo, tarea, esta última, que no consiste ya, simplemente, en emitir enunciados informativos acerca de lo que *es* derecho, sino que, cosa distinta, faena que consiste en

producir prescripciones que no son inducidas en su totalidad desde el derecho positivo, aunque resulten lógicamente compatibles con él. Los juristas, empero, parecen poco dispuestos a reconocer la segunda de aquellas tareas; suelen reclamar para sí una labor puramente descriptiva de normas, no obstante que, en los hechos, y como es sólito exceden con mucho esa labor. Resulta útil, pues, de cara a la actividad dogmática, distinguir entre lo que los juristas dicen que hacen y lo que, en efecto, hacen. Parece adecuado llamar a lo primero (a lo que los juristas dicen que hacen) "ethos explícito" y a lo segundo (a lo que los juristas, en efecto, hacen) "ethos implícito". Ahora bien. Los juristas poseen una serie de técnicas argumentativas o supuestos de su actividad que les permiten conciliar aquellos dos "ethos", o sea, que les permiten lograr que su reformulación del derecho positivo aparezca como una pura descripción del mismo.

Es manifiesto que, desde un punto de vista pragmático y empírico, los ordenamientos jurídicos reales carecen de unidad, completitud y consistencia, presentando, en cambio de eso, problemas de validez, de lagunas y de antinomias. La dogmática jurídica, provista de un conjunto de estrategias discursivas que le permiten distanciarse de los textos, actúa, en cambio, *como si* el ordenamiento jurídico fuera único, completo y consistente. Ello le permite mejorar al derecho positivo sin que esa mejora aparezca como creación suya.

"Una de las técnicas - expresa Carlos Santiago Nino, quien, como se sabe, ha reflexionado sobre la precedente hipótesis - que permiten a la dogmática reformular el derecho positivo adecuándolo a determinados ideales, si bien haciendo aparecer esa reformulación como una pura descripción de soluciones que el derecho encierra en forma latente, es la atribución al legislador de ciertas propiedades de racionalidad...". Siguiéndolo, hablaremos, por lo mismo, del modelo del legislador racional.

Los juristas tienden a atribuir al legislador un conjunto de propiedades que le permiten gozar de la máxima racionalidad posible, para, de esa suerte, y como se dijo, reclamar del ordenamiento jurídico las características del sistema racional. Así, los juristas hablan del legislador como si fuera *único* (o sea, como si la totalidad del ordenamiento jurídico fuera producto de una sola voluntad);

imperecedero (esto es, como si se tratara de un sujeto que mantiene intemporalmente su voluntad); *omnisciente* (es decir, como si fuese un sujeto respecto del que se cumple la "astucia de la razón" hegeliana y respecto del que no se cumple la heterogonía de los fines); *operativo* (o sea, un sujeto cuyos mandatos no poseen defectos ni de presuposición, ni de redundancia); *omnicomprensivo* (esto es, como si se tratase de un sujeto cuyas normas carecen de incompletitud); *coherente* (es decir, como si fuera un sujeto cuya voluntad carece de inconsistencias). Además de ellas, aunque con un menor nivel de énfasis, se le atribuyen, todavía, otras dos características: la de ser justo y la de ser preciso, poseyendo, así, la dogmática, un cierto positivismo al que Bobbio ha adjetivado de ideológico. Este modelo del legislador racional, se trasunta, de otro lado, en una serie de consejos o reglas interpretativas propias que forman parte de lo que, siguiendo a Kuhn, podemos denominar la "matriz disciplinaria" de la dogmática.

La función de aquel modelo - que posee su origen en los inicios de la modernidad marcada por la "astucia de la razón" y a nivel jurídico por el *iusnaturalismo racionalista*- es la de atribuir al legislador las soluciones propuestas por los juristas, para que, de esa suerte, las soluciones propuestas por los juristas no aparezcan como una modificación del derecho positivo vigente, sino como una pura *descripción* del mismo.

O, como expresa Leszek Novak, ese modelo permite a la dogmática *optimizar* el orden jurídico positivo: *o sea, reconstruir, a partir de las normas vigentes, las mejores normas posibles desde el punto de vista de una doctrina moral y políticamente prestigiosa.*

Ahora bien. El modelo del legislador racional *no es* una tesis puramente metodológica que permita establecer contrastaciones empíricas (como los modelos de juegos; los modelos de mercado perfecto; los modelos típicoidales en Weber) sino una tesis normativa que indica que así *deben* comportarse los juristas en su tarea de explicar y reformular el derecho vigente.

Otra técnica o presupuesto de la dogmática es lo que Kantorowicz y Nino han llamado "*realismo verbal*".

