



Universidad de Chile
Facultad de Ciencias Sociales
Departamento de Antropología

Autonomía del sistema legal chileno y expectativas sociales frente a su diferenciación: Un análisis a través de los derechos humanos y la corrupción.

Memoria de título para optar al título de Antropólogo Social

Alumno: Hugo Cadenas Ramos

Profesor Guía: Dr. Marcelo Arnold Cathalifaud

2008

ÍNDICE DE CONTENIDOS

| | |
|---|----|
| Introducción | 3 |
| Palabras Clave | 3 |
| 1. Problema de Investigación | 4 |
| 2. Objetivos..... | 6 |
| 2.1. Objetivo general..... | 6 |
| 2.2. Objetivos Específicos..... | 6 |
| 3. Marco Metodológico | 7 |
| 3.1. Diferenciación de la sociedad | 8 |
| 3.2. Observación de segundo orden | 11 |
| 3.3. Sociopoiesis del derecho, perspectivas para una antropología del derecho | 12 |
| 3.4. Estrategia Metodológica | 14 |
| 3.4.2. Técnicas de investigación | 15 |
| 3.4.3. Síntesis metodológica | 16 |
| 4. Antecedentes Teóricos y Posición propia..... | 17 |
| 4.1. Autonomía del sistema legal..... | 17 |
| 4.1.1. Autonomía y moral..... | 17 |
| 4.1.2. Autonomía y Racionalidad | 21 |
| 4.1.3. Autonomía, moral y racionalidad..... | 22 |
| 4.1.4. Autonomía y Clausura Operativa | 25 |
| 4.2. Expectativas sobre el sistema legal | 31 |
| 4.2.1. Expectativas y sanciones..... | 31 |
| 4.2.2. Expectativas y Legitimidad..... | 34 |
| 4.2.3. Expectativas, sanciones y legitimidad..... | 35 |
| 4.2.4. Expectativas y derecho..... | 36 |
| 5. Resultados de la Investigación | 39 |
| 5.1. Autonomía del sistema legal..... | 39 |
| 5.1.1. El Rol de los jueces..... | 40 |
| 5.1.2. La autonomía económica..... | 41 |
| 5.1.3. La Estructura Organizacional..... | 43 |
| 5.1.4. Las reformas institucionales..... | 45 |
| 5.1.5. Los Derechos Humanos y la atención al derecho internacional..... | 47 |
| 5.2. Confianza en el sistema legal y expectativas frente al derecho..... | 52 |
| 5.2.1. Ciudadanía..... | 55 |
| 5.2.2. Inclusión/ exclusión de la justicia | 56 |
| 5.2.3. Transparencia | 57 |
| 5.2.4. Cultura Jurídica | 58 |
| 5.2.5. El Respeto | 58 |
| 5.2.6. Autorregulación..... | 59 |
| 6. Conclusiones | 60 |
| 6.1. Autorreferencia | 61 |
| 6.2. Heterorreferencia | 62 |
| 6.3. Comentarios Finales..... | 63 |
| 7. Bibliografía..... | 65 |

ÍNDICE DE TABLAS

| | |
|---|----|
| Tabla 1 Dimensiones en las entrevistas | 15 |
| Tabla 2 Etapas de evolución del derecho. (Habermas, 1987, V. II, p. 247)..... | 24 |
| Tabla 3 Caso La última tentación de Cristo | 48 |
| Tabla 4 Caso Miguel Ángel Sandoval..... | 52 |

ÍNDICE DE FIGURAS

| | |
|---|----|
| Fig. 1 Formas de Solidaridad (Adaptado de Schluchter, 2003, p. 540) | 33 |
| Fig. 2 Autonomía del Sistema Legal..... | 45 |
| Fig. 3 Condiciones de diferenciación del sistema jurídico | 60 |

Introducción

En las ciencias sociales contemporáneas sería un error sostener que los temas legales son objetos extraños de observación. Más aún bajo la sospecha fundada de que la observación de la complejidad social se hace plausible bajo esquemas caracterizados por la flexibilidad y apertura. Parte de esta apertura y flexibilidad son vocación de las investigaciones socio-legales.

Puede inducir a confusión (o decepción) titular en la presente memoria con conceptos cargados de sentido ideológico, político y emocional como “derechos humanos” o “corrupción”, para luego ejemplificar con ellos un fenómeno de segundo orden como es la autonomía del sistema legal chileno. Sin embargo, es parte de la estrategia sociopoietica trascender las preguntas evidentes y buscar el sentido “moviendo” la distinción hacia los puntos ciegos o “unmarked spaces” (en la terminología de Spencer-Brown).

El objetivo de la presente memoria es caracterizar la autonomía del sistema legal chileno y las expectativas que se presentan frente a este proceso de diferenciación, a partir de su postura y decisiones frente a casos de corrupción y de violación de DDHH, durante la última década. Para esto buscaremos las distinciones jurídicas en las instituciones y sus observadores, trazaremos distinciones en torno a este problema y buscaremos conclusiones iluminadoras.

Debo señalar que la presente investigación se enmarcó dentro del proyecto FONDECYT N° 1040266 titulado “Los Dilemas Ético-Valóricos de la Sociedad Chilena en el marco del proceso de Diferenciación Funcional y autonomía del sistema legal” cuyo investigador responsable fue el Dr. Pablo Salvat B. y el coinvestigador el Dr. Aldo Mascareño L.

Durante la realización del proyecto fue mi tarea específica analizar fallos judiciales, realizar síntesis teóricas de conceptos centrales y construir el capítulo de resultados finales sobre la base de las entrevistas y focus group realizados, información de prensa y fallos judiciales.

Nada de esto habría sido posible sin haber contado con el apoyo constante del Dr. Aldo Mascareño a quien debo gran parte de estas reflexiones y su apoyo experto en la conceptualización de lo legal y sus fundamentos epistemológicos. Asimismo agradezco al Dr. Marcelo Arnold quien guió esta memoria, le dio el formato final y me dio su orientación en el cuerpo teórico específico de la sociopoiesis.

Finalmente quisiera agradecer a mi familia y seres queridos; en particular a Anahí Urquiza por su constante apoyo y preocupación, y a uno de mis primeros maestros el Dr. Ramón Ramos Arriagada de la Universidad de Santiago de Chile. También quisiera agradecer a la Dra. Paulina Osorio por revisar y corregir con prolijidad este trabajo y, finalmente, a todos mis colegas y mis estudiantes de la carrera de sociología de la Universidad Alberto Hurtado y de la Facultad de ciencias sociales de la Universidad de Chile, dado que gracias a ellos he podido desarrollar y madurar las ideas que acá presento.

Palabras Clave

Sistema Legal/ Sociopoiesis/ Autonomía/ Derechos Humanos/ Corrupción

1. Problema de Investigación

El sistema jurídico chileno está sumergido en reformas y cambios a su operar los cuales traen consecuencias para el sistema en sí y para su entorno. Además de los cambios sustantivos en legislación aparecen cambios organizacionales de relevancia, como es la reforma procesal penal, la reforma que crea los tribunales de familia y el cambio en la ley de responsabilidad penal juvenil. En estos tres casos estamos en presencia de reformas que tienen un impacto en la opinión pública por tratarse de cambios que se vinculan con problemas de la ciudadanía.

Todas estas transformaciones en el sistema jurídico traen diversas consecuencias sociales. Aprobación, reprobación, descontento, anhelos, satisfacción, demandas, en suma: expectativas. Dentro de estas expectativas, la autonomía del sistema jurídico respecto de sus decisiones aparece como un tema relevante

El problema de la autonomía tiene la peculiaridad que aparece tanto en las expectativas de la ciudadanía sobre el sistema jurídico, como en sus operadores: jueces, abogados, funcionarios, etc. Si bien a raíz de las reformas este tema ha tomado relevancia en la última década ya en 1967, el entonces Presidente de la Corte Suprema Osvaldo Illanes señalaba, a propósito de la autonomía, en este caso, específicamente económica que:

“No queda otra solución que este Poder Público tan trascendente en la vida social tenga una autonomía económica. La tiene hoy la Universidad de Chile, con mucha más razón un Poder del Estado. No es, por tanto, una cosa difícil de obtener. Basta la buena voluntad de los otros Poderes. La esperamos con anhelo” (Navarro, 1994, p. 246)

El tema se refiere específicamente a los aspectos económicos siendo diversificado únicamente en la década de los noventa, en la que aparece el componente político. En el discurso inaugural del año judicial, en 1990 el Presidente de la Corte Suprema Luis Maldonado,

“propone la necesidad de establecer una autonomía política —lo que se logra mediante la inamovilidad de los magistrados y mediante un sistema de nombramiento idóneo—, económica —según ya se ha analizado— y funcional —destacando la necesidad de crear una Policía Judicial—.” (Navarro, 1994, p. 269).

Por otro lado, aparte del problema de la autonomía, las expectativas frente al sistema jurídico son diversas. El principal problema global del sistema judicial parece ser la corrupción. En la encuesta de Libertad y Desarrollo del año 2006 la percepción del poder judicial apareció en segundo lugar en la percepción de corrupción (Libertad y Desarrollo, 2006) y en la encuesta de MORI y Chile Transparente de ese año aparece el poder judicial también el segundo puesto en la percepción de corrupción (Mori-Chile Transparente, 2006). En diciembre del mismo año la encuesta del CERC ubicaba al poder judicial en el tercer lugar en la percepción de corrupción (CERC, 2006).

Todo esto muestra que las demandas de mayor autonomía del sistema jurídico tienen una tensión con la demandas de mayor transparencia. La confianza en el sistema jurídico es baja y las reformas no han tenido en impacto esperado en la percepción de la ciudadanía.

El tema de la presente investigación se relaciona con la autonomía del sistema legal en Chile y las expectativas que se estructuran en torno a dicho proceso de diferenciación. Lo primero que deberíamos señalar es la hipótesis del trabajo: “el sistema legal chileno se encontraría en un proceso de diferenciación y autonomía creciente respecto de las pretensiones de control del poder político, situación ésta que caracterizó al sistema legal durante gran parte de la década del 70 y casi completamente en la década del 80”. Esta hipótesis tiene un contenido

comparativo histórico y una proyección de un posible estado actual. Es un hecho histórico que el sistema jurídico durante las décadas de los 70's y 80's se vio interceptado en sus decisiones por criterios políticos y que durante la década de los 90's comenzaría un proceso de distanciamiento paulatino lo cual se expresaría en las decisiones en torno a casos de DDHH y corrupción.

Los fundamentos que sostienen estos planteamientos son básicamente dos. Por un lado, una concepción sistémica del Estado de derecho, según la cual política y derecho se mantienen vinculados mediante mutuas limitaciones del despliegue de sus respectivas funciones y posibilidades de decisión. Como señala Mascareño:

“Una sociedad funcionalmente diferenciada en la que opera el Estado de derecho, es una sociedad donde el vínculo entre sistema político y sistema jurídico puede describirse como un acoplamiento estructural entre ambos tipos de comunicación, de modo tal que: (a) la política no pueda trazar sus decisiones colectivas vinculantes para la sociedad en general (incluida la propia política) con prescindencia de la validez jurídica de esas decisiones y (b) el derecho mismo encuentre en el poder político un apoyo externo para expandir la resonancia de la comunicación legal más allá del mismo sistema jurídico (por cierto también, al interior de la política). Cuando ninguna de las dos situaciones anteriores tiene lugar, pueden anunciarse problemas en el cumplimiento de la función del derecho (el aseguramiento de las expectativas normativas) en relación a la política” (Mascareño, 2004, p. 65)

Bajo estos planteamientos la diferenciación del sistema legal chileno se ha caracterizado por un creciente proceso de autonomía de sus decisiones frente a las pretensiones de control del poder político, configurando, de este modo, condiciones estructurales de un Estado de derecho moderno y de diferenciación del sistema legal.

El otro aspecto que sustenta el presente trabajo es de ilustración, se refiere a los medios con los cuales pretendemos dar cuenta de este proceso de diferenciación. Para el presente trabajo hemos escogido como nudos explicativos los casos de Derechos Humanos tratados por el sistema legal chileno (y también internacional con influencia en el sistema nacional) y los casos de corrupción política. No sólo se trata de abordar la sensibilidad política frente a estos temas, sino de observar cómo el sistema legal decide acerca de estos problemas con creciente autonomía trascendiendo las pretensiones de control de la política y fomentando, de este modo, la diferenciación del sistema legal.

No es menester del presente trabajo abordar la teoría y praxis de la corrupción y los DDHH en Chile, ni mucho menos la cosmovisión que se tiene en torno a este tema. Corrupción y DDHH fungen como distinciones críticas que muestran, dado su grado de sensibilidad y connotación pública, puntos ciegos de la observación del sistema legal chileno y muestran, a su vez, trayectorias de sentido que tienen consecuencias operativas en la diferenciación del sistema legal.

Pero como señala Luhmann, la autorreferencia es un lado de una distinción, la cual se completa con la autorreferencia (o la distinción sistema/ entorno, si se prefiere) y en nuestro trabajo las distinciones que devienen de decisiones del sistema legal son confrontadas con las distinciones de expertos, actores de la sociedad civil y económicos acerca de esta autonomía.

Las reglas metodológicas con las cuales nos enfrentamos al problema son complejas así como las distinciones abordadas. Explicaremos la orientación sociopoiética como estrategia de observación de segundo orden, con la cual nos aproximaremos a nuestro problema de investigación y construiremos la explicación de la cual formamos parte como observadores.

2. Objetivos

Los objetivos del presente trabajo son los siguientes:

2.1. Objetivo general

- Caracterizar la autonomía del sistema legal chileno y las expectativas que se presentan frente a este proceso de diferenciación, a partir de su postura y decisiones frente a casos de corrupción y de violación de DDHH, durante la última década.

2.2. Objetivos Específicos

1. Especificar las características del sistema legal desde la postura teórica adoptada.
2. Identificar características de la autonomía del sistema legal a partir de variables socio-organizacionales.
3. Caracterizar casos de corrupción y de violación de DDHH a partir de las decisiones tomadas desde el sistema legal
4. Caracterizar las expectativas que tienen jueces y abogados respecto de la autonomía del sistema legal
5. Caracterizar las expectativas que tienen especialistas y líderes de la sociedad civil respecto de la autonomía del sistema legal

3. Marco Metodológico

El marco metodológico que adoptaremos posee un importante componente teórico que es necesario dilucidar con precisión, no sólo porque la estrategia metodológica misma así lo sugiere sino porque además nos permite posicionarnos como autoobservadores de nuestras “herramientas” de trabajo, muchas veces tomadas como asépticas, cuando no, “objetivas”.

La metodología del presente trabajo se enmarca dentro de lo que se denomina el “programa sociopoiético de investigación”. El punto de partida de este programa es la observación de sistemas sociales (Arnold, 2006, p. 219). Como paradigma de investigación se fundamenta en la epistemología constructivista y en la teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann.

La teoría de sistemas autopoieticos desarrollada por Luhmann puede caracterizarse como una crítica y, a la vez, radicalización de los postulados del sociólogo norteamericano Talcott Parsons en su enfoque de sistemas sociales de acción¹. Luhmann en su desarrollo teórico fue mucho más allá de la teoría de la acción, cuando hacia principios de los años ochenta introduce el concepto de comunicación en lugar de la acción y la autopoiesis, que era un concepto proveniente de la biología de Maturana y Varela (1985), con los cuales su arquitectura teórica se enriquece y marca toda una revolución en las tradiciones sociológicas anteriores.

Arnold organiza los planteamientos de la teoría de sistemas de Luhmann y del constructivismo con el propósito de elaborar un marco epistemológico con pretensiones metodológicas, de modo que la investigación social posee un firme sustento en una visión de la sociedad que pueda hacerse operativo en un “modo de conocer” la sociedad. En este sentido, Arnold se acoge a la tradición luhmanniana de pensamiento pero la trasciende al buscar una estrategia, una guía, para observar sistemas sociales. El asunto cobra relevancia toda vez que el propio Luhmann sostuvo que el atributo semántico y estructural de la sociedad moderna, en una palabra, era la contingencia (que es un atributo de la complejidad). Ante esto se hace patente la necesidad de ampliar la diáspora de temas abiertos por Luhmann y explorar las distinciones sociales que dan forma a distinciones y sistemas sociales complejos y cambiantes.

El concepto de sistema social se construye sobre el concepto de comunicación. La aplicación de la idea de autopoiesis a la comunicación explica que la sociedad está constituida como un sistema de comunicación que se reproduce a partir de sus propias comunicaciones. Para Luhmann sólo la comunicación es un proceso de índole social, no así la acción (Luhmann, 1993, p. 45)².

“No es la acción sino más bien la comunicación la que es una operación social inevitable y, al mismo tiempo, una operación que entra en juego toda vez que surgen situaciones sociales (...) Un sistema de comunicación es un sistema autopoietico que (re) produce todo lo que funciona como unidad para el sistema a través del sistema mismo” (Luhmann, 1995(a), pp. 7-9)

Las personas, individuos o seres humanos, se suponen en la construcción del sistema pero no se incluyen dentro de la sociedad³, la persona es entorno del sistema pero no un elemento constitutivo de éste, persona y sociedad se hayan en *acoplamiento estructural*. La comunicación supone un entorno constituido por seres humanos sobre el cual es posible

¹ Para Parsons, un sistema social es un *sistema de acción*, originado en la interacción de dos actores sociales. “*The fundamental starting point is the concept of social system of action. The interaction of individual actors, that is, takes place under such conditions that is possible to treat such a process of interaction as a system in the scientific sense and subject it to the same order of theoretical analysis which has been successfully applied to other types of systems in other sciences*”, Parsons, 1959, p 3.

² También en Luhmann, 1995(b), pp. 24 y ss.

³ Al respecto véase el trabajo de Robles & Arnold, 1991, pp. 68-89.

comunicar, no obstante el sistema social opera en un nivel distinto y diferenciado respecto de este entorno. Puede parecer insatisfactoria la intención de excluir a las personas del sistema social, no obstante las personas se suponen en el sistema aunque éstas no sean constitutivas del sistema. Es innegable el papel que le corresponde a la persona en la comunicación, sin embargo, la comunicación una vez comprendida se hace autónoma. Una persona es, a la vez, un sistema psíquico y un sistema biológico, participa del sistema social en tanto que actualiza y reproduce comunicaciones o es objeto de comunicación ulterior. *Sólo la comunicación genera comunicación*. De este modo ya no es posible entender la comunicación como un mero *intercambio de ideas* (Johansen, 1973, p. 152) o bajo el modelo de la matemática de la comunicación, entre otros modelos lineales similares. La sociopoiesis contiene una visión *sistémica constructivista* de la sociedad en términos de *comunicación y autopoiesis*. La sociedad es entendida como un *sistema cerrado* compuesto de *comunicaciones* que (re) produce sus elementos a partir de sus propios elementos⁴. Un sistema social no es un agregado humano o sistema de acciones, "*sólo la comunicación es necesaria e inherentemente social*" (Luhmann, 1995(a), p. 30).

La elección de la comunicación como elemento constitutivo del sistema obedece a que, en un contexto social, sólo podemos acceder a la comunicación como sustrato vinculante. No se puede acceder a los pensamientos de un *alter* ni a sus percepciones y emociones, la conformación de expectativas de conducta se genera en torno a eso que no le pertenece ni a *alter* ni a *ego* de por sí, y que está dado por la comunicación. Del mismo modo, la *acción* tampoco aparece como constitutiva del sistema, si no es mediatizada por la comunicación que le otorga sentido y posibilita su reproducción. *La comunicación es aquello que le da la identidad al sistema con respecto a su entorno*, es la distinción que hace del sistema social un sistema cerrado y autopoietico. La autoclausura y autopoiesis se dan en el sentido de que el sistema social sólo puede autogenerarse a partir de la comunicación.

Cabe recordar que la comunicación surge a partir de la síntesis de tres selecciones: a saber, (1) selección de información, (2) selección de la expresión de esa información y (3) una selectiva comprensión o incomprensión de esa expresión y de su información (Op. cit., pp. 7-8)

La comunicación constituye una situación paradójica. La comunicación no tiene un origen cierto ni un fin específico, se valida a sí misma y comunica a partir de lo comunicado, lo comunicable y la comunicación como información selectiva.

3.1. Diferenciación de la sociedad

La sociedad se encuentra en un constante proceso de diferenciación. Sus procesos evolutivos se caractericen por tres instancias: variación, selección y reestabilización (Luhmann, 1993, p. 200) La evolución se caracteriza por procesos de incremento de probabilidad de selecciones y variaciones altamente improbables (Op. cit., p. 195) y que afectan la estructura del sistema social y su acoplamiento con el entorno.

"En la perspectiva de la teoría de sistemas, la evolución no significa otra cosa que las transformaciones de la estructura, ya que pueden efectuarse sólo en el interior del sistema (en modo autopoietico)... La diversificación evolutiva y el incremento de los sistemas es al mismo tiempo una diversificación y un incremento de los entornos. Sólo la diferencia entre sistema y entorno hace posible la evolución. En otras palabras: ningún sistema puede evolucionar a partir de sí mismo" (Op. cit., p. 203)

⁴ "En el caso de los sistemas sociales. La autopoiesis... significa "continuar comunicando", Luhmann, 1995(a), p. 40.

La diferenciación de la sociedad se traduce en una mayor especificidad funcional de distinciones al interior del sistema social que se hacen cargo de reducir complejidad a través de sus distinciones, a la vez, complejas. El proceso de diferenciación social se caracteriza por hacer probables selecciones altamente improbables a través de procesos de *variación*, *selección* y *estabilización* al interior de los sistemas. La variación se define por la producción de una variante para una posterior selección dentro del proceso histórico de un sistema en una deriva particular y acoplado a un entorno, una variación es una comunicación inesperada, sorpresiva. Del mismo modo, la selección se refiere a la operación que se efectúa enseguida seleccionada una variación en el sistema. Formulado de un modo más preciso:

“Independientemente del modo en que opera, empíricamente la variación produce una diferencia: produce una desviación de lo que se da hasta ese momento. Esta diferencia nos obliga a hacer una selección o en favor o en contra de la innovación. La selección, a su vez, si escoge lo nuevo impone al sistema numerosos movimientos de adaptación y delimitación” (Op. cit., p. 215)

Se refiere a las estructuras del sistema, las expectativas, que inducen la aceptación o rechazo de la variación propuesta. La *estabilización* se relaciona con la *diferenciación*, ésta se aplica sobre los resultados de la variación y selección y pone las condiciones para la evolución posterior.

La diferenciación social se caracteriza por ser un proceso fundamentalmente *disyuntivo*, es decir, de diferenciación selectiva propia de operaciones comunicacionales que no pierden su identidad como esquema de distinción sino que le reproducen en diferente escala en momentos temporales distintos, de manera crecientemente especializada y tematizando complejidades mayores y, a su vez, simplificando cada vez más la operación misma de selección.

“Podemos concebir la diferenciación del sistema como una *reproducción*, dentro de un sistema, de la diferencia entre un sistema y su entorno (Luhmann, 1998(a), p. 73)⁵

La función de la diferenciación sistémica debe entenderse como un *incremento de selectividad*, es decir, como un incremento en las posibilidades para la variación o la selección, dado que la diferenciación es una operación de reestabilización de la selectividad sistémica a través de su diferenciación. La diferenciación de la sociedad es caracterizada analíticamente por tres momentos evolutivos al sistema social y que son el producto de la combinación de dos dicotomías básicas: sistema/entorno y desigualdad/ igualdad. Estas tres etapas –ni ontológicas ni teleológicas- son, señaladas apretadamente aquí⁶:

a) Sociedades segmentarias

Basadas en el principio de la igualdad, centradas en el parentesco y carentes de una mayor especialización constante. Son aquellas sociedades cuyo catalizador evolutivo fueron las guerras, la diversificación económica y la religión. La sociedad se diferencia en subsistemas

⁵ Esta forma de diferenciación tiene consecuencias importantes para todo su entorno como sistema social: “*la diferenciación social se fundamenta en una perspectiva global de las relaciones entre sistema y entorno, aplicadas a la sociedad. Los procesos de diferenciación social se conciben como una reduplicación de nuevas relaciones sistema/entorno al interior de la misma sociedad, lo cual a lo largo de la evolución sociocultural va generando, por mutua activación, la aparición de nuevos sistemas al interior de la sociedad, cuya especialización –que corresponde a intensificaciones de la selectividad anteriormente difusas- los va llevando a transformarse en autorreferenciales, y según sea el caso, en autopoieticos*”. Rodríguez & Arnold, 1991, pp. 135-136. La evolución de estos sistemas dependerá de las especificidades funcionales que éstos adopten en su historia, así como su interdependencia con otros sistemas a través de *acoplamientos* y *prestaciones*.

⁶ Los segmentos a), b) y c) están tomados de Luhmann, 1998(a), pp. 76-80. En otro Texto Luhmann agrega entre la diferenciación segmentaria, y estratificada un estado de centro y periferia, que aquí queda subsumido en la diferenciación estratificada, ver Luhmann, 1993, p 288.

iguales, en cuanto a los principios de formación sistémica autoselectiva y la emergencia de la *desigualdad* es su principal signo de desviación.

b) Sociedades estratificadas

Estas se caracterizan por encontrarse organizadas en estamentos, clases, castas etc. como principio regulador y donde, a diferencia de la sociedad segmentaria, prima la *desigualdad* como premisa estructurante. La simetría *sistema/entorno* se alinea con la de *igualdad /desigualdad*. La igualdad es la norma de comunicación sistémica, mientras que la desigualdad es la de comunicación con el entorno. Son sociedades de status adscritos y de primacía política, donde el excedente es el problema central a definir y surge el problema *moral* de justificar la desigualdad.

c) Sociedad funcionalmente diferenciada o Sociedad Moderna

La sociedad funcionalmente diferenciada es la forma estructural de la sociedad llamada moderna y ésta va de la mano con una mayor especificidad de sistemas funcionales a la sociedad. La funcionalidad de los sistemas no posee una ley universal de diferenciación, sino sólo la adecuación de ciertos sistemas para ciertas operaciones que han sido construidas como *relevantes* para el sistema social según un criterio funcional. El sistema social funcionalmente diferenciado cumple su función toda vez que reproduce su código binariamente y se cierra recursiva y autopoieticamente dentro de dichas operaciones.

El dinero sólo cumple una función como código dentro del sistema económico manteniendo su recursividad y autopoiesis. El poder cumple su función respecto a la disponibilidad dentro de un sistema político, etc. Las operaciones autorreferentes de los sistemas funcionales establecen, además, su identidad y diferencia respecto del entorno. La diferenciación funcional, por otra parte, establece que las *funciones* han de ser *desiguales* pero su *acceso* debe ser *igualitario*. En suma los sistemas funcionales han de ser desiguales pero sus entornos han de ser tomados en cuenta como igualitarios. Los entornos se mantienen más abiertos y fluctuantes para los sistemas funcionales en tanto los demás sistemas realicen sus funciones.

