Agustín Squella Narducci

FILOSOFIA DEL DERECHO

Editorial Jurídica de Chile

AGUSTÍN SQUELLA NARDUCCI es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, sede de Valparaíso. Abogado y Periodista.

En 1968 inició su carrera académica en la Universidad de Valparaíso, donde fue Rector durante el período 1990 a 1998.

En 1976 obtuvo el grado de Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

Miembro de Número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile.

Profesor de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valparaíso. Ha impartido también docencia en esas asignaturas en la Universidad Diego Portales, Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez.

Es Presidente de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social y ha integrado el Comité Directivo de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Forma parte de los consejos de redacción de importantes revistas de filosofía del derecho, tales como *Doxa* (España), *Ratio Juris* (Italia), *Isonomía* (México), *Contradogmáticas* (Brasil) y *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (España).

Actualmente es Asesor Presidencial de Cultura de la Presidencia de la República.

Autor de numerosas publicaciones, entre las que destacan: *Andrés Bello y la educación* (1982); *Derecho y moral* (1989); *Derecho, desobediencia y justicia* (2ª edición, 1992); *Estudios sobre derechos humanos* (1992); *Presencia de Bobbio en Iberoamérica* (1993); *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos* (1994), e *Introducción al derecho* (2000).

FILOSOFIA DEL DERECHO

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© AGUSTIN SQUELLA NARDUCCI

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago
www.juridicadechile.com
www.editorialjuridica.cl

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción Nº 121.212, año 2001
Santiago – Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
en el mes de agosto de 2001

IMPRESORES: Salesianos S.A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1360-6

AGUSTIN SQUELLA NARDUCCI

FILOSOFIA DEL DERECHO

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

A la Escuela de Derecho
de la Universidad de Valparaíso,
en sus 90 años.
Allí entré a los 18 años, con ánimo dubitativo,
y allí permanezco hasta ahora, con el mismo ánimo.

INTRODUCCION

Como su título lo indica, este es un libro de filosofía del derecho, aunque no tiene la pretensión de constituir nada parecido a la totalidad del pensamiento iusfilosófico del autor, sino la de ofrecerse como un libro de texto que pueda ser utilizado por los profesores que imparten esa asignatura y por los estudiantes que deben cursarla.

No es, pues, la obra de un filósofo del derecho que transmite a sus colegas y a otros eventuales interesados un sistema de filosofía jurídica, esto es, un conjunto relativamente terminado y coherente de planteamientos, análisis, desarrollos y conclusiones que pudieren ser considerados propios de la disciplina.

Estoy muy lejos de haber producido un sistema de ese tipo y estoy bien cierto también que nunca intentaré producirlo. Se trata de una tarea que sobrepasa mis capacidades y que tampoco despierta en mí un particular interés.

Por lo demás, no soy un filósofo del derecho, sino un profesor de filosofía del derecho, lo cual quiere decir que más que cultivar con alguna originalidad la disciplina llamada de ese modo, he dedicado ya varias décadas de mi vida a la investigación y a la enseñanza de determinados temas que por lo general forman parte del programa que la filosofía del derecho tiene en cuanto asignatura normalmente presente en el plan de estudios de nuestras facultades de derecho.

La filosofía del derecho, como se explica en el Capítulo II de esta obra, constituye una actividad, una disciplina y una asignatura.

En tanto actividad que realiza una clase especial de personas –los filósofos del derecho–, ella es tan antigua como la propia filosofía. Como disciplina autónoma separada de la filosofía general, o, si se prefiere, como filosofía regional especializada, ella es muchísimo más reciente y responde al nombre de filosofía del derecho sólo a partir de los inicios del siglo XIX, cuando Hegel utilizó esa denominación como título de unos de sus libros. Como asignatura, en fin, esto es, como curso o instancia curricular presente en el plan de estudios de las facultades de derecho, la filosofía del derecho es todavía más nueva.

Este libro, en consecuencia, es expresión de la filosofía del derecho antes como asignatura que como actividad y disciplina, y es también a la filosofía del derecho como asignatura que aspira a prestar alguna utilidad.

Es, como dije antes, un libro destinado a profesores y alumnos del curso de filosofía del derecho y no a filósofos ni a filósofos del derecho. Y ello por una razón muy simple: se trata de una obra que ha sido pensada y escrita no por un filósofo, y tampoco por un filósofo del derecho, sino por alguien que conoció primero la filosofía del derecho como alumno y que luego ha impartido ésta como curso o asignatura por un tiempo prolongado.

Pero hay distintas maneras de encarar un curso de filosofía del derecho y de estructurar y dar contenido al correspondiente programa.

Una primera manera consiste en asumir que un curso de filosofía jurídica debe ser una historia de ésta como actividad y como disciplina, es decir, una crónica del pensamiento iusfilosófico desde sus inicios en la antigüedad hasta nuestros días.

Una segunda manera, emparentada con la anterior, consiste en entender que un curso de filosofía del derecho, impedido de dar cuenta de toda la historia de la actividad y de la disciplina, tendría que reducirse a la exposición del pensamiento iusfilosófico correspondiente a un período histórico determinado; por ejemplo, la antigüedad clásica, la edad media, la ilustración o la modernidad.

Otra manera de hacer frente a un curso como éste consiste en dar cuenta de una determinada corriente del pensamiento iusfilosófico; por ejemplo, el iusnaturalismo, la escuela histórica del derecho o la teoría marxista del derecho y del estado.

También es posible acometer un curso de filosofía del derecho y de configurar el correspondiente programa sobre la base de elegir no ya toda una corriente del pensamiento iusfilosófico, sino únicamente un autor; por ejemplo, Aristóteles, Tomás de Aquino, Savigny, Hegel, Kelsen, Hart, Dworkin o cualquier otro.

Del mismo modo, y limitando todavía más el punto de vista, un curso de filosofía del derecho puede consistir en el planteamiento y discusión de un tema determinado, visto desde la perspectiva de uno o más de los autores que lo hubieren tratado con especial cuidado y atención; por ejemplo, el ordenamiento jurídico en Kelsen, o en Kelsen y en Bobbio, o el razonamiento jurídico en Neil MacCormick, o en MacCormick y Robert Alexy, o en MacCormick, Alexy y Manuel Atienza.

Una manera más obvia de asumir un curso de filosofía jurídica podría consistir en identificar cuáles son las materias de que se ocupa esta disciplina y proceder luego a desarrollarlas del modo más exhaustivo posible. En efecto, si la filosofía del derecho ha llegado a ser una disciplina, tiene ella que poseer un determinado objeto, es decir, tiene que haberse constituido para tratar de ciertas materias y no de otras, tiene –en fin– que haberse instalado como disciplina con el fin de dar respuesta a determinadas preguntas acerca del derecho que otras disciplinas jurídicas o relacionadas con el derecho no formulan o cuyas respuestas dan por supuestas. Sin embargo, y tal como será mostrado en el Capítulo II de este libro, no hay acuerdo entre quienes han cultivado y cultivan la filosofía del derecho acerca de cuál es ese objeto y cuáles son esas materias y preguntas que le conciernen.

Pues bien: ninguna de las precedentes perspectivas es la que adopta este libro. Todas esas perspectivas, además de posibles, son ciertamente legítimas y, en más de algún sentido, útiles. Pero ninguna de ellas es la que adopta este libro.

Lo que hace este libro es concentrarse en algunos temas de interés jurídico –la democracia como forma de gobierno y su relación con el derecho, el positivismo jurídico, el razonamiento jurídico, y la cultura jurídica chilena– y procurar presentarlos y desarrollarlos con ese nivel de generalidad y exigencia que es propio de la mirada filosófica. Pero, previo al tratamiento de

esos cuatro temas, el libro se hace cargo de dos preguntas metodológicas que parece indispensable examinar al inicio de un curso de filosofía del derecho, a saber, qué es filosofía y qué filosofía del derecho.

Desde que enseño filosofía del derecho en la Universidad de Valparaíso, luego del retiro del inolvidable profesor Carlos León Alvarado, he planteado el curso siguiendo la enseñanza que nos dejare otro admirado y entrañable profesor de la asignatura, Jorge Millas Jiménez.

Decía Millas que la filosofía del derecho, en cuanto curso o asignatura, no debería tener un programa fijo, sino un programa cuyos contenidos pudieran ser reformulados cada cierto tiempo por los docentes.

Lo que hago a propósito de este curso es ofrecer un programa que consta de una primera parte invariable, la cual se hace cargo de las preguntas qué es filosofía y qué filosofía del derecho, y de una segunda parte, variable, que está destinada todos los años a un tema diferente; por ejemplo, los derechos humanos, la democracia, el positivismo jurídico, el razonamiento jurídico, o la cultura jurídica chilena.

Es así, entonces, como nació este libro, a saber, con los materiales que se fueron acumulando acerca de las preguntas qué es filosofía y qué filosofía del derecho, y con los que pude formar también acerca de cada uno de los cambiantes temas que desarrollo cada año en el curso. ¿Por qué faltan en el libro los derechos humanos? Simplemente, porque todo lo que puedo decir al respecto se encuentra ya en mi libro *Introducción al Derecho*, que la Editorial Jurídica de Chile publicó en 2000, como también en los libros *Estudios sobre derechos humanos*, de Edeval (Valparaíso), y *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*, de Fontamara (México). De modo que si alguna vez quisiera desarrollar nuevamente ese tema como segunda parte de un curso de filosofía del derecho, lo que haría sería tomar como orientación las páginas correspondientes de tales libros.

Pienso que no requiere de mayores explicaciones que en el programa de un curso de filosofía del derecho haya una primera parte que esté invariablemente dedicada a las dos preguntas antes mencionadas. Un curso semejante debe dar ocasión de reflexionar acerca de la filosofía y de la filosofía del derecho. Pues-

to de otra manera: lo menos que puede conseguir un alumno de filosofía del derecho es una mejor comprensión de la filosofía y de la filosofía del derecho que la que tenía antes de iniciar el curso correspondiente. Sin embargo, no descarto que al tratar ambas preguntas con cierta extensión, haya incurrido yo en lo que es más o menos habitual entre quienes enseñan o cultivan la filosofía, a saber, la obsesión por preguntarse acerca de qué es lo que hacemos realmente cuando hacemos filosofía.

En cuanto a la selección del tema que es desarrollado en la segunda parte del programa, puede ser cualquiera de los que fueron señalados y también otros.

Ahora bien, ¿qué se persigue con un curso que se estructura de la manera antes señalada, esto es, con una primera parte que trata de las preguntas qué es filosofía y qué es filosofía del derecho y con una segunda en la que se desarrolla un tema cualquiera de aquellos que fueron ya identificados?

Lo que se busca, utilizando imágenes de Jorge Millas, es conseguir que tanto el profesor como los estudiantes pongan en tensión la inteligencia, al modo de un cable de acero cuando se lo coge y estira por cada uno de sus extremos, y que uno y otros piensen en el límite de sus posibilidades. Al proceder de ese modo, un curso de filosofía del derecho no enseña nada propiamente útil ni instrumental, aunque colabora a que en nuestras escuelas de derecho predomine la inteligencia jurídica por sobre la memoria jurídica.

De acuerdo con lo que venimos diciendo, un curso de filosofía del derecho, ni siquiera cuando tiene carácter anual y no simplemente semestral, no puede hacerse cargo de las dos preguntas que constituyen su primera parte y de todos los temas reservados para la segunda. Por el contrario, tiene que resignarse a desarrollar esas dos preguntas y tan sólo uno o dos de los temas que se reservan para la parte segunda.

Así las cosas, si este libro fuere utilizado por algún profesor de la asignatura, lo que sugiero es el desarrollo en clases de las dos preguntas de la primera parte y, a continuación, el de uno o dos de los temas reservados para la segunda parte. Estos últimos temas, por cierto, pueden salir de los cuatro que se analizan en este libro o consistir en otras materias; por ejemplo, concepto, historia y fundamento de los derechos humanos; el

concepto de derecho; el estatus epistemológico de la ciencia jurídica; las relaciones y diferencias entre derecho y moral; la validez y eficacia del derecho, u otros semejantes.

Todavía más: a propósito de las preguntas qué es filosofía y qué filosofía del derecho, que son tratadas en los capítulos iniciales del libro, el lector advertirá que lo que se ha hecho es convocar a algunos filósofos y a algunos filósofos del derecho para que respondan a tales preguntas. En consecuencia, no es necesario que en el desarrollo del curso se dé cuenta de todas y cada una de las respuestas que se han traído hasta aquí a propósito de esas preguntas. Lo que se recomienda es trabajar con dos o tres de las respuestas dadas a la pregunta qué es filosofía y con dos o tres de las enunciadas a propósito de la filosofía del derecho, seleccionando tales respuestas de modo que en lo posible se produzca algún tipo de conexión con el o los temas elegidos para ser tratados en la segunda parte del curso. Por ejemplo, podría tratarse de las respuestas que Comte y Wittgenstein dieron a la pregunta qué es filosofía, y de las que Kelsen y Ross dieron a su turno a la pregunta qué es filosofía del derecho, y desarrollar luego como segunda parte del curso el tema concerniente al positivismo jurídico.

Para el tratamiento de uno u otro de los temas de la segunda parte del curso, y cuando el o los temas elegidos por el docente sea alguno o algunos de los cuatro que son desarrollados en este libro, los capítulos correspondientes podrán proporcionar a él y a los alumnos una base que posiblemente no resulte suficiente. Pues bien: el uso directo de la bibliografía que apoya el tratamiento de esos mismos temas –que se identifica en las páginas finales de la obra–, amén de otros textos que el profesor de la asignatura pueda considerar apropiados, permitirá un mejor y más completo desarrollo de los temas que tratan los Capítulos III a VI de este libro.

Como se ve, esta Introducción se parece bastante a una larga explicación sobre el contenido del libro y sobre la mejor manera de usarlo. Pareciera que la filosofía general, como también cualquiera de las filosofías regionales –entre las que se cuenta la del derecho– están siempre necesitadas de alguna explicación frente al público. A quienes se dedican a la filosofía les acontece casi siempre que piensan demasiado en lo que hacen y sien-

ten que deben tener a mano una explicación satisfactoria acerca del objeto, método y propósito de la actividad que practican, de la disciplina que cultivan o de la asignatura que enseñan.

No sin un dejo de ironía, Kolakowski nos recuerda que esa es una peculiaridad de la ocupación filosófica que no se da en otros oficios. Un sastre –dice él– se afana en la confección de buenos trajes y no gasta su tiempo en preguntarse qué es la sastrería y cuál es la contribución de ésta al bienestar humano. Con los filósofos, claramente, ocurre algo muy distinto.

A la hora de los agradecimientos, tengo que mencionar a algunas instituciones y personas que me han ayudado en la preparación de este libro.

Desde luego, al personal directivo y profesional de la Editorial Jurídica de Chile.

A la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, ese espacio azul que mira al Pacífico, donde por años he trabajado con gusto, y que consintió en rebajar mi carga docente mientras preparaba estas páginas.

A la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, mi segunda casa académica, donde siempre me he sentido bienvenido.

Aunque parezca desproporcionado, a Ricardo Lagos Escobar, Presidente de Chile, por aceptar con comprensión las solicitudes que le hice un par de veces para ausentarme algunos días de mi trabajo junto a él, con el fin de dar término al libro y entregar oportunamente los originales al editor.

A Claudio Oliva, quien me animó a escribirlo y quien tuvo también una intervención decisiva en la preparación y redacción del capítulo relativo a democracia y derecho.

A Patricia Whittle, quien digitó algunos de los capítulos, porque no me resisto a la comodidad de manuscribir los textos antes de que sean pasados al computador por otra persona más competente que yo.

A Manuel de Rivacoba y Rivacoba, muerto en 2000, porque las conversaciones que durante 30 años mantuve con él sobre temas de política, moral y derecho me enseñaron a comprender y a practicar un liberalismo amplio, es decir, humano, muy alejado de esa versión empobrecida del mismo que circula hoy con el nombre inadecuado de "neoliberalismo", y al que por lo

común se apuntan, raramente, no quienes alguna vez fueron liberales, sino todo lo contrario.

Y claro está, a Sylvia, mi mujer, como también a mis hijas Carolina, Valentina y Mariana, quienes toleraron casi dos años el desorden de libros y papeles en que transformé varias de las habitaciones de nuestra casa mientras repasaba la bibliografía y redactaba los originales. Sylvia fue también la promotora de que nuestro amigos Hernán y María Isabel me hayan dejado a veces la agradable casa de su parcela en Melosilla, a 30 minutos de Valparaíso, donde pude escribir gozando de una absoluta tranquilidad y mirando los hermosos manzanos que están plantados en el lugar.

Es bueno que con ocasión de publicar un libro uno tenga muchas personas a quienes agradecer, porque ello nos recuerda que nada de lo que hacemos es obra exclusiva de nosotros mismos. Todos formamos parte de alguna caravana de seres próximos y queridos, y el movimiento cadencioso que lleva la caravana, captado desde suficiente distancia, tiene el aspecto de una gracia que toca al conjunto de los que se desplazan y a nadie en particular.

AGUSTIN SQUELLA NARDUCCI
Valparaíso, abril de 2001

CAPITULO PRIMERO

¿QUE ES FILOSOFIA?

I. Introducción. II. La filosofía en problemas y los problemas de la filosofía. III. El asombro como origen de la filosofía. IV. Algunos decires acerca de la filosofía. V. Una inspección en la palabra "filosofía". VI. Aristóteles y la filosofía como modo de saber. VII. Kant y la filosofía como un segundo ojo. VIII. Comte y la filosofía positiva. IX. Freud y la filosofía como paliativo. X. Wittgenstein y la reorientación de la filosofía. XI. Isaiah Berlin y la filosofía como preguntas de la tercera canasta. XII. Roger Scruton y la filosofía como búsqueda de su propia definición. XIII. Heidegger y el rescate de la filosofía: la pregunta por el ser. XIV. Kolakowski y la filosofía como disciplina y como función ¿Una milésima definición de filosofía?. XV. Conclusiones.

I. Introducción

Un curso de filosofía del derecho tiene que hacerse cargo, ante todo, de dos preguntas fundamentales, a saber, qué es filosofía y qué es filosofía del derecho.

Un curso de filosofía del derecho no estará nunca en condiciones de despejar esas dos preguntas, es decir, de dar a una y a otra una respuesta que pueda resultar evidente o cuando menos satisfactoria para todos. Pero lo que un curso como éste no puede eludir es plantear ambas preguntas y reunir algunos elementos de juicio que permitan comprenderlas mejor y llegar a disponer de un conjunto de análisis y proposiciones suficientes como para que un estudiante de derecho consiga instalar en su entendimiento una idea mejor y más prolija acerca de qué es filosofía y qué filosofía del derecho de la que sobre ésta y aquélla pudo tener antes de un curso como el que ahora da inicio.

En consecuencia, el propósito que anima el planteamiento de las dos mencionadas preguntas es bastante modesto: se trata de iniciar un recorrido a partir de cada una de ellas, de modo que a la conclusión del curso los estudiantes puedan disponer no de *la* respuesta a ambas preguntas, y ni siquiera de *una* respuesta, sino de unos ciertos materiales que los familiaricen con ambas cuestiones y les permitan manejarlas en el futuro con algo menos de esa sensación de total extrañeza que suelen producir cuando se las plantea de entrada y sin aviso previo.

Por otra parte, al plantear ambas preguntas al mismo tiempo, o una después de la otra, tampoco se trata de sugerir que de la respuesta a la primera de ellas dependa la que se dé luego a la segunda. Es evidente que ¿qué es filosofía? y ¿qué es filosofía del derecho? son preguntas relacionadas entre sí. Es posible, asimismo, que de la respuesta escogida para la primera se pueda derivar una determinada respuesta para la segunda. Sin embargo, lo que no queremos sugerir es que para llegar a una respuesta a la segunda de esas preguntas sea indispensable obtener previamente una respuesta para la primera de ellas.

En efecto, hay autores –Del Vecchio y Kelsen, por ejemplo– que consideran a la filosofía del derecho como una parte o capítulo de la filosofía general. Hay otros, asimismo –como es el caso de Radbruch y Alf Ross–, que de una idea de la filosofía previamente aceptada desprenden una consecuente noción acerca de la filosofía del derecho. Pero los hay también –como es el caso de Bobbio– que profesan una cierta idea de la filosofía del derecho que sitúa a ésta no como parte de la filosofía general y tampoco como una filosofía general aplicada al campo del derecho, sino como una disciplina que se define a sí misma con relativa autonomía respecto de la filosofía general.

Pues bien, si la respuesta que se da a la pregunta ¿qué es filosofía del derecho? no depende necesariamente de la que antes se haya dado a la pregunta ¿qué es filosofía?, ¿cuál es el sentido de reunir ambas preguntas en un curso como éste y por qué hacerse cargo de ellas partiendo por la segunda y desplazándose luego hacia la primera?

La respuesta a esa interrogante puede ser la siguiente: incursionar en la pregunta ¿qué es filosofía?, prepara de algún modo el terreno para la pregunta ¿qué es filosofía del derecho? Si fi-

losofar es poner en tensión la inteligencia –al modo de un cable que estiramos simultáneamente desde cada uno de sus extremos–, filosofar acerca de qué sea filosofía puede consistir en una adecuada preparación para filosofar más tarde sobre qué sea filosofía del derecho. Por lo demás, no hay que perder de vista lo que afirmamos hace un instante, a saber, que si bien entre filosofía y filosofía del derecho no hay una necesaria relación de todo a parte, ni tampoco una de simple derivación, lo cierto es que no pocos autores, a la hora de responder a la pregunta ¿qué es filosofía del derecho?, lo hacen entendiendo que la filosofía del derecho es una parte de la filosofía o situando la pregunta en el marco de la respuesta que han dado previamente a la pregunta ¿qué es filosofía?

Para desarrollar la pregunta ¿qué es filosofía?, partiremos llamando la atención acerca del carácter problemático de esta disciplina. Una vez identificado el carácter problemático que posee la filosofía al menos en tres sentidos, procuraremos avanzar en nuestra tarea valiéndonos de un registro de ciertas proposiciones que vinculan la filosofía a las ideas de viaje y asombro, y nos asombraremos –también en esta parte– ante las excesivas y contrapuestas reacciones que la actividad de los filósofos suele producir entre quienes no lo son, es decir, entre quienes no practican la actividad filosófica.

A partir de ese punto avanzaremos luego de la mano de algunos decires o maneras de hablar acerca de la filosofía, los cuales, sin constituir propiamente nociones ni definiciones de filosofía, expresan acerca de ésta determinados puntos de vista, y a veces simples reacciones de tipo emocional, que proveen de alguna orientación en torno a la pregunta que nos ocupa.

El capítulo al que estamos dando inicio concluirá con el examen de un conjunto de respuestas que determinados autores o corrientes del pensamiento filosófico han dado, explícitamente, a la pregunta ¿qué es filosofía? Al presentar entonces a algunos de los filósofos que han planteado y desarrollado esa pregunta no se tratará de dar cuenta de sus respectivos pensamientos filosóficos, o sea, no se tratará de exponer las diversas filosofías que, vistas en sus contenidos, propiciaron cada uno de tales filósofos. Lo que se tratará de hacer –mucho menos que eso– es simplemente traer hasta aquí lo que esos filósofos dije-

ron a propósito de la pregunta ¿qué es filosofía?, de modo de disponer así de un cierto repertorio de respuestas sobre el particular.

Somos conscientes que de ese modo –como advierte Heidegger– no lograremos, merced a una abstracción comparativa, algún núcleo que pueda ser común a todas las respuestas o definiciones que se han dado a propósito de la pregunta en cuestión. Tampoco lograremos establecer por esa vía lo que Heidegger llama "una respuesta genuina, es decir, legítima, para la pregunta ¿qué es eso de filosofía?" Sin embargo, se trata de un camino –como admite el propio autor citado, que será uno los que convocaremos en su momento– que permite lograr "conocimientos múltiples y sólidos, e incluso útiles, sobre cómo, en el curso de su historia, ha sido representada la filosofía".

No hay prácticamente ningún filósofo que no se haya preguntado por la naturaleza de la filosofía, esto es, por la índole de su oficio. Esto es raro –como dice por su parte Leszeck Kolakowski–, puesto que "la reflexión sobre la naturaleza y el sentido de una determinada profesión no suele representar una parte constitutiva del ejercicio de la profesión misma". Así, la profesión de sastre consiste en confeccionar trajes, no en reflexionar acerca de la naturaleza del oficio de sastre, del mismo modo que la profesión médica se preocupa de la capacidad de prever y curar la enfermedades, sin que se considere parte de ese arte la reflexión sobre la naturaleza que él puede tener.

En el sentido antes indicado, por tanto, la profesión de filósofo es una excepción, porque es sencillamente asombrosa la molestia que se toma la "mayoría de los maestros, oficiales y aprendices de esta profesión para determinar el sentido, para justificar y definir la propia actividad profesional".

Puede haber algo sospechoso, o acaso tan sólo mala conciencia, en una profesión que, como la del filósofo, se ve obligada a una constante explicación, y por momentos autojustificación, de su naturaleza y cometidos. Quizás pese en esto la distancia, y en ocasiones el franco rechazo, que la filosofía provoca en el común de la gente, aunque lo cierto es que ninguna exhortación será nunca suficiente como para que los filósofos abandonen su inveterada costumbre de problematizar su propia actividad, antes de hacerlo con los determinados asuntos de que la filosofía

tendría que tratar como una de las disciplinas que el hombre ha desarrollado para saber más acerca de la realidad, o, cuando menos, para aclarar el significado de las proposiciones que utilizamos cada vez que intentamos describir la realidad o prescribir lo que ésta debería ser.

Pues bien, en la parte final del presente capítulo vamos a presentar y examinar sólo algunas de las respuestas dadas por filósofos a la pregunta ¿qué es filosofía?, prefiriendo las de aquéllos que no sólo han planteado la pregunta y ofrecido algún tipo de respuesta, sino que han desarrollado esta última con alguna latitud y en algún trabajo o texto especialmente dedicado a la cuestión que nos ocupa.

II. La filosofía en problemas y los problemas de la filosofía

Filosofar es embarcarse para lo desconocido

Ese pensamiento de Ortega es un buen punto de partida desde el cual ponernos en movimiento a propósito de la pregunta ¿qué es filosofía?

¿Por qué filosofar es embarcarse para lo desconocido? ¿Por qué filosofar puede equivaler a una acción de suyo angustiosa como es la de emprender un viaje sin saber realmente a dónde nos dirigimos?

Pero antes de responder a esas preguntas conviene echarle el guante, desde ya, a la idea que vincula filosofía con viaje, puesto que el citado pensamiento de Ortega contiene en verdad dos ideas: que filosofar es una actividad que se parece a la acción de viajar, y que el viaje de la filosofía tiene un destino que ignoramos. Por lo mismo, detengámonos un instante en la primera de tales ideas, a saber, la relación entre filosofía y viaje, para luego hacerlo en la segunda, esto es, que la filosofía equivalga a un viaje hacia lo desconocido.

Desde antiguo, en verdad, la actividad de los filósofos ha sido comparada con la de los viajeros. Como recuerdan casi todos los textos de filosofía, el rey Creso, según narra Heródoto, llamaba a Solón "Viajero filosofante". Hablando precisamente a

Solón, ese monarca le habría dicho "Han llegado hasta nosotros muchas noticias tuyas, tanto de tu sabiduría como de tus viajes, y de que, movido por el gusto del saber, has recorrido muchos países por examinarlos".

Sin perjuicio de que ese saludo del monarca Creso relaciona tres expresiones que estuvieron vinculadas entre sí en los orígenes del pensamiento griego –sabiduría, filosofía y teoría–, según tendremos oportunidad de analizar más adelante, lo cierto es que resulta también muy directamente expresivo del punto que nos interesa en este momento: la relación entre la actividad del que hace filosofía y la del que emprende un viaje.

En una línea semejante, Aristóteles se refería a la filosofía como un conocimiento que se busca, en tanto San Agustín, siglos más tarde, llamaba a los filósofos a buscar como buscan los que aún no han encontrado y a encontrar como encuentran los que saben que han de continuar buscando. En nuestro tiempo, Zubiri se refiere a la filosofía como un saber en marcha, en tanto que José Ferrater Mora, al analizar la palabra "filosofía", llama la atención acerca de que ésta se va formando a sí misma en el curso de su propia historia. Por su parte, Norberto Bobbio, al buscar la analogía apropiada para el acto de pensar y, a fin de cuentas, para el drama de la existencia humana, desecha las imágenes de la mosca en la botella y del pez en la red, y prefiere la del individuo en el laberinto, con lo cual quiere sugerir lo siguiente: para el pez atrapado en la red no existe la salida, de modo que sus desesperados movimientos mientras permanece atado en ella son tan sólo el preludio de su muerte, que es lo que le acontecerá una vez que la red se abra sobre la embarcación; para la mosca encerrada en la botella, la salida sí existe, aunque no es capaz de advertir dónde está ni de coordinar los movimientos que le permitan dar con ella, simplemente porque la mosca no aprende de sus propios errores y repite frenéticamente, una y otra vez, los movimientos inadecuados al fin de salir de la botella; el hombre ante el laberinto, en cambio, sabe que hay una salida, cuenta también con que nadie, desde fuera del laberinto, puede señalarle el camino que debe seguir para salir de él, pero es capaz de hacer elecciones razonadas respecto de las vías de salida que se le ofrecen y de desandar los caminos que se muestran equivocados, omitiéndolos en el futuro,

disminuyendo de ese modo la incertidumbre y aumentando sus probabilidades de dar al fin con la ansiada salida.

Pues bien, esas expresiones de Aristóteles, San Agustín, Zubiri y Bobbio ponen de manifiesto que a la hora de filosofar es preciso *buscar,* ponerse *en marcha,* salir *moviéndonos* del asombro que nos causa el hecho de vernos de pronto instalados en el mundo y rodeados de cosas que no comprendemos.

Vale la pena traer ahora hasta aquí la distinción entre viajeros y turistas, que debemos a Paul Bowles, el escritor norteamericano muerto en 1999.

Bowles, en su novela *El cielo protector,* dice de uno de sus personajes que él se consideraba a sí mismo no un turista, sino un viajero, y que la diferencia podía explicarse en parte por el tiempo. "Mientras el turista se apresura por lo general a regresar a su casa al cabo de algunos meses o semanas –escribe Bowles–, el viajero, que no pertenece más a un lugar que al siguiente, se desplaza con lentitud durante años de un punto a otro de la tierra".

En otras palabras: el turista va y regresa; y cuando va, piensa ya en el regreso. En cambio, el viajero se interna cada vez más, no vuelve sobre sus pasos, piensa únicamente en el punto siguiente de su travesía, y –tal como acontece con la pareja protagonista de *El cielo protector*– deja entonces en el viaje mucho más que el tiempo que emplea en hacerlo.

Turista es el que no sólo viaja con pasaje de regreso, sino aquel que de tanto en tanto confirma el billete de regreso y acaricia dentro de sí la idea del retorno. Viajero, en cambio, es el que sale sin pasaje de regreso y el que utiliza todos sus medios materiales antes en continuar el viaje que en arreglar el regreso a casa.

Como agrega ahora Paul Auster, viendo avanzar una caravana en el desierto, lo que más interesa es el desplazamiento que ella va teniendo, no sus camellos y sus camelleros, de donde se sigue que lo que realmente importa cuando se escribe no es el libro terminado, sino, más bien, el itinerario de la escritura.

En cuanto a que la filosofía sea no sólo un viaje, sino un viaje hacia lo desconocido –que es la segunda de las ideas presentes en el pensamiento de Ortega con que iniciamos este acápite–, ello sugiere que ninguno de los puertos que toca la filosofía es propiamente su punto final de llegada, sino tan sólo fondeadores en

los que ella descansa y se abastece para reanudar luego su marcha inacabable. Como advierte Karl Jaspers, "filosofía quiere decir: ir de camino. Sus preguntas son más esenciales que sus respuestas y toda respuesta se convierte en una nueva pregunta".

Que filosofar equivalga a embarcarse para lo desconocido remite a la triple problematicidad que tiene la filosofía.

En primer término, la filosofía es problemática en cuanto no tiene suficiente seguridad en cuanto a su objeto, ni tampoco acerca de los problemas que, por referencia a ese objeto, deben ser considerados por ella.

Lo anterior quiere decir que la filosofía no tiene unidad en cuanto a su objeto ni tampoco acuerdo en lo que concierne a la especificidad de sus problemas, lo cual resulta problemático puesto que toda disciplina o rama del conocimiento se constituye para llegar a saber acerca de un determinado objeto que la misma disciplina tiene que determinar con alguna precisión y, sobre todo, con algún grado de acuerdo entre quienes cultivan la disciplina de que se trate. Por otra parte, esta insuficiente determinación de su objeto trae consigo una similar indeterminación y un insuficiente grado de acuerdo en la individualización de los problemas o asuntos de los que la filosofía debe ocuparse. En otras palabras, la indeterminación de su objeto, esto es, la dificultad de la filosofía para establecer con precisión de qué se ocupa, trae consigo una cierta vaguedad en la indicación de sus problemas, vale decir, en las preguntas que ella aspira a contestar en relación con su objeto.

Esta primera dimensión problemática que muestra la filosofía puede ser apreciada, por ejemplo, si se comparan las distintas respuestas que algunos destacados filósofos han dado a la pregunta que inquiere por el objeto de la disciplina. Así, para Aristóteles el objeto de la filosofía es el ente; para Kant es el objeto fenoménico; para Comte el objeto de la filosofía son los hechos científicos; para Bergson dicho objeto es el dato inmediato de la conciencia; para Dilthey el objeto de la filosofía es la vida; para Husserl el objeto de la filosofía es la esencia pura de la conciencia; y para Heidegger, en fin, el objeto de la filosofía es el ser, lo que se muestra en nuestra existencia tempórea.

Es perfectamente entendible que frente a semejante conjunto de respuestas no podamos comprender plenamente ni de in-

mediato qué es lo que quiere decir cada uno de esos filósofos al señalar el objeto de su disciplina, aunque todos intuimos que hablan de cosas distintas y que, por lo mismo, no están de acuerdo en la respuesta que proporcionan a la pregunta que inquiere sobre el objeto de la filosofía.

A medida que avancemos en este capítulo comprobaremos que la filosofía no es concebida sólo como una rama del saber, como una forma de conocimiento de la realidad, sino también, por ejemplo, como una forma de vida o como una doctrina acerca de la vida, tal y como nos recuerda Xavier Zubiri al presentar aquellos planteamientos que acerca del objeto de la filosofía acabamos de ver. Sin embargo, lo que predomina abiertamente es la idea de la filosofía como conocimiento, es decir, como un cierto sistema de proposiciones o enunciados que tienen la pretensión de aumentar o completar nuestro saber acerca del mundo. Por lo mismo, si la filosofía es conocimiento, resulta problemático que ella no pueda establecer con certeza, o cuando menos con suficiente seguridad, cuál es el objeto al que esas proposiciones tienen que estar referidas.

De este modo, llama la atención que un ensayo de un filósofo contemporáneo –me refiero a *El objeto de la filosofía,* de Isaiah Berlin– comience con la pregunta ¿cuál es el objeto de la filosofía?, y diga a reglón seguido que no existe para esa pregunta una respuesta que haya sido aceptada universalmente.

En segundo término, la filosofía no tiene tampoco suficiente seguridad en la identificación del método del cual tiene que valerse para llevar a cabo la determinación de su objeto, la selección de los problemas que concernientes a ese objeto son de su interés y el o los criterios de validez que tengan que ser utilizados para verificar sus proposiciones o aciertos.

La misma palabra "método" es también problemática, puesto que se la emplea en distintos significados.

Si seguimos en esto a Jorge Millas y entendemos por método algo más que el modo como una disciplina lleva a cabo sus investigaciones, es decir, algo más que una simple técnica operatoria de acceso al objeto de la disciplina, podemos decir que método es el conjunto de criterios en virtud de los cuales una disciplina determina su objeto, selecciona los problemas de los que va a tratar por ser concernientes a ese objeto, y establece las pautas en

uso de las cuales verificará sus propias proposiciones o establecerá un cierto control de éstas. Así entendidas las cosas, "método" es una palabra que remite a algo más que vías de acceso o recursos de aprehensión de un determinado objeto, y tiene que ver con la adopción de un punto de vista para la propia identificación del objeto, para la selección de los problemas o áreas de trabajo relativos al mismo y, en fin, para la fijación de pautas que permitan verificar, o acaso tan solo controlar, las proposiciones o enunciados que acaben haciéndose acerca del objeto.

En tercer lugar, la filosofía es también problemática desde el punto de vista del contenido de sus proposiciones, vale decir, desde el punto de vista de las respuestas que enuncia acerca de los problemas de que se ocupa, y, en este sentido, no llega nunca a presentarse como un conjunto coherente de proposiciones uniformemente aceptadas por todos los filósofos.

Lo que la filosofía muestra, vista ahora no desde la perspectiva de su objeto ni de su método, sino de sus resultados, es un sinfín de sistemas o doctrinas que no es posible compatibilizar entre sí desde el punto de vista de sus contenidos, lo cual trae consigo un cada vez más difícil diálogo y comprensión recíproca entre los filósofos que adhieren a diferentes doctrinas o sistemas.

En suma, la filosofía no sabe, o no tiene suficiente seguridad, acerca de cuál es su *objeto,* cuál su *método* y cuáles las *respuestas* que deben ser preferidas a las demás. Vive y avanza, pues, en medio de esa triple incertidumbre: la de no saber bien hacia dónde mira, cómo mirar y con cuáles de las imágenes quedarse luego de haber mirado. Entonces, no es desacertado afirmar que hacer filosofía constituye algo comparable a embarcarse para lo desconocido.

¿Acontecerá lo propio, o algo parecido, tratándose de la filosofía del derecho? ¿Padecerá ésta también esa misma triple problematicidad de la filosofía general? ¿Se podrá liberar la filosofía del derecho de esa triple problematicidad gracias a que se trata de una filosofía regional, esto es, que versa únicamente sobre el derecho, o reproducirá, a escala, esa misma problematicidad que la filosofía general muestra en los tres sentidos antes indicados?

Tales son preguntas propias del siguiente capítulo de este libro, aunque conviene enunciarlas ya para advertir que este paso

por la filosofía general que nos encontramos haciendo prepara de algún modo el terreno en que tendremos que movernos luego cuando tratemos de la filosofía del derecho.

Entonces, estamos embarcados para lo desconocido cuando hacemos filosofía, aunque tenemos que hacer un esfuerzo por avanzar algo más en nuestro intento de aclarar la pregunta ¿qué es filosofía?

Una manera de avanzar a partir de esa pregunta puede consistir en aceptar que filosofía tiene que ser aquello que han hecho y hacen actualmente los filósofos, lo cual quiere decir que volvernos hacia la historia de la filosofía y descubrir en ella de qué se ha ocupado esa clase especial de personas que llamamos filósofos puede ser un buen camino para despejar la pregunta que nos ocupa en este instante. Con todo, ese camino no se muestra demasiado fructífero, puesto que ya sabemos que los filósofos se han dedicado a muy distintas cosas cuando han dicho hacer filosofía, hasta el punto de que mirar la historia de ésta puede producirnos esa "impresión de heterogeneidad y aun de caos" a que alude Jorge Millas en su libro *Idea de la filosofía.*

No obstante, esa impresión de heterogeneidad y caos que nos produce la historia de la filosofía, el término "filósofo" –dice Jorge Millas– viene aplicándose de un modo más o menos inequívoco desde que surgiera en la lengua griega, y tiene él que ver con una forma de observación de las cosas más atenta y a fondo de aquella que dispensamos habitualmente a éstas, con una contemplación de las cosas que conduce a la "expresión más exigente y comprensiva del conocimiento del mundo y del hombre".

Sin embargo, cabe preguntarse de dónde surge esa necesidad, o al menos ese deseo, de una contemplación más atenta y a fondo de las cosas, si es que todos admitimos, en una u otra medida, que las cosas están allí para que nos sirvamos de ellas y no para que nos hagamos grandes preguntas sobre ellas.

III. El asombro como origen de la filosofía

La pregunta anterior nos remite ahora a la palabra "asombro" y a dos sentencias que incluyen esa palabra, una de Platón y otra de Aristóteles, quienes ya en la antigüedad establecieron un

vínculo inseparable entre filosofía y asombro: "Porque esta pasión, el asombro, es máximamente propia del filósofo, pues no hay otro principio de la filosofía que éste"; y "Porque por el asombro empezaron antaño y todavía hoy comienzan los hombres a filosofar".

De este modo, el asombro está en el origen de la filosofía, entendiendo por asombro no simple curiosidad, sino auténtico estupor y admiración. ¿Ante qué? Ante el hecho de que hay el ser y no la nada. "¿Por qué hay el ente y no, más bien, la nada?", se preguntaba Leibniz, expresando de ese modo el asombro que produce percibir que las cosas están ahí, en derredor nuestro –mejor aún, en frente nuestro–, afectándonos con su presencia e interpelándonos a conocerlas.

Como decíamos, el asombro es un estado de ánimo, una pasión incluso, algo que por provenir de una zona más honda que la que produce la sola curiosidad se relaciona de algún modo con el vértigo, es decir, se trata de un estado de ánimo en el que no sabemos a qué atenernos, puesto que todo se nos hace extraño y caemos entonces en lo que Jorge Eduardo Rivera llama la "absoluta extrañeza". Como pasión que es, el asombro es entonces esa "agitación afectiva" de que habla Heidegger, en virtud de la cual retrocedemos ante la realidad de las cosas, casi como si contuviéramos la respiración ante el hallazgo de lo que hay. El asombro –como apunta ahora Kolakowski– "es la sensación de extrañeza ante el mundo que nos embarga de asombro, es la experiencia del mundo como una cosa extraña, no natural, como algo a lo que no nos adaptamos". Ahora bien, si quisiéramos trazar una cierta diferencia entre asombro y curiosidad, podríamos decir que la segunda nos hace *asomarnos* tan sólo a las cosas, mientras que el primero es causa de que nos *quedemos* definitivamente en las cosas. Por tanto, si el asombro es el estado en que se encuentran siempre los filósofos, basta con la curiosidad tratándose de los lectores de filosofía.

Pero el asombro –como muestra también Heidegger– no está simplemente al comienzo de la filosofía, del modo como el lavado de las manos por parte del cirujano precede a la operación que éste debe practicar, sino que es también el asombro el estado de ánimo que sostiene a la filosofía y la domina por completo. El asombro, así, domina por completo cada paso de la fi-

losofía y no es únicamente la causa de ésta. Entonces, por el asombro se empieza a filosofar y por el asombro continúan los hombres filosofando. El problema de la filosofía –dice Rivera– "es que la filosofía es toda entera un solo problema: el problema de no saber qué hacer con el ser o con la realidad que se ha hecho, de pronto, agudamente sorprendente, asombro puro, asombro absoluto".

Sobre el particular, sin embargo, Kolakowski llama la atención acerca de que la sentencia ya citada de Platón, que nos enseña que el asombro es el origen de la filosofía, podría hallarse en contradicción con la observación de las *Meditaciones* de Marco Aurelio, donde se dice que la filosofía nos enseña a no asombrarnos ya por nada. Ambas opiniones, aparentemente divergentes, pueden reunirse tal vez en una fórmula más general, "siempre que se las entienda de modo que la primera se refiera a la génesis del filosofar, y la segunda, por el contrario, a su meta y a su utilidad. Entonces deberíamos decir que con respecto a su origen psicológico, la filosofía proviene de que todo nos asombre; por lo tanto, somos filósofos *porque* nos asombramos de todo; y lo somos *para que* ya nada nos siga asombrando".

Pero, ¿será posible llegar a un momento en el que ya nada nos siga asombrando y en el que podamos por tanto dar por concluida la filosofía? En otras palabras, si filosofar consiste en hacer un cierto tipo de preguntas –aquellas que según Isaiah Berlin tienen el efecto de sumirnos en una honda perplejidad, porque reputándolas importantes son preguntas respecto de las cuales no sabemos cómo buscar las correspondientes respuestas–, ¿llegará un momento en el que se pueda decir que las preguntas de la filosofía se encuentran ya agotadas? ¿Se cumplirá entonces el vaticinio de Marco Aurelio en cuanto a que si en el origen de la filosofía está el asombro, la marcha de la propia filosofía nos conducirá al fin del asombro? Ya veremos, en su momento, cómo puede responderse a esas preguntas.

Nuestro problema ahora es cómo avanzar en este tratamiento que estamos dando a la pregunta ¿qué es filosofía?, puesto que es preciso admitir que, a pesar de todo lo dicho, no estamos aun en condiciones de dar por concluido el esfuerzo a cuyo despliegue obliga una pregunta como esa. Algo hemos avanzado –es cierto– al advertir el vínculo entre la filosofía y la acción de via-

jar, así como el que también existe entre ella y esa disposición y a la vez agitación del ánimo que llamamos asombro, aunque nada de ello es suficiente como para dar por concluida nuestra tarea.

Por otra parte, una nueva dificultad sale a nuestro paso si reparamos en el hecho de que la actividad que realizan los filósofos –cualquiera sea el objeto sobre el cual recaiga, los problemas de que se hace cargo y los métodos que utiliza– ha dado siempre lugar a reacciones excesivas y contrapuestas de parte de quienes no son filósofos, y que van desde la incondicional admiración, por un lado, hasta la crítica y el más duro de los rechazos, por la otra.

Berlin llama la atención acerca de que las opiniones sobre la filosofía difieren drásticamente entre sí, y van desde las que la consideran como la contemplación de todo el tiempo y de toda la existencia, algo así como la reina de las ciencias, como la piedra angular de la totalidad del arco del conocimiento, hasta las de quienes quisieran hacerla a un lado como si se tratara de una seudociencia que lo único que hace es sacar provecho de nuestras confusiones verbales. Para la primera de esas opiniones, la filosofía es algo tan sublime como irremplazable, en tanto que para la segunda ella no constituiría más que un síntoma de inmadurez intelectual que habría por tanto que relegar, junto con la teología y otras disciplinas especulativas, al museo de las curiosidades antiguas, "tal y como hace tiempo se han relegado la astrología y la alquimia por la victoriosa marcha de las ciencias naturales".

Sin ir más lejos, Tales de Mileto, el sabio que predijo el eclipse de sol del año 585 a. de C., era blanco de las burlas de su criada, quien le vio caer a un pozo mientras se paseaba una noche estudiando las estrellas. Pero esta sorna con la filosofía no proviene sólo de la gente común, sino también de los especialistas en ciencias naturales, quienes, arrebatados por sus éxitos, dirigen de vez en cuando juicios condenatorios en contra de la filosofía, que, sin embargo, pueden resultar de una "pueril ingenuidad", como parecen al filósofo polaco Leszeck Kolakowski.

La extraña circunstancia de que la ocupación filosófica haya dado siempre lugar a reacciones tan excesivas como contrapuestas de parte de la gente es bien ilustrada por Jorge Millas de la

siguiente manera: "Rendidos unos de admiración ante ella, la veneran con respeto casi religioso y consideran al filósofo una suerte de dichosa creatura a la cual toda verdad le hubiere sido revelada. Mal dispuestos otros frente a ella –y éstos son los más– la desdeñan ya por ociosa, ya por oscura, ya por anticientífica, y siempre por inútil. Fascina a los primeros la elevada alcurnia espiritual de sus temas sobre Dios, el ser, la verdad, la existencia, el bien, la justicia. Irritan a los segundos su jerga extraña, sus razonamientos sutiles, sus difíciles abstracciones, sus discusiones inacabables". Y concluye el filósofo chileno con la siguiente afirmación: "La antigüedad griega, que tanta honra concedió a la inteligencia, no pudo menos que considerar a algunos de sus filósofos como creaturas semidivinas, como fue el caso de Platón, entre otros. Pero tampoco vaciló en condenar a muerte al más íntegro de todos ellos (Sócrates) y en perseguir con uno u otro pretexto a muchos de sus sucesores".