Por "realismo o esencialismo verbal" ha de entenderse una cierta concepción de la relación existente entre lenguaje y realidad que, sin dificultad, puede remontarse en sus orígenes al "Cratilo" de Platón. Esa actitud 'realista' o 'esencialista' ante el lenguaje, supone que entre lenguaje y realidad hay una conexión necesaria y que, en consecuencia, la tarea de definir una palabra es una tarea de describir o captar la esencia de lo que la palabra denota o señala. Por lo mismo, definir una palabra no es, para esta actitud, "estipular" un significado entre varios otros, en principio, posibles, sino captar la esencia de lo que la palabra nombra. Así, *definir un término, para este tipo de actitud, supone captar y describir la "esencia" de lo que la palabra indica, habiendo, por lo mismo significados únicos o verdaderos.*

Un buen ejemplo de ese "realismo verbal" de los juristas dogmáticos - que Genaro Carrió ha puesto de manifiesto - es el "empeño infinito" de buscar la "naturaleza jurídica" de alguna institución: por lo común, la búsqueda de la "naturaleza jurídica" de una institución está plagada de magia verbal y se emprende como una investigación acerca de 'esencias' o 'entidades no empíricas'. De esa suerte, los juristas, con frecuencia, incurren en desacuerdos imposibles de ser resueltos por medios empíricos: desacuerdos en torno a las 'verdaderas' clasificaciones, desacuerdos en torno a qué es tal o cual cosa (vgr. discusión sobre novación: como si fuera realidad extranormativa).

Por lo común, ese "esencialismo verbal" tiene por objeto simplemente atribuir ciertas normas a una institución, normas que, ¡oh sorpresa!, no se hallan formuladas para esa institución porque o el derecho no proveyó normas o proveyó otras diversas. *La utilidad del expediente de la 'magia verbal' radica en que, de esa manera los juristas presentan como adecuada a la 'esencia' la atribución de normas.*

De ordinario, sin embargo, el asunto se presenta del modo siguiente:

- a) se establece que es necesario preguntarse por la naturaleza de tal o cual institución;
- b) se advierte, luego, que esa pregunta es importante porque, una vez resuelta, permitirá encontrar las reglas aplicables;

c) se postula una determinada naturaleza para la institución del caso;

d) se dice que se le aplican tales o cuales normas *porque eso se ajusta a la verdadera naturaleza de la institución.*

En definitiva, este "realismo verbal" permite la *atribución* de normas (*y no su descubrimiento*) presentándolas como una pura descripción de la realidad jurídica - por ejemplo, cuando se dice que el 'leasing' es compraventa y arrendamiento a la vez.

Una técnica diversa - pero encaminada al mismo fin - es la de encontrar "principios generales del derecho".

Tal como de ordinario se presenta, la técnica de los "principios generales del derecho" es una técnica de sistematización. La sistematización jurídica opera reemplazando las normas del sistema por enunciados normativos más generales que se suponen equivalentes en sus consecuencias a las normas que reemplazan.

Ahora bien. Esa técnica no implica, necesariamente, un *cambio* del conjunto de normas; pero, con frecuencia, los juristas conforman "principios" que exceden en sus consecuencias a las normas primitivas, principios cuyas consecuencias cubren más casos que los originalmente previstos por las normas. (vgr. la autocontratación; la cláusula de no enajenar; la doctrina del abuso del derecho). *Se trata de una técnica de inducción distinta a la de las ciencias experimentales: en estas últimas se obtienen hipótesis contrastables; en la dogmática normas.*

A las técnicas anteriormente descritas - cuyo uso, por parte del jurista, le permite salvar la incongruencia de expectativas a que se encuentra sometido - cabría agregar todavía como características de la dogmática, un conjunto de convicciones o creencias con cierto grado de compromiso ontológico a cuyo través elabora buena parte de sus conceptos centrales. La más principal de ellas, fuertemente ligada al modelo del legislador racional, pareciera ser lo que en la literatura aparece como la concepción imperativista del derecho, concepción ésta según la cual el derecho se asemeja a un conjunto de prescripciones de conducta amparadas en la amenaza de sanciones eventualmente coactivas. La cuestión es sorprendente, pues, como no

la dogmática, ha de distinguir entre funciones manifiestas (reconocidas e intentadas por los juristas) y funciones latentes (ni intentadas conscientemente, ni reconocidas; pero objetivas). Demás está decir que, apurando un tanto el análisis, no es difícil establecer que el propósito consciente posee, a veces, la función latente de encubrir consecuencias objetivas, así, cuando, vgr., los juristas defienden como único propósito suyo la descripción valorativamente neutra del conjunto de las normas dotadas de validez.