La *integración* social se problematiza mediante esta *ceguera* de los sistemas funcionales que precisan de las observaciones de otros sistemas como *prestaciones* de complejidad para su observación recursiva de sus entornos relevantes. Durante la diferenciación funcional se desarrollan, además, medios de comunicación cada vez más abstractos para resolver situaciones cada vez menos contextuales y que se codifican binariamente. Son los medios de comunicación propios de los subsistemas funcionales, tal es el caso del sistema político y su código poder, el sistema económico y su medio dinero, por nombrar algunos (Op. cit. pp. 115-116)⁷. La diferenciación social ve emerger este tipo de subsistemas acoplados doblemente al sistema social como entorno del mismo y como sistema observador del sistema societal⁸. La diferenciación funcional es la última diferenciación actual dentro del sistema social.

La sociedad funcionalmente diferenciada es la estructura de las sociedades denominadas modernas (Luhmann, 1997(a), p. 27) La diferenciación funcional supone una “sociedad de

⁷ El concepto de Medio de Comunicación Simbólicamente Generalizado no es original de Luhmann, la formulación inicial proviene de Parsons (como *medios sociales de intercambio*) y Luhmann lo radicaliza (Cf. Infra). Así también Habermas define estos mecanismos sistémicos como “*medios de comunicación deslingüistizados*” reconociendo sólo dos, a saber: el dinero y el poder. Habermas, 1987, V. II, p. 217.

⁸ Societal es un concepto sin correspondencia en español; se trata de una versión traducida del concepto anglosajón de *Society* y los autores lo utilizan para traducir las referencias que hace Luhmann al sistema social de la sociedad. Rodríguez & Arnold, Op cit, p 101.

iguales” respecto a que el acceso a sus subsistemas sólo puede hacerse por medio de la función. Los sistemas parciales son tratados como “desiguales” en tanto funciones pero su acceso debe ser igualitario. Tomamos esta extensa cita para mostrar que podemos hablar de una sociedad funcionalmente diferenciada cuando:

“La sociedad como un todo se transforma en dirección a la diferenciación funcional, cuando introduce la educación obligatoria para todos, cuando toda persona (noble o plebeyo, cristiano, judío o musulmán, niño o adulto) adquiere el mismo status legal, cuando “el público” asume la función política de ser electorado, cuando a todo individuo se le reconoce la capacidad de elegir o de no elegir un compromiso religioso y cuando todo el mundo, dados los recursos necesarios, puede comprar cualquier cosa y pretende conseguir cualquier ocupación” (Luhmann, 1998(a), p. 86)

Los problemas de la sociedad son transferidos a los subsistemas de la sociedad. Como los problemas sociales son tratados por estos sistemas parciales altamente específicos se incrementa la posibilidad de la interdependencia de éstos al verse “ciegos” ante las complejidades tematizadas por sus similares. Las funciones de estos sistemas parciales deben ser entendidas como “realidades presentes” (Op cit, p. 82) (contingentes) y como problemas altamente especificados y tratados bajo una codificación binaria propia e intransferible so pena de la trasgresión de los márgenes de autoconstrucción y la consecuente pérdida de identidad.

La diferenciación funcional es la *estructura* de la sociedad moderna (Luhmann, 1997(a), p. 27) y se caracteriza porque:

“Organiza los procesos de comunicación en torno a funciones especiales, que han de ser abordadas a nivel de la sociedad” (Luhmann, 1998(a), p. 78)

Para Luhmann la *integración* de la sociedad debe ser entendida como un *problema* y no un hecho, con esto se separa de las corrientes tradicionales de la sociología y postula que la sociología debe ocuparse de los procesos de diferenciación.

La diferencia con el entorno se realiza en términos de complejidad. El sistema es menos complejo que el entorno y no sólo en términos de *tamaño* (Op. cit. p. 90) sino en el proceso mismo de la *distinción*, operación constitutiva del sistema. La complejidad se define por el número y cualidad de las relaciones entre los elementos del sistema y las relaciones con el entorno, además de las relaciones entre las relaciones. Complejidad se da en los sistemas no cuando son iguales al entorno, que los diluye como sistema, sino cuando los sistemas establecen relaciones con su entorno que impliquen una alta selectividad y especificidad, dadas en la operación comunicativa y de observación.

En suma, la complejización creciente de la sociedad, en estadios evolutivos, su manejo de esa misma complejidad, la duplicación de la distinción al interior del sistema y la probabilización de los sistemas diferenciados funcionalmente es la característica del proceso de diferenciación de la sociedad descrito anteriormente.

3.2. Observación de segundo orden

La teoría de sistemas de Luhmann es también una visión constructivista de la teoría de la observación desarrollada a partir de los postulados de la cibernética y de Heinz von Foerster (Von Foerster, 1990) en materia biológica y del mismo Maturana. La realidad, según esta postura, es producto de la observación de un observador determinado por su estructura y en relación con un entorno que gatilla cambios en su operar autoclausurado⁹. De ahí que el

⁹ También en Maturana & Varela, Op cit, pp. 29-30.

concepto de sistema que desarrolla Luhmann sea el de un sistema de comunicación definido por un acto de distinción realizado por un observador (un sistema) en la actividad autorreferente del observar. Un sistema es una distinción entre sistema y entorno que realiza un sistema en un entorno. Observar, en suma, es la operación de distinguir sistemas en entornos.

Desde este aspecto, el paradigma sociopoietico señala que conceptos como objetividad o realidad deben ser resignificados como distinciones que aparecen en el ámbito de las comunicaciones de la sociedad y desprovistos de un carácter ontológico.

“La sociopoiesis renuncia a la creencia que se pueda conocer la realidad como ‘realmente es’. Los resultados de sus investigaciones constituyen nuevas indicaciones, no descubrimientos, y ningún aspecto de sus producciones informativas escapa al efecto de sus propias operaciones” (Arnold, 2006, p. 221)

El foco de atención de la sociopoiesis son las operaciones de observación, lo que se traduce metodológicamente en observación de segundo orden, bajo el triple sentido de: (a) autoobservación, (b) retroobservación y (c) observación de observaciones (Op. cit. p., 224). El propósito de la observación de segundo orden es identificar cómo se construye socialmente la realidad, desde las distinciones de observadores que en su operación de observación no acceden a su punto ciego de observación ni a su propia observación como globalidad.

“El objeto de atención de la sociopoiesis consiste en observar sistemas que producen sus ‘realidades’ y que ignoran que éstas se fundan en sus distinciones. Este bloqueo tiene relación con el hecho de que la eficacia de las observaciones reside en la invisibilidad de sus medios” (Ibíd.)

Tras esta estrategia está la noción de complejidad de la sociedad contemporánea la que, con Luhmann¹⁰ se refiere a condiciones estructurales y semánticas de la sociedad moderna funcionalmente diferenciada. Las sociedades modernas, complejas, precisan de enfoques complejos como insumo para el abordaje de los problemas que la sociedad les presenta.

El diseño de las investigaciones, conforme a este paradigma, es preferentemente cualitativo (Op. cit. p. 231) flexible y abierto a la novedad. Se orienta hacia la saturación de perspectivas de observación del fenómeno en cuestión, ya que la representatividad metodológica no responde a un criterio estadístico, sino a los grados de *redundancia* de las distinciones que en la comunicación se registran.

3.3. Sociopoiesis del derecho, perspectivas para una antropología del derecho.

Cuando atendemos a la observación de segundo orden del derecho atendemos a un tipo de orientación teórico-metodológica que privilegia la observación de observaciones y la atención a la producción social de distinciones atinentes. En la teoría antropológica, examinaremos a continuación como Clifford Geertz desarrolla este tema.

Desde el punto de vista de Geertz el derecho puede ser estudiado de la misma forma como es abordado el estudio de la religión, el sentido común o el juego; esto es, como un “sistema cultural”. Esto significa que el derecho es susceptible de un análisis cultural ya que, en último término, es un fenómeno cultural como mucho otros. Por eso, para el estudio del derecho Geertz no se aleja de sus propuestas teóricas y metodológicas originales para proponer un nuevo enfoque o métodos de investigación. Más bien lo que propondrá será delinear el tipo de aproximación que compete a la antropología cuando se enfrenta al fenómeno de lo jurídico y dicha aproximación se sustenta en el análisis cultural.

¹⁰ Ver In extenso Cap. 4.6.

Podemos decir que el enfoque que Geertz busca para el estudio del derecho se basa en la antigua distinción kantiana entre el *ser* y el *ser que puede ser conocido racionalmente*. Geertz opta por lo segundo, y dicha opción se fundamentará en la búsqueda ilustrativa de la antropología y la tradición norteamericana particularista.

“La antropología interpretativa, por su interés por las estructuras de significado en cuyos términos viven hasta el fin de sus vidas los individuos y grupos, por su análisis de los símbolos y sistemas de símbolos por medio de los cuales se forman, comunican, imponen, comparten, alteran o reproducen tales estructuras, ofrece tantas esperanzas para el análisis comparado del derecho como para el mito, el ritual, la ideología, el arte o los sistemas de clasificación.” (Geertz, 1996, p. 211).

Geertz reconoce en el derecho un cierto esquematismo aunque, sostendrá reiteradamente, no se debe buscar una definición esencialista y universal del derecho, sino más bien buscar su emergencia en situaciones sociales, su contexto y lo que surge de la interpretación que se hace de su existencia. El derecho, sostiene, se fundamenta en la dicotomía hecho/ ley (también ser/ deber ser) y esta forma de abstracción de la realidad suprime la diversidad del mundo, los acontecimientos y circunstancias. Además esta distinción entre hecho y ley es engañosa, ya que lo que es también está normado. El antropólogo que busca los significados jurídicos debe trascender este esquematismo e indagar precisamente allí donde aparecen significadas ciertas conductas y modos de ver el mundo, como jurídicos.

Es aquí donde Geertz señala el punto central de la aproximación cultural al derecho, el derecho es un “modo de ver” la realidad, de abstraer la experiencia y simbolizarla en determinados esquemas de aproximación a la realidad. En palabras de Geertz:

“El aspecto “jurídico” de las cosas no es un conjunto limitado de normas, leyes, principios, valores o cualquier otra cosa a partir de la que pueden plantearse respuestas legales a una serie de acontecimientos destilados, sino parte de una manera determinada de imaginar lo real.” (Geertz, 1994, p. 202)

El derecho no se reduce a dispositivos de control social u observancia normativa, sino que es una forma de organizar la experiencia social y dotarla de sentido, en este caso, jurídico. Como se puede establecer, la aproximación de Geertz relega a un segundo plano aspectos socio-estructurales y prefiere una aproximación a la racionalidad de los sujetos que interpretan y obran conforme o no a derecho. Esta forma de aproximación al derecho Geertz la traduce conceptualmente en lo que llama la “sensibilidad jurídica” y está ligada directamente al contexto cultural en que se desarrolla o “conocimiento local”.

“El conocimiento local es el conocimiento implícito del contexto cultural en el que se desarrolla la acción, y el conocimiento de ésta en sus más pequeños detalles. La sensibilidad jurídica es un conjunto de caracterizaciones e imaginarios, relatos sobre los hechos proyectados en metáforas sobre principios.” (Gertz, 1994, p. 205)

La sensibilidad jurídica es un medio de dar sentido y contexto a la experiencia, a la vez que es la vía de aproximación específica de la antropología hacia el derecho. Es, en efecto, a partir de esta sensibilidad que el derecho se hace presente como conocimiento local y contexto, y permite su análisis cultural.

El sistema cultural del derecho no apunta al ordenamiento estructural del derecho, sino busca rescatar el punto de vista del actor social que vivencia el derecho en su vida social y la sensibilidad jurídica es la forma contextual de observar el derecho, aprehenderlo y aplicarlo en los diversos aspectos de la vida social.

En nuestra aproximación sociopoietica, hemos privilegiado este punto de vista de segundo orden en atención a los fenómenos jurídicos y las tensiones inherentes a un sistema jurídico nacional en búsqueda de autonomía y de expectativas de confianza.

3.4. Estrategia Metodológica

En lo operativo, esto se traduce en que la presente estrategia de investigación es de carácter cualitativo y se orienta a la búsqueda de distinciones presentes en la comunicación, asumiendo una diversidad de posiciones estructurales de la comunicación que nos permitan dar cuenta del fenómeno a estudiar y nos hagan posible lograr un nivel suficiente de saturación de aquellos temas relevantes para nuestra investigación.

Esta estrategia metodológica, como hemos visto, se sustenta en un paradigma teórico-metodológico, como es la sociopoesis y busca dar luces acerca de la complejidad social a través de la observación de segundo orden, dando cuenta de sistemas sociales que emergen en la comunicación de la sociedad y cuya naturaleza reside en la binariedad de su manifestación en la comunicación.

En nuestro diseño hemos adoptado los siguientes criterios.

3.4.1. Universo y Muestra

El universo de investigación definido bajo criterios temáticos que se desprenden de los objetivos de la presente investigación, está constituido por todas las comunicaciones que en el espacio semántico local se refieren y operacionalizan en torno al “sistema legal” de Chile¹¹. Este es el horizonte sobre el cual trazamos la estructura con la cual definiremos las posiciones desde las cuales abordaremos las observaciones y distinciones relevantes, siempre sobre la base de nuestro problema de investigación y sus objetivos.

De este universo acotado, establecemos el muestreo de la investigación en 3 ámbitos:

- Distinciones del sistema político acerca del sistema legal, en torno al tema la corrupción y expresado a través de informaciones de prensa escrita.
- Decisiones judiciales referidas a casos de DDHH del sistema legal chileno, abordados a través del análisis de fallos judiciales.
- Distinciones de actores relevantes de la sociedad civil, expertos y operadores del sistema legal, en torno a sus expectativas acerca del sistema legal y, especialmente, la confianza que existe en dicha institución.

El horizonte temporal escogido va desde 1990 hasta 2004, tomando como criterio inicial el retorno a la democracia en el país y como criterio final, los plazos establecidos para la presente investigación.

A continuación presentamos las técnicas de investigación empleadas. Tanto de recolección como de análisis.

¹¹ En términos teóricos estrictos el universo de investigación es la Sociedad Mundial (Stichweh, 1999) en tanto horizonte de sentido sobre el cual es posible trazar distinciones atinentes al sistema legal. Como se señala arriba, el universo definido para la presente investigación se desprende del problema específico y los objetivos que hacen operativo nuestro trabajo.

3.4.2. Técnicas de investigación

Para la presente investigación se han definido las siguientes técnicas de investigación, de recolección y análisis.

a) Entrevistas semiestructuradas

Las entrevistas semiestructuradas tienen como característica guiarse por un listado de temas que el investigador desea profundizar y que, además, están en coherencia con los objetivos planteados por el estudio. En este tipo de entrevistas el investigador va desarrollando estos temas en un orden no definido previamente, sino de acuerdo al desarrollo de la entrevista.

Los temas abordados por las entrevistas semiestructuradas fueron:

Tabla 1 Dimensiones en las entrevistas

| | |
|--|--|
| Autonomía Judicial | <ul style="list-style-type: none">- Cambios última década- Opinión Ciudadanía- Relación Ámbito Judicial (altas esferas y local) con la Política. Intervenciones (presiones) o Pretensiones de Intervención Políticas- Opinión de esta relación desde Derechos Humanos, Medio Ambiente, Corrupción, involucramiento Medios de Comunicación, etc |
| Correlación entre sistema jurídico y valores (moral) | <ul style="list-style-type: none">- Está o no la moral dentro de las decisiones del Ámbito Judicial- Existe o no una expectativa o demanda de la ciudadanía al respecto- Incidencia en el Gobierno Judicial (en sus funciones y atribuciones) |
| Gobierno Judicial | <ul style="list-style-type: none">- Funciones y Atribuciones- Independencia interna y externa de los jueces- Estructura del sistema recursivo (de recursos). Determinación y utilización- Estructuración Carrera Judicial- Importancia de la renovación generacional- Mecanismos de Administración y Gestión del Aparato Judicial |

Estas entrevistas fueron aplicadas a operadores del sistema judicial (jueces y abogados), expertos en temas legales de DDHH y corrupción

b) Focus Group:

Los focus group constituyen una técnica de investigación basada en la dinámica de grupos que interactúan en torno a un universo de temas y los cuales van siendo desarrollados por un moderador. Las dimensiones abordadas en los grupos del presente estudio fueron las siguientes

- Expectativas (de la población) en el Derecho como fuente de legitimación (institucionalización)
- Relación entre Derecho y Moral
- Confianza en el Sistema Jurídico
- Validez de las decisiones jurídicas
- Otros comentarios - Cierre

Los focus group fueron aplicados a actores de la sociedad civil y empresarios, acerca de las expectativas y confianza en el sistema legal chileno.

c) Análisis documental:

El análisis de documentos relevantes consideró fallos judiciales desde 1990 a 2004 relativos a casos de DDHH, tratados por tribunales nacionales e internacionales, y a informaciones de prensa escrita relativas a casos de corrupción durante el mismo periodo.

3.4.3. Síntesis metodológica

En total se realizaron 6 entrevistas a operadores y expertos del sistema legal chileno (no realizamos distinción entre expertos y operadores, dado que los expertos consultados son todos de una u otra forma operadores en la organización del sistema legal) durante los años 2004 y 2005.

Respecto de los focus group se realizaron 2 focus group, 1 con miembros de organizaciones de la sociedad civil y 1 con empresarios.

De las informaciones de prensa, se logró analizar información de medios de prensa escrita desde 1990 hasta 1998, por razones de tiempo y respecto de los fallos judiciales fueron revisados 14 fallos de DDHH de cortes nacionales e internacionales (5 Fallos de cortes nacionales y 9 de cortes internacionales).

De la información obtenida se puede señalar que la mayor fuente de información se obtuvo del análisis de fallos judiciales y la aplicación de entrevistas y focus group (tal como se observará en el capítulo de Resultados), esto principalmente dado que en nuestro equipo de trabajo FONDECYT el análisis de información de prensa tuvo numerosas dificultades que se ven reflejadas en el material que sirve para propósitos de análisis. Como es bien sabido, en toda investigación hay éxitos y dificultades, la recolección de información de prensa es uno de estos últimos. No obstante, el tema de la corrupción, de todos modos lo abordamos en las entrevistas y focus group, de modo que aparece reflejado en el análisis aunque no con la precisión histórica que hubiésemos deseado.

4. Antecedentes Teóricos y Posición propia

Antes que todo, se debe precisar que las referencias teóricas centrales del presente trabajo se enmarcan dentro del programa sociopoietico, el cual está fundamentado en el corpus teórico desarrollado por el sociólogo alemán Niklas Luhmann (1927-1998). La justificación de esta elección no es fortuita. Se fundamenta en la riqueza explicativa que se gana en el desarrollo de una postura teórica de enorme alcance como ésta.

Analizaremos en detalle las conceptualizaciones del sistema legal, su autonomía y cómo se desarrollan expectativas en torno a él. Los alcances, variaciones y derivaciones conceptuales serán materia de nuestra discusión y análisis, todo esto en conformidad a nuestro primer objetivo específico

Trataremos los dos conceptos centrales en la presente memoria, a saber, expectativas y autonomía, los cuales analizaremos a la luz de la teoría social clásica y contemporánea dando especial énfasis en la propuesta sociopoietica.

4.1. Autonomía del sistema legal

La autonomía del sistema legal ha sido desarrollada desde diversas perspectivas en la teoría social. En todas ellas se destaca el desarrollo evolutivo del derecho y cómo éste alcanza su status diferenciado en la sociedad moderna.

4.1.1. Autonomía y moral

Durkheim es quien primero conceptualiza al derecho como condición fundamental de lo social y, asimismo, de la modernidad. La comprensión de la sociedad moderna, desde Durkheim, se nos presenta como una variación histórica de la institución jurídica. La División del Trabajo Social es, ante todo, la muestra de cómo a través del derecho se transforma la estructura de la sociedad en su conjunto.

El derecho, en la perspectiva de Durkheim estaba ligado directamente con la moral, siendo éste una manifestación objetiva y sensible de la moral social.

“Una vez que el grupo se forma, despréndese de él una vida moral que lleva, como es natural, el sello de las condiciones particulares en que se ha elaborado, pues es imposible que los hombres vivan reunidos, sostengan un comercio regular, sin que adquieran el sentimiento del todo que forman con su unión, sin que se ligen a ese todo, se preocupen de sus intereses y los tengan en cuenta en su conducta” (Durkheim, 1985, p. 17)

Si bien Durkheim nunca desarrolló un término aclaratorio acerca de su concepción de la moral¹², se puede colegir que desde su postura lo moral se asemeja al altruismo, y la sociabilidad es consecuencia de esa disposición de la conciencia hacia los otros.

Hay que recordar que como funcionalista clásico, Durkheim se pregunta acerca de cómo surge la sociedad y la respuesta a dicha pregunta viene dada por los imperativos que impone la sociedad al individuo. ¿Cómo es posible que un individuo abandone sus pretensiones egoístas y póngase a disposición de los demás y sus voluntades?, según Durkheim es la sociedad la que otorga esta cualidad moral al individuo y desde ella emanan obligaciones, representaciones y

¹² Respecto de los usos que da Durkheim al concepto *moral* Ver. Catoggio, 2004 y Cotterrell, 1991

compromisos recíprocos entre individuo y sociedad. Es decir, desde la moral emana la solidaridad social, el vínculo social fundamental.

Dentro de este universo moral el derecho cumple un rol crucial. Según Durkheim, la solidaridad social es un fenómeno de naturaleza moral que no es posible observar directamente, ni calcular. Sin embargo siendo este concepto la clave de la explicación de lo social Durkheim no abandona su pretensión de observarlo sino que postula que su apreciación debe hacerse por derivaciones. Es así como llega al estudio del derecho.

Para observar la solidaridad social, sostiene Durkheim, es preciso remplazar el hecho "interno" que no es posible apreciar, con un hecho "externo" que le simbolice. A través del estudio de ese símbolo externo se pueden derivar conclusiones respecto de la solidaridad social, y dicho símbolo visible es el derecho.

El derecho es un efecto sensible de la solidaridad social, de la moral de la sociedad, luego su especificidad como institución jurídica dentro de la moralidad social se da por la intensidad en que ciertas máximas morales de conducta se expresan y se estatuye su observancia.

"En efecto, la vida social, allí donde existe de una manera permanente, tiende inevitablemente a tomar una forma definida y a organizarse y el derecho no es otra cosa que esa organización, incluso en lo que tiene de más estable y preciso" (Durkheim, 1985, p. 75)

El orden moral, desde Durkheim tiene su origen en la costumbre. Cada grupo social tiene ciertas representaciones y sentimientos colectivos que son heredados por las sucesivas generaciones. Ciertos aspectos relacionados con prácticas sociales adquieren el carácter de obligatorios y se exige respecto y responsabilidad para el individuo. En este campo de eventos sociales emerge la moral de la sociedad. Luego, algunos de estos aspectos adquieren tal relevancia que emergen órganos para garantizar su respeto. Cuando esto sucede, los juicios morales se transforman en "fórmulas jurídicas" y se constituye un orden legal.

Dado que lo social se entiende por derivación de lo moral y, a su vez, lo moral se entiende por sus manifestaciones jurídicas, los tipos de solidaridad social que se transforman con el advenimiento de la sociedad moderna se encuentran directamente relacionados con la preponderancia de ciertas formas jurídicas.

Durkheim establece a partir del derecho entre las dos formas de solidaridad: mecánica y orgánica. La primera dice relación con la conciencia moral unificada y centrada en la represión (penal). La segunda se relaciona con una conciencia moral diferenciada en sistemas de órganos interdependientes los cuales se relacionan entre sí de forma restitutiva, el derecho que predomina es el civil.

La función del derecho consiste en producir "solidaridad" y mantener la cohesión de la sociedad y la integridad de la conciencia colectiva a través del establecimiento de similitudes entre los miembros de una sociedad o sus (complementarias) diferencias. Si bien en sus orígenes el derecho se relacionó con la religión, principalmente a través del derecho penal y la sacralización de la norma, en las sociedades con división del trabajo la religión pierde fuerza de integración social y el derecho suple, en parte, dicha función moral.

La autonomía del derecho se entiende como un fruto de su diferenciación. El derecho moderno, fundado en sanciones restitutivas es autónomo toda vez que la administración de las sanciones se realiza por la vía de instituciones diferenciadas que encarnan la conciencia moral de la

sociedad. El derecho no es autónomo de la moral dado que expresa la moral de la sociedad y la objetiviza mediante sanciones. La autonomía del derecho descansa en su capacidad de sancionar de forma independiente de otras instituciones sociales, las cuales se han diferenciado con la modernidad. El derecho moderno es autónomo en la medida en que su capacidad de sancionar produce orden social a partir de sus disposiciones jurídicas.

La autonomía moral del derecho descansa en su capacidad de regular la vida social mediante sanciones restitutivas que encarnan una conciencia moral diferenciada. El derecho penal, represivo, propio de las sociedades primitivas mantiene la integración social a costa de la individualidad.

Esta apreciación respecto del derecho primitivo fue tempranamente discutida por los antropólogos funcionalistas. Malinowski, por ejemplo, va a sostener que el enfoque de Durkheim posee un prejuicio básico. Consiste éste en una excesiva preocupación por la mecanización de la conducta primitiva subyugada a las leyes y al derecho penal.

“El salvaje — según el veredicto actual de competentes antropólogos — siente una reverencia profunda por la tradición y las costumbres, así como muestra una sumisión automática a sus mandatos. Los obedece "como un esclavo", "ciegamente", "espontáneamente", debido a su "inercia mental" combinada con el miedo a la opinión pública o a un castigo sobrenatural; o también por el "sentimiento, o hasta instinto, de grupo, que todo lo penetra" (Malinowski, 1982, p. 22)

Sostiene que la sumisión instintiva y automática de los miembros de sociedades primitivas, como postulado fundamental de todos estos enfoques, no solo carece de fundamentos teóricos sino que además de evidencia empírica. Atribuye este difundido error de apreciación respecto del derecho primitivo a la ausencia de instituciones visibles que administren y/o apliquen el derecho en las sociedades primitivas y que, además, el derecho pertenece a la estructura social. Por esto, sostiene, “llegamos a la conclusión de que toda ley es obedecida por esta misteriosa propensión del salvaje a obedecerla.” (Op. cit. p. 27).

Hay que recordar que Malinowski comparte con Durkheim la idea que la función del derecho es producir solidaridad social, aunque Malinowski se siente más cercano de Mauss que de Durkheim, sobre todo respecto del concepto de reciprocidad.

“No están sancionadas (las reglas jurídicas) por una mera razón psicológica, sino por una definida maquinaria social de poderosa, fuerza obligatoria que, como sabemos, está basada en la dependencia mutua y se expresa en un sistema equivalente de servicios recíprocos lo mismo que en la combinación de tales derechos con lazos de relación múltiple.” (Op. cit. p. 70)

Es la reciprocidad entre segmentos sociales lo que potencia las obligaciones vinculantes del derecho, estatuido sobre la base de la reciprocidad, Malinowski sostiene que es la reciprocidad la que da sentido al status legal de los individuos, en una cadena de prestaciones recíprocas que se premian o castigan, en función de los derechos y deberes establecidos.

Si se sigue en análisis de Durkheim —que intenta desmitificar Malinowski— el derecho primitivo consta de normas penales fundamentalmente, a raíz de su naturaleza de vinculación mecánica entre conciencia individual y conciencia colectiva. Malinowski va a argumentar que esta supuesta sumisión mecánica al derecho primitivo no es tal y que, más bien, la aceptación de las normas jurídicas se da por intermedio de la relación entre motivaciones individuales e instituciones sociales que fungen de satisfactores, a la vez que son parte fundamental de la estructura social (V. Gr. La reciprocidad).

Según Malinowski la ausencia de sacralidad que observa en el derecho de los melanesios se explica por dos razones. En primer lugar, debido a que el derecho forma parte de las costumbres sociales y que su poder de obediencia se basa únicamente en normas sociales y en motivaciones tan usuales como el simple hábito. La consecuencia de esta ausencia de sacralidad es la relativa escasa presencia de normas penales y de órganos encargados de su observancia.

“el derecho primitivo no consiste exclusivamente; ni tan sólo principalmente, en imposiciones, ni toda la ley de los salvajes es ley criminal.” (Op. cit. p. 71)

Por esto, Malinowski va a sostener que las normas de derecho civil están mucho más desarrolladas en el derecho de los melanesios (recordemos, el pueblo que sirve de ejemplo para rebatir las ideas acerca del imperio del derecho penal primitivo) que los tabúes y prohibiciones penales.

“El "derecho civil", la ley positiva que gobierna todas las fases de la vida de la tribu, consiste, por lo tanto, en un cuerpo de obligaciones forzosas consideradas como justas por unos y reconocidas como un deber por los otros, cuyo cumplimiento se asegura por un mecanismo específico de reciprocidad y publicidad inherentes a la estructura de la sociedad.” (Op. cit. p. 74)

En efecto las normas de derecho civil se encuentran relacionadas con la estructura social dado que soportan las obligaciones de reciprocidad de los individuos y satisfacen necesidades psicológicas. A diferencia de las normas de derecho penal no sólo castigan, las normas civiles melanesias poseen “premios” como los satisfactores sociales, y demuestran la racionalidad e interés individual en la observancia de las normas legales así como la obediencia vinculante del derecho en la base de la estructura social primitiva.

El derecho primitivo posee un marcado carácter civil que viene dado por la función de reciprocidad del derecho y por la racionalidad e interés individual, en contraste con las teorías del derecho primitivo más clásicas que dan un gran papel al derecho penal como base de la estructura social primitiva¹³.

Respecto de esta visión del derecho y su autonomía ha sido criticado en gran medida por su conservadurismo. La relación del derecho con una moral, virtualmente sacralizada, junto con la defensa del origen consuetudinario del derecho limitan la explicación de Durkheim a derivaciones mecánicas entre conceptos que parecen relacionados de manera conflictiva. El derecho siempre aparece ligado directamente con la moral de la sociedad, de modo que todo derecho presente siempre expresa un orden moral profundo de la sociedad. Con eso no sólo no se logra explicar la emergencia del derecho positivo sino que la propia moral social no aparece explicitada. Las limitaciones respecto de la moral y el carácter consuetudinario del derecho serán superadas, en su tiempo, por Max Weber. El funcionalismo, sin embargo, hasta Parsons seguirá teniendo un carácter conservador muy marcado, el cual será superado solamente por Luhmann.

En efecto, desde la postura de Max Weber, las limitaciones del pensamiento de Durkheim respecto del derecho descansan en el excesivo interés de Durkheim por las características coactiva del derecho. Para Durkheim el derecho manifiesta la moral social y merece

¹³ No sólo Malinowski rebate la idea de la centralidad del derecho penal en las sociedades primitivas. E. E. Evans-Pritchard sostiene que en los Nuer de África sucede algo similar “En este caso hablamos de derecho en el sentido que parece más apropiado al hablar de Los Nuer: una obligación moral de zanjar las disputas mediante métodos convencionales, y no en el sentido de procedimiento legal o de instituciones legales. Hablamos sólo de **derecho civil**, pues no parece haber acción alguna considerada ofensiva para la comunidad en conjunto.” (destacados míos) (Evans-Pritchard, 1997, p. 187)

observancia dado que es moral objetivizada y sancionadora. El individuo percibe los efectos sensibles de las sanciones legales y, con ello, la sociedad se protege de las desviaciones. Weber sostendrá que el derecho merece obediencia, no por su coactividad sino por su legitimidad y, especialmente en las sociedades modernas, por su racionalidad.

4.1.2. Autonomía y Racionalidad

Weber propone el estudio histórico y comprensivo de la racionalización de lo jurídico, partiendo de los principios irracionales y mágicos hasta llegar al orden abstracto y formal, y estudiar aquellos elementos históricos que han concurrido en la constelación histórica de esta racionalización.

El primer paso de Weber es establecer la establecer una distinción entre la aproximación sociológica y la aproximación dogmática del derecho. Cuestión que Desde el punto de vista de Weber la aproximación *dogmática* jurídica utiliza un método lógico y normativo de carácter abstracto y formal que trabaja con las proposiciones jurídicas, en busca de la coherencia de dichas proposiciones. La aproximación *sociología*, en cambio, emplea el método empírico de análisis causal para inspeccionar las causas y efectos de la existencia fáctica de un determinado ordenamiento jurídico. Esta aproximación sociológica se pregunta qué ocurre en una comunidad donde existe la probabilidad que los hombres consideren como válido un determinado orden y orienten por él su conducta efectiva.

Más allá de las adhesiones de Weber al Movimiento del Derecho Libre en Alemania y su polémica con Kelsen y otros juristas¹⁴, lo que debemos resaltar de la obra de weber es la idea, que permaneció en el tiempo, de que el objeto de la sociología del derecho son los comportamientos humanos en cuanto se orienten subjetivamente por un ordenamiento jurídico considerado como válido. Es decir, las regularidades empíricas que han sido motivadas subjetivamente por la representación que los individuos tienen de un orden jurídico válido (como modelo de conducta) (Fariñas, 1989. p. 125). Dicha representación es el factor causal de la existencia de regularidades que puedan ser calificadas como comportamientos jurídicos. Dicho orden jurídico, en cuanto factor causal y determinante del actuar humano empírico, es considerado como un complejo de máximas que operan en el pensamiento de determinadas personas empíricas en el sentido de que algo *debe ser* (Fariñas, 1989. p. 127).

Según Weber el derecho moderno es racional. Para caracterizar la evolución del derecho aparecen dos oposiciones. La oposición racionalidad-irracionalidad se refiere a que la racionalidad del derecho se debe a su carácter de previsibilidad (ya sea por su generalización o sistematización), mientras que la oposición formalidad-materialidad se refiere a que un derecho es formal cuando los procesos y criterios de decisión son los propios y específicamente jurídicos; mientras que es material cuando sus criterios de decisión son extrajurídicos (éticos, políticos, religiosos, etc.). Sobre la base de estas oposiciones el derecho aparece como una constelación de significados históricos, que pueden ser comprendidos mediante cuatro tipos ideales, a saber:

- a) Derecho irracional-formal: sucede “cuando para la regulación de la creación de normas o de la actividad judicial se recurre a procedimientos no controlados racionalmente: oráculos y sus sucedáneos” (Weber, 1964, p. 510). Corresponde al derecho revelado propio de sociedades primitivas, es un derecho que carece de previsibilidad de sus decisiones, pero que está acompañado de un importante formalismo ritualizado.

¹⁴ Cf. Fariñas, María José (1989) “La Sociología del Derecho de Max Weber” pp. 57-74

- b) Derecho irracional-material: es el derecho que emerge “decisión de los diversos casos depende esencialmente de apreciaciones valorativas concretas de índole ética, sentimental o política y no de normas generales” (Weber, 1964, p. 511). Tiene la forma de derecho tradicional y se basa en la apreciación de elementos contextuales extra-jurídicos para las decisiones.
- c) Derecho racional-formal: según Weber “Un derecho es formal cuando lo jurídico material y lo jurídico procesal no tienen en cuenta más que características generales, unívocas de los hechos” (Weber, Ibíd.). Se trata de los sistemas de derecho continental, codificados y lógicos desde un punto de vista sistémico. Las decisiones jurídicas se derivan de procedimientos de abstracción lógica y de la coherencia interna de las normas del sistema jurídico.
- d) Derecho racional-material: Este derecho se basa en “imperativos éticos, reglas utilitarias y de conveniencia, o postulados políticos, que rompen tanto el formalismo de las características externas como con el de la abstracción lógica” (Weber, Ibíd.). Este tipo de derecho busca valoraciones externas al sistema jurídico y sus coherencia interna y se orienta hacia principios como la equidad o la justicia, sobre la base de consideraciones materiales de los sucesos. En su forma moderna se representa en los derechos del *Common Law* o anglosajón.

Desde el análisis de weber, el derecho moderno puede adoptar las dos formas de racionalización antes mencionadas. Ya se mediante la formalización y abstracción de sus normas y los procedimientos lógicos de relacionarlas coherentemente, propios de los sistemas jurídicos codificados o continentales; o mediante la materialización casuística del derecho propias del derecho anglosajón o *Common Law*.

El pensamiento jurídico de weber se presenta al derecho moderno como una forma de acción social racional, la cual se ve atravesada por la presencia de una constelación histórica de tendencia hacia la racionalización que es visible en la economía (capitalismo) la religión (secularización) y la política (burocratización).

La *autonomía* del derecho descansa en su peculiar característica de ser racional, es decir, que las conductas que orienta están caracterizadas por la previsibilidad y el derecho, burocratizado, depende únicamente de su procedimentalidad. El derecho moderno es autónomo en el sentido de ser un derecho desligado de fundamentaciones morales y centrado en su propia lógica (formal o material). Su autonomía es su capacidad de (re)producir legalidad a partir de legalidad y hacer que conductas racionalmente orientadas tengan probabilidad de actualizarse conforme a derecho.

4.1.3. Autonomía, moral y racionalidad

Habermas intenta integrar no sólo la propuesta de la conciencia moral (Durkheim) sobre el derecho sino también proponer un concepto de autonomía basado en caracteres racionales (Weber) del derecho moderno. Según Habermas la pregunta sobre la autonomía del sistema legal se responde, en gran medida, mediante un rechazo hacia el positivismo jurídico y su pretensión de desligar derecho, política y moral.

Para Habermas las sociedades modernas deben verse enfrentadas al problema de la *integración* la cual ocurre en dos ámbitos: existe aquella integración que se da a nivel de los

sujetos inmersos en un nivel de razonamiento y entendimiento comunicativo, que denomina *integración social*; y, por otro lado, aquella integración que se da por los mecanismos autorregulados del dinero y el poder, ajena a los sujetos, y que denomina *integración sistémica* (Habermas, 1987, Vol. II, p. 167). Estos dos mecanismos están relacionados directamente con dos tipos de formaciones sociales independientes y que Habermas denomina *Sistema* y *Mundo de la Vida*.

En el plano del *Sistema* se debe entender la no-implicación de los sujetos en un *sistema de acciones* que tienden a mantener un determinado nivel de *consistencia*. En dirección contraria, las esferas sociales que éste entiende como Mundo de la Vida se muestran como aquellas donde se desenvuelve a plenitud la *acción comunicativa* y el recurso a *argumentos* con el propósito de un entendimiento racional orientado hacia el *consenso*.

“El mundo de la vida es, por así decirlo, el lugar trascendental en que el hablante y el oyente se salen al encuentro; en que pueden plantearse recíprocamente la pretensión de que sus emisiones concuerdan con el mundo (con el mundo objetivo, con el mundo subjetivo y con el mundo social); y en que pueden criticar y exhibir los fundamentos de esas pretensiones de validez, resolver sus disentimientos y llegar a un acuerdo.” (Op. cit., p. 179)

El mundo de la vida le está dado al sujeto que le vive como *aprobemático*. Se basa en suposiciones tácitas que sirven de trasfondo para el entendimiento y el consenso racional, que posibilita que los interactuantes encuentren puntos de convergencia previos sobre los cuales se elaboran sus argumentos. La sociedad, desde la perspectiva del mundo de la vida, se presenta como cooperaciones (solidaridades) mediadas por la acción comunicativa. La integración social del mundo de la vida supone actores capaces de dar razones de sus actos y que pueden orientarse por pretensiones de validez susceptibles de crítica (Op. cit., p. 211).

La postura de Habermas respecto del derecho, y respecto a la sociedad en su conjunto, parte sobre el supuesto de que los actores sociales se relacionan comunicativamente según un tipo de *racionalidad* que (contraria al solipsismo de la acción orientada al *éxito*) se orienta hacia el *entendimiento*. La sociedad, según Habermas, sólo es posible cuando los sujetos someten a razones y/o argumentos lo que poseen por pensamientos. Esto ocurre en lo que denomina mundo de la vida en contraposición a los mecanismos sistémicos (de los cuales sólo considera como tales dos: dinero y poder respectivamente) que se desarrollan más allá de los intervinientes en comunicación y el entendimiento o consenso viene señalado por el lenguaje que crea esos nexos comunes entre las personas.

En esta reflexión sobre los mecanismos de integración de la sociedad, el derecho moderno emerge como aquella estructura destinada a mediar entre ambas esferas organizativas de la sociedad. Para que el derecho pueda cumplir dicha misión, deben ocurrir antes ciertos hechos que son primordiales. Uno de ellos es la positivación del derecho.

Habermas ve en la *positivación del derecho* un punto de partida fundamental para comprender el derecho en la sociedad moderna. Sin embargo, la positivación del derecho conlleva, para Habermas, distintas características a las que describe Luhmann, tanto en lo que se refiere a su génesis y sus consecuencias. La positivación del derecho, para Habermas, efectivamente permite al derecho un relativo grado de autonomía, no obstante no en el sentido de la constitución de un sistema autónomo. La positivación del derecho permite, ante todo, que el derecho se separe de la moral e institucionalice en su propia estructura la formación y aplicación de las normas. En otras palabras, las normas recaen en el derecho como medio de formulación y difusión.

“El derecho funciona, por así decir, como un transformador, que es el que asegura que la red de comunicación social global sociointegradora no se rompa. Sólo en el lenguaje del derecho pueden circular *a lo ancho de toda la sociedad* mensajes de contenido normativo; sin la traducción al complejo código que el derecho representa, abierto por igual al sistema y mundo de la vida, esos mensajes chocarían con oídos sordos en aquellos ámbitos de acción regidos por medios sistémicos de regulación o control.” (Op cit, p. 120)

Veamos, cómo se logra dicha integración. Habermas concluye que la integración de la sociedad sólo es posible, en las sociedades modernas, cuando con la positivación del derecho se forman instituciones jurídicas que encarnen una conciencia moral de un nivel convencional o postconvencional¹⁵ (Tabla. 1). Las instituciones constituyen una especie de reformulación de los principios normativos de la sociedad, en las cuales dichos principios se anidan en configuraciones sociales que gozan de relativa estabilidad y obligación.

La moral, como fenómeno originario, se desinstitucionaliza y queda anclada, por un lado, en la personalidad del sujeto, mientras que por su parte, el derecho se transforma en un poder externo, sancionado por el Estado y que obliga sobre un sistema de normas abstractas.

Tabla 2 Etapas de evolución del derecho. (Habermas, 1987, V. II, p. 247)

| Niveles de Conciencia Moral | Categorías relativas al lado cognitivo de la relación | Éticas | Tipos de derecho |
|-----------------------------|---|---|---------------------|
| Preconvencional | Expectativas particularistas de comportamiento | Ética mágica | Derecho revelado |
| Convencional | Norma | Ética de la Ley | Derecho tradicional |
| Postconvencional | Principio | Ética de la intención y ética de la responsabilidad | Derecho formal |

Sin embargo, en la positivación del derecho no se expresa una total desonexión con la moral sino más bien una moral que funge como condición procesal para el desarrollo del derecho moderno. En términos prácticos, la argumentación legal hace posible que el derecho persista como estructura normativa en el mundo de la vida y que deba constantemente poner en juego sus posibilidades de legitimidad para la sociedad. El derecho, en este sentido, posee una autonomía relativa, precisamente respecto de su capacidad racional de producir en la sociedad un consenso que lo legitime. Como señala Habermas:

“Voy a sostener la tesis de que la autonomización del sistema jurídico no puede significar una desconexión completa de derecho y moral, por un lado, y de política, por otro. El derecho, al convertirse en positivo, no rompe sus relaciones internas con la moral y la política” (Habermas, 1988, p. 21)

La explicación de Habermas es que la positivación del derecho no ha roto sus vínculos con este orden de cosas. La antigua estructura trimembre del derecho medieval (derecho sacro - derecho burocrático - derecho consuetudinario) se transforma con la evolución de los niveles de conciencia moral. El primer momento institucional en esta evolución fue la emergencia del derecho natural racional (basado en gran medida en la ética burguesa del contrato) el cual más tarde será sustituido por el Estado de Derecho mediante una moral sujeta a procedimientos formales. El positivismo jurídico -desde Habermas- no ha logrado resolver la cuestión de la legitimidad de un orden legal, dado que ha dejado de lado los principios organizativos morales¹⁶

¹⁵ La evolución moral de la que habla Habermas corresponde a una adaptación del enfoque psicológico de Kohlberg.

¹⁶ Respecto de la idea de los “principios de organización” Cf. Habermas, 199, p. 44 y ss.

que co-evolucionan con el derecho y con ello no se ha logrado esclarecer su real autonomía. Habermas señala que la moral sigue estando presente en la figura de una moral procedimentalizada y una racionalidad que no puede desanclarse de esta exigencia.

“Si se cerrara esa dimensión en la que las vías de fundamentación jurídica se abren a la argumentación moral, ni siquiera podríamos saber ya qué podría significar eso de autonomía del derecho si no es autonomía sistémica. La autonomía no es algo que un sistema jurídico cobre por sí para sí sólo. Autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la legislación y la administración de justicia garantizan una formación imparcial de la voluntad y del juicio y por esta vía permiten que penetre, tanto en el derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo ético. No puede haber derecho autónomo sin democracia realizada” (Op. cit., p. 45)

La moral procedimentalizada debe dar cuenta del recurso a argumentos para poder fundar la legitimidad del derecho. De ahí que la democracia y la libre formación de voluntad política del legislador sean tan relevantes para el derecho moderno.

4.1.4. Autonomía y Clausura Operativa

Desde el programa sociopoiético, específicamente con Luhmann, el derecho, corresponde a un sistema funcional específico de la sociedad moderna que se estructura en torno a una función determinada y establece a partir de allí sus operaciones internas mediante la codificación de las mismas.

La autonomía del sistema legal está en la base del planteamiento de Luhmann, dado que la especificación del derecho como sistema social dice relación con su capacidad de establecer una distinción. Para Durkheim, recordemos no es necesario establecer condiciones estructurales al derecho, toda vez que éste es una encarnación de la conciencia colectiva y su representación fiel. La autonomía se entiende de forma organizacional, es decir, a partir de la diferenciación de instituciones que apliquen sanciones legales retributivas. La explicación del derecho queda subsumida en la explicación de sus consecuencias sociales, esto es, sus sanciones. Weber intenta trascender este límite explicativo buscando el sentido de las motivaciones del actuar jurídico y, de este modo, el derecho es entendido a partir de la vivencia simbólica y las orientaciones de valor que éste trae aparejado. Su autonomía reside en su formalidad, es decir, en su desarrollo evolutivo de relacionar legitimidad y legalidad, de forma indisoluble.

Sin embargo tanto Durkheim como Weber no desarrollan el tema del derecho como sistema autónomo principalmente debido a que para ellos el derecho es reflejo de conductas humanas las cuales son explicables desde sí mismas. Sin duda que Weber va más allá de Durkheim y su sociología del derecho tiene por objeto develar la evolución “interna” del derecho, pero su autonomía, su racionalidad formal, dicen relación con la creencia racional en su legitimidad y no así en principios estructurales definidos. En ambos, no obstante, hay sociología sin dogmática jurídica¹⁷, hay heterorreferencia pero no autorreferencia. En Weber se explica por su adhesión al movimiento alemán del “derecho libre” y su orientación histórico-cultural con declarados tintes anti-positivistas (baste recordar su polémica con Kelsen). En Durkheim, en cambio, la ausencia de dogmática jurídica se explica por su desinterés por los aspectos doctrinarios del derecho y su argumento respecto de la sustantividad sancionadora del derecho como base de la distinción entre represión y restitución.

¹⁷ Cabe señalar que la postura de Luhmann de considerar a la dogmática jurídica dentro del análisis sociológico del derecho es compartida por diversos autores. Cf. Krawietz, p. 254 y ss, García Amado, 1999, p. 31.

Habermas sigue caminos similares, aunque su principal preocupación sea el lado político del derecho, esto es, su aplicación estatal. Habermas también carece de dogmática jurídica, toda vez que las indicaciones internas al derecho tienden a derivarlo únicamente en la legislación, es decir, los crecimientos democráticos, guiados por la acción comunicativa y la “situación ideal del habla” en los cuales se gestan las normas racionales y consensuadas. El mismo Habermas sostiene que es allí donde se desarrollan los fundamentos legitimantes del derecho, dado que en la jurisprudencia (la aplicación, la decisión judicial) no se desarrollan argumentos sino únicamente “la adecuada referencia de una norma a, o de la adecuada referencia de una norma con, una situación concreta” (Habermas, facticidad, 1998 p. 288), por lo que el derecho, nuevamente, se explica por sus características externas y no por su diferenciación.

Luhmann, es quien trasciende la distinción entre ciencia del derecho y sociología del derecho de dos maneras. En primer lugar reconociendo la relación weberiana entre legitimidad y legalidad pero despegándola del conservadurismo positivista, mediante la relación evolutiva del derecho con los demás sistemas sociales. Observar el derecho es, con Luhmann, observar un sistema funcionalmente diferenciado el cual posee determinaciones estructurales del mismo modo que otro sistema social y, ciertamente, no sirve de fundamento de la integración de la sociedad (Parsons, Habermas) no es corazón de la conciencia moral de la sociedad (Durkheim) ni mucho menos una máquina técnico-racional de previsibilidad opresiva (Weber) dado que su función está en el horizonte de la contingencia y el riesgo¹⁸.

Observar, desde la sociopoiesis, la autonomía del derecho es atender a sus condiciones estructurales y dichas condiciones tienen que ver con la sociedad moderna, funcionalmente diferenciada, y el derecho en condiciones de subsistema social.

“Para la diferenciación y clausura operativa del sistema del derecho se vuelven relevantes otros dos desarrollos que se estimulan mutuamente: 1) la especificación de la función del derecho, esto es, la orientación hacia un problema social específico y 2) la codificación binaria del sistema que se lleva a cabo mediante un esquematismo binario que provee de un valor positivo (derecho de uno) y de uno negativo (derecho de otro)” (Luhmann, 2002, p. 116)

La codificación y la especificación de una función son posibles en el derecho moderno gracias a la positivación del derecho, esto implica que el derecho se aparta de los aspectos morales y se despolitiza (Luhmann, 1997(a), p. 114). La positividad del derecho implica que la validez del derecho se fundamenta en la especificación de procedimientos validados únicamente en decisiones producidas al interior del sistema legal.

“El concepto de positividad se ayuda, para efectos de claridad, del concepto de decisión. El derecho positivo es válido en cuanto decisión. Esto hace que se le eche en cara su “decisionismo” en el sentido de una posibilidad de decisión arbitraria, dependiendo de la fuerza de imposición. Esto, sin embargo, conduce a un callejón sin salida, ya que todo mundo sabe que el derecho no puede nunca decidir de manera arbitraria” (Luhmann, 2002, p. 94)

En la positivación del derecho, tal como la entiende Luhmann, el sistema especifica su fundamentación sobre la base de sus propios procedimientos, que son, a su vez, decisiones. En dichas decisiones, que son legales, el sistema legal afirma su propia validez sobre la base de la aplicación del código que le es propio y sus capacidades de transformación. En este sentido “El derecho positivo es la *legalización* de la *transformabilidad* del derecho” (De Giorgi, 1998, p. 258)

La positivación del derecho (también relevante para Habermas) como condición histórica de la emergencia del derecho moderno distancia a Luhmann del funcionalismo. Luhmann sostiene

¹⁸ Cf. Capps & Palmer Olsen, 2002

que el derecho moderno es positivo en tanto que carece de fundamentos morales para sus decisiones y la moral no puede ser entendida como el corazón de la sociedad que se expresa en derecho vigente. De este modo Luhmann se distancia de Durkheim (y ciertamente de Parsons) respecto de la relación entre derecho y moral. Además Luhmann se diferencia del positivismo jurídico dado que el derecho en su perspectiva es un sistema social (como otros sistemas sociales que existen en su entorno) y su estado actual responde a su evolución social (y no moral), distinto de la apreciación del positivismo en la cual el derecho se ordena de manera lógica a partir de una norma fundamental (Kelsen) o a partir de la lógica que le otorga la ciencia jurídica (Savigny).

Junto con la positivación del derecho, el sistema legal especifica una función. Como sistema diferenciado el derecho especifica en su relación con el entorno social el tratamiento de determinados problemas sobre la base de una función. Mediante este procedimiento el sistema reduce la complejidad del entorno a un determinado *problema* y orienta sus operaciones hacia su tratamiento en el interior del sistema. Respecto de la función del derecho: "Se trata de la función de la estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetiva y social" (Luhmann, 2002, p. 188)

La función del derecho, especifica un problema temporal: la estabilización de *expectativas*. Como señala Luhmann, si al sistema legal le correspondiera en el aseguramiento de la ejecución u omisión de una conducta, la institución jurídica sería responsable todo el tiempo por su ineficiencia (Op. cit., p. 210). Tampoco es función del derecho la resolución de conflictos ni encausar todo el comportamiento social. En vez de aquellos, estos dos requerimientos sociales pueden ser vistos más bien como *prestaciones* del derecho hacia otros sistemas funcionales (Op. cit., p. 215). La función del sistema legal es asegurar una determinada expectativa de conducta, las expectativas normativas. Las expectativas normativas que trata el derecho, son las expectativas legales, es decir, expectativas de que la conducta se adecue al derecho vigente.

Luhmann, en parte, sigue la tradición weberiana del estudio del derecho moderno, especialmente en la relación establecida entre *legitimidad* y *legalidad*, para Luhmann el derecho moderno funda su legitimidad en la legalidad, en las decisiones del sistema jurídico acerca de la validez y del código legal /no legal, es decir, en sus decisiones y *procedimientos*. Algunos estudiosos del derecho sostienen que el planteamiento de Luhmann es comparable en ciertos aspectos con la sociología del derecho de Max Weber, al menos en dos puntos centrales:

"1) el incremento de racionalización implica la autonomización de diferentes esferas y los potenciales conflictos pueden emerger a partir de sus propias particularidades. 2) La Sociedad es definida sobre la base de su grado de diferenciación y no sobre la base de algún único sistema" (Michailakis, 1995, p. 327).

La principal diferencia, tenemos que advertir, entre ambos planteamientos radica principalmente en la importancia de la racionalidad en el derecho moderno. Mientras Weber sostiene que el derecho propiamente moderno se estructura sobre una "racionalidad formal", esto es, la posibilidad de anticipación calculada de las decisiones del derecho, previamente formalizadas éstas en procedimientos legales, Luhmann advierte continuamente que la sociedad moderna se orienta hacia la contingencia, sobre lo que no es ni enteramente imposible ni obligatoriamente necesario. En este sentido la procedimentalización del derecho es una condición de su positivación, y no de un primado necesario de racionalidad formal, sobre todo en la incerteza del futuro del derecho.

En el caso posible (contingente) de una *inseguridad* acerca del resultado de una decisión ésta se absorbe mediante el aseguramiento de una, siempre posible, decisión ulterior¹⁹. Las inseguridades derivan de la aplicación del derecho, esto es, de la relación entre programa (norma) y decisión. Decisión que siempre es posible mientras se mantenga un código autónomo que posibilite la autopoiesis.

Dicho código emerge como un logro evolutivo y permite el tratamiento de una gran cantidad de información sobre la base de un criterio basal de distinción legal/no legal, o conforme a derecho/no conforme a derecho (*Recht./Unrecht*)²⁰. Esta diferencia entre lo legal y lo no legal permite al sistema legal orientar sus operaciones hacia su reproducción, éste adquiere el status de observador de sus observaciones (sobre lo que se ha decidido y sobre lo que se decidirá) y comienza a desarrollar cuerpos legales que le permiten la reproducción de decisiones legales a través de otras decisiones legales (constitución, leyes, ordenanzas, etc.). Los fundamentos de las decisiones legales se van autovalidando de modo recursivo; de modo que “sólo el Derecho puede decir qué es el Derecho” (Luhmann, 2002, p. 106)

Para Luhmann, el derecho positivo logra su estabilización interna por elementos de una *dogmática* propia que afianza el código en las decisiones y procedimientos. La dogmática es una forma de autorregulación del sistema legal mediante autoobservaciones. A través de la dogmática es posible para el sistema observar sus observaciones y distinguir entre norma (programa) y decisión (código), junto con ello el sistema absorbe las inseguridades en la dogmática traspasando la carga al procedimiento de las decisiones. La dogmática “asegura” un valor en la forma, hace posible que se pueda tomar a uno de estos elementos (la decisión) como *contingente*, pero no ambos.

“La función de la dogmática habría de buscarse en la limitación de la arbitrariedad de variaciones que se hacen posibles si una relación se presenta como variable *por ambos lados*, es decir, si no solamente los casos se han de orientar por las normas, sino también las aplicaciones de las normas se ha de orientar a los casos.” (Luhmann, 1983, p. 33)

La dogmática define la construcción de casos jurídicos y los criterios de decisión posibilitando un código legal/no legal como forma de la decisión. La dogmática como “no-negación”, por un lado, se distingue como la *unidad* del sistema jurídico en la idea de *justicia* entre iguales y, por otro, se define como *complejidad*, como criterio de autoconstrucción del sistema en torno a una distinción altamente abstracta y fundamental. La dogmática jurídica aparece como la autopresentación al sistema de su unidad interna, de la coherencia de sus decisiones (legales o no legales), mientras que la justicia emerge como el reflejo de las operaciones internas del derecho como *justas* o *injustas*, para la sociedad:

“la justicia como perfección de la unidad del sistema, se refiere a las exigencias impuestas al derecho por la sociedad en su totalidad, y que la dogmática representa el plano interno al sistema jurídico, en el cual se reespecifican y operacionalizan tales exigencias” (Op. cit., p. 38)

El derecho puede ser observado por los demás subsistemas de la sociedad como justo o injusto sobre la base de cómo se reflejan en ella sus procedimientos autoclausurados, sin embargo

¹⁹ Citado por Habermas, 1998, p. 121. Originalmente en Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969: 51.

²⁰ Luhmann, 2002, p. 80. V. esp. la nota al pie en página 81. El traductor hace notar la polisemia de la traducción del término *Recht./Unrecht* del alemán. En algunos casos esta distinción hace referencia a “derecho de uno” / “no derecho del otro”, en otra acepción “derecho” / “no derecho” y, finalmente “conforme a derecho” / “no conforme a derecho”. En el presente texto preferimos emplear esta última acepción, dado que entendemos que engloba precisamente los medios por los cuales el derecho establece su distinción (sistema / entorno) en las tres dimensiones social, material y temporal del sentido, tal y como lo expone Luhmann. También la empleamos la distinción tal como se ha traducido en el inglés como “legal/illegal” entendida en español como legal/ no legal. V. Teubner, 1993 y en Neves, 2001.

para el sistema legal la justicia como unidad de sentido, opera únicamente como una ponderación social de su funcionamiento. La justicia es la apariencia semántica del derecho en la sociedad moderna, donde ésta encuentra la (in)coherencia de sus operaciones, mientras que la dogmática es la versión interna de dicha complejidad. La justicia opera para el sistema como una “fórmula de contingencia del derecho”:

“Bajo condiciones modernas, la justicia no puede servir más como criterio para la decisión de casos individuales. La justicia no es la norma superior de la ley, no es un valor político externo o moral con el cual el derecho positivo deba encontrarse. En vez de ello, la justicia sirve como fórmula de contingencia del derecho, problematizando la relación entre el derecho y su entorno social... la justicia media los requerimientos internos y externos.” (Teubner, 2001, p. 41)

Finalmente, la emergencia del sistema legal no cumple la función de coordinar el orden social o de integrar a la sociedad en un fundamento moral o normativo generalizado, el sistema legal moderno no es capaz de representar ante sí toda la complejidad del entorno ni mucho menos operar sobre el supuesto de dicha representación. Luhmann expone esta “incapacidad” en términos de dicha *complejidad*:

“el sistema jurídico no puede reflejar dentro de sí ni toda la complejidad ni las formas de abstracción fundamentales de la sociedad” (Luhmann, 1983, p. 98)

Según Luhmann tampoco podríamos asumir el derecho como una mera forma de *autogobierno*²¹ de la sociedad, situando alguna clase social o a un Estado como mecanismo regulativo en una esfera superior. La sociedad funcionalmente diferenciada en la concepción de Luhmann, no se estructura en torno a la diferencia entre centro y periferia, como la sociedad estratificada, aunque que en la evolución social persistan formas estructurales que pervivan en la sociedad moderna. En la sociedad moderna, funcionalmente diferenciada el derecho emerge como un sistema funcional especificado sobre una determinada función sin necesidad de abarcar toda la complejidad posible de la sociedad:

“La diferenciación requiere más bien la institución de un sistema social especial, al cual se le pueda imputar la actuación propia, y esto sin limitación de la relevancia del derecho para toda la sociedad” (Op. cit., p. 46)

El sistema legal no está “integrado” ni con el sistema de la política ni con el sistema económico, el derecho es un sistema autónomo que emerge solamente cuando es posible su *capacidad de decisión* y cuando aborda la contingencia social desde un código propio que le otorga su identidad (sistema/entorno). La capacidad de decisión de un sistema es su capacidad de observar sus propias observaciones y tematizarlas dentro de un margen de posibilidades de aceptación o rechazo. Solamente podemos relacionarlo con la modernidad en tanto que en ésta emerge la capacidad de decisión no sólo para el sistema legal sino para el resto de los sistemas parciales de la sociedad, mediante *sistemas de organización*, que –en síntesis- son sistemas autopoieticos de comunicación de decisiones²².

²¹ Habermas emplea el término “autogobierno” en el sentido que Luhmann otorga al concepto de “autorreferencia”. V. Habermas, 1999, p. 22.

²² Las organizaciones emergen en la modernidad como sistemas reguladores de la doble contingencia a partir de comunicaciones altamente despersonalizadas, donde la “presencia” se reemplaza por la “membresía”. Es el incremento de la *complejidad social* lo que ve nacer las organizaciones como instancias altamente específicas en el tratamiento de comunicaciones de carácter eminentemente selectivo: las *decisiones*: “De esta manera, en la práctica, se produce un sistema autopoietico mediante una forma particular de operaciones: produce decisiones a través de decisiones. El comportamiento se comunica como una decisión”, (Luhmann, 1993, p. 366) Un estudio extenso de estas ideas se encuentra en Luhmann, 1997(b)

El sistema legal adquiere capacidad de decisión autopoiética cuando se *seculariza*²³ y adopta un planteamiento *positivo* respecto de las conductas que considera legales/no legales. Su capacidad de estructuración no está mediada “desde afuera” sino que, como todo sistema acoplado a un entorno, gatilla cambios en su operar autoclausurado que no tienen una relación necesaria con un entorno “existente” más allá de los márgenes de sus observaciones.

Los problemas de orden legal tampoco precisan “amenazar a la sociedad” en su conjunto, cuestión que por cierto pueden reclamar cualquier sistema funcional. Sino más bien, es el sistema legal que *autoproduce expectativas de conducta* que él mismo se encarga de tratar como problemas. Por todo lo anterior, el sistema legal se caracteriza por un *tipo de comunicación* que se ha autoclausurado en torno a un código. El sistema legal no es el centro ni el corazón (*core*) de la sociedad, como así tampoco un elemento periférico. En términos estrictos no existen sistemas funcionales más importantes que otros aunque cada uno auto-observe su función como la más relevante para el sistema de la sociedad (Rodríguez & Arnold, 1991, p. 173)

En la concepción del derecho en Luhmann éste se presenta como un sistema funcional de la sociedad moderna. En ella el derecho emerge como un sistema funcional con características que le son propias y con autonomía respecto de la sociedad. Para el derecho su autonomía no significa una pérdida de información respecto de la sociedad ni mucho menos, un aislamiento respecto de la complejidad social. La clausura operativa del sistema legal permite que éste se acople a otros sistemas sociales y que no pierda su identidad, y que pueda formalizar mecanismos de aprendizaje que no produzcan una pérdida de su estructura.

En este sentido, el término *autonomía* del sistema legal debe ser reemplazado por un concepto apropiado. Luhmann se referirá más bien a la *clausura operativa* del sistema legal.

“Distinto a la comprensión habitual de la autonomía, distinguimos estrictamente entre cuestiones de dependencia (o independencia) causal –que un observador puede juzgar de esta u otra manera dependiendo de las causas o efectos que seleccione- y cuestiones de referencia –que siempre suponen un sistema como observador” (Luhmann, 2002, p. 133)

Estas cuestiones de independencia hacen necesario reformular el problema en términos de autorreferencia y heterorreferencia. Respecto del *código* se debe señalar que la forma antes señalada decanta en la dualidad *Recht./ Unrecht* (legal/ no legal) que ya sido comentada en este texto y respecto de la *función* del derecho se formula como *normativamente cerrado* y *cognitivamente abierto* (Ibíd.). Como sabemos la función del derecho desde el examen de Luhmann consiste en la estabilización de expectativas normativas para la sociedad, en este sentido la autorreferencia del sistema se refiere al mantenimiento de las expectativas normativas a pesar de su decepción y, por su parte, la heterorreferencia se refiere a las posibilidades de aprendizaje del sistema.

Con esto, Luhmann se aparta decisivamente del positivismo (sobre todo ante cualquier guiño al positivismo de Kelsen) y señala las condiciones socio-estructurales del derecho moderno. El derecho no puede ser entendido como un sistema autárquico (posiblemente una engañosa sinonimia de autónomo) sino como un sistema que se clausura en sus operaciones y que dicha clausura, a su vez, permite la apertura cognitiva hacia el entorno.

²³ Etimológicamente el término *Secular* proviene de la misma raíz latina de *Siglo* y se utilizaba en el medioevo para diferenciar la existencia terrenal (no mayor a un siglo) de la esfera de la trascendencia.

Luhmann separa dos momentos fundamentales en el derecho: La formación de la norma y la aplicación del derecho, o en términos estrictos: *legislación* y *jurisprudencia*. En el primer momento señalado, se suele ver la necesidad de una autonomía política de los ciudadanos en el ejercicio de la formación de normas (Habermas) y en el segundo momento, la necesidad de la argumentación racional (Alexy). La principal objeción a esta distinción está dada por la concepción tradicional de ésta, que la concibe de manera jerárquica. Según esta tesis:

“El juez aplica las leyes, obedece las instrucciones del legislador... El tribunal se concibe como un órgano ejecutivo de la competencia legislativa y la metódica jurídica como simple deducción” (Op. cit., pp. 364-365)

Ante esto Luhmann señala que se debe reemplazar el esquema con el cual se entiende la relación entre jurisprudencia y legislación. Para ello, el concepto clave es la *decisión* jurídica. Sólo los tribunales se ven en la necesidad de decidir sobre todos los casos posibles que ante éstos se presenten y que ameriten atención legal. Sólo en los tribunales se hace posible la convergencia de tres elementos fundamentales para la constitución del derecho: a) la necesidad de decidir, b) la libertad de interpretar la norma y c) la restricción de decidir de manera justa. Solo los tribunales, en el sistema jurídico, transforman la necesidad en libertad.

Ante esto, se debe sustituir el modelo jerárquico por una diferenciación entre *centro* y *periferia* que permite resignificar la forma *autorreferencia/ heterorreferencia*. Dado que las decisiones constituyen el elemento central, se ubica en el centro del sistema la organización judicial, es decir, los tribunales y en la periferia la legislación. En la periferia se pueden absorber las demandas, sin importar si se trata de intereses legales/intereses no legales ya que en ella no existe el imperativo de la decisión. La periferia, además, sirve de zona de contacto (Op. cit., p. 383) con otros sistemas funcionales de la sociedad. El centro opera con una clausura cognitiva más rígida. Sabemos que en la periferia se desarrollan los procedimientos legitimantes del derecho y en ella el derecho absorbe las demandas morales y políticas, sin embargo las decisiones siguen estando en el plano de las determinaciones estructurales del sistema legal.

Por eso, el concepto de autonomía hará referencia a la clausura operativa del sistema legal y sus determinaciones específicas, a nivel de sus procedimientos internos y sus relaciones con el entorno.

4.2. Expectativas sobre el sistema legal

Nuestro segundo concepto clave son las expectativas acerca del sistema legal. Respecto de las expectativas debemos centrarnos en cómo éstas estructuran al derecho y cómo el derecho desencadena expectativas sobre la sociedad en su conjunto.

4.2.1. Expectativas y sanciones

Uno de los aspectos compartidos por toda la teoría social es que el derecho se caracteriza por las sanciones. Para Durkheim la expectativa que instituye el derecho es la expectativa de la sanción. Es mediante las sanciones que el derecho se expresa más allá de la experiencia subjetiva de un mundo normativo compartido y deja sentir sus efectos mediante acciones sensibles a la conciencia individual. Las normas morales se objetivizan mediante derecho y sancionan desviaciones que afectan a la conciencia colectiva. En sí el derecho trata expectativas las cuales están siempre mediatizadas por las sanciones actuales y posibles.

Para clasificar la solidaridad social Durkheim recurre al derecho, al cual clasifica a partir de las sanciones. El supuesto basal de Durkheim -ya lo hemos señalado- es que el derecho reproduce

las formas principales de la solidaridad social, por lo tanto para conocer el tipo de solidaridad social predominante sólo debemos clasificar los distintos tipos de derecho para encontrar los distintos tipos de solidaridad a los cuales ellos corresponden. Esta clasificación, según Durkheim, no debe hacerse según las ciencias jurídicas, sino a partir de elementos *sustantivos* de las leyes, es decir de acuerdo a la sanción que cada derecho estatuye.

Es así como Durkheim tipifica al derecho a partir de dos formas de sancionar la conducta.

a) Las sanciones represivas: son las sanciones características del derecho penal, Consisten esencialmente en un dolor o en una disminución que se ocasiona al agente; tienen por objeto perjudicarlo en su fortuna, o en su honor, o en su vida, o en su libertad, privarle de alguna cosa de que disfruta.

b) Las sanciones restitutivas: son las sanciones propias de del derecho civil, del derecho comercial, de las regulaciones administrativas y consisten tan sólo en “poner las cosas en su sitio”, en el restablecimiento de relaciones perturbadas bajo su forma normal, ya sea volviendo por la fuerza el acto incriminado al tipo de que se había desviado, bien anulándolo, es decir, privándolo de todo valor social.

Estos dos tipos de sanciones dan origen a dos tipos de solidaridad: la solidaridad mecánica (o por semejanzas) y la solidaridad orgánica (o debida a la división del trabajo social).

a) Solidaridad Mecánica (o por semejanzas): Este tipo de solidaridad se funda en las sanciones represivas y es una de las formas más primigenias de solidaridad. Las sanciones represivas son constituyentes del derecho penal y castigan “crímenes”. Un crimen no es sólo una ofensa a sentimientos colectivos. Los sentimientos colectivos que son afectados por un crimen deben poseer una cierta intensidad promedio. No sólo están en las conciencias sino que están fuertemente grabados en ellas. Un acto es criminal cuando ofende los estados fuertes y definidos de la conciencia colectiva. El crimen, además, es una ofensa contra la autoridad que "representa" a la conciencia colectiva, actúa en su nombre y la defiende de todos sus enemigos externos e internos.

De allí se deriva que las sociedades pre-modernas poseen como núcleo moral una fuerte conciencia penal. El derecho previene la desintegración de una sociedad que se entiende a sí misma cómo estructurada por semejanzas. Hay una cohesión social cuya causa radica en cierta semejanza de todas las conciencias particulares a un tipo común que es la conciencia colectiva.

En cada uno de nosotros habrían dos conciencias, una contiene estados personales y propios de cada cual, mientras que la otra contiene estados que son comunes a toda la sociedad. Las dos conciencias, aún cuando son diferentes, poseen un mismo sustrato, es decir, son solidarias. De aquí emerge una solidaridad que nace de las semejanzas y que liga directamente al individuo con la sociedad. Individuo y sociedad tienen una relación directa y cada ofensa a estados fuertes de la conciencia colectiva deviene en un crimen que antepone al individuo y a la sociedad directamente.

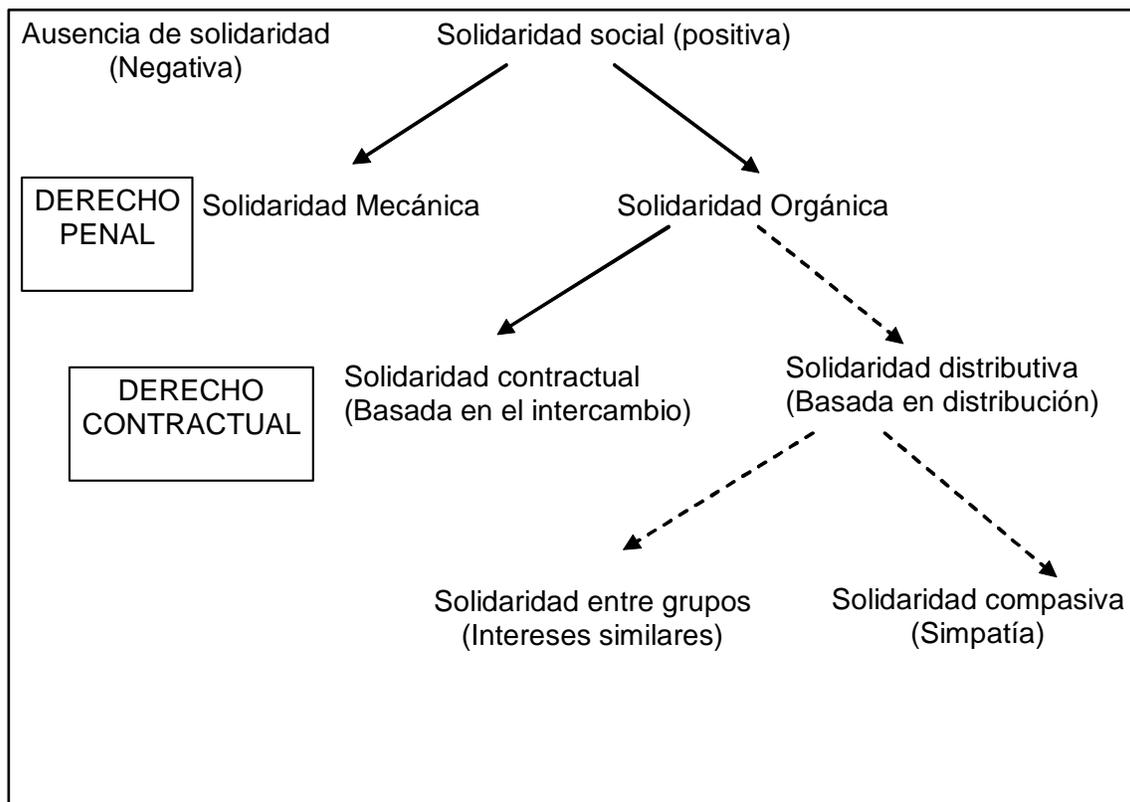
La función de la pena es mantener la conciencia colectiva descargando todo su peso en los individuos que ofenden disposiciones emanadas de dicha conciencia. El derecho vela de manera omnipresente la conciencia colectiva y a la sociedad en su conjunto.

b) Solidaridad Orgánica (o debida a la división del trabajo social): Este tipo de solidaridad es la característica de la sociedad moderna. La solidaridad orgánica, se da en sociedades donde la división del trabajo es funcional, lo que conduce a una gran variedad de diferenciaciones de funciones y por tanto de roles en el sistema social.

“Como las reglas de sanción restitutiva son extrañas a la conciencia común, las relaciones que determinan no son de las que alcanzan indistintamente a todo el mundo; es decir, que se establecen inmediatamente, no entre el individuo y la sociedad, sino entre partes limitadas y especiales de la sociedad, a las cuales relacionan entre sí. Mas, por otra parte, como ésta no se halla ausente, es indispensable, sin duda, que más o menos se encuentre directamente interesada, que sienta el contragolpe. Entonces, según la vivacidad con que lo sienta, interviene de más cerca o de más lejos y con mayor o menor actividad, mediante órganos especiales encargados de representarla. Son, pues, bien diferentes estas relaciones de las que reglamenta el derecho represivo, ya que éstas ligan directamente, y sin intermediario, la conciencia particular con la conciencia colectiva, es decir, al individuo con la sociedad”. (Durkheim, 1985, p. 64)

Esta es la condición característica de la sociedad industrial, donde se da, por lo mismo, una tendencia creciente a la heterogeneidad y la diversificación social. En este caso, la solidaridad se funda precisamente en la diferenciación. La uniformidad tiende a desaparecer, la conciencia colectiva se hace menos omnipresente en la vida social, el sistema social se mantiene cohesionado por la complementariedad de los grupos sociales y por la creciente frecuencia de los intercambios sociales.

Fig. 1 Formas de Solidaridad (Adaptado de Schluchter, 2003, p. 540)



La solidaridad orgánica corresponde a una estructura social que es un sistema de órganos que poseen cada cual un rol especial y que están ellos mismos formados por partes diferenciadas.

El derecho moderno no elimina las sanciones penales sino que éstas pierden centralidad a favor de las sanciones restitutivas. Según esto, serán esperables sanciones de tipo restitutivo en mayor medida en razón de la pérdida de expectativas compartidas respecto de conductas unificadas y cada vez sean más recurrentes los intercambios desiguales y la diferenciación funcional.

4.2.2. Expectativas y Legitimidad

Las sanciones aparecen, según Max Weber, como una garantía externa al orden jurídico que, fundamenta su obediencia gracias a la legitimidad que encarna. Dicho de otro modo, el derecho tendrá probabilidad empírica de obediencia, tendrá una expectativa de ser obedecido, en tanto tenga aparejada una imagen de legitimidad.

El orden jurídico para Weber debe ser entendido como un orden legítimo, como tal, éste se caracteriza porque “está garantizado externamente por la probabilidad de coacción (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar la observancia de ese orden o de castigar su trasgresión” (Weber, 1964 p. 27) De manera similar que Durkheim, Weber propone una caracterización sociológica del derecho mediante la *sanción* (la probabilidad de la coacción) sin embargo la coacción no es fundamento de la legitimidad del orden (interna al derecho) sino solamente su *garantía* empírica (externa).

La legitimidad del orden jurídico corresponde a un factor interno al orden jurídico. Implica la aceptación del orden jurídico y el reconocimiento de la legitimidad de un orden jurídico se da cuando los individuos reconocen un orden como legítimo, orientando hacia él sus comportamientos empíricos. Este reconocimiento implica fundamentos de validez empírica de dicho orden, a través de los cuales los individuos atribuyen *validez legítima* al orden jurídico.

La validez interna del orden jurídico puede venir dada de cuatro maneras (de acuerdo a un procedimiento similar de elaboración de tipos ideales de dominación) (Fariñas, 1989. pp. 141-142):

- a) Conforme a la *tradición*, que es la creencia en la validez de lo que siempre ha sido o existido. Tipo ideal → *Derecho tradicional*, es la forma más primitiva y universal de otorgar legitimidad a un orden jurídico presuponiendo normalmente el carácter sagrado de la tradición
- b) Conforme a la creencia afectiva que supone la validez de lo nuevo *revelado* o ejemplar. Tipo ideal → *Derecho carismático*, desde un punto de vista histórico corresponde a una de las primeras formas de creación conciente de un nuevo derecho a través de revelaciones jurídicas de carácter profético
- c) Conforme a la *creencia racional* según *valores*, que implica la vigencia de lo que se tiene por absolutamente valioso. Tipo ideal → *Derecho natural*, es decir los preceptos lógicamente deducidos sobre la conducta pero trascendentes a ésta.
- d) Conforme a lo *estatuado positivamente* en cuya *legalidad* se cree. Tipo ideal → *Derecho formal-racional moderno*, es la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos

según el procedimiento usual y formalmente correcto. Se cree en la *legitimidad de la legalidad*. Se obedece a la regla y no a la persona.

El orden jurídico debe su existencia empírica a la validez otorgada a dicho orden. Como sabemos la validez de dicho orden descansa en una representación de la legitimidad que posee el derecho y se ve garantizada por un aparato coactivo que mantiene su observancia.

Las expectativas del derecho moderno refieren a su legalidad, es decir, que sus decisiones se fundamenten en la legalidad de su proceder. Sin fundamentos tradicionales ni carismáticos el derecho se ve obligado a legitimarse sobre la base de su propia racionalidad, entendida como la expresión lógica de la racionalidad instrumental y temporal de la modernidad.

4.2.3. Expectativas, sanciones y legitimidad

Para Habermas el derecho trata fundamentalmente con expectativas de legitimidad. El derecho moderno debe fundamentar dicha validez en procedimientos que lo legitiman. En la distinción acerca de la jurisprudencia y legislación, que antes comentamos, Habermas señala que la legitimidad del derecho descansa en el privilegio de la legislación, ya que es en ella que el derecho se organiza sobre la base de argumentaciones racionales.

El derecho moderno queda descargado de una constante fundamentación mediante el uso de tres instituciones²⁴ que lo legitiman. Estas instituciones son, a saber: el *principio de la soberanía popular* y los *derechos fundamentales*, por un lado, y la constitución del *Estado burgués*, por otro. Ambos son emergentes con la modernidad y la positivación del derecho.

En la constitución del derecho debe entenderse como base una determinada *comunidad política*. La comunidad política, según él, es un supuesto consenso racional entre sujetos que deciden acerca de su autolegislación y determinación. Para que exista una comunidad política debe suponerse un “principio democrático” en la sociedad, el cual se ve reflejado en el mismo sentido que la positivación del derecho:

“En la positividad del derecho no se expresa la facticidad de una voluntad arbitraria y absolutamente contingente, sino una voluntad dotada de legitimidad, que se debe a la autolegislación presuntivamente racional de ciudadanos políticamente autónomos” (Habermas, 1998, p. 95)

El auténtico lugar de integración social se da, en el sistema legal, en el proceso de producción de normas que es el lugar del entendimiento y la razón comunicativa y no en la aplicación del código sistémico. La solidaridad social en las sociedades modernas se da en el plano del ciudadano (autodeterminado) y, en último término, proviene de la acción comunicativa. El derecho positivo sólo puede aspirar a la integración social haciendo que los *destinatarios* de las normas jurídicas puedan suponerse como *autores racionales* de esas mismas normas, como *co-productores* de las normas bajo una moral post-convencional:

“Los miembros de una comunidad tienen que poder suponer que en una libre formación de la opinión y la voluntad política ellos mismos darían su aprobación a las reglas a las que están sujetos como destinatarios de ellas” (Op. cit., p. 100)

El supuesto de la autonomía política de los individuos (autolegislación) es, según Habermas, el único capaz de desempeñar o resolver las expectativas de legitimidad de las reglas, ya que hace posible tornarlas racionalmente aceptables. En este sentido, el derecho encuentra sus

²⁴ Al respecto Habermas se vale del concepto de “institución” del filósofo alemán Arnold Gehlen. V. Gehlen, 1973, pp. 94-105.

fundamentos, sobre los presupuestos racionales del mundo de la vida y no en mecanismos sistémicos de autorregulación y control.

El derecho produce la *integración social*; ya sea mediante la solidaridad social de una comunidad política, o mediante prestaciones que hace el derecho a los sistemas económico y administrativo, que las hace, en último término, posibles *en tanto que normadas* (moralmente fundamentadas) mediante acción comunicativa. Las operaciones de integración sistémica, de este modo, que el sistema económico y el aparato estatal efectúan, respectivamente, a través del dinero y el poder administrativo, deben quedar conectadas con el proceso de integración social que representa la praxis de autodeterminación de los ciudadanos (Op. cit., p. 103)

El derecho moderno logra fundar el lazo problemático de la facticidad y la validez. La *validez* de una proposición (lingüística) debe lograr su validación *de hecho*, esto es, sometiéndola al examen de los argumentos de una comunidad de intérpretes para justificar la pretensión de validez de un determinado enunciado (Op. cit., p. 77). En otras palabras, la verdad está sujeta a una *aceptabilidad racional*. Esta relación entre facticidad y validez se manifiesta siempre como una tensión, que se estabiliza en la sociedad moderna mediante la positivación del derecho y su emergencia como estructura normativa.

Dentro de esta tensión entre facticidad y validez, la argumentación juega un papel fundamental. Mediante el recurso a argumentos los interactuantes despliegan su racionalidad e inyectan al derecho de racionalidad comunicativa. Las argumentaciones, según Habermas, no pueden ser entendidas como meras “redundancias”²⁵ sobre las cuales sólo queda esperar la distribución del código según decisiones autovinculantes, sino ante todo la posibilidad de constitución de un derecho anclado en las estructuras normativas de la sociedad y sus exigencias racionales. El propio código que enuncia Luhmann respecto del derecho, para Habermas, posee un valor racional. Éste debe entenderse como un *juicio* acerca de una proposición.

Las sanciones del derecho vienen dadas por su administración estatal. Dicha sanciones, al igual que en Weber, son aceptadas porque sobre ellas existen expectativas de legitimidad. Dichas sanciones coexisten con el derecho y son sanciones legítimas porque suponen que incluso aquellos que son sometidos a ellas estarían de acuerdo –en un proceso de formación libre de voluntad y opinión- de consentir su creación y aplicación si tuviesen que hacerlo.

En cierto modo, el derecho para Habermas es la estructura normativa más potente en frenar el despliegue incontrolable de complejidad de los sistemas autorregulados. Sólo mediante el derecho es posible obligar a los sistemas y a los sujetos a someterse a un consenso racional legítimo. Dicho consenso, ciertamente, no es un logro interior al derecho sino más bien la capacidad de una comunidad política de consensuar un universo normativo sobre el cual orientar su acción. El derecho, de este modo, funge como una instrumentalizada normativa de dicha comunidad en pro de racionalizar las limitaciones de su propia libertad y orientar al todo social sobre un acuerdo razonado.

4.2.4. Expectativas y derecho

Hemos visto el lugar y las características que posee el derecho en Durkheim, Weber y Habermas. En todos estos casos observamos expectativas que vienen relacionadas con características externas al derecho, incluso en aquellos casos en los que dichas expectativas tratan de la legitimidad del derecho. Luhmann sostiene que las expectativas son un tema

²⁵ Tal y como lo presenta Luhmann. V. Habermas, Op cit, pp. 114-115.

transversal al derecho, en su tratamiento con sus propios procedimientos y, por otro lado con la sociedad. Igual que en el caso de la autonomía, en la cual observamos que los autores precedentes carecen de una perspectiva interna (dogmática) del derecho, en el caso de las expectativas observamos que los autores precedentes ubican el tema de las expectativas como aspectos externos al derecho. Esto es observable claramente en Habermas quien remite las expectativas a la formación de las normas y en Durkheim quien ubica las expectativas únicamente a las sanciones como efectos sensibles de la existencia del derecho. En Weber las expectativas aparecen como un elemento más delineado pero, al igual que Habermas, las reduce a las posibilidades de obediencia de un orden considerado legítimo.

Luhmann distingue dos tipos de expectativas sobre las cuales opera el derecho. Por un lado, *expectativas cognitivas* sobre las cuales es posible cambiar si es que el resultado esperado no se verifica, y por otra parte, las *expectativas normativas*, las cuales se mantienen a pesar de la decepción. El sistema legal tiene por función la estabilización de expectativas normativas y el desplazamiento de las expectativas cognitivas a través de medios de legitimación. Con esto Luhmann emplaza a las expectativas en la autorreferencia y la heterorreferencia del derecho, en sus aspectos internos y externos.

Respecto de las *expectativas normativas*, el sistema opera mediante la generalización de dichas expectativas en las tres dimensiones del sentido: *objetiva, temporal y social*.

En la dimensión *temporal*, las expectativas de comportamiento se generalizan por la "normación" (De Georgi, 1998, p. 248) es decir, a las expectativas se les confiere una validez extendida en el tiempo, una validez que se resiste a las decepciones y que por tanto posee una fuerza contrafactual. La expectativa normativa, por tanto, se generaliza en el tiempo y su validez se extiende más allá del horizonte temporal del presente-futuro.

En la dimensión *material* u *objetiva*, se asegura la estabilización de la unidad de sentido, independientemente de la diversidad material de las expectativas, el sistema generaliza una unidad de sentido determinada que sobrepasa los hechos sociales a los cuales alude. La materialidad se objetiviza en el contexto de un principio normativo generalizado.

En la dimensión *social* las expectativas normativas se generalizan a través de la "institucionalización" (Op. cit., p. 249) es decir, se puede suponer un consenso general sin considerar el hecho de que cada uno de los individuos puede no estar de acuerdo. Este consenso ficticio significa para el derecho una considerable reducción de complejidad, dado que conlleva la necesidad de excluir de la participación, en la producción del derecho, al mayor número posible de personas. Esto sin embargo, hace posible la generalización de las expectativas sobre la base de un consenso social supuesto.

Las *expectativas cognitivas* en el sistema legal son canalizadas por *procedimientos legitimantes* (Op. cit., p. 261), donde el derecho hace partícipe a la sociedad en sus posibilidades de transformación. Estos procedimientos legales introducen la participación social en la producción (y transformación) del derecho sobre la base de decisiones que son legalmente aceptadas. Asimismo, en estos procedimientos se verifica la dualidad estructural del derecho entre una *apertura cognitiva* y *clausura normativa* (Luhmann, 2002, p. 133), en esta dualidad se verifica antes la operación de distinción realizada al interior del sistema entre autorreferencia (imputación al sistema) y heterorreferencia (imputación al entorno), que la existencia de un sistema enteramente abierto. El sistema legal se cierra en torno al orden normativo de la distribución del código, mientras que observa las comunicaciones del entorno y desarrolla los medios con los cuales tratar su complejidad.

Los procedimientos legitimantes del derecho son, a saber, tres: 1) las elecciones, 2) los debates parlamentarios y 3) el proceso jurídico (De Giorgi, 1998, p. 261). La legitimidad que en estos procedimientos legales se produce viene dada por una “disponibilidad generalizada para aceptar, dentro de ciertos límites de tolerancia, decisiones cuyo contenido sea todavía indeterminado”²⁶. Las expectativas cognitivas son tratadas como procedimientos legales, en los cuales cabe esperar que se canalicen las demandas que la sociedad espera sean resueltas mediante el sistema legal. El legislador puede corregir sus expectativas en tanto que es el destinatario de los deseos de transformación jurídica y para el derecho constituye la instancia institucionalizada para el aprendizaje. Con todo, siempre se debe de tratar de decisiones sobre las cuales es posible verificar si se presentan conforme a derecho/ no conforme a derecho.

Con ello no se verifica directamente la intromisión del código del sistema político en el sistema legal, sino más bien un acoplamiento estructural sobre la base de procedimientos, que legitiman una decisión política como conforme a derecho/ no conforme a derecho (heterorreferencia) y que, a su vez, introducen en el derecho dicha comunicación como una decisión en el sistema (autorreferencia).

Como vemos, las expectativas tienen que ver no sólo con la legitimidad sino con la función del derecho en la sociedad. De este modo la formación de expectativas respecto del derecho aparece como un tema central y enfocado en las posibilidades del derecho de tratarles internamente y regular su aceptabilidad externa.

²⁶ Luhmann, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969, citado en De Giorgi, 1998, p. 262

5. Resultados de la Investigación

En el presente capítulo abordaremos el tema de la investigación a partir de la revisión de las entrevistas realizadas a expertos en la materia, la revisión de fallos judiciales y los análisis de prensa escrita, más nuestras propias reflexiones teóricas. Con esto atendemos a nuestros cuatro objetivos específicos restantes que guían la investigación en sus aspectos empíricos (el objetivo 1 está abrazado en nuestras distinciones conceptuales previas).

2. Identificar características de la autonomía del sistema legal a partir de variables socio-organizacionales.
3. Caracterizar casos de corrupción y de violación de DDHH a partir de las decisiones tomadas desde el sistema legal
4. Caracterizar las expectativas que tienen jueces y abogados respecto de la autonomía del sistema legal
5. Caracterizar las expectativas que tienen especialistas y líderes de la sociedad civil respecto de la autonomía del sistema legal

En el apartado 5.1 abordaremos el objetivo 2 de la investigación, es decir, las condiciones sistémico-organizacionales de la autonomía del sistema legal chileno. En el apartado 5.2 abordaremos los objetivos 3, 4 y 5 que remiten a las expectativas acerca del sistema legal.

5.1. Autonomía del sistema legal

Enfrentados a la definición de la autonomía del sistema legal, los expertos entrevistados en el marco de este proyecto indican a los tribunales de justicia como punto importante en la tensión entre autonomía del sistema legal y pretensiones de control político. Con esto se hace necesario reformular el término “autonomía del sistema legal” por otro. En este apartado hablaremos de autonomía organizacional en el sistema legal, de modo de poder diferenciar en primer lugar *jurisprudencia* y *legislación* y optar por las descripciones del primero de los términos.

En las expectativas que existen en los expertos entrevistados convergen tres **dimensiones** que configuran el concepto de autonomía:

- a) en primer lugar la figura del **juez**, quien encarna la capacidad de decisión en el sistema;
- b) la **autonomía económica**, que dice relación no únicamente en como asigna y distribuye el presupuesto sino además, en cómo se desprende al sistema de la dependencia política;
- c) y finalmente, el rol de la **Corte Suprema** como parte de la estructura organizacional que posee un control jerárquico y que impide grados de autonomía en sus partes.

Presentaremos estos tres temas por separado, para luego concluir con una síntesis e interpretación de lo señalado en cada apartado.

5.1.1. El Rol de los jueces

El **concepto de autonomía** que aparece en los entrevistados se muestra, por un lado, como un concepto ligado a la institucionalidad misma y su capacidad de tomar decisiones sin dejarse influir por criterios extra jurídicos y, en menor medida, las expectativas relativas al concepto de autonomía como una vivencia interna, relacionado con la conciencia. Sin embargo, en ambos casos se remite a la figura del **juez** como sujeto de decisión.

“Por una parte está el tema de la **independencia** propiamente tal, dentro del cual la **autonomía** es un componente, no necesariamente completo... su autonomía en el sentido natural es entenderlo como la capacidad para el propio sistema de tomar sus **decisiones** sin estar sujetos a otro tipo de entidad (...)”²⁷ (Experto)

“Por eso yo voy a la idea de que la **autonomía** es un tema **interno**, de la conciencia del sujeto; yo puedo ser perfectamente libre y actuar en conciencia a pesar de que me paguen el auto, el edificio, la jubilación y todo eso.” (Experto)

Respecto del rol del **juez**, se señala que la autonomía está relacionada directamente con la independencia y libertad para tomar **decisiones** dentro sin estar sujeto a presiones de poder, ya sean éstas de orden político institucional (gobierno, partidos) o de carácter interno (tribunales superiores)

“porque la independencia dice relación con la capacidad que tiene el **juez** en el momento de... o el espacio de libertad que tiene el **juez** en el momento de decidir cada caso para hacerlo sin ningún tipo de presión, sin ningún tipo de condicionante ajeno a los hechos, al derecho, y a su propia percepción de lo que ese caso justifica.” (Experto)

“Así que... en resumen, yo creo que ha habido avances, que sí han podido crear un puente que recorrer en términos de independencia interna, sobre todo porque aquí está muy fuerte esta concepción del poder judicial como institución... que lo importante de esta independencia es la independencia del poder judicial, y no la independencia de todos los **jueces**, que es lo realmente valioso; lo importante es que los **jueces** en el momento de fallar no sientan algún tipo de presión... se tiende a ver el tema de la independencia como una independencia institucional, pero es una visión errada.” (Experto)

“Entonces, para mí queda cada vez más claro que el ámbito de atribuciones de los **jueces** depende sistémicamente del contexto. El **juez** no es un poder autónomo, el juez depende de los equilibrios de poder que están en la sociedad.” (Experto)

El esquema causal sobre el cual se sustenta esta visión de la autonomía atribuye²⁸ al juez la responsabilidad de la decisión, lo cual es cierto en la medida en que se distribuye el poder y la responsabilidad en la definición estructural de los tribunales (la organización). Resulta interesante observar esta atribución, dado que la autonomía del sistema legal aparece en primer término como autonomía organizacional, y ésta descansa en gran medida en el poder de decisión de un juez sin tomar en consideración criterios extra-judiciales.

Si se sigue a Luhmann no existen espacios *difusos* en la diferenciación sistémica, sin embargo siempre es posible para un observador identificar estos espacios difusos en la valoración de un

²⁷ En lo sucesivo, en las citas de entrevistas y en su interpretación se pondrá con negritas el concepto o los conceptos que se destaquen en referencia al análisis.

²⁸ Respecto de la *causalidad* señala Luhmann: “La causalidad, por tanto, es siempre una selección que hay que atribuir a un observador con determinados intereses, con un tipo específico de estructura de observación, y con una capacidad muy determinada de procesar información... de aquí que se pueda relativizar el esquema causal al definirlo *como una costumbre selectiva de una operación de atribución*” Luhmann, 1995(c), p. 103

concepto. Es así como la autonomía aparece de manera ambivalente para los entrevistados, los cuales señalan por un lado los avances en materia de autonomía a este respecto y por otro se indican las brechas que existen y que no han sido alcanzadas para lograr una autonomía del propio sistema; autonomía siempre encarnada en la figura del juez y esto vale también en una visión retrospectiva de la organización.

“Muchos (**jueces**) empezaron a tomar posiciones más progresistas y en cierto momento esto adquirió una velocidad de bola de nieve y se empezó a pasar desde una actitud pública de sospecha frente a la politización de la justicia a una demanda por judicialización de la política.” (Experto)

“Estos son los principales cambios: **autonomización.**” (Experto)

“yo creo que clarísimamente **yo no hablaría de autonomía del Poder Judicial**, sino que hablaría que algunos jueces fueron capaces de funcionar de acuerdo a lo que la expectativa de toda una sociedad decía... Si uno lo mira en términos del comportamiento de la Corte Suprema, uno podría decir que la autonomía es precaria. Si uno lo mira por el comportamiento de algunos jueces -como por ejemplo el juez Guzmán- la gente puede pensar que una golondrina hace verano” (Experto)

“, yo soy actor en el periodo de la dictadura y ahora, y obviamente **que hemos ganado en cuanto a independencia judicial**, no hay dudas de que sí se ha ganado. Y esa independencia judicial es más obra de los propios jueces que el sistema, ya que el sistema de antes es el mismo que hoy, inclusive en lo que respecta a la generación de los jueces.” (Experto)

5.1.2. La autonomía económica

Respecto de la **autonomía económica** del poder judicial esta se refiere, como señalamos, no sólo a la capacidad de administrar su propio presupuesto sino a la independencia del **poder** político y de la influencia del dinero.

“... el poder judicial en Chile tiene dosis importantes de autonomía, pero hay ámbitos que todavía no están reconocidos, como el manejo de sus platas, y de no andar mandando la cuenta a otros **sin intervención del Gobierno...**” (Experto)

“De todas maneras yo vislumbro que, en lo que dice relación con la independencia externa, hay interés del Estado y del Poder Político de generar una mayor independencia al Poder Judicial; pero yo también creo que **el Poder Político quiere avances**. Dice “ya, yo le doy autonomía a usted, pero usted demuestre que mejora la calidad de la justicia, demuéstreme que la calidad de los jueces mejora, en definitiva demuéstreme que ustedes son capaces de manejar bien económicamente, presupuestariamente los recursos que nosotros les damos, trabaje más...” (Experto)

La autonomía económica, viene relacionado directamente con la capacidad de establecer una racionalidad en la organización, de modo que en el cálculo de la decisión no se incluya un criterio político. Esta racionalidad demanda una capacidad de establecer criterios de eficiencia y eficacia para administrar los recursos y que estas operaciones no interfirieran en la toma de decisiones. Sin embargo, este tema que aparece fuertemente en declaraciones del poder judicial resulta al menos, digno de atención. En las conclusiones de las jornadas de estudio celebradas por la Corte Suprema, los días 9.10 y 11 de Mayo del año 2003²⁹, se señalan 6 aspectos: (1) autonomía operativa: principalmente ligada a la administración de tribunales de manera autónoma; (2) autonomía financiera: donde se solicita un monto mínimo fijo, establecido por una ley permanente, desde el presupuesto nacional; (3) autonomía funcional: relativa a eliminar injerencias externas en el proceso judicial; (4) autonomía de generación: relacionada con los criterios den nombramiento de los jueces (incluida la carrera judicial); (5) autonomía retributiva: relacionada con los sueldos y; (6) autonomía estructural: relacionada con la

²⁹ www.emol.com (02/09/03)

infraestructura y con las instituciones judiciales no administradas en ese momento por el poder judicial.

En estas definiciones de la corte suprema se resumen en gran medida en las señaladas hasta acá en nuestro análisis. Es decir, autonomía financiera, de decisión y estructural, que garantizan las libertades de los jueces de decidir sin intervenciones procesales, la autonomía financiera respecto de los recursos y la autonomía en la definición de la estructura organizacional.

Si se piensa en otros aspectos de la administración estatal, cabe preguntarse respecto de las circunstancias que entrañan estas demandas. Ciertamente no puede ser una cuestión de cuánta justicia es posible otorgar por esta vía o cuanta inclusión en la justicia genera dicha independencia³⁰. Este punto remite más bien a la compensación de los poderes del Estado en un orden democrático cuyo Estado de Derecho descansa en la estructura Ejecutivo-Legislativo-Judicial (la cual puede ser vista como una descripción del sistema legal respecto al flujo de las normas).

“Se trata de un tema bastante contingente y complicado, pues el Poder Judicial en Chile, dentro de la dinámica del Estado, si bien es un poder independiente, **depende económicamente de los otros dos poderes**, porque el presupuesto del Poder Judicial lo define el Congreso a través de una propuesta del Presidente de la República, por lo tanto no existe una autonomía económica, **siempre hemos dependido del Poder Político**; y se está trabajando con la Corte Suprema en el tema, quizás no para lograr una plena autonomía, pero sí que haya flexibilidad” (Experto)

En este esquema la administración económica parece estar en gran medida regulada en el poder ejecutivo, aunque el presupuesto del país tiene que ser aprobado por el Congreso Nacional. Respecto de la autonomía económica de los tribunales de justicia, si el presupuesto debe ser aprobado por el Congreso Nacional a propósito de una propuesta de los propios tribunales y no del presidente de la república, la discusión acerca de su alcance no puede evitar la politización de dicha decisión, sino más bien haría de dicha decisión, un tema políticamente más diverso.

Algo similar sucede con el nombramiento de jueces para la Corte Suprema. Uno de los casos de influencia política en el nombramiento de los jueces se vio en la postulación de Milton Juica a la corte suprema en 1998, la cual fue rechazada por los partidos de derecha, por su vinculación con el caso degollados³¹ la cual trajo repercusiones casi inmediatas en la Corte Suprema. Al día siguiente luego de la negativa del Senado a aprobar el nombre de Milton Juica como nuevo integrante de la Corte Suprema, las declaraciones de los jueces de la Corte Suprema señalan el problema de la politización y la pérdida de independencia del Poder Judicial y de cómo éste podría verse supeditado al poder político de turno cada vez que haya que nombrar a un nuevo ministro³².

En este contexto, el principal problema respecto de la autonomía económica de los tribunales de justicia descansa en que sería incorrecto declarar que debido a la dependencia económica los jueces deben decidir preferentemente a favor del gobierno de turno.

³⁰ Si se aplicase este principio a ultranza cabría preguntarse si en los hospitales públicos se sanan menos enfermos por obra de la dependencia financiera (quizás sí por déficit financieros) o en la educación estatal la equidad en la inclusión escolar depende de cuan dependiente del Estado son las instituciones educadoras.

³¹ Diario La Época, Santiago 14 de mayo de 1998, p.15

³² Diario La Época, Santiago 15 de mayo 1998, p.12.

“Y si tienes una dictadura militar, y tienes un gobierno de izquierda o de derecha, se van a alinear, no exactamente para ejercer justicia, sino que para ejercer poder político proclive a la ideología dominante dentro de la institución”. (Experto)

Aunque en gran parte la demanda pretende alejar la influencia del gobierno en sus decisiones, la autonomía económica de los tribunales aparece como una necesidad de establecer un equilibrio entre los poderes del Estado.

5.1.3. La Estructura Organizacional

Nuestro tercer tema relevante es la **estructura organizacional**. En el diagnóstico que hacen los entrevistados aparece la organización como una estructura muy jerárquica. Si bien no existe un absoluto consenso entre los entrevistados respecto de que los principales problemas devengan de la base o de la cúspide de la estructura, existe una mayor tendencia a señalar a la **Corte Suprema** como un obstáculo en la autonomía del sistema.

“La estructura permite, paradójicamente, ninguna autonomía, cuando la autoridad es ejercida con un concepto monárquico, más o menos. La autoridad les viene de Dios, por lo tanto nadie les puede llamar la atención, nadie les puede rebatir, no hay ningún contrapeso, ningún control con la Corte Suprema, y **la Corte Suprema tiene todo el poder y todo el control sobre todos sus subordinados**. Entonces, la autonomía es algo que tendría que recorrer la institución por entero, o sea que los jueces sean libres, no sean presionables, ni por las autoridades de la institución, ni externamente. Y a mí me parece que hoy eso está en proceso” (Experto)

“Yo creo que....es que no se puede pensar en autonomía sin poder separar **todo el control que tiene la Corte Suprema sobre el conjunto del Poder Judicial**, porque la base de la autonomía es que los jueces no puedan ser removidos por su forma de proceder judicialmente.” (Experto)

“Yo creo que el Poder Judicial chileno no está adecuado al sistema democrático, es un **poder absolutamente autoritario, jerarquizado**, y tal vez habría que buscar una formación distinta.” (Experto)

En cualquier estructura organizacional es bien sabido que su diseño conjuga dos variables que aparecen generalmente en tensión, esto es: *integración* y diferenciación (Rodríguez, 2001, pp. 65 y ss). La organización es un sistema diferenciado cuyo fundamento operacional son las decisiones:

“Los sistemas organizacionales son sistemas sociales constituidos por decisiones y que atan decisiones mutuamente entre sí” (Luhmann, 1997(b), p. 14)

Por eso la capacidad de decisión en el sistema legal descansa en una organización, en este caso, los tribunales de justicia. Ahora bien, las decisiones como elemento del sistema aparecen primero como una función, esto es, como resultado de una operación de distinción³³. En este sentido lo que se entiende por decisión obedece a una atribución de sentido al interior del sistema organizacional. Volviendo al tema del diseño estructural, como hemos visto a raíz de las entrevistas a expertos, el diseño de los tribunales aparece como una estructura jerárquica que dificulta las comunicaciones al interior de la organización. A partir de la clasificación de los sistemas gerenciales realizada por Likert (1968)³⁴ aparece claramente la estructura de los tribunales de justicia como un “sistema autoritario”. En un sistema autoritario el control, las decisiones y responsabilidades se sitúan en la cumbre de una pirámide imaginaria. El poder

³³ “Ser elemento no es por lo tanto un predicado ontológico, sino una función” Luhmann, 1997(b), p. 16

³⁴ En este punto nos remitimos a la interpretación realizada por Rodríguez (Op. Cit.) de este autor, dado que presenta de manera resumida las proposiciones del autor. La referencia directa se encuentra en Likert, Rensis (1968) “El Factor Humano en la Empresa” Deusto, Bilbao.

está concentrado en la cúspide, los escaños más bajos son dependientes de lo que se decide en la cumbre y se muestra un excesivo control interno.

Sin entrar en una discusión modernizante sobre los tribunales de justicia cabe preguntarse respecto de si esta estructura organizacional afecta de alguna manera la autonomía organizacional. El principal problema de las estructuras organizacionales autoritarias reside en la congestión de la cúspide, y en el caso de los tribunales de justicia en que las decisiones siempre recaen en una “última instancia”, es decir, siempre son posibles de reformular las decisiones provenientes de los estratos más bajos. Visto desde fuera esto entraña una vulnerabilidad directamente relacionada con el propósito de este proyecto, ya que las influencias políticas que se dan en la cúspide afectan de manera progresiva a la organización en su conjunto.

“Y en el tema independencia, aquí yo creo que es bueno distinguir entre la independencia externa y la interna, que es la realmente valiosa. La independencia interna es la que tiene cada **juez** en el momento de resolver; y la independencia externa es la que tiene el **juez** frente sus superiores u otras presiones distintas al propio poder judicial.” (Experto)

El efecto de corrupción, en este sentido, se disemina desde la cúspide y no desde las bases de la organización, en donde la capacidad de maniobra de los operadores es mucho menor.

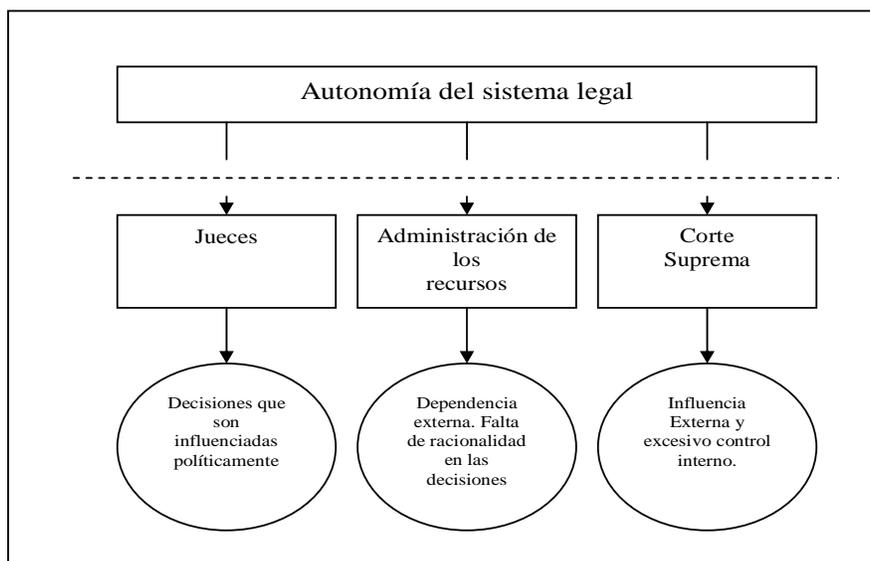
“Yo te diría que los principales problemas de la independencia externa del poder judicial no están a nivel bajo, sino que se da en los niveles más bajo (...) El **juez de letra**, en ese sentido, su gran problema es de independencia interna y no de independencia externa, es el llamado que recibió el ministro de la corte.” (Experto)

“Los jueces en provincia cumplen todo su cometido en forma autónoma, de acuerdo a su criterio jurídico, a sus principios; lo veo acá también, nosotros no nos dejamos influenciar ni por el Poder Político, ni por el Ministerio Público, ni por la Defensoría, ni por los Ministros. O sea, cada uno resuelve en función de lo que estima que en el derecho corresponde. Pero eso se va diluyendo a medida que tú subes. Y yo siempre he pensado **que la Corte Suprema es una corte política**, porque tiene además que tomar muchas veces decisiones que son políticas, y de hecho siempre la Corte Suprema ha sido de alguna forma más.....siempre ha estado más proclive al gobierno de turno. Hay excepciones, pero yo creo que la influencia del Poder Político se puede dar más arriba que abajo, porque además al Poder Político no le interesa influenciar abajo, sino que arriba, porque son ellos los que toman las decisiones últimas.” (Experto)

En este sentido, la estructura organizacional si bien no aparece como responsable directa en el déficit de autonomía de la organización, sí produce efectos de amplificación en la interferencia externa en las decisiones legales. Finalmente, la estructura organizacional muestra cuáles son las condiciones en que se toman decisiones al interior de una organización y no el contenido de dichas decisiones, en este sentido su rol respecto de la autonomía organizacional es limitado.

En síntesis, es en estos tres ámbitos (autonomía de los jueces, autonomía económica y estructura organizacional) que la autonomía judicial aparece relacionada con el poder político. Los jueces, en sus decisiones aparecen como la cara visible de lo que sucede en el sistema y de las influencias que reciben; la dependencia económica hace que el sistema deba atender a criterios extrajudiciales cuando se toman decisiones relativas a situaciones delicadas políticamente y, finalmente, la Corte Suprema aparece como la instancia superior del sistema que es controlada en algún grado por el contexto político en el cual está inserta. Esto lo podemos resumir en la siguiente figura.

Fig. 2 Autonomía del Sistema Legal



Estas tres dimensiones configuran los requerimientos estructurales con los que la autonomía organizacional a la que los tribunales de justicia se enfrentan. Se refuerza nuestra idea de la separación de la jurisprudencia y la legislación, dado que la autonomía aparece siempre ligada a una cuestión de *decisión*.

5.1.4. Las reformas institucionales

Punto aparte merecen las menciones respecto de las transformaciones organizacionales que han sucedido en los tribunales de justicia. En las expectativas de los entrevistados aparecen diversos temas que han ido reconfigurando la estructura del poder judicial.

En primer lugar, están las reformas en la cúspide de la organización. Específicamente la Corte Suprema, cuestión de suma relevancia si se considera lo señalado respecto de la estructura de los tribunales de justicia.

“se han producido ciertos hitos: en primer lugar la **renovación de la Corte Suprema** (...) Le han permitido nuevos criterios a la justicia (...) Además viene la **especialización de las salas de la Corte Suprema**” (Experto)

En segundo lugar, aparece el tribunal constitucional, los tribunales de familia, la reforma procesal penal, reformas en el derecho económico e hitos transversales como la creación de la academia judicial.

“Algo tiene que ver, resumiendo, con los cambios en la estructura misma de la justicia. Algo con el **procedimiento penal**, algo con el orden de resolución de conflictos en materia de relación económica e inversiones, algo con el plano **internacional**, con el **tribunal constitucional**, con los **tribunales de familia**. Son bastantes cosas. Además estos imponderables que son los cambios culturales que le dan a los jueces un lugar más importante y, al mismo tiempo, ellos al asumir dicha posición adquieren en la práctica mayor independencia.” (Experto)

“Una reforma también muy importante es la del **Tribunal Constitucional** que se acaba de efectuar. El TC bajo los tiempos de la dictadura fue establecido el año 1980 y era considerado uno de los enclaves autoritarios junto con la inamovilidad de los comandantes en jefe y los senadores designados. Ahora esto desapareció y hay un TC nombrado, que tiene 10 personas y tiene más facultades potencialmente garantísticas de los derechos.” (Experto)

“Ciertamente ha habido otra importante reforma, la creación de los **Tribunales especiales de Familia**, creación de tribunales especiales para asuntos de regulación **económica**, comisiones antimonopólicas y funciones que son tradicionalmente jurisdiccionales pero que ahora se reservan, al menos en primera instancia, para el órgano regulador. Todo el aparato regulador del Estado ha tenido un desarrollo importante ahora último. Es decir, todo lo relacionado con Valores, Seguros, Bancos, Sociedades Anónimas, Mercado de Capitales, etc.” (Experto)

“se han hecho reformas importantes: por ejemplo la creación de la **Academia Judicial**, que sin lugar a dudas ha sido junto a la **Reforma Procesal Penal**, las obras del siglo” (Experto)

Respecto de estas reformas cabe considerar algunas distinciones de suma importancia. En lo tocante a las reformas al procedimiento penal, los tribunales de familia y las regulaciones económicas, se ha discutido respecto de las consecuencias de estos cambios estructurales en un sistema legal en el cual aparece una programación de carácter *finalista* frente a un derecho cuya programación dominante es *condicional*³⁵.

Probablemente el principal cambio que estas reformas han traído al derecho ha sido su rematerialización y con ello pierde características formales en tres dimensiones: Cambia su orientación de la autonomía a la regulación, se instrumentaliza hacia fines políticos (Estado social) y se transforman sus estructuras internas de modo que la orientación a la norma se complementa con una orientación finalista creciente. De allí que algunos autores aboguen por la emergencia de un “derecho reflexivo” (Teubner, 2002, pp. 104-105) capaz de asumir los problemas de la rematerialización del derecho, en el contexto de sociedades complejas, mediante la abstracción de la regulación social respecto de sistemas sociales autónomos.

Este doble proceso puede ser visto también, desde una perspectiva habermasiana, desde el punto de vista de los individuos, es decir como la emergencia de individuos razonables capaces de dar razones de sus actos y de llegar a un consenso. Este punto se conecta directamente con los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y de arbitrio del sistema legal. La tesis del derecho reflexivo sostenida por Teubner (la cual elabora a partir de Habermas, Luhmann y Selznick) sostiene que el derecho moderno debe afrontar la problemática de la complejidad y la reflexividad de la sociedad.

“Nuestra tesis es que el derecho puede cumplir mejor su función a través de la imposición de restricciones en la dimensión de la operación legal. En lugar de la regulación general y profunda de la racionalidad legal material, el derecho reflexivo limita la operación legal a formas más indirectas, más abstractas de control social.” (Op. cit., p. 133)

Cuando se observan las reformas al procedimiento penal, los tribunales de familia y las regulaciones económicas, observamos que estos cambios están más cercanos a la reflexividad del derecho que de la autonomía de los tribunales de justicia. De todas estas reformas antes señaladas, la reforma al proceso penal, al hacer públicos los procesos otorga transparencia al procedimiento, que vino a reemplazar al siempre sospechoso proceso inquisitorio. Más allá de esta transparencia, en términos organizacionales, no hemos visto mayor autonomía del sistema legal.

³⁵ Luhmann considera que los programas condicionales son la característica de un sistema legal con una clausura operativa aunque relativiza la importancia de los programas finalistas, dado que pueden coexistir en tanto que el sistema siempre termina remitiendo a programas condicionales. V. Luhmann, 2002, pp. 260-262.

5.1.5. Los Derechos Humanos y la atención al derecho internacional

Junto a lo anterior, aparece el tema de los derechos humanos y la incorporación del derecho internacional. Sobre el tema cabe señalar que no es menester de este proyecto dilucidar conceptualmente los derechos humanos ni mucho menos establecer su relevancia sociológica, sino ante todo establecer cómo es posible que a través de los derechos humanos se pueda acceder a la explicación de la autonomía del sistema legal, en Chile.

Lo primero que debemos establecer es que el tema de los derechos humanos pertenece a la comunicación de la sociedad y no es materia exclusiva del sistema legal. La primera consideración acarrea una importante consecuencia, que los derechos humanos coexisten con la situación estructural de la sociedad moderna, esto es, la diferenciación funcional. Desde esta perspectiva lo primero a destacar es que los derechos humanos son producto de la evolución de la sociedad y sus características responden a la situación estructural que experimenta la sociedad.

Al respecto Luhmann va a sostener que los derechos humanos tienen como función proteger y estabilizar la diferenciación funcional (Verschraegen, 2002, p. 262)³⁶. Esta definición no ha de interpretarse bajo el prisma de la clásica interpretación de la teoría de sistemas como una teoría de la estabilidad social³⁷ sino a raíz de la interdependencia de los sistemas sociales en un entorno funcionalmente diferenciado. La principal característica de los derechos humanos en la sociedad moderna es que transforman la base del derecho, desde los derechos objetivos (basados en el orden social) que caracterizaban a las sociedades estratificadas; hacia los derechos subjetivos, que consideran al individuo como un todo, independiente de su posición social.

A través de este movimiento los derechos humanos se estructuran en torno a la diferenciación funcional, a partir de las *libertades fundamentales* y los *derechos de igualdad* (Op. cit., pp. 268 y ss.) Las libertades fundamentales permiten a la persona derechos de “auto-presentación comunicativa” (derecho a la vida, la integridad física y libertad de movimiento; artículos 3, 4, 5 y 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) que se basan en “la presencia, postura y expresión del cuerpo”³⁸, es decir en las condiciones básicas que permitan la comunicación. Los derechos de igualdad, por su parte, permiten una indiferencia selectiva, es decir, que las desigualdades deben ser establecidas sólo a partir de los procesos de inclusión de sistemas funcionales y no a partir de la adscripción de la persona a un grupo social, terreno o situación estamental.

Con esto, lo que aparece es que la comunicación de los derechos humanos excede al ámbito del sistema legal y va más allá de la visión de estos derechos como una protección del individuo respecto de la política –como una auto-limitación del sistema político.

Es por esto que los derechos humanos sobrepasan lo referido al derecho de los Estados y nos remiten más directamente a la sociedad mundial, dado que representan un problema más

³⁶ El artículo citado se basa en gran medida en un artículo de Luhmann titulado *Grundrechte als Institution* (1957).

³⁷ Esta crítica, junto con la crítica hacia el positivismo jurídico, aparecen como las principales fuentes de malentendidos de la teoría del derecho de Luhmann. Ciertamente a raíz de una ausencia de atención respecto de la evolución social del derecho y la contingencia como atributo de la sociedad moderna. Al respecto Cfr. Grün, 2000, quien considera incluso el abandono de la teoría autopoietica a raíz de la situación periférica de América Latina: “Creemos que el paradigma autopoietico no es aplicable, sin más a los sistemas jurídicos. Quizá cabría utilizarlo para los sistemas jurídicos de las sociedades altamente desarrolladas y sofisticadas del primer mundo, en el cual se mueve Luhmann. No así para otros sistemas jurídicos aun existentes en el mundo. Lo que lo convierte en escasamente adecuado para actuar como modelo en una teoría general del derecho”

³⁸ Luhmann, Niklas (1957) p. 79. Citado en Verschraegen, 2002, p. 274.

amplio que lo referido a la administración del poder en un territorio, sino que a las condiciones de la comunicación en general.

En opinión de los expertos entrevistados el tema de los derechos humanos en Chile cada vez se relaciona más con el derecho internacional y su reconocimiento en la dogmática jurídica.

“al mismo tiempo....el tema de **derechos humanos** se globalizó mucho antes que la economía de este país....el país pudo aprender de experiencias internacionales, pudo recibir la solidaridad y el intercambio de distintas partes del mundo que permitieron sostener en los peores momentos esta tarea, pues la idea que había detrás era que esto algún día esto iba a terminar, y algún día esto puede ser útil para volver atrás” (Experto)

“Yo nombraría un factor adicional que es la **justicia internacional** reconocida como propia en Chile. Chile reconoció el año 91 la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión.” (Experto)

“Lo más significativo desde el año pasado hasta ahora, que hoy hay más jueces que recurren al **derecho internacional**. Una gran error es que no se recurre al derecho internacional.” (Experto)

Si bien sigue siendo menor la incorporación del derecho internacional en la dogmática jurídica chilena, aparece como una importante apertura cognitiva del sistema legal respecto de normas de aplicabilidad internacional.

Respecto del tema de los derechos humanos y el derecho internacional podemos señalar la densidad de casos vistos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (instancia de mediación previa a la Corte Interamericana de Derechos Humanos) en la década pasada. En ellos podemos ver, por una parte, el malestar jurídico hacia el sistema legal en Chile y las explicaciones dadas por el Estado de Chile (o en términos más exactos, el Gobierno) a las demandas presentadas en dicho tribunal³⁹. Revisemos un caso ejemplificador:

Tabla 3 Caso La última tentación de Cristo

| | |
|---|--|
| CASO 11.803 JUAN PABLO OLMEDO BUSTOS, CIRO COLOMBARA LÓPEZ, CLAUDIO MÁRQUEZ VIDAL, ALEX MUÑOZ WILSON, MATÍAS INSUZA TAGLE Y HERNÁN AGUIRRE FUENTES CHILE 5 de mayo de 1998 Comisión interamericana de DDHH | |
| Ubicación | Página Web Comisión Interamericana de DDHH (http://www.cidh.org/) |
| Temática General: | Resolución de la comisión antes citada acerca de la exhibición en Chile de la película “La última tentación de Cristo” |
| 1) Tema: solicitud de revisión de la causa con su fundamentación en el orden jurídico internacional | Cita: (punto 3) “El peticionario alega que el Estado chileno ha violado el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, contenida en los artículos 12 y 13, en conexión con el 1(1) y 2 de la Convención Americana, y los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y solicita a la Comisión que así lo declare; que disponga se reparen las consecuencias de la vulneración de esos derechos; y, tome las medidas necesarias para compatibilizar su legislación interna con las disposiciones de la Convención en materia de libertad de expresión”. |
| Observación: | Este caso se revisó en 1998, no sólo se relaciona con los DDHH en términos de su relación con el ordenamiento jurídico internacional sino que en Chile el tema entró en la discusión política (Pronunciamiento político sobre el derecho) |
| 2) Tema: autonomía de los poderes del | Cita: “(punto 4) En su respuesta de fecha 8 del mes de enero, el Estado chileno expresó que es respetuoso del Estado de Derecho y de las instituciones fundamentales que componen el ordenamiento jurídico y político del Estado; que no obstante que puede |

³⁹ Cabe destacar que Chile ratificó la Convención y aceptó la competencia de la Corte el 21 de agosto de 1990, con la reserva que se trate de hechos posteriores al 11 de marzo de 1990.

| | |
|--|---|
| Estado | discrepar con algunos de los criterios que tienen en cuenta los otros poderes del Estado, tiene el deber de respetar sus decisiones y colaborar para su ejecución, cuando sea el caso; que la carta fundamental del Estado chileno establece los límites de la actuación de los poderes del Estado, dentro del marco que fija el Estado de derecho; que los gobiernos democráticos no pueden invalidar o dejar sin efecto las resoluciones del Poder Judicial aún cuando ellas sean contrarias a sus intereses o posiciones” |
| Observación: | La posición del Estado chileno (en su forma política) establece la división funcional de las competencias de ambas esferas (política y jurídica). Es decir, la no interferencia política en las decisiones jurídicas fundamentadas, según este extracto, no directamente con las disposiciones vigentes en materia de derecho administrativo, sino en un “respeto” por decisiones judiciales aunque éstas le sean contrarias (dimensión ética) |
| 3) Tema: autonomía del poder judicial e intervención temporal | Cita: “(punto 5.) Que tampoco es lícito para el Gobierno afectar el derecho de propiedad en el cargo de que gozan los integrantes del Poder Judicial, como garantía de su independencia; que el Gobierno ha tomado la decisión de reformar parte de la Constitución para suprimir la censura previa en el caso de la producción cinematográfica y su publicidad y que ella sea sustituida por un sistema de calificación de las películas, previa su exhibición al público; que el proyecto de reforma constitucional fue enviado el 15 de abril del presente año a la Cámara de Diputados para su estudio y posterior adopción.” |
| Observación: | La respuesta del Estado Chileno se refiere directamente a mantener la autonomía del poder judicial en lo relativo a su operatividad. Junto con ello la respuesta del Estado de Chile se refiere en términos temporales a la expectativa de la introducción de otra norma que establezca la situación denunciada por la comisión. |

Esta demanda resulta interesante de destacar no solamente por la discusión pública que generó sino porque se establecen tres argumentos de parte del gobierno chileno que serán reiterativos en su postura frente a la comisión.

En primer lugar, el recurso al mantenimiento de la independencia del poder judicial, esto es, lo que señala el derecho vigente en materia constitucional y administrativa. En segundo término, la no interferencia política en las decisiones jurídicas fundamentadas, no directamente debido a las disposiciones del derecho formal, sino por un “respeto” por decisiones judiciales, una dimensión ética en la semántica de la separación de los poderes del Estado. Finalmente, la expectativa de modificación del derecho a futuro, es decir, los proyectos de ley que intentan modificar una situación legal que no puede ser transformada sin esta vía.

Podríamos señalar que estos tres argumentos resumen tres dimensiones de sentido en la argumentación del gobierno ante el tema de los derechos humanos. La dimensión objetiva (la norma escrita que establece la separación de los poderes), la dimensión social (el respeto institucional, la voluntad política de mantener la autonomía del sistema legal) y la dimensión temporal (el derecho vigente y la expectativa de transformación de éste mediante la legislación). Todas ellas presentan una imagen del Estado desde la argumentación del gobierno, con la cual se pretende establecer que el derecho no ha sido vulnerado sino que ante todo se respetan sus decisiones. Esta posición del Estado aparece frente a otras acusaciones internacionales relacionadas con estas materias. En febrero de 1998 el Gobierno rechazó un informe del Departamento de Estado norteamericano acerca de la situación de los derechos humanos en Chile. El ministro del Interior de ese entonces Belisario Velasco, afirmó que la política del Gobierno y la doctrina de la Concertación es de respeto absoluto sobre los derechos humanos, rechazando el informe emitido por el Departamento de Estado norteamericano que establecía que en Chile “el gobierno respeta generalmente los derechos humanos”, pero que todavía persisten denuncias de abusos policiales y malos tratos en las cárceles⁴⁰.

⁴⁰ Diario El Mercurio, Santiago 1 de febrero 1998, ps. c.1 y c.6.

Este tipo de argumentos se reiteran en otros casos revisados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴¹ en los cuales las explicaciones atienden a cuestiones formales de cada causa y no a rebatir las demostraciones materiales presentadas⁴².

Punto aparte merece el tema del Decreto Ley 2.191 de 1978 (Ley de Amnistía) que es invocado por el gobierno en algunos casos⁴³ como obstáculo en la aplicación del derecho. Esto puede ser visto de diversas maneras. Por un lado, las disposiciones de derecho internacional son aceptadas por el Estado pero no tendrían validez efectiva dado principalmente por dicho decreto. Este aparece, entonces, como un resabio de la primacía política sobre la validez legal que reconoce el propio sistema. En términos materiales, se puede observar que la "territorialización" (política) del derecho (entiéndase ésta como soberanía) prima como principio de legitimidad jurídica por sobre las comunicaciones propiamente legales, que apuntan hacia el reconocimiento de las propias decisiones del derecho. En otras palabras, el derecho (como sistema mundial) apunta hacia la validez (legal) mientras que este principio de derecho estatal apuntaría a la legitimidad (política).

Las excepciones a la posición del Gobierno vinieron en un primer momento desde las bancadas de su mismo bando. Hay que recordar que en 1992 senadores socialistas presentaron un proyecto de ley destinado a anular los efectos de esta ley. El criterio planteado en esa ocasión fue que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles e inamnistiables⁴⁴. Fue el propio Senador DC, Jorge Pizarro quien más tarde señaló otra posibilidad. Pizarro propuso un plebiscito para derogar la ley de amnistía. Considerando fundamental que se acojan las recomendaciones de la Comisión Interamericana de derechos humanos en el sentido de adecuar la legislación chilena a los tratados internacionales. Esto implicaba dejar sin efecto la ley de amnistía para los delitos que están calificados como de lesa humanidad, que se pudiera investigar, establecer responsabilidades y hacer justicia en los casos de los detenidos desaparecidos, y que fuese la propia ciudadanía la que decidiera⁴⁵.

Si abandonamos el derecho internacional y nos avocamos al tema de los derechos humanos desde la jurisprudencia jurídica nacional, nos encontramos con que las decisiones de los tribunales de justicia, frente al Decreto Ley 2.191 de 1978 (Ley de Amnistía), han ido en dirección de la pérdida de centralidad de esta ley como fundamento de la decisión. Esto se habría iniciado ya en abril de 1994. El primero de ese mes el juez Milton Juica resolvió en fallo de primera instancia aplicar condenas de cadena perpetua para tres miembros de la ex DICOMCAR, 18 años para otros dos involucrados y una de 15 años para un sexto por el crimen de los tres profesionales comunistas del Colegio Latinoamericano ocurrido en 1985. El fallo del ministro Juica constituyó la primera ocasión en que se aplicaban condenas por un caso de violación a los derechos humanos en nuestro país. En su resolución, Juica resaltó como "un mandato moral insoslayable, privilegiar el bien máspreciado del ser humano como lo es la vida", por lo que estima no prudente aplicar la pena de muerte para los autores del crimen⁴⁶.

Un año más tarde y luego de un extenso proceso judicial, son condenados a siete y seis años de presidio respectivamente el general (r) del Ejército Manuel Contreras y el Brigadier en servicio activo de la misma entidad castrense, Pedro Espinoza. El fallo del ministro Adolfo

⁴¹ Específicamente en los siguientes casos estudiados (para los detalles de cada caso V. Anexos) CASO 11.863, 9 de diciembre de 1998 (Senadores Designados y Vitalicios), CASO 11.725, 19 de noviembre de 1999 (Caso Carmelo Soria).

⁴² Excepción a esta regla es el caso 12.142, 2 de octubre de 2000 (Caso El Libro Negro de la Justicia Chilena) en la cual el gobierno argumenta en contra de los hechos y las pruebas presentadas.

⁴³ CASO 11.725, 19 de noviembre de 1999 (Caso Carmelo Soria) y CASO 11.771, 16 de abril de 2001 (Samuel Catalán Lincoleo)

⁴⁴ Diario El Mercurio 29 de junio 1998, c.3.

⁴⁵ Diario La Época 6 de julio 1998, p.8.

⁴⁶ "Extracto del fallo contra la asociación ilícita". La Nación, viernes 1 de abril de 1994.

Bañados, desató una fuerte conmoción ante la creación de la cárcel de Punta Peuco, recinto exclusivamente reservado para la reclusión de los militares mencionados.

La situación respecto de la aplicación de la Ley de Amnistía ha seguido hasta la actualidad, como señala uno de los entrevistados:

“Imagina que hace 5 años en todos los temas de competencia no hay ninguno que haya ganado las justicia militar, y ahora todos los gana la justicia civil. Hace 5 años que no hay un sólo sobreseimiento definitivo por **amnistía**. Entonces si hemos ganado en este periodo, claro, hemos ganado mucho.” (Experto)

A este respecto, las decisiones judiciales han debido mostrar insospechada originalidad frente a él. El caso más evidente de lo anterior es la figura del “secuestro permanente”, la cual ha venido a permitir la comunicación vinculante en el derecho válido para el sistema legal. Aplicada en diversas oportunidades, esta figura apareció como una interpretación de la ley que permitía perseguir las responsabilidades pertinentes. En 1998 la Corte Suprema rechazó la ley de amnistía. En el fallo, los magistrados advierten que el delito de secuestro en contra de Poblete (un detenido desaparecido) permanece aún en el tiempo y no procede la amnistía, entre otras razones, por no encontrarse agotada la investigación⁴⁷.

Si se buscan las razones históricas de este vuelco se pueden señalar varias, dentro de todas ellas una que aparece más frecuentemente fue la detención del ex general Pinochet en Londres en 1998. En enero de ese año, la Corte Suprema decidió reabrir el caso "Operación Albania". De esta forma, se anulaba la sentencia dictada anteriormente por la justicia militar que ordenaba el sobreseimiento del proceso⁴⁸. En marzo de 1999. El canciller José Miguel Insulza precisaba que solo un juicio en su contra traería a Pinochet de vuelta a Chile, dado que en dicha instancia no se requeriría apelar a las razones humanitarias para permitir su retorno. Aunque esto requeriría de la intervención del CDE y una decisión del Poder Judicial⁴⁹. A menos de un mes de sucedido esto la Corte de Apelaciones reabrió el sumario del caso Tucapel Jimenez sin aportes nuevos y la Corte Suprema dio el siguiente paso reemplazando al ministro Valenzuela Patiño, a pesar que éste denunció una campaña en su contra. La Corte Suprema, para cambiar al ministro Valenzuela empleó sus facultades: "un caso que está tramitado durante 17 años sin que pase absolutamente nada y que, con los mismos antecedentes, la Corte de Apelaciones enmiende los criterios del ministro, quiere decir que éste, por lo menos, ha mirado mal su expediente", señaló en dicha oportunidad un abogado querellante. En su momento se especuló con que el cautiverio de Pinochet urgió a los tribunales a demostrar al mundo que en Chile es posible hacer justicia en los casos de derechos humanos⁵⁰.

En julio del mismo año la Corte Suprema confirmó el sometimiento a proceso por el caso Caravana de la Muerte, acogiendo nuevamente la tesis de que el delito de secuestro permanente es imprescriptible y no puede ser amnistiado. Con este dictamen la Corte Suprema considera que la ley de amnistía no impide investigar secuestros y desapariciones ocurridas luego del 11 de septiembre de 1973. También valora los tratados internacionales por encima de la ley de amnistía.

En octubre de 1999, el juez Milton Juica a cargo del caso, establece cargos contra el general (r) Hugo Salas Wenzel, encausando también a otro general y seis militares en retiro, y cambia la tipicidad de los delitos de violencia innecesaria con resultado de muerte a homicidios y

⁴⁷ Diario La Nación, Santiago 11 de septiembre 1998, p.1.

⁴⁸ "Ordenan reabrir proceso en torno a Operación Albania". Diario La Época, 3 de enero 1998.

⁴⁹ Diario La Nación, Santiago 31.03.99, p.7.

⁵⁰ El Mercurio, Santiago, 18.04.99, ps. n D1 y D10.

secuestros con homicidio, en la llamada Operación Albania. La investigación considera además que en el operativo no solo no hubo enfrentamiento, sino que hubo una intencionada ejecución de los frentistas, sin que mediaran disparos⁵¹.

Veamos en detalle un fallo en particular en el cual se aplicó la figura del secuestro permanente, cuyo fallo data del año 2004:

Tabla 4 Caso Miguel Ángel Sandoval

| | |
|---|---|
| CASO MIGUEL ANGEL SANDOVAL RECURSO CASACIÓN DE FORMA: 11821/2003 - RESOLUCION: 925 - SECRETARIA: CRIMINAL Santiago, 5/01/2004 Pronunciada por la Quinta Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago integrada por los Ministros señor Víctor Montiglio Rezzio, señora Patricia Gómez Sepúlveda y Abogado Integrante señor Hugo Llanos Mansilla. | |
| Ubicación | Archivo Judicial |
| Temática: | El texto es el último recurso a la fecha a favor de los encausados antes señalados y se refiere específicamente a la sentencia dictada contra ellos. Dicho recurso fue desestimado. Cabe señalar que este caso tiene la peculiaridad de que incorpora en los fundamentos de la sentencia amplias disposiciones de derecho internacional en materia de derechos humanos, específicamente la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad. |
| Tema: secuestro calificado de Miguel Ángel Sandoval | Cita: (punto 11) “se encuentra acreditado que una persona fue privada de su libertad de manera ilegítima, situación en la cual se le mantiene en el tiempo y es posible tener por establecido que continuó, a lo menos, por más de 90 días, situación que constituye el delito de secuestro calificado del artículo 141 incisos 1º y 4º, del Código Penal, en su texto vigente a la fecha de los hechos, cometido en la persona de Miguel Angel Sandoval Rodríguez” |
| Observación : | Figura del “secuestro calificado” |
| Tema: hechos calificados por el tribunal que respaldan la sentencia por secuestro calificado | Cita: (punto 21) “Miguel Sandoval Rodríguez luego de salir de su casa el día 7 de enero de 1975, permaneció privado de libertad en un centro clandestino de detención llamado Villa Grimaldi, entre los días 7 y 21 de enero de 1975 aproximadamente, sin mediar orden alguna para ello, emanada de autoridad legítima y competente, lugar donde fue sometido a tortura, ignorándose desde entonces su paradero, así como la suerte que ha corrido en su salud física, síquica e integridad personal; 26º.- Que el hecho antes descrito importa el delito de secuestro calificado previsto y sancionado en el artículo 141 inciso 4º del Código Penal, toda vez que como se ha indicado anteriormente se dan estrictamente los requisitos de : a) detener, b) privar a otro de libertad, c) sin derecho y d) prolongarse por más de 90 días tal situación. No concurriendo en autos ningún antecedente que permita insertar los hechos en alguna otra figura penal, especialmente la del secuestro con resultado de muerte, por cuanto no consta en autos que hubiera fallecido como sucedió con otras personas que fueron detenidas en similares circunstancias y sus cuerpos fueron hallados; ello no ocurre en el caso de marras y es fundamento de todo juicio penal la acreditación de la existencia del hecho punible y su comprobación por los medios que admite la ley el primer objeto del mismo;” |
| Observación : | Se sostiene que implica violar las Normas Constitucionales del Debido Proceso presumir la muerte de la víctima. Esta tesis ha sido uno de los argumentos que ha permitido al poder judicial “saltarse” la ley de amnistía y que ha suscitado gran debate actualmente. Esta tesis resulta interesante ya que muestra una clausura del derecho respecto al “sentido común” según el cual ha pasado tanto tiempo y existen indicios que posiblemente ha sido asesinada la víctima, sin embargo, el derecho no reconoce dicho argumento “razonable” y lo reemplaza por un argumento “válido”. |
| Tema: ley de amnistía | Cita: (punto 76, letra c) “Que, en razón de lo expuesto, y teniendo dicho delito de secuestro el carácter de permanente, al seguirse prolongando en el tiempo, no procede, en el caso de autos, la aplicación de la mencionada Ley de Amnistía, ya que ésta se refiere a delitos consumados en el período de tiempo que señala, esto es, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978; como tampoco la prescripción de la acción penal, pues la acción ilícita no ha cesado en sus consecuencias para la víctima, la que se encuentra aún desaparecida;” |
| | El argumento establece que “el delito se sigue cometiendo” por lo que no es aplicable la ley de amnistía ni la prescripción del delito. La víctima “sigue sufriendo las consecuencias” del delito, |

⁵¹ "Juez abrió proceso contra general (r) Hugo Salas Wenzel". El Mercurio, 30 de octubre de 1999.

| | |
|-------------------------|---|
| Observación : | por lo que para el sistema legal sigue perpetuándose el ilícito. Lo interesante de este punto es que la decisión legal se da, aunque no exista la evidencia de un asesinato. El sistema decide que existen “presunciones fundadas” acerca del secuestro de la víctima, por tanto existe un delito. Entre abandonar la causa, dado que no hay cuerpo que atestigüe un homicidio, se prefiere seguir la “presunción” de otro delito, en este caso: el secuestro calificado. El sistema siempre tiene que decidir, aunque no siempre esa decisión pueda anticiparse. La decisión del secuestro calificado, podría decirse, constituye un paso en la evolución del derecho: una comunicación sorpresiva que es seleccionada, queda por ver si se reestabiliza el sistema. |
|-------------------------|---|

La figura del secuestro permanente es probablemente una de las interpretaciones más polémicas, por su carácter contrafáctico, en la discusión sobre los derechos humanos. Si se mira desde una perspectiva sistémica, sin embargo, este hecho no hace más que indicar algo que ha sido señalado en nuestras observaciones anteriormente. Que el derecho puede clausurarse operativamente respecto del sentido común y comunicar únicamente a partir de la validez jurídica. Si bien es razonable pensar que la víctima ha fallecido, la decisión legal se sostiene sobre argumentos de validez jurídica que aparecen sorpresivos respecto de la tradición dogmática en la interpretación legal, pero no por ello contradictorios.

Tal como hemos señalado, los derechos humanos son relevantes para nuestra investigación toda vez que apuntan hacia la autonomía del sistema legal chileno. Vistos los antecedentes previos podemos señalar que las decisiones relativas a los derechos humanos, por parte de los tribunales de justicia muestran una creciente independencia respecto de las posiciones políticas que aparecen en torno al tema. La figura del secuestro permanente, entonces, ejemplifica cómo el sistema legal puede decidir sin tomar en consideración criterios extra-legales sino que únicamente a partir de las posibilidades que establece la comunicación legal. Esto va de la mano con la creciente diferenciación del sistema legal y su clausura operativa, toda vez que las garantías sistémicas de la comunicación, que portan los derechos humanos son resguardadas por el sistema legal, más allá de leyes heredadas del régimen dictatorial que impiden el flujo de un proceso legal para decidir acerca de estos temas.

Esto es relevante toda vez que la autonomía del sistema legal no implica únicamente la clausura operativa y la apertura cognitiva, sino que además permite observar al sistema legal desde un punto de vista externo como un sistema que administra justicia. Esto significa, en la relación con la dogmática jurídica (como versión interna de la complejidad del derecho) la justicia aparece como la relación entre sus operaciones internas y su entorno. Sabemos que la dogmática es la autopresentación al sistema de su unidad interna, de su coherencia decisional, mientras que la justicia es el reflejo de las operaciones internas del derecho como justas o injustas, para la sociedad.

En este sentido la justicia del sistema legal se ve reafirmada con las decisiones sobre casos de derechos humanos, dado que el sistema legal no sólo se clausura operativamente sino que desde el entorno social responde a los requerimientos que se hacen de él. Estos requerimientos, nos conectan directamente con aquellas expectativas que se tienen del sistema legal y el nivel de confianza que existe en él, materia de nuestro siguiente apartado.

5. 2. Confianza en el sistema legal y expectativas frente al derecho

Cuando se atiende a la función del derecho éste aparece como estabilizador de expectativas normativas. Si consideramos que la validez legal es la comunicación vinculante al interior del sistema legal, se hace necesario explorar sus dimensiones más allá de la organización judicial, en sus centros y periferias, y atender a las expectativas acerca de las expectativas normativas que defiende el derecho válido.

En este punto daremos cuenta de dos fenómenos. Por un lado, de los niveles de **confianza** en el sistema legal chileno a través de la observación de determinados actores sociales relevantes, y por otro lado, vamos a identificar y analizar las **expectativas** de dichos actores, ante el rol del derecho y los ámbitos donde este debiera tener más presencia en la sociedad chilena contemporánea.

Si nos atenemos a la definición que hace Luhmann de la confianza ésta aparece como una reducción de la complejidad del mundo que realiza un sistema observador, específicamente, cuando está en juego una decisión. Es decir, siempre entra en juego cuando se deben considerar alternativas que seleccionar como decisiones. La confianza no debe confundirse con la esperanza, ya que la confianza entraña siempre un riesgo y, como tal, una decisión, mientras que la esperanza consiste en la anulación de la contingencia en la atribución de confianza en la contingencia. Como ejemplifica Luhmann:

“Si una madre deja a su niño al cuidado de una niñera, un número de esperanzas se asocian con esto; que nada adverso sucederá, que la niñera será amorosa con el bebé, que no molestará su sueño con la radio, etc. Su confianza solamente se extiende a eventualidades que, de ocurrir, harían que ella lamentara su decisión de salir de casa y deja a su bebé al cuidado de otra persona... El que tiene esperanza simplemente tiene confianza a pesar de la incertidumbre. La confianza refleja la contingencia. La esperanza elimina la contingencia.” (Luhmann, 1996, p. 40)

Solo cuando el observador afronta la selectividad de una decisión aparece como alternativa la confianza para la ponderación de las opciones. Sobra señalar que la confianza, desde esta perspectiva, no ha de ser entendida como un fenómeno psicológico sino ante todo como parte de la sociedad y de la comunicación que en ella se pone en juego. La pregunta que nos moverá a continuación es ¿existe confianza en el sistema legal chileno?, o dicho más precisamente ¿bajo que condiciones podemos hablar de confianza en el sistema legal chileno?

Si la confianza se relaciona con el poder, cabe señalar que desde la percepción de la ciudadanía, el poder que posee el poder judicial es bajo. Según el informe del PNUD del año 2004, dentro de las instituciones sociales con poder, el sistema judicial aparece en el lugar 9 debajo, entre otros, de la iglesia, de ministerios políticos y económicos y de los medios de comunicación. Lo significativo de este ranking es que el poder judicial aparece por sobre las fuerzas armadas.

Ante todo podemos destacar que la confianza en el sistema judicial no descansa directamente en cuánto poder le atribuye la ciudadanía, sino más bien en cómo se observa un éxito en la expectativa cognitiva de la ciudadanía respecto de la función que posee el sistema legal. La confianza en el sistema entraña siempre una expectativa.

Tanto en los expertos entrevistados como en los focus group hechos con empresarios y con actores relevantes de la sociedad civil, aparece una expectativa de confianza hacia el sistema legal chileno. Confianza que ha ido creciendo a partir de los últimos diez años.

“Yo diría que hay distintos indicios de que se aprecia el regreso de la justicia a su imagen de integridad, que había quedado muy dañado (...) Yo diría que la justicia ha recuperado cierta prestancia, hasta el punto de esperarse mucho. De hecho el discurso del sistema político es “dejen a la justicia actuar” (Experto)

“Las encuestas dicen que no... dicen que el poder judicial...o al menos no ha recuperado los mismos niveles de **confianza** que tenía antes, en la misma proporción que los perdió. Sobre todo, en materia disciplinal las percepciones son buenas al momento de hablar del poder judicial en general, esto no se refleja al menos en

la misma versión. Yo creo que hay un problema fundamental de desconfianza y de distancia frente al poder judicial, de decir “esto es de otro mundo” (Experto)

“en definitiva me atrevería a decir que hay una mayor **confianza** no en la función de la justicia en su conjunto que podrán considerarla lenta o cara pero en la figura del juez y su independencia y su relativa integridad” (Experto)

“Como digo, a grandes rasgos yo sí, yo tengo mucha confianza en el derecho, sí, pero siento que todavía acá nos falta mucho como para tener una confianza ciega o entregarnos por completo aquí si tener.....Si tienes un accidente, si tienes....así, situaciones cotidianas, tú tienes que estar encima de esta ley, de este poder, de este sistema para ir apurando, para ir cómo se va dando, no es una cuestión que fluya, que vaya por....por como uno quisiera que fuera. Pero a grandes rasgos yo creo que la **confianza** está” (Focus Group - Empresarios)

Esta confianza viene de la mano con las reformas institucionales acaecidas en los últimos diez años y en el tema de los Derechos Humanos, señalado en el apartado anterior.

“Yo creo que hay un elemento de igualdad, que genera igualdad, lo que leo es que hay algunos avances sustantivos en materia de avances de reformas y conocimientos en proteger algunos aspectos que en el pasado estuvieron menos atendidos, cuestiones que tienen en cuenta los derechos de los niños menores de edad, las mujeres, hay avances sustantivos en definiciones sobre la violencia doméstica por ejemplo, sobre el acceso a la información. En materia a las violaciones de DDHH en el pasado, hay un rol más activo, no se si es más activo, pero hay más información sobre esto y nunca había habido un momento mejor en materia de enjuiciamiento a violadores de los DDHH.” (Focus Group – Sociedad Civil)

“se aprecia una nueva modalidad que son los órganos activos, y el Ministerio Público es uno de esos órganos que toma un rol activo de acceso a la justicia, esto está siendo seguido a través de los Tribunales de Familia que están funcionando más bien mal, porque no fue una reforma bien pensada básicamente. Pero la idea que está detrás de ese tema es que el Estado no puede ser pasivo en el tema de acceso a la justicia, sino que tiene que empezar a ser más activo. Lo que implica una segunda lanchada de recursos, de capacitación de sistemas, de cambio en la burocracia, de cultura en general. A esos dos grandes fenómenos yo puedo agregar uno que uno ve en el horizonte, en materia de DDHH básicamente, que es el proyecto del Instituto de DDHH que debiera tener un rol en esa materia. En tema de medio ambiente hay una conciencia, y tiene que ver con derechos colectivos, hay una conciencia de la necesidad de avanzar en una fiscalía ambiental. Está el tema del Ombudsman pendiente en esa materia.” (Focus Group – Sociedad Civil)

La confianza y las expectativas hacia el derecho se ven entrelazadas, desde esos puntos de vista, en una permanente tensión. Observado desde la ciudadanía el derecho aparece atravesado por problemas que trascienden su esfera organizacional y se asientan dentro de la sociedad en general. Estos problemas vienen dados desde temas tan diversos como la ciudadanía, el acceso a la justicia, la transparencia, la cultura jurídica, el respeto hacia el poder judicial y la autorregulación del sistema.

5.2.1. Ciudadanía

“y temo que el factor más importante de esto, que es la ausencia de **ciudadanía**, la ausencia de vinculaciones, la ausencia de responsabilidades por lo común, por la democracia. Por la convivencia pacífica, por la necesidad de ser capaces de solucionar nuestros problemas sin que el padre nos diga que esto es así y punto, por ahí diría yo.” (Focus Group – Sociedad Civil)

Es ya un tema clásico en la discusión sobre los sistemas legales, la ciudadanía como entorno crítico de un sistema legal que funciona de manera adecuada. El propio Habermas lo señala como punto de partida para un sistema legal operante en un Estado de Derecho, bajo el supuesto de la autoleislación racional de individuos autónomos.

“Los miembros de una comunidad tienen que poder suponer que en una libre formación de la opinión y la voluntad política ellos mismos darían su aprobación a las reglas a las que están sujetos como destinatarios de ellas” (Habermas, 1998, p. 100)

Cabe recordar que para Habermas la ciudadanía está emparentada directamente con la idea de la autodeterminación y autolegislación de individuos que forman una comunidad política⁵², es más, para este autor la ciudadanía se caracteriza en gran medida por dicha pertenencia⁵³. Esta afirmación acerca del entorno político de una sociedad se relaciona directamente con las posibilidades de legitimación que encuentra un sistema legal en una sociedad democrática. Esta legitimación viene acompañada, ciertamente, con un entorno ciudadano que aparece como legitimador moral de las operaciones del sistema legal. Si pensamos en el derecho como estabilizador de expectativas normativas, sin duda que la obediencia al símbolo de la validez del derecho sin necesidad de la actualización constante de la coerción estatal, garantiza que el rendimiento del símbolo de la validez legal se asegure de antemano. No obstante el tema de la ciudadanía sobrepasa largamente las posibilidades del sistema legal para acoger sus constantes demandas. El derecho puede ser observado moralmente como justo o injusto y la ciudadanía puede observar de sí misma que actúa de acuerdo a derecho o no, lo que no es factible de sostener es que la ciudadanía asegure el funcionamiento y la autonomía del sistema legal. Antes que eso, el sistema legal establece sus criterios selectivos respecto de la comunicación de la sociedad bajo el esquema legal/ no legal.

Con esto no queremos desdeñar el papel de una ciudadanía activa y democrática como observador del sistema legal y como autodescripción de la sociedad. Más bien queremos señalar que su rol en la operatividad del derecho es marginal, sobre todo porque el derecho no discrimina acerca de cuán bueno o perverso es su actuar en la sociedad (y no tiene las herramientas para hacerlo) de modo como lo señala la ciudadanía, y tampoco la decisión legal se relaciona directamente con una situación de intereses ciudadanos.

Posiblemente la ausencia de ciudadanía se relaciona con la autonomía del sistema legal, en un sentido de expectativa de legitimidad. Aunque la presencia o ausencia de ciudadanía no sea directamente un problema legal, sino más bien político.

5.2.2. Inclusión/ exclusión de la justicia

El segundo punto señalado por los entrevistados es el tema de la inclusión/ exclusión:

“Es decir, evidentemente hay ciertos grupos, ciertos target en la sociedad que tienen facilidad de acceso, que pueden acudir a toda forma de contacto o “pituto” de lo que fuere para poner el derecho xx, y otros que sencillamente están en ese 70, 75 % de exclusiones de una naturaleza u otra, que sencillamente ven el derecho pasar delante de los ojos. El problema del **acceso** a los mecanismos de denuncia, es decir, el hecho de que la información existe pero que el ciudadano común no tiene una atención, no tiene conocimiento de cómo usar los mecanismos de denuncia es muy significativo” (Focus Group – Sociedad Civil)

El derecho, como cualquier sistema funcional de la sociedad puede ser analizado bajo la forma inclusión/ exclusión. Es sabido que esta forma, es transversal a los sistemas funcionales y

⁵² “El concepto de ciudadanía se desarrolla a partir del concepto rousseauiano de autodeterminación... Para ellos (Rousseau y Kant) soberanía popular significa la transformación de la dominación política o poder político en autolegislación” Habermas, Op. cit., p. 623

⁵³ “En una sociedad pluralista la constitución expresa un consenso formal... Todos y cada uno han de poder encontrar un triple reconocimiento: han de poder encontrar igual protección e igual respeto (a) en su integridad como individuos incanjeables, (b) en su calidad de miembros de un grupo étnico o cultural, (c) en su condición de **ciudadanos**, esto es, de miembros de una comunidad política que se determina a sí misma” Habermas, Op. cit., p. 624

presenta un problema estructural a la sociedad moderna. De forma resumida podemos señalar que la distinción inclusión/ exclusión señala la manera en que los sistemas funcionales tratan a los individuos en su singularidad, esto es, como personas.

“Inclusión (y análogamente exclusión) puede referirse sólo al modo y manera de indicar en el contexto comunicativo a los seres humanos, o sea, de tenerlos por relevantes. Conectando con un significado tradicional del término, puede decirse también que se trata del modo y manera en que los seres humanos son tratados como «personas»” (Luhmann, 1998, p. 172)

Visto desde la perspectiva del sistema legal, se trata de cómo los individuos pueden poseer derechos y tener la expectativa que la norma se aplique únicamente bajo criterios legales. Esta consideración tiene la singularidad que no opera al nivel de los códigos y programas del sistema sino a través de las organizaciones. Son las organizaciones del sistema legal las que promueven las exclusiones y a través de ellas es que el requerimiento debe ser conducido.

El derecho asegura la expectativa de la validez para quien se defiende de otro que la desconoce. Los procedimientos organizacionales con los cuales se trata un conflicto son posibles de corromper y desviar a través de redes de favores e interacciones cara a cara. En este sentido, la racionalidad de las organizaciones judiciales, los tribunales de justicia y toda la institucionalidad judicial, son responsables de velar por el acceso equitativo a un procedimiento legal. De lo contrario, el derecho no sólo pierde consistencia en su expectativa normativa, retomando el punto anterior, la ciudadanía no sabe qué esperar del derecho, sino que más aún se abandona la expectativa de proseguir un proceso y de esperar la decisión legal.

5.2.3. Transparencia

El tercer punto de conflicto es la transparencia de las decisiones en el sistema legal.

“Yo te diría que en definitiva este asunto guarda la misma proporcionalidad o la misma relación que tiene esta sociedad en cuanto a su estratificación, o sea, el que es poderoso tiene justicia, el que es débil, si tiene suerte tiene justicia, por lo que yo te diría que en cuanto a la administración de la justicia los cambios son relativamente pocos...todavía hay abuso policial, todavía hay gente detenida sin acusación, sin juicios que avancen, hay gente que está siendo condenada siendo inocente, nadie le pide disculpas...o sea esto sale en los noticieros pero...en un sistema **transparente** estas cosas no debieran ocurrir.” (Focus Group – Sociedad Civil)

El tema de la transparencia está ligado directamente con la expectativa de confianza que se tiene del sistema legal. Este punto es relevante ya que afecta la expectativa de justicia que se tiene del sistema legal y la confianza, como reducción de complejidad, cuando se debe tomar una decisión. Dijimos anteriormente que la confianza aparece cuando en el horizonte de posibilidades aparece una decisión y, con ella, la posibilidad de confiar o no confiar. Si se piensa que el objeto de confianza carece de transparencia, la decisión acerca de confiar o no confiar se inclina hacia la desconfianza.

Dentro de nuestra investigación el tema de la transparencia aparece ligado al tema de la corrupción. Si bien la percepción del poder judicial ha mejorado a través del tiempo sigue siendo un tema de controversia. En una encuesta realizada en agosto de 1996, la justicia aparecía como una de las instituciones que más se vinculan con casos de corrupción. Entre los más pobres, el 85% consideraba que "en la justicia chilena todo se arregla con plata". Según una nota del diario La Tercera, todas las encuestas realizadas en los últimos seis años desde esa fecha coincidieron en que el sistema judicial es una de las instituciones peor evaluadas⁵⁴.

⁵⁴ "¿Qué está pasando con la justicia chilena?". La Tercera, 11 de agosto de 1996.

En la encuesta del CEP del año 2002 en la que se analizó la corrupción, el lugar de los tribunales de justicia no fue mejor. El 48,4% de los encuestados declaró que le presenta “no mucha confianza” y el 28,8% “ninguna confianza”⁵⁵. Podemos apreciar que el tema de la transparencia del poder judicial es un tema que ha aparecido como negativo para esta institución por mucho tiempo.

5.2.4. Cultura Jurídica

El cuarto tema que nos aparece es la cultura, entendida como un sustrato educativo generalizado en la población.

“Yo creo que también hay que referir a la educación. Si somos respetuosos del derecho, también de nosotros mismos, la vida es más fácil...Y tiene que ver con la **cultura** y con la educación, antes que con el derecho. Ahora, por qué se cumple el derecho, es porque hay temor, hay sanciones pecuniarias, o bien también por formación, tú cumples, tú respetas. Pero para mí ojalá fuera todo primero....respetar, respetarnos....” (Focus Group - Empresarios)

Antes de comentar este tema cabe señalar que el concepto de cultura jurídica ha sido controversial tanto para juristas como para científicos sociales. El principal problema estriba en que la existencia de una cultura jurídica posee diversas connotaciones, que hacen muy difícil acotarla a un campo de observación concreto⁵⁶. En nuestro caso, el concepto se refiere más bien a cuan arraigado en la población se encuentran ciertos comportamientos conformes a derecho. Esta idea se relaciona con el concepto de ciudadanía señalado anteriormente. En dicho diagnóstico, el derecho aparece casi únicamente en sus aspectos sustantivos, es decir, en la naturaleza de la sanción y no como un valor asumido por la ciudadanía en pro de fortalecer un orden democrático establecido.

5.2.5. El Respeto

Similar a lo señalado aparece el tema del respeto.

“Lo primero es el tema de la figura que juzga o imparte justicia, que es **respetable**. Eso es lo primero. Pero cuando alguien tiene una conducta cercana a la delincuencia, eso no tiene nada que ver con el respeto, entonces lo que pueda hacerlo desistir es el temor. La mayoría de nosotros cumple por una cuestión de **respeto**, dejar pasar a alguien o dar el asiento, o ser amable, eso tiene que ver con educación y con respeto. Yo creo que la justicia actúa de la misma manera. En definitiva uno **confía** en el Poder Judicial si respeta a los jueces. Todos tenemos la necesidad de que sean personas respetables...lo sean o no lo sean, o sea, la sociedad quiere que los jueces sean personas respetables.” (Focus Group - Empresarios)

En todos los casos: ciudadanía, cultura y respeto se refieren a cómo es posible apreciar al derecho externamente recurriendo, entre otras distinciones, a la moral como punto de partida. Recordemos que la moral es un esquema de observación que presenta la posibilidad de *aprecio/ desprecio* (Luhmann, 1998, p. 200) en la comunicación. Cuando se observa el sistema legal, sin embargo los problemas morales aparecen en el entorno del sistema, la ciudadanía, la cultura y el respeto forman parte de lo que es observado en el entorno del sistema legal y que tensiona sus posibilidades de actuación autónoma. En este sentido, el aprecio/ desprecio del

⁵⁵ Encuesta CEP, diciembre de 2002.

⁵⁶ Cf. Cotterrell, 2004. Cotterrell observa al menos seis acepciones del concepto de *cultura legal* en las ciencias jurídicas y sociales: cultura legal como contexto de interpretación legal (p. 1), cultura legal como un discurso del pluralismo o multiculturalismo (p. 2), cultura legal como argumentos de los movimientos feministas y raciales (p. 2), como argumento de defensa criminal (*cultural defence*, p. 3), como derecho y cultura popular (p. 5) y finalmente como la protección de la herencia cultural (p. 5). En su lugar propone un concepto algo más “concreto” como *comunidad* y las relaciones que se engloban en dicha red y sus combinaciones.

derecho es algo que está en el repertorio de comunicaciones que se dan acerca del sistema legal y que incide en cómo se destina confianza o desconfianza hacia sus operaciones.

5.2.6. Autorregulación

El último tema que nos aparece es la autorregulación del sistema legal:

“Yo creo que mientras el sistema se va volviendo más transparente, obviamente que el sistema se **autorregula**, sabiendo que no son dioses, que están compuestos por personas y...Ahora, es bueno que nosotros sepamos por ejemplo que si alguien tiene un familiar que está involucrado en una causa, el tipo se recuse, y no es que eso tiene que ser parte de la investigación de la defensa, y descubrirlo y armar un escándalo.” (Focus Group - Empresarios)

Resulta interesante apreciar que este tema se relaciona directamente con la transparencia. La autorregulación aparece relacionada con la posibilidad que otorga el conocimiento acerca del funcionamiento del sistema para que en su interior se gatillen procesos de autorregulación, aunque dicha autorregulación aparezca más bien como una expectativa difusa respecto del funcionamiento del derecho y como una posibilidad futura en sus decisiones.

Junto con el tema de la inclusión/ exclusión, la autorregulación aparece como una variante interna dentro de las expectativas que se tienen del sistema legal y de la confianza que es posible destinar a él conforme a lo que se observa y se estima adecuado en él.

6. Conclusiones

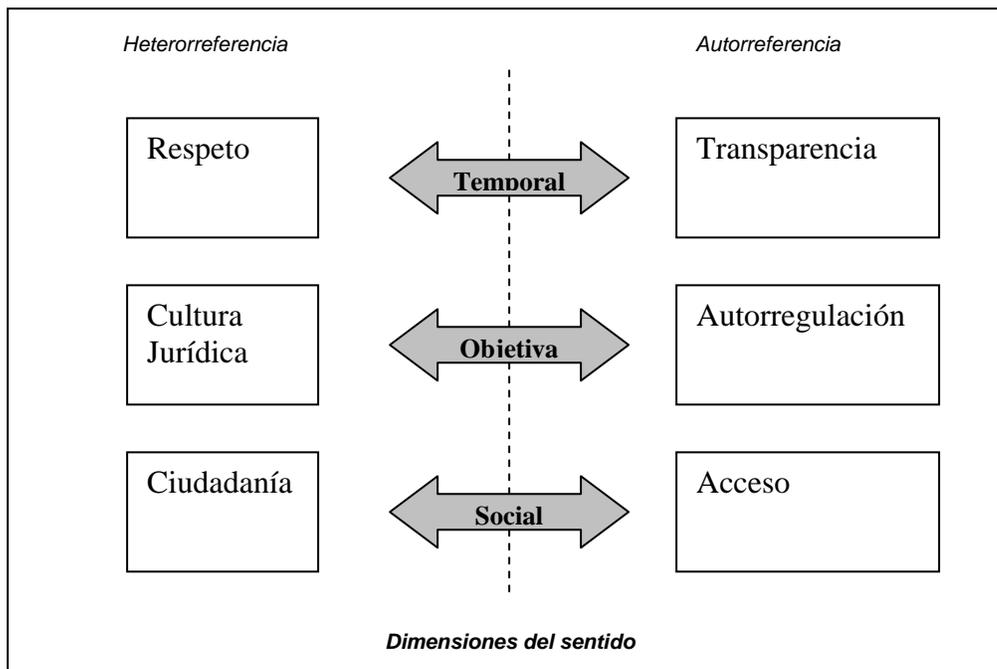
En lo visto en el presente apartado podemos distinguir seis conceptos clave que afectan la autonomía y las expectativas en el sistema legal chileno. Estos conceptos nos muestran aspectos externos e internos al derecho que operan orientando las observaciones que se hacen del sistema y, a su vez, condiciones de la diferenciación del sistema legal.

Las condiciones de la diferenciación del sistema jurídico aparecen atravesadas por las dimensiones de sentido que condicionan toda diferenciación sistémica. Si se tiene especificada la función del sistema, su código y programas específicos cabe preguntarse cómo se presenta la diferenciación del sistema en las dimensiones del sentido en las cuales se produce el *acoplamiento estricto* (Luhmann, 2007, p. 39) de todo sistema social.

En efecto hemos visto que la tensión entre autonomía del sistema jurídico y las expectativas frente a éste hacen emerger diversos núcleos temáticos. La autonomía entendida desde la estructura trimembre: organizacional, económica y decisonal que se demanda por una necesidad de autorregulación, transparencia y mayor inclusión de la ciudadanía. Las expectativas frente al sistema jurídico que se plasman en demandas de mayor participación ciudadana y en conceptos de orden reflexivo como la necesidad de una cultura jurídica específica y una postura ética de respeto hacia la institucionalidad jurídica.

Todos estos elementos condicionantes aparecen en nuestro análisis de la diferenciación del sistema jurídico y muestran problemas de autorreferencia y heterorreferencia del sistema en las tres dimensiones del sentido, como vemos en el siguiente esquema.

Fig. 3 Condiciones de diferenciación del sistema jurídico



Los sistemas sociales se constituyen sobre la base del sentido. El sentido es el sustrato sobre el cual se trazan las distinciones de los sistemas sociales, posee la cualidad de ser potencialidad de distinciones y latencia de distinciones. En el sentido se actualizan distinciones las cuales no desaparecen de su posibilidad de futuras actualizaciones. Del mismo modo como la palabra hablada no se consume en el acto de su comunicación. El sentido es la dualidad de lo actual/ posible e implica la inevitable operación de la distinción. Es un horizonte de selectividad para los sistemas sociales y la emergencia de sistemas sociales obedece a que operan en el sentido. El sentido no es observable directamente sino sólo cuando se plasma en una forma. Es el medio en el cual se realizan las distinciones

Cuando señalamos las propiedades de las expectativas del sistema jurídico señalamos las tres dimensiones del sentido⁵⁷. La dimensión objetiva o material: la cual tiene la característica de distinguir Adentro/ Afuera, la dimensión temporal que establece el esquema lineal Antes/ Después y, finalmente, la dimensión social que señala la distinción entre Ego/ Alter en la comunicación.

En el análisis de la diferenciación del sistema jurídico aparecen estas tres dimensiones en los aspectos internos y externos al sistema. Estas dimensiones representan condiciones sobre las cuales se diferencia el sistema jurídico y sus distinciones relevantes.

6.1. Autorreferencia

La autorreferencia del sistema se refiere a aquellas distinciones internas al sistema e imputables a su operar autoclausurado. Anteriormente señalamos que la diferencia entre jurisprudencia y legislación, desde el punto de vista de las decisiones del sistema jurídico, debían entenderse como una forma de centro/ periferia, donde los tribunales ocupan el centro del sistema. Siguiendo este razonamiento la autorreferencia indica las operaciones imputables al sistema desde el punto de vista de sus decisiones y la imputabilidad de dichas operaciones al funcionamiento de éste.

En la autorreferencia del sistema se nos presentan las dimensiones del sentido las cuales toman forma de tres problemas. Atendamos a cada una de estas dimensiones y las condiciones de la diferenciación en estos ámbitos.

En la *dimensión social* el problema fundamental del sistema jurídico es la inclusión/ exclusión, que establece el sistema desde la perspectiva de las posibilidades de participación de la comunicación del sistema social específico. Los altos niveles de exclusión en el sistema asociado con las asimetrías que se observan en el tratamiento de los casos se presentan como condición social de la realización de la diferenciación.

En la *dimensión objetiva* el problema fundamental del sistema jurídico dice relación con la *autorregulación*. El problema de la autorregulación tiene la peculiaridad que sintetiza de buena manera la tríada problemática de la autonomía del sistema jurídico: organizacional, financiera y decisional. La autorregulación aparece ligada a la necesidad de establecer una racionalidad organizacional, una disposición descentrada de recursos y una mayor formalidad de las decisiones judiciales. El contenido de las disposiciones internas del sistema se establece sobre la vía de la autodeterminación efectiva, más allá de la positividad del procedimiento o la formalidad de las decisiones.

⁵⁷ V. Cap. 4.2.4. "Expectativas y derecho"

En la *dimensión temporal*, el problema de la diferenciación del sistema jurídico se presenta como un problema de *transparencia*. Si el problema social es la inclusión/ exclusión en tanto que determina las distinciones alter/ ego posibles en la comunicación y el problema objetivo es la autorregulación, en tanto que las determinaciones estructurales del sistema vienen desde “dentro” y no desde “fuera”. El problema temporal del antes/ después en la línea temporal de la comunicación está marcado por la traducción del problema de la decisión en determinación formal no susceptible de ser decepcionada por interferencias de índole político, ideológico, etc. Si bien en todas las dimensiones del sentido se presentan problemas de relevancia similar entre sí, el problema temporal de la transparencia se relaciona directamente con la función del sistema jurídico y, con ello, con la expectativa normativa específica.

Si en los parámetros esperables de movimiento del sistema aparecen inconsistencias dogmáticas percibidas como intransparencias decisorias, el sistema jurídico no solo desformaliza sus decisiones sino que su fórmula de contingencia específica (la justicia) pierde valor vinculante. De este modo, el problema temporal de la expectativa normativa válida y procedimentalmente establecida, cuando se ve afectada por la intransparencia se merma su facticidad coactiva y su legitimidad legislativamente generalizada.

6.2. Heterorreferencia

La heterorreferencia del sistema jurídico se relaciona con la atribución que se hace desde el sistema hacia las operaciones del entorno que le son relevantes. No son directamente imputables al sistema las operaciones de heterorreferencia, sin embargo, se suponen como entorno relevante del sistema. La heterorreferencia del sistema jurídico dice relación con la legislación que proviene de demandas del entorno y que son transformadas en operaciones del sistema mediante procedimientos positivos de transformación legislativa. De este modo, las expectativas del entorno son heterorreferentes al sistema cuando tienen posibilidad de legislarse.

De este modo los problemas de heterorreferencia del sistema jurídico son detonantes de demandas de transformación que no pueden ser resueltas en las decisiones judiciales sino en *procedimientos legitimantes* (De Georgi, 1998) que realicen la generalización de sus expectativas.

En la *dimensión social* el problema de autorreferencia dice relación con la *ciudadanía* entendida ésta como el entorno político no organizado del sistema y que establece demandas de transformación legal. Por ser un problema político la existencia de una ciudadanía activa que demande derechos y libertades, el sistema jurídico los trata como demandas de heterorreferencia, cuyos rendimientos no son imputables al sistema jurídico.

En la *dimensión objetiva* el problema de la heterorreferencia se plasma en problemas de *cultura jurídica*. Como señalamos anteriormente el concepto no es del todo afortunado para referir a la atribución generalizada de legitimidad de un orden jurídico. Es un problema objetivo en tanto define elementos sustantivos con los cuales se garantizaría la obediencia de las normas en un contexto de aceptabilidad racional. La cultura jurídica aparece como la generalización de la obediencia al derecho por la vía de la legitimidad (Weber, Habermas) internalizada en modelos de conducta racional. El problema objetivo para la heterorreferencia jurídica estriba en que este es un problema de aceptabilidad política o moral de las normas estatalmente creadas las cuales pueden hacer efectiva su facticidad coactiva.

En la *dimensión temporal* el problema del sistema jurídico es lo que se denominó *respeto* por las normas jurídicas. Ligado directamente con la ciudadanía y la cultura jurídica específica, el respeto de las normas dice relación con la generalización temporal de la aceptabilidad de un orden ya no por la vía de su legitimidad meramente política de una comunidad supuestamente autolegislada ni por la vía de un consenso moral “culturalmente aceptado” sino por la proyección de la expectativa normativa en la medida que ésta presente un respeto generalizado. No se trata de una categoría sustantivamente moral (objetiva) ni políticamente orientada (social) sino en la expectativa de la efectividad de las normas por el hecho de ser respetadas. Es relevante hacer esta distinción porque en la conceptualización del respeto se confunde la facticidad y la validez de las normas legales. Por una parte, el respeto puede ser entendido por la coactividad del poder estatal de las normas o por la vía de la legitimación moralmente generalizada. Lo relevante es que los efectos de este respeto son temporales. A diferencia de la cultura jurídica que puede ser transformada en desobediencia civil, del mismo modo que la ciudadanía la cual puede vincularse normativamente por consenso o disenso sobre la constelación normativa presente, el respeto por el derecho vigente asegura expectativas en un horizonte temporal futuro. Por esto, el problema del respeto de la norma es entendida como problema heterorreferencial del derecho y su tratamiento no viene asegurado por sus operaciones internas.

6.3. Comentarios Finales

Estos conceptos que hemos desarrollado dan cuenta de la observación de la sociedad respecto del derecho y por sobre todo qué condiciones se deben reunir para optar por la confianza hacia el sistema legal. En este esquema se reúnen las expectativas que existen en torno al derecho y las posibilidades que se dan para que éste aparezca en el horizonte de confianza de la sociedad.

Las condiciones favorables para la confianza hacia el sistema legal se resumen en aspectos internos y externos. Dentro de los aspectos internos aparece la transparencia del sistema, la inclusión/ exclusión a la justicia y la autorregulación del propio sistema. Dentro de los aspectos externos aparece el respeto por el derecho, la ciudadanía y una cultura jurídica en la sociedad.

Desde la observación de la sociedad, el derecho trasciende lo que sucede en los tribunales y se asienta en las expectativas que se tiene acerca de lo legal y su función para la sociedad, aunque en sus dimensiones internas siga siendo asociado a los tribunales, en lo referente a la inclusión/ exclusión de la justicia, la transparencia y la autorregulación. En lo referente a los aspectos externos al derecho la situación es más diversa.

La ciudadanía es un constructo político que define una cierta unidad en el entorno del sistema político, una especie de consenso supuesto en torno a individuos dotados de derechos y deberes. En este sentido, el concepto de ciudadanía parece englobar los otros, dado que la cultura jurídica y el respeto por las normas pertenecen a una ética ciudadana generalizada. Sin embargo, tanto el respeto por las normas como la cultura jurídica remiten, antes que a un concepto de ciudadanía, a una subjetividad de los individuos, en tanto que ven internalizadas las normas jurídicas en la conducta y se orientan por ellas.

Podríamos decir que los factores externos al derecho fungen como facilitadores de la función del derecho en un entorno político democrático y que las expectativas que se tienen del derecho y la confianza que se estima en él, se sostienen en gran medida en estos factores externos, que aparecen más cercanos a los individuos y menos formales y procedimentalizados.

Estos conceptos que hemos destacado de la investigación por focus group nos muestran una versión externa a expertos y operadores del derecho y apuntan, antes que a ver las condiciones de la autonomía del sistema legal, a observar qué condiciones deben concurrir para que las expectativas hacia el derecho, la confianza en el sistema legal, se vea realizada.

Nuestras anteriores reflexiones son relevantes, toda vez que la autonomía del sistema legal implica algo más que la clausura operativa del derecho y el funcionamiento dogmáticamente pertinente de los tribunales. La diferenciación del sistema jurídico comprende autonomía, expectativas e implica la observación de la sociedad. Los procesos de diferenciación no se detienen y las transformaciones sociales demandan observar la relación entre derecho y sociedad más allá del realismo ingenuo de ciencias sociales sin dogmática y de ciencias del derecho de espaldas a la sociedad, su historia y transformaciones.-

7. Bibliografía

1. Ardevol, Elisenda. (2001) "Orden y Sentido: los fundamentos culturales del derecho en la antropología interpretativa de Clifford Geertz" en *El Derecho en la Teoría Social: Diálogo con catorce propuestas actuales*, García Amado, Juan Antonio (Comp.), Editorial Dykinson-Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madrid.
2. Arnold, Marcelo (2006) "Lineamientos para un programa sociopoiético de investigación" en *Observando Sistemas: Nuevas apropiaciones y usos de la teoría de Niklas Luhmann*, Farías, Ignacio & José Ossandon (Eds.), RIL Ediciones – Fundación Soles, Santiago de Chile.
3. Cadenas, Hugo. (2006) "Derecho y Sociedad: ¿Es posible la integración social mediante el derecho?" en *Observando Sistemas: Nuevas apropiaciones y usos de la teoría de Niklas Luhmann*, Farías, Ignacio & José Ossandon (Eds.), RIL Ediciones – Fundación Soles, Santiago de Chile.
4. Capps, Patrick & Palmer Olsen, Henrik. (2002) "Legal autonomy and reflexive rationality in complex societies" en *Social & Legal Studies*, Vol. 11, N° 4, pp. 547-567
5. Catoggio, María Soledad. (2004) "El Concepto de la Moral en los fundamentos de la sociología de Emille Durkheim" en *Revista Nómadas*, N° 10, Julio-Diciembre
6. CERC (2006) *Encuesta Nacional 2006*, Corporación CERC Centro de Estudios de la Realidad Contemporánea
7. CEP (2002) *Encuesta CEP diciembre de 2002*, Centro de Estudios Públicos.
8. Cotterrel, Roger. (1991) "The Durkheimian tradition in the sociology of law (Review Essay)" en *Law & Society Review*, Vol. 25, N° 4, pp. 923-945
9. _____. (2004) "Law in Culture" en *Ratio Juris*, Vol. 17, N° 1, pp. 1-14
10. De Giorgi, Raffaele. (1998) *Ciencia del Derecho y Legitimación*, Universidad Iberoamericana, México D.F.
11. Durkheim, Emile. (1985) *La división del trabajo social*, Planeta-Agostini, Buenos Aires.
12. Evans-Pritchard, Eduard. (1997) *Los Nuer*, Anagrama, Barcelona.
13. Fariñas, María José. (1989) *La Sociología del Derecho de Max Weber*, Ediciones UNAM, México D.F.
14. García Amado, Juan Antonio (1999) *Escritos sobre Filosofía del Derecho*, Ediciones Rosaristas, Santa Fe de Bogotá.
15. Geertz, Clifford. (2004) *Conocimiento Local*, Paidós, Barcelona
16. Gehlen, Arnold. (1973) *Ensayos de antropología filosófica*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile
17. Grün, Ernesto. (2000) "Una visión sistémica y Cibernética del Derecho" en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 3. URL:<http://www.filosofiyderecho.com/rbfd/numero3/grun.htm> (12/09/2002),

18. Habermas, Jürgen. (1987) *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. II. Taurus, Madrid.
19. _____. (1988) “¿Como es posible la Legitimidad por vía de legalidad?” en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 5, pp. 21-45.
20. _____. (1998) *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid.
21. _____. (1999) *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*, Cátedra, Madrid
22. Johansen, Oscar. (1973) *Comunicaciones y Decisiones*, Departamento de Administración, Universidad de Chile, Santiago de Chile.
23. Krawietz, Werner (1988) “El concepto sociológico del derecho” en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 5, pp. 253-274
24. Libertad y Desarrollo (2006) *Encuesta de Corrupción 2006*, Instituto Libertad y Desarrollo
25. Luhmann, Niklas. (1983) *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de estudios constitucionales, Madrid.
26. _____. (1995(a)) *Poder*, Anthropos, Barcelona.
27. _____. (1995(b)) “¿Qué es Comunicación?”, en *Talón de Aquiles*, N°1, Otoño, pp. 7-11
28. _____. (1995(c)) *Introducción a la Teoría de Sistemas: Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, Universidad Iberoamericana, México D.F.
29. _____. (1996) *Confianza*, Universidad Iberoamericana – Editorial Anthropos, Barcelona.
30. _____. (1997(a)) *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, Paidós, Barcelona.
31. _____. (1997(b)) *Organización y Decisión: Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, Editorial Anthropos en coedición con la Universidad Iberoamericana y la Pontificia Universidad Católica de Chile, Barcelona.
32. _____. (1998) *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, Trotta, Madrid.
33. _____. (2002) *El Derecho de la Sociedad*, Universidad Iberoamericana, México D.F.
34. _____. (2007) *La Sociedad de la Sociedad*, Heder-Universidad Iberoamericana, México D.F.
35. Luhmann, Niklas & De Giorgi, Raffaele. (1993) *Teoría de la sociedad*, Universidad de Guadalajara en coedición con la Universidad Iberoamericana y el Instituto Tecnológico y de estudios superiores de occidente, Guadalajara.
36. Mascareño, Aldo (2004) “Sociología del Derecho: Chileno y latinoamericano”, en *Persona y Sociedad*, Volumen XVIII, N° 2, agosto, pp. 63-94
37. Malinowski, Bronislaw. (1982) *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Ariel, Barcelona.
38. Michailakis, Dimitris. (1995) “Law as an Autopoietic System (Review Essay)” en *Acta Sociológica*, N° 38, pp. 323-337

39. MORI-Chile Transparente (2006) *Encuesta "Barómetro" Chile Transparente y MORI*, Santiago de Chile
40. Navarro, Enrique. (1994) "La Judicatura analizada por los presidentes de la corte suprema: veinticinco años de peticiones incumplidas" en *Estudios Públicos*, N° 54, pp. 241-297
41. Neves, Marcelo. (2001) "From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law" en *Journal of Law and Society*, Vol. 28 (2), June, pp. 242-264
42. Parsons, Talcott. (1959) *The Social System*, The Free Press, New York.
43. Rodríguez, Darío & Arnold, Marcelo. (1991) *Sociedad y Teoría de sistemas*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile.
44. Rodríguez, Darío. (2001) *Gestión Organizacional: Elementos para su Estudio*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile.
45. Schluchter, Wolfgang. (2003) "Sociology of Law as an Empirical Theory of Validity" en *European Sociological Review*, Vol. 19, N° 5, pp. 537-549.
46. Stichweh, Rudolf (1999) "On the Genesis of World Society: Innovations and Mechanisms", en *The Journal of Sociology and Social Anthropology*, Vol II, N° 3.
URL: www.uni-bielefeld.de/soz/iw/pdf/stichweh_2.pdf (02/06/2004)
47. Teubner, Gunther. (1993) *Law as an Autopoietic System*, Blackwell, Londres.
48. _____. (2001) "Economy of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann" en *Theory, Culture & Society*, Vol. 18 (1), pp. 29-47
49. _____. (2002) "Elementos Materiales y reflexivos en el Derecho Moderno" en *La Fuerza del Derecho*, Bordieu, Pierre & Gunther Teubner, Ediciones Uniandes, Bogotá.
50. Verschraegen, Gert. (2002) "Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of System Theory" en *Journal of Law and Society*, Vol. 29, N° 2, June, pp. 258-281
51. Von Foerster, Heinz. (1990) "Creación de la Realidad" en *Anthropos: Boletín de información y documentación*, N° 22 (Ejemplar dedicado a: Nuevos avances en la investigación social. La investigación social de segundo orden), pp. 108-113
52. Weber, Max. (1964) *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.