

CULTURA JURÍDICA CHILENA: ¿CIENCIA O IDEOLOGÍA? *

Por Christian Alfaro Muirhead **

VfR 108. Bemerkungen zur Chilenischen Verfassung. Zeitschrift für öffentliches Recht, 5. Band, 1926, Seite 616-619.

Die chronologische Bibliografie von Hans Kelsen.

c) Hans Kelsen - Institut, Bundesstiftung Österreich.

"No debe sorprender si hoy como ayer Chile parte a explorar las posibilidades de la época, como francotirador, con alguna ventaja sobre sus vecinos".

Introducción de Regis Debray a *Conversaciones con el Presidente Allende*. Enero 1971.-

"El alma se ha naturalizado y la naturaleza se ha subjetivado, el alma inmersa en las cosas pierde la distancia entre intimidad y contorno. De ahí la insistencia en el poder confirmador de lo telúrico, ya que se desconoce tanto la objetividad como la libertad. No se sabe contemplar porque no se puede trascender lo visto, lo sentido o lo actuado y, por lo mismo, no se conocen las proporciones que brinda el saber tomar distancia".

Luis Oyarzún y Félix Schwartzmann: *Milagro, Panteísmo y Soledad en el Mundo Social Latinoamericano*. Cecilia Sánchez.

"Aquí está la rosa, baila aquí".

Prefacio a la *Filosofía del derecho* de Hegel. 1820.

I

Amable es sin lugar a dudas el espacio en que han de debatirse ceñudas cuestiones relativas a las no menos ásperas facetas que al sólo conjuro de la voz Derecho se nos presentan. Con todo, sin adentrarnos para nada al modo esencialista de abordar las cosas o fenómenos del mundo y de la vida; y, dentro del plexo total del corpus de conceptos a que invita la sola mención del ámbito al que nos estamos refiriendo, la cuestión que nos ocupa no se refiere tanto a los aspectos que pudiéramos llamar de continente; que, justo es reconocerlo, resuena tan grato a nuestros oídos como pletórico, además, de sugerentes aromas ante el sentido de lo políticamente correcto en nuestros añorados espacios, personales y ajenos, de nuestra patria algo confundida, alegre y distraída.

La cuestión son los contenidos que aquellas formas están dispuestas, metodológicamente, a tener por comprendidos dentro de esos límites conciente y reflexivamente establecidos por nosotros mismos, más allá de un listado tentativo y orientador de las cuestiones

* Publicado el 31 de octubre de 2002.

** Juez de tribunal de juicio oral en lo penal de Temuco. Profesor de derecho penal, parte general en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco. Miembro del Capítulo chileno de IVR. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona. Egresado de Derecho de la Universidad de Chile (Chile).

temáticas que nos fueran proporcionados y de la división del trabajo que su organización, como cualquiera otra, requiere.

En efecto, es posible anticipar que la composición, urdimbre, tejido y enlaces de estas jornadas, indudablemente debieran encontrarse atravesados de lado a lado, de arriba y abajo, al revés y al derecho, por esa tensión que a ojos vistas nos indicará en definitiva cuánto de ciencia y cuánto de ideología habremos sido capaces de producir al cierre de nuestro encuentro. Ambos polos no tienen en sí, preciso es aclararlo sin dramatismos ni apresuramientos, características morales mejores o peores o que le sean inherentes a cada uno de sus perfilamientos, de manera autónoma y plenamente discernibles. El punto nodal, prístino, aclaratorio, bello y atractivo como el sol, sin los estragos de un Ícaro inocente o extraviado; consiste, precisamente, en no confundirlos.

Es nuestra convicción que la hora de Chile y el mundo así lo exigen. La globalización, al par de atrayente desde múltiples puntos de vista, resulta también esquiva al momento de recabar de ella, como cuestión natural de sobrevivencia, el sentido moral de nuestra propia imagen como sociedad, el perfilamiento interior de lo que realmente somos y nos proponemos alcanzar.