Ahora bien. Las funciones manifiestas de la dogmática son, en general, fácilmente reconocibles. Veamos, a vuelo de pájaro, algunas:

a. La dogmática poseería una función cognoscitiva de describir el derecho vigente, ordenándolo en términos más económicos y sencillos que aquellos con que aparece en su presentación original;

b. La dogmática poseería, también, 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;

c. La dogmática poseería, además, a nivel manifiesto, la función de transmisora y monopolizadora del material jurídico (no por acaso se la denomina "ciencia del derecho en sentido estricto").

Enfrente de lo anterior, la dogmática cumple una serie de funciones latentes que, no siendo necesariamente reconocidas y conscientemente perseguidas por los juristas, se constituyen, empero, en sus consecuencias objetivas para el sistema jurídico.

¿Cuáles serían algunas de esas funciones latentes?

a) En primer lugar, cabe establecer el conjunto de construcciones teóricas de la dogmática permiten un *desapego del texto legal*, o, para decirlo de otro modo, facilitan la toma de distancia con respecto al texto normativo el que, así, resulta mediado por un estrato de reflexiones, de fundamentos, a cuyo través se le hace decir más cosas de aquellas que, prima facie, dice. "Tal función consiste - expresa Luhmann -, y la historia tanto como jurídica lo demuestran claramente, no en el encadenamiento del

espíritu, sino precisamente al revés, *en el aumento de las libertades en el trato con experiencias y textos*. La conceptualización dogmática posibilita una toma de distancia *también y precisamente allí donde la sociedad espera vinculación*".

b) En segundo lugar, y siempre de modo latente, la dogmática promueve la obediencia al derecho positivo sobre el supuesto del modelo del legislador racional;

c) En tercer lugar, creo yo puede, todavía, establecerse, la dogmática, al modo de la profecía autocumplida, hace más previsible la decisión judicial;

d) En cuarto lugar, me parece que puede identificarse como función latente de la dogmática, la de proveer pautas de legitimidad para la decisión judicial;

e) En quinto lugar, todavía, la dogmática posee como función latente suya la de conformar el 'test de pedigree' de los juristas;

f) En fin, la dogmática, como se ha insistido a lo largo del texto, cumple aún la función de optimizar el derecho positivo adecuándolo a una realidad social crecientemente diferenciada y cada vez más compleja. O, para decirlo de otro modo, la dogmática contribuye a que el sistema jurídico vaya a parejas con la contingencia y la complejidad social.

Advertidas esas importantes funciones suyas, resulta, en verdad, extraño que la dogmática jurídica tienda, cada cierto tiempo, a ser cogida por una suerte de hipocondría académica enfrente al problema de su cientificidad. Periódicamente se ausculta a sí misma intentando reconocer en ella lo que, según la razón, tiene el nombre y reconocimiento de ciencia. Por lo común, ese autopalpamiento de la dogmática acaba en un cierto desaliento que - al modo del adolescente - la ha conducido a actitudes puramente imitativas de otras ciencias - a una cierta sociologización por ejemplo - o, lo que es incluso peor, a una cierta depreciación suya. Tengo para mí que esa actitud se debe, en buena medida, a un desconocimiento de lo que es la

cultural, cabría destacar que todas las profesiones divulgan hacia el resto de la sociedad y hacia sus propios miembros una cierta ideología de servicio que legitima el control y, a la vez, justifica el monopolio.

Ahora bien. Me parece a mí que la profesión de abogado en Chile se encuentra expuesta desde fines de los años sesenta a serios avatares que han contribuido, o están contribuyendo, a redefinir sus características sociales. Deseo, en lo que sigue, hacer un registro de esos avatares:

a. En mi opinión, durante la vigencia del Estado de Compromiso - una época en que los diversos intereses sociales son articulados por las capas medias; en que hay "desarrollo hacia dentro" ; en que múltiples actores sociales tradicionalmente excluidos adquieren una cierta conducta deliberativa y en que se expande la participación política - la profesión de abogado en Chile mantuvo los rasgos de "profesión liberal" que había consolidado durante el siglo XIX cuando grupos empresariales y urbanos - situados en los enclaves exportadores - requirieron sujetos leales e independientes que pudieran promover sus asuntos con prescindencia de intereses estatales, jurisdiccionales y sin vínculos de dependencia con el cliente. Ese carácter de "profesión liberal" coexistió con el autocontrol corporativo de la actividad y los vínculos formales - legalmente declarados - con la administración de justicia.