IV. Algunos decires acerca de la filosofía

Vamos a traer ahora hasta aquí un conjunto de decires o maneras de hablar acerca de la filosofía que han sido utilizados por diferentes autores. Ninguno de esos decires tiene la pretensión de constituir una definición de filosofía, aunque todos, de una u otra manera, sugieren una cierta noción de la misma o, cuando menos, proveen de algún elemento, o acaso tan sólo de un ángulo de mira, que bien vale la pena tomar en cuenta si es que queremos continuar reuniendo materiales que nos permitan llegar a tener en nuestras cabezas una mejor idea sobre la filosofía de aquella que pudimos tener al comenzar el presente curso.

No vamos a identificar en cada caso a los autores responsables de estas maneras de hablar acerca de la filosofía. Nos limitaremos tan sólo a enunciarlas y a explicarlas luego brevemente. Conviene advertir, asimismo, que algunos de estos decires sobre la filosofía reiterarán, de manera abreviada, algunas afirmaciones que hemos desarrollado en las páginas precedentes de este libro. En tales casos no comentaremos la manera de hablar de que se trate y el lector tendrá que remitirse a lo que en su momento hayamos dicho sobre el particular.

1. *Filosofar es embarcarse para lo desconocido.* De donde se sigue que ya saben lo que les espera a quienes estudian filosofía o a quienes hacen lo propio con esa filosofía regional que llamamos "filosofía del derecho".

2. *Es por el asombro que empezaron los hombres a filosofar y es también por el asombro que continúan filosofando.* Tal como dijimos en su momento, el asombro se relaciona con una disposición y actitud consistentes en no pasar inadvertidamente ante las cosas y en detenerse en éstas para examinarlas en el límite de nuestras posibilidades.

Aplicando esta manera de hablar al campo de la filosofía del derecho, se trataría de una actividad que tiene que ver entonces con la disposición y actitud consistente en no pasar inadvertidamente ante esa determinada cosa a la que hemos dado el nombre de derecho y en detenernos ante ella para tomar alguna distancia e inspeccionarla en el límite de lo posible.

Es evidente, por ejemplo, que un curso de Introducción al Derecho, en el primer año de los estudios jurídicos, provee de alguna noción acerca del derecho, como también acerca de otros conceptos próximos importantes, tales como ciencia del derecho, norma, norma jurídica, validez, eficacia, justicia, etc. Pero es evidente, asimismo, que las nociones que en tales sentidos provee esa asignatura son introductorias y en medida importante instrumentales para acceder luego de manera provechosa al estudio de cada una de las ramas del ordenamiento jurídico nacional e internacional. Se trata, por tanto, de nociones provisorias y no suficientemente elaboradas, con lo cual queremos decir que, tanto por la índole como por la ubicación del curso que las imparte, son nociones que no dan cuenta en toda su complejidad de los conceptos a los cuales se refieren. Por lo mismo, merced al impulso que da el asombro, un curso de filosofía del derecho bien podría no darse por satisfecho con nociones puramente instrumentales del derecho, la ciencia del derecho, la eficacia y la justicia, y proponerse un examen más a fondo de estos conceptos.

En otras palabras, la filosofía del derecho nos persuadiría de la conveniencia, y aun de la inevitabilidad, de no pasar superficialmente la vista por encima del derecho y de otros con-

ceptos jurídicos relevantes, deteniéndonos mayormente en ellos por el asombro que nos causan las cosas a que tales conceptos se refieren.

3. *La filosofía es la manera que tenemos de instalarnos ante las cosas del modo posiblemente más intenso que conocemos.* Así, la filosofía, hija del asombro, sería el resultado que obtendríamos cuando las cosas nos afectan más profundamente, aunque habría que añadir que el arte y la religión son también modos intensos de instalarnos ante la realidad y de dejarnos afectar por ella.

4. *Filosofar es sumergirse en el pequeño abismo que es cada palabra.*

Más adelante tendremos ocasión de presentar a toda una corriente del pensamiento filosófico –el así llamado "positivismo lógico"–, que sostiene que el único papel útil que puede cumplir la filosofía es el esclarecimiento de las proposiciones que utilizamos en el discurso de la propia filosofía, de la ciencia y, aun, en el del lenguaje cotidiano.

Sin necesidad de aceptar un planteamiento como el que hace el positivismo lógico, no deja de ser importante el llamado de atención que acerca de las palabras hace la manera de hablar sobre la filosofía que acabamos de enunciar. Porque lo cierto es que si acostumbramos pasar inadvertidamente ante las cosas, también lo es que solemos emplear descuidadamente las palabras de que nos valemos para mencionar las distintas cosas.

Sumergirse en el pequeño abismo que es cada palabra constituye una manera de hablar acerca de la filosofía que contiene tanto una afirmación como un convite. La afirmación consiste en decir que tras cada palabra hay un abismo, un cierto fondo que debería ser inspeccionado, mientras que la invitación consiste en instigarnos a explorar ese fondo, a sumergirnos de hecho en él y a descubrir lo que allí exista.

Por lo mismo, si la filosofía pudiere consistir en una actividad referida al significado o a los significados con que se emplean las palabras, en especial aquellas que reputamos más importantes –tales como "ser", "verdad" y otras–, la filosofía del derecho podría consistir, por su parte, en una actividad encaminada a establecer el o los significados de palabras y expresiones de particular

importancia en el área o campo de trabajo de los juristas, tales como "derecho", "derecho subjetivo", "derechos humanos", "deber jurídico", "sanción", "justicia", etc. Así las cosas, palabras como esas serían utilizadas muy habitualmente por los juristas, aunque sin que éstos se detuvieran suficientemente en la cuestión de su significado o simplemente dieran por establecido, sin ulterior reflexión, un cierto significado para las mismas. Entonces, el cometido de la filosofía del derecho consistiría en tomar esas palabras y en aclarar luego el o los sentidos en que ellas son utilizadas según los diferentes contextos de significación. De este modo, por ejemplo, la palabra "derecho" tiene un significado en la frase "El *derecho* chileno reconoce a todos los habitantes la libertad para expresar sus opiniones", otro en la frase "Tenemos *derecho* a expresar libremente nuestras opiniones", y un tercero –incluso– en la frase "Somos estudiantes de *derecho*".

Bryan Magee preguntó alguna vez a Isaiah Berlin en una entrevista para la televisión británica, si acaso no hay algo trivial, y acaso empobrecido, en la idea de que el objeto de la filosofía es el lenguaje y que, en consecuencia, los debates filosóficos son nada más que discusiones acerca de palabras.

Berlin respondió a esa observación reconociendo que algunos filósofos contemporáneos se han perjudicado por lo que respecta al público lector de sus obras al insistir en que la principal preocupación que los mueve es la preocupación por el lenguaje. Aclara, sin embargo, que si los filósofos están preocupados por el lenguaje es porque creen que pensamos con palabras, de donde se sigue la constatación nada trivial acerca de que el examen de las palabras es, a fin de cuentas, el examen del propio pensamiento.

Por lo demás, cuando no pensamos suficientemente en las palabras que empleamos, o, peor aún, cuando dejamos de utilizar ciertas palabras, perdiéndolas, lo que de verdad acontece es mucho más que la trivialización o la pérdida de las palabras. Lo que entonces acontece es una trivialización y pérdida de la propia realidad.

Son los escritores antes que los filósofos quienes se preocupan por las palabras que perdemos. De este modo, alarmado por unas encuestas que demostraban cómo en los últimos años se habían perdido unas 80 palabras, el escritor español Juan Joré

Millás ha advertido que a poco de desaparecer una palabra desaparece también el objeto que ella nombraba, produciéndose de este modo un gravísimo proceso de "desrealización", vale decir, de pérdida de la realidad.

Además, analizando el empleo que hacemos del lenguaje conseguimos liberarnos de los hechizos del lenguaje, vale decir, del encantamiento que producen determinadas palabras y, sobre todo, del que producen las grandes palabras. Berlin admite este papel de la filosofía y sostiene que, al cumplirlo eficazmente, ella presta uno de sus mayores servicios a la humanidad.

Lo anterior no significa transformar a los filósofos en lexicógrafos o gramáticos, puesto que cuando los filósofos nos invitan a trabajar con las palabras, a lo que nos invitan no es simplemente a buscar en los diccionarios.

Sobre el particular, Berlin ofrece el siguiente ejemplo:

Cuando alguien dijo a Lutero que el fin de la vida humana era la felicidad, él negó con convicción y exclamó "¿La felicidad? ¡No! ¡Sufrir, sufrir; la Cruz, la Cruz!" Pues bien: una respuesta como esa es el núcleo de la religión cristiana, una de las más arraigadas creencias y visiones de la realidad sobre las que han construido sus vidas muchas personas. Sin duda –añade Berlin– esto no es trivial. Se puede afirmar que en el caso de "sufrir" y de "Cruz" se trata de palabras, de palabras clave, aunque de palabras al fin y al cabo, de modo que lo único que nos estamos preguntando es "¿Qué significa la palabra *cruz*?", y "¿Qué significa la palabra *sufrir*?" Pero esto no viene al cuento. Los filósofos no son gramáticos ni lexicógrafos, puesto que a fin de descubrir lo que esas palabras significaban para Lutero, y para otros que pensaban y sentían como él, en este sentido de "significan", en nada nos ayudaría buscarlas en el diccionario.

En todo campo de actividad hay ciertos términos fundamentales –continúa argumentando Berlin– que los especialistas y la gente en general utiliza constantemente. Los físicos hablan constantemente de "luz", "masa", "energía", "movimiento", "medida", "tiempo". Los políticos emplean sin cesar términos como "libertad", "igualdad", "justicia social". Los abogados emplean de continuo palabras como "culpa", "inocencia", "justicia".

Pues bien, las personas que trabajan en cada uno de esos campos dedican muy poco tiempo a reflexionar y a argumentar

acerca de los términos que emplean, de modo que no es raro que de pronto aparezca alguien que pregunte "¿Qué queremos decir exactamente con 'luz'?", o "¿Qué se quiere decir con 'libertad'?", o "¿Qué queremos decir con 'justicia'?", configurándose de este modo, a partir de preguntas como esas, una filosofía de la ciencia, una filosofía política y una filosofía del derecho.

En realidad, hay una filosofía de cada asunto o actividad –también del arte ("¿Qué es la 'belleza'?") e incluso de la religión ("¿Qué queremos decir con 'Dios', 'gracia', 'perdón'?")–, y consiste en la elucidación de los conceptos que en ella se usan de manera característica, y, asimismo, "en la discusión crítica de sus metas y métodos y de las formas particulares de argumentos, pruebas y procedimientos apropiados a cada campo de conocimiento".

Al proceder de la manera antes indicada, los filósofos penetran en las presuposiciones de nuestro pensamiento, es decir, "identifican y aclaran cuáles son las suposiciones que subyacen ocultas en nuestros términos más básicos" –dice ahora Magee a Berlin–, ante lo cual éste replica que su entrevistador está en lo correcto. "Algunos nadadores –argumenta enseguida Berlin– se paralizan si comienzan a pensar en cómo nadan. Los físicos son los nadadores. La discusión acerca de lo que se necesita para nadar, o de lo que significa *nadar,* son cuestiones más apropiadas para observadores externos". Así, los científicos, como también los políticos y los juristas, aún los más dotados entre ellos, suelen estar tan profundamente interesados en sus respectivas actividades que muchas veces no son capaces de retirarse, tomar distancia y examinar los supuestos, e incluso las palabras y expresiones más habituales, en que basan su trabajo y sus creencias.

Así las cosas, el filósofo sería aquel observador externo que, poniendo su atención en las palabras del discurso científico, político o jurídico, como también en el lenguaje del arte, de la moral y de las religiones, contribuiría a establecer significados y a develar las suposiciones que se vinculan a cada uno de esos discursos y lenguajes.

5. *Filosofía es el cultivo del conocimiento que antagoniza con el sentido común,* lo cual quiere decir, ante todo, que la filosofía recela de las apariencias, esto es, de aquello que vemos o pensamos

inicialmente, y por lo común superficialmente, acerca de la realidad, invitándonos, por el contrario, a adentrarnos en las cosas, a internarnos en ellas de modo que se nos muestren en toda su desafiante complejidad.

Pero la filosofía no antagoniza sólo con el sentido común, sino también –como apunta Jorge Millas– con toda forma de embotamiento espiritual, como la complacencia en lo obvio, el espíritu gregario o de partido, la intolerancia mesiánica, la pereza escéptica, y todo tipo de conformismo, sea éste tradicionalista o revolucionario.

Nótese, pues, cada una de las amenazas que se ciernen sobre nuestro espíritu para adormecerlo y cómo la filosofía no puede permitirse que tales amenazas se hagan efectivas.

En primer lugar está la *complacencia en lo obvio,* vale decir, la celebración del lugar común, a la que todos somos tan proclives en nuestra existencia cotidiana. Sigue luego el *espíritu gregario o de partido,* vale decir, la propensión a formar parte de grupos o colectivos que por profesar un credo cualquiera nos liberan del esfuerzo de pensar por nosotros mismos y de asumir la responsabilidad por nuestras propias creencias y decisiones. Viene a continuación la *intolerancia mesiánica,* que no es otra cosa que el rechazo a las creencias y puntos de vista ajenos en nombre de la verdad de cuya posesión estamos seguros y ante la cual los demás no tendrían más alternativa que caer rendidos y agradecer. Se menciona también la *pereza escéptica,* esto es, la actitud del que sin creer en nada digno de movilizar su voluntad permanece inerte y con una expresión de burla dibujada en sus labios ante cualquier actividad que realicen los demás para mejorar el mundo o mejorarse a sí mismos. Y, por último, está el *conformismo,* sea *tradicionalista* o *revolucionario,* porque la persuasión de que todo lo que tenemos que hacer es seguir la corriente puede invadir tanto a quien no quiere cambiar nada como a aquel que se muestra dispuesto a cambiarlo todo y a cualquier precio.

Aquello de la pereza escéptica merece ahora un comentario adicional, porque el escepticismo y la inercia a que él puede conducir son posibles de ser entendidos en distintos sentidos.

El escepticismo, en un sentido positivo del término, es una señal de elegancia intelectual que nos precave de incurrir en

entusiasmos excesivos e ingenuos acerca de las posibilidades del entendimiento humano o de las reales expectativas que pueden ser razonablemente desarrolladas a propósito del curso que llevarán las cosas en nuestros esfuerzos por realizar el bien y evitar el mal. En un sentido negativo, en cambio, el escepticismo es una categórica negación de tales posibilidades y expectativas, y una incitación, por otra parte, a la pereza y la inercia. Refiriéndose precisamente a aquel sentido positivo del escepticismo, Ortega no vaciló en escribir que "el vigor intelectual de un hombre, como de una ciencia, se mide por la dosis de escepticismo que es capaz de digerir, de asimilar. La teoría robusta se nutre de duda y no es la confianza ingenua que no ha experimentado vacilaciones; no es la confianza inocente, sino más bien la seguridad en medio de la tormenta, la confianza en la desconfianza".

Bobbio hace una hermosa observación a este respecto, distinguiendo entre pesimismo de la razón y optimismo de la voluntad, con lo cual quiere decir que todos tenemos perfecto derecho a creer que las cosas irán probablemente mal *(escepticismo de la razón),* aunque, a la vez, todos estamos obligados a poner lo que esté de nuestra parte para que las cosas vayan lo mejor posible *(optimismo de la voluntad).* En cambio, a lo que no tenemos derecho es a creer que las cosas irán seguramente mal y, a la vez, sentarnos a esperar a que ocurra la tragedia para reclamar entonces la triste recompensa de poder exclamar "Yo lo dije".

En consecuencia, no sólo es posible combinar un escepticismo de la razón con un optimismo de la voluntad, sino que tendríamos algo así como el deber de hacerlo.

Por su parte, el novelista norteamericano F. Scott Fitzgerald hablaba de que la prueba de una inteligencia superior consiste en mantener en la cabeza dos ideas opuestas a la vez, sin perder por ello la capacidad de funcionar: "Uno debiera, por ejemplo, ser capaz de ver que las cosas no tienen remedio y sin embargo estar determinado a cambiarlas". Por tanto, "habría que mantener en equilibrio el sentido de la futilidad del esfuerzo y el sentido de la necesidad de luchar; la convicción de la inevitabilidad del fracaso y, sin embargo, la determinación de triunfar".

6. *La filosofía es un pensamiento no deslizante, no un simple patinar mental, sino un pensamiento vertical,* vale decir, un pensamiento hacia el fondo, o bien hacia el límite, pero nunca un pensamiento que se quede en la superficie de las cosas.

7. *La filosofía es la extraña aventura que a las verdades acontece,* un pensamiento de Ortega que de modo increíblemente sintético pone de manifiesto que la filosofía tiene que ver no con la verdad, sino con las *verdades,* las cuales protagonizan una *aventura,* más aún, una *extraña* aventura, de la que es posible certificar una *historia.*

8. *La filosofía es una cosa inevitable,* es decir, algo a lo que no podríamos sustraernos. No habría manera de escapar a la filosofía, según dice Karl Jaspers.

9. *La filosofía es un sucedáneo,* quizás incluso una prótesis, o sea, algo de lo que echamos mano para aliviar la angustia que nos producen determinadas preguntas que no sabemos cómo responder o para suplir la falta o el debilitamiento de un punto de apoyo espiritual que necesitamos para permanecer erguidos.

Como sucedáneo o paliativo, la filosofía, lo mismo que el arte y la religión, serían ardides culturales de los que nos valemos para distraer o aplacar la urgencia de los impulsos aprisionados y de las necesidades insatisfechas, de modo que –exagerando un tanto las cosas– haríamos filosofía merced al mismo mecanismo por el que fumamos cigarrillos, bebemos alcohol o vamos una vez por semana al hipódromo.

10. *La filosofía es una cosa complicada,* con lo cual no decimos nada propiamente nuevo, salvo llamar la atención acerca de que el filósofo, a diferencia de lo que acontece con el hombre común, se preocupa no directamente de las cosas, sino de los conceptos de las cosas.

Sin embargo, como apunta ahora Wittgenstein, la filosofía, en cuanto disuelve los nudos que en nuestro pensamiento hemos introducido insensatamente, debería ser enteramente simple, aunque para lograr desatar esos nudos tiene que hacer movimientos tan complicados como los nudos que deshace. Por

eso, si bien el resultado de la filosofía es simple, el método para alcanzar ese resultado no lo es. "La complejidad de la filosofía –en consecuencia– no le viene de su materia, sino de nuestro entendimiento lleno de nudos".

11. *La filosofía es algo inactual,* porque, en palabras de Heidegger, "todo preguntar esencial o se adelanta mucho al hoy correspondiente o lo hace retornar a lo que ha sido antes y al principio".

Dicho más sencillamente: a la filosofía le ocurre que generalmente no puede hallar un eco inmediato, aunque tampoco necesita encontrarlo.

Jorge Acevedo, estudioso de Heidegger, dice que este carácter de la filosofía sería hoy más visible que nunca, puesto que asistimos a una relativa moderación de la beligerancia filosófica, la cual podría deberse "al hecho de que a la filosofía no se le hacen ya exigencias desmesuradas" y a que, en consecuencia, "no se espera de ella efectos inmediatos de gran envergadura, ni para bien ni para mal".

12. *La filosofía es una anormalidad,* tal vez incluso una aberración, porque no le presta ningún servicio a la vida, en cuanto no resuelve los problemas de la existencia ni la cambia tampoco para mejor.

13. *La filosofía es la búsqueda en un cuarto oscuro de un gato negro que no existe,* lo cual, como se comprenderá, resulta en verdad demasiado: buscar es siempre una tarea difícil, más aun si se lo hace en un cuarto oscuro. Y ni qué decir de la dificultad que se añade si lo que se busca es un gato, un gato de color también negro, el cual, a fin de cuentas, no existe.

Aunque se trata sólo de un pensamiento humorístico, esta nueva manera de hablar acerca de la filosofía muestra a ésta como si se tratara de una búsqueda infructuosa y, más aún, absurda.

Pero como no está de más introducir algo de humor a propósito de una pregunta tan seria como ¿qué es la filosofía?, vale la pena recordar el chiste de Lichtenberg que cita Freud. Un chiste de salón, en todo caso, porque toma pie de la siguiente

frase de Hamlet: "Hay más cosas en el cielo y sobre la tierra de las que supone vuestra filosofía".

Ese juicio de Hamlet es severo con la filosofía, porque reprocha a ésta no ver todo lo que hay, vale decir, le reprocha explicar poco.

Ahora bien, una defensa aparente de la filosofía, y en definitiva bastante irónica, e incluso maligna, puede llevarse a cabo si a la frase de Hamlet se responde con esta otra: "Pero también hay en la filosofía muchas cosas que no existen en el cielo ni en la tierra".

Esta segunda frase, como es fácil advertir, parece compensar la falta observada por Hamlet, aunque entraña en verdad un nuevo y mayor reproche, puesto que con ella lo que se quiere finalmente decir es que la filosofía explica demasiado, o sea, habla de cosas que no existen o que carecen sencillamente de toda explicación racional.

14. *La filosofía consiste en poner en tensión la inteligencia,* es decir, sacarla de su lasitud, lo mismo que hacemos con un delgado cable de acero que cogemos del suelo y procedemos luego a estirarlo con las manos desde sus dos extremos.

La filosofía sería así un despertador de la inteligencia, una voz de alerta para ésta, una preparación o adiestramiento contra las servidumbres que la amenazan constantemente, tales como el error, la ignorancia, la intolerancia y el fanatismo.

Esta última manera de hablar acerca de la filosofía, antes de pasar al siguiente acápite, nos sirve para recordar que todos los desplazamientos que estamos haciendo a propósito de la pregunta ¿qué es filosofía?, tienen como propósito central precisamente ese: poner en tensión la inteligencia y mantenerla en un vibrante estado de alerta.

Por otra parte, somos conscientes de que tales desplazamientos, amén de lentos, son todavía insuficientes como para dar por concluida la tarea. Algo hemos encontrado gracias a ellos, aunque es preciso recordar el pensamiento de San Agustín que indicamos antes: debemos encontrar como encuentran los que saben que han de continuar buscando.

Ortega, a fines de la década de los 20, dio en Madrid un curso titulado "¿Qué es filosofía?", que estuvo compuesto de varias

lecciones, cuya finalidad era desarrollar el pensamiento del filósofo en círculos de radio menguante, al modo como un ave que avista su presa desde lo alto, baja luego hacia ésta, no en un vuelo rectilíneo y fulminante, sino trazando una ruta en espiral.

Guardando ciertamente las distancias, esa es también la estrategia que estamos empleando en el presente capítulo: aproximarnos a nuestro objetivo como si estuviéramos en lo alto y valiéndonos de un paciente sobrevuelo que nos permite descender sobre nuestra presa trazando sobre ésta círculos de radio cada vez menor, de manera tal que luego de completar cada radio o vuelta nos encontremos más próximos a ella.

¿Cuál es el nuevo movimiento de aproximación que podríamos intentar ahora?

Ese movimiento consiste en una inspección de la palabra "filosofía".

V. Una inspección de la palabra "filosofía"

Uno de los decires o maneras de hablar acerca de la filosofía afirmaba, según vimos, que filosofar equivalía a una inmersión en el pequeño abismo que es cada palabra, algo así como un "fértil buceo sin escafandra", según la retórica expresión de Ortega.

Si ello es así, una manera de avanzar en nuestra comprensión acerca de qué es filosofía tiene que consistir en hacer con esta palabra lo mismo que la filosofía hace con las palabras importantes con las que trabaja, esto es, sumergirnos en ella hasta descubrir cuál fue su raíz y el uso que le fue dado inicialmente por los griegos.

Con todo, el término "filosofía" es portador de una gran plasticidad, una cualidad que se encuentra en el origen de su historia, que es a la vez rica y difícil de seguir.

Xavier Zubiri, como también José Ferrater Mora, son autores que nos ayudan ahora a examinar la palabra "filosofía".

Ante todo, conviene recordar que *filosofía* significa gusto, amor por la *sabiduría* y el conocimiento, sobre todo de ese conocimiento que se logra gracias a la *inspección* de las cosas. Pues bien, esos tres conceptos estuvieron íntimamente asociados en

la mente de los griegos, lo cual explica que todos ellos estén presentes en aquellas palabras con que Creso saludaba a Solón: "Han llegado hasta nosotros muchas noticias tuyas, tanto de tu *sabiduría* (sofía) como de tus viajes, y de que, movido por el *gusto del saber* (filosofía), has recorrido muchos países por *examinarlos* (teoría).

Como adjetivo ahora, *sophós* es un vocablo muy difundido en el mundo griego, aunque con él no se quería significar nada propiamente original ni sublime. *Sophós* era simplemente el entendido en algo –cualquier cosa– y que estaba en condiciones de enseñarlo a los demás. *Sophós* era el que estaba en posesión de un saber cualquiera y que era capaz de transmitir a otros ese saber por medio de la enseñanza. De este modo, un buen zapatero es un *sophós* en zapatería porque sabe hacer buenos zapatos y está en situación de enseñar a otros ese mismo saber. Por ello es que *sophós* es alguien que se distingue de los demás no por estar en posesión de un saber inaccesible, sino de un saber de cualquier orden.

Con el tiempo, sin embargo, *sophós* acabó siendo un término con el que se designaba a quienes estaban en posesión no de cualquier saber, sino de un saber concerniente a cosas importantes, tales como la educación, la formación política, y que, por tanto, estaban también en condiciones de influir en sus semejantes y en el curso de los acontecimientos públicos.

Sophós, o *sophistés,* fue ahora una palabra apropiada para aludir a aquel que estaba en posesión de un saber superior o eminente –la sophía o sabiduría–, que era un saber acerca del universo, acerca de lo público y de lo privado, un saber que confería a quien lo tenía no sólo la capacidad de enseñar, sino también la autoridad para dirigir y gobernar a sus semejantes.

¿Pero como surge la palabra "filosofía" como término distinto de "sophía"?

Al parecer fue Heráclito, quien rechazaba para sí el apelativo de *sophós* o sabio, el primero que habló de filosofía y que prefirió considerarse a sí mismo no como el señor de todas las verdades *(sophós)* sino como un fiel y perseverante amigo del saber *(filósofo).* Desde entonces, el término "filosofía" ha valido antes como expresión de gustar y de buscar la sabiduría que de poseerla.

El término parece haberse afianzado luego en el círculo de Sócrates y sus seguidores, quienes profundizan la actitud asumida por Heráclito y declaran no saber nada y que el saberse ignorantes era el único saber que realmente poseían. Sócrates se enfrenta así a los grandes sabios, a los gobernantes, e incluso a los simples ciudadanos de Atenas, a quienes detiene e interpela en las calles con preguntas destinadas a hacerlos conscientes de su propia ignorancia. Sin embargo, este hacerse consciente de la propia ignorancia, así como este hacer consciente a los otros del estado de ignorancia en que se encuentran, no constituyó en Sócrates una práctica encaminada a mortificarse a sí mismo y a fastidiar a sus semejantes, sino un indispensable punto de partida para ponerse en marcha en pos de un saber que todavía no se posee y que meramente se busca.

En consecuencia, Sócrates hablaba de la ignorancia no como un estado del que tendríamos que avergonzarnos, sino como un método que conduce a la autorreflexión, al conocimiento de sí mismo y a la consiguiente búsqueda del saber que no se tiene.

Platón hizo suyas esas directivas de Sócrates, en tanto que Aristóteles, situado en medio de ese círculo socrático-platónico, forjó la idea de filosofía que va a ser presentada en el acápite siguiente de este libro.

Volvamos ahora sobre el sentido que tuvo la palabra "filosofía" como gusto o amor por la sabiduría. Pero únicamente gusto, amor, predilección, y no la sabiduría misma, porque filósofo –como dijimos– no es ya el señor de todas las verdades, el sabio al que le hubiere sido revelado un saber superior, eminente e inaccesible para sus semejantes, sino apenas un fiel y perseverante amigo de la verdad, de su búsqueda, de la pregunta incluso de si hay algo que en el terreno filosófico podamos realmente presentar a los demás como auténticas verdades.

Con todo, si uno dice "gusto por la sabiduría" parecería estar diciendo algo trivial, puesto que "gusto" es hoy una palabra con la que suele aludirse a una vinculación más bien débil y circunstancial con alguna cosa, como cuando decimos de algo "me gusta" o "no me gusta" sin que la expresión afirmativa suponga una fuerte e incondicional predilección por lo gustado y sin que la expresión negativa signifique propiamente un rechazo a ultranza de aquello a lo que se refiere.

Octavio Paz, a propósito de la publicación de su libro de poemas *El fuego de cada día,* llevó a cabo una perfecta reivindicación del gusto y una cierta reparación, asimismo, de una palabra que ha sido desvalorizada por el uso que hacemos cotidianamente de ella.

Cuenta el escritor mexicano que al seleccionar los poemas que componen ese libro no fue guiado por la inspiración de ningún propósito didáctico, filosófico o moral, sino simplemente por "los poderes de la memoria efectiva", esto es, por el *gusto.*

Nadie sabe a ciencia cierta qué es el gusto, dice Paz. Se trata de "un sabor y de un saber inconsciente", de "una facultad estética", de "una brújula misteriosa y una veleta voluble", de "un conocer que no pasa por la cabeza, semejante pero no idéntico al instinto".

El gusto –continúa Octavio Paz– es un reconocimiento. "Cuando encontramos en una persona o en un objeto algo que nos gusta, nuestros sentidos se iluminan: aquello que vemos u oímos, por más novedoso que sea, despierta en nuestra memoria un conjunto de sensaciones, cualidades e imágenes que creíamos haber olvidado. El gusto es uno de los agentes de la reminiscencia. Es un puente: comunica a los sentidos con la razón, al yo con el mundo exterior, al presente con el pasado".

Si Octavio Paz tuviera razón, si el gusto fuera eso, un reconocimiento, "un examen del que fui, un descubrimiento del desconocido que he sido para mí, una expedición en tierras abandonadas, un recuento de mis trabajos y mis días", entonces no estaríamos diciendo poca cosa de la filosofía cada vez que, siguiendo la fórmula clásica, la volvemos a llamar de ese modo: gusto por la sabiduría.

VI. Aristóteles y la filosofía como modo de saber

Según Aristóteles, saber es poseer intelectivamente la verdad de las cosas.

Por otra parte, "todos los hombres desean por naturaleza saber" –frase ésta con la que el filósofo da inicio a su obra *Metafísica*–, lo cual quiere decir que es por naturaleza que los hombres tienen el deseo de saber, vale decir, el deseo de poseer intelectivamente la verdad de las cosas.

Ahora bien, de que por naturaleza tenemos el deseo o el impulso de saber constituiría un signo, esto es, una señal visible, una cierta prueba o evidencia, el amor que profesamos a los sentidos y ese deleite que todos encontramos en la función de sentir. Por eso es que la vida teorética, es decir, la actividad continuada del saber, sobre todo en su expresión más alta –la filosofía– procura al hombre las satisfacciones más admirables. El hombre, moviéndose en perpetuo descubrimiento, en permanente huida de la ignorancia, es capaz de descubrir lo más admirable del universo –lo que las cosas son–, y es por esto que el saber constituye la satisfacción más admirable.

Ahora bien, ese saber al que nos encontramos impulsados no es un saber cualquiera, sino un saber que nos permite estar instalados de manera firme en la verdad de las cosas.

A ese mismo deseo de saber que el hombre tiene radicado en su naturaleza misma se refiere Platón con la siguiente frase de su diálogo *Fedro:* "Pues por naturaleza, amigo, hay ínsita cierta filosofía en el entendimiento del hombre".

Un primer paso en el saber lo constituye el sentir, entendiendo por "sentir" el tener la mostración de algo, por ejemplo, de un árbol o de una montaña. Es a través de los sentidos que comprobamos que las cosas están allí, que comparecen ante nosotros, que se nos muestran y nos interpelan a conocerlas.

Los animales también están dotados de la capacidad de sentir, aunque no en todos ellos la sensación de las cosas es capaz de engendrar la memoria de las mismas.

Por lo mismo –como apunta Jorge Millas–, "la sola percepción de una cosa –la imagen visual de un árbol, por ejemplo– no constituye, por sí sola, verdadero saber; y ello porque el saber supone manejo de relaciones y, por consiguiente, la integración de nuestras percepciones en unidades que sobrepasen el contenido actual y concreto de éstas".

Por eso es que para que las percepciones puedan dar lugar a un saber es preciso que puedan ser retenidas por el hombre, lo cual éste consigue merced a su facultad de mantener y evocar lo que ha sentido, o sea, su memoria o retentiva.

Es la memoria la que al dejar firme o impresa una percepción y al permitir agregar luego una segunda y una tercera, va en cierto modo sumando nuestras percepciones e introducien-

do un cierto orden en las mismas. Sin esta facultad, sin la retentiva o memoria, el sentir –como dice Xavier Zubiri– se quedaría en "una serie de compresiones fugitivas", al modo de "un ejército en desbandada".

Ahora bien, ese orden que la memoria introduce en el sentir es lo que llamamos *experiencia.* Como escribe Aristóteles, "del recuerdo nace para los hombres la experiencia, pues muchos recuerdos de la misma cosa llegan a constituir una experiencia". Y Ortega: "tenemos sentidos, tenemos memoria que conserva los datos, tenemos experiencia en que esa memoria se selecciona y decanta".

Pero, ¿es la experiencia propiamente un saber?

La respuesta de Aristóteles a dicha pregunta es negativa: la experiencia, si bien antesala del saber, no es propiamente un saber, puesto que ningún auténtico saber se limita a un simple inventario de nuestras sensaciones.

El genuino saber del mundo se apoya ciertamente en la experiencia, pero justo para rebasarla y alcanzar aquello que en la experiencia se muestra incompletamente. Por eso es que –en palabras de Millas– "todo saber es en definitiva simbólico, y consiste en representar mediante signos los sistemas de relaciones en que se hallan nuestras experiencias actuales y posibles". Así, cuando decimos "Nelson es marino", enunciamos una proposición que expresa conocimiento, porque supone haber un individuo que reconocemos como humano, que es además varón, que pertenece a un grupo o categoría determinada de hombres, y que por pertenecer a ella vive posiblemente junto al mar, en el que, por último, navega comúnmente.

Como dice bellamente Kant, no se puede dudar de que todos nuestros conocimientos comienzan con la experiencia, porque, en efecto, "¿cómo había de ejercitarse la facultad de conocer si no fuera por los objetos que, excitando nuestros sentidos, de una parte, producen por sí mismos representaciones, y, de otra, impulsan nuestra inteligencia a compararlas entre sí, a enlazarlas o separarlas, y de esta suerte componer la materia informe de las impresiones sensibles para formar ese conocimiento de las cosas que se llama experiencia?", concluyendo, así, con lo siguiente: "En el tiempo, pues, ninguno de nuestros conocimientos precede a la experiencia, y todos comienzan en ella".

En suma, todo pensamiento parte de la experiencia, pero es más que experiencia. Es, en distintos grados, según los diversos modos de saber, pensamiento *de* la experiencia. Por eso es que se puede decir –nuevamente con Millas– que "el ideal del pensamiento racional constituye la más efectiva de las formas de integración de la experiencia", aunque esta integración se da en diversos grados, desde el mínimo que requieren las *técnicas* hasta el máximo exigido por las *ciencias*".

La técnica –o arte como la llama también Aristóteles– es, precisamente, el modo primario y elemental de saber. Un saber que, si bien apoyado en la experiencia, es muy superior a ésta, puesto que la técnica, al saber no sólo de las cosas, sino también de las causas de las cosas, es también un saber que no sólo sabe, sino que sabe con razón.

En la vida práctica –razona Aristóteles–, la experiencia no parece ser en nada inferior a la técnica, sino incluso superior a ésta, desde el momento que los expertos suelen tener más éxito en la vida práctica que los que, sin experiencia, poseen el conocimiento teórico sobre el asunto del cual se trate. Pero la diferencia está en que la experiencia es sólo conocimiento de las cosas singulares, en tanto que la técnica lo es de las universales. Así, concluye Aristóteles, "creemos que el saber y el entender pertenecen más a la técnica que a la experiencia, y consideramos más sabios a los conocedores de la técnica que a los expertos". Es por esto, en fin, que "no consideramos a los jefes de obras más sabios (que los obreros u operarios) por su habilidad práctica, sino por su dominio de la teoría y su conocimiento de las causas".

Un buen ejemplo con el que Aristóteles ilustra la diferencia entre saber de algo por mera experiencia y saberlo en virtud de una técnica, es el que contrasta la labor del médico con la del curandero.

Un curandero sabe por experiencia que un determinado fármaco que curó a Calias de una enfermedad es el mismo que tiene que emplear con Sócrates cuando éste ha contraído esa misma enfermedad. El fármaco que cura a un bilioso tiene que ser el adecuado para curar a otro bilioso. Sin embargo, la técnica de sanar a los enfermos –por ejemplo, a los biliosos–, "nace cuando de muchas observaciones experimentales surge una noción universal sobre los casos semejantes".

En otras palabras: el curandero sabe que un determinado fármaco cura o alivia a los enfermos que muestran determinados síntomas. Y sabe de ello porque seguramente ha sanado o aliviado a muchos enfermos individualmente considerados. El curandero sabe el *qué* cura o alivia a determinados enfermos.

En cambio, médico es el que sabe que un determinado fármaco cura o alivia a ciertos enfermos, aunque sabe, además, por qué se produce la cura o el alivio. El médico sabe el *qué* (cura o alivia) y sabe también el *por qué* (cura o alivia), o sea, sabe con conocimiento de causa.

Zubiri sintetiza lo anterior diciendo que la técnica ostenta una triple superioridad sobre la experiencia:

a) el que posee la técnica sabe mejor las cosas que el que sólo tiene experiencia. De este modo, tanto el curandero como el médico saben, pero el médico sabe mejor. Y sabe mejor porque, como decíamos, conoce tanto el *qué* como el *por qué;*

b) la técnica no sólo conoce mejor que la experiencia, sino que también conoce más que ésta. El saber de la experiencia es particular, mientras que el de la técnica es universal. Por experiencia podemos llegar a saber de varios, y aun de muchos biliosos, pero merced a la técnica sabemos de todos los biliosos; y

c) el que sabe por técnica está en mejor situación que el que sólo sabe por experiencia para enseñar su saber a los demás. La técnica es enseñable. Y como en definitiva lo que distingue al sabio del ignorante es el poder enseñar, por eso consideramos que la técnica es más saber que la experiencia.

En consecuencia, la triple superioridad de la técnica como modo de saber sobre la experiencia, que no alcanza a ser propiamente un modo de saber, consiste en que la técnica sabe *mejor,* sabe *más* y sabe *enseñar.*

Ahora bien, Aristóteles distingue cinco modos de saber: la *tekhne,* la *phronesis,* la *episteme,* el *nous* y la *sophia,* vale decir, la técnica, la prudencia, la ciencia, la intelección y la filosofía. Estos cinco modos de saber corresponden a las tantas maneras que el hombre tiene de estar instalado en la verdad de las cosas y, a la par, de patentizar esa misma verdad. Son, pues, cinco maneras de estar en la verdad y de hacerla reconocible. Por otra par-

te, y tal como indicáramos en su momento, estos cinco modos de saber están todos apoyados en la experiencia, y, más concretamente, en ese orden que la memoria es capaz de introducir en nuestras percepciones.

Analizar qué tipo de saber es cada uno de esos es algo que excede el propósito que nos anima en este momento, aunque conviene retener lo siguiente: que el hombre por naturaleza apetece saber; que el saber se apoya en la experiencia, pero que es más que simple experiencia; que saber es estar instalados en la verdad de las cosas; que hay distintas maneras de estar instalados en la verdad de las cosas; que al conjunto de tales maneras se le denomina "modos de saber"; que los modos de saber son los cinco que fueron identificados previamente; y que la filosofía es uno de esos modos de saber.

La pregunta siguiente es entonces ésta: ¿qué modo de saber es la filosofía?

Como explica a este respecto Zubiri, el objeto de la filosofía ha de ser, ante todo, universal. Universal en el sentido de abarcar la totalidad de las cosas y, por tanto, de saber de cada una según este momento de totalidad, algo que, en rigor, parece no haber sucedido antes de Aristóteles.

En efecto, antes de él todos los saberes hasta entonces existentes habían tomado no el todo, sino partes del todo, concentrándose cada saber en la parte del todo que hubiere previamente acotado. "El saber antes de Aristóteles va descubriendo *zonas de la realidad* distintas, con peculiaridad propia; va alumbrando regiones del universo cada vez más insospechadas y haciendo de cada una de ellas objeto suyo." De este modo, en un comienzo el saber filosófico se ocupó preferentemente de los *dioses* y consideró el mundo y las cosas que habitan en éste como una prolongación de los dioses. Luego la filosofía descubrió la *naturaleza* como algo propio. Con los pitagóricos aparecen junto a la naturaleza los *objetos matemáticos,* cuya realidad es distinta de la de los seres naturales. Sócrates pone la atención en el *bien* y en la *virtud.* Con Platón aparecen las *ideas.* Todo un tránsito, como se ve, que permite la aparición de la física, la matemática, la ética, la lógica, etc., como distintos saberes que se ocupan de cosas también diferentes.

Ahora bien, ¿en qué consiste este carácter de *totalidad* que posee el objeto de la filosofía? Responde Aristóteles: la totalidad

consiste en la coincidencia de todas las cosas en un mismo carácter. Y como agrega por su parte Zubiri, "aquello en que coincide todo cuanto hay es justamente en 'ser', de suerte que el todo es un todo de ser, y cada cosa forma parte del todo en cuanto es". En consecuencia, "ser es el carácter y la noción más universal que cabe", y, en tal sentido, "ninguna cosa queda fuera de la filosofía" porque todas participan del ser.

Sin embargo, ello no significa que el filósofo llegue de hecho a conocer todas las cosas en la peculiaridad individual que tiene cada una de ellas. Lo que acontece es que todas las cosas entran en la filosofía, vale decir, caen en el campo de mira de ésta, en razón de aquello en lo que todas las cosas coinciden: el ser. Pero "ser" no es una nota más que tienen las cosas. Ni siquiera es una nota genérica que compartan todas las cosas, sino un carácter que trasciende a todas las notas individuales de cada cosa. Como señala el propio Aristóteles, el filósofo "lo sabe todo en la medida de lo posible, sin tener la ciencia de cada cosa en particular".

Ciencia de los primeros principios y causas: he ahí lo que, expresado resumidamente, constituye la filosofía para Aristóteles, puesto que es mediante esos principios y causas, y a partir de ellos, cómo se conocen las demás cosas.

VII. Kant y la filosofía como un segundo ojo

Cuando Zubiri comienza su lección sobre Kant, una lección que, junto a otras sobre Aristóteles, Comte, Bergson y Husserl fueron reunidas en su libro *Cinco lecciones de filosofía,* recuerda algo a su auditorio que conviene reiterar también aquí al hilo de lo que es el propósito de este capítulo: al exponer acerca de qué entendieron por filosofía algunos grandes pensadores –por ejemplo, el mismo Aristóteles y ahora Kant– no se trata de hacer una presentación de sus respectivas filosofías, esto es, de todo cuanto esos autores dijeron o escribieron cuando hicieron filosofía, sino de aclarar tan sólo qué entendió cada uno de ellos por "filosofía". De este modo, no se trata de presentar todo lo que esos autores pensaron cuando hicieron filosofía, sino únicamente de lo que pensaron acerca de la filosofía.

Kant, que nació en 1724 en Koenisberg, la misma ciudad en la que vivió durante toda su vida y de la cual no salió sino en un par de ocasiones, tuvo también una respuesta a la pregunta ¿qué es filosofía?

Una respuesta, según veremos a continuación, que se aparta del punto de vista de Aristóteles y de toda la subsecuente tradición filosófica occidental, y que, bajo la influencia de autores como Berkeley, Locke y Hume –que también influyeron poderosamente en el autor que veremos inmediatamente a continuación de Kant: Augusto Comte– va a dar un giro desde la preocupación por el *ser* a la preocupación por la *verdad* y se va a constituir entonces antes en gnoseología que en ontología, en teoría del conocimiento antes que en teoría del ser, en búsqueda siempre de principios, aunque de principios no del ser, no del ente en cuanto ente, sino de principios del saber verdadero acerca de las cosas.

Utilizando una analogía sobre la cual volveremos más adelante, la filosofía anterior a Kant había operado al modo de un gran ojo que mira hacia todas las cosas. En cambio, la filosofía de Kant se constituye como un segundo ojo que es capaz de observar al primero y de señalar cómo ese primer ojo mira a las cosas y las conoce. Si la filosofía anterior a Kant, con algunas excepciones, es una mirada sobre las cosas destinada a captar el ser de éstas, la filosofía de Kant es una mirada sobre la mirada acerca de las cosas destinadas a mostrar cómo sabemos de éstas.

La filosofía como *mirada sobre las cosas,* entonces, y la filosofía como *mirada acerca de la mirada sobre las cosas.* Esta es la distinción fundamental que trataremos de explicar a continuación.

Kant es consciente de que en el trabajo de los conocimientos que pertenecen a la razón –digamos, la filosofía– no se ha seguido la senda segura tomada por la ciencia, en especial por la lógica, la matemática, la física y la química, que constituyen saberes que, a distintas velocidades y en momentos también diferentes, han encontrado lo que Kant llama de ese modo –"la senda segura de la ciencia"–, vale decir, el camino que los constituye en auténticos saberes.

En cambio, la filosofía, sobre todo cuando se la cultiva como un conocimiento puramente especulativo, es decir, como un co-

nocimiento que no toma suficientemente en cuenta las enseñanzas de la experiencia, no ha tenido aún "la dicha de haber podido entrar en el seguro camino de una ciencia", es decir, de un auténtico saber, no obstante que "es de las ciencias la más antigua y de tal naturaleza que, aun sumiéndose las restantes en las tinieblas de una destructora barbarie, jamás dejaría de existir". Así –continúa diciéndonos Kant–, "el camino que se traza (a la filosofía) no es firme ni seguro, y mil veces es menester de nuevo rehacerlo, pues no conduce a donde se deseaba llegar". Para este autor, la meta de la filosofía ha sido "hasta ahora incierta, la de un tanteo, y hecha, lo que es peor, por medio de simples conceptos", de lo cual es prueba la escasa armonía que es posible advertir entre las afirmaciones de los distintos filósofos. Tales afirmaciones parecen un campo de batalla hecho expresamente para que los filósofos ejerciten sus fuerzas en asaltos en los que "nunca ha adquirido uno de los combatientes el más reducido terreno para edificar con alguna duración el fruto de su victoria".

¿Por qué el saber, en lo que a la filosofía concierne, no ha podido encontrar aún el camino seguro que el saber ha encontrado por lo que se refiere a las otras disciplinas antes mencionadas?

Francisco Romero, en su excelente nota preliminar a la versión castellana de la *Crítica de la razón pura,* explica que antes de Kant toda filosofía quiso presentarse como un sistema universal de conocimientos que abarcara la totalidad de las cosas, lo cual resultó para ella posible sólo mientras no se configuraran ciencias particulares autónomas en cada uno de los campos también particulares de la realidad. Mientras esto último no ocurrió, la filosofía pudo disfrutar de un fácil dominio, puesto que "tenía una propiedad contra la cual nadie clamaba e imperaba en un ancho imperio cuyas provincias estaban como sin dueño".

Pero las cosas cambian para la filosofía a partir del momento en que fueron presentándose, configurándose y ganando prestigio e influencia las llamadas ciencias particulares –lógica, matemática, física, química–, puesto que las provincias antes sin dueño empezaron a poblarse y a empujar fuera de ellas una especulación filosófica que les sentaba como una usurpación.

A tales efectos, el caso de la física es paradigmático, puesto que al lado de la filosofía de la naturaleza, procedente de la me-

tafísica, se presentó y desarrolló un saber fundado en la sola observación de las cosas e independiente de toda base filosófica.