Por el lado de la ideología, pudiera ocurrirnos que, dado lo complejo y entreverado que hoy resulta el empequeñecimiento del mundo, nos extraviemos de paradoja en paradoja, perdiendo una oportunidad tal vez única e irrepetible, por prejuicios de los inveterados optimistas en la eternidad del dominio exclusivo y excluyente, esto es, los pesimistas de la hora, quienes sostienen, sin mayores fundamentos, acriticamente, que ya la tuvimos sin vuelta posible durante los primeros años de la segunda mitad del siglo XIX. Pienso, asimismo, que una mayor aproximación al mundo de la ciencia es ciertamente deseable en el orden de las ideas y como resultado de nuestra reunión. Ello, pues, daría con un mayor carácter y utilidad de la misma. Es más, podría quizás llegar a constituir un aporte, por modesto que sea, en la cultura jurídica chilena, en un sentido nada débil.

II

Desde hace algunos años ejerzo en mi país la magistratura judicial. Ello, creo, desde el punto de vista de una praxis científica, me excusaría de tener que dar cuenta, de manera pormenorizada, de todo un aparato de citas y controles bibliográficos capaz de justificar quilates académicos que, en materia de mi especialidad, disto bastante de pretender; y, con mucho, con algún sentido siquiera original. Es más, el trato real o práctico con el derecho me obliga, muy precisamente, a distanciarme, por razones profesionales, de la tendencia aquella tan conocida y denunciada –con razón– por los dogmáticos jurídico-penales

de cualquier práctica que pudiese sugerir tan sólo el ejercicio propio de una justicia de gabinete. Con todo, debo recordar que entre la ideología y la ciencia, una acertada praxis jurídica obliga, por los niveles de racionalidad, abstracción y objetividad que esta última garantiza, a acercarnos diariamente, desde perspectivas siempre nuevas y muy diversas, a la misma; distanciándonos, por mor a la función que intelectualmente nos convoca, de manera pudiéramos decir, totalmente refleja, de la actitud primera. Nos estamos refiriendo, naturalmente, desde el punto de vista normativo de Kelsen, a aquello que debiera comprenderse como el ejercicio diario, permanente, generalizado y constante de la función de uno de los poderes del Estado, no al afán sobreideologizado -desde múltiples vertientes de la lucha de intereses y voluntades- de una determinada corporación o entidad, en particular.

Ahora bien, en obsequio de la brevedad de estas líneas tan sólo pudiera, en la hora presente, señalar tres cuestiones de alcance general y que me han inquietado fuertemente desde una perspectiva normativa de la actual ciencia del derecho: a) La no firma del Tratado de Roma de 1998 por los Estados Unidos de Norteamérica y la República Popular China, por la amenaza que ello anuncia de una nueva empresa de extrema ideologización de las relaciones entre los Estados y sus ordenamientos jurídicos, las diversas culturas y las propias civilizaciones; b) La deliberada falta de continuidad, desde la cultura jurídica angloamericana, en el desarrollo de la teoría normativa, de manera claramente sostenida, a partir del discurso de despedida de Kelsen como profesor activo de la Universidad de Berkeley, California, el 27 de mayo de 1952. Incluso, su obliteración raya a mi juicio en una verdadera, persistente y sistemática sanción de olvido. Es más, tecnológicamente, la teoría normativa se la ha utilizado con claros fines ideológicos en sus políticas de modernización de los Estados del resto del mundo, desde el día mismo del desembarco en Normandía, en la Segunda Guerra Mundial. Piénsese únicamente en las actuales constituciones de Alemania, Italia, España, Portugal; e incluso, la permanente modernización del Estado en Francia; y, c) Como corolario de lo antes señalado, en Chile, no sólo Jorge Millas, el más profundo pensador de los años 60, sino que también un Roberto Torretti o un Pacheco Gómez, teóricos e ideólogos todos de manifiesta proclividad mesocrática, fueron adherentes con alguna mayor o menor continuidad del kelsenismo luego de concluida la descolonización europea, el entronizamiento del relativismo sartreano y la experiencia de Cuba, al tiempo que se iniciaba en Estados Unidos la administración del Presidente Kennedy y su nueva frontera.