b. Esa profesión liberal presentó, hasta esa época, y más que ninguna otra profesión, un carácter multifuncional y no especializado;

c. Con el comienzo del quiebre del Estado de Compromiso y el surgimiento de las ideologías del desarrollo - tecnologías sociales que tienden a hacer coincidir, al amparo de los más diversos paradigmas, el orden social con los valores socialmente deseados, la profesión y la autoimagen de los abogados tienden a entrar en crisis. Las planificaciones globales del desarrollo - a las que brillantemente se ha referido Mario Góngora - provocan un auge de las Ciencias Sociales como la Economía y la Sociología

tendrán incidencia la certificación y la proveniencia, o sea, lo adscrito.

e.2. La modernización de la sociedad y del Estado.

Hablar de modernización equivale a hablar de aumento en la diferenciación funcional y de un incremento en la complejidad de la vida social. Me parece a mí que ese fenómeno no sólo producirá un aumento de la litigación, sino que, cada vez más, modificará las formas hasta ahora predominantes de ejercicio profesional. La profesión de abogado puede ser descrita - en su forma liberal y clásica - como una actividad individual, general, es decir, no especializada, y fundada sobre la prestación de servicios no dependiente. Ese conjunto de características permiten al abogado, entendido en la forma clásica que se acaba de describir, ejercer, entre otras funciones, la de control del cliente: es labor del abogado - y es esta una expectativa formalizada en nuestros códigos - ser un auxiliar en la administración de justicia, esto es, asesorar a su cliente para que su actividad se mantenga dentro de la esfera de lo lícito. Pues bien. No parece exagerado pensar que el cambio en el tipo y naturaleza del cliente y las cualidades estratégicas y tácticas que exige la concurrencia al mercado, introduzcan disfunciones a ese respecto. Un cliente económico empresarial, subvierte la relación clásica con el profesional liberal: éste, muchas veces, es 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 del propio cliente, le presta servicio. Cosa distinta, en una estructura como esa el abogado es un dependiente más del agente económico empresarial. A ello ha de agregarse que el aumento de diferenciación y complejidad de la vida social aumentará, seguramente, formas hasta ahora menores del ejercicio profesional: se desarrollará la abogacía preventiva, la especialización del abogado - requerida por la extrema diferenciación de los asuntos - lo conducirá a la asociación y, de ahí, a la conformación de empresas legales. Al abogado individual - el profesional liberal clásico - lo seguirá el abogado integrado en una organización: regida por el principio de igualdad (despacho colectivo); por el principio de jerarquía (empresa legal); por vínculos de dependencia (abogado incorporado a la empresa

privada no legal); por vínculos administrativos y burocráticos (abogado integrado al sector público).

Lo precedentemente señalado - sobre la base que, como lo supongo, posea plausibilidad empírica - conduce a pensar que la cultura de la profesión de abogado, y seguramente las expectativas que los demás dirigirán a esa misma profesión, están en tránsito. Me parece que los rasgos típicos de una profesión liberal y las características de quienes la ejecutan, se están mudando. Rasgos como la plena independencia interna del cliente, se devalúan, como ya lo sugerí, en presencia del cliente económico empresarial e introducen inconsistencias con las expectativas que el sistema legal dirige a los abogados: éstos, con frecuencia, se encontrarán en un conflicto de lealtades entre los valores del sistema y los intereses de sus clientes. Me parece, también, que el ejercicio individual está en un tránsito cada vez más acelerado hacia las diversas formas de ejercicio colectivo: la relación del 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 legales. La profesión de abogado, en fin, pasará a coexistir con la "función" de abogado que se compra en una organización.

Las precedentes ideas debieran conducir - como cuestión indispensable para elucidar su ethos - a un estudio empírico que persiga:

- a. Determinar las formas más frecuentes de ejercicio profesional;
- b. Inquirir acerca de los modos de relación más usuales entre el cliente y el abogado;
- c. Establecer los grados de especialización que presenta hoy día la profesión jurídica y las formas de ejercicio colectivo a que esa especialización conduce;
- d. Indagar acerca de la mayor o menor independencia interna del abogado hacia su cliente y la inconsistencia de expectativas que se presenta al abogado entre los intereses de su cliente y el sistema legal en su conjunto y las formas habituales de resolución de esas inconsistencias.

La relación entre esta hipótesis y la relativa a la enseñanza del

trasunta aquellas características y los avatares a que esas características han sido expuestas.

Un caso que trasunta lo anterior es, a mi juicio, el de los derechos humanos. Los derechos humanos son, desde el punto de vista sociológico (pienso, por ejemplo, en Habermas) características contrafácticas para resolver problemas de legitimación y equivalen a límites que se reconocen a favor de las minorías y el individuo y en contra del Estado. Desde ese punto de vista, los derechos humanos son una técnica que impide el razonamiento agregativo o por consecuencias en la toma de decisiones. Desde el punto de vista discursivo, la técnica de los derechos humanos otorga sentido a la pregunta por qué leyes tiene "derecho" a hacer la legislatura. En contextos donde esa técnica carece de vigencia cultural esa pregunta no tiene sentido y no es acogida por las disciplinas que, como el derecho, se especializan en el razonamiento práctico.

Pues bien. Me parece a mí que en nuestra cultura jurídica esa pregunta carece de sentido. Una encuesta mostraría, seguramente, que, en opinión de los agentes de la cultura jurídica nacional, particularmente en los jueces y abogados, esa pregunta es absurda. Afirmo, pues, por modo hipotético, que los derechos humanos carecen en Chile de vigencia cultural en el sentido que lo acabo de exponer.

Por eso, tal vez, el discurso de los derechos humanos muestra, en nuestro medio, características más ideológicas y voluntaristas que técnicas e intelectivas. Los derechos humanos en Chile poseen presencia ideológica, pero no técnica. No hay en Chile dogmática de los derechos humanos y a nivel de la cultura jurídica el razonamiento práctico presenta rasgos más agregativos y consecuencialistas que individualizados, como lo exige la técnica de esos derechos. Lo acredita, por ejemplo, un cierto "perfeccionismo moral" respecto de la función del Estado.

Lo mismo, quizá, habría que agregar si examinamos la situación de los derechos humanos en la cátedra universitaria. Salvo excepciones, y sin perjuicio de los intentos que suelen hacerse, nuestra cátedra parece estar más preocupada de pensar el "Derecho" (así, con

mayúscula y en singular) que los "derechos" (así, en plural). Las reflexiones valóricas que suelen hacerse en la cátedra - por oposición a como lo exige la técnica de los derechos humanos - carecen de cercanía con la cotidianidad y se emparentan, más bien, con reflexiones "realistas", metafísicas y de poca eficacia técnica y argumentativa.

5. En Relación a la Función Jurisdiccional: Corporativismo e Incapacidades Adiestradas (Octava hipótesis)

En lo relativo a la función jurisdiccional, el texto del Profesor Squella sugiere la hipótesis que los jueces describen su propia función bajo la forma de una labor que, *sine ira et studio*, nada más dice en pequeño lo que el legislador dijo, previamente, en grande. Se trataría, según más tarde lo explora Jorge Correa, nada más de un discurso ideológico bajo ropaje descriptivo: los jueces, de hecho, poseen discreción (en los dos sentidos que esa palabra poseería y que han sido auscultados por Dworkin) aunque se resisten a reconocerlo⁷⁴. Ya me referí, al tratar del marco teórico necesario para encarar la cultura jurídica, a los aspectos conceptuales y metodológicos de esas afirmaciones. Según ya lo expuse, la distinción entre cultura jurídica implícita y cultura jurídica explícita (que se encuentra a la base de esa descripción) es fuertemente ambigua y, de hecho, Correa y Squella⁷⁵ formulan tres criterios distintos para utilizarla. En mi opinión, y como antes dije, esa distinción solo resulta relevante sobre el fondo del marco teórico que se ha formulado para el tratamiento de la ideología. Ese marco teórico (donde confluyen Marx, Weber, Mannheim, Habermas, Ricoeur y Geertz) supone entender la relación simbólica entre teoría y praxis; en otras palabras, supone el esfuerzo

⁷⁴. Creo que esa fórmula - los jueces poseen, de hecho, discreción, aunque no lo reconozcan - que retrata, según me parece a mí, las tesis de Squella y Correa, es profundamente errónea y reposa sobre algunas ambigüedades que urge revisar. Es obvio que lo que aparece como discreción desde el punto de vista del observador (la inevitable contingencia de la decisión judicial) puede no serlo desde el punto de vista de actor (toda la cultura consiste en hacer ver a ciertas personas como necesario lo que, en realidad, es contingente). Creo que la ideología judicial no es pura deformación (en el sentido marxista o sartreano de esa palabra) sino que, como ya lo sugerí al criticar la distinción entre cultura implícita y explícita, posee una estructura y una función simbólica que, de hecho, restringe la toma de decisión judicial.

⁷⁵. En "La Cultura Jurídica Chilena", *ob. cit.*, p. 41 y 77 respectivamente.