Pues bien, a poco andar, la física, la nueva ciencia de la naturaleza, iniciada por Galileo y continuada por los grandes físicos de los siglos XVII y XVIII, va a encontrar una suerte de consagración en la obra de Newton y a demostrar, de paso, que ha adquirido fuerza suficiente como para pararse sobre sus propios pies y prescindir de todo auxilio filosófico, vale decir, de toda especulación colocada al margen de la experiencia. Como admite el propio Kant en su prefacio a la segunda edición de su *Crítica de la razón pura,* de 1787, "cuando Galileo hizo rodar sobre un plano inclinado las bolas cuyo peso había señalado, o cuando Torricelli hizo que el aire soportara un peso que él sabía igual a una columna de agua que le era conocida, o cuando más tarde Stahl transformó metales en cales y éstas en metal, puede decirse que para los físicos apareció un nuevo día".

En medio de un cuadro adverso para ella, la filosofía pierde pie y no sabe ya qué hacer, vacilando entre transformarse ella misma en otro saber experimental de aquellos que parecían estar ganando la partida, o permanecer recluida como un saber metafísico, sustraído por completo a la experiencia y sirviéndose únicamente de conceptos. En cuanto a la primera de esas alternativas –pasarse del lado de las ciencias experimentales en boga–, habría significado para la filosofía perder toda autonomía como saber independiente; y en cuanto a la segunda alternativa –permanecer en oposición a tales ciencias– le habría significado quedarse como una ciencia metafísica, situada fuera del mundo sensible, cuyas proposiciones no constituirían un genuino aporte al saber acerca del mundo. Así, en un caso se transformaba en una ciencia más, mientras que en el otro dejaba de ser un auténtico saber.

Es precisamente Kant quien viene a rescatar a la filosofía de tan incómoda posición.

Para que la filosofía escapara a su fin y consiguiera lo que Romero llama "una existencia segura e indiscutible", era menester que identificara un objeto propio que, junto con ser distinto de los que investigaban las otras ciencias, resultara no menos real y evidente que los objetos estudiados por tales ciencias. La pregunta, entonces, era la siguiente: "¿Existe un hecho que reconocido como efectivo por las demás ciencias no sea sin em-

bargo estudiado por ninguna de ellas?" Decidir esta cuestión era decidir también la cuestión de la vida o muerte de la filosofía.

Tal hecho existe y no es otro que el de las condiciones bajo las cuales tiene lugar el conocimiento que de la realidad llevan a cabo las ciencias o saberes distintos de la filosofía.

En efecto, las matemáticas explican las cantidades, la física los cuerpos y la experiencia las cosas en general, aunque ninguna de ellas puede dar una explicación del hecho que todas sin embargo presuponen, a saber, cómo es que ellas pueden llegar a conocer los objetos de las cuales conocen. El hecho del conocimiento humano, es decir, las condiciones bajo las cuales ese conocimiento tiene lugar, pero no el conocimiento de este u otro objeto determinado, sino el de todos los objetos, constituye –valga la redundancia– el *objeto* de la filosofía.

Las ciencias experimentales suponen la posibilidad del conocimiento, pero no la explican. Por su parte, la filosofía anterior a Kant, sin pensar en cuáles eran las condiciones bajo las cuales el conocimiento tiene lugar, hablaba sin mayor cuidado acerca de todas las cosas –desde Dios hasta los elementos del mundo material– y presuponía también que el conocimiento era algo posible. Lo que faltaba, precisamente, era una explicación de ese supuesto, una explicación acerca de la posibilidad, condiciones y límites del conocimiento humano, y es ésta la tarea que tiene que corresponder ahora a la filosofía.

Así, para Kant, la filosofía continúa tratando de principios, pero ahora se trata no de los principios de las cosas, sino de los principios que conciernen al conocimiento de las cosas, con lo cual "la posibilidad de lo que sea la filosofía –en expresiones de Zubiri– queda retrotraída a una reflexión crítica acerca de lo que son el entendimiento y la razón humana".

Reflexión, entonces, no acerca de las *cosas,* sino acerca del *conocimiento de las cosas,* y meditación, en consecuencia, no sobre el *ser* de las cosas, sino acerca de cómo resulta posible *conocer* con verdad las cosas. Pero, además, reflexión crítica, como opuesto a dogmática, porque no presupone lo que debe ser investigado –la posibilidad del conocimiento humano–, sino que lo explica.

Ahora bien, las condiciones bajo las cuales tiene lugar el conocimiento humano preceden a éste, o sea, están dadas antes

de todo conocimiento concreto y efectivo, y constituyen un *a priori* respecto de la experiencia. En consecuencia, la experiencia –como señala Kant–, si bien constituye "el primer producto que nuestro entendimiento realiza al elaborar la materia ruda de las sensaciones sensibles", no es, sin embargo, "el único campo a que nuestro entendimiento ha de quedar limitado". Por ello es que la experiencia "no nos da tampoco una verdadera universalidad", y la razón, "que tanto ansía conocimientos de ese género, se ve más bien excitada por ella que satisfecha".

¿Excitada a qué? A saber sobre la experiencia, y en general sobre el conocimiento humano de las cosas, porque ningún saber particular puede decir que conoce un determinado objeto sin que la filosofía le auxilie en la aclaración de qué significa conocer y cuáles son las condiciones en que todo conocimiento tiene lugar.

Kant da así a la filosofía una nueva posición que la aleja de las dos alternativas que presentamos poco antes, a saber, que no la transforma en una ciencia experimental más y que la saca de la reclusión de una ciencia metafísica que nada tiene que ver con la experiencia.

Con lo cual –refuerza Zubiri–, "la filosofía deja de ser ontología para convertirse en una ciencia de la razón, de los principios del saber. La razón es el órgano del uso de los conceptos del entendimiento. Es, por tanto, el órgano o principio de las verdades últimas de nuestro saber. La filosofía, que desde Aristóteles había sido una creencia de las cosas en cuanto que son, una ciencia del ente en cuanto tal, queda convertida ahora en la ciencia de las verdades últimas. Aquello en que coinciden todas las cosas no es el "ser", sino la "verdad".

Por consiguiente, a la filosofía le corresponde trascender el carácter particular que tienen las cosas como objetos estrictos de la experiencia y descubrir lo que en el entendimiento humano hay en carácter de previo a los objetos de la experiencia que se le presentan, o sea –como apunta José Echeverría– a la filosofía le corresponde "determinar las precondiciones del entendimiento, previas a la experiencia". O, como dice por su parte Roberto Torretti, "si las cosas existentes sólo son accesibles al hombre en cuanto se le manifiestan a través de los sentidos, o sea, a posteriori, el conocimiento a priori de las mismas sólo pue-

de concernir aquellas condiciones sin las cuales esa manifestación sería imposible; pero tales condiciones no dependen de las cosas mismas sino de nuestra aptitud para conocerlas". Todo lo cual armoniza con la declaración del propio Kant que llama "trascendental" a "todo conocimiento que no se ocupa en general con objetos, sino con nuestro modo de conocerlos, en cuanto éste ha de ser posible a priori".

Retomando la analogía que adelantamos en su momento, de similar manera que toda ciencia aspira a ser una mirada sobre las cosas, de modo de conservarlas en la retina y dar alguna explicación de las mismas, antes de Kant la filosofía también quiso ser una mirada sobre las cosas, pero sobre todas las cosas, para descubrir aquello de lo que todas las cosas participan: el ser. Con Kant, la filosofía renuncia a ser una mirada directa sobre las cosas, sino que, poniéndose fuera de la posición de quienes continúan mirando las cosas (las diversas ciencias), trata de dirigir su mirada hacia estas últimas y de explicar no lo que miran, sino cómo es que miran lo que miran.

Continuando con esta analogía –que es de Francisco Romero–, la filosofía que propone Kant no tiene por objeto las cosa que observa el ojo humano, sino el ojo mismo y la capacidad de éste para mirar, o sea, tiene por objeto no lo que se ve, sino la vista misma, para alertar así sobre la diferencia entre imágenes y espejismos. La filosofía no es *visión,* sino *óptica,* vale decir, es estudio de la visión,

En otras palabras, la filosofía no trata de conocer las cosas, sino que procura conocer nuestro conocer las cosas, y, en tal sentido, da con un objeto propio de ella y de ningún otro saber, un objeto que es también un hecho que todos los demás saberes presuponen sin dar explicación del mismo.

Pues bien, y acercándonos ahora a la división que hace Kant de la filosofía, ésta encierra "principios del conocimiento racional de las cosas por medio de conceptos", y como tales conceptos se refieren tanto a la naturaleza como a la libertad, la filosofía se divide en filosofía *teórica,* o de la naturaleza, y filosofía *práctica,* o de la libertad.

La filosofía teórica es una teoría de la naturaleza, o, mejor aún, es una teoría acerca de cómo podemos conocer lo que forma parte de la naturaleza, mientras que la filosofía práctica es

una teoría de las costumbres, o, mejor aún, una teoría acerca de cómo podemos conocer según principios lo que debe hacerse desde el punto de vista del comportamiento humano.

"Nuestra facultad de conocer –escribe Kant en la introducción a su *Crítica del juicio*– tiene dos esferas: la de los conceptos de la naturaleza y la del concepto de libertad", y es según eso que se la divide en teórica y práctica.

En cuanto a la diferencia entre una y otra parte de la filosofía, además de lo dicho, ella radica en que "la legislación por medio de conceptos de la naturaleza la realiza el entendimiento y es teórica", mientras que la legislación por medio del concepto de libertad la realiza la razón y es sólo práctica. Con todo, sólo en lo práctico puede la razón ser legisladora, puesto que en lo que toca al conocimiento teórico (o de la naturaleza), todo lo más que puede hacer es certificar la existencia de leyes que iluminan acerca de relaciones y consecuencias que siguen estando en la misma naturaleza.

En otras palabras, la filosofía teórica concierne a lo que *es*, en tanto que la práctica se refiere a lo que *debe ser*. Por eso es que en el ámbito de la naturaleza hablamos de *leyes* y en el de la libertad de *preceptos*.

Como aclara Zubiri, "la conciencia del hombre no es sólo conciencia cognoscente, es también conciencia moral". Ahora bien, la llamada filosofía práctica no se pregunta directamente por el contenido de las normas morales, "sino por aquello en virtud de lo cual esas normas son morales, es decir, por la moralidad en cuanto tal".

El propio Kant ilustra el hecho de que el saber humano es por un lado de la naturaleza y por otro de la moral con su idea de que hay dos cosas que embargan de admiración y de respeto al espíritu del hombre: "el cielo estrellado sobre mi frente y la ley moral de mi conciencia".

Como dice por su parte Zubiri, la ciencia teórica es el saber de algo que "es"; la ética es el saber de que algo "debe ser". Por su parte, el entendimiento es una facultad de conocer la naturaleza de conformidad a las leyes que la rigen, mientras que la razón es una facultad de conocer lo que atañe a la libertad del hombre conforme a un fin.

VIII. Comte y la filosofía positiva

El llamado "positivismo filosófico" es una corriente de la filosofía que surge y se desarrolla, tomando precisamente ese nombre *–positivismo–* a partir de la obra de Augusto Comte, del siglo XIX, a quien se considera, por lo mismo, el padre del positivismo.

Sin embargo, antes de Comte hay otros autores, como Francis Bacon, Berkeley y David Hume, que son considerados como antecedentes del así llamado positivismo, algo así como los precursores o primeras versiones de una corriente que sólo con la figura de Comte adquiriría consistencia, visibilidad y, sobre todo, influencia en el pensamiento moderno.

Del mismo modo, con posterioridad a Comte, autores que se ocuparon de materias tan distintas, como Charles Darwin, autor de *El origen de las especies;* Claude Bernard, autor de *Introducción a la medicina experimental;* Herbert Spencer, autor del *Sistema;* y Karl Marx, autor de *El capital,* llevaron adelante algunos de los postulados de la filosofía positivista.

En consecuencia, podemos hablar de filosofía positivista para referirnos a toda una corriente del pensamiento filosófico –cuya figura central es Comte–, sin perjuicio de que, en el marco de las ideas de este mismo autor, pueda identificarse –como veremos poco más adelante– un tipo particular de filosofía que él denominó "filosofía positiva". Por tanto, "filosofía positiva" es uno de los tipos de filosofía descritos por Comte en su obra, particularmente en su *Discurso sobre el espíritu positivo,* en tanto que "filosofía positivista", o, lo que es lo mismo, "positivismo filosófico", es una expresión que se emplea para denominar a toda la corriente del pensamiento filosófico que, preludiada y continuada por los autores anteriores y posteriores a Comte que acabamos de identificar, encontró en éste su figura central y más influyente.

Por lo mismo, antes de explicar qué entendió Comte por "filosofía positiva", conviene detenerse un instante en una mínima caracterización de la "filosofía positivista", o "positivismo filosófico", tal como lo hace Leszek Kolakowski.

El positivismo es una postura filosófica relativa al saber humano, que trata de los contenidos de nuestros enunciados sobre el mundo y que formula ciertas reglas o criterios que

permiten establecer una distinción entre el objeto de una cuestión posible y lo que, razonablemente, no se puede presentar como cuestión. De este modo, el positivismo procura distinguir entre las cuestiones o problemas filosóficos y científicos de los que vale la pena ocuparse y aquellos que no pueden ser dilucidados y en los que no vale la pena detenerse.

Según el positivismo, existen cuatro reglas que conviene siempre seguir a fin de separar los problemas que merecen nuestra reflexión de aquellos que no la merecen.

En primer lugar está la regla del *fenomenalismo,* en virtud de la cual no cabe distinguir entre "esencia" y "fenómeno".

Según las doctrinas metafísicas tradicionales, los fenómenos que percibimos son modos de manifestación de una realidad más honda que no puede revelarse directamente al conocimiento ordinario, y a la cual acostumbra aludirse con palabras como "esencia" o "sustancia". Pues bien, el positivismo recomienda rechazar tales alusiones y establece el derecho a registrar y a dar por cierto únicamente lo que se manifiesta o muestra en la experiencia.

Cabe advertir que lo que el positivismo rechaza no es la investigación y certificación de las causas de los distintos fenómenos, sino las entidades ocultas que a veces se suponen tras éstos y que no son posibles de establecer. "Espíritu", como algo distinto de "materia", y "alma", como algo a su vez diferente del "cuerpo", son algunas de esas cualidades ocultas que el positivismo rechaza.

En segundo lugar está la regla del *nominalismo,* en virtud de la cual se establece que un saber cualquiera, formulado en términos generales, no tiene en la realidad otros equivalentes que los objetos concretos y singulares a que ese saber se refiere.

Según esta regla del nominalismo, el mundo que conocemos es un conjunto de hechos individuales observables. Nuestro saber sobre el mundo, por tanto, se limita a identificar y a ordenar esos hechos, sin darnos ningún acceso a territorios o ámbitos alejados de la realidad empírica de los hechos observados. No existe, pues, ningún conocimiento general o abstracto. "Todos los seres universales –dice Kolakowski–, todas las producciones abstractas con las cuales la antigua metafísica llamaba el mundo, son ilusiones nacidas de la existencia ilegítimamente otor-

gada a lo que no puede existir fuera de la palabra". Así, el sistema que organiza nuestras experiencias, vale decir, el saber, no puede introducir en la experiencia seres suplementarios, esto es, inexistentes en la experiencia.

La tercera regla es la que *niega valor cognoscitivo* tanto a los juicios de valor como a los enunciados normativos.

Lo anterior quiere decir que los juicios de valor que emitimos sobre la realidad –por ejemplo, cuando decimos que algo es bueno, malo, noble, innoble, hermoso, feo–, así como los enunciados normativos –por ejemplo, cuando se ordena o prohíbe una determinada conducta–, no aumentan el conocimiento que tenemos acerca de la realidad, sino que, simplemente, cumplen otras funciones, tales como dar expresión a la subjetividad del que los emite o influir en el comportamiento de los demás.

El positivismo no niega ni la posibilidad ni la conveniencia de los juicios de valor y de los enunciados normativos. De hecho, emitimos a cada instante los primeros y, en cuanto a los segundos, demuestran su existencia a cada paso. En consecuencia, tenemos derecho a enunciar juicios de valor y a conducirnos según determinados enunciados normativos, pero no tenemos derecho a afirmar la existencia de una esfera o mundo de los valores, accequible a nuestro conocimiento, y con el cual pudieran ser contrastados los juicios de valor que emitimos o las normas que prescriben cómo debemos comportarnos.

En cuanto a la cuarta y última regla –la de la *unidad fundamental del método de la ciencia–*, según la cual los modos de adquisición de un saber válido son fundamentalmente los mismos en todos los campos de la experiencia, como son también idénticas las principales etapas de la elaboración de la experiencia a través de la reflexión teórica.

En una versión extrema del alcance de esta regla, el positivismo expresa la pretensión de que el progreso no sólo reduzca las diferencias entre las distintas ciencias, sino que reduzca todas las áreas del saber a una sola y misma ciencia. "Esta ciencia única, en el verdadero sentido de la palabra –vuelve a decir Kolakowski– sería entonces, como se pensaba a menudo, la física, que, de entre todas las disciplinas empíricas, ha elaborado los más valiosos modos de descripción, y cuyas explicaciones se ex-

tienden a las propiedades y a los fenómenos más universales dentro de la naturaleza, es decir, aquéllos sin los cuales los otros no pueden producirse".

Al hilo de esas cuatro reglas, el positivismo ha dirigido sus críticas en contra de todas las doctrinas metafísicas; en contra de cualquier intento de reflexión que no sea capaz de fundar sus resultados sobre datos empíricos, es decir, verificables; en contra, en fin, de las interpretaciones religiosas del mundo y del hombre. Como ejemplo ciertamente extremo de este rechazo a toda metafísica, vale la pena recordar el siguiente párrafo del *Ensayo sobre el entendimiento humano,* de David Hume: "Cuando persuadidos de estos principios recorremos las bibliotecas, ¡qué estragos deberíamos hacer! Tomemos en nuestra mano, por ejemplo, un volumen cualquiera de teología o de metafísica escolástica y preguntémonos: ¿Contiene algún razonamiento abstracto acerca de la cantidad y el número? ¿No? ¿Contiene algún razonamiento experimental acerca de los hechos y cosas existentes? ¿Tampoco? Pues entonces arrojémoslo a la hoguera, porque no puede contener otra cosa que sofismas y engaño".

Veamos ahora el planteamiento de Comte acerca de lo que él llama "filosofía positiva".

Ateniéndose primero a las palabras de que consta esa denominación, Comte aclara que emplea el término "filosofía" en el mismo sentido en que fue utilizado por los antiguos, y en especial por Aristóteles, vale decir, como "designando el sistema general de los conocimientos humanos". Al añadir luego el término "positiva", el autor quiere indicar una manera especial de filosofar. ¿Cuál? La que consiste "en examinar las teorías de cualquier orden, teniendo por objeto la coordinación de los hechos observados". Esta manera especial de filosofar, por otra parte, es propia del tercero y último estado que alcanza la filosofía general en su devenir, primitivamente teológica y después metafísica, para llegar al fin al estado que Comte llama "positivo".

Lo anterior exige ocuparse ahora de lo que este autor presenta como la ley de los tres estados, una ley fundamental que Comte cree descubrir al estudiar cuál ha sido, retrospectivamente, el desarrollo tenido por la inteligencia humana desde sus orígenes hasta el momento en que él dicta su célebre *Curso de Filosofía Positiva,* entre 1826 y 1829.

Dicha ley consiste en que cada una de las principales especulaciones humanas y cada rama del conocimiento pasa sucesivamente por tres estados teóricos diferentes, a saber, el estado teológico, el estado metafísico y el estado positivo, los cuales marcan una marcha ascendentemente progresista del espíritu humano. El primero –el teológico– es sólo el punto de partida de la inteligencia humana, mientras que el tercero –el positivo– constituye su estado fijo y definitivo. Y en cuanto al segundo –el estado metafísico–, está destinado a servir únicamente de transición entre los otros dos.

Esos tres estados no son sino otros tantos métodos de filosofar que tiene el espíritu humano, aunque se trata de métodos tan radicalmente distintos, e incluso opuestos, que dan lugar no a tres modos de hacer filosofía, sino a tres clases de filosofías que se excluyen mutuamente. Por otra parte, esas diversas filosofías "no son tipos abstractamente definidos" –comenta Zubiri–, sino tres órdenes del filosofar históricamente constituidas y que se sustituyen unos a otros en una línea definida que es, además, un progreso. Por lo mismo, la ley fundamental del espíritu humano es una ley a la vez de orden y de progreso".

En el estado *teológico,* el espíritu humano, asombrado ante los fenómenos que le rodean, se representa a éstos como producidos por la acción directa y continuada de agentes sobrenaturales más o menos numerosos, cuya arbitraria intervención explica todo cuanto ocurre en el mundo.

En este estado predomina la imaginación sobre la razón, y el espíritu humano, tratando de descubrir las causas primeras y últimas de las cosas –primeras en lo que concierne a su origen y últimas en lo que atañe a su destino– se remite a la ficción de seres sobrenaturales que gobiernan tales causas.

Estamos, entonces, en el régimen de los dioses.

Por su parte, este estado teológico progresa desde el fetichismo hasta el monoteísmo, pasando por el politeísmo, y corresponde al estado más primitivo de la vida social. Esto quiere decir que en un primer momento del estado teológico, el espíritu humano puebla el universo con una serie innumerables de agentes dotados de imaginación: es la época del fetichismo. Más adelante, el espíritu humano refiere la explicación de las cosas al juego variado de numerosas divinidades independientes que

se encuentran fuera del universo: es el tiempo del politeísmo. Por último, el estado teológico alcanza su más alta perfección cuando reduce las divinidades a una sola, esto es, cuando sustituye el juego de las numerosas divinidades que habían sido imaginadas por la acción providencial de un ser superior único. En suma, la imaginación, predominando sobre la razón, se desplaza, como parte de un gradual desarrollo –desarrollo que debe ser visto como un progreso– desde el fetichismo al politeísmo y desde éste al monoteísmo.

Con todo, la superstición que caracteriza indudablemente a estas primeras etapas del saber –como dice Kolakowski– "no es un obstáculo que convenga lamentar, sino una etapa natural del pensamiento, la forma bajo la cual se organiza la acumulación embrionaria de las observaciones y de los conocimientos".

En el estado *metafísico,* que no es más que una simple modificación del teológico, el espíritu humano, en su interpretación de la realidad, desplaza a los agentes sobrenaturales, sean éstos uno o muchos, y los sustituye por fuerzas abstractas inherentes a los diversos seres que pueblan el mundo, fuerzas que son concebidas como capaces de engendrar por sí mismas todos los fenómenos observados y cuya explicación consiste en asignar a cada uno su entidad correspondiente.

Los fenómenos son explicados ahora sin recurrir a la ficción de una intervención de seres sobrenaturales, ajenos al mundo, sino por referencia a las cosas mismas y a las "fuerzas", "propiedades", "potencias" o "cualidades" que las animan desde adentro.

Estamos ya, entonces, en el régimen de las entidades.

Así, por ejemplo, los cuerpos se unen gracias a la simpatía, las plantas crecen merced a la intervención de un alma vegetativa, los animales sienten porque tienen un alma animal, y el opio duerme a los hombres porque tiene una potencia o cualidad adormecedora.

Ahora bien, así como el estado teológico alcanza su perfección cuando sustituye las numerosas divinidades por una sola, el estado metafísico conduce también desde lo que podríamos llamar un "politeísmo profano", representado por múltiples potencias escondidas en las cosas, a un "monoteísmo profano", que es aquella fase que se alcanza cuando el espíritu humano reúne a todas esas potencias en una sola –la llamada "naturaleza"–, que

pasa a ser aceptada como la fuente única de todos los fenómenos, como el concepto único y general con capacidad de explicar todos los hechos. La naturaleza aparece así –en palabras del propio Comte– como "el primer ministro de la divinidad".

Según explica Zubiri, Comte habría llamado "metafísico" a este segundo estado por dos razones. Una, "porque en ciertos aspectos y en ciertos pensadores de la época decadente de la escolástica, casi se llega a concebir a estas entidades o virtudes como última explicación de las cosas". Y otra, "porque desde Locke hasta Kant, la metafísica se ha ido recluyendo cada vez más en la línea de lo suprasensible".

A pesar de no constituir más que "una simple modificación" del estado teológico –según declara el propio Comte–, el estado metafísico representa un progreso respecto de aquél y prepara en cierto modo el terreno para el advenimiento del tercero de los estados: el estado positivo.

El estado *positivo,* reconociendo la imposibilidad de obtener las nociones absolutas manejadas en el estado teológico, y renunciando a buscar el origen y el destino del universo y a conocer las causas íntimas de los fenómenos, como acontece en el estado metafísico, se dedica exclusivamente, mediante el razonamiento y la observación, a descubrir las leyes efectivas de tales fenómenos, es decir, sus relaciones invariables de sucesión y de similitud.

De este modo, en el estado positivo el espíritu humano renuncia a preguntar *por qué* ocurren las cosas, limitándose a la cuestión acerca de *cómo* ocurren las cosas. En consecuencia, "su objetivo –dice Zubiri– no es descubrir causas, sino leyes", vale decir, "relaciones invariables de semejanza y sucesión en los hechos". Es un estado en el que no se trata ya de acceder a la naturaleza íntima de las cosas y en el que nada más se procura "constatar hechos y descubrir en ellos esas regularidades que llamamos leyes".

Nos encontramos, entonces, en el régimen de los hechos.

Es más, el estado positivo del desarrollo intelectual es especialmente significativo –como apunta Kolakowski– "no porque intente, como en el estado metafísico, responder en otros términos a las cuestiones del estado teológico, sino porque rechaza esas preguntas, desenmascarando su esterilidad y su carácter

verbal". O sea, si a propósito de la pregunta *por qué* acaecen las cosas el estado metafísico responde finalmente con la palabra "naturaleza", sustituyendo toda referencia a los dioses del estado teológico, el estado positivo desecha esa pregunta y la reemplaza por una que sí está al alcance de la razón humana: *cómo* acaecen las cosas.

Del modo antes indicado, el estado positivo constituye una rendición ante los hechos, tal y como éstos se presentan, y el fin, por tanto, de la supremacía que la imaginación ha ejercido sobre la razón y la ficción sobre la observación.

Pero el estado positivo, lo mismo que los dos anteriores, tiene fases internas que lo conducen a su propia perfección. Esta perfección, que según Comte "probablemente no será nunca alcanzada", consistiría "en la representación de todos los fenómenos observables como casos particulares de un solo hecho general, como por ejemplo el de la gravitación universal".

Tal es la explicación que puede darse de la famosa ley de los tres estados de Augusto Comte, que da cuenta de un estado de inicio, el teológico; de un estado de transición, el metafísico; y de un estado de término, el positivo.

Ahora bien, para probar esa ley, vale decir, para "constatar su exactitud", Comte nos invita a fijarnos en dos cosas: el desarrollo de la inteligencia individual y el desarrollo experimentado por las distintas ciencias.

En cuanto a lo primero, la manera como cada individuo va progresivamente interpretando el mundo que le rodea sigue también los compases de la ley de los tres estados. Así, pregunta Comte, "cada uno de nosotros, al analizar su propia historia, ¿no recuerda haber sido sucesivamente, en lo que se refiere a sus nociones más importantes, un *teólogo* en su infancia, un *metafísico* en su juventud, y un *físico* en su madurez?" ¿No es acaso el estado metafísico "una especie de enfermedad crónica inherente por naturaleza a nuestra evolución mental, individual o colectiva, entre la infancia y la virilidad?" De este modo, así como cada individuo pasa de la infancia a la adolescencia y de ésta a la adultez en un proceso de creciente racionalidad en su percepción e interpretación del mundo, el espíritu humano, visto desde un punto de vista colectivo, pasa también por estados comparables a aquellos por los que transita cada persona y consigue

al fin una explicación del mundo y de las cosas en la que es la razón la que acaba imponiendo sus fueros.

La otra constatación de la ley de los tres estados la encuentra Comte en el desarrollo experimentado por las distintas ciencias, puesto que cualquiera que tenga un conocimiento profundo de la historia de las ciencias puede comprobar que "no existe una sola ciencia que haya llegado al estado positivo que no pueda ser analizada en su pasado como compuesta esencialmente de abstracciones metafísicas, o bien, remontándonos más en el tiempo, como dominada por especulaciones teológicas". Por otra parte, no todas las ciencias han recorrido con idéntica rapidez las tres grandes fases de su desarrollo, y, por tanto, tampoco han llegado todas ellas, simultáneamente, al estado positivo. Todavía más, cree Comte, aun "las ciencias más perfeccionadas conservan, todavía hoy, algunos rasgos importantes de los dos estados primitivos".

Comte, como se sabe, va mucho más lejos en sus planteamientos. No satisfecho con que el espíritu positivo buscará racionalmente y con total objetividad las leyes que rigen los fenómenos, considera que ese espíritu reformará la educación, jerarquizará a las distintas ciencias, permitirá la colaboración entre éstas, reorganizará la sociedad, y abrirá incluso el camino a una nueva religión de la humanidad. Si hemos de ponernos a la tarea de *saber* –cree él– es para que podamos *prever*, y si hemos de estar en condiciones de prever los acontecimientos, es para *proveer*, vale decir, para satisfacer las necesidades. Así, estudiamos lo que *es*, para deducir lo que *será*, en tanto que conocer lo que será permite actuar sobre las cosas y atender en mejor forma las necesidad de la vida social. En consecuencia, si sabemos para prever no es por una cuestión de simple curiosidad intelectual, sino por una intención declaradamente utilitaria.

Sin embargo, no podemos ocuparnos de todos los aspectos aludidos en el párrafo precedente. Por tanto, antes de concluir con las ideas de Comte sólo vamos a detenernos en la palabra "positivo", porque, según declara el propio autor, las diversas acepciones de esa palabra "resumen los atributos del verdadero espíritu filosófico". Además, un seguimiento de esa palabra nos será de utilidad como antesala al capítulo de este libro que tratará del positivismo jurídico. Este último no es una deriva-

ción del positivismo filosófico ni tampoco una simple aplicación de éste al campo del derecho, aunque algunos de los planteamientos del positivismo filosófico, y en particular del así llamado positivismo lógico, son importantes de ser tomados en cuenta para conseguir una adecuada comprensión del positivismo jurídico.

Respecto del término "positivo", Comte reconoce que se trata de una palabra con diferentes acepciones, aunque llama también la atención acerca de que todos esos diferentes significados convienen igualmente a la nueva filosofía general que él desea instaurar –la filosofía positiva–, puesto que se refieren, alternativamente, a diferentes propiedades características de la misma. Por lo mismo, la aparente ambigüedad de la palabra "positivo" no ofrece ningún inconveniente real. Por el contrario –dice Comte–, "habría que ver en ella uno de los principales ejemplos de esa admirable condensación de fórmulas que, en los pueblos adelantados, reúne bajo una sola expresión usual varios atributos distintos, cuando la razón pública ha llegado a conocer su relación permanente".

Seis son según Comte las acepciones o sentidos que tiene la palabra "positivo", a saber, los siguientes:

Positivo designa lo *real,* en oposición a lo *quimérico.* En este primer sentido, un espíritu filosófico positivo se caracteriza por consagrar sus esfuerzos a las investigaciones verdaderamente accesibles a nuestra inteligencia y por excluir esos impenetrables misterios de los que ella se ocupaba en su infancia.

Enseguida, positivo designa lo *útil* por oposición a lo *ocioso.* En este sentido, el destino de la filosofía es el continuo mejoramiento de nuestra condición individual y colectiva, y no la vana satisfacción de una estéril curiosidad.

Según un tercer significado, la palabra "positivo" alude a la oposición entre *certidumbre* e *indecisión.* En este nuevo sentido, la filosofía, al ser ella "positiva", demanda una aptitud para construir espontáneamente la armonía en el individuo y la comunión general en la especie entera, en reemplazo de esas dudas indefinidas y de esos debates interminables que suscitaban los regímenes mentales de carácter teológico y metafísico.

Una cuarta acepción de "positivo" permite oponer lo *preciso* a lo *vago.* Así, mientras la antigua manera de filosofar conducía

inevitablemente a opiniones vagas alejadas de toda disciplina y que, apoyadas en autoridades sobrenaturales, ejercían una opresión permanente sobre los hombres, la nueva filosofía positiva aspira a conseguir todo el grado de precisión que resulte compatible con la naturaleza de los distintos fenómenos observados.

En quinto lugar, "positivo" es un término que se emplea por oposición a "negativo". En este aspecto, la filosofía positiva está destinada no a *destruir,* sino a *organizar,* y tiende una mirada tolerante, e incluso imparcial, sobre las diferentes doctrinas que, incompatibles entre sí, no son ya compatibles con el estado presente de la razón humana en los pueblos más adelantados.

Por último, "positivo" alude también a la oposición entre *absoluto* y *relativo,* vale decir, entre lo que no es constatable y lo que sí lo es. Así, la filosofía positiva de Comte llama a sustituir en todo lo absoluto por lo relativo, aunque *relativo* no significa aquí *subjetivo,* pues alude sólo a un doble relacionismo: el de que todo hecho lo es por relación a los sentidos del hombre que permiten percibirlo, y el de que ningún hecho es lo que es sino en función de su relación con los demás hechos.

IX. Freud y la filosofía como paliativo

Freud nos recuerda que la pregunta por la finalidad que tendría la vida humana es altamente recurrente, es decir, se trata de una cuestión que ha sido planteada en incontables ocasiones, aunque nunca haya podido dársele una respuesta satisfactoria. Todavía más, cree él que se trata de una pregunta cuyo origen se encuentra en esa "vanidad antropocéntrica" del ser humano que le induce a creer en la idea de una finalidad propia y superior de los demás seres vivos. Por lo mismo, una pregunta como esa solo puede ser contestada por la religión, puesto que la misma idea de adjudicar una finalidad a la vida humana no puede existir sino en función de un sistema religioso.

Así las cosas, Freud invita a dejar de lado semejante pregunta y a encarar, en cambio, las cuestiones más modestas que conciernen a qué fines o propósitos de vida expresa con su conducta el común de los hombres, a qué esperan los hombres de la vida, a qué pretenden alcanzar en el curso de su existencia.

Puestas las cosas en una perspectiva más modesta, Freud cree que es difícil equivocar la respuesta: los hombres aspiran a la felicidad, esto es, quieren llegar a ser felices, aspiración que –bien visto– tiene tanto un lado positivo como uno negativo. El lado negativo consiste en evitar el dolor, en tanto que el positivo guarda relación con la búsqueda del placer, aunque la palabra "felicidad" –en el sentido más estricto del término– se identifica más bien con el segundo de tales fines, a saber, con la búsqueda de sensaciones placenteras. "Lo que en sentido más estricto se llama felicidad –escribe el autor– surge de la satisfacción, casi siempre instantánea, de necesidades acumuladas que han alcanzado elevada tensión, y de acuerdo con esta índole sólo puede darse como fenómeno episódico".

Orientado el hombre hacia la felicidad vive sin embargo amenazado por el sufrimiento, el cual proviene básicamente de tres lados: desde el propio cuerpo humano, condenado a la decadencia y a la aniquilación; de un mundo exterior que le impone y recuerda a cada instante la supremacía de la naturaleza, capaz de encarnizarse con fuerzas destructivas tan implacables como incontrolables; y, por último, de sus relaciones con los restantes seres humanos.

Esta triple amenaza de sufrimiento es causa de que el hombre rebaje sus expectativas de felicidad y que, relegando a un segundo plano la idea de lograr el placer, concentre su atención y sus esfuerzos en ver la manera de escapar al sufrimiento, lo cual trae consigo, como es obvio, la preponderancia del polo negativo de la felicidad sobre el de carácter positivo.

Eludir el sufrimiento, sobrevivir a la desgracia: ese es el camino para conseguir algo de felicidad.

Cobran de ese modo importancia los métodos de que el hombre se vale para eludir o mitigar el sufrimiento que le amenaza desde los tres lados antes mencionados. Son múltiples las escuelas de sabiduría que aconsejan cómo evitar o disminuir el sufrimiento y sus diferentes consejos en tal sentido dependen de la manera cómo cada una de ellas pondera la importancia de las distintas fuentes de displacer que el hombre conoce. Así, por ejemplo, si se considera que la más importante de esas fuentes no es la decadencia del cuerpo ni la supremacía de la naturaleza, sino las relaciones del hombre con los demás seres

humanos, el alejamiento de los demás, es decir, el aislamiento individual, se transforma en el curso de acción perfectamente razonable para quienes quieran sustraerse lo más posible al dolor. En cambio, si se considera que las fuerzas desatadas de la naturaleza son la causa principal del sufrimiento humano, se comprenderá que el curso de acción propuesto consista ahora en procurar el sometimiento de la naturaleza a la voluntad del hombre, para lo cual habría que desarrollar la ciencia y las técnicas que se valen del conocimiento que por aquélla es posible obtener.

En ese cuadro de ideas, tiene interés advertir cómo el derecho, así como las demás normas de conducta que rigen la vida del hombre en sociedad, constituyen los medios de que el hombre se vale para neutralizar o disminuir los daños y sufrimientos que le ocasiona la vida en común con los demás.

Cree Freud que si el intento de regular las relaciones sociales hubiere sido omitido, tales relaciones habrían quedado al arbitrio de cada individuo, lo cual equivale a decir que habrían quedado en manos del individuo más fuerte, quien las habría fijado y conducido a conveniencia de sus intereses y de sus tendencias instintivas.

Por consiguiente, la vida en común sólo es posible cuando llega a formarse una mayoría más poderosa que cada uno de los individuos por separado y cuando es posible mantener unida a esa mayoría frente a cualquiera de los individuos. Como señala el propio Freud, "el poderío de tal comunidad se enfrenta entonces, como 'Derecho', con el poderío del individuo, que se tacha de 'fuerza bruta', hasta el punto de que'esta sustitución del poderío individual por el de la comunidad representa el decisivo paso hacia la cultura'".

Ahora bien, el rasgo esencial de ese paso consiste en que los miembros de la comunidad restringen sus posibilidades de satisfacción, cosa que el individuo aislado no reconocía.

En otras palabras: conscientes los hombres de que el hombre es el lobo del hombre, establecen un orden jurídico, que inicialmente expresa sólo la voluntad de un pequeño grupo –casta, tribu, clase social–, pero que luego pasa a transformarse en expresión de masas más numerosas, y cuya finalidad es garantizar que ninguno de sus miembros quede a merced de la

fuerza bruta, esto es, de esa fuerza individual que el derecho, atribuyéndose para sí el monopolio de la fuerza, reemplaza por una fuerza colectiva que prohíbe y a la vez sanciona dicha fuerza individual.

Por otra parte, a Freud tampoco se le escapa que el derecho, además de un paz relativa en las relaciones sociales, provee también de otro beneficio innegable –el orden–, que "es una especie de impulso de repetición que establece de una vez para todas cuándo, dónde y cómo debe efectuarse determinado acto, de modo que en toda situación correspondiente nos ahorraremos las dudas e indecisiones".

Resulta innegable, por otra parte, que la vida en común obliga al hombre a reprimir, o bien a encauzar de determinadas maneras socialmente aceptables, sus instintos primarios de la sexualidad y la agresividad, lo cual produce en él una frustración, que es, asimismo, fuente de dolor e insatisfacción.

Freud no desprecia la importancia que tienen los estupefacientes como preventivos del sufrimiento, puesto que se trata de elementos que influyen directamente en el organismo humano. "Los más interesantes preventivos del sufrimiento –escribe– son los que tratan de influir sobre muestro propio organismo, pues en última instancia todo sufrimiento no es más que una sensación; sólo existe en tanto lo sentimos, y únicamente lo sentimos en virtud de ciertas disposiciones de nuestro organismo". Así, el más crudo y efectivo de los métodos para modificar la disposición del organismo al dolor y al sufrimiento es el químico, es decir, la intoxicación, que obra al modo de un "quitapenas" que los hombres saben que siempre podrán utilizar para escapar al peso de la realidad y refugiarse en un mundo propio que les ofrezca mejores condiciones para su sensibilidad. Con todo, Freud no podía ignorar que los hombres también saben que es precisamente esa cualidad de los estupefacientes la que entraña su peligro y nocividad, sin descartar –según las hermosas palabras del autor– que "en ciertas circunstancias aun llevan la culpa de que se disipen estérilmente cuantiosas magnitudes de energía que podrían ser aplicadas para mejorar la suerte humana".

Otra manera de eludir o atenuar el sufrimiento, así como la frustración que proviene de la satisfacción imperfecta de los instintos y disposiciones humanas más primarias, consiste en actuar

directamente sobre los impulsos instintivos. Como se ve, esta manera de reaccionar, a diferencia de la intoxicación, no actúa sobre el aparato sensitivo, sino que trata de dominar las mismas fuentes internas de nuestras necesidades, buscando en cierto modo la aniquilación de los instintos –como lo enseña la sabiduría oriental y lo realiza la práctica del yoga–, o bien sólo la moderación de la vida instintiva.

Pero, ¿dónde entra la filosofía en este cuadro?

Es lo que vamos a exponer a continuación, puesto que la filosofía, lo mismo que la religión, el arte, la ciencia y las ideologías –todos elementos constitutivos de lo que llamamos "cultura"– obra como un lenitivo, es decir, como algo que ablanda o suaviza las agresiones y mitiga los padecimientos del ánimo.

En efecto, otra "técnica" –así la llama Freud– para evitar el sufrimiento consiste en la sublimación de los instintos, un mecanismo que el hombre utiliza para desplazar las condiciones de satisfacción de los instintos, de modo de perseguir esa satisfacción por otros caminos, a saber, las llamadas "actividades psíquicas superiores", que pueden ser científicas, artísticas, ideológicas, y que desempeñan un papel muy importante en la vida de los pueblos civilizados.

Freud llama *cultura* a la "suma de las producciones e instituciones que distancian nuestra vida de la de nuestros antecesores animales y que sirven a dos fines: proteger al hombre contra la naturaleza y regular las relaciones de los hombres entre sí". Así, la fabricación y empleo de las primeras herramientas, la dominación del fuego, la construcción de viviendas, son evidentes actos culturales, como lo son también el telescopio, la cámara fotográfica, el teléfono y los procesadores de palabras. En todos los casos se trata de conquistas de la cultura que el hombre ha ido forjando como parte de su ideal de omnisapiencia y omnipotencia que encarnó primero en los dioses, atribuyendo a éstos cuanto parecía inaccesible a sus deseos, de manera que los propios dioses pueden ser considerados también como objetos de la cultura.

Cada vez más semejante a los dioses que imaginó, el hombre ha llegado casi a transformarse él mismo en un dios, aunque, por cierto, sólo en la medida en que el común juicio humano estima factible alcanzar un ideal, es decir –en propias palabras de Freud–,

"nunca por completo", porque, por así decirlo, "el hombre ha llegado a ser un dios con prótesis: bastante magnífico cuando se coloca todos sus artefactos, pero éstos no crecen de su cuerpo y a veces aun le procuran muchos sinsabores".

Pero no sólo los productos de la ciencia y de la técnica son objetos culturales. También lo son las del arte. Y aunque en ambos casos se trata de satisfacciones nobles y elevadas, su intensidad es muy atenuada si se la compara con la satisfacción de "los impulsos instintivos groseros y primarios", y trátase, además, de satisfacciones cuya aplicabilidad no es nunca general, puesto que sólo resultan accesibles a números muy limitados de personas que poseen disposiciones y aptitudes peculiares que no son para nada habituales.

En el caso del arte, la satisfacción que él brinda no se limita al artista, es decir, al que experimenta el proceso de creación que conduce a la encarnación de sus fantasías, sino que alcanza también al que goza o disfruta la obra de arte gracias a la mediación del artista. Sin embargo, quien sea sensible a la influencia del arte –dice Freud– "no podrá estimarla en demasía como fuente de placer y como consuelo para las congojas de la vida", puesto que "la ligera narcosis en que nos sumerge el arte sólo proporciona un refugio fugaz ante los azares de la existencia y carece del poderío suficiente como para hacernos olvidar la miseria real".

Por lo mismo, un procedimiento más enérgico y radical es el del ermitaño, que vuelve simplemente la espalda a la realidad y a sus distintas fuentes de sufrimiento, aunque puede todavía irse más lejos –como hacen las ideologías– e intentar transformar la realidad y empeñarse en construir en su lugar un mundo nuevo en el cual queden por completo eliminados los rasgos más intolerables y sustituidos por otros que sean adecuados a los propios deseos.

Cree Freud, sin embargo, que quien se coloque en una posición de desesperada rebeldía frente a la realidad tampoco llegará muy lejos, pues la realidad terminará siempre mostrándose más fuerte, si es que derechamente no se transforma en "un loco a quien pocos ayudarán en la realización de sus delirios".

La filosofía, aunque Freud la menciona sólo de paso sin darle un tratamiento en particular, es otra de las actividades psíqui-

cas superiores que el hombre intenta llevar a cabo como una manera de mitigar el sufrimiento y de compensar la insatisfacción que le produce la represión de sus instintos. Es otra de esas actividades elevadas y nobles que, procedentes de la cultura, esto es, de lo creado o producido por el hombre, permiten a éste defenderse, aunque con éxito más bien relativo y parcial, de los sufrimientos que le amenazan o hacen carne de él. Sin embargo, lo mismo que la ciencia, el arte o las ideologías, la filosofía no consigue revestir a quien la practica "con una coraza impenetrable a las flechas del destino". Así, por ejemplo, el novelista inglés Graham Greene, en *El fin de la aventura,* hace pensar a uno de sus personajes –un escritor como él– que "mi obra es una cosa tan poco importante como los cigarrillos que le ayudan a uno a pasar las semanas y los años".

En consecuencia, estos desplazamientos, estos paliativos, estas vías de escape que el hombre ve en tales actividades, junto con proporcionarle una parcial satisfacción, son fuente a su vez de nuevas y profundas insatisfacciones. Por eso es que, si bien tales paliativos son muchas veces idóneos para indemnizarnos por los pesares sufridos, siempre consiguen protegernos escasamente contra los sufrimientos que nos acechan.

Cada cual –cree Freud– debe ensayar la vía de escape que mejor le compense, cada cual –según su propia expresión– debe hallar la "muleta" que mejor le acomode, o la combinación de dos o más muletas que le resulten más adecuadas. Sin embargo, y con un toque de evidente pesimismo, el autor añade que "quien vea fracasar en edad madura sus esfuerzos por alcanzar la felicidad, aun hallará consuelo en el placer de la intoxicación crónica, o bien emprenderá esa desesperada tentativa de rebelión que es la psicosis".

Leszeck Kolakowski, quien lleva a cabo un buen análisis del punto de vista de Freud acerca de la filosofía, apunta, críticamente, que esta visión pesimista, más que argumentos positivos en favor de la misma, halla su explicación en relaciones psicológicas y concepciones de la vida sexual al estilo de las que predominaban en la época victoriana y de las cuales Freud estaba consciente o inconscientemente embebido. Por lo mismo, si bien la cultura, y con ella la filosofía, puede parecerse bastante a un paliativo, a un sucedáneo del que nos valemos para curarnos de

ciertos conflictos, de ello no se sigue "la sombría perspectiva de una frustración en irremediable crecimiento", según propias palabras de Kolakowski, puesto que, por un lado, existe la posibilidad de devolver al hombre su autenticidad, por medio de la derogación de esas interdicciones irracionales que no son más que "residuos de una tradición anacrónica", mientras que, por otro lado, esas formas sublimadas de expresión son realmente modos superiores, valiosos y socialmente fructíferos "para devolver al hombre la homeostasis perturbada". En otras palabras –del mismo autor–, "los hombres pueden llegar a una cierta forma de arreglo con el mundo con la ayuda de la clara conciencia de que ese arreglo es imposible".

Tiene evidente interés concluir este resumen de las ideas de Freud con una referencia al planteamiento del autor acerca de la religión.

En efecto, la religión viene de algún modo a perturbar el libre juego, ensayo y adaptación de métodos por un camino único destinado a alcanzar la felicidad y evitar el sufrimiento.

El autor llama religión al "sistema de doctrinas y promisiones que, por un lado, explican al hombre con envidiable integridad los enigmas de este mundo y, por otro, le aseguran que una solícita Providencia guardará su vida y recompensará en una existencia ultraterrena las eventuales privaciones que sufra en ésta".