En Rawls o Dworkin, más claro en este último, mucho me temo se aprecie en la actualidad una mayor tendencia hacia lo que pudiéramos llamar o reconocer como ideología jurídica que a una ciencia misma del derecho, sobretodo teniendo en vista los niveles de racionalidad, abstracción, comunicabilidad, generalidad y universalidad que alcanzara la obra fundamental de Hans Kelsen, *La Teoría Pura del*

Derecho, comprendida su versión norteamericana o en lengua inglesa, su Teoría General del Derecho y del Estado. En suma, sobre este punto, estimo altamente preocupante que la cultura jurídica angloamericana que nos llega a nosotros pudiera haber decidido abandonar, definitivamente, en materias de Teoría del Derecho, el fuerte impulso que dieron al desarrollo de esta ciencia en su decidido y valeroso combate al tradicionalismo europeo, tremendamente autoritario, que llevó al mundo al borde del desastre total en la primera mitad del siglo XX, con las consecuencias inevitables para nosotros, sus vecinos.

III

Los intereses inmediatos siempre han enredado la intelección pronta y diáfana de las cosas del mundo. Es una ley de la vida. La cuestión a dilucidar, a tener presente mejor dicho, es cómo la aceleración de sus cambios, trasmutación de sus perfilamientos y, cómo no, sus endemoniados e inevitables entrecruzamientos, han llegado a constituir también, en la historia actual de las culturas, un desvalor que a la hora de pensar de verdad el mundo sobre el que estamos parados; urge, con no menos lucidez, desagregar. La cuestión es saber cuánto de racionalidad es hoy posible alcanzar en la comprensión de los llamados fenómenos normativos y, dentro de éstos como desprendidos en una serie sucesiva de círculos concéntricos, los de carácter propiamente jurídico, distinguiéndolos de aquellos que no lo sean; y, a partir de allí, concitar así sea –mínimamente- el medio o atmósfera imprescindibles que puedan hacer posible su desapasionada reflexión científica. No niego que la emoción y la fuerza de los sentimientos juegan de todos modos, y de maravillas, en estas cosas. Muy por el contrario. Por mi parte, pecho incluso de la manía de sobreexposición en estos asuntos, casi como cuestión de principio.

El punto es tener claro hasta dónde y a partir de qué momento es posible y necesario trascender el mundo de nuestros apetitos: la pretensión exorbitada de nuestros temperamentos, el acomodo en lo posible estético de nuestros caracteres. A no dudarlo, hay también otros valores a cuyo servicio, determinadas inclinaciones, más allá del omnipresente *homus economicus*, tienen también derecho a su expresión: el *homus politicus* aristotélico.

Por otra parte, el concepto cultura jurídica ha devenido en la actualidad, literalmente, en un ubicuo lecho de Procusto. Los grandes juristas que hicieron las bases de la moderna cultura jurídica europeo – continental son al decir de Kelsen el germen del positivismo jurídico del siglo XIX y del cual, sostiene, muchas de las ideas que la Teoría Pura ha desenvuelto son, precisamente, provenientes de aquél. Ello no es poco a la hora de encarar desde perspectivas integradoras, científicas, con algún grado importante de objetividad, la continuidad en las tareas de su desarrollo teórico en un hilo insoslayable de racionalidad en grados, obviamente, de mucho mayor abstracción e inimaginable

generalidad. La convergencia de los sistemas jurídicos occidentales que se puso en marcha en el mundo, de manera categórica, desde el término de la Segunda Guerra Mundial, sobretodo en relación con el modo con que aquél fenómeno ha venido a materializarse en Chile, durante las últimas décadas, debe llamarnos a capítulo si de construir nuevos órdenes jurídicos cuya inserción en partes demasiados significativas del mundo se nos reclama.

No es posible comprender, muchísimo menos ignorar, sólo a vía de ejemplo, los fuertes impactos, trastocadores en grados insospechables, que produce entre nuestros jueces y los justiciables, al tiempo que al interior de ellos mismos, el cambio de los comportamientos en materias de derecho penal, procesal penal y constitucional, desde una cultura claramente de raíz colonial e inquisitiva a una cultura jurídica moderna, con algo de 200 años de retraso, de tipo oral, discursiva, adversarial y pública en un horizonte de exigencias que, con la globalización, trasciende, de lejos, el horizonte mismo de la post – modernidad. Aquí la reflexión teórica de la ciencia jurídica, entendida como ciencia normativa, es el único dique que con algún grado de éxito pudiera garantizar que el equivalente racional y en que pudiera consistir el desembarco en Normandía, en materias de derecho, alcanzara a culminar en un período no muy lejano, a un costo social e histórico mínimamente tolerable, amén de económico, en una suerte de nueva y actualizada construcción chilena y latinoamericana, a partir de nuestras propias raíces y especificidades. La cultura jurídica, entendida en sus rasgos amables, de encuentro, discusión y simbiosis, naturalmente hace lo suyo. Incluso, la ideología del cambio también contribuye a ello. Con todo, los ideologismos, los oportunismos, el excesivo particularismo o nuestro inveterado provincianismo y demás arrebatos de cortos alcances, malbaratan no sólo esta empresa de transformación. El mal que hacen es mucho mayor. El reperfilamiento del ser propio y honrado que en los cambios se sumerge, en una suerte de inmersión total, de elevadísimos costos de distintas naturalezas, amenaza frustrarse, diluirse, desconociendo continuidad y memoria de todo género, de las más variadas y enriquecedoras aristas de nuestra propia realidad. Descubrir y desplegar nuestras especificidades en el marco general de un mundo globalizado hace, precisamente, no sólo el entusiasmo y dignificación de nuestras propias tareas, sino que, tanto o más importante que ello; representa, a no dudarlo, la mejor inversión social y cultural, la de niveles de conciencia y madurez más elevados, en la historia de nuestro mundo tan particular e inmediato como contemporáneo.

IV

Cuando nos estamos refiriendo a la cultura jurídica chilena es menester distinguir, de manera clara, las cuestiones ideológicas de las científicas. Las cuestiones de filosofía y de filosofía de las ciencias. El concepto cultura jurídica al tiempo que se mueve en términos

sumamente fluidos entre la ideología y la ciencia, entre la filosofía y la filosofía de las ciencias, entre ciencia y técnica, entre la estética y la ética de la educación y de la propia cultura; tiene el peligro al decir de un Heidegger, de ocultar lo que efectivamente sea, desocultándolo; afincando, embozadamente, desde el punto de vista de una auténtica vigencia del mundo de las ideas, una nueva tolerancia represiva, según el decir de quien fuera uno de sus discípulos en Estados Unidos de Norteamérica, el filósofo freudo-marxo-neohegeliano Herbert Marcuse. En esa permanente tensión entre teoría e ideología, al par de no resultar ambas categorías fácilmente discernibles, se ocultan a no dudarlo muchas cuestiones contrapuestas: verdad e interés, particularismos versus universalismo, objetivismo y subjetivismo, ciencia y política.

Por ello, siendo plenamente legítima la instancia que abre dicho concepto, cultura jurídica chilena, en cuanto al tratamiento que la evolución del derecho y sus instituciones por lo regular invita, las precauciones con que también debe tomárselo no son pocas. Los riesgos de imposturas e, incluso, gruesas falsificaciones, son frecuentes cuando el polo de la ideología y sus cuentas alegres suelen opacar la seriedad de las ciencias y sus métodos. Ello no importaría si no fuera porque cuando hablamos de cultura jurídica se quiere significar, por lo regular, la vigencia de estructuras y sistemas tan respetables y alquitarados como aquellas que se nutren de nociones tales como democracia, dignidad de las personas, el reconocimiento de sus más caros derechos, así como el establecimiento de procedimientos claros, transparentes y garantistas en el ejercicio de todos y cada uno de aquellos. En consecuencia, si decimos cultura jurídica, entiendo que lo que queremos sin discusión aceptar como tal es todo conocimiento, arte o sentimiento, que apunte de manera indefectible hacia una siempre mayor horizontalidad en nuestras relaciones intersubjetivas. Jorge Millas dirá: **el orden propio del derecho es el de la desubjetivización de las relaciones de poder dentro de la sociedad.** Una reflexión como ésta, en el corazón de lo que en sus estudios se entiende como la evolución jurídica de occidente; posee, con mucho, no obstante sus revestimientos literarios, el aura necesaria que la aproxima más intensamente a las ciencias que al mundo de la ideología. Millas, no lo olvidemos, está marcando con dicho aserto las diferencias en el mundo antiguo del aporte de Roma, del de Grecia, del Cercano y Medio Oriente como del mundo del Medioevo, en una obra que, en su tiempo, no alcanzó a completar en sus anunciadas II y III parte.

Por último, sobre estos respectos, cabe señalar, tratándose de la evolución de la cultura jurídica chilena, su pensamiento caló tan profundo en nuestras formas de pensar genuinamente lo jurídico que puede decirse, sin asomo alguno de exageración; su paso por la ciencia jurídica, en su siempre creciente y renovada reflexión sobre el pensamiento del autor de la reinerechtslehre, no fue episódico ni circunstancial. Torretti y Máximo Pacheco, por ejemplo, luego de sus

trabajos sobre Kelsen en los Anales de la Universidad de Chile, en los años 50; y, en la Gaceta de los Tribunales, en los 60, jamás volvieron a hacer de manera sistemática, al revés de Jorge Millas, contribución alguna a la reflexión científica del derecho en una época que se abría en Chile, precisamente, por sus reales posibilidades de cambio y transformación. Jorge Millas no solo no improvisó. También perseveró, desde cimientos extraordinariamente significativos, en la creación en nuestro medio de un ámbito de reflexión de las cuestiones jurídicas que aseguraran, también, un tratamiento realmente científico del problema del derecho en Chile.

La tragedia con que el autor del Mandato de la Historia y las Tareas del Porvenir; y, que en 1975, pintó en dramáticos y verdaderos trazos el amargo, triste, cuadro político y social de nuestro país en aquellos días; y , -no olvidemos que lo que acentuó aún más el terror que dicha obra denunciara, fue el hecho que aquella resultara distribuida con sorna por el propio oficialismo,- no oculta, por el contrario, transparenta, la necesidad de hallar por los juristas nacionales el cauce auténtico de nuestras continuidades, la explicación coherente desde el punto de vista del derecho de lo que realmente hemos sido y podemos verdaderamente llegar a ser. Las inflexiones de Millas que por ese mismo año meditó **aquí y ahora** sobre el problema filosófico de la violencia, incidió, según puede apreciarse ya en la perspectiva del tiempo, y partir del famoso prólogo a su Idea de la Filosofía del Año 1968, sobre prácticamente idénticas cuestiones. Por desgracia, y hasta hoy sin una explicación clara, tratándose del primero de ambos pensadores del Chile profundo y silente de aquellos tiempos, fallecieron inesperada y prematuramente cuando en 1982, se avizoraba, aunque lleno de dificultades, el prometido renacer de nuestra cultura jurídica nacional: nuestras viejas y renovadas tradiciones democráticas.