En tal sentido, la religión se emparenta con el arte, la ciencia y la filosofía, puesto que obra también como un lenitivo, aunque con la particularidad antes señalada, a saber, que la religión es una técnica que, ofreciéndose a todos como un camino único, e incluso como *el* camino, reduce el valor de la vida, deforma de algún modo la imagen del mundo real y consigue evitar a muchos seres la caída en la neurosis individual.

Pero si ninguno de los caminos que el hombre ensaya le conducen a la felicidad, tampoco la religión puede cumplir sus promesas, pues el creyente –dice Freud–, "obligado a invocar en última instancia los 'inescrutables designios' de Dios, confiesa con ello que en el sufrimiento sólo le queda la sumisión incondicional como último consuelo y fuente de goce. Y si donde al principio ya estaba dispuesto a aceptarla, bien podría haberse ahorrado todo ese largo rodeo".

Freud analiza en detalle el papel que cumplen las ideas religiosas en toda civilización, y el texto en que acomete esa tarea tiene un título que habla por sí solo: *El porvenir de una ilusión.*

Sobre el particular, cuenta que, habiéndole enviado ese texto a su amigo, el escritor Romain Rolland, recibió de vuelta una carta en la que Rolland decía compartir su juicio sobre la religión, aunque lamentaba que Freud no hubiera concedido un justo valor a la fuente última de la religiosidad, una fuente que residiría –según el criterio del escritor francés– en un sentimiento compartido por millones de seres humanos y que él designa con la expresión "sensación de eternidad", un sentimiento "como de algo sin límites ni barreras, en cierto modo oceánico".

Explicando ese sentimiento con sus propias palabras, Freud dice que se trataría de "una experiencia esencialmente subjetiva, no de un artículo de credo", y que "tampoco implicaría seguridad alguna de la inmortalidad personal", no obstante lo cual sería "la fuente de la energía religiosa, que, captada por las diversas iglesias y sistemas religiosos, es encauzada hacia determinados canales y seguramente también consumida en ellos". En consecuencia, "sólo gracias a este sentimiento oceánico podría uno considerarse religioso, aunque se rechazara toda fe y toda ilusión".

Freud trata con respeto tales declaraciones de su amigo, aunque confiesa no haber podido descubrir en sí mismo ese sentimiento poderoso, "oceánico", de que Romain Rolland le habla en su carta, aunque reconoce no tener por ello derecho a negar su concurrencia real en los demás.

Kelsen, en un breve ensayo de 1933, acerca de la idea de justicia de Platón, sostiene que los sofistas negaron escépticamente la existencia de una justicia absoluta, mientras que Sócrates afirmó con pasión una idea semejante, aunque a la postre tuvo que admitir que no sabía en qué consiste propiamente. Por su parte, Platón aseguró que es posible lograr por medio de la filosofía un conocimiento de la justicia, pero, a la vez, declaró que el resultado de una operación semejante es inefable y que la cuestión de la justicia absoluta no puede ser contestada. "Así acaba el camino –escribe Kelsen– que conduce del relativismo racionalista al absolutismo metafísico y, en última instancia, a la mística religiosa".

La ciencia racional –continúa Kelsen– no puede dar una respuesta positiva a la cuestión en torno al problema de la justicia. Esa misma conclusión es la que el autor abraza al concluir otro de sus ensayos –*¿Qué es justicia?*–, a saber, que no hay una justicia absoluta que sea susceptible de ser fijada mediante un concepto racional. Sólo existen intereses, conflictos de intereses, y su solución por medio de la lucha o de la transacción. Por lo mismo, en reemplazo del ideal de justicia en la esfera racional surge la idea de paz, una paz que es fruto, precisamente, de la transacción que los hombres llevan a cabo entre los distintos ideales de justicia que profesan.

Sin embargo, Kelsen admite que el anhelo de una justicia absoluta, es decir, de una justicia que sea algo más que el fruto de un compromiso, algo más que simple paz, y, sobre todo, la fe en un valor superior, en un valor altísimo, absoluto, es demasiado fuerte para que pueda ser contrarrestada, y menos aún eliminada, por una simple consideración de tipo racional.

Y utilizando la misma palabra con la que Freud se refiere a la religión –una "ilusión"–, Kelsen reconoce que una fe como la antes descrita "es sencillamente indestructible", y añade todavía lo siguiente: "Esta fe puede ser una ilusión, pero esta ilusión es más fuerte que toda realidad. Pues para la mayor parte de los hombres, para la humanidad entera más bien, la solución de un problema no radica necesariamente en un concepto, en una palabra, en la respuesta a una pregunta por la razón. Por eso, es harto probable que la humanidad no se conforme nunca con la respuesta de los sofistas y busque, aunque sea a través de sangre y lágrimas, el camino andado por Platón: la vía de la religión".

X. Wittgenstein y la reorientación de la filosofía

Para comprender la reorientación que Wittgenstein dio a la filosofía, conviene detenerse antes en el viraje que para la filosofía, y, concretamente, para la idea que se tenía de ésta, significó el así llamado Círculo de Viena.

El Círculo de Viena surgió en el siglo XX, a inicios de la década de los 20, en torno a la figura de Moritz Schlick. No estu-

vo formado únicamente por filósofos, sino también por matemáticos y científicos, y no constituyó tampoco un movimiento organizado, sino más bien un centro de reunión y debate. Los miembros del Círculo, en cuanto advirtieron que tenían un interés común por un determinado tipo de problemas ante los cuales reconocían también una actitud compartida, dieron lugar, en 1929, a una especie de manifiesto que titularon *El punto de vista científico del Círculo de Viena.*

Ludwig Wittgenstein, un austríaco que hizo la mayor parte de su carrera académica en Inglaterra, no fue propiamente un integrante del Círculo, aunque fue reconocido por los miembros de éste entre los pensadores contemporáneos que ellos admiraban, junto a Albert Einstein y Bertrand Russell. Entre los autores a quienes consideraron como sus precursores, los miembros del Círculo mencionaron a Jeremy Betham y Augusto Comte.

Wittgenstein fue discípulo de Russell en Cambridge antes de la primera guerra mundial, y regresó a Viena para publicar en 1921 su obra más destacada e influyente: el *Tractatus Logico-Philosophicus.*

Alrededor de los años 30 del siglo pasado se acuñó la expresión "positivismo lógico" para denominar los puntos de vista del Círculo de Viena. Ahora bien, una de las tesis centrales del así llamado positivismo lógico consistió en sostener que a la filosofía no le incumbe encontrar una solución a los que tradicionalmente han sido considerados como los problemas filosóficos ni decidir tampoco sobre la verdad o la falsedad de las proposiciones que a lo largo de la historia han hecho los filósofos acerca de tales problemas. Menos que eso, lo que corresponde a la filosofía es clarificar el significado de dichos problemas y proposiciones, y, asimismo, clarificar el significado de las proposiciones provenientes de la ciencia. Así, Moritz Schlick decía que él definía a la ciencia como búsqueda de la verdad y a la filosofía como búsqueda del significado.

De este modo, la palabra "filosofía" ha de ser empleada ahora en un sentido bien distinto de aquel que había prevalecido en el pasado. Filosofía no es ya el nombre que se da a un sistema de conocimientos. No es una teoría, sino una actividad. Y se trata de una actividad encaminada a esclarecer el lenguaje de la ciencia, y aun el de la propia filosofía, para librarlo de confusiones

y equívocos, y, de paso, demostrar que buena parte de los así llamados problemas filosóficos no pasan de ser el resultado de esas mismas confusiones y equívocos.

En consecuencia, la filosofía no es una forma o manera de pensar el mundo, sino un modo de aclarar la forma de nuestro pensar y, sobre todo, de nuestro decir sobre el mundo. Como señala el propio Wittgenstein, "el resultado de la filosofía no son proposiciones filosóficas, sino el esclarecimiento de las proposiciones".

Lo que el positivismo lógico pretende es, como dice Alfred Ayer, el "destronamiento de la filosofía especulativa", vale decir, de una filosofía que se expresa en una jerga diluyente y evasiva, sustraída al control de la lógica y de la experiencia. En otros términos, quiere acabar con el "delirio verbal" de ciertos filósofos, y, para ello, nada mejor que desplazar a los problemas filosóficos como objeto de la atención y actividad de los filósofos y colocar en su lugar el lenguaje que emplean los filósofos, demostrando que algunos de esos problemas no pasan de ser seudoproblemas, es decir, problemas aparentes.

La filosofía aparece así como un lenguaje de segundo orden, en cuanto no habla *sobre el mundo,* sino *sobre el hablar acerca del mundo.* El hablar acerca del mundo corre por cuenta de las diferentes ciencias. Pero también la filosofía, tradicionalmente, ha creído hablar acerca del mundo. Incluso el lenguaje común u ordinario que emplea la gente es una manera de hablar acerca del mundo. Pues bien, la filosofía no dirige su atención al mundo, sino a las distintas maneras de hablar acerca del mundo, en especial a esa manera de hablar acerca del mundo y de las cosas que llamamos "ciencia".

Descubrir las cosas del mundo y describirlas es algo que hacen las ciencias y no hay allí espacio para la filosofía. A ésta sólo puede corresponderle esclarecer los conceptos que manejan las ciencias y aclarar los métodos de argumentación de que éstas se valen en su descripción de la realidad.

La filosofía, como dice Gilbert Ryle, llegó a considerarse así como un "hablar sobre el hablar", como un discurso de segundo orden que recae no sobre las cosas, sino sobre nuestro decir acerca de las cosas.

En el capítulo siguiente de esta obra tendremos ocasión de mostrar las consecuencias que para la filosofía del derecho pue-

de tener semejante concepción de la filosofía. Esas consecuencias se verán claramente reflejadas, por ejemplo, en la idea que Alf Ross tiene de la filosofía del derecho, puesto que para este último autor la filosofía jurídica no mira al derecho, sino a la ciencia del derecho, esto es no aspira a decirnos nada acerca del derecho, sino acerca de la ciencia del derecho. Por lo mismo, las proposiciones o enunciados de la filosofía jurídica, en cuanto conciernen a la ciencia del derecho, se refieren únicamente a los conceptos de los que se vale esta última para conocer y describir el derecho.

Constituirse no como un hablar sobre el mundo, sino como un hablar sobre el hablar acerca del mundo, en eso consistió lo que Schlick llamó el *viraje* de la filosofía. Un viraje muy próximo a lo que Wittgenstein llevó a cabo como *reorientación* de la filosofía.

Ludwig Wittgenstein no formó parte del llamado Círculo de Viena, pero, junto a Bertrand Russell, fue el filósofo contemporáneo a los integrantes del Círculo que más influencia ejerció sobre éstos.

Wittgenstein procuró llevar a cabo una *reorientación* de la filosofía y, por lo mismo, no es extraño que uno de los buenos libros que han sido escritos acerca del filósofo austríaco –y cuya autora es Carla Cordua– se titule, precisamente, *Reorientación de la filosofía.*

La filosofía de Wittgenstein está repartida en dos obras, el *Tractatus Logico-Philosophicus,* escrito a los 28 años, e *Investigaciones filosóficas,* publicado póstumamente, y entre los cuales hay varios cambios en el modo de pensar del autor, tanto que se ha vuelto ya un tópico hablar del "primer" Wittgenstein y del "segundo" Wittgenstein.

Pero la "reorientación" de la filosofía –por volver al título del libro de Carla Cordua– no alude al giro o cambio que Wittgenstein hizo en su propio pensamiento filosófico, sino al cambio o giro que este autor hizo respecto de lo que había sido la tradición que la filosofía, en su conjunto, exhibía al momento en que él produce su obra.

La tradición previa a Wittgenstein veía en la filosofía un modo de saber, un cierto tipo de discurso que nos lleva a descubrir cosas nuevas, una disciplina –en otras palabras– dotada de un objeto propio, peculiar, que podía ofrecer resultados cognoscitivos en torno a su objeto.

De acuerdo a esa concepción tradicional, la filosofía tenía un cierto elenco de problemas por resolver, los llamados "problemas filosóficos" –por ejemplo, el problema del ser, el problema del conocer, el problema del actuar correcto–, gestándose así al interior de la filosofía distintos capítulos y teorías como la ontología (o teoría del ser), la gnoseología (o teoría del conocimiento) y la ética (o teoría del actuar correcto).

Lo que a Wittgenstein interesa como filósofo no son propiamente esos "problemas filosóficos", que le parecen más bien seudoproblemas, sino los auténticos problemas o dificultades que han producido los filósofos al hablar y escribir acerca de los llamados "problemas filosóficos". En otras palabras, le interesaban no los problemas filosóficos, sino el lenguaje que los filósofos utilizaban para plantear y desarrollar tales problemas, porque ese lenguaje, cargado de errores, de oscuridad y de imprecisiones, era en alguna medida responsable de que subsistieran como tales los llamados "problemas filosóficos". Dicho de otro modo, para Wittgenstein no hay otro problema filosófico que no sea el causado por los propios filósofos al instituir un lenguaje confuso como resultado de su actividad concentrada en los grandes problemas o preguntas que la filosofía ha identificado desde muy antiguo como su objeto de trabajo.

La posición de Wittgenstein –dice Carla Cordua– es la de que lo que "equivocadamente llamamos *problemas filosóficos,* son, en verdad, confusiones o enredos mentales que se inician debido a nuestra falta de claridad sobre la manera en que usamos el lenguaje". Y en palabras ahora del propio Wittgenstein, "se podría decir que hasta la misma palabra 'problema' está mal aplicada cuando se la usa para nuestras aflicciones *(troubles)* filosóficas. Mientras estas dificultades sean consideradas como problemas resultarán torturantes y parecerán insolubles".

Así las cosas, "Wittgenstein propone concluir que los problemas filosóficos no existen o que son seudoproblemas: sólo así se pondría de manifiesto la razón por la cual no tienen solución. Lo mejor que se puede esperar de ellos es que se disuelvan o deshagan una vez que su origen se haga patente". Yendo todavía más lejos, Wittgenstein declara que "la mayoría de las oraciones y de las preguntas que se han escrito sobre cuestiones filosóficas no son falsas, sino absurdas".

En cierto sentido, cree Wittgenstein, la filosofía y los filósofos tradicionales han abusado del lenguaje. Es por eso que la filosofía que él propicia o practica constituye una suerte de "lucha contra el embrujamiento de nuestra inteligencia por los recursos del lenguaje". De este modo, el procedimiento de la filosofía debe ser "la clarificación" y su resultado "la claridad". Ver más y mejor, para poner término a la confusa desorientación que padecemos: ese es, según Wittgenstein, el cometido del filósofo, y no el de formular verdades nuevas, hacer descubrimientos o aumentar el saber que tenemos acerca de la realidad.

Todavía más, y otra vez con palabras de Carla Cordua: "La filosofía no le presta ningún servicio a la vida diaria, ni resuelve sus problemas ni la cambia, en ningún sentido, para mejor de manera que la llamada 'anormalidad de la filosofía', su carácter aberrante, están ligados al hecho de que se trata de una actividad que carece de toda función y justificación desde el punto de vista de los asuntos vitales. La filosofía es más bien una actividad ocupada consigo misma, que resuelve las confusiones generadas por ella y disuelve las paradojas y los enredos intelectuales. Lo común y corriente es pensar en las cosas y no en los conceptos de las cosas, como hace el filósofo".

Procediendo de esa manera –cree Wittgenstein–, la filosofía puede alcanzar su meta y la meta también de cada filósofo en particular: "la paz del pensamiento", es decir, la pacificación de la inteligencia gracias a la claridad.

Si tal es la meta de la filosofía, su procedimiento, sin embargo, puede ser penoso y torturante, porque habiendo crecido la filosofía como un nudo o tumor en los intersticios que la ciencia deja momentáneamente sin aclarar, tiene ella que desarrollar movimientos muy penosos para conseguir desatar esos nudos. En otras palabras: los nudos que ha hecho la filosofía cada vez que la ciencia deja algo sin aclarar son tan penosos y se han formado tan lentamente como son ahora lentos y penosos los esfuerzos que tiene que hacer la filosofía, una vez reorientada, para conseguir desatar esos nudos.

La filosofía, entonces, es, en cierta medida, una actividad ocupada consigo misma y con sus propias confusiones, que "no termina en el descubrimiento de verdades nuevas –escribe Carla Cordua– sino en la claridad que pone fin a la confusión que padecíamos".

Como indica expresivamente Ayer, la filosofía sería un intento de librarnos de nuestros propios "calambres intelectuales".

Tal como sugiere en nuestro tiempo Henrik Von Wright, quizás la filosofía no sea otra cosa que "una guía para perplejos". Quizás los así llamados problemas filosóficos no sean más que las perplejidades y la filosofía una actividad terapéutica por medio de la cual algún día se conseguirá hacer desaparecer esos problemas, en la medida en que logremos hablar de ellos con suficiente sentido y claridad. Hablar filosóficamente es, cuando menos, hablar con sentido y claridad.

XI. Isaiah Berlin y la filosofía como preguntas de la tercera canasta

Al inicio de su ensayo *El objeto de la filosofía,* Berlin admite que no existe una respuesta que se haya aceptado universalmente a la pregunta que inquiere acerca de cuál es la materia de estudio o tema de la filosofía.

Para enfocar este problema, el autor sugiere que nos preguntemos cómo han hecho otras disciplinas para delimitar su campo de trabajo, por ejemplo la química, la historia o la antropología, ante lo cual responde diciendo que tales disciplinas consiguieron delimitar sus campos de estudio y sus materias desde el mismo momento en que tuvieron claridad acerca del tipo de preguntas para cuyas respuestas las mismas disciplinas habíanse constituido. De este modo, una disciplina cualquiera consigue delimitar su objeto si establece con nitidez la clase de preguntas para cuya respuesta la disciplina ha sido constituida. Si esto es así, la filosofía tendría que proceder del mismo modo, es decir, si ella quiere delimitar su objeto tiene que desarrollar antes alguna claridad acerca del tipo de preguntas para cuya respuesta la filosofía es constituida y ejercida por esa categoría especial de personas que llamamos filósofos.

Acto seguido, el autor se pregunta por qué clases de preguntas pueden responderse, concluyendo que son dos: las preguntas empíricas, o de la *primera canasta,* y las preguntas formales, o de la *segunda canasta.* Por su parte, las preguntas filosóficas, o preguntas de la *tercera canasta,* son preguntas que no pueden

responderse, o, mejor aún, se trata de preguntas respecto de las cuales no sabemos dónde buscar las correspondientes respuestas, y se diferencian de las preguntas de las dos primeras canastas precisamente en esa circunstancia.

El primer tipo de preguntas, las preguntas *empíricas* o de la primera canasta, son aquellas que una vez formuladas sabemos cómo o dónde buscar las correspondientes respuestas, y sabemos también qué origina que una determinada respuesta sea plausible y otra no.

Se trata de una clase de preguntas cuyas respuestas pueden ser halladas por medios empíricos, vale decir, mediante la observación ordenada y metódica de la realidad, mediante la experimentación, e, incluso, mediante el simple sentido común.

Así, por ejemplo, si se le pregunta a alguien "¿dónde está mi abrigo?", "¿por qué fue elegido Presidente de los Estados Unidos John Kennedy?", o "¿cuál es el sistema ruso de derecho penal?", normalmente sabrá cómo buscar las respuestas. Quizás la persona interpelada por preguntas como esas no conozca de inmediato las respuestas, pero sí sabe lo que debe hacer para encontrar cada una de las respuestas. Así, en la pregunta acerca del abrigo sabe que lo que hay que hacer es buscar en un armario, sobre las sillas o en el perchero, y no, por ejemplo, en el refrigerador, lo mismo que si la pregunta hubiera sido "¿dónde está el queso?", sabe que lo que hay que hacer es buscar en la alacena, o bien en el refrigerador, mas no en el interior del armario ni sobre las sillas. A su vez, a propósito de la pregunta sobre Kennedy, buscará la respuesta consultando la prensa de la época, o libros de la historia reciente de los Estados Unidos, o requerirá las opiniones de expertos en política norteamericana. Finalmente, en el caso de la pregunta por el sistema ruso de derecho penal, la persona interpelada buscará la respuesta en determinados textos legales, o en las obras que especialistas rusos hayan escrito sobre el particular, o en testimonios orales que sobre la materia puedan proporcionar esos mismos especialistas.

Lo propio acontece con preguntas tales como "¿hay cisnes negros en Australia?", o "¿de qué está compuesta el agua?", que pueden ser contestadas mediante la simple observación, diciendo, para la primera de tales preguntas, "Sí, hay cisnes negros en Australia, porque yo los he visto", y para la segunda "Está hecha de dos moléculas de hidrógeno por una de oxígeno", según lo

prueba la descomposición que del agua podemos efectuar en un laboratorio.

Como se ve, se trata de preguntas bien distintas entre sí, algunas triviales y otras no tanto, algunas más sencillas y otras con algún grado de complejidad. Sin embargo, lo que las hace ser a todas preguntas empíricas es que pueden ser contestadas valiéndonos de métodos o procedimientos de ese mismo tipo, a saber, observación, experimentación, combinación de esos mismos métodos, o bien sentido común.

Existe otro tipo de preguntas, las preguntas *formales,* o de la segunda canasta, que se caracterizan, lo mismo que las de la primera canasta, porque una vez enunciadas sabemos también cómo buscar las correspondientes respuestas, aunque en este caso el camino que conduce a las respuestas está constituido por ciertas reglas o procedimientos propios de las ciencias formales, tales como la matemática, la lógica o la gramática.

En estos casos las respuestas no se descubren mirando por la ventana, o a través del telescopio o del microscopio, o buscando en el armario o en la alacena. Sabemos aquí también como buscar las respuestas, aunque los métodos y procedimientos de que tenemos que valernos son otros. ¿Cuáles? El cálculo en el caso de las matemáticas; la inducción y la deducción en el caso de la lógica; las reglas de la gramática en el caso de esta última.

Así, por ejemplo, si alguien nos pregunta "¿cuál es la raíz cúbica de 729?", lo más probable es que no podamos responder de inmediato, aunque sabemos qué es lo que tenemos que hacer –un cálculo determinado– para encontrar la correspondiente respuesta.

Las preguntas formales son distintas de las de carácter empírico. Por eso forman parte de una canasta diferente y tienen procedimientos también diferentes para dar con las correspondientes respuestas. Sin embargo, ambas clases de preguntas tienen una marca distintiva común, a saber, que una vez enunciadas sabemos cómo o dónde buscar las respuestas, sabemos cuál es la dirección que hay que tomar para hallar esas respuestas, aunque esa dirección es una en el caso de las preguntas empíricas y otra tratándose de las formales, y sabemos, asimismo, qué es lo que hace que una respuesta a estas clases de preguntas sea plausible o aceptable y otra no.

Como señala el propio Berlin, "una de las propiedades centrales de las dos clases de preguntas que acabo de mencionar es que hay métodos claramente entendidos para encontrar las respuestas".

Hay todavía una tercera clase de preguntas, que Berlin llama "preguntas *filosóficas*", o de la tercera canasta, que no encajan en ninguna de las dos anteriores canastas, porque, una vez que han sido formuladas, no sabemos cómo o dónde buscar las correspondientes respuestas, desde el momento que los métodos o procedimientos idóneos para responder a las preguntas empíricas y a las formales no se muestran apropiados para dar respuesta a esta nueva clase de preguntas. Además de no saber con seguridad dónde o cómo hallar las respuestas, se trata también de preguntas respecto de las cuales no tenemos seguridad, ni menos certeza, acerca de qué es lo que hace que las respuestas que se les dan puedan ser consideras verdaderas o, cuando menos, tenidas por plausibles o aceptables.

Son, como dice Berlin, "preguntas raras", que sumen a quien las hace, y sobre todo a quien las recibe, en una honda perplejidad.

De este modo, si preguntamos "¿qué es un calendario?" se nos puede responder desde la mera observación empírica de uno de estos objetos destinados a señalizar el paso de los días. Pero algo distinto acontece si preguntamos "¿qué es el tiempo?", puesto que ya no se nos puede responder desde la observación. Del mismo modo, si preguntamos "¿cuál es la raíz cúbica de 729?", la respuesta nos puede ser proporcionada luego de llevar a cabo un simple cálculo. Pero cosa distinta ocurre si preguntamos luego "¿qué es un número?"

Otros ejemplos de preguntas de la tercera canasta son "¿cuál es la finalidad de la vida humana sobre la Tierra?", o "¿son todos los hombres verdaderamente hermanos?", y si bien se trata de preguntas muy diferentes entre sí, se distinguen de las de las dos primeras canastas porque no contienen ninguna indicación o señal acerca de lo que hay que hacer para encontrar las respuestas. Así, a veces son preguntas sobre hechos, otras acerca de valores, las hay también acerca de palabras, en ocasiones se refieren a los métodos que científicos o artistas siguen en las tareas que realizan, otras veces son preguntas sobre las relaciones entre dos dominios distintos del pensamiento, y las hay también que

conciernen a la naturaleza y fines de la acción moral, social o política. Su única característica en común, por tanto, es que no pueden contestarse ni mediante la observación, ni a través de un cálculo, ni por métodos inductivos, ni tampoco mediante la deducción o la aplicación de ciertas reglas preestablecidas. Como apunta Berlin, tratándose de estas preguntas "no hay diccionarios, enciclopedias, compendios de conocimientos, ni especialistas, ni ortodoxias a los que se pueda recurrir confiadamente como poseedores de autoridad o conocimientos indiscutibles en estas cuestiones".

Tales son las preguntas filosóficas, preguntas que las personas comunes miran con asombro, a veces con desconfianza y en ocasiones con franco desprecio, según sus respectivos temperamentos.

Pues bien: precisamente porque son preguntas respecto de las cuales no se sabe cómo o dónde encontrar sus respuestas es que se trata muchas veces de reformularlas de manera tal que puedan ser conducidas a cualquiera de las otras dos canastas donde sí se cuenta con métodos o procedimientos para arribar a una respuesta. Es más, la propia historia del pensamiento humano puede ser vista, en gran medida, como un continuado esfuerzo por encasillar todas nuestras preguntas en alguna de las dos categorías viables, es decir, en la canasta de las preguntas empíricas o en la de las preguntas formales.

Así, por ejemplo, en la alta edad media la astronomía era considerada una disciplina filosófica, puesto que sus respuestas a preguntas acerca de las estrellas y de los planetas no estaban determinadas por la observación, el experimento ni el cálculo, sino por ciertas creencias no empíricas, como la de que los cuerpos estaban obligados a recorrer órbitas circulares en virtud de los fines o esencias interiores que Dios o la naturaleza les habían asignado. Pero llegó un momento en el que las preguntas astronómicas pudieron ser formuladas de un modo tal que permitió descubrir sus respuestas utilizando los métodos de la observación y el experimento. Fue en ese momento, por lo mismo, que se creó la moderna ciencia astronómica, merced a la cual se dejó atrás una "nube de oscuras nociones metafísicas desvinculadas de pruebas empíricas".

De la misma manera, en nuestro tiempo otras disciplinas, tales como la psicología y la lógica, que algún día se entendieron

formar parte de la filosofía, se han ido liberando gradualmente de todo cuanto no depende de la observación o de procedimientos de tipo formal, de modo que, una vez completado este proceso de liberación, "se lanzarán a la realización de carreras independientes propias, como ciencias de la naturaleza o formales, con un rico pasado filosófico, pero con un presente y un futuro empírico y/o formal". Entonces –concluye Berlin– la historia del pensamiento "es una larga serie de parricidios, en la cual nuevas disciplinas tratan de lograr su libertad dando muerte a las materias de estudio progenitoras, y borrando totalmente, dentro de sí mismos, hasta las menores huellas que puedan subsistir en su interior de problemas "filosóficos", es decir, de la clase de preguntas que no llevan dentro de su propia estructura indicaciones claras de las técnicas para su propia solución".

Puesto el proceso antes descrito en otras palabras –siempre de Berlin–, "uno de los fenómenos interesantes acerca de la carrera de la filosofía es que arroja constantemente algunas porciones de ella misma en alguna de las dos canastas: la empírica y la formal". Utilizando ahora la metáfora de Austin, el sol de la filosofía gradualmente expele grandes masas de gas incandescente, que se convierten ellas misma en planetas y adquieren vida independiente y propia.

La filosofía, entonces, experimenta un proceso de encogimiento a lo largo de su historia, un vaciamiento de lo que constituye su propia canasta en favor de las canastas donde viven las preguntas empíricas y las de carácter formal, es decir, las preguntas que sabemos cómo responder y que cuentan también con indicaciones o con criterios que permiten establecer cuándo una respuesta es plausible y cuándo no. Tal como advierte Adam Schaff, "siempre que una cuestión filosófica o una rama de la filosofía, siguiendo el desarrollo general de la ciencia, alcanza el grado de precisión que cumple con los requisitos de las ciencias especializadas, entonces esa cuestión o rama pierde su naturaleza filosófica".

A Berlin se le puede hacer ver, sin embargo, la siguiente paradoja: si bien es cierto que diferentes campos de investigación se han ido independizando de la filosofía –por ejemplo, la astronomía, la psicología y la lingüística–, lo cierto es que, a la vez, se ha sido formando una filosofía para cada uno de esos cam-

pos, lo cual alerta acerca del error que consistiría en afirmar que tales campos, una vez independizados, no tendrían ya ninguna conexión con la filosofía.

Berlin se hizo cargo de esa observación y respondió que, en realidad, "hay una filosofía de cada asunto o actividad, y consiste no sólo en la elucidación de los conceptos y de los modelos que en ella se usan de manera característica, sino también en la discusión crítica de sus metas y métodos y de las formas particulares de argumentos, pruebas y procedimientos apropiados a cada campo de conocimiento".

Dicho de otra manera, en cualquier actividad intelectual (la de las ciencias naturales, la de las ciencias formales, la de la historia, la de la ciencia jurídica, la de la política, la del arte, etc.) hay ciertos conceptos fundamentales que son utilizados muy a menudo (por ejemplo, "luz", "número", "libertad", "norma", "justicia social", "belleza"), así como ciertas presuposiciones, que la filosofía que se constituye sobre esa actividad trata de elucidar y de sacar a la luz. Lo que los filósofos de tales actividades están tratando de hacer –en consecuencia– es "penetrar en las presuposiciones de nuestro pensamiento; investigar, descubrir y aclararnos cuáles son las suposiciones que subyacen ocultas en nuestros términos básicos, así como en la forma en que utilizamos estos términos básicos y que, de esta manera, se cuelan en nuestras conclusiones; lo que significa que se cuelan en nuestras creencias y en nuestras acciones".

Volviendo ahora al progresivo vaciamiento que experimenta la canasta de las preguntas filosóficas en favor de las canastas de las cuestiones empíricas y formales, ¿significa ello que algún día la canasta de las preguntas filosóficas habrá de vaciarse del todo?

Berlin cree que no, que siempre subsistirán preguntas –como la que inquiere, por ejemplo, acerca del fin de la existencia humana sobre la Tierra– que no podrán ser llevadas a la canasta empírica ni a la canasta formal. En consecuencia, la tarea perenne de la filosofía consistirá para Berlin en examinar todo aquello que no parezca poder sujetarse a los métodos de las ciencias o de la observación de todos los días, es decir, las categorías, los conceptos, los modelos, las maneras de pensar o de actuar.

Concluye Isaiah Berlin sus planteamientos sobre el objeto de la filosofía caracterizando a ésta como "una actividad socialmente peligrosa, intelectualmente difícil, a menudo dolorosa e ingrata, pero siempre importante". Tanto si los filósofos dedican su labor a las ciencias naturales, como si meditan en cuestiones morales, políticas o puramente personales, "la meta de la filosofía es siempre la misma: ayudar a los hombres a comprenderse a sí mismos y, de tal modo, actuar a plena luz, en vez de salvajemente en la oscuridad".

XII. Roger Scruton y la filosofía como búsqueda de su propia definición

El filósofo contemporáneo Roger Scruton da inicio a su libro *Filosofía moderna* con la misma pregunta que capta en este momento nuestra atención, a saber, ¿qué es filosofía?

Ante todo, el autor admite que no se trata de una pregunta que tenga una respuesta fácil. Es más, considera que tal pregunta es la pregunta principal de la filosofía y que la historia de la filosofía no es otra cosa que la larga búsqueda de su propia definición.

Lo mismo que Berlin, sin embargo, Scruton no se desanima ante el hecho de que se trate de una pregunta difícil de responder y cree que a su respecto es posible ofrecer, cuando menos, "una especie de respuesta".

¿Cuál es esa respuesta?

La filosofía es un intento de formular y contestar algunas preguntas que se distinguen por su carácter a la vez abstracto y fundamental.

Antes de continuar, es preciso anotar que Scruton se pregunta, separadamente, ¿qué es filosofía?, ¿cuál es el tema de la filosofía?, y ¿tiene la filosofía un método propio?

Es evidente que esas tres preguntas están conectadas entre sí. Tanto lo están que el propio Scruton las trata bajo un título más general, a saber, "Naturaleza de la filosofía". En cualquier caso, se trata, como decíamos, de tres preguntas interconectadas, y, acaso, de tres distintas maneras de preguntar lo mismo, a saber, qué idea o concepción se tiene o puede ofrecerse acerca

de la filosofía. En efecto, y tal como advierte Miguel E. Orellana en el prólogo a la edición castellana del libro de Scruton, una concepción de la filosofía es lo que se busca establecer no sólo cuando nos preguntamos, derechamente, qué es filosofía, sino, asimismo, cuando preguntamos por los temas o las interrogantes de que la filosofía se hace cargo o por los métodos de que ella se vale para tratar de esos temas o desarrollar tales interrogantes. Entonces, como decíamos, inquirir por los temas de la filosofía, o por sus métodos, no es sino una manera más precisa, acotada y accesible de plantear la pregunta acerca de qué es filosofía.

Pero volvamos a la afirmación central que a propósito de esa pregunta enuncia el autor con el que nos encontramos ahora trabajando: la filosofía es un intento de formular y contestar algunas preguntas que se distinguen por su carácter abstracto y fundamental.

Con todo, una respuesta como esa es, ella misma, demasiado abstracta y general, de modo que para bajarla a tierra es preciso establecer qué entiende el autor que la suscribe por ese carácter "abstracto" y "fundamental" que atribuye a la filosofía, aunque para él está claro –como también lo estaba para Berlin– que la filosofía es una actividad del pensamiento que tiene que ver con cierto tipo de preguntas: de preguntas "raras" o de la *tercera canasta,* como dice Berlin; de preguntas "abstractas" y "fundamentales", como prefiere decir Scruton.

Para explicar qué son preguntas abstractas, el autor nos recuerda la familiaridad que todos tenemos con las preguntas concretas. Así, ¿qué es ese ruido?, ¿por qué se cayó ella?, o ¿qué significa esta oración?, son ejemplos de preguntas concretas, es decir, de preguntas para cuyas respuestas disponemos de métodos a la mano para responderlas, tales como experimentos, análisis, construcción de teorías, etc.

Sin embargo, siempre es posible ir más allá de las preguntas concretas, es decir, siempre es posible preguntar por algo de una manera que emancipe a ese algo de las precisas y determinadas circunstancias que lo originaron, con lo cual nuestras preguntas alcanzan un nivel de abstracción importante, esto es, un nivel en el que las respuestas que se buscan quieren valer no para un caso concreto o especial, sino para categorías de casos, e, in-

cluso, para el mundo como tal. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando nos preguntamos ¿qué es un ruido?, ¿por qué caen las cosas?, o ¿qué es significado?

Pero, ¿acaso la pregunta acerca de por qué caen las cosas no es una pregunta científica que la física contestó hace ya tiempo?

En efecto, ¿por qué caen las cosas?, es una pregunta científica. Sin embargo, que las cosas caigan es un evento, un tipo de acontecimiento, de manera que es posible ir aun más lejos y preguntar ¿por qué existen los eventos? O sea, de la pregunta ¿por qué cayó ella? es posible pasar a la pregunta ¿por qué caen las cosas?, y de ésta, a su vez, es posible pasar a una todavía más amplia: ¿por qué existen acontecimientos? Pues bien, cuando queremos llegar a establecer los conceptos más abstractos de todos –las "categorías", como los llamó primero Aristóteles y luego Kant–, estamos ya en el umbral de la filosofía.

Pero las preguntas filosóficas no son sólo abstractas, en el sentido antes indicado. También son fundamentales. ¿Y qué quiere decir que sean fundamentales?

El carácter fundamental que tienen las preguntas de la filosofía se relaciona con la finalidad, entendiendo por finalidad la búsqueda y el establecimiento de una causa primera de las cosas, vale decir, de una causa que esté al final de la cadena de causas más próximas que es posible establecer para las cosas.

Somos criaturas racionales y es propio de la naturaleza humana buscar causas, o cuando menos razones y explicaciones, de los hechos que observamos así como de los que el propio hombre es capaz de producir o provocar.

Así, si preguntamos ¿por qué cayó ella?, podemos llegar a establecer que cayó porque estaba ebria. Si preguntamos a continuación ¿por qué ella estaba ebria?, podemos decir que lo estaba porque se bebió tres botellas de vino. Si preguntamos enseguida por qué ella se bebió tres botellas de vino, podríamos decir que lo hizo porque estaba triste. Si luego preguntamos por qué estaba ella triste, podríamos responder que lo estaba como resultado de la ansiedad y perturbación que le produce saber que existe y que no tiene una respuesta a la pregunta que inquiere por el sentido de la existencia. En fin, si preguntáramos cómo es que una persona puede desarrollar una ansiedad se-

mejante y procurar aliviarla por medio de la intoxicación de su organismo, o bien utilizando otros paliativos –como cree Freud–, entonces estaríamos ya en la zona de las preguntas filosóficas, es decir, de las preguntas fundamentales, porque, exista o no algo así como una primera causa, la sola pregunta ¿hay una primera causa?, se sitúa más allá de la ciencia, más allá de los métodos que empleamos normalmente cuando nos preguntamos acerca de las causas de las cosas.

En suma, una pregunta fundamental se origina después de que se han contestado todas las interrogantes sobre los eventos concretos y actuales.

Un ejemplo de pregunta filosófica sería el siguiente: ¿tuvo el mundo un comienzo en el tiempo? Esta pregunta es abstracta, porque en ella se utilizan las categorías de "mundo" y "tiempo", y es también fundamental, puesto que ella se suscita sólo cuando se han contestado o descartado las interrogantes sobre eventos actuales.

Pero hay un rasgo de las preguntas filosóficas, además de su carácter *abstracto* y *fundamental,* que tiene que ver con el interés que la filosofía tiene en la *verdad,* un interés que es posible advertir en la idea que Scruton nos da acerca de la filosofía como un intento no sólo por formular preguntas, sino, además, por dar a esas preguntas una determinada respuesta.

Para el autor, la filosofía, si bien es un modo de pensar, se trata de un modo de pensar dirigido hacia la verdad, algo que a fin de cuentas no resulta para nada trivial si se repara en que no todo el pensamiento humano está dirigido hacia la verdad. El arte y el mito, por ejemplo, son actividades en las que la interpretación de la experiencia se lleva a cabo sobre la base de ficciones, esto es, de algo que no se corresponde precisamente con la realidad, de modo que ni el arte ni el mito pueden ser evaluadas sobre la base de la literal verdad de sus productos, porque su meta principal "no es la verdad, sino el consuelo".

Pues bien, establecido que la filosofía es una actividad que consiste en formular y responder preguntas abstractas y fundamentales movidas por el interés en la verdad, ¿existe un campo especial que constituya algo así como el ámbito o dominio al que tales preguntas se circunscriben? En otras palabras, ¿cuál es el tema de la filosofía?

La segunda de esas preguntas es la que Scruton enuncia luego de haber trabajado con la que inquiere acerca de qué es filosofía.

Cree el autor que hay tres tipos de respuesta a la cuestión de cuál es el tema de la filosofía:

a) la respuesta dada por Platón en el sentido de que la filosofía estudia otro ámbito del ser, concretamente, un ámbito más elevado del ser de aquel que captamos normalmente, de un ámbito –en fin– al cual el alma humana está ligada a través de sus poderes de razonamiento y al cual sólo es posible ingresar valiéndose de la actividad filosófica y sus procedimientos;

b) la filosofía estudia "cualquier cosa", con lo cual quiere decirse que el tipo de preguntas que hace la filosofía pueden referirse a cualquier clase de cosas, a saber, sobre personas, sobre obras de arte, sobre sistemas políticos; en suma, sobre cualquier cosa que exista, incluidas las mesas, puesto que hay también preguntas filosóficas acerca de las mesas; por ejemplo, cuando se interroga acerca de qué hace que esta mesa en la que escribo sea la misma mesa que encontré ayer en mi habitación; y

c) la filosofía estudia "todo", es decir, procura constituirse en una teoría del todo de las cosas, en contraste con la fragmentación en pequeñas partes que de la realidad llevan a cabo las distintas ciencias. Por lo mismo, la filosofía trata de conseguir una visión integral del mundo, esto es, aspira a constituirse no en una teoría sobre *cualquier* cosa, sino en una teoría acerca de *todas* las cosas.

Sin embargo, cada uno de esos tres tipos de respuesta presenta inconvenientes o dificultades que no pueden ser soslayadas. Por ejemplo, a la respuesta de Platón cabe replicar con la pregunta acerca de cómo podemos saber que existe realmente ese ámbito más elevado del ser en el que la actividad de los filósofos concentraría sus proposiciones. En seguida, frente a la segunda respuesta es posible preguntar cómo podría ser diferenciada una pregunta filosófica de una científica, moral, artística o religiosa si las interrogantes de la filosofía pueden recaer sobre *cualquier cosa.* Por último, la tercera de las respuestas enfrenta la cuestión de cómo puede ser posible llegar a entender la totalidad de las cosas.

En cuanto ahora a la tercera de las preguntas que Scruton coloca bajo el título general de "Naturaleza de la filosofía" –la cuestión de si la filosofía tiene o no un método propio–, el autor advierte que aun cuando se descartara la idea de que hay un tema específico de la filosofía, estaríamos siempre confrontados con el problema del método filosófico, es decir, de los procedimientos que hayan de ser aplicados cuando nos ocupamos de enunciar y contestar las preguntas fundamentales de la filosofía.

Sobre el particular, el autor explora las siguientes alternativas:

a) el *tomismo,* para el cual cada ciencia estudia el dominio específico que la define (la biología, la vida; la física, la materia; la psicología, la mente), aunque todas ellas están obligadas a incurrir en suposiciones que cada ciencia no puede justificar por separado y cuya validez es examinada, precisamente, por la filosofía. Por tanto, la filosofía no basa sus resultados en la experiencia. Sus conclusiones se establecen exclusivamente por la razón y se refieren a los "principios más trascendentales de las cosas".

Puesto de otro modo, las ciencias tienen que ver con las "causas secundarias" de las cosas –lo cual significa que explican una cosa contingente en términos de otra igualmente contingente–, mientras que a la filosofía concierne el estudio de las "causas primeras", que son aquellas que "explican todas las cosas contingentes en términos de la naturaleza fundamental de la realidad";

b) *análisis lingüístico o conceptual,* para el que las ciencias agotan las búsquedas particulares sobre las cosas, de modo que al término de la ciencia, o sea, una vez que ésta ha concluido sus explicaciones acerca de la realidad, sólo queda una cosa por preguntar. Ahora bien, esa cosa por preguntar no puede consistir en algo sobre el mundo, puesto que –reiteramos– la ciencia ha dicho ya todo lo que podía decirse acerca de la realidad, sino en algo que atañe a nuestro pensamiento sobre el mundo.

Para este punto de vista, la actividad de la filosofía consiste en la interpretación del pensamiento y su método; en consecuencia, es el análisis de nuestro pensamiento y de las palabras y conceptos de que nos valemos para expresarlo. Por lo tanto –dice

Scruton–, "la pregunta filosófica fundamental es la pregunta sobre el *significado*";

c) *filosofía crítica,* para la cual el método filosófico se confunde también con el análisis del pensamiento; aunque, más allá de las palabras y de sus significados, considera que lo que se trata de establecer son los poderes y límites de nuestro razonamiento. Así, la filosofía debe "definir los límites de lo pensable" y su método implica en tal sentido un "segundo orden" de reflexión: es reflexión sobre la propia reflexión, es reflexión no sobre el mundo ni sobre cómo pensamos el mundo, sino sobre cómo es posible pensar el mundo y dentro de cuales límites ese pensar tiene lugar;

d) *fenomenología,* que quiere decir estudio de las apariencias, esto es, examen del mundo tal como aparece frente a la conciencia, y para la cual el método filosófico pasa por estudiar los contenidos de la conciencia, analizada ésta desde el punto de vista del sujeto.

Para la fenomelogía, en consecuencia, el asunto principal, lo mismo que para el punto de vista del análisis lingüístico, es la cuestión del significado, aunque no se trata ya de establecer la significación del lenguaje, sino la de la vida misma, "el proceso a través del cual –dice Scruton– nos relacionamos con el mundo y lo hacemos nuestro".

Como se ve, y presentadas ya las tres preguntas centrales de Scruton –qué es filosofía, cuál es el tema de la filosofía, y de qué método se vale la filosofía– resulta evidente que se trata de tres preguntas estrechamente vinculadas entre sí. Es más, de esas tres preguntas, la que parece prevalecer es la primera, puesto que es claro que al plantear las dos restantes, y sobre todo al responderlas, pisamos siempre, o directamente invadimos, el más amplio dominio de la cuestión que inquiere acerca de qué es filosofía. Dicho de un modo sencillo: cada vez que preguntamos sobre el tema o sobre el método de la filosofía, y cada vez que respondemos algo sobre una y otra cosa, lo que de verdad hacemos es preguntarnos y respondernos –por otras vías– qué es eso de filosofía.

¿Qué es eso de filosofía?

Es también la pregunta que se hizo Heidegger en un artículo que tiene ese mismo título –*¿Qué es eso de filosofía?*–, del cual vamos a ocuparnos a continuación.

XIII. Heidegger y el rescate de la filosofía: la pregunta por el ser

Admite Heidegger que la pregunta acerca de qué es filosofía toca a un tema muy amplio, motivo por el cual intenta determinar esa pregunta con mayor exactitud. En consecuencia, es preciso hallar un camino que permita determinar la pregunta con mayor exactitud. Ese camino, por otra parte, junto con tener una dirección clara, debe asegurar que nos movemos dentro de la filosofía, y no fuera de ésta, puesto que el riesgo que existe al preguntar ¿qué es eso de filosofía? consiste en considerar que al enunciar y responder semejante pregunta nos encontraríamos hablando *sobre* la filosofía, es decir, quedaríamos colocados por encima de la filosofía, fuera de ésta.

Un camino como el que Heidegger propone intenta evitar otro riesgo, a saber, que a propósito de la pregunta en cuestión quedemos dando vueltas entre representaciones arbitrarias o casuales respecto de la filosofía.

El camino a que alude el autor, junto con eludir los riesgos antes señalados, está clara e inmediatamente indicado ante nosotros y consiste en *oír* la palabra "filosofía" a partir de su origen, dejándola así que ella hable ahora en griego. Entonces, la palabra griega con que se decía "filosofía" es el camino que tenemos para aclarar de qué hablamos cuando hablamos de filosofía, y se trata, por lo demás, de un camino que está *ante* nosotros y, a la vez, *detrás* de nosotros: ante nosotros, porque la palabra griega con que se decía "filosofía" hace mucho que ya nos ha sido dicha; y detrás de nosotros, puesto que ya hemos oído y dicho esa misma palabra. Por tanto, la aludida palabra griega "es un camino sobre el cual estamos en camino".

Esta vuelta a los griegos que propicia Heidegger a propósito de su pregunta "¿qué es eso de filosofía?", tiene varias implicaciones. En primer lugar, el autor deja atado el significado de "fi-

losofía" al que los griegos atribuyeron a la palabra con que decían "filosofía". En segundo lugar, el autor estima que lo que por modo auténtico merece el nombre de "filosofía" ocurrió de hecho en Grecia hace dos milenios y medio, momento a partir del cual –situándonos ya en culturas posteriores a la griega– la filosofía ha experimentado una especie de extravío. Y en tercer término, el extravío sufrido por la filosofía proviene de su olvido del ser, lo cual equivale a afirmar que la filosofía se extravía, e incluso se pervierte, a causa del olvido de su tema más propio –el ser–, que entre los griegos, especialmente Aristóteles, fue identificado como el objeto de la filosofía, o sea, como aquello de lo que la filosofía había de ocuparse.

Heidegger, en consecuencia, se considera a sí mismo como un filósofo que vuelve a los griegos, particularmente en cuanto retoma la pregunta por el ser y reitera que el objeto de la filosofía es el ser en cuanto tal.

Tal es, para Heidegger, la pregunta fundamental de la filosofía, hasta el punto de que el abandono de esa pregunta equivale –como dice Carla Cordua– "a la pérdida de la revelación originaria que funda" la filosofía, y, por consiguiente, a la ruina de ésta.

Es más, la propia historia de Occidente es para Heidegger la historia del olvido del ser, no obstante que "la misión esencial de los hombres –según explica Carla Cordua– es comprender el ser y conocer todo cuanto es a la luz de tal comprensión". Dicho olvido empieza a producirse desde el mismo momento en que el poder desplaza al ser como preocupación, vale decir, desde el instante en que el interés humano, así como el de la propia filosofía, se concentra antes en el *apoderamiento* que en el *conocimiento* de las cosas, o se ocupa del conocimiento de éstas sólo para utilizarlas mejor. Es la era, en otras palabras, de la voluntad de poder y de la tecnología.

Heidegger se propone corregir la historia del *olvido del ser* y sumergirse en la pregunta por el *ser*. Tal es la pregunta primordial de la filosofía, y traerla de nuevo a nuestra atención equivale a una auténtica operación de rescate de la propia filosofía.

Es probable que para una pregunta como esa no exista una respuesta. Es probable que reponer esa pregunta constituya una

empresa imposible. Es probable que la historia haya hecho salir esa pregunta –olvidándose de ella– precisamente porque mientras dure la historia no será posible darle respuesta alguna. En consecuencia –como apunta nuevamente Carla Cordua– "la pregunta de Heidegger se podría entender, tal vez, como una que, concebida con rigor, excluye desde el comienzo toda respuesta", puesto que "preguntar por lo primordial, que no tiene comparación con nada, al punto de que puede ser olvidado por 24 siglos sin que nadie antes de Heidegger se dé cuenta de su existencia, es en verdad preguntar por algo que hace mucho que ya no pertenece al lenguaje compartido por los hombres de la tradición del olvido".

Heidegger quiere retomar entonces la tradición, mas no la del olvido, sino la que antecedió a ésta, o sea, quiere retomar la tradición de la filosofía, lo cual equivale a retomar la pregunta por el ser, puesto que para él filosofía no puede constituir otra cosa que pensamiento del ser.

Es en ese contexto de ideas y convicciones que resulta posible entender qué quiere decir Heidegger cuando afirma que "la filosofía es griega en su esencia" y que es a esa "esencia originariamente griega de la filosofía" a la que debemos estarnos cuando tratamos de expresar algo acerca de la pregunta ¿qué es filosofía? "El nombre de la 'filosofía' –escribe él–, si verdaderamente oímos la palabra y meditamos lo oído, nos llama hacia la historia de la procedencia griega de la filosofía". La palabra que los griegos emplearon para decir "filosofía" es así la partida de nacimiento de la actividad que designamos con ese nombre. "Por ello –sigue Heidegger–, sólo podemos preguntar la pregunta ¿qué es eso de filosofía?, si accedemos a una conversación con el pensar de la helenidad". Entonces, cada vez que la filosofía en tanto filosofía se nos vuelva problemática, como es el caso cuando preguntamos ¿qué es eso de filosofía?, la palabra griega es la que nos indica la dirección a seguir, el punto hacia el cual debe volverse nuestra mirada.

Pero no se trata de establecer una mera significación verbal de "filosofía", vinculando esta palabra a la que en su momento utilizaron los griegos, sino de establecer cuál fue la preocupación central que los griegos colocaron bajo esa palabra, o, mejor aún, qué fue lo que les llevó a filosofar.

Lo asombroso que los griegos percibieron es que hay cosas, no la nada, que existen los *entes,* múltiples y diversos, que hay algo que llamamos "realidad", y que todos los entes sólo pueden estar allí en virtud de que participan del *ser. Ente* es lo que *es,* de modo que no sólo es posible el conocimiento de los *entes,* de las múltiples y diversas cosas que *son,* sino que tendría que serlo el conocimiento, o cuando menos el pensar, acerca de aquello de lo que todo los entes participan: el ser. Una roca y un árbol son entes, aunque son entes diferentes. Nótese la composición de la misma palabra "difer-entes". Pero ambos entes son, es decir, ambos participan del *ser,* de modo que el *ser* es lo que todos los *entes* tienen, no obstante las diferencias que, en cuanto entes, acusan ellos entre sí.

Entonces, como exclamaba admirado Parménides, "¡Hay el ser!", de donde se sigue que la pregunta fundamental, la que concierne e interesa a todos los entes, no puede ser otra que la pregunta por el ser. "Justamente esto –escribe Heidegger–, que el ente queda reunido en el ser, que en el brillar del ser aparece el ente, llevó a los griegos, y ante todo a ellos, y a ellos solamente, al asombro. El ente en el ser: esto fue para los griegos lo más asombroso".

La palabra "ser", entendida como aquello de lo que participan todos los "entes", puede asustarnos y hacernos retroceder. Puede sonarnos alambicada y de muy alto vuelo. Sin embargo, como propone William Barrett, debemos entender esa palabra "en el sentido más mundano, ordinario y cotidiano", es decir, como aquello que permite que las cosas existan, como aquello que explica las diversas formas de existir en el mundo.

Ahora bien, la experiencia más directa e inmediata del ser es la que tenemos merced a nuestra propia existencia. El hombre también *es.* También participa del ser. Pero el hombre es también quien se interesa por el ser. Entonces el hombre, junto con ser, se interesa por el ser. Es, así, un *Dasein,* una entidad que no sólo tiene ser, sino también la que se hace cargo del problema del ser. Se trata, por lo mismo, de una "entidad autoconsciente", de alguien que es capaz de una "autocaptación consciente", como dicen, respectivamente, Roger Scruton y Bryan Magee.

Scruton no valora demasiado el pensamiento de Heidegger y considera que los argumentos del filósofo alemán son

poco más que "fragmentos de una etimología amateur". Por lo mismo, se refiere a la filosofía de Heidegger como una "teoría ansiosa del ser", por contraste con Hegel, quien habría dado lugar a una "teoría sobrecargada del ser". Con todo, ese modo irónico de calificar la filosofía heideggeriana es en cierto modo preciso, puesto que para Heidegger el asombro, que domina cada paso de la filosofía, es una auténtica pasión, algo, en fin, que nos preocupa intelectualmente, pero que, a la vez, nos agita afectivamente. La filosofía, en suma, no toca sólo nuestra razón. Nos toca, según Heidegger, mucho más de cerca, o, quizás, mucho más de lleno, puesto que nos afecta en nuestra esencia.

El pensar está destinado al ser en cuanto es llamado por éste. El pensar está asignado de alguna manera al ser que lo invoca. La filosofía es interpelada por el ser en el sentido de que el ser le está ya destinado. La filosofía tiene entonces que rendirse, someterse al ser.

Antes de concluir con la idea que Heidegger tiene de la filosofía, conviene que retomemos su distinción entre *ser* y *ente,* puesto que de esa distinción puede derivarse alguna consecuencia para el derecho. En efecto, Jorge Eduardo Rivera, en su trabajo *Lo óntico y lo ontológico en el derecho,* utiliza esa distinción para dar base al dualismo derecho positivo-derecho natural, y para sostener que el derecho positivo tiene su fundamento en el derecho natural. Del mismo modo, la distinción entre *ser* y *ente* puede ayudar a una cierta demarcación entre filosofía, filosofía del derecho y ciencia del derecho.

Partamos por lo segundo.

Decíamos antes que todas las cosas tienen en común que *son,* vale decir, que participan del ser. Dicho de otra manera, el *ser* es lo que todos los *entes* tienen de común. *Ente* es aquel que es, o sea, el que tiene el ser, en tanto que *ser* es lo que cada ente tiene y que lo hace ser ente. En expresiones de Tomás de Aquino, "los entes son por participación en el *ser*".

Sin embargo, en lo que concierne al *ser* es posible distinguir entre el "ser unitario y universal" y el "ser de los distintos entes". El ser unitario y universal es el que concierne a todo lo que *es,* a todos los entes sin distinción, los cuales son entes, precisamente, gracias a su participación en ese ser. En cambio, el ser

de los distintos entes es el que hace ser a cada ente lo que es y no otro ente diferente.

Veamos el caso del derecho.

El derecho es un ente, lo mismo que los árboles, puesto que derecho y árboles comparten el ser (unitario y universal). Pero el derecho es algo bien distinto de los árboles, porque el derecho tiene un ser peculiar (el ser de los distintos entes), como los árboles tienen también el suyo. Así las cosas, por participar del ser (unitario y universal) el derecho es un ente, pero, a la vez, por participar del ser del ente derecho, es derecho y no otra cosa distinta, por ejemplo, un árbol.

Pues bien, la filosofía trata del ser unitario y universal, del ser del que participan todos los entes, mientras que la filosofía del derecho se ocuparía del ser de esa clase particular de ente que llamamos "derecho". Todos los ordenamientos a los que llamamos "derecho", todos los "derechos" –por ejemplo, el de los antiguos babilonios, el que tuvieron los romanos, el que rige hoy en Suiza o en los Estados Unidos, el vigente en Chile durante la Colonia o el que rige en la actualidad en la república– tienen que coincidir en un doble carácter, a saber, en *ser* y, además, en *ser derecho.* Ese *ser,* necesario para que todos esos ordenamientos sean algo, para que sean un ente, es estudiado o pensado por la filosofía, en tanto que el *ser derecho,* necesario ahora para que todos esos ordenamientos puedan ser entes jurídicos, es decir, derecho, es estudiado o pensado por la filosofía del derecho.

Por eso es que se dice que la filosofía tiene un carácter de totalidad. Ella se las ve con el *ser* (unitario y universal), es decir, con aquello que *todos* los entes (derecho, árboles, etc.) tienen en común. Por su parte, la filosofía del derecho, que es una filosofía regional, en cuanto sólo mira a esa clase determinada de entes que llamamos "derecho", es, asimismo, universal, puesto que lo que dice sobre el derecho (el ser derecho) no vale sólo para este u otro derecho determinado (el de los babilónicos, el romano o el chileno actualmente vigente), sino para *todo* derecho. En síntesis, lo que dice la filosofía (el ser) tiene una pretensión de validez respecto de todos los entes; lo que dice en su caso la filosofía del derecho tiene una pretensión de validez respecto de todos los derechos, de todos los entes llamados derecho. A la filosofía le interesa el ser de todos los entes, mientras

que a la filosofía del derecho le interesa el ser de los entes "derecho".

Puesto lo anterior de un modo esquemático, todos los derechos coinciden en *ser* (ocupación de la filosofía) y en *ser derecho* (ocupación de la filosofía del derecho). La filosofía piensa y dice el *ser,* y la filosofía del derecho piensa y dice el *ser* del *derecho.*

Por su parte, la ciencia del derecho –también llamada dogmática jurídica o ciencia jurídica en sentido estricto– estudia los derechos en sus múltiples y diversas concreciones históricas. La ciencia jurídica no se ocupa *del* derecho, sino *de los* derechos. Más aún, ella se ocupa de cada derecho, vale decir, de cada ordenamiento jurídico dotado de realidad histórica. Así, por ejemplo, la ciencia jurídica estudia el derecho chileno en particular, más aún, el derecho chileno actualmente vigente, y no tiene otra pretensión que la de que sus proposiciones posean validez por referencia únicamente a ese determinado derecho que es su objeto de estudio.

En consecuencia, si pusiéramos en un cierto orden a la filosofía, a la filosofía del derecho y a la ciencia del derecho desde el punto de vista de la pretensión y alcance de sus proposiciones, la máxima pretensión y alcance correría por cuenta de la primera (trata del *ser)* y la mínima por la tercera (trata de un derecho en particular). En cuanto a la pretensión y alcance de sus proposiciones, la filosofía del derecho quedaría en una zona relativamente intermedia (trata del ser, pero del ser del derecho, y trata del ser del derecho en general, no de este u otro derecho), más próxima al terreno de la filosofía o al de la ciencia jurídica según el talante de quienes la cultivan y los propósitos que se fijen al momento de cultivarla como disciplina.

Tal como se sugiere con lo dicho en el último de los paréntesis del párrafo anterior, la filosofía del derecho es *filosofía* en cuanto trata del ser, pero es filosofía *del derecho* en cuanto trata sólo del ser del derecho. A su vez, la filosofía del derecho se aproxima a la ciencia del derecho en cuanto fija su atención sobre el mismo objeto de ésta (el derecho), pero se aleja a la vez de ella en cuanto su interés no se circunscribe a éste o aquél derecho, sino al derecho en general.

Tratemos ahora las consecuencias que de la distinción entre *ser* y *ente* pueden derivarse para el dualismo derecho positivo-de-

recho natural, según el desarrollo que Jorge Eduardo Rivera hace de este tema.

¿Qué es lo que llamamos "ser"?, se pregunta el autor, y responde lo siguiente: llamamos así a aquellos *por lo que* los entes "son" y no "no son". Si ente es el "quien" que es, ser es el "es" del quien. Ente es "el que" es. Ser es un "es".

Ente y ser, si bien distintos, se requieren mutuamente. Para que el "ser" sea tiene que encarnar en los entes, y para que los "entes" sean tienen que participar del ser. En otras palabras, sabemos del ser porque hay entes que lo manifiestan o expresan, en tanto que conocemos los entes sólo en cuanto participan del ser. Cada ente es un modo limitado de ser. Pero cada ente no es el ser. El ser no se agota tampoco en la suma de los entes.

Como dice el propio Rivera, "el ser constituye al ente en su estar siendo o poder estar siendo. El ente sostiene al ser, le da suelo para que no flote en el aire sin raíces, es decir, para que no se evapore en la nada". Sin los entes, el ser no sería; sin el ser, los entes tampoco serían. Ser y entes se requieren mutuamente.

Acto seguido, Rivera propone llamar "orden óntico" al dominio o esfera de los *entes* y "orden ontológico" al dominio o esfera del *ser*, y se pregunta luego qué sería lo óntico en el derecho y qué lo ontológico. He aquí su respuesta.

"Lo ontológico del derecho –escribe el autor– es el derecho natural. Lo óntico de él es el derecho positivo. Salta inmediatamente a la vista que así como no hay ser sin entes, ni entes sin ser, tampoco hay derecho natural sin derecho positivo, ni derecho positivo sin derecho natural."

Tal conclusión, sin embargo, requiere de alguna explicación, que no puede ser otra que la que el propio autor citado ofrece al respecto.

El derecho positivo, las normas jurídico-positivas que produce el legislador humano –empleando aquí la palabra "legislador" en un sentido amplio, esto es, para aludir a todo órgano o persona con competencia para producir derecho–, constituyen un ente respecto del cual cabe preguntarse de dónde consigue su ser, o sea, qué hace que tales normas sean derecho.

Sabida es la respuesta que Kelsen y otros autores ofrecen a una pregunta como esa. Lo que hace ser a una norma es otra

norma del mismo ordenamiento jurídico, en concreto, aquélla norma de rango o jerarquía superior que regula su creación, de modo que una norma es –o una norma *vale*– cuando es producida por quien, por medio del procedimiento que y dentro de los límites de contenido que a su respecto hubiere establecido la norma superior correspondiente. Por su lado, esta norma superior es, o *vale,* en la medida en que para su creación se hayan satisfecho también las mismas tres menciones que para su producción se encontraban establecidas por una norma a su vez superior. De este modo, si la sentencia dada por un juez fundamenta su validez en la ley, la ley fundamenta su validez en la constitución.

Es conocido también cómo ese proceso de interrelación normativa descrito por Kelsen tiene que ir a parar, obligadamente, en una primera constitución histórica del respectivo ordenamiento, que coincide con el momento fundacional del respectivo estado, o en una nueva primera constitución histórica que haya sido introducida como consecuencia de un golpe de estado exitoso o de una revolución triunfante. El problema que surge, en consecuencia, es cómo fundamentar la validez de esa primera constitución, o de esa nueva primera constitución, puesto que no existe antes de ella alguna norma positiva que pueda jugar ese papel. Kelsen, entonces, urde su teoría de la norma básica y propone a ésta –una norma no positiva, sino meramente supuesta– como fundamento de validez de la primera constitución o de la nueva primera constitución.

Pero si para Kelsen la norma básica o fundamental es apenas una ficción, para Rivera se trata de una norma que tiene un carácter normante, que, si bien "no le viene de un acto que tenga lugar en el espacio y en el tiempo", "compensativa, por así decirlo todos los actos normantes que tienen lugar en el espacio y en el tiempo". Pues bien –concluye Rivera–, "la norma fundamental saca su carácter normativo del ser mismo de la sociedad, de eso que denominamos con Ortega el 'poder social'. Este ser de la sociedad, por muy distintas que sean las diferentes sociedades, es algo *natural*".

Antes de continuar, permítasenos el siguiente comentario: no es raro que un autor iusnaturalista, como es el caso de Rivera, utilice el planteamiento de Kelsen, un reconocido positivis-

ta, aunque para abandonarlo justo en el momento de dar un determinado carácter a la llamada norma básica o norma fundamental. Con esto quiero decir que –tal como advirtió lúcidamente Alf Ross–, el planteamiento de Kelsen, en cuanto coloca finalmente el fundamento de validez del derecho en una norma no positiva, es decir, en una norma que queda fuera o más allá del ordenamiento jurídico positivo –como es el caso de la así llamada norma básica o fundamental– se pone a las puertas de las doctrinas del derecho natural, puesto que éstas niegan que el derecho positivo pueda tener un fundamento inmanente de validez y ven ese fundamento, asimismo, fuera del derecho positivo. ¿Dónde? En el derecho natural.

Es efectivo que el propio Kelsen se hizo cargo de esa paradoja y que la respondió adecuadamente cuando estableció las diferencias que existen entre su teoría de la norma básica y la teoría del derecho natural, pero lo cierto es que la teoría de la norma básica le viene bien a un iusnaturalista que ve cómo de alguna manera un tan destacado e influyente positivista le regala una afirmación para él inesperada, a saber, que para hallar el fundamento último de validez del derecho tenemos que salirnos del derecho. Del derecho positivo, se entiende, porque todo iusnaturalista va a identificar ese fundamento en otro derecho, a saber, el llamado derecho natural.

La posición de Rivera es perfectamente iusnaturalista, aunque, como él dice, se trata de un iusnaturalismo *sui géneris*.

Su posición es perfectamente iusnaturalista puesto que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo, y afirma la primacía del primero sobre el segundo. "Admitimos –dice– la distinción entre ambas formas del derecho en tanto que el orden ontológico (derecho natural) y el orden óntico (derecho positivo) son dos órdenes distintos, a la vez que sostenemos la supremacía del derecho natural sobre el positivo, como quiera que el orden ontológico es fundante respecto del orden óntico."

Pero, a la vez, su posición iusnaturalista es *sui géneris*, porque la distinción entre derecho natural y derecho positivo que él propone es muy particular, desde el momento que no puede confundirse con la distinción entre dos cosas o dos órdenes claramente separables. Y esto porque "nunca hay 'un' derecho na-

tural que pueda ser identificable como derecho sin su correspondiente positivación. Como no hay tampoco ser sin entes".

Así vistas las cosas, el derecho natural no es derecho del mismo modo que el derecho positivo, vale decir, no es un derecho reconocible y aplicable dogmáticamente, sino, más bien, se trata de un "ámbito de posibilidad" para el derecho positivo, lo cual quiere decir que todo derecho positivo *"tiende* a realizar un ideal o una idea, que es *el* derecho, el derecho natural". A la vez, esa idea es la que da ser al ente "derecho", o, en palabras del mismo Jorge Eduardo Rivera, "es lo que le da derechura al derecho".

Lo que Rivera quiere decir, a fin de cuentas, es que el derecho positivo es siempre provisional, aunque no sólo porque puede cambiar (la cosas en el derecho se deshacen del mismo modo en que se hacen, y, así, una ley sobre una materia reemplaza a otra que regulaba esa misma materia de forma diferente), sino, sobre todo, porque remite a otro derecho en el que se funda (el derecho natural) y al que debe estar siempre atento para que sus cambios sean para mejor. De este modo, "todo derecho positivo debe mirar hacia el derecho natural para hacerse más justo, más derecho".

Sabemos, sin embargo, que el derecho positivo no siempre cambia para mejor. Entonces, la pregunta continúa siendo la siguiente: ¿qué pasa cuando el derecho cambia para peor? ¿Es que en tal caso pasa a ser únicamente menos justo o deja de ser derecho? ¿Cuál es el grado de desajuste que un derecho positivo puede tener respecto de lo justo para que podamos continuar llamándole derecho o para que debamos dejar de considerarlo como tal?

Una cosa es el derecho; otra su mérito o su demérito.

Esa cruda afirmación de Austin no es un llamado a despreocuparnos del mérito o demérito del derecho ni, tampoco, una incitación a comportarnos como pusilánimes ante un derecho injusto o falto de mérito. Es nada más que una advertencia acerca de que el derecho no siempre pasa la prueba de la justicia, una prueba, por lo demás, que va a depender del modelo de justicia con que le midamos.

Tanto es así, vale decir, tanto importa la dimensión de mérito o demérito que el derecho pueda tener, que no pocos autores, según veremos a continuación –Kelsen entre ellos–, estiman

que esa es precisamente la cuestión de que debe hacerse cargo la filosofía del derecho.

Sin embargo, antes de dar paso al segundo capítulo, que es el que se hará cargo de la pregunta ¿qué es filosofía del derecho?, nos detendremos por un instante en la visión que Leszeck Kolakowski tiene acerca de la filosofía general, puesto que el autor polaco, junto con resumir adecuadamente los principales puntos de vista sobre la situación de la filosofía dentro del conjunto de las actividades intelectuales, ofrece algunas interesantes reflexiones concernientes a los puntos de contacto que la filosofía tiene con otros ámbitos de la cultura.

XIV. Kolakowski y la filosofía como disciplina y como función. ¿Una milésima definición de filosofía?

Según explicamos antes, este autor llama la atención sobre esa peculiaridad de la profesión de filósofo que consiste en tomarse demasiada molestia con la pregunta acerca de la índole o naturaleza de la actividad filosófica y con la justificación de esta misma actividad.

Kolakowski separa en cuatro grupos las diversas maneras como los filósofos entienden su propia profesión. En otras palabras, son cuatro los "planteos fundamentales con respecto a la posición de la filosofía dentro del conjunto de las actividades intelectuales".

Está, en primer lugar, el *planteo cientificista,* que se basa en la convicción de que de todas nuestras ideas sólo poseen un auténtico valor cognoscitivo las que responden al modelo de las creencias experimentales o deductivas. Así las cosas, lo que llamamos "filosofía" habríase formado, al modo de un tumor, en los puntos ciegos de tales ciencias, vale decir, en los puntos en que las ciencias carecían de respuestas, de modo que el destino de la filosofía no es otro que el de desaparecer a la misma velocidad con que las ciencias van desatando los nudos ciegos donde la filosofía se había enquistado, o, en el mejor de los casos, el de transformarse ella misma en teoría o metodología de la ciencia.

De esta manera, o la filosofía desaparece merced al avance de la ciencia, o se resigna a servir a ésta para apoyar ese mismo avance.

La segunda de esas alternativas se configura en la medida en que se considere que la filosofía puede colaborar con la ciencia, despejando determinadas cuestiones de naturaleza teórica o metodológica, en tanto que la primera de ellas –mucho más radical– estima que debemos conformarnos con los resultados de la ciencia, los que, a su vez, se explican en buena medida por ellos mismos y no necesitan de aclaraciones que se lleven a cabo fuera de la ciencia. De acuerdo a esta alternativa, todo nuestro conocimiento proviene de la ciencia, y la filosofía trataría sólo de embellecer la imagen que tenemos de la realidad por medio de imaginaciones especulativas y modos de ser ficticios.

Comte y su llamada "filosofía positiva" serían un ejemplo de este primer planteo.

En segundo lugar está el *planteo trascendental,* que parte de la base de que la filosofía es un saber sin presupuestos y enteramente autónomo respecto de la ciencia.

Los partidarios de este segundo programa advierten que toda disciplina científica incluye una cierta cantidad de presupuestos que deben ser aceptados sin mayor prueba si es que se quiere practicar la actividad científica de que se trata, o formula sus resultados de manera tal que posibilita varias interpretaciones metafísicas entre las cuales no es posible llevar a cabo una elección utilizando para ello únicamente los instrumentos que proceden del arsenal de la misma ciencia.

En cambio, la filosofía, que opera sin presupuesto, tiene la obligación de dudar de todo, de comprobarlo todo y de explicarlo todo.

Si para el primer planteo la filosofía estaba destinada a desaparecer, o, cuando menos, a servir a la ciencia y a someterse a las reglas científicas de validez universal, este segundo planteo aspira a colocar a la filosofía a la altura de las ciencias, y, más bien, por encima de éstas, superándolas, puesto que exige dudar sobre los presupuestos que las ciencias admiten de antemano como evidentes.

La fenomenología y el neokantismo son ejemplos de un programa como éste. Un programa, vale la pena decir, que no ve a

la filosofía como coronación de las ciencias ni ejerciendo alguna suerte de imperio sobre éstas, sino como el fundamento de la actividad científica, como lo que da sentido a los resultados de las ciencias. En consecuencia, los afanes de una filosofía así entendida se orientan no hacia lo alto, sino hacia lo profundo, no hacia más allá de la ciencia, sino hacia más abajo de ésta.

Al tercer punto de vista Kolakowski lo llama el *planteo tradicional,* para el cual el programa de la filosofía, junto con aceptar las reglas universales de las demás ciencias, debe consistir en fijar su atención más allá de las ciencias, vale decir, dedicarse a cuestiones que superan las fronteras de cada uno de los sectores especializados de cada ciencia, excediéndolas así a todas ellas.

En tal sentido, la filosofía es trascendente con respecto a las ciencias y busca desentrañar algo general que no esté incluido en ninguno de los resultados científicos en particular, pero que brota de todos ellos en su conjunto.

De este modo, la filosofía trata de cuestiones situadas más allá de los saberes científicos: más allá con respecto a su universalidad (por ejemplo, términos que, como "ser", por su misma universalidad no pueden ser considerados por ninguna ciencia) o más allá porque se refieren a ciertas propiedades o características del mundo de tipo también universal, propias de todos los objetos estudiados por las ciencias, pero que, no obstante, ninguna de ellas puede investigar desde una perspectiva general (por ejemplo, el "tiempo", que es, precisamente, algo que concierne a todos los objetos estudiados por las distintas ciencias, aunque ninguna de éstas pueda hablarnos del tiempo en general).

La idea que Heidegger tiene de la filosofía, así como la que en su momento profesó Aristóteles en la antigüedad griega, constituyen ejemplos bastante evidentes de un programa filosófico de este tipo.

Está, en fin, el *planteo funcional,* más preocupado, como su propia denominación lo indica, de establecer no qué es la filosofía, sino qué función social cumple ésta, más preocupado, por lo mismo, de la filosofía como función (para qué se hace filosofía) que de la filosofía como disciplina (qué es o de qué se ocupa la filosofía).

En otras palabras, si los puntos de vista anteriores querían delimitar algo así como el *sector* en que la filosofía debía poner

su atención, o a lo menos el *método* que sería propio del pensar filosófico sobre el mundo, este cuarto y último planteo acerca de la situación de la filosofía en el concierto de las actividades intelectuales desplaza su interés, y por tanto su atención, a la génesis y *función* de la filosofía, esto es, a la cuestión de dónde procede ella y para qué existe.

Con todo, responder a esas dos últimas preguntas –de dónde procede la filosofía y para qué sirve ella– conduce también a alguna conclusión acerca del sector o sectores que se pueden considerar específicamente delimitados por su horizonte.

Para este cuarto planteo, por lo mismo, la filosofía es una forma de expresión discursiva de las cosmovisiones que somos capaces de formarnos.

Kolakowski incluye en este planteo ciertas concepciones pesimistas de la filosofía.

Así, para la llamada "filosofía vital" (Klages, Lessing, tal vez Nietzsche), la especie humana es el resultado de la decadencia o degeneración de la naturaleza orgánica, hasta el punto de que sus supuestas superioridades sobre las demás especies animales –por ejemplo, articular un lenguaje o fabricar objetos– son tan sólo "prótesis" que el hombre trata de aplicar, desesperadamente, en los lugares más deteriorados, es decir, allí donde se hace más evidente su propia debilidad vital. De este modo, el ser humano está mal adaptado a la vida, en cuanto no se halla en condiciones de reaccionar adecuadamente ante las situaciones en que suele encontrarse. A la vez, y como esta inadecuación aumenta irremediablemente, necesita siempre de nuevas prótesis o puntos de apoyo, lo cual explica la constante renovación de los instrumentos artificiales que, por medio de la técnica, permiten al género humano contrarrestar el deterioro también progresivo de los instrumentos orgánicos.

Dicho de otra manea: el incesante y progresivo entorpecimiento del género humano promueve la producción y renovación también constantes de instrumentos postizos, tales como placas dentales, lentes, pelucas, e incluso computadores, para suplir con estos últimos el deterioro de su cerebro, o sea, el menoscabo de su capacidad de saber y de su retentiva o memoria.

Sin embargo, no sólo los productos de la técnica cumplen esa función de prótesis que acabamos de señalar, sino también

los que resultan de la vida espiritual, a saber, las instituciones sociales, la religión y la propia filosofía.

De este modo, la filosofía pertenece también a ese mundo de los objetos artificiales de que se vale el hombre para paliar su progresivo deterioro. La filosofía es también una prótesis, o, mejor aún, la filosofía es una actividad que cumple la función de una prótesis, o sea, se trata de un procedimiento por el cual se repara o se repone un órgano dañado o faltante.

Otra visión pesimista de la filosofía, también basada en un antagonismo irremediable entre naturaleza y cultura, es la de Sigmund Freud, que analizamos en su momento. Para Freud, como sabemos, creamos cultura –por ejemplo, hacemos filosofía– sólo para encontrar un sustituto a nuestros instintos reprimidos, aunque, al hacerlo, producimos nuevos medios para la represión de los instintos –la moral, por ejemplo–, de modo que éstos, cada vez más frustrados, necesitan de una cantidad de sucedáneos siempre mayor, todo lo cual conduce a una agudización del conflicto entre naturaleza y cultura.

Un tercer punto de vista que Kolakowski incluye en el planteo funcional es el de la filosofía existencial, de la cual Sartre, y el propio Heidegger, constituyen buenos ejemplos.

Las dos puntos de vista analizados previamente se mueven en torno a la cuestión de cuál es el papel que juega el pensamiento filosófico en las necesidades de adaptación de los individuos con respecto a su relación con la naturaleza o con la sociedad. En cambio, para este tercer punto de vista filosofar es una determinada forma de ser y filosofía es, en sí misma, una forma de existencia. Pero entiende, a la vez, que la existencia se identifica con la conciencia.

En otros términos, la filosofía no equivale a un sondeo, realizado desde afuera, de un orden del mundo que sería independiente del pensamiento, sino que ella se constituye a sí misma en "modo de ser del que piensa". En consecuencia, el pensar filosófico "crea un hombre que, no simplemente sabe algo de una disciplina que los demás no saben, sino que es integralmente distinto".

De este modo, el esfuerzo filosófico tiende a la toma de conciencia del propio yo, y, por ende, representa un acto existencial de conocimiento, aunque no un acto de conocimiento en

el sentido corriente del término, que supone una separación entre el acto, el contenido y el objeto de la percepción.

"Ser" y ser consciente es lo mismo; existencia y conciencia de la existencia se identifican. La palabra "ser" –decíamos a propósito de la idea que Heidegger tiene de la filosofía– puede parecernos demasiado ampulosa y hacernos retroceder, salvo que se la relacione con la forma en que los seres humanos están concretamente en el mundo. La filosofía, entonces, es un análisis descriptivo de nuestro ser en el mundo, y el papel del filósofo –como cree William Barrett a propósito de Heidegger– es "examinar y describir los diversos modos de nuestra existencia en este mundo".

Una existencia a la que nos vemos *arrojados* –por utilizar la palabra que emplea el propio Heidegger–, puesto que cada cual sabe de su existencia sólo desde el momento en que se da cuenta de que está aquí, en el mundo, sin que nadie le haya preguntado previamente sobre el particular, es decir, sin que hayamos elegido estar aquí ni dado nuestra venia para venir y estar en el mundo.

Tal como dice Barrett, la vida humana de cada cual comienza "como un lanzamiento de dados", de modo que "su contingencia se encuentra profundamente enraizada en hechos inescapables", en hechos que desde un principio no controlamos, como tampoco controlamos el hecho de la muerte, que pone fin a nuestro estar en el mundo.

No sólo nos despertamos de pronto en el mundo, sino que, apenas acostumbrados a esto, todo acaba, y para la mayoría de nosotros este es un hecho aterrador que apenas si puede ser atemperado por las explicaciones y las promesas de la religión. Somos seres arrojados al mundo y destinados a la muerte, una doble condición que no puede sino producir una profunda angustia en nuestros corazones.

Si existimos sin saber por qué y si, además, existir supone avanzar hacia un futuro que contiene de modo inevitable nuestra propia muerte, la existencia es algo que se nos impone y algo, asimismo, que con mucha dificultad tomamos a nuestro cargo.

Pero, ¿cómo debemos proceder en ello? ¿Cómo podemos llegar a un acuerdo con una existencia que no pedimos y que luego de descubrir que es lo único que tenemos se nos arrebata por modo inevitable?

No hay recetas sobre el particular, dice William Barrett, lo cual quiere decir que "cualquiera que sea la decisión que usted adopte para darle significado a su vida, o para enfrentarse a la muerte, la condición humana debe afrontarse de una u otra forma".

Quizás toda la filosofía –como sugiere Barrett– no sea otra cosa que "una respuesta a la pregunta de la muerte", una reacción ante el hecho de la propia e inevitable finitud. Así, "si todos fuésemos Adán, viviendo eternamente en el Paraíso, sólo vagaríamos, rumiaríamos acerca de esto o de aquello, pero no acerca de ninguna cuestión filosófica seria".

Como dice a continuación Kolakowski, los tres puntos de vista presentados a propósito del planteo funcional, tienen una característica común, cual es, la de definir la filosofía en relación a un determinado empleo terapéutico que se puede hacer de ella. De lo que se trata –argumenta el autor polaco– es de liberarse de alguna forma de invalidez, que en el primer caso es producto de la alienación del género humano con relación a la naturaleza orgánica, en el segundo de la represión de la naturaleza biológica, y en el tercero de la alienación de la vida por la forma de ser de las cosas. En el primero y segundo caso, la filosofía es entendida en el marco de la inevitable oposición entre naturaleza y cultura, entre lo que el hombre encuentra en el mundo y lo que él es luego capaz de levantar entre el polvo y las estrellas, mientras que en el tercero de ellos el punto de partida de la filosofía se encuentra en la oposición entre el hombre (conciencia) y las cosas.

A diferencia de esos tres puntos de vista, el pensamiento filosófico basado en el marxismo –apunta enseguida Kolakowski– "supone una dimensión adicional que modifica radicalmente el cuadro: la historia".

En la idea marxista de las cosas, se interpreta al hombre por su ser colectivo y por su participación en la vida igualmente colectiva. Por tanto, en el pensamiento marxista no se ve a la filosofía en relación con sus funciones terapéuticas para con el individuo, sino en relación con ciertas funciones sociales.

Para Kolakowski, en suma, la idea marxista de la filosofía considera a ésta como una ideología, como una organización de valores, de modo que ella cumpliría no sólo un papel registrativo o descriptivo, sino también uno regulativo.

Para el marxismo, la filosofía es una cosmovisión, vale decir, "un conjunto de formas de ver al mundo que influyen en nuestra apropiación práctica de la imagen valorativa de la realidad, ante la cual debemos tomar posición".

La filosofía satisface necesidades, en concreto, "abastece de valores a la comunidad", o, en otros términos, guía la actividad humana en su componente no técnico, es decir, "la guía en la medida en que esa actividad se basa en la realización consciente de valores".

De este modo, la filosofía aparece como un instrumento de la acción social que es ejercido en nombre de un determinado sector de la sociedad y por individuos (los filósofos) bien definidos y por círculos de gente especializada profesionalmente.

Desde el punto de vista del materialismo histórico –afirma siempre Kolakowski–, el pensamiento filosófico "es una interpretación disfrazada de las necesidades sociales conflictivas de grupos antagónicos, en la conciencia de sus abogados, quienes aparentemente confirman esas necesidades sin dependencia alguna con respecto a los grupos, sino fundándolas en la naturaleza de las cosas, en la estructura del cosmos, en la condición del espíritu del hombre, en el ser de Dios o en los determinismos de la evolución histórica".

La filosofía, entonces, es "un baile de disfraces", en tanto que las diversas doctrinas filosóficas no son más que formas mistificadas de expresar ciertas necesidades de las distintas comunidades o grupos sociales, de modo que estas necesidades no aparezcan como algo negativo.

Acercándose ya al término de sus análisis, Kolakowski, luego de presentar los cuatro planteos fundamentales relativos a la situación de la filosofía dentro del conjunto de las actividades intelectuales –cientificista, trascendental, tradicional y funcional–, y luego, asimismo, de destacar cuatro puntos de vista que caben dentro del planteo funcional –filosofía vital, filosofía como paliativo, filosofía existencial y filosofía marxista–, puntualiza que hasta hoy nadie ha tenido éxito en el intento de llevar a cabo una síntesis entre esos cuatro puntos de vista, salvo quizás el efectuado por Sartre, quien creyó posible unificar los dos últimos de esos mismos cuatro puntos de vista. Menos afortunados, aún, han sido los esfuerzos por conciliar interpretaciones

filosóficas fundamentalmente distintas, que es lo que se hace cuando se procura acercar entre sí dos o más de los cuatro planteos que distingue el autor, por ejemplo, el cientificista y el trascendental.

Por lo mismo –concluye– "el contacto entre los diversos estilos de pensamiento filosófico se ha hecho increíblemente difícil. Hablamos en sistemas conceptuales intraducibles y ya no nos entendemos".

Esa lúgubre conclusión, sin embargo, se ve suavizada por la existencia de cierta comunidad filosófica, tanto desde el punto de vista genético como funcional, que se produce a partir del hecho de que toda filosofía, a fin de cuentas, es un intento por "expresar en forma discursiva el mismo contenido que llega a expresarse, por otros medios, en el arte, en la literatura, en la religión, en parte en la ciencia, y en parte en el pensamiento político".

De este modo, y porque "la filosofía roza muchos sectores de la vida cotidiana, tales como los arriba señalados, vale la pena detenerse un instante en los puntos de contacto que la filosofía tiene con esos otros sectores de la cultura. Advertir esos puntos de contacto, esos parentescos que la filosofía reconoce con otros ámbitos de la cultura, no es algo que haya de ser intentado para "formular la milésima definición de filosofía en cuanto disciplina, sino más bien para hacer presente la extrema arbitrariedad de tales definiciones".

En primer lugar, la filosofía demuestra su parentesco con el *arte* en la forma específica del envejecimiento de las producciones de éste y de aquélla, lo cual quiere decir que las producciones de la filosofía y del arte tienen una misma manera de envejecer.

Los productos de la *técnica* envejecen en el sentido de que los que a partir de cierto instante rinden menos son suplantados por los que rinden más, lo cual trae consigo que un producto técnico obsoleto no sólo deja de ser utilizado, sino que, además, su conocimiento deja de ser necesario para fabricar los nuevos productos. De este modo –y tomando el mismo ejemplo de Kolakowski–, la diligencia es suplantada por el avión, y el constructor de aviones no necesita saber cómo se fabrica una diligencia para ejercer su profesión exitosamente.

Cosa distinta ocurre con los productos del trabajo artístico, puesto que la contemplación de las pinturas de Picasso no suple la contemplación de las obras de Rembrandt, así como la lectura de Joyce no suple la lectura de Dante.

No es que las obras de arte no envejezcan. Por el contrario, envejecen. Envejecen en el sentido de que no es imaginable que un pintor moderno pinte con la técnica de Rembrandt o que un escritor de nuestros días escriba como lo hacía Dante. Pero dichas obras no envejecen en el sentido de que sean suplantadas por las nuevas obras, puesto que aquéllas conservan su valor original.

Desde este punto de vista, la filosofía se parece más al arte que a la técnica. Así, es difícil imaginar que un filósofo contemporáneo pueda hacer filosofía como la hicieron Confucio o Platón, pero, a la vez, la filosofía actual no está en condiciones de suplir el conocimiento de Confucio o de Platón.

Otro punto de contacto entre filosofía y arte se encuentra en el poderoso papel que juega en ambos la fuerza de la expresión, es decir, el elemento retórico ajeno al contenido.

Refiriéndose al primero de esos puntos de contacto, Iris Murdoch, quien escribió novelas y también filosofía, advierte que "la filosofía no progresa como lo hace la ciencia", en tanto que está claro también que "la literatura no progresa". Con todo, el motivo profundo para hacer literatura, o arte de cualquier tipo, es similar al que mueve a hacer filosofía: "el deseo de vencer la carencia de forma del mundo, y de alejarnos al construir formas a partir de lo que, de otra manera, podría parecer una masa de escombros sin sentido". Es decir, como señala Graham Greene, escribimos (filosofía o literatura) para introducir algún orden en el caos de la experiencia, o –como gustaba decir entre nosotros el escritor y filósofo del derecho Carlos León– escribimos por la misma razón que el capitán de una nave estiba bien su carga para que ella parezca realmente un barco y no una feria flotante.

Siempre, a propósito de filosofía y literatura, la novelista y profesora de filosofía en la Universidad de Oxford, advierte, con todo, una diferencia importante entre una y otra actividad, a saber, que si perdonamos a la literatura, a la filosofía no la perdonamos. Con esto quiere decir que la filosofía tiene la pretensión

de aclarar y explicar, de formular y resolver problemas sumamente difíciles, y, en tal sentido, trabaja para un auditorio de especialistas. En cambio, el autor de cuentos y de novelas, que no tiene un público de especialistas, quiere entretener, consolar, divertir. De este modo, y como la literatura es diversión, tiene "innumerables intenciones y encantos" y ella nos interesa en diferentes niveles y en formas también diferentes. Está llena de "trucos, de magia y de artilugios deliberados".

En síntesis, "la literatura entretiene: hace muchas cosas; la filosofía, sólo hace una cosa". Y de allí se sigue que la mala filosofía no sea filosofía, en tanto que es literatura incluso la mala literatura.

La filosofía tiene también un parentesco con el *pensamiento científico.* De partida, la filosofía suele presentarse como un modo de saber, esto es, como una actividad que de algún modo y en alguna medida aumenta nuestro conocimiento del mundo. Además, siempre es posible juzgar los resultados del quehacer filosófico con determinados criterios que tienen aplicación habitual y general en el pensamiento científico, a saber, coherencia interna de los argumentos, fuerza probativa de éstos, etc.

Con la *religión,* a su turno, el parentesco de la filosofía es también evidente, puesto que el impulso que conduce a ambas es más o menos el mismo: la necesidad de conseguir una imagen totalizadora del mundo, una imagen, por lo demás, que supone cuestiones a las que no es posible responder con la ayuda de un método de control y que, no pudiendo plantearse a partir de una teoría científica, sólo pueden ser abordadas por medio de alguna forma de valoración del mundo.

Lo anterior quiere decir que filosofía y religión tienen en común la situación que provoca la aparición de ambas en la cultura, aunque no reconozcan afinidad en las respuestas que una y otra ofrecen a esa situación. En otras palabras, el impulso para hacer filosofía y religión es similar y tiene que ver con el asombro y con la necesidad de conseguir una interpretación totalizadora de la realidad, aunque el tipo de conclusiones a que llegan filosofía y religión no son equiparables. Así, el parentesco entre ambas se halla en la *raíz,* mas no en *la conclusión.*

Por último, hay también una zona fronteriza de la filosofía que hace que ésta roce ahora con las *doctrinas y las ideologías po-*

líticas. Dice Kolakowski que la filosofía manifiesta su parentesco con éstas últimas en la medida que, como ellas, es la expresión de determinadas actitudes frente al mundo que incluyen un determinado sentido político. Así, tanto en filosofía como en política cabe una actitud conservadora o una de carácter crítico; una actitud que lleva a considerar las cosas como funciones de un todo del cual forman parte o más bien como individualidades; una actitud que cree en una cierta plasticidad del mundo u otra que lo entiende como resistente al tiempo y formado con arreglo a principios; una actitud orientada al cambio y otra que acepta el orden tradicional.

Aunque las correlaciones entre filosofía y doctrinas políticas –según cree Kolakowski– son "con frecuencia ambivalentes y enmarañadas", la historia de ambas permite suponer que existe un vínculo entre posiciones filosóficas y opiniones políticas, aunque no en el sentido de que las segundas derivan lógicamente de las primeras, sino más bien "que están psicológicamente en mutua dependencia o que proceden de una fuente común".

XV. Conclusiones

Quizás si los planteamientos de Kolakowski acerca de la filosofía, en cuanto ordenan las distintas maneras de dar una respuesta a esa pregunta, puedan constituir una adecuada conclusión del presente capítulo relativo a ¿qué es filosofía?

Sin embargo, vamos a ofrecer en esta parte un conjunto de conclusiones sobre la materia, de modo que el lector no se quede únicamente con la sensación de tener a su alcance un cierto repertorio de respuestas para esa pregunta. De más está decir, asimismo, que las conclusiones que siguen no tienen el propósito de destacar alguna de esas respuestas para presentarla como la mejor, la correcta o la verdadera. A lo que estas conclusiones se enderezan es a una síntesis del problema a que apunta la pregunta ¿qué es filosofía?, y a recoger algunas orientaciones, y quizás también algún estímulo, en torno a una pregunta como esa.

1. Cuando Ortega y Gasset dio inicio en 1929 a su curso titulado "¿Qué es filosofía?", y que hoy es posible encontrar pu-

blicado bajo ese mismo título, afirmó que en esa época soplaban buenos aires para la filosofía, a diferencia de lo ocurrido en el tiempo inmediatamente anterior.

Nuestro tiempo –declaró el filósofo español– tiene "un destino filosófico y, por eso, se complace en filosofar". Cosa distinta, hasta 30 años antes se había producido lo que él llama "una reducción y encogimiento del ánimo filosófico", como consecuencia del "imperialismo de la física" y del "terrorismo intelectual de los laboratorios".

Con todo, Ortega fue consciente de que el tema de su curso de 1929 era el más técnico y gremial, propio sólo para filósofos, puesto que la pregunta ¿qué es filosofía? concierne a la ocupación particular y privada de los filósofos.

Setenta años más tarde, en el inicio ya de otro siglo y hasta de un nuevo milenio, nuestro tiempo no parece tener ese espíritu ni menos ese destino filosófico que Ortega atribuyó al suyo. No acontece ya que se acuda a los filósofos como se acude "a un viajero que se supone trae noticias del trasmundo" ni se "pone tampoco el oído alerta cuando por el aire público pasan revolando filosóficas palabras". Por el contrario, no faltan voces que hablan del fin de la filosofía, o acaso de su deconstrucción, aunque las hay también que llaman a reconstruir la filosofía.

Precisamente, una manera de llevar a cabo esa reconstrucción puede consistir en volver a retomar la pregunta ¿qué es filosofía?, o, más concretamente, ¿qué puede significar *hoy* hacer filosofía?

Sin embargo, esa pregunta técnica y gremial que dio el título al mencionado curso de Ortega continúa preocupando a los filósofos, quizá porque éstos no tienen otras cosas interesantes que preguntar, como sugieren, no sin cierta ironía, Gilles Beleuze y Felix Guattari en su libro, de 1991, *Qu'est-ce que la philosophie?* Lo que estos autores desean sugerir es que si desde siempre los filósofos se han hecho, entre otras, la pregunta ¿qué es filosofía?, en la actualidad parecieron haberse quedado sólo con esa pregunta. Y no *sólo* con esa única pregunta, sino también a *solas* con ella, vale decir, ensimismados y aparte de quienes se preguntan por otras cosas que sí interesan a las personas.

No vamos a reproducir ahora todo el camino que hizo Ortega en su curso de 1929 para responder a la misma pregunta

que 62 años más tarde daría también su título al libro recién mencionado, aunque los planteamientos iniciales de ese curso –que hemos resumido previamente– pueden constituir un buen punto de partida para las demás conclusiones que siguen.

Por lo demás, quizás tuviera razón Bertrand Russell cuando dijo que las tareas de la filosofía no son en cada época diferentes en lo más mínimo de las de otras épocas. La filosofía tendría así un valor permanente que no cambiaría más que en el siguiente sentido: "que algunas épocas se alejan de la sabiduría en mayor medida que otras y en consecuencia tienen una necesidad mayor de filosofía combinada con una disposición menor a aceptar la filosofía".

2. Es un hecho que desde siempre los filósofos han hecho cuestión de su actividad, esto es, se han preguntado por la índole o naturaleza de lo que hacen, y es por eso que la pregunta acerca de qué es filosofía aparece recurrentemente en la obra de todos quienes se han dedicado a la actividad filosófica.

Tanto es así que la necesidad de explicarse a sí misma puede ser la primera, o cuando menos la más persistente, de las necesidades que la filosofía reconoce como suyas, hasta el punto de que constituye una paradoja que los filósofos hayan consumido tanto tiempo en preguntarse qué hace la filosofía antes de hacer derechamente aquello que corresponde hacer a la filosofía.

Se admite comúnmente que preguntas tales como ¿qué es la química?, ¿qué es la economía?, o ¿qué es la historia?, no son, respectivamente, preguntas químicas, económicas ni históricas. Se trata de preguntas que, en cierto modo, caen fuera del ámbito de trabajo de cada una de tales disciplinas. Son preguntas que están situadas antes o por encima de la química, la economía o la historia, según el caso, entendidos esos saberes como determinados sistemas de proposiciones acerca de sus respectivos objetos.

De allí, entonces, que pueda afirmarse que la pregunta ¿qué es la química?, es una pregunta metaquímica, del mismo modo que las preguntas ¿qué es la economía? y ¿qué es la historia? son, respectivamente, una pregunta metaeconómica y metahistórica.

Sin embargo, con la filosofía ocurre algo distinto, porque la pregunta ¿qué es filosofía?, es, ella misma, una pregunta filosó-

fica, vale decir, una pregunta que se mantiene dentro de los límites de la propia filosofía. "Sólo la filosofía puede decir qué sea la filosofía", sentencia Zubiri.

En consecuencia, no hay nada que pudiéramos llamar "metafilosofía", puesto que la antes mencionada pregunta pertenece a la propia filosofía y no se sitúa fuera ni por encima de ésta.

Con todo, dicho término –"metafilosofía"– puede ser utilizado convencionalmente, como de hecho lo emplean hoy determinados autores, para referirse a la "filosofía de la filosofía", es decir, a aquella parte de la filosofía que se constituye como reflexión acerca de la propia actividad filosófica y que procura establecer lo que ésta es o tendría que ser.

Más concretamente, la metafilosofía, o filosofía de la filosofía, preguntaría por lo que la filosofía es, o por lo que tendría que ser, por su objeto, por su finalidad, por su método, por su índole o naturaleza, por el tipo de disciplina que constituye, y otras cosas semejantes.

Habitualmente, la pregunta ¿qué es filosofía?, puede ser descompuesta en preguntas tales como ¿cuál es el objeto de la filosofía?, ¿cuál es el método de la filosofía?, y ¿cuáles son los problemas que, concernientes a su objeto, deben ser tratados por la filosofía? Es, según vimos, lo que hace Roger Scruton.

Cualquiera de esas tres preguntas se refiere a lo mismo y no son más que distintas maneras de inquirir acerca de un asunto semejante. La misma pregunta por el método de la filosofía, esto es, por los procesos operativos de que ella se vale y por los criterios que emplea para controlar de algún modo sus resultados, concierne asimismo al objeto y a los problemas de la filosofía, puesto que el método de una disciplina alcanza también a la manera como ella delimita su objeto y selecciona los problemas que, concernientes a ese objeto, serán materia de su interés.

En una línea de pensamiento quizás más modesta, un autor contemporáneo como John Passmore prefiere no la pregunta ¿qué es filosofía?, sino la pregunta acerca de cómo podríamos demarcar la filosofía respecto de otras formas de la actividad humana. Por lo mismo, lo que tendríamos que preguntarnos es qué hace hoy de alguien un filósofo, qué problemas, conceptos, doctrinas, libros, revistas consideramos hoy como filosóficos, o qué clase de investigaciones podemos considerar filosóficas.

Con todo, hay filósofos que eluden esas cuestiones y que proponen ocuparse directamente de las cuestiones filosóficas propiamente tales –algo así como ir directamente al grano–, sin perder el tiempo revoloteando interminablemente alrededor de la pregunta ¿qué es filosofía?

En ello –dicen esos autores– los filósofos deberían emular a los científicos, quienes están acostumbrados a hacer su trabajo –un trabajo las más de las veces perseverante y provechoso– sin haber alcanzado toda la claridad que desearían acerca de preguntas tales como ¿qué es la ciencia?, o ¿cuál es el propósito final de la ciencia?

Tales son los filósofos antifilósofos, como los llama Richard Rorty. Son los filósofos que encuentran sentido en hacer *filosofía,* mas no en hacer *Filosofía,* entendiendo por la primera una actividad no problemática y sin riesgo de desaparecer que constituye un intento de ver como las cosas, en el sentido más amplio del término, permanecen unidas, también en el sentido más amplio del término, y entendiendo por la segunda –la llamada "Filosofía"– como una actividad mucho más especializada y dudosa, y amenazada por lo mismo de un próximo fin o término, que lo que hace es poner en discusión la naturaleza y la función de la filosofía.

De tanto en tanto, la actividad filosófica produce sus propios sepultureros, aunque no en el sentido de los parricidas de Berlín –que quitan preguntas de la canasta filosófica para, una vez reformuladas, llevarlas a la canasta empírica o a la canasta formal–, sino en el sentido más fuerte de filósofos que dirigen su artillería en contra de su propia actividad y que anuncian así el término o fin de la filosofía –o acaso tan sólo el término o fin de la "Filosofía"– o que llaman a reformular la actividad filosófica de una manera tal que difícilmente haría posible continuar llamándola de esa manera.

Jacques Bouveresse dice a este respecto que el filósofo se cuenta entre los autófagos, entendiendo por "autofogia" la conservación de la vida a expensas de la propia substancia en un animal sometido a la inanición. "Podríamos preguntarnos –invita el autor– si la filosofía, después de haber sido sometida por los filósofos mismos al estado de inanición, podrá continuar sobreviviendo por largo tiempo a expensas de su propia substancia".

3. Lo que parece dividir las opiniones no es si el hombre puede o no conseguir un conocimiento de las cosas, sino si acaso la filosofía es una disciplina que provee un conocimiento real o tan sólo uno artificial o aparente de las cosas. La cuestión no es entre escépticos y creyentes en cuanto a las posibilidades del conocimiento –y en general de las teorías–, sino en cuanto a las posibilidades de la filosofía en orden a proporcionar auténtico conocimiento.

En otras palabras: ¿de qué depende que la filosofía tenga un objeto, un método y unos determinados problemas de los cuales ocuparse? ¿De qué depende que la filosofía pueda presentarse como un saber autónomo, o cuando menos como un saber específico y diferente de otros, capaz, por tanto, de dar justificación de sus proposiciones y asertos?

Recordemos la respuesta de Berlin, a saber, que una disciplina se constituye como tal desde el mismo momento en que establece con alguna claridad el tipo de preguntas para cuya respuesta ella pretende constituirse.

Pero queda en pie una cuestión: la de que la canasta de las preguntas filosóficas se vacía en favor de las otras dos canastas –la empírica y la formal– únicamente en la medida en que las preguntas que viven en ella consiguen ser formuladas y contestadas al modo como se enuncian y responden las preguntas empíricas y las preguntas formales, de manera que bien podría decirse que las preguntas que permanecen en la canasta de las preguntas filosóficas, y que no consiguen salir de ella, son cuestiones a las que no se puede responder y que, por tanto, carece de sentido ocuparse de ellas. Así, se trataría no sólo de preguntas raras, en el sentido de que nos sumen en una honda perplejidad, sino posiblemente de preguntas respecto de las cuales ni siquiera hay acuerdo suficiente acerca de lo que ellas significan.

Por utilizar el ejemplo de Quine, *cómo* comenzó el mundo y *cómo* comenzó la vida son preguntas que estuvieron alguna vez en la canasta de las preguntas filosóficas, pero que luego pudieron ser trasladadas a la canasta de las preguntas empíricas, concretamente, desde que pudieron ser pasadas al campo de trabajo de físicos, astrónomos y biólogos. En cambio, *por qué* comenzó el mundo o *por qué* comenzó la vida serían seudopreguntas respecto de las cuales no es posible imaginar cuál sería la respues-

ta apropiada y que, por tanto, deberían quedar excluidas de la filosofía.

De ese modo, el cometido de la filosofía no es quedarse mirando dentro de la tercera canasta, sino intentar sacar de allí el mayor número de preguntas posible y, por medio del análisis lógico, lingüístico o conceptual, hacerlas inteligibles y llevarlas hasta alguna de las otras dos canastas de preguntas que conocemos.

4. Un punto de interés respecto de la pregunta que ha ocupado nuestra atención en este ya probablemente demasiado extenso capítulo concierne a las relaciones entre ciencia y filosofía.

¿Es la filosofía una disciplina y una actividad equiparable a la ciencia?

¿Es la filosofía una disciplina y una actividad diferente de la ciencia y autónoma respecto de ésta?

¿O ciencia y filosofía son nada más que un continuo?

Quine se inclina por una respuesta afirmativa a la tercera de esas preguntas y asume que hay contornos más generales del sistema total del mundo que deben ser buscados por la filosofía –lo cual la haría distinta de la ciencia–, pero que, a la vez –lo mismo que la ciencia–, procede para ello no a priori, sino empíricamente.

Un autor como Quine no tiene mayor dificultad en admitir que la filosofía se plantea las preguntas más universales que es posible formular acerca no de tal o cual conocimiento específico, sino acerca del conocimiento en general. Conceptos como "conocer", "causa", "virtud", "bueno", no conciernen sólo a uno o más saberes determinados. Se trata, en cambio, de ciertas categorías de conformidad con las cuales interpretamos, comprendemos y actuamos en el mundo. Son, si se quiere, los modelos, las formas o las categorías de nuestras experiencias.

Tales categorías pueden ser estudiadas por la filosofía, aunque no por ello ésta se transforma en un estudio no empírico, puesto que en dicho estudio ella procede también empíricamente. La filosofía –dice Quine– no es algo distinto de la ciencia, sino una actividad que tiene con esta última una diferencia de grado, puesto que "busca los contornos más generales del sistema total del mundo". Está ella "en el extremo abstracto y teóri-

co de la ciencia", hasta el punto de poder decirse que la ciencia –en el sentido amplio del término– "es un continuo que va de la historia y la ingeniería, en un extremo, hasta la filosofía y la matemática pura, en el otro".

Así, por ejemplo, un físico habla de conexiones causales de cierta clase, en tanto que un biólogo habla de conexiones causales de otra clase. Pues bien, el filósofo nos habla de conexiones causales en *general.* Entonces, la filosofía no hace más que continuar el trabajo de la ciencia, ir más allá, aunque no trasladándose a un campo propio y distinto.

Lo que habría que descartar, en todo caso, es la creencia popular –inducida quizás por los propios filósofos– de que la actividad filosófica es más difícil que la actividad de orden científico. Como apunta sobre el particular J.J.C. Smart, las matemáticas y la física son más difíciles que la filosofía. Lo que pasa es que la filosofía *parece* más difícil porque, a diferencia de lo que ocurre con quienes investigan en los campos de la física, química, biología o matemáticas, los filósofos no se muestran nunca demasiado optimistas en cuanto a la posibilidad de ponerse de acuerdo unos con otros.

Tanto es así que un recién doctorado en filosofía puede argumentar en cierto modo de igual a igual con sus profesores, algo que en mucho menor medida puede hacer un recién doctorado en física, biología o matemáticas.

Por otra parte, cuando se dice que la filosofía continúa el trabajo de la ciencia, ello no significa propiamente que la filosofía se reserve hoy para un momento posterior al de la ciencia, esto es, que tome de ésta el relevo –como en las carreras de posta– cuando la ciencia ha concluido ya su tarea y se muestra fatigada y sin posibilidades de continuar avanzando. Por el contrario, lo que se observa hoy es que la filosofía se articula con la ciencia, corre en cierto modo junto a ésta y la apoya sobre la marcha en los movimientos que la ciencia ejecuta para acercarse a la meta lo más velozmente posible.

En otras palabras, la filosofía no empieza a hablar cuando la ciencia ha callado, sino que habla en medio del propio discurso de la ciencia. Esto es lo que se observa –y no únicamente en los temas éticos– a propósito de la creciente e integrada interlocución que mantienen hoy científicos y filósofos.

En consecuencia, de lo que se trataría hoy es de facilitar un mayor y más constante diálogo entre científicos y filósofos, entendiendo que a fin de cuentas el campo de trabajo para ambos es el mismo y que sólo la perspectiva, o acaso la sensibilidad, es lo que diferencia sus respectivos enfoques.

5. No cabe duda de que un rasgo sobresaliente de la filosofía del siglo XX, en particular de la obra de Wittgenstein y de los autores que se inscriben en el llamado "positivismo lógico", lo constituye la importancia que se atribuye al lenguaje en la actividad que realizan los filósofos.

Tradicionalmente, como sabemos, se había creído que el papel de la filosofía consistía en descubrir verdades acerca del mundo que las ciencias no eran capaces de develarnos. Para el nuevo punto de vista, sin embargo, sólo la ciencia es un hablar acerca del mundo que puede proveernos de algunas verdades acerca de éste, en tanto que la filosofía sería solo un *hablar sobre el hablar* acerca del mundo. Como dice Alfred Ayer, en este contexto de ideas la filosofía pasa a ser considerada como un "objeto de estudio de segundo orden. Los objetos de primer orden eran hablar acerca del mundo; entonces, este objeto de segundo orden era hablar acerca de su hablar acerca del mundo. Así, pues, empleando la expresión de Gilbert Ryle, la filosofía llegó a considerarse un 'hablar sobre el hablar'".

Con todo, Ayer no comparte el punto de vista de los positivistas del Círculo de Viena en cuanto a que la filosofía, al no pretender otra cosa que aclarar proposiciones acerca del mundo, sería incapaz de presentarse ella misma como un conjunto de proposiciones. Ayer considera incorrecta la afirmación de que no existen proposiciones filosóficas. "Decir de ellas –escribe– que son, en algún sentido, proposiciones acerca del uso de las palabras, es, a mi parecer, correcto, pero también inadecuado, porque, ciertamente, no toda declaración acerca del uso de las palabras es filosófica". De este modo –agrega–, "un lexicógrafo también trata de dar información acerca del uso de las palabras, pero el filósofo se diferencia de él en que no está interesado en el uso de expresiones particulares, sino en clases de expresiones y, mientras las proposiciones del lexicógrafo son empíricas,

las proposiciones filosóficas, si son verdaderas, son, generalmente, analíticas".

Ayer cree también que no es muy tajante la distinción entre hablar acerca del mundo y hablar acerca de nuestro hablar acerca del mundo, porque "el mundo es el mundo como lo describimos (con las palabras); el mundo como figura en nuestro sistema de conceptos".

Con todo, vale la pena distinguir también entre positivismo lógico y filosofía lingüística, y entre filosofía lingüística y filosofía del lenguaje. Basándonos para ello en reflexiones de Bernard Williams y John Searle, podemos decir lo siguiente:

El positivismo lógico consideró que el modelo del discurso humano significativo era la ciencia, de modo que la filosofía no podía ser otra cosa que filosofía de la ciencia. En cambio, la filosofía lingüística, consciente de que la ciencia no es el único discurso humano, sino que hay diferentes discursos, es decir, variedad de formas diferentes del discurso humano, entendió que el papel de la filosofía era intentar descubrir cómo funcionaban esas diversas formas de hablar acerca del mundo, incluida por cierto la de la ciencia, aunque sin declarar carentes de significado a las formas no científicas de nuestro hablar sobre el mundo. Así, por ejemplo, la religión es una forma no científica de hablar acerca del mundo y, en consecuencia, un filósofo lingüístico no la desecharía por ese solo hecho, sino que se fijaría en ella y diría algo así como "Bien, aquí tenemos esta forma de discurso, que es una forma de vida, como cualquiera otra".

En cuanto a la distinción entre filosofía lingüística y filosofía del lenguaje, se trata de denominaciones muy similares, aunque reconocen también una importante diferencia.

En efecto, la llamada "filosofía del lenguaje" es una parte, rama o área de la filosofía. ¿Cuál? Aquella que como su propio nombre lo indica se ocupa, en cuanto objeto de estudio, de los problemas que ofrece el lenguaje. Por su parte, la "filosofía lingüística" –o análisis lingüístico, como también se la llama– no es una parte o rama de la filosofía, sino un método del cual ésta puede valerse respecto de las cuestiones o asuntos que surgen en todas sus ramas.

Como aclara por su parte Searle, "filosofía del lenguaje" no es el nombre de una técnica, sino el de una materia de estudio.

Es el nombre de aquella rama de la filosofía que concentra su atención en el lenguaje. En cambio, "filosofía lingüística", o análisis lingüístico, es una técnica o método para tratar cualquier problema o asunto filosófico. El *filósofo del lenguaje,* por lo mismo, consciente de que el lenguaje es algo fundamental para la vida y el conocimiento humano, hace del lenguaje su objeto o materia de estudio. Por su parte, el *filósofo lingüístico* es aquel que cree que a la hora de resolver cualquier problema filosófico –por ejemplo, relativo al ser, al conocer o al actuar humano– vale la pena detenerse en el lenguaje en que tales problemas se plantean como una manera de aclararlos. El filósofo del lenguaje hace del lenguaje su problema filosófico, en tanto que el filósofo lingüístico reconoce que hay múltiples problemas filosóficos y que para el tratamiento y esclarecimiento de éstos bien vale la pena valerse del análisis lingüístico, es decir, de un examen de las palabras y proposiciones en que tales problemas se expresan.

6. Un rasgo bastante visible de la filosofía de nuestro tiempo está constituido por el auge de las llamadas "filosofías de...", por ejemplo, filosofía de la historia, filosofía del arte, filosofía del derecho, filosofía política, filosofía de la educación, y así, un fenómeno que John Passmore considera reciente, sólo posterior a la segunda guerra mundial, e, incluso, peligroso, puesto que –se pregunta– ¿cómo armonizar el hecho de que los filósofos sean cada vez más proclives a especializarse en determinadas áreas con el punto de vista tradicional que considera la filosofía como una actividad interesada en descubrir las más amplias generalizaciones?

Sin embargo, lo peculiar de la filosofía es su espíritu y consistir en una discusión que nunca acaba porque se trata de una discusión sobre las discusiones, y, más concretamente, sobre los supuestos de nuestras discusiones. Así como algunos de esos supuestos son generales y atraviesan todos los discursos, la filosofía, en este sentido, continúa siendo general. Por otra parte, como otros de nuestros supuestos conciernen sólo a determinados campos de la realidad, y cobran por tanto importancia únicamente en las discusiones que recaen sobre problemas de esos mismos campos, ello explica que haya y deba haber un lugar, y hasta una necesidad, de las llamadas "filosofías de...".

Esas "filosofías de..." serían por una parte regionales, por cuanto concentran su atención en un sector bien delimitado de la realidad –por ejemplo, en el derecho–, aunque se ocupan de discutir sobre las discusiones que se llevan a cabo sobre ese objeto en general y no en una determinada y particular forma de concreción histórica del mismo. Así, por ejemplo, los juristas discuten tanto sobre el derecho como sobre el derecho chileno, se preguntan por lo que pueda ser una norma jurídica en general y, a la vez, por el sentido y alcance que haya de dársele a una determinada norma del ordenamiento jurídico nacional, de donde resulta que el interés de la filosofía del derecho aparecería concentrado en la pregunta sobre el derecho y sobre la norma jurídica en general y no sobre el derecho chileno o sobre una determinada de sus normas.

Exagerando un tanto las cosas, uno podría decir que la filosofía tiene hoy un carácter claramente parasitario, puesto que se alimenta a expensas de otra cosa, por ejemplo, la ciencia, la moral, la religión, el arte o el derecho. De este modo, como dice Frederick Copleston, el filósofo del arte, por ejemplo, no pinta cuadros ni compone sinfonías. Tampoco usurpa las funciones del crítico de arte. Lo que hace es indagar sobre la naturaleza de nuestros juicios estéticos.

Tal como veremos en el siguiente capítulo a propósito de la filosofía del derecho, esas filosofías regionales pueden constituirse tanto desde arriba como desde abajo. Se constituyen desde *arriba* cuando, a partir de un sistema filosófico dado, se trata luego de explicar un determinado sector de la realidad, por ejemplo, el derecho. En cambio, se construyen desde *abajo* cuando, partiendo del conocimiento que se pueda tener sobre ese determinado sector, se plantean acerca de éste preguntas de carácter general que ese conocimiento desconoce o cuyas respuestas da por supuestas. En el primer caso, premunidas de los conceptos, lenguaje y categorías de un determinado sistema filosófico, y en cuanto tal *general,* se sale al encuentro de un fenómeno particular de la experiencia a fin de explicarlo en uso de tales conceptos, lenguaje y categorías, que es lo que hace Kant, por ejemplo, cuando aplica al derecho su doctrina o sistema filosófico general y produce una filosofía del derecho. En el segundo caso, provistos de un cierto conocimiento o saber

acerca de un determinado objeto o fenómeno de la experiencia, nos elevamos –por decirlo de este modo– a esa sede filosófica en la que es posible plantear las preguntas más generales acerca de ese objeto o fenómeno, que es, por ejemplo, el tipo de filosofía del derecho que ha promovido y practicado Norberto Bobbio.

7. Llama también la atención que el auge de lo que podríamos llamar filosofías regionales o filosofías aplicadas vaya de la mano con el hecho de un similar auge de la ética aplicada.

La ética ha sido considerada siempre como una parte o capítulo muy destacado de la filosofía que inquiere por el actuar del hombre y por los criterios que se emplean, o que deberían ser empleados, para calificar a ese actuar como correcto o incorrecto desde un punto de vista moral.

La ética, en cualquiera de los niveles en que ella se desenvuelve –como postulación de determinadas normas o códigos morales que se prefieren a otros *(ética normativa),* como interpretación de normas o códigos morales ya puestos *(ética analítica),* o como elucidación de términos y conceptos, tales como "bien" o "mal", que son comunes a todo discurso ético en cualquiera de los otros dos niveles *(metaética)*– se concentra hoy no tanto en el comportamiento humano en general, sino en ámbitos o campos determinados de éste que se delimitan en razón de las distintas actividades y profesiones humanas.

Asistimos, entonces, al auge no de la *ética,* sino, más específicamente, al auge de la *ética aplicada.* Así, en su nivel normativo, lo que se pregunta hoy comúnmente no es qué debemos hacer los hombres para hacer el bien y evitar el mal, sino qué deben hacer en sus respectivos campos de acción los abogados, los jueces, los médicos, los biólogos, etc., para hacer el bien y evitar el mal en sus respectivas áreas de trabajo, es decir, qué deben hacer cada una de esas distintas categorías de personas para que su comportamiento en la respectiva actividad pueda recibir aprobación, desde un punto de vista moral, tanto de parte de sí mismos como de parte de los demás.

El auge de la ética aplicada no significa que quienes practican las distintas actividades o profesiones consideren a los filósofos como depositarios de verdades morales que ellos

desconocen o como individuos moralmente mejor calificados. El auge de la ética aplicada no parte de ninguno de esos dos supuestos ni quiere conceder a los filósofos ningún prestigio ni responsabilidad especial en asuntos morales. Lo que dicho auge trasunta es la idea de que los filósofos pueden colaborar eficazmente con los actores u operadores de las distintas profesiones cada vez que éstos procuran plantear en serio las cuestiones y dilemas éticos más importantes que conciernen a sus respectivas áreas de trabajo. Quizás si el caso más evidente de esta fecunda colaboración entre filósofos y especialistas sea el que hemos presenciado a propósito del desarrollo y prestigio alcanzado recientemente por la bioética.

8. Retomando ahora la pregunta ¿qué es filosofía?, y acercándonos ya al término de estas conclusiones, conviene llamar la atención acerca de los distintos caminos que de hecho han sido intentados para conseguir algún tipo de respuesta a esa pregunta.

Como advierte Ferrater Mora en su *Diccionario de Filosofía,* tales caminos consisten, a grandes rasgos, en examinar el término "filosofía", en inspeccionar los orígenes de la misma, en dar cuenta de su significación, y en seleccionar los temas que le competen e identificar las ramas o partes en que la filosofía puede ser dividida.

De todos esos caminos, los dos primeros son los que ofrecen menos dificultades, quizás porque están detrás nuestro y poseen un carácter más bien estático, mientras que los dos últimos son los más disputados, porque apuntan a una cuestión siempre presente y sujeta a cambios o transformaciones.

Otra vía para tratar con la pregunta qué es filosofía, además de las cuatro antes señaladas, consiste en fijar la atención en las funciones que ella cumple tanto en la vida individual como en la existencia colectiva, a propósito de lo cual el planteamiento de Kolakowski, según vimos, es bastante ilustrativo.

Lo más probable es que nunca se consiga algo así como un pleno acuerdo en la respuesta que haya de darse a la pregunta que nos ocupa, aunque bien vale la pena advertir que no pocos de los desacuerdos que se perciben entre las respuestas dadas a esa pregunta provienen, precisamente, de las distintas vías ensayadas para responderla: la vía del examen del término "filoso-

fía", la vía de su origen, la de su significación, la de sus problemas y ramas, y la de sus funciones.

9. Por último, quizás tenga razón Karl Popper cuando al exponer cuál es su concepción de la filosofía concluye diciendo que todos los hombres y mujeres son filósofos, aunque unos más que otros, puesto que a todos concierne e interesa nuestra posición en el universo, incluidas las facultades que tenemos para conocer la realidad e incluida también nuestra capacidad de hacer el bien y el mal.

A lo que Popper se opone es a esa filosofía académica cuyo cultivo parece confiado únicamente a una elite intelectual. En todo caso, Popper no está en contra de una filosofía profesional o académica, puesto que una filosofía semejante bien puede ser defendida a partir de la existencia de problemas filosóficos urgentes y graves y de la necesidad de analizarlos críticamente. De lo que está en contra es de cualquier reducción de la filosofía a aquella que de manera profesional han practicado y practican determinadas elites intelectuales que siempre han tenido una acuciante necesidad de justificarse y de defender tanto su existencia como su trabajo, como si las acompañara un sentimiento de culpabilidad en lo que hacen.

"Todos los hombres son filósofos", concluye Popper en su artículo titulado *Mi concepción de la filosofía,* lo cual quiere decir que, de un modo o de otro, todo hombre y mujer puede asumir críticamente una actitud ante la vida y la muerte. Por lo demás, si todos los hombres y mujeres no son siempre conscientes de tener problemas filosóficos, en cualquier caso tienen siempre determinados prejuicios filosóficos. En la mayoría de los casos, tales prejuicios son teorías que las personas dan por supuestas, es decir, "teorías que han absorbido de su entorno intelectual o de la tradición".

Precisamente, dado que pocas de esas teorías se sostienen de manera consciente, se las puede calificar como "prejuicios", en el sentido de que se las sustenta sin mayor examen crítico, aun cuando ellas suelen tener gran importancia para las acciones prácticas de las personas y para la vida toda.

Por lo mismo, una defensa de la filosofía profesional puede llevarse a cabo sobre la base del interés que los hombres tienen

de examinar críticamente esas teorías difundidas e influyentes. Así, dice Popper, "toda filosofía debe partir de las ideas dudosas y a menudo perniciosas del sentido común acrítico", y su meta "es llegar al sentido común esclarecido y crítico", vale decir, "alcanzar una concepción más cercana a la verdad y con una influencia menos perniciosa sobre la vida humana".

Con todo –cree Popper– "la filosofía no depende de los filósofos profesionales en el mismo sentido que la pintura depende de los grandes pintores o la música depende de los grandes compositores".

A la hora de decir cómo no concibe la filosofía, Popper declara que no la concibe como el intento por aclarar ni por analizar o explicar los conceptos, palabras o lenguajes, es decir, no la concibe como la solución de puzzles lingüísticos. Tampoco la concibe como la actividad que conduce a cosmovisiones originales, agudas y raras que puedan tener un valor estético. Tampoco concibe la filosofía ni como una forma de ser inteligente ni como una terapia intelectual. Tampoco la filosofía es un estudio acerca de la forma de expresar las cosas de manera más precisa o exacta.

Además, y encarando la historia de los sistemas filosóficos, tampoco la filosofía puede ser un intento de empalmar diversos edificios intelectuales de modo de alcanzar una verdad como un producto meramente derivado.

Simplemente, la historia de la filosofía no es sino parte de la historia de la búsqueda de la verdad, una historia que parece signada, ante todo, por la osadía intelectual de quienes se han comprometido con ella, y, a la vez, por la moderación y sensatez que debe observar toda persona interesada en la búsqueda de la verdad.

Por lo mismo, los intelectuales que se dedican a la labor filosófica tienen el deber de escribir y expresarse de la forma más simple y clara, de la forma también más civilizada, y no olvidar nunca ni los grandes problemas que agobian a la humanidad, los cuales exigen un pensamiento nuevo, osado y paciente, ni la modestia socrática del hombre que sabe lo poco que sabe. Tal vez –como dijo cierta vez Iris Murdoch– la filosofía sea algo demasiado problemático para los humanos, aunque algo, a fin de cuentas, que ha sido hecho o practicado de algún modo por todos los hombres.

Popper confiesa que tomó su idea de la filosofía de uno de los primeros hombres en pisar la luna, a quien se atribuye la siguiente observación, sencilla y sensata, hecha a su regreso: "He visto ya varios planetas, pero dadme siempre la Tierra".

Lo que ese astronauta quiso decir es "dadme la vida".

Puede haber otros planetas con vida en su superficie –admite Popper–, pero si elegimos al azar un lugar en el universo, la probabilidad de encontrar un cuerpo portador de vida en ese lugar será de cero, o casi cero. La vida tiene en cualquier caso el valor de algo raro, porque es algo precioso, aunque tendemos a olvidarlo y a tratar desconsideradamente la vida, quizá de manera irreflexiva.

Pues bien, todos los hombres son filósofos, porque de un modo u otro todos pueden asumir una actitud hacia la vida. Como también hacia la muerte. Así, la principal tarea de la filosofía es especular críticamente sobre el universo y sobre nuestro lugar en él, incluidas –reiteramos– nuestras facultades de conocer y nuestra capacidad de hacer el bien y el mal.

Una conclusión, como se ve, muy parecida a la que nos propone Isaiah Berlin cuando dice esperar de la filosofía una ayuda para vivir y actuar a plena luz en vez de salvajemente en la oscuridad.

En todo caso, quien elija hoy por oficio el trabajo filosófico –como sostiene Theodor W. Adorno– "ha de renunciar desde el comienzo mismo a la ilusión con que antes arrancaban los proyectos filosóficos: la de que sería posible aferrar la totalidad de lo real por la fuerza del pensamiento".

En consecuencia, la filosofía debería mostrar un poco más de humildad en la declaración de sus intenciones y en los programas que se proponen desarrollar los filósofos.

Más humildad en las intenciones y en los programas, y, a la vez, un poco más de trabajo real: esa es la única manera realista de defender a la filosofía, como apunta Jacques Bouveresse. Puesto que "lo que el público espera en primer término de la filosofía es, hoy más que nunca, el alivio indispensable que representa la posesión de una verdad simple, comenzando, desde luego, por una verdad simple sobre la imposibilidad de alcanzar cualquier verdad".

Con todo, y cualquiera sea la posición que se tenga acerca de las posibilidades del entendimiento humano para alcanzar

la verdad, especialmente a propósito del tipo de preguntas que hace la filosofía, quizás convenga volver por un instante a la idea y vivencia del asombro como origen de toda filosofía, puesto que cualquiera que sea la cosa de que preferentemente nos asombremos –el ser, el conocimiento, el actuar humano, la ciencia, el lenguaje o la soledad e invalidez en que se desenvuelve nuestra existencia–, lo cierto es que el asombro estaría siempre en la raíz de todo filosofar, al modo de una disposición afectiva tan propia como irrenunciable del género humano.

El asombro –entiéndase– como admiración y no como temor, una distinción que debemos ahora a Tomás de Aquino.

Quien se admira –dice él– evita en ese momento juzgar acerca de aquello respecto de lo cual se admira, pues teme errar; sin embargo, pasado ese primer momento, procede a investigar sobre lo que le produce admiración. En cambio, quien se asusta queda en cierto modo paralizado ante lo que le causa temor y desiste de investigar tanto en el momento presente como en el futuro.

Así las cosas, mientras la admiración termina en el afecto, es decir, en algo que nos mueve, el temor concluye en el rechazo y la inanición, o, peor aún, en la eliminación de aquello que nos atemoriza.

Por ello es entonces que si la admiración es el principio del filosofar, el temor es su impedimento.

CAPITULO SEGUNDO

¿QUE ES FILOSOFIA DEL DERECHO?

I. Introducción. II. Giorgio del Vecchio y la filosofía del derecho como parte de la filosofía práctica. III. Miguel Reale y la filosofía del derecho como investigación de los principios lógicos, éticos e histórico-culturales del derecho. IV. Karl Larenz y la filosofía jurídica como uno de los modos de contemplación del derecho. V. Radbruch y la filosofía del derecho como teoría del derecho justo. VI. Kelsen y la filosofía del derecho como rama de la filosofía moral. VII. Alf Ross: problemas iusfilosóficos en vez de filosofía del derecho. VIII. Bobbio y la filosofía jurídica como teoría del derecho, teoría de la justicia y teoría de la ciencia jurídica. IX. Jorge Millas y la filosofía del derecho como contribución a la inteligencia jurídica. X. Conclusiones: una reflexión sobre el derecho, la ciencia del derecho, la teoría general del derecho y la filosofía del derecho.

I. Introducción

Tratándose de una filosofía regional, de una de esas "filosofía de..." de que hablamos en el capítulo anterior, vale decir, de una filosofía que por su misma denominación lleva aparejada una clara delimitación de su objeto, parecería que en presencia de la filosofía del derecho tendrían que disiparse todas las dificultades que en cuanto a la identificación de su objeto y de los problemas que le son propios presenta, según vimos, la filosofía general. La filosofía del derecho trataría únicamente del *derecho,* esto es, abarcaría una parte o sector específica y relativamente autónomo del mundo de la cultura, lo mismo que acontece con la filosofía del arte, de la historia o de la religión.

Sin embargo, la triple problematicidad que tiene la filosofía general –no saber con certeza cuáles son los problemas de que

debe ocuparse, no concordar en las respuestas que se ofrecen a tales problemas y no ponerse de acuerdo en los métodos que deben ser utilizados para plantear los problemas, para ponerse en marcha a fin de buscar las respuestas y para fijar criterios que permitan establecer un cierto control de éstas– se repite en cierto modo, a escala, a propósito de la filosofía del derecho. Esta última muestra también márgenes importantes de indeterminación en cuanto a los problemas que le conciernen, en lo relativo a las respuestas que ofrece ante esos problemas y en lo tocante al método de que tendría que valerse a la hora de enunciar sus problemas y de fijar y controlar las correspondientes respuestas.

En otras palabras: los filósofos del derecho, no obstante concentrar su actividad únicamente en el *derecho,* no tratan siempre de unos mismos problemas, proponen también respuestas muy diversas y aun abiertamente contrapuestas a tales problemas, y, por último, tampoco emplean métodos compartidos al momento de plantear los problemas filosófico-jurídicos y de buscar y controlar las correspondientes respuestas.

Así las cosas, filosofar acerca del derecho, de algún modo equivale también a embarcarse para lo desconocido.

Por lo demás, algo de la seguridad que puede ofrecer una actividad filosófica concentrada en un determinado fenómeno cultural se pierde en el caso de la filosofía del derecho, desde el momento que la propia palabra "derecho" tiene varios significados. Así, "derecho" es la denominación que se acuerda a un determinado fenómeno cultural presente en todas las formas de organización social de la existencia humana. Pero "derecho" es también la denominación que se acuerda a un cierto saber que el hombre es capaz de constituir acerca del fenómeno cultural que se menciona con la misma palabra. De igual modo, decimos "derecho" para aludir a una facultad de que uno o más sujetos están dotados en un momento dado para proceder de determinada manera. Sin olvidar, en fin, que esa misma palabra, si bien seguida del adjetivo "natural", es empleada por algunos para aludir a un cierto orden superior, puesto por Dios o por la propia naturaleza, al que debe ajustarse el orden que en carácter de positivo introducen los hombres para arreglar su convivencia, prever y resolver conflictos, y conseguir un mejor y más pleno desarrollo tanto individual como colectivo.

Entonces, si "derecho" puede ser cualquiera de las cuatro cosas antes aludidas, ¿sobre cuál de ellas es preciso fijar la atención cuando se hace filosofía del derecho? ¿La filosofía del derecho mira al fenómeno cultural llamado "derecho", al saber que se constituye acerca de ese fenómeno, a las facultades que con el nombre de "derechos" tienen los individuos en determinadas circunstancias, o a ese orden superior que circula con el nombre de "derecho natural"? ¿Tendrá que mirar la filosofía a una de esas cosas o podrá mirar a todas ellas a la vez? ¿Estará la filosofía del derecho en condiciones de penetrar en alguna o algunas de esas cuatro cosas que se designan con la palabra "derecho" o se limitará únicamente a registrar esos mismos cuatro usos posibles de la palabra derecho, estableciendo nada más que las condiciones bajo las cuales resulta adecuado el uso de la palabra en cada uno de los casos?

Por lo demás, si nos quedamos sólo con el primero de los cuatro significados de la palabra "derecho", esto es, si hablamos de derecho sólo por referencia a un fenómeno cultural presente en la vida del hombre en sociedad, surgen también varios significados o interpretaciones acerca de lo que sea más propiamente constitutivo de ese fenómeno. ¿Es el derecho un fenómeno normativo? ¿Lo es de carácter fáctico o conductual? ¿Es algo específicamente valorativo? ¿Tiene acaso el derecho una dimensión tridimensional, a saber, normativa, fáctica y valorativa? ¿Qué consecuencias se siguen, para una filosofía del derecho, de la previa comprensión del derecho en alguna de esas distintas formas? ¿Es lo mismo filosofar sobre normas que sobre hechos o sobre valores? ¿No será precisamente la filosofía del derecho la encargada de decirnos qué es el derecho y de zanjar de ese modo la cuestión que se refiere a qué tipo de fenómeno cultural es afin el derecho o a cuáles son las distintas dimensiones o aspectos que ostenta ese fenómeno cultural? Y quedándonos con la última de estas preguntas, ¿será un menester previo a hacer filosofía del derecho elucidar qué es el derecho o consistirá tal elucidación en la tarea que se pone en manos de la propia filosofía del derecho?

En todo caso, cualquiera sea la cosa acerca de la cual hable la filosofía del derecho –cosa que, sin embargo, no podría ser sino el derecho en alguno, algunos o todos los cuatro significados an-

tes señalados–, lo cierto es que las proposiciones o enunciados que ella haga o formule tienen que valer por referencia a todo derecho y no únicamente por referencia a un derecho en particular. La filosofía del derecho es una filosofía regional en cuanto recae o versa sólo acerca del derecho, es decir, sobre un sector bien delimitado de la experiencia humana, pero no lo es en cuanto se refiera a uno o más determinados ordenamientos jurídicos dotados de vigencia histórica. Puesta a hablar sobre el derecho, y sólo sobre el derecho o, cuando más, sobre otros fenómenos próximos al derecho, como la ética o la política, la filosofía del derecho recobra por así decirlo su vocación universal al asumir la pretensión de que sus asertos acerca del derecho valgan para todo derecho y no para uno o más ordenamientos jurídicos determinados. En otras palabras, la filosofía del derecho habla nada más que del derecho, y en tal sentido no es universal, pero, al hacerlo, habla del derecho en su totalidad, lo cual le restituye ese carácter de universalidad que desde antiguo se atribuye a la filosofía.

Por lo tanto, si la filosofía del derecho habla acerca del derecho en cuanto fenómeno que acompaña desde siempre la vida social del hombre, la información que ella proporciona tiene necesariamente que trascender a los ordenamientos jurídicos particulares que tengan o hayan tenido vigencia desde un punto de vista histórico. La limitación de su objeto –*el* derecho– no supone ni trae consigo que la filosofía jurídica limite su mirada a *un* derecho.

Retomando ahora la afirmación de que la filosofía del derecho es, a escala de su objeto, tan problemática como la propia filosofía general, conviene recordar ahora que a diferencia de la palabra "filosofía", la expresión "filosofía del derecho" es bastante reciente. Dicha expresión fue utilizada probablemente por primera vez en el título que Hegel dio a su libro *Elementos de filosofía del derecho,* de 1820. Otras obras próximas en el tiempo a la de Hegel, y que también emplearon dicha expresión como parte de sus títulos, fueron *Philosophie du Droit,* de Lerminier, que data de 1831; las seis lecciones del filósofo inglés John Austin –*The province of jurisprudence determined,* de 1832– que tiene como subtítulo *A philosophy of positive law;* y la *Filosofia del diritto,* de Antonio Rosmini, cuyos dos volúmenes fueron publicados en Italia, respectivamente, en 1841 y 1845.

Tales son los orígenes de la expresión "filosofía del derecho", una expresión que, una vez difundida, ha sido utilizada para rotular investigaciones bien diversas entre sí y que parecen tener en común sólo ese carácter negativo que en ellas advierte Bobbio, consistente en que se trataría de investigaciones que se dedican a la discusión de problemas acerca del derecho que no son habitualmente enfrentados de manera expresa y directa por los juristas en su trabajo de localización e interpretación de un ordenamiento jurídico determinado. Como señala también Alf Ross al momento de identificar los problemas de que ella se ocuparía, "filosofía del derecho" no sería más que la expresión que se emplea comúnmente para cubrir un conjunto de estudios generales acerca del derecho, que, en cuanto poseedores de ese alcance general, se diferencian de los estudios corrientes que se efectúan en las facultades de derecho –destinados a exponer las normas jurídicas vigentes en una sociedad y época determinadas–, aunque no tienen en común otro elemento que ese, porque se refieren a temas muy diversos y que reflejan perspectivas filosóficas que muchas veces difieren ampliamente entre sí.

Con todo, y tal como fue anticipado ya en la introducción de este libro, que la *expresión* "filosofía del derecho" sea más bien reciente, como también lo son su constitución como *disciplina* filosófica y su presencia como *asignatura* en los planes de estudio de las facultades de derecho, no significa que la filosofía del derecho sea igualmente reciente si se la mira como *actividad* filosófica referida al derecho. En verdad, vista como actividad, la filosofía del derecho es tan antigua como la propia filosofía.

En suma: son muchos, y sobre todo diversos, los problemas que han sido cubiertos o tratados por la filosofía del derecho, de donde se sigue una evidente dificultad cada vez que se trata de delimitar con alguna precisión el campo temático de esta disciplina. Si bien nadie podría discutir que el objeto de la filosofía del derecho es el *derecho,* la discusión arrecia cada vez que los expertos son llamados a identificar los problemas que por referencia a ese objeto corresponde que sean tratados por esta disciplina. En esto, por lo mismo, la filosofía jurídica sigue en cierto modo la suerte de la propia filosofía general y tiene que lidiar desde la partida con la dificultad que significa no saber

bien qué es lo que se espera de ella ni cuáles son los determinados temas o asuntos de los que tiene que ocuparse.

Las opiniones que sobre el particular han emitido distintos filósofos del derecho, tal como tendremos ocasión de apreciar más adelante, confirman la impresión de heterogeneidad que deja una mirada sobre lo que ha sido la filosofía jurídica. Una heterogeneidad que Bobbio refiere como la "polivalencia" de la filosofía del derecho.

Dicha polivalencia se muestra, por ejemplo, en lo siguiente:

1. La diversidad que, de hecho, acusan los múltiples estudios que han sido efectuados por filósofos del derecho y que han sido presentados bajo la expresión "filosofía del derecho";

2. El contenido heterogéneo, y a veces notablemente confuso, que muestran las obras que se presentan como historias de la filosofía del derecho;

3. La no menos evidente diversidad de contenidos que muestran los programas de la asignatura llamada también "filosofía del derecho". Sobre el particular, véase el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* Nº 1, de 1983, publicado por la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que, en su parte final, reproduce los distintos programas que tiene la asignatura en las principales facultades de derecho de España e Iberoamérica;

4. La multiplicidad y diversidad de respuestas que tuvo la encuesta que a inicios de la década de los 60 del siglo XX llevó a cabo la prestigiosa revista francesa *Archives du philosophie du droit.* Dicha encuesta estuvo dirigida a los principales filósofos del derecho de la época y constó de una sola pregunta, a saber, ¿qué es la filosofía del derecho? Pues bien: si se revisan las respuestas que dieron a esa pregunta autores como Del Vecchio, Kelsen, Kalinowski, Bagolini, Villey, Cossio, Perelman, Legaz, Lacambra y otros, la impresión de heterogeneidad temática de la disciplina vuelve a quedar de manifiesto;

5. Más recientemente, la revista española *Doxa,* que publica la Universidad de Alicante, dedicó en 1984 su primer número a

difundir el resultado de una encuesta semejante a la que poco más de 20 años antes había llevado a cabo la revista francesa ya mencionada.

Con motivo de ese número inaugural, y bajo el título de "Problemas abiertos en la filosofía del derecho", los editores de *Doxa* se dirigieron a una amplia muestra de filósofos del derecho, entendida esta última expresión en un sentido también muy amplio, de modo que incluyera a quienes practicaban también disciplinas tales como teoría general del derecho, sociología jurídica y lógica jurídica, y les consultaron acerca de las áreas temáticas en que venían trabajando y sobre aquellas que con mayor grado de probabilidad concitarían su atención en el futuro.

Como se advierte, *Doxa* preguntó mejor que lo que había hecho en su momento *Archives du philosophie du droit.* No inquirió acerca de qué es filosofía del derecho, sino que interrogó a poco más de 50 especialistas acerca de los temas o asuntos de los que cada uno de ellos se había ocupado, de hecho, con ocasión de su labor y trayectoria en la disciplina, o en disciplinas afines, y preguntó, asimismo, acerca de cuáles serían los problemas que reclamarían la atención preferente de cada investigador en el futuro próximo.

Las preguntas que en concreto hizo *Doxa* a los autores encuestados fueron las siguientes: 1. ¿Cuál ha sido su trayectoria como investigador de filosofía del derecho? ¿En qué áreas ha trabajado? ¿Cuáles han sido los factores que le han llevado a desplazar su interés de una a otra área? ¿Cuáles considera que son sus principales aportaciones en las mismas?; y 2. ¿Cuáles son los problemas que, a su juicio, es más necesario o más previsible que reciban una atención preferente en el inmediato futuro? ¿Cuáles cree que pueden ser las vías más fecundas para abordar dichos problemas?

Esa manera de preguntar parece indudablemente mejor que la que había utilizado la revista francesa, porque favorece un tipo de respuesta más próximo a la realidad que a la simple especulación.

Conscientes de lo anterior, el modo de preguntar empleado por los editores de *Doxa* no se encaminaba a obtener nada parecido a una definición de filosofía del derecho que viniera a solu-

cionar la vieja cuestión del concepto y método de la filosofía jurídica. De lo que se trataba, en cambio, era de contribuir a trazar una especie de mapa de problemas más que de soluciones.

Tuve lo que puede considerarse el honor de ser incluido en la nómina de personas consultadas por *Doxa* y mi punto de vista sobre la materia será desarrollado en la parte de conclusiones del presente capítulo.

Tenemos allí, en consecuencia, una serie de pruebas o antecedentes que avalan lo que Bobbio llama "polivalencia" de la filosofía del derecho. Con todo, este mismo autor procura introducir algún orden en medio de la heterogeneidad temática que acusa la filosofía del derecho.

En primer término, Bobbio identifica lo que él llama "propuestas, sistemáticamente elaboradas, de reforma de la sociedad presente en base a la asunción, declarada o no, de este o aquel fin general (la libertad, el orden, la justicia, el bienestar, etcétera), siguiendo algunas máximas elevadas a principios supremos de la conducta del hombre en la sociedad (las llamadas máximas de la justicia, como 'a cada uno según sus méritos', 'a cada uno según sus necesidades', etcétera)". Este tipo de estudios, sin embargo, como el propio Bobbio reconoce, pertenecen antes a la *filosofía política* que a la filosofía jurídica.

Seguidamente, la filosofía del derecho aparece también como "análisis y definición de nociones generales que se consideran comunes a todos los ordenamientos jurídicos, cuya clarificación suele servir para delimitar el campo del derecho de los campos fronterizos de la moral y de los usos sociales, como justicia, derecho, ordenamiento jurídico, norma, obligación, sanción, validez, eficacia, derecho subjetivo, poder, etcétera". Este segundo tipo de estudios es propio, según Bobbio, de la *teoría general del derecho,* y la duda que asalta a su respecto es la de si se trata realmente de análisis y definiciones de nociones generales que se consideran comunes a "todos los ordenamientos jurídicos", como dice Bobbio, o, cosa distinta, de nociones generales que, antes que comunes a los ordenamientos jurídicos, lo son en verdad al lenguaje que utilizan los juristas en su trabajo dogmático con los distintos ordenamientos jurídicos, esto es, cuando identifican, interpretan y reconstruyen, desde un punto de vista conceptual, uno cualquiera de tales ordenamientos.

En tercer lugar, Bobbio menciona el "estudio del derecho como fenómeno social, comprendiendo en concreto investigaciones sobre el origen histórico del derecho, las distintas fases de su evolución, la función del derecho como medio de control social, la relación entre desarrollo social y desarrollo jurídico, la relación recíproca entre sociedad y derecho y otros temas semejantes", todo lo cual parece al autor propio en realidad de la *sociología jurídica.*

Por último, están los "estudios sobre la ciencia jurídica y, más específicamente, sobre la obra de los juristas (o de los jueces) que se dirige al descubrimiento, interpretación y formulación de las reglas jurídicas y, en general, también sobre la noción de ciencia jurídica y sus relaciones con las demás ciencias", lo cual, por su parte, daría lugar a otra disciplina específica, esto es, la *metodología jurídica.*

Pero Bobbio no sólo procura introducir un cierto orden en los estudios que habitualmente han sido realizados en nombre de la filosofía del derecho, identificando las diferentes disciplinas específicas que han ido desarrollándose a propósito de cada uno de tales estudios, sino que muestra cuál ha sido la filosofía jurídica que él ha cultivado, esto es, aquella a la que ha dedicado de hecho sus cursos universitarios sobre la materia, declarando, en suma, que su filosofía del derecho se compone de tres partes que denomina, en ese mismo orden, teoría del derecho, teoría de la justicia y teoría de la ciencia jurídica. Y agrega el autor: "si algún día tuviera que escribir un tratado de filosofía del derecho (hipótesis destinada a no verificarse) creo que resultaría dividido en estas tres partes". Sin embargo, este punto de vista de Bobbio acerca de lo que él entiende por filosofía del derecho será desarrollado más adelante en este mismo capítulo.

Otra manera de avanzar en la comprensión de la filosofía del derecho consiste en advertir que son dos las modalidades comúnmente adoptadas por los autores para la práctica de esta disciplina. Ateniéndonos al orden cronológico de aparición de las distintas obras que las han puesto de relieve, esas dos modalidades aparecen mencionadas por Helmut Coing en sus *Fundamentos de filosofía del derecho,* de 1949; por Norberto Bobbio en su trabajo *Naturaleza y función de la filosofía del derecho,* de 1962; y por Heinrich Henkel en su *Introducción a la filosofía del derecho,* de 1964. Por su parte, el filósofo español del derecho, Manuel Atienza, ba-

sándose para ello en el trabajo de Bobbio antes señalado, propone llevar a cabo una revisión de los dos modelos de filosofía del derecho, en los términos que veremos más adelante.

La primera de las dos modalidades que pueden ser adoptadas por los filósofos del derecho, y que repercute por cierto en el programa de trabajo que trazan para la disciplina y en el programa que diseñan para la correspondiente asignatura, parte de la base de que la filosofía del derecho es una filosofía general aplicada, mientras que la segunda de tales modalidades, también con efectos en el programa de trabajo de la disciplina y en el programa de la asignatura, propicia que el punto de partida de la filosofía jurídica se encuentra no en la filosofía general, ni en un sistema particular de ésta, sino en el propio derecho y en el conocimiento que de este fenómeno es posible conseguir merced a la ciencia jurídica.

Por lo mismo, a la primera de tales modalidades se la llama "filosofía jurídica desde arriba" (entiéndase desde la filosofía general), mientras que a la segunda se la considera una "filosofía jurídica desde abajo" (entiéndase desde el derecho y la ciencia del derecho). Bobbio llama también a la primera de estas dos modalidades "filosofía del derecho de filósofos y para filósofos", y a la segunda "filosofía del derecho de juristas y para juristas". Por su parte, en una obra de 1956, Luis Recasens Siches contrapuso lo que llamó una filosofía jurídica "académica" a una "no académica", entendiendo por la primera aquella desligada de la ciencia del derecho y sin ninguna influencia en el desarrollo de ésta, y entendiendo por la segunda aquella actividad filosófica ocupada y fortalecida en los debates de la ciencia jurídica, en particular de aquellos que se referían a la interpretación del derecho, especialmente cuando ésta es realizada como parte del proceso judicial. A esta filosofía jurídica no académica, que según Recasens Siches encarnó en autores como Ihering, Geny, Ehrlich, Kantorowicz, Heck y otros, el autor le atribuye una decisiva influencia en la mejor comprensión y descripción de cómo opera en el hecho la función jurisdiccional y la actividad que realizan los jueces cuando aplican normas generales a la solución de casos jurídicos singulares.

Para la primera de las dos modalidades que hemos presentado –aquella que entiende la filosofía del derecho como *filosofía*

general aplicada–, existe un conjunto de sistemas o corrientes de filosofía general, encarnados en uno o más filósofos, que se caracterizan por las respuestas que proporcionan a los así llamados problemas filosóficos –por ejemplo, el problema del ser, el problema del conocer, el problema del actuar del hombre–, y que dan lugar a los correspondientes capítulos o partes de la filosofía general que se conocen con las denominaciones de ontología (o teoría del ser), gnoseología (o teoría del conocimiento) y ética (o teoría del comportamiento humano).

Pues bien: establecido lo anterior, el papel de la filosofía del derecho consistiría en adoptar uno determinado de esos sistemas o corrientes de filosofía general, en extraer de él orientación y guía, en aprovechar su aparato conceptual y de principios, e incluso su terminología o lenguaje, para ir luego al encuentro del derecho y dar respuesta a los problemas que conciernen al ser del derecho (ontología jurídica), al conocimiento del derecho (gnoseología jurídica) y a los valores que debe realizar todo derecho (ética).

Esta primera concepción, por lo tanto, parte de la base cierta de que existen distintos sistemas o corrientes del pensamiento filosófico general que proporcionan alguna respuesta a los problemas del ser, del conocer y del actuar humano, y que el filósofo del derecho no tendría más alternativa que afiliarse a uno determinado de esos sistemas y aplicar al derecho los conocimientos de que el mismo sistema le provee. Así, si el sistema filosófico escogido provee de algún conocimiento acerca del ser (del ser en general), ese conocimiento tiene que ser utilizado para obtener un conocimiento acerca del ser (en particular) del derecho. Del mismo modo, si el sistema filosófico adoptado provee algún saber acerca del conocimiento (en general), ese saber tiene que ser empleado por el filósofo del derecho para llegar a saber acerca del conocimiento (en particular) del derecho. De igual forma, si la corriente filosófica escogida suministra algún tipo de conocimiento acerca del comportamiento humano (en general), ese conocimiento tiene que ser utilizado por la filosofía del derecho para obtener un conocimiento acerca de cuál debería ser el comportamiento adecuado para realizar (en particular) el valor de la justicia que se exige de todo derecho.

En tal sentido, puede decirse, con Bobbio, que el filósofo del derecho que adopta esta perspectiva para su trabajo se convierte

en un colega menor del filósofo general, en alguien que se coloca detrás de un filósofo general –el autor del sistema filosófico adoptado– y que no brilla con luz propia, sino con luz refleja.

Sin embargo, conviene advertir que las cosas no funcionan siempre de ese modo, puesto que la filosofía del derecho como filosofía general aplicada no se configura únicamente cuando un filósofo del derecho estructura su obra sobre la base de un determinado sistema filosófico que se limita luego a aplicar a ese sector especial de la realidad que designamos con la palabra "derecho". Puede suceder también que el propio fundador de un sistema filosófico general desarrolle por sí mismo una filosofía del derecho que sea tributaria de ese sistema general, como es el caso, por ejemplo, de Tomás de Aquino con su *Tratado de la ley,* de Kant con sus *Principios metafísicos de la doctrina del derecho,* y de Hegel con sus *Elementos de filosofía del derecho.*

Hay ciertamente muchas contribuciones a la filosofía del derecho que han sido realizadas "desde arriba", es decir, previa adopción y aplicación de un determinado sistema de filosofía general, como es el caso, por ejemplo, de los *Fundamentos de la filosofía del derecho* que Giovanni Gentile publicó en Italia el año 1916.

Para la otra de las modalidades presentadas, es decir, para aquella que propicia una filosofía del derecho "desde abajo", nuestra disciplina tiene que partir de la observación misma del derecho como fenómeno que acompaña a toda experiencia humana de vida en sociedad y del conocimiento que tenemos de ese fenómeno, para ponerse luego en marcha, o elevarse, hacia las cuestiones de índole filosófica que aparecen comprometidas en ese mismo fenómeno y en el conocimiento que de él ha podido conseguirse.

Una filosofía del derecho de este corte no llama a prescindir de todo conocimiento que pueda ser provisto por la filosofía general, o por un determinado sistema de ella, aunque sí reclama una doble independencia frente a la filosofía general. En primer término, una filosofía jurídica de este tipo no depende ni del diseño ni de la adopción de un sistema filosófico general y encuentra su punto de partida en la experiencia y en el conocimiento específicamente jurídicos; y en segundo lugar, a la hora de poner en sede filosófica determinados problemas que conciernen específicamente al derecho y al conocimiento de éste, no se refugia en un solo edificio filosófico y, por la inversa,

echa mano del saber que pueda ser provisto por cualquiera de los sistemas o corrientes de filosofía general que existan.

Para este punto de vista, en consecuencia, puede hacerse filosofía del derecho bajo las solas dos condiciones de que existe un fenómeno cultural que llamamos "derecho" y que desde antiguo existe también un saber acerca de ese fenómeno –la llamada ciencia jurídica–. Este punto de vista asume también que hay otros saberes acerca del derecho que han alcanzado autonomía respecto de la ciencia jurídica en sentido estricto –tales como la teoría general del derecho, la historia del derecho, la sociología jurídica, la antropología jurídica, la psicología jurídica, etc.–, y que tales saberes dejan siempre un campo abierto y no explorado por ellas, que es el que debe ser cubierto, precisamente, por la filosofía del derecho. Así, por ejemplo, la sociología jurídica puede proporcionar información acerca de los factores que están en el origen de determinadas instituciones jurídicas de un también determinado ordenamiento jurídico vigente, así como la historia del derecho puede hacer lo propio con instituciones jurídicas de un ordenamiento jurídico pretérito, pero ni una ni otra se preguntan acerca de los factores que puedan estar presentes en el origen o en el desarrollo no de esta u otra institución, o de éste u otro derecho positivo dotado de vigencia actual o histórica, sino de todo derecho positivo posible.

Por tanto, el punto de vista que estamos ahora analizando parte de la base de que existe una problemática especial de la filosofía del derecho que no puede ser eficazmente abordada ni menos resuelta por simples aplicaciones o deducciones practicadas u obtenidas a partir de premisas filosóficas generales.

Hay también varias contribuciones a la filosofía del derecho que responden a esta segunda perspectiva, como es el caso, por ejemplo, de *Ciencia y técnica en derecho privado positivo,* de Francois Geny; de *Teoría pura del derecho,* de Hans Kelsen; y de *El concepto de derecho,* de Herbert Hart.

Cabe señalar, en todo caso, que lo que hemos presentado antes no son propiamente dos *concepciones* de la filosofía del derecho, sino apenas dos *métodos* o modalidades de la misma, e, incluso, dos *estilos* de hacer filosofía del derecho que se diferencian entre sí, básicamente, por el distinto punto de partida que escogen para llevar a cabo su labor.

Por lo demás, tanto una como otra de esas modalidades o estilos tienen sus ventajas e inconvenientes. Así, es evidente que el aparato conceptual y lingüístico de un sistema filosófico acreditado puede rendir frutos importantes si se lo aplica a un ámbito delimitado de la realidad como es el derecho, aunque, por otra parte, una filosofía del derecho que proceda de ese modo arriesga ponerse lejos de las preocupaciones y del lenguaje de los juristas, quienes posiblemente le darán la espalda y desarrollarán incluso una cierta hostilidad hacia ella. Por su parte, si una filosofía del derecho "desde abajo" tiene ciertamente mejores posibilidades de ser apreciada y aprovechada por parte de los juristas, también es cierto –como advierte Helmut Coing– que la ciencia del derecho, entendida como exposición de un ordenamiento jurídico determinado, "resulta muy poco apta para constituir el punto de partida de una consideración filosófica".

Por eso es que un autor como Manuel Atienza, y en cierta medida el propio Coing, postulan una filosofía del derecho no "desde abajo" ni "desde arriba", sino "desde un medio", vale decir, una filosofía del derecho mediadora entre la comprensión más general de un determinado sector de la vida humana (el derecho) y la interpretación aun más general de la vida misma del hombre (la filosofía). Como apunta Manuel Atienza, "los filósofos del derecho tendríamos que ser algo así como 'intermediarios' entre los saberes y prácticas jurídicas, por un lado, y el resto de las prácticas y saberes sociales –incluida la filosofía–, por el otro". Sin embargo, esta labor de mediación del filósofo del derecho –siempre en palabras de Atienza– "no debería ser sólo en la dirección desde afuera hacia adentro de los saberes jurídicos. El filósofo del derecho debería contribuir también a proyectar la cultura jurídica hacia otros sectores de las ciencias sociales y de la filosofía, lo que constituiría, seguramente, algo más que una operación propagandística: es muy posible que el lingüista, el ético, el teórico de la política o el filósofo de la ciencia encontraran, en toda la complejidad de lo jurídico, no sólo un campo de aplicación, sino también una fértil fuente de sugerencias".

Por otra parte, es interesante destacar el punto de vista que Ricardo Guastini sostiene acerca de la distinción entre filosofía del derecho de los filósofos y filosofía del derecho de los juristas, puesto que para este autor italiano, la primera no es más que "filosofía

del derecho sin ulteriores especificaciones", mientras que la segunda "no es otra cosa que la teoría del derecho". Así las cosas, antes que dos modalidades o estilos de filosofía del derecho, lo que aquella distinción ocultaría, o bien pondría de manifiesto, es la cohabitación de dos distintas disciplinas, según tendremos oportunidad de analizar en el acápite final de este capítulo.

A continuación vamos a reproducir el punto de vista que distintos filósofos del derecho han sostenido acerca de la cuestión del concepto y temas de la filosofía del derecho. La presentación y comparación de esos puntos de vista permitirán apreciar las diferencias que existen entre los especialistas a la hora de identificar los problemas de que debe ocuparse nuestra disciplina, aunque permitirán también advertir los puntos de contacto que a veces existen entre ellos. A la presentación de tales puntos de vista, al igual que en el caso del capítulo I, que estuvo dedicado a la pregunta ¿qué es filosofía?, seguirá un acápite de conclusiones sobre la materia.

Así las cosas, el propósito de esta introducción, como de todo lo que sigue en el presente capítulo, es facilitar una mejor idea y comprensión de la filosofía jurídica que la que los estudiantes de esta asignatura puedan haber tenido al momento de iniciar el curso correspondiente.

II. Giorgio del Vecchio y la filosofía del derecho como parte de la filosofía práctica

Para este filósofo del derecho italiano, muerto en 1973, la filosofía del derecho, como lo indica su propia denominación, es una rama de la filosofía general, concretamente, la rama de la filosofía general que concierne al derecho. Ahora bien, como la filosofía es el estudio de lo universal, la filosofía del derecho toma también al derecho en sus aspectos universales.

Para determinar cuál es la posición que la filosofía del derecho tiene en el cuadro general de la filosofía, Del Vecchio asume que esta última se ocupa del estudio de los primeros principios, y como estos principios se refieren al *ser,* al *conocer* y al *obrar,* la filosofía admite una primera gran división en filosofía teorética y filosofía práctica. La filosofía teorética es la que

estudia los primeros principios del ser y del conocer, en tanto que la filosofía práctica se ocupa de los primeros principios del obrar humano.

Por su parte, la filosofía práctica se divide en filosofía moral y filosofía del derecho, según estudie los primeros principios del obrar humano por referencia a uno u otro de esos dos órdenes normativos.

Una vez determinada la posición de la filosofía jurídica como parte de la filosofía general, y, más específicamente, como parte de la filosofía práctica, Del Vecchio se da a la tarea de distinguir entre filosofía del derecho y ciencia del derecho. Ahora bien, la diferencia entre ambas proviene del respectivo modo en que una y otra consideran al derecho, puesto que mientras la filosofía del derecho lo considera en sus ingredientes *universales,* la ciencia del derecho lo estudia en sus aspectos *particulares.*

Del Vecchio es consciente de que en todo tiempo y en todos los pueblos se da un orden jurídico positivo, vale decir, un conjunto de normas e instituciones que regulan la vida social en forma obligatoria y con carácter coactivo, lo cual trae consigo una serie múltiple de ordenamientos jurídicos al tenor de los diversos pueblos y épocas. Pues bien: la ciencia del derecho es la que tiene por objeto el estudio de los ordenamientos jurídicos singularmente considerados. Sin embargo, la ciencia del derecho no suele comprender de una vez la totalidad de un ordenamiento jurídico determinado, sino que, delimitando al interior de éste las diversas partes o ramas que lo componen, se constituye ella misma en tantas disciplinas particulares como sectores de regulación jurídica existan al interior del respectivo ordenamiento. De este modo, si hay un derecho constitucional, un derecho administrativo, un derecho penal, un derecho civil, etc., también hay una ciencia jurídica constitucional, o dogmática constitucional, como también hay una ciencia jurídica administrativa, penal o civil, igualmente llamadas dogmática administrativa, dogmática penal y dogmática civil.

Por lo mismo, ninguna ciencia jurídica particular puede explicar qué es el derecho en universal, sino únicamente qué es el derecho, o una parte o rama del derecho, en un lugar y tiempo dados. Así, la definición del derecho en general es un cometido que trasciende la competencia de las distintas ciencias jurídicas

particulares y constituye, precisamente, la primera de las tres investigaciones que este autor atribuye a la filosofía del derecho.

Dicha primera investigación, a la que Del Vecchio llama *lógica,* trata de establecer un concepto universal de derecho, es decir, un concepto que valga por referencia a cualquier derecho posible. Como advierte el autor, las ciencias jurídicas particulares se preguntan *quid juris,* esto es, qué ha sido establecido como derecho por un cierto ordenamiento jurídico, pero no se preguntan *quid jus,* o sea, no se preguntan qué es en general el derecho. Por tanto, si se quiere conocer el derecho en su integridad lógica, si se quiere saber cuáles son los elementos esenciales comunes a todos los ordenamientos jurídicos, resulta forzoso superar las particularidades de éstos y mirar al concepto universal del derecho. Este es, entonces, el primer cometido de la filosofía jurídica.

Pero además de la investigación *lógica,* Del Vecchio atribuye a la filosofía del derecho una investigación *fenomenológica* y una de carácter *deontológica.*

A la investigación *fenomenológica* le corresponde develar las causas genéricas y universales de los orígenes y del desarrollo histórico del derecho en general.

Sobre el particular, Del Vecchio es consciente, asimismo, que los ordenamientos jurídicos que rigen en cada tiempo y lugar responden a determinados factores próximos y particulares que explican el surgimiento y evolución de cada ordenamiento, así como la aparición y el contenido de sus instituciones y normas. Pero el derecho es un fenómeno común a todos los pueblos y a todos los tiempos, lo cual significa que, además de los factores próximos y particulares que conciernen al surgimiento, contenido y desarrollo de cada ordenamiento jurídico y de sus normas e instituciones, hay también factores generales y comunes que explican tanto el origen del derecho –en general– como los compases de su desarrollo histórico. Pues bien: estos factores generales y comunes que explican el surgimiento y desarrollo de *todo* derecho –y no de un ordenamiento jurídico determinado ni de las normas e instituciones de un ordenamiento jurídico dado– no pueden ser establecidos por las ciencias jurídicas particulares, como tampoco por la historia del derecho, y tienen que serlo por la investigación fenomenológica que lleva a cabo la filosofía del derecho. Por otra parte, y tal como viene ya

sugerido, esta investigación tiene un carácter *metahistórico,* puesto que va más allá de la historia, y en concreto de la historia del derecho, puesto que esta última disciplina sólo provee conocimiento acerca del surgimiento y desarrollo de ordenamientos jurídicos singulares, esto es, que rigen o han regido en un lugar y tiempo dados.

En cuanto a la investigación *deontológica,* ésta se ocupa de la crítica del derecho existente y de su valoración según un ideal de justicia trazado por la pura razón.

Sobre el particular, Del Vecchio sabe también que al individuo no lo mueve frente al derecho un puro afán de conocer éste y de ajustar su comportamiento a las prescripciones vigentes, sino que lo mueve igualmente un afán de juzgar y valorar el derecho vigente y de establecer cómo ese derecho debería ser. El hombre –como dice Zubiri– no es sólo conciencia cognoscente. Es también conciencia moral. Por tanto, si el hombre se acerca al derecho con fines de conocimiento, también se acerca a él con el propósito de valorarlo, para lo cual actúa premunido de una idea de la justicia que Del Vecchio considera puede ser establecida con validez universal.

Según el autor con quien nos hallamos trabajando, las ciencias jurídicas particulares se ocupan de establecer y comunicar qué rige como derecho en un lugar y tiempo dados, mientras que el cometido de la investigación que lleva a cabo la filosofía jurídica consiste en establecer el derecho tal y como éste debería ser. Así las cosas, y según las propias palabras del autor, la filosofía del derecho, en esta tercera de sus funciones, "investiga cabalmente aquello que *debe* o *debería ser* el derecho, frente a aquello que *es,* contraponiendo una *verdad ideal* a una *realidad empírica*".

Al hilo de las tres investigaciones que Del Vecchio atribuye a la filosofía del derecho, el autor compone una definición de la disciplina en los siguientes términos: "es la disciplina que define el derecho en su universalidad lógica, investiga los orígenes y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de la justicia trazado por la pura razón". Ahora bien, si se descompone esta definición en tres partes, aparece claramente el igual número de investigaciones que el autor adjudica a la filosofía del derecho: la investigación *lógica* aparece en cuanto se trata de una disciplina que "define el de-

recho en su universalidad lógica"; la investigación *fenomenológica* se perfila en cuanto la filosofía jurídica pesquisa "los orígenes y los caracteres generales del desarrollo histórico" del derecho; y, por último, la investigación *deontológica* se configura en la medida que la filosofía jurídica valora el derecho "según el ideal de la justicia trazado por la pura razón".

III. Miguel Reale y la filosofía del derecho como investigación de los principios lógicos, éticos e histórico-culturales del derecho

En una línea de pensamiento muy similar a la de Del Vecchio, aunque reconociendo también un importante punto de contacto con la muy distinta posición que a este respecto asume Alf Ross, este jurista brasileño, nacido en Sao Paulo el año 1910, va a concluir –como el título de este acápite lo anticipa– que lo que corresponde a la filosofía jurídica es indagar los principios lógicos, éticos e histórico-culturales del derecho.

Pero detengámonos un instante en el razonamiento que conduce a Reale a semejante conclusión.

El autor trata de proporcionar una noción de filosofía del derecho explorando en la palabra "filosofía", a propósito de lo cual recuerda que se trata de una expresión griega que proviene de *philos,* que significa amistad o amor, y *sophia,* que por su parte quiere decir ciencia o sabiduría.

Reale recuerda también que esa palabra habría surgido entre los griegos en razón de una virtud atribuida a Pitágoras, quien rechazaba para sí el apelativo de *sophos* o sabio y prefería considerarse a sí mismo sólo como un buen amigo del saber. Por tanto, "filósofo", etimológicamente hablando, no es el señor de todas las verdades –según tuvimos ocasión de explicar en el capítulo anterior–, sino apenas un fiel y perseverante amigo de la verdad.

Por otro lado, "amistad" significa dedicación de un ser humano a otro despojada de todo interés y con sentido de permanencia. La amistad, por lo mismo, no designa una relación fortuita ni tampoco un vínculo ocasional. Por la inversa, ella

constituye un vínculo de dedicación permanente. En consecuencia –afirma Reale–, "la filosofía puede ser vista como la dedicación permanente y desinteresada al bien y a la verdad".

Filosofía es dedicarse entonces al conocimiento de una manera constante, no ocasional, y sin buscar ningún objetivo propiamente utilitario: tales son las condiciones de cualquier trabajo filosófico.

Nótese, sin embargo, que Reale vincula la filosofía no sólo al saber, sino también a la perfección individual, puesto que se trataría –según se dijo– de una dedicación permanente y desinteresada al *bien* y a la *verdad.*

En lo que se refiere propiamente a la filosofía del derecho, ésta, en consecuencia, consistiría en una investigación constante y desinteresada de las condiciones lógicas, éticas e históricas del derecho y de la ciencia del derecho. De este modo, en su dimensión *lógica,* la filosofía del derecho respondería a la pregunta ¿qué es el derecho?; en su dimensión *moral,* ella procuraría dar respuesta a la pregunta ¿en qué se funda el derecho o cómo es posible legitimarlo?; y en su aspecto *histórico,* respondería a la pregunta ¿cuál es el sentido de la historia del derecho?

Como puede apreciarse fácilmente, la coincidencia de Reale con Del Vecchio es bien patente, puesto que ambos atribuyen las mismas tres tareas a la filosofía jurídica, valiéndose, incluso, de una terminología bastante similar.

Cabe señalar, asimismo, que el punto de vista de Reale, en cuanto sostiene que a la filosofía jurídica le corresponde establecer las condiciones lógicas, morales e históricas no sólo del *derecho,* sino también de la *ciencia del derecho,* se emparenta con el que Alf Ross, según mostraremos más adelante, postula sobre la materia. Para Ross, la filosofía del derecho no mira propiamente al derecho, sino a la ciencia del derecho, y procura aclarar el aparato conceptual de que esta última se vale en su trabajo dogmático con los distintos ordenamientos jurídicos provistos de realidad y vigencia históricas.

Tal como fue dicho en un comienzo, la conclusión a que llega Reale a propósito de la pregunta ¿qué es filosofía del derecho?, es que ésta "indaga los principios lógicos, éticos e histórico-culturales del derecho".

Por último, a Reale se deben algunos lúcidos análisis acerca del divorcio que en ocasiones se produce entre filósofos y juristas, esto es, entre quienes se ocupan de la filosofía del derecho y quienes lo hacen con la ciencia del derecho, así como sobre la conveniencia de que unos y otros busquen una mayor concreción en sus respectivos ámbitos de trabajo. Pero a ello vamos a referirnos en las conclusiones con que finalizará el presente capítulo.

IV. Karl Larenz y la filosofía jurídica como uno de los modos de contemplación del derecho

En su libro *Metodología de la ciencia del derecho,* de 1960, este destacado jurista alemán trata de identificar las distintas maneras que el derecho tiene de aparecérsenos en la realidad, así como las diferentes ciencias o saberes que a cada una de ellas corresponde.

Larenz parte de la base que el derecho es un fenómeno cultural, no de la naturaleza, lo mismo que lo son el arte y el lenguaje, y que se trata también de un fenómeno complejo, lo cual se evidencia en el hecho de que el derecho se manifiesta en distintos planos del ser y en conexiones concretas distintas cada vez. Pues bien: a cada una de las distintas maneras que el derecho tiene de manifestarse corresponde una determinada ciencia –por ejemplo, la dogmática jurídica, la sociología del derecho y la historia del derecho–, todas las cuales contemplan entonces al derecho bajo un aspecto diferente y de un modo también distinto. Así, el carácter complejo del derecho, en el sentido antes explicado, es el que, repercutiendo en el conocimiento que podemos conseguir del fenómeno jurídico, provoca que distintos saberes se constituyan y alisten frente al derecho con el fin de ocuparse de él.

Ante todo, el derecho se nos presenta en una dimensión normativa, esto es, comparece ante nuestra atención intelectiva como fenómeno de tipo normativo, como un conjunto de normas con pretensión de obligatoriedad y frente a las cuales los correspondientes sujetos imperados admiten hallarse vinculados.

En su expresión normativa, el derecho es objeto de estudio por parte de la *ciencia jurídica,* también llamada dogmática jurídica, la cual trata de establecer el sentido de las normas del derecho, aunque siempre por referencia a un ordenamiento jurídico determinado al que se circunscriben sus enunciados. En este sentido, puede afirmarse que la ciencia del derecho es una ciencia normativa, puesto que ella recae o versa sobre normas. Por lo mismo, la dogmática jurídica no es normativa en cuanto a ella le competa producir normas, sino únicamente en cuanto ella trabaja con normas, concretamente, con las normas de un ordenamiento jurídico dado que han sido introducidas en éste a través de cualquiera de esos métodos o procedimientos de creación normativa que se designan con la expresión "fuentes formales del derecho".

Pero el derecho tiene también una evidente relación con el ser social del hombre, en cuanto es condición para todas las formas desarrolladas de sociedad, puesto que permite prever los conflictos y posibilita, asimismo, poder dirimir éstos de modo pacífico. El derecho aparece así como fenómeno social cada vez que nos preguntamos por el papel que juega en el curso de los procesos sociales, por las condiciones sociales de su nacimiento o por la eficacia o ineficacia de sus normas.

Bajo este nuevo punto de vista o manera de presentársenos, el derecho es materia de estudio de la *sociología jurídica.*

El derecho, en cuanto es algo producido por el hombre, que es un ser histórico, tiene también la estructura temporal de la historia. Esto quiere decir que el derecho se mantiene vigente durante más o menos tiempo y se encuentra en continuo proceso de adaptación al tiempo histórico. Por lo mismo, quien quiera comprender el derecho actual tiene que contemplar también su devenir histórico y su apertura hacia el futuro.

El derecho tiene ciertamente estabilidad, pero está también de algún modo en tránsito. En él hay tanto una persistencia del pasado como una apertura al porvenir.

En tal aspecto, ahora, el derecho es el tema de la *historia del derecho.*

Una vez identificadas esas tres maneras de presentación del derecho, así como el igual número de disciplinas que estudian cada una de ellas, Larenz advierte que una tal división del tra-

bajo cognoscitivo acerca del derecho no debe favorecer la idea de que la ciencia del derecho, la sociología jurídica y la historia del derecho, estudiando cada cual al derecho desde una diferente perspectiva, se yuxtaponen simplemente unas a otras, careciendo de toda relación entre sí, como si formaran compartimentos estancos. Por el contrario, y aun cuando cada uno de ellos trata con un aspecto diferente del derecho y aplica sus propios métodos, los límites entre los distintos saberes acerca del derecho son de algún modo difusos e, incluso, permeables entre sí. Esto último quiere decir que ninguno de los tres saberes antes mencionados puede realizar su trabajo dando la espalda a los demás, esto es, desconociendo los aspectos o dimensiones que del derecho trata cada uno de ellos ni las conclusiones que son el resultado de ese estudio.

Así, por ejemplo, el jurista, en cuanto agente del conocimiento dogmático del derecho, tiene que prestar atención a determinados hechos sociales que pone de relieve la sociología jurídica y que se pueden vincular tanto con la eficacia como con la interpretación de las normas jurídicas vigentes en un lugar y tiempo dados. Por su parte, el sociólogo del derecho, cuando trata de determinar por medios empíricos cuál es el grado de eficacia de una norma jurídica, o de un cierto conjunto de normas, no puede prescindir de los criterios que utiliza la ciencia del derecho para certificar la previa validez de las normas correspondientes. Así, sólo de una norma jurídica válida, esto es, de una norma jurídica cuya validez o existencia ha sido certificada de acuerdo con los criterios de validez normativa con que trabaja la dogmática jurídica, puede tener sentido preguntarse si es o no, además, eficaz, vale decir, si es o no, amén de válida o existente como norma, generalmente obedecida como tal por los sujetos imperados y aplicada también como tal por los órganos jurisdiccionales.

A su vez, el historiador del derecho, si quiere llegar a comprender y a explicar fielmente las formaciones pretéritas del derecho, tiene que despojarse de la especificidad y parcialidad que puedan tener las ideas e instituciones jurídicas de su época, aunque, a la vez, constituye un hecho que para acceder a su materia necesita de su experiencia del derecho insertada en el presente.

¿Qué queda entonces para la filosofía del derecho, después de ver cómo las demás disciplinas se reparten entre sí los distintos aspectos o dimensiones –normativas, fácticas e históricas– del fenómeno jurídico?

Ante todo, está la cuestión del modo de ser del derecho, de su validez, de la discusión crítica acerca de qué se entiende por validez, y de la discusión igualmente crítica acerca de los criterios a ser empleados para determinar la validez del derecho. Intimamente ligada con lo anterior está la cuestión del fundamento de la validez de las normas y de los límites de ésta. Por último, está el problema relativo a la existencia de un principio, llámesele "justicia" o simplemente "idea del derecho", que dé a éste un sentido.

Larenz concluye sus planteamientos acerca de la filosofía del derecho diciendo que es perfectamente posible opinar que la respuesta definitiva a las tres cuestiones antes señaladas supera la capacidad cognoscitiva del hombre, no obstante lo cual se trata de asuntos que, en su parecer, no pueden ser preteridos. De esos asuntos se ocupa desde más de dos milenios y medio la filosofía del derecho, ya sea con éste u otro nombre, aunque se trata siempre de una disciplina cuyo modo de pensar y de argumentar sólo puede ser filosófico.

V. Radbruch y la filosofía del derecho como teoría del derecho justo

Lo mismo que en el caso de Larenz, las explicaciones de Gustav Radbruch (1878-1950) acerca de la filosofía del derecho se remontan a la identificación de otros saberes acerca del derecho, en especial a lo que este autor llama "ciencia jurídica en sentido estricto".

Según Radbruch, la ciencia jurídica en sentido estricto, o ciencia dogmática del derecho, puede ser definida como "la ciencia que versa sobre el sentido objetivo del derecho positivo", lo cual le obliga a explicar qué se entiende por derecho *positivo* y qué por sentido *objetivo* de ese derecho.

Derecho *positivo* no es otro que el producido y puesto por actos de voluntad humana en un lugar y tiempo dados, vale decir,

el derecho que *es*, lo cual permite establecer la diferencia crucial entre la ciencia jurídica en sentido estricto y la filosofía del derecho, puesto que esta última trata del derecho ideal, o sea, del derecho que *debe ser*. Por su parte, la filosofía del derecho es complementada por otra disciplina –la política jurídica–, que se ocupa de los medios que se requieren para realizar efectivamente ese derecho ideal que ha sido pensado por la filosofía jurídica.

Sentido *objetivo*, a su turno, es aquel que se encuentra incorporado a las normas jurídicas. Ahora bien, que la ciencia jurídica en sentido estricto busque establecer dicho sentido es lo que la diferencia ahora de la historia del derecho y de la sociología jurídica, que son disciplinas que versan sobre la existencia del derecho y sobre los hechos de la vida jurídica.

Quedándonos un momento más con la ciencia jurídica en sentido estricto, ésta, según Radbruch, desarrolla su trabajo en tres etapas, a saber, la de *interpretación*, la de *construcción* y la parte *sistemática*.

En cuanto a la primera de esas tres etapas, en ella se busca establecer el sentido objetivo del derecho positivo, es decir –con palabras del propio autor–, "el sentido incorporado a la norma jurídica misma, y no el sentido subjetivo, o sea, el pensamiento de las personas que intervienen en su creación". Esto es lo que distingue a la interpretación jurídica de la interpretación filológica, puesto que en el caso de esta última se trata siempre de "repensar algo ya anteriormente pensado". En cambio, la interpretación jurídica "consiste en llevar lo pensado hasta el final consecuente del proceso de pensamiento", a raíz de lo cual la interpretación jurídica estaría obligada a "conocer y entender las leyes mejor que las mismas personas que intervinieron en su redacción, a sacar de la ley más de lo que estas personas pusieron conscientemente en ella al redactarla o aprobarla".

En cuanto a la *construcción* jurídica, Radbruch la describe como una actividad que consiste en la reestructuración de toda una institución jurídica, partiendo de sus partes previamente aisladas por el pensamiento. Es, como él dice, "la síntesis realizada sobre los resultados del análisis previo".

Por último, la fase *sistemática* que cumple también la ciencia jurídica en sentido estricto es a partes más extensas del ordenamiento jurídico, o al conjunto de éste, lo que la construcción

es a una institución jurídica determinada, a saber, "el desarrollo de las normas concretas de todo el orden jurídico, o de una de sus partes, a base de una única idea".

En cuanto a la historia del derecho, Radbruch indica que ella tiene por objeto el estudio del ser, del desarrollo y de la acción del derecho, pudiendo ella limitarse al estudio inmanente del derecho, o bien expandirse a la investigación de las interacciones del derecho con otras manifestaciones de la cultura, sin descartar, asimismo, que la historia del derecho pueda estudiar también el derecho de una época determinada.

Por su lado, la sociología jurídica es la disciplina que trata de descubrir las leyes generales o por lo menos los procesos típicos de desarrollo del derecho y de la vida jurídica dentro del mundo social.

Llegados ya a la filosofía del derecho, Radbruch procura identificar su objeto sobre la base de aclarar primero cuál es el objeto de la filosofía general.

Con todo, para este autor la filosofía general no tiene propiamente un objeto, esto es, un tema o asunto del que ella se ocupe, por modo invariable, en todos los tiempos. Lejos de ello, la historia de la filosofía muestra que ésta se ha ocupado de muy diversos problemas, hasta el punto de poder afirmarse –como él mismo hace– que "la historia de la filosofía es, al mismo tiempo, la historia de sus diversos problemas".

Ahora bien, si la filosofía se ha ocupado históricamente de diversos problemas, ¿cuál es la nota común a tales problemas? ¿Cuál es –en otras palabras– el sello común a todos los problemas que la filosofía general ha hecho suyos a lo largo de la historia?

La nota común a los problemas de que se ha ocupado la filosofía es que "todos ellos versan en torno a lo que los hombres, con arreglo al espíritu de cada época, consideran como sus preocupaciones más serias, más profundas y más altas". De este modo, los problemas de la filosofía no son siempre los mismos y están determinados por lo que en cada época de la humanidad es considerado como la preocupación humana principal, más seria y más alta.

Ahora bien, ¿cuál es el problema filosófico más relevante de acuerdo con el espíritu de la época en que Radbruch hace las

precedentes afirmaciones, esto es, el año 1948, año de publicación de su libro *Introducción a la filosofía del derecho?*

El autor responde a esa pregunta diciendo que, ante el estremecimiento del sistema de valores que trajo consigo la segunda guerra mundial, puede comprenderse perfectamente "que nos sintamos, hoy, especialmente inclinados a concebir la filosofía como la ciencia de los valores, como la ciencia del deber ser".

A tono con ese presupuesto, Radbruch concluye que la filosofía del derecho ha de tratar de los valores del derecho, del derecho ideal, del derecho que debe ser, presentándose ella, en consecuencia, como la "teoría del derecho justo", según la expresión acuñada por Rudolf Stammler.

Explicando lo anterior, y en particular la contraposición entre *hechos* y *valores,* entre lo que *es* y lo que *debe ser,* Radbruch escribe lo siguiente: "Las ciencias empíricas tienen por objeto lo que es, lo que ha sido, lo que deviene. La filosofía, por el contrario, recae sobre los valores, sobre el deber ser. Las ciencias empíricas investigan las leyes naturales, las leyes que establecen lo que acaece inevitablemente; la filosofía del derecho indaga las leyes valorativas, las normas que proclaman lo que debe acaecer, aunque no siempre, por desgracia, acaezca".

Se esté o no de acuerdo con esta reducción que del campo de la filosofía del derecho hace Radbruch al exclusivo tema de los valores, entendido como la búsqueda del derecho justo, lo cierto es que al adoptar una posición flexible en torno a la cuestión del concepto y temas de la disciplina –puesto que admite que es el espíritu de cada época el que determina los problemas filosóficos en general y los filosófico-jurídicos en particular–, el autor se adelanta en este sentido a la opinión que iba a prevalecer más tarde, en la segunda mitad del siglo XX, en orden a considerar que la filosofía del derecho es una actividad y una disciplina que no tiene un único e invariable elenco de problemas, tal como mostró la encuesta de la revista española *Doxa* –a la que nos referimos en su momento– y que no por nada fue publicada con el título de *Problemas abiertos en la filosofía del derecho.*

Vale la pena no concluir con el punto de vista de Radbruch acerca de la filosofía del derecho sin referirse a un breve y hermoso texto, de 1945, que el autor tituló *Cinco minutos de filosofía del derecho.* Se trata de un texto que, tal como señala su título,

está dividido en cinco partes, cada una de las cuales demanda un tiempo de lectura de aproximadamente un minuto.

La idea que recorre ese texto es la misma que Radbruch desarrollaría más tarde en su libro *Introducción a la filosofía del derecho,* una idea –es conveniente consignarlo– que el autor abrazó con fuerza luego de la Segunda Guerra Mundial y de la consiguiente crisis de la creencia de que el derecho, o cualquiera de sus normas, puedan obligar con entera independencia de su justicia o injusticia.

La idea abrazada por Radbruch es que existe un derecho natural, si bien de contenido variable, esto es, no absoluto ni inmutable, un derecho natural –por otra parte– que "puede ser conocido objetivamente" y que "sirve no sólo como una pauta para contrastar el derecho positivo, sino que tiene por misión sustituir a éste en todos los casos en que se halle en contradicción con él". Así, en el tercero de sus *Cinco minutos de filosofía del derecho,* Radbruch postula que "cuando las leyes desconocen conscientemente la voluntad de justicia, faltando, por ejemplo, arbitrariamente a los derechos humanos de cada ser, falta entonces a estas leyes la validez, no les debe el pueblo ninguna obediencia y deben, también los juristas, encontrar el valor para negarles el carácter jurídico", reafirmando esta misma idea en el quinto y último de los minutos con las siguientes palabras: "Hay, por tanto, principios jurídicos básicos que son más fuertes que cualquier precepto legal, de modo que la ley que los contradice carece de validez". A tales principios –continúa el autor– se les llama "Derecho Natural o Derecho Racional", y si bien "es cierto que en algunos casos se encuentran rodeados de ciertas dudas", no lo es menos que "la labor de los siglos ha sabido extraer un núcleo perdurable que ha sido recogido con tan amplia concordancia en las así llamadas declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano, que en relación a más de alguno de ellos sólo un escepticismo intencionado puede mantener las dudas en pie".

Sobre este tema que Radbruch trata en el ya citado texto tendremos oportunidad de volver en el capítulo de este libro que tratará del positivismo jurídico, puesto que, de manera muy explícita, ese texto de Radbruch quiso ser una crítica muy directa a lo que el autor –en el primero de sus minutos– llama "teoría positivista",

una teoría que, en sus propias palabras, "equipara derecho con poder" y "deja a los juristas como al pueblo sin defensa frente a leyes tan arbitrarias y tan crueles como criminales".

Radbruch se refiere de ese modo a las leyes que Hitler hizo aprobar durante el régimen nacional-socialista y que significaron la aniquilación de millones de judíos y la confiscación de sus propiedades.

En el capítulo sobre el positivismo jurídico tendremos así oportunidad de analizar cuán efectivo es el postulado central que Radbruch le atribuye, a saber, que la ley es la ley y que su obligatoriedad no proviene sino del poder que ella tiene para imponerse sobre las personas.

VI. Kelsen y la filosofía del derecho como rama de la filosofía moral

Hans Kelsen llega a la misma conclusión que Radbruch a propósito de la pregunta acerca de qué se ocupa la filosofía del derecho. Sin embargo, el punto de partida que escoge el jurista vienés, así como la línea central de su planteamiento a este respecto, son diferentes de las que adopta el jurista alemán.

Kelsen fue uno de los autores consultados por la revista *Archives du philosophie du droit* con motivo de la encuesta cuyos resultados fueron publicados en el número 7 de esa revista, correspondiente a 1962, encuesta que, como sabemos, constó de una sola pregunta: ¿Qué es la filosofía del derecho?

Kelsen no empleó más de una docena de líneas para responder a esa pregunta, en una nueva muestra de su habitual concisión y claridad. Y como suele acontecer cada vez que se trata de explicar su pensamiento, las palabras del analista o expositor de ese pensamiento serán en este caso bastante más que las que el propio autor comentado empleó a la hora de componer el texto que sirve de base al presente comentario.

Kelsen parte con una defensa de los fueros tanto de la filosofía del derecho como de la teoría general del derecho, en el sentido de que sostiene que cada una de esas dos disciplinas tiene su propia razón de ser.

En cuanto a la filosofía jurídica, ella busca responder a la pregunta que inquiere acerca de cuáles normas debe el derecho adoptar o establecer. Así, la materia específica de la filosofía del derecho es el problema de la justicia, y en cuanto la justicia es un postulado de la moral, es decir, un imperativo de orden ético, la filosofía del derecho constituye una rama de la filosofía moral.

Por el contrario, la teoría general del derecho tiene por materia propia el derecho tal cual es en el hecho, efectivamente, o sea, el derecho positivo, tanto nacional como internacional, y su objetivo consiste en analizar la estructura del derecho positivo y en fijar las nociones fundamentales para el conocimiento del derecho.

Coincidentemente con ese planteamiento, Kelsen autocalifica su teoría pura del derecho como teoría general del derecho y no como filosofía del derecho. Al proceder de este modo, lo que el autor quiere decirnos es que el conjunto de su obra –a la que se le da la misma denominación que Kelsen eligió como título de uno de sus libros más importantes: *teoría pura del derecho*– debe ser vista como una contribución a la teoría general del derecho, es decir, como un trabajo que trata del derecho que es, del derecho puesto, no del derecho que debe ser, que debería ser puesto, y que procura analizar la estructura de ese derecho y fijar las nociones fundamentales de su conocimiento.

Esa autocalificación que Kelsen hace de su propia obra se entiende mejor si se recuerda, por ejemplo, lo que es la teoría del ordenamiento jurídico que ofrece este mismo autor. Dicha teoría, que muestra la estructura escalonada del ordenamiento jurídico, es decir, que muestra al ordenamiento jurídico como una estructura de gradas normativas fundantes y de gradas normativas fundadas, de normas superiores y de normas inferiores, nada dice acerca de cuál debería ser el contenido de cada una de esas normas, y se limita a explicar cómo es que la validez de cada norma, esto es, su existencia como tal y su consiguiente pretensión de obligatoriedad, dependen de que la norma haya sido producida dentro del marco formal y material que para su producción hubiere establecido la norma jurídica correspondiente de rango o jerarquía superior. Así, una ley vale, esto es, existe y obliga, no porque su contenido pueda parecernos justo o con-

veniente, sino porque ha sido producida por el órgano y dentro del procedimiento que para la formación de las leyes hubiere establecido la constitución, y porque se ha ajustado también a los límites que en cuanto a su materia establece igualmente la propia constitución.

Del modo antes resumido, Kelsen procura explicar la estructura de *todo* ordenamiento jurídico y no la estructura ni menos el contenido de *un* determinado ordenamiento jurídico. Lo mismo, con su teoría de la interpretación del derecho, Kelsen no dice cómo debe interpretarse el derecho, ni tampoco cuáles son las reglas de interpretación que consagra un determinado ordenamiento, sino cómo se lleva a cabo la interpretación de todo derecho.

Hay aquí, entonces, una doble cuestión comprometida, a saber, la siguiente: cuando Kelsen dice que su teoría pura del derecho es teoría general y no filosofía del derecho, lo que nos dice es, primero, que su materia de estudio es el derecho que es, el derecho positivo, y, segundo, que se trata del derecho positivo en general y no de un ordenamiento jurídico en particular. Es así como Kelsen escribe lo siguiente al inicio de la segunda versión de su libro *Teoría pura del derecho,* publicada en lengua alemana el año 1960: "La teoría pura del derecho constituye una teoría sobre el derecho positivo, aunque se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general y no de una teoría sobre un ordenamiento jurídico específico". Y agrega: "En cuanto teoría pretende, única y exclusivamente, distinguir su objeto. Intenta dar una respuesta a la pregunta de qué sea el derecho y cómo sea, pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho".

Se esté o no de acuerdo con el criterio que emplea este autor para trazar la distinción entre filosofía del derecho y teoría general del derecho, lo cierto es que él explica con claridad cuál es ese criterio y en qué consiste la distinción a que finalmente conduce. Kelsen, simplemente, atribuye distintos objetos a una y otra disciplina, pues mientras la segunda de ellas trata del derecho positivo, del derecho que es, del derecho puesto, la primera tiene que vérselas con el derecho ideal, con el derecho que debe ser, con el derecho que debería ser puesto o establecido. De ese modo, la pregunta que hace suya la filosofía del

derecho es la pregunta por la justicia, y, en concreto, la pregunta acerca de qué derecho sería justo establecer.

Pero la insistencia de Kelsen en orden a afirmar que el objeto de la teoría general del derecho es el derecho positivo podría facilitar una confusión entre esta disciplina y la dogmática jurídica, puesto que esta última tiene también por objeto al derecho positivo. Sin embargo, tal confusión no es posible debido a que si bien teoría general y dogmática jurídica tienen por materia de estudio el derecho positivo, lo cierto es que en el caso de la primera se trata del derecho positivo en *general,* es decir, del derecho como realidad normativa, presente en toda forma de organización social, mientras que en el caso de la dogmática ésta trata con derechos positivos en *singular,* vale decir, con ordenamientos jurídicos cuya validez y vigencia es posible acotar tanto en el tiempo como en el espacio. Además, lo que una y otra disciplina quieren llegar a saber acerca del derecho positivo es también distinto. Tratándose de la dogmática, ella aspira a identificar un ordenamiento jurídico en particular, a dar cuenta de su contenido, a establecer el significado o sentidos de sus normas e instituciones, y a llevar a cabo una cierta reconstrucción sistemática del material normativo con el cual trabaja. Tratándose de la teoría general, en cambio, el propósito cognoscitivo es bastante más ambicioso, puesto que lo que ella procura establecer es la estructura del derecho positivo en general y las nociones fundamentales de su conocimiento.

Sobre la distinción entre filosofía del derecho y teoría general del derecho, así como sobre la distinción entre teoría general del derecho y dogmática jurídica, volveremos en el acápite de conclusiones del presente capítulo.

VII. Alf Ross: problemas iusfilosóficos en vez de filosofía del derecho

Este jurista escandinavo trata del tema que nos ocupa en el capítulo I de su libro *Sobre el derecho y la justicia.* Ross titula ese capítulo *Problemas de filosofía del derecho,* puesto que su conclusión sobre la materia es que, más conveniente que hablar de "filosofía del derecho" –término éste que sugiere un ámbito de inves-

tigación bien delimitado–, resulta adecuado utilizar la expresión "problemas iusfilosóficos", que se aviene mejor con el carácter abierto y cambiante que tienen los temas de que tratan los estudiosos de la filosofía jurídica.

Pero veamos cuál es el camino que recorre este autor para llegar finalmente a la conclusión antes señalada.

Partiendo por el análisis de la terminología en uso, Ross dice que la palabra "jurisprudencia" es utilizada en los países de habla inglesa en el mismo sentido que en la Europa continental se emplean expresiones tales como "filosofía del derecho" y "teoría general del derecho": tales palabras y expresiones sirven para designar en forma imprecisa diversos estudios generales acerca del derecho que se distinguen de los estudios jurídicos corrientes dirigidos a identificar y a exponer las normas jurídicas vigentes en una cierta sociedad y en una época determinada. Por otra parte, todos esos estudios generales no tienen en común elementos suficientes que posibiliten su filiación como vástagos de una misma rama del saber; como dice el propio Ross, "ellos se ocupan de temas muy distintos y reflejan perspectivas filosóficas que difieren ampliamente entre sí".

Una vez detectada la heterogeneidad de asuntos rotulados como "filosofía del derecho", Ross, lo mismo que Bobbio, se da a la tarea de agrupar de algún modo tales estudios, distinguiendo a este respecto *tres áreas* principales de investigación que responden a tres enfoques diferentes y que dan lugar, consecuentemente, a un similar número de tendencias o líneas de investigación. Estas tres áreas se refieren, en ese mismo orden, al problema del concepto del derecho, al problema del propósito o idea del derecho, y al problema de la interacción del derecho y la sociedad.

La primera de esas áreas concentra los trabajos que han sido dedicados a esclarecer no sólo el concepto de derecho, sino también otros conceptos jurídicos fundamentales, como fuentes del derecho, sujeto de derecho, norma jurídica y deber jurídico.

La línea, tendencia o escuela de filosofía del derecho que realiza estudios de este primer tipo es conocida como "analítica" y trata de definir conceptos como los antes mencionados. Como ejemplos de esta línea o tendencia, Ross menciona la obra de Austin –en especial su *The province of jurisprudence de-*

termined– y la de Kelsen, concretamente su libro *Teoría pura del derecho.*

La segunda área de investigación –concerniente al problema del propósito o idea del derecho– se ocupa de establecer el principio racional que da al derecho su validez o fuerza obligatoria y que constituye el criterio para medir la rectitud o corrección de las normas jurídicas.

Ahora bien, la rama o tendencia de filosofía del derecho que se ocupa de este problema es conocida como "iusfilosofía axiológica" o "filosofía del derecho natural", y se trata de una escuela estrechamente ligada a un enfoque religioso o metafísico del derecho. Como ejemplos de esta línea de trabajo, Ross menciona ahora la filosofía escolástica católica de Tomás de Aquino y varios desarrollos de los sistemas filosóficos de Kant y de Hegel.

En cuanto a la tercera área de trabajo –relativa al problema de la interacción del derecho y la sociedad–, ella incluye cuestiones relativas al origen histórico y al desarrollo del derecho, a los factores sociales que determinan el contenido de las normas jurídicas, a la dependencia del derecho frente a la economía y a la conciencia jurídica popular, a los efectos sociales de las normas e instituciones jurídicas, al poder del legislador para dirigir el desarrollo social por medio del derecho, y a las fuerzas que de hecho motivan la aplicación del derecho en un sentido o en otro.

Esta escuela de filosofía jurídica es conocida como "histórico-sociológica" y puede ser dividida en dos ramas, una predominantemente histórica y otra predominantemente sociológica. Como ejemplo de la primera de esas dos ramas, Ross menciona la escuela histórica del derecho, de Savigny, y como ejemplo de la segunda el realismo jurídico norteamericano de autores como Roscoe Pound y Jerome Frank.

He ahí, según Ross, un sumario de las áreas de trabajo más comunes de la filosofía del derecho, que ponen de manifiesto no sólo los temas tratados por ésta, sino también las tendencias o escuelas que se han desarrollado en la historia de la filosofía jurídica. Con todo, el autor no es indiferente a tales tendencias o escuelas y manifiesta su predilección por la primera de ellas –la denominada "analítica"–, porque es la única que en su opinión posee un carácter científico que la hace merecedora del

nombre de filosofía del derecho. En cuanto a la escuela histórico-sociológica, caería ella más bien en el campo de la sociología jurídica, en tanto que la llamada "filosofía del derecho natural", o lo que circula bajo ese nombre, le parece "simplemente especulación metafísica sin justificación científica".

Acto seguido, Ross se pregunta cómo puede ser definida una rama de estudio del derecho que ofrece tendencias tan diversas como las que fueron antes señaladas, y llega a la conclusión de que una cuestión como esa sólo puede ser elucidada sobre la base de un examen general de los diversos enfoques desde los cuales cabe intentar un estudio de los fenómenos jurídicos, lo cual lleva a este autor a la identificación de otras ramas del estudio del derecho, concretamente, la *ciencia del derecho* y la *sociología jurídica.*

Cree Ross que esas son las dos ramas principales del estudio del derecho. La primera –la ciencia del derecho– se ocupa de las normas jurídicas, mientras que la segunda –la sociología jurídica– se ocupa del derecho en acción. Sin embargo, no debe vérselas como dos disciplinas o saberes que viven separados uno del otro. La ciencia del derecho –que trata de normas– no puede separarse de la sociología jurídica –que trata por su parte de hechos–, porque el jurista que la lleva a cabo está siempre interesado no sólo en la *validez* de las normas, esto es, en su existencia como directivas, sino también en la *vigencia* de ellas, o sea, en la efectividad que las normas puedan o no tener en el curso de la vida social. Por su parte, la sociología jurídica no puede ser completamente separada de la ciencia del derecho, puesto que los fenómenos sociales de que ella trata –por ejemplo, las conductas jurídicas efectivas que muestran los sujetos imperados por el derecho– sólo adquieren su carácter específicamente jurídico cuando son puestos en relación con las normas del derecho. Así, la distinción entre ciencia del derecho y sociología jurídica, así como la necesidad de colaboración entre una y otra, provienen de la clásica distinción de Ross entre derecho *válido* y derecho *vigente,* entre directivas jurídicas y derecho en acción.

A su vez, tanto la ciencia del derecho como la sociología jurídica son subdivididas por Ross. La primera es subdividida en dogmática jurídica –o ciencia del derecho en sentido estricto–,

historia del derecho y derecho comparado; la segunda lo es en sociología jurídica fundamental y sociología jurídica aplicada.

A la *dogmática* corresponde el estudio de un ordenamiento jurídico determinado que rige en una sociedad también determinada, por ejemplo –dice Ross–, el derecho vigente en la actualidad en Illinois. A la *historia del derecho* compete describir un derecho que tuvo vigencia en el pasado y marcar las fases de su desarrollo histórico. Y al *derecho comparado* le corresponde exponer el derecho de distintos países, ya sea que se trate de derechos vigentes o de derechos pretéritos, con el fin de servir como instrumento de política jurídica, vale decir, de mejoramiento del ordenamiento jurídico.

Por su lado, a la *sociología jurídica fundamental* le ocupan las características generales del derecho en acción, relativas tanto a la mecánica de la motivación jurídica y a la interacción entre el derecho y otras fuerzas sociales (sociología jurídica estática) como a los principios generales que gobiernan las relaciones entre el derecho y el desarrollo de la comunidad (sociología jurídica dinámica). Forman también parte de la sociología jurídica fundamental ciertas ramas especializadas que corresponden a esferas igualmente especiales del derecho, como, por ejemplo, la criminología. En cuanto a la *sociología jurídica aplicada,* tiene ella un campo de estudio determinado y estructurado según los problemas prácticos que presentan tanto la legislación como la judicatura, y es un buen auxilio, por lo mismo, para la labor de legisladores y de jueces.

Si tales son según Ross las distintas ramas del estudio del derecho, ¿qué queda entonces para la *filosofía del derecho?*

Para responder a esta pregunta, el autor se remonta a la relación entre filosofía y ciencia, tema a propósito del cual muestra la influencia que en él han ejercido las ideas y planteamientos del positivismo lógico.

La filosofía general no tiene un objeto específico distinto del que tienen las diversas ciencias. La filosofía tampoco es deducción a partir de principios de la razón merced a la cual se revele una realidad de más alto nivel que la que nos ofrecen los sentidos y la experiencia a que éstos conducen cuando la memoria se introduce en el sentir y forma un cierto orden de nuestras percepciones. Por último, la filosofía tampoco constituye una

ampliación del campo de mira de las ciencias que permita conocer y describir algo así como los últimos componentes de la realidad.

En suma: para Ross la filosofía no es teoría, vale decir, no es un conjunto de conocimientos. La filosofía es método, y ese método es el análisis lógico. ¿Análisis lógico de qué? De la ciencia y, más concretamente, del lenguaje científico.

De lo anterior se sigue, en el caso ahora de la filosofía del derecho, que ésta no tenga un objeto específico y distinto del objeto de la ciencia del derecho, cuyo conocimiento pudiera proporcionar un saber superior o más alto que el que del derecho consigue la ciencia del derecho.

La filosofía del derecho tiene por objeto no al derecho, sino a la propia ciencia del derecho, especialmente al lenguaje de que ésta última se vale, y su propósito último es llevar a cabo un análisis más prolijo del aparato de conceptos de que se valen la ciencia del derecho y cada uno de los saberes en que ésta se subdivide.

Lo anterior quiere decir que el filósofo del derecho investiga problemas que a menudo constituyen premisas o supuestos que la ciencia del derecho, y los juristas que la practican, dan por sentados. Por lo mismo, el tema principal de la filosofía del derecho está constituido por los conceptos jurídicos fundamentales de alcance general –por ejemplo, el concepto de "derecho vigente"– que los juristas utilizan comúnmente cuando hacen dogmática jurídica, historia del derecho o derecho comparado.

"El objeto de la filosofía del derecho –escribe Ross– no es el derecho, ni parte o aspecto alguno de éste, sino la ciencia del derecho". Por lo mismo, ella está "un piso más arriba que la ciencia del derecho", y mira hacia ésta –no hacia el derecho– desde esa posición o postura "más arriba". En síntesis, si la ciencia del derecho mira al *derecho,* la filosofía del derecho es a su turno una mirada sobre la *ciencia del derecho.*

Del modo antes indicado, Ross es de parecer que la filosofía del derecho mira únicamente a la ciencia del derecho –en el sentido amplio que él da a esta última expresión–, mas no a esa otra rama principal del estudio del derecho que es la sociología jurídica. Ello en atención –dice él– a que "el aparato lógico de esta última es en lo principal el mismo que se usa en otras so-

ciologías", de donde resulta que "parece razonable circunscribir los problemas iusfilosóficos específicos a la consideración de la ciencia del derecho".

Por otra parte, y tal como fuera anticipado en este mismo acápite, Ross, consciente del dominio más o menos amplio de la filosofía jurídica, aun cuando se lo restrinja al análisis del aparato lógico y lingüístico de la ciencia del derecho, como él mismo hace, llama finalmente a sustituir la expresión "filosofía del derecho" por "problemas iusfilosóficos". Ello porque la primera de tales expresiones sugiere un ámbito de investigación bien delimitado –que en rigor no existe o no es compartido por los distintos especialistas–, mientras que la segunda de esas denominaciones facilita que cada estudioso determine, de acuerdo al desarrollo efectivo que tengan los estudios jurídicos en un momento dado, qué problemas serán sometidos a análisis filosófico.

VIII. Bobbio y la filosofía jurídica como teoría del derecho, teoría de la justicia y teoría de la ciencia jurídica

Como tuvimos oportunidad de adelantar en la Introducción a este capítulo, Bobbio procura introducir algún orden en los temas o asuntos que han sido tratados por la filosofía del derecho, pero, a la vez, responde a la pregunta de qué entiende él por filosofía del derecho.

Sin embargo, para responder a esa pregunta Bobbio no desarrolla ningún razonamiento especial, sino que identifica las materias de las que él se ha ocupado en sus cursos universitarios de filosofía del derecho. Esos temas son básicamente tres y dan lugar a igual número de partes de que consta no *la* filosofía del derecho, sino *su* filosofía del derecho.

En cuanto a la primera de esas tres partes, que Bobbio denomina "Teoría del derecho", su problema fundamental sería determinar el concepto del derecho. Y ante este problema, el autor no vacila en declararse "normativista" si por "normativismo se entiende aquella teoría según la cual el modo más con-

veniente de definir el derecho es referirse a la noción de norma". Con una precisión, sin embargo, a saber, que la palabra "derecho" se emplee no por referencia a una o más normas aisladas, sino por referencia a un conjunto de normas, esto es, a un ordenamiento.

Dicha idea es desarrollada por Bobbio desde las líneas iniciales de su *Teoría general del derecho,* donde declara que el enfoque que se seguirá en esa obra para el estudio del derecho "es el *normativo",* añadiendo que "con esto entiendo que el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos y considerar al derecho como un *sistema de normas,* o reglas de conducta. Partimos, por lo tanto, de una afirmación general de este tipo: *la experiencia jurídica es una experiencia normativa".*

Lo anterior quiere decir, como Bobbio explica a continuación en la misma obra antes mencionada, que "el problema de la definición del derecho encuentra su lugar apropiado en la teoría del ordenamiento y no en la teoría de la norma", porque "aquello que nosotros denominamos generalmente derecho es una característica de ciertos ordenamientos normativos más que de ciertas normas". De esta forma, "bastará decir que norma jurídica es aquella que pertenece a un ordenamiento jurídico" para que "el problema de determinar qué significa 'jurídico' sea desplazado de la norma al ordenamiento". Entonces, para saber lo que es el derecho no se trata de preguntar "¿qué se entiende por norma jurídica?", sino "¿qué se entiende por ordenamiento jurídico?" Así, concluye Bobbio, "el término 'derecho', en su más común acepción de derecho objetivo, indica un sistema normativo, no un tipo de norma".

Como otro dato ilustrativo sobre el concepto de derecho de Norberto Bobbio, vale la pena reparar en lo escrito por el autor a propósito de la palabra "derecho" en el *Diccionario de Política* que editó y publicó en Italia, junto con Nicola Matteucci, en 1976, y que cuenta con sucesivas ediciones en castellano a partir de 1981. Allí puede leerse que "entre los múltiples significados de la palabra 'derecho', el significado que está más estrechamente conectado con la teoría del estado o de la política es el del derecho como ordenamiento normativo", es decir –continúa el autor–, "como conjunto de normas de conducta y de organización que

constituyen una unidad, que tienen por contenido la reglamentación de relaciones fundamentales para la convivencia y la supervivencia del grupo social, como son las relaciones familiares, las relaciones económicas, las relaciones superiores de poder (o relaciones políticas), así como la reglamentación de los modos y de las formas con que el grupo social reacciona a la violación de las normas de primer grado o institucionalización de la sanción, y que tienen como fin mínimo el impedimento de las acciones consideradas más destructivas del conjunto social, la solución de los conflictos que amenazan, si no son resueltos, con hacer imposible la propia subsistencia del grupo, la consecución y el mantenimiento, en suma, del orden o de la paz social".

La segunda parte de la filosofía jurídica de Bobbio, que éste llama "Teoría de la justicia", trata de fijar el concepto de justicia, "entendida –dice el autor– como el conjunto de los valores, bienes o intereses para cuya protección o incremento los hombres recurren a esa técnica de convivencia a la que solemos dar el nombre de derecho". De este modo, si la Teoría del derecho consiste en un estudio formal del derecho, la Teoría de la justicia llevaría a cabo un estudio material del mismo.

Bobbio considera también que si en el campo de lo que él llama Teoría del derecho "los progresos han sido notables", no puede decirse lo mismo, en cambio, tratándose de la Teoría de la justicia, en el que "no se ha pasado aún de la teoría analítica a la fenomenológica, es decir, a la exploración, a través de una investigación de derecho comparado, de los criterios asumidos en cada caso, en las diversas civilizaciones y en las diversas épocas, para juzgar lo justo y lo injusto".

Bobbio confiesa que en sus propios escritos "no existe una teoría de la justicia que pueda ser puesta al lado de la teoría del derecho", aunque vale la pena decir a este respecto que resulta muy ilustrativo recorrer su pensamiento acerca del tema de la justicia, utilizando para ello el ensayo de Alfonso Ruiz-Miguel que se menciona como parte de la bibliografía del presente libro, y comprobar, a fin de cuentas, su afiliación a lo que este último autor llama "relativismo no escéptico" o "escepticismo relativo". Con esta posición, Bobbio "rehúsa las antítesis demasiado tajantes –como él mismo dice– entre la verdad absoluta y

la no verdad", asumiendo que entre tales antítesis siempre "hay lugar para las verdades sometibles a continua revisión merced a la técnica de aducir razones pro y contra", porque se sabe "que cuando los hombres dejan de creer en las buenas razones comienza la violencia". Situado, pues, entre el *escepticismo extremo* y el *absolutismo ético,* no es de extrañar que al momento de hacer sus opciones políticas Bobbio escoja una democracia puramente procedimental, que indica quién y cómo se debe decidir y no qué es lo que debe ser resuelto en cada caso, o sea, que establece meramente quién está facultado para adoptar decisiones colectivas y por medio de qué procedimientos deben ser éstas adoptadas y no, en cambio, el contenido de cada una de tales decisiones. Ello no impide al autor italiano proporcionar razones para preferir la democracia como forma de gobierno, para lo cual, de modo inevitable, tiene que remitirse a algunos valores que esta misma forma de gobierno garantiza y promueve mejor que otras.

Por último, "Teoría de la ciencia jurídica" es la denominación que Bobbio da a la tercera parte de su filosofía del derecho, ubicando aquí "el estudio de los procedimientos intelectuales adoptados por los juristas para determinar, interpretar, integrar y conciliar entre sí las reglas de un sistema jurídico".

Sobre el particular, Bobbio advierte, con razón, que "en los últimos siglos han sido elaborados y propuestos en rápida sucesión distintos modelos para la caracterización de la ciencia jurídica" que han sido extraídos de los más diversos campos (matemáticas, historia, ciencias naturales explicativas, etc.), concluyendo que "frente a tan desconcertante variedad de opiniones, creo que es una señal de prudencia invertir la ruta: en vez de construir un modelo extraído de otros campos para adaptarlo al trabajo del jurista, comenzar a hacer un análisis de los distintos tipos de argumentación usados por los juristas en su trabajo cotidiano, a objeto de elaborar una nueva *lógica legalis,* utilizando los servicios que pueda prestar el análisis realizado por la lógica moderna".

Para concluir ya con esta posiblemente extensa exposición de las ideas de Bobbio sobre el campo temático de la filosofía del derecho, conviene expresar que este autor se hace cargo también de esa hostilidad que, en algún grado, profesan casi siem-

pre los juristas hacia una disciplina que perciben distinta –y distante– de sus preocupaciones más inmediatas. Pero Bobbio tiene nuevamente razón cuando advierte que el jurista es hostil "a la filosofía del derecho que no comprende" y a la que, por lo mismo, no ve ninguna utilidad que no sea la muy discutible y enteramente innecesaria de ornamentar los estudios del derecho y la propia cultura de los juristas.

En el epígrafe final de su ya mencionado trabajo *Naturaleza y función de la filosofía del derecho,* Bobbio procura mostrar la utilidad de la filosofía jurídica a partir, precisamente, de las tres partes que él ha desarrollado a propósito de su trabajo en esta misma disciplina.

Por lo que respecta a la primera de estas partes –la llamada *Teoría del derecho–,* Bobbio nos recuerda que los juristas trabajan siempre, de preferencia, con el material normativo que les proporciona un determinado derecho positivo dotado de realidad histórica y precisan, en consecuencia, de un buen manejo de los conceptos generales comunes a todo ordenamiento jurídico y que elucida esta parte de la filosofía del derecho, tales como norma, obligación, sanción, derecho subjetivo, etc.

Seguidamente, y por lo que toca ahora a la llamada *Teoría de la justicia,* el autor sostiene que al llamar ésta la atención de los juristas acerca de los valores que inspiran a las normas jurídicas y a las instituciones en que ellas aparecen articuladas, permite a los agentes del conocimiento dogmático del derecho tomar nota de las "matrices culturales" del respectivo ordenamiento jurídico, tornándolos así "más sensibles a la comprensión de los distintos condicionamientos ideológicos del sistema jurídico que deben interpretar".

Por fin, la llamada *Teoría de la ciencia jurídica* ofrece a los juristas la posibilidad de comprender mejor la naturaleza, características y límites del tipo de saber que ellos logran constituir acerca del derecho vigente, así como la de "justificar los métodos empleados en su propio trabajo".

No por nada –concluye Bobbio a este respecto– "la mejor filosofía del Derecho, sobre todo en el campo de la teoría del ordenamiento jurídico y de la teoría de la ciencia jurídica", ha sido hecha generalmente por los juristas, lo cual constituiría otra prueba, a su juicio, acerca de que los buenos juristas no suelen

ser hostiles al tipo de saber a que se alude con la expresión "filosofía del derecho". Porque si queremos que los estudiantes de derecho, y en definitiva los juristas, a saber, abogados, jueces y profesores de derecho, sobrepasen la simple "memoria jurídica" para alcanzar propiamente una "inteligencia jurídica" –empleando ahora expresiones de Jorge Millas–, entonces no podemos sino continuar dando un lugar a la filosofía del derecho no únicamente en la educación jurídica, sino a propósito del mismo trabajo que llevan a cabo los agentes de las diversas profesiones jurídicas.

Hemos recordado en otra ocasión que Savigny –tal vez el jurista más importante del siglo pasado– escribió, ya en 1840, sobre la superficialidad de tratar como cosas separadas, y aún opuestas, los aspectos teóricos y prácticos de la llamada ciencia jurídica, recordándonos que entre tales aspectos no hay sino una diferencia de dimensión, la misma que se aprecia entre el análisis de una relación jurídica individual y limitada y la comprensión del sistema de derecho positivo de una nación. De este modo, entre el jurista práctico y el teórico –siempre en palabras de Savigny– "lo que sí es diferente es la carrera profesional exterior y la aplicación de los conocimientos jurídicos adquiridos. Empero la manera y dirección del pensamiento, así como la cultura que lo hace posible, son comunes; y sólo llevará a cabo dignamente cualquiera de ambas ocupaciones aquel que tenga presente aquella identidad".

IX. Jorge Millas y la filosofía del derecho como contribución a la inteligencia jurídica

El filósofo del derecho Jorge Millas, muerto en 1982, encuestado por sus alumnos de filosofía del derecho de la Universidad de Chile acerca del sentido de esta disciplina y de su importancia como asignatura, respondió que él consideraba indispensable no sólo la enseñanza de la filosofía jurídica en las escuelas de derecho, sino también su activación y renovación permanentes a través de un centro o instituto dedicado a la profundización, debate y difusión de sus temas.

En el centro de ese juicio de Millas, por lo mismo, está la convicción de que la presencia de la filosofía del derecho como asignatura o curso universitario no es suficiente garantía para el desarrollo y profundización de sus temas como disciplina. Dicha garantía la vio Millas en la actividad de una organización independiente que estuviera sustraída a los avatares que la filosofía jurídica pudiera sufrir como asignatura normalmente presente en los planes de estudio de las facultades y escuelas que se dedican a la enseñanza del derecho. Es por eso tal vez que Millas concurrió con entusiasmo a la constitución en 1981 de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en la que se apuntó como uno de sus socios fundadores.

Siguiendo con esta exposición de las ideas de Jorge Millas en torno a la filosofía del derecho, él fue también de opinión que de la enseñanza de la filosofía del derecho, así como de la profundización, debate y difusión de sus temas a través de una organización independiente, dependía que los estudios jurídicos no constituyeran meras artesanías de aprendizaje e interpretación legales, sino verdadera formación científica.

Para este autor, el derecho es un fenómeno de la cultura y, en tal condición, posee estructura, sentido, funciones, supuestos, lógica y técnica de conceptuación específicas. Todo ello convierte al derecho en materia de interpretación sistemática, lo cual da lugar, a su vez, a la ciencia jurídica. Por lo mismo, en las escuelas de derecho debería prevalecer un ambiente intelectual en donde "la artesanía del abogado se supedite al interés, al estilo y a los valores de la ciencia jurídica". Este espíritu –agregó todavía–, "hecho consciente y promovido por la filosofía del derecho, debería impregnar todas las cátedras especializadas: cada una de éstas debiera dar ocasión para filosofar sobre el derecho, o sea, para reflexionar sobre sus específicas características en cuanto forma de pensar, de valorar y de racionalizar la organización social de la vida humana".

Por otra parte, Millas era consciente de que las leyes, y en general las normas jurídicas que constituyen el derecho de una comunidad, son contingentes y variables. Por lo mismo, la formación jurídica que convierta a esas leyes y normas en objeto exclusivo o siquiera preeminente del estudio, "arriesga que los

profesionales del derecho se queden con la cabeza vacía cuando ellas desaparezcan".

Sostenía Millas que "el abogado necesita antes que memoria jurídica, inteligencia jurídica" –una frase que convendría esculpir a fuego en nuestras escuelas de derecho–, y recordaba que la memoria puede ser auxiliada por la consulta de los textos legales. El discernimiento, en cambio, que supone capacidad de abstraer, de generalizar, de distinguir, de reconocer problemas y de organizar el pensamiento, "no puede ser reemplazado".

En la encuesta a que hemos aludido, luego de su defensa de la filosofía del derecho tanto como asignatura cuanto como disciplina, Millas, requerido por sus alumnos, opinó acerca de las materias que deberían estar presentes en el programa de un curso de filosofía del derecho, y sostuvo que no hay ni puede haber un programa sagrado o intocable y que el profesor de un curso semejante debiera poder formularlo y reformularlo periódicamente y sin trabas.

Con todo, opinó finalmente, es aconsejable que el programa de un curso como ese contenga una exposición de los caracteres propios de la ciencia jurídica, del pensar normativo, de los valores jurídicos y del problema del derecho natural, y que a propósito de cada uno de esos temas el curso de filosofía del derecho debería dar ocasión para reconocer las grandes doctrinas que se han confrontado y se confrontan hoy en el estudio filosófico del derecho.

Pero es en su libro *Filosofía del derecho,* de 1970, donde Jorge Millas lleva a cabo una más prolija identificación de los problemas que, a su juicio, conciernen a la filosofía del derecho como disciplina.

Lo primero que el autor se pregunta sobre la materia es si acaso resulta posible algún otro conocimiento del derecho que no sea el que proviene de la ciencia jurídica. Responde afirmativamente a esta pregunta y asume como correcto el punto de partida que Del Vecchio escoge a este respecto, a saber, que la ciencia jurídica trata del derecho en sus aspectos particulares, mientras que la filosofía del derecho hace lo propio con sus ingredientes universales.

Con todo, un punto de partida como ese parece a Millas demasiado general, y es por eso, entonces, que se aplica luego a la

tarea de ofrecer una suficiente caracterización de la ciencia del derecho y una adecuada identificación de los problemas que deben ser tratados por la filosofía jurídica.

En cuanto a lo primero, el autor, siguiendo ahora a Radbruch, afirma que la ciencia jurídica en todas sus ramas –civil, penal, procesal, etc.– se ocupa de fijar el sentido objetivo de las normas jurídico-positivas y de determinar la aplicabilidad de éstas a los casos concretos de la vida social.

Sin embargo, cuando el jurista reconoce e interpreta un derecho positivo, esto es, cuando reconoce e interpreta el conjunto de las normas jurídicas vigentes en un lugar y tiempo dados, se guía en esa tarea por un repertorio de *supuestos teóricos, nociones* y *principios* de cuya existencia y sentido no se hace mayormente problema. El propio concepto de derecho constituye uno de esos supuestos teóricos a que alude Jorge Millas, en tanto que nociones como las de norma, sujeto de derecho, validez, eficacia, relación jurídica y sanción forman parte también de ese elenco de ideas previas que todo jurista asume con ocasión de su trabajo dogmático y que generalmente no problematiza. Por otra parte, existen principios formales que no derivan de ningún ordenamiento jurídico en particular –tales como "todo lo no prohibido está jurídicamente permitido" o "toda facultad implica una obligación correlativa"–, y que constituyen lo que este autor considera "supuestos lógicos inviolables de todo orden jurídico".

Además de lo anterior, la ciencia jurídica se detiene en la determinación del sentido objetivo de las normas y deja abierta la cuestión de la crítica de las normas, o sea, se atiene ella en su trabajo a lo que se encuentra puesto o establecido como derecho y abre campo a la pregunta por el derecho ideal, esto es, por el derecho que debería ser puesto o establecido.

Por último, el derecho es un fenómeno de la experiencia humana que se da en el ámbito general del ser, de modo que, además de la pregunta acerca de la esencia del derecho, de la clase de ser a que pertenece, es pertinente e inevitable, asimismo, la pregunta sobre las relaciones que ese ser tiene con la totalidad de los objetos dados al pensamiento.

El conjunto de consideraciones precedentes conduce así a Jorge Millas a la conclusión de que existen cuatro órdenes de

problemas sobre el derecho que rebasan la competencia de la ciencia jurídica y que deben ser tratados por la filosofía del mismo nombre. Enunciándolos bajo la forma de preguntas, esos cuatro problemas son los siguientes: ¿Qué es el derecho? ¿Cuáles son, si los hay, los conceptos y principios a priori del conocimiento jurídico? ¿Cuáles son los fines, las normas ideales, los valores del derecho? ¿Cuál es la situación y cuáles las conexiones fundamentales del derecho en el seno de la realidad universal?

Nótese, pues, cómo Jorge Millas amplía notablemente el campo temático de la filosofía jurídica –sobre todo si su punto de vista se compara con los de autores como Kelsen y Radbruch–, quizás porque el autor chileno no ve en la teoría general del derecho una disciplina distinta de la filosofía del derecho, a la cual podrían ser derivados algunos de los problemas o preguntas que Millas atribuye a la última de esas disciplinas.

En cuanto a la primera de tales preguntas –¿qué es el derecho?–, ella sobrepasa los límites precisos de cada ordenamiento jurídico y el campo de cada una de las ciencias jurídicas particulares que trabajan sobre las partes o ramas de dicho ordenamiento. Ello resulta evidente –expresa Millas– "si consideramos que al hablar de derecho civil o de derecho penal vigente operamos con un concepto genérico, soporte común de tales denominaciones: derecho".

Tocante ahora a la segunda de las preguntas antes señaladas –¿cuáles son los conceptos y principios a priori del conocimiento del derecho?–, Millas es suficientemente consciente de que tales conceptos y principios son empleados por los juristas, esto es, por los especialistas en las distintas ciencias jurídicas particulares, sin que éstos se detengan en un análisis de los mismos, o sea, presuponiéndolos simplemente sin una indagación previa de su sentido ni de sus recíprocas conexiones.

Respecto a la tercera pregunta –concerniente a los fines y valores del derecho–, el autor llama la atención acerca de la importancia que como parte de la filosofía del derecho tiene la estimativa o axiología jurídica, es decir, la crítica valorativa del derecho vigente y la consiguiente búsqueda de un derecho justo. De este modo, la axiología jurídica trabaja con preguntas "tan antiguas como la inteligencia reflexiva del hombre",

tales como qué es justicia y si existe un sentido universal y necesario de la justicia o se trata de un ideal histórico y siempre condicionado.

Por último, hay lo que Jorge Millas identifica como la pregunta metafísica de la filosofía jurídica, es decir, aquella que inquiere sobre la situación del derecho en el seno de la realidad y sobre sus conexiones con los demás objetos que constituyen a ésta y se ofrecen también al pensamiento humano. El derecho es ciertamente algo determinado que puede ser identificado por rasgos o propiedades singularísimos, no obstante lo cual, y por hallarse él afincado en otras cosas, sería imposible comprender su naturaleza sin insertarlo en el orden universal de las cosas con que el derecho se da.

El conjunto de las cuatro cuestiones antes indicadas constituye para Millas "el campo propio de la filosofía del derecho, que de esta manera se nos presenta como la búsqueda de una fundamentación radical de lo jurídico en el cuádruple sentido lógico, gnoseológico, axiológico y metafísico".

X. Conclusiones: una reflexión sobre el derecho, la ciencia del derecho, la teoría general del derecho y la filosofía del derecho

Llegados ya a las conclusiones que deben dar término al presente capítulo, es preciso eludir tres posibilidades: sumar el punto de vista propio al que los distintos autores traídos hasta aquí tienen acerca del concepto, objeto y temas de la filosofía del derecho; escoger dentro de tales puntos de vista aquel que pudiera ser presentado como el punto de vista correcto o verdadero; o, en fin, intentar una síntesis capaz de articular y conciliar al conjunto de los puntos de vista que fueron presentados.

Si eludimos la primera de esas tres posibilidades es porque resultaría algo presuntuoso que el autor de este texto considerara que su parecer respecto de la pregunta ¿qué es filosofía del derecho? puede ser colocado junto al de los especialistas que hemos consultado sobre el particular. Por otra parte, si eludimos la segunda de esas posibilidades se debe a que todo el ejer-

cicio que hemos desarrollado en el presente capítulo –al igual que el que efectuamos en el capítulo anterior sobre la pregunta ¿qué es filosofía?– no estuvo nunca destinado a seleccionar algo así como la única respuesta correcta acerca de qué es la filosofía jurídica, sino a poner en tensión la inteligencia a partir de una pregunta semejante y a conseguir al fin una idea acerca de esta disciplina –decimos deliberadamente una *idea* y no una *definición*– que fuera mejor o más completa que la que pudiéramos haber tenido al comienzo del desarrollo del curso. Y en cuanto a la tercera de las posibilidades mencionadas, ella queda excluida porque en un tema como el que nos ocupa no cabe la posibilidad de ilusionarse con una solución de compromiso que pueda superar las diferencias muchas veces insalvables que existen entre los distintos puntos de vista de los autores que fueron consultados.

No obstante descartar las tres posibilidades antes señaladas, es preciso advertir –por lo que toca a la primera de ellas– que tenemos también un punto de vista sobre la filosofía del derecho, el que puede ser consultado tanto en el *Anuario de filosofía jurídica y social Nº 1,* de 1983, como en *Doxa, Problemas abiertos en la filosofía del derecho* –dos obras acerca de cuyas menciones editoriales se informa en la *Bibliografía* con que se cierra el presente volumen–; y –por lo que respecta a la segunda–, que no todos los puntos de vista de los distintos autores consultados a lo largo del presente capítulo nos parecen igualmente aceptables, de modo que pudieran intercambiarse unos por otros sin que de ello se siguiera ninguna consecuencia para la comprensión de lo que es nuestra disciplina y para la identificación de los problemas de los que ella tendría que ocuparse. En cuanto a la tercera de las posibilidades, vale la pena decir que si bien no es posible una síntesis de todos los puntos de vista analizados acerca de la filosofía del derecho, lo cierto es que todos ellos pueden servirnos a la hora de establecer algunas conclusiones sobre la materia.

Las reflexiones y conclusiones que siguen, por lo mismo, guardan relación con el punto de vista que profesamos acerca de la filosofía del derecho y con los cambios que ese punto de vista pudo haber experimentado luego de transcurridos casi 20 años de haberlo emitido por primera vez. A la vez, tales reflexio-

nes y conclusiones, según se verá, si bien no seleccionan un punto de vista acerca de la filosofía del derecho de entre los varios que hemos conocido ni intentan arribar tampoco a una síntesis en la que todos ellos puedan tener un lugar, utilizan los distintos puntos de vista para conseguir, cuando menos, una adecuada identificación de las pretensiones cognoscitivas que acerca del derecho tienen no sólo la filosofía jurídica, sino también la ciencia del derecho y la teoría general del derecho.

¿Por qué sólo esas tres disciplinas o saberes acerca del derecho, sin considerar, por ejemplo, a la historia del derecho o a la sociología jurídica? Simplemente porque se trata de tres saberes emparentados por un mismo riesgo, a saber, que se los confunda entre sí. En efecto, la teoría general del derecho, en cuanto hace del derecho positivo su objeto de estudio, arriesga ser confundida o no suficientemente diferenciada de la dogmática jurídica, que trabaja también con ese mismo objeto, mientras que la filosofía jurídica, en cuanto adopta una perspectiva universal o cuando menos general acerca del derecho, arriesga ser confundida con la llamada teoría general del derecho, la cual –como su propio nombre lo indica– tiene también la pretensión de que sus enunciados o proposiciones valgan por referencia a todo derecho, o sea, al derecho en general y no a un ordenamiento jurídico en particular. Es más: en ocasiones suele producirse también una confusión entre derecho y ciencia del derecho, entre el objeto de un determinado saber (el derecho) y el saber acerca de ese objeto (la ciencia del derecho), una confusión que proviene de que en algunas lenguas –el castellano, sin ir más lejos– una misma palabra –"derecho"– se emplee comúnmente tanto para aludir a ese objeto como al saber que acerca de él se constituye, y que queda de manifiesto, por ejemplo, cuando alguien pregunta si acaso el *derecho* es o no una ciencia.

Demos paso, ahora, a las conclusiones de este capítulo, así como a las reflexiones que es posible hacer sobre cada uno de los aspectos que aparecen mencionados en el título dado a este acápite, a saber, el *derecho,* la *ciencia del derecho,* la *teoría general del derecho* y la *filosofía del derecho.*

1. El *derecho* es un fenómeno de la experiencia humana que acompaña, en expresiones más o menos evolucionadas según los

casos, a las distintas formas o modalidades de organización social que los hombres han ido adoptando a lo largo de la historia.

De este modo, el derecho es una producción humana, algo que el hombre hace o produce y que no está allí instalado y esperándole como acontece con los fenómenos de la naturaleza, y, en tal sentido, se trata por cierto de un producto cultural, de una de esas tantas cosas –como el arte y el lenguaje, por ejemplo– que el hombre ha sido capaz de colocar entre el polvo y las estrellas, según la hermosa imagen de que se vale Radbruch para aludir a los objetos de tipo cultural.

Hablamos aquí, por cierto, del derecho positivo, del derecho puesto o creado por actos más o menos deliberados y conscientes de los seres humanos, y no de un derecho que pueda haber sido producido directamente por la naturaleza o por algún ser superior al hombre y al cual éste deba su existencia sobre el planeta. En el capítulo reservado al positivismo jurídico tendremos oportunidad de referirnos al dualismo derecho positivo-derecho natural y a las implicancias que tiene la aceptación o el rechazo de ese dualismo. Por ahora, sin embargo, cada vez que hablemos de "derecho" estaremos refiriéndonos a lo que los partidarios de ese dualismo llaman "derecho positivo", una denominación –por lo demás– que resulta redundante en boca de alguien que rechace el dualismo, puesto que si se considera que sólo existe el derecho positivo y que no hay nada a lo que pueda llamarse con propiedad derecho natural, carece de sentido llamar *positivo* a ese único derecho que existe. En otras palabras, sólo para quien acepte el dualismo antes señalado, esto es, que además del derecho producido por los hombres hay otro derecho producido directamente por Dios o por la naturaleza, tiene sentido llamar *positivo* al primero de esos derechos y *natural* al segundo de ellos.

Pues bien, el derecho, como otros fenómenos de la existencia humana, puede ser constituido en objeto de conocimiento, es decir, se trata de algo a lo cual el hombre puede acercarse con fines de conocimiento. El hombre produce el derecho, pero aspira a la vez a obtener algún tipo de conocimiento acerca de aquello que produce. Por lo demás, el derecho, en cuanto ordenamiento que regula y controla el comportamiento humano, y, sobre todo, en cuanto regula ese comportamiento de modo

coactivo, se presenta como algo que el hombre no sólo *puede* conocer, sino que de algún modo *tiene* que conocer, puesto que únicamente sabiendo acerca del derecho puede saber también cómo ha de comportarse para eludir las consecuencias negativas que el derecho asocia a determinadas conductas o para obtener los beneficios que liga también a ciertos comportamientos.

Con lo anterior quiere decirse que el derecho, si se lo considera en el conjunto de todos los fenómenos que el hombre puede constituir en objeto de conocimiento, es de aquellos que en mayor medida le interpelan a ese conocimiento y le incentivan a desplegar respecto suyo las facultades cognoscitivas del entendimiento humano. El derecho no deja indiferentes a esas facultades, como tampoco lo hace con las facultades estimativas de los hombres, que son aquellas que permiten no ya conocer el derecho, sino valorarlo, esto es, que hacen posible decir no lo que el derecho es, sino lo que éste debería ser, o –si se prefiere– que hacen posible una apreciación acerca de si el derecho que *es* es realmente como creemos que éste *debe ser*.

Pero si el derecho puede ser constituido en objeto de conocimiento, lo cierto es que, de hecho, se trata de un fenómeno que es considerado en tal condición –como objeto de conocimiento– no sólo por uno, sino por varios y diferentes saberes. El derecho es un fenómeno complejo que, como tal, se ofrece a la atención cognoscitiva de las distintas maneras en que se ha podido organizar su conocimiento. Todas esas distintas maneras de organizar el conocimiento del derecho miran ciertamente al derecho, aunque cada cual coge de éste uno o más aspectos en los que concentra su afán cognoscitivo. De este modo, las distintas dimensiones o aspectos que presenta el derecho (normativos, conductuales, valorativos, sociales, históricos, psicológicos, etc.) traen consigo que a su respecto puedan adoptarse múltiples perspectivas de análisis, cada una de las cuales permite la constitución y el desarrollo de un determinado saber.

Esos distintos saberes que existen acerca del derecho dividen el trabajo de conocimiento del derecho, pero no deben dividir al derecho mismo, o sea, no deben fraccionar al derecho ni aislar completamente la dimensión o el aspecto de éste sobre el cual trabajan. Menos aun deben desarrollar la idea de que una cualquiera de ellas está en condiciones de dar cuenta de la

totalidad del fenómeno jurídico. Por el contrario, junto con asumir la especificidad a la vez que la limitación de la perspectiva que acerca del derecho adopta cada uno de tales saberes, deben éstos colaborar entre sí y abrir sus fronteras a fin de que se produzcan entre todos ellos movimientos tanto de emigración como de inmigración de conocimientos, permeándose, que no invadiéndose, unos a otros. Cada saber acerca del derecho, por lo mismo, sin renunciar a la perspectiva que adopta ni a los métodos que convengan a esa perspectiva, no puede vivir ni desarrollarse de espaldas a los demás saberes y debe mantener siempre un ojo puesto en los avances que en esos otros saberes vayan produciéndose, porque de ello dependerá también el afinamiento y el progreso de su propia perspectiva y métodos.

Quizás si uno de los cometidos de la filosofía del derecho sea precisamente éste: inventariar los saberes acerca del derecho, precisar la perspectiva y métodos que adopta cada uno de ellos, ofrecer una visión ordenada y coordinada de los campos temáticos que les son propios, y echar algo de luz sobre las zonas o problemas en que esos mismos saberes, colaborando entre sí, pueden proveer percepciones más integradas del fenómeno jurídico.

Vamos a tratar a continuación de esos saberes, aunque no de todos ellos, sino únicamente de los tres que anticipamos en su momento.

2. La *ciencia del derecho,* llamada también ciencia jurídica en sentido estricto, o ciencia jurídica particular, o dogmática jurídica, es el primero de los saberes de que vamos a ocuparnos en esta parte de nuestras conclusiones.

Las solas denominaciones que tiene este primer saber acerca del derecho, esto es, las cuatro que quedan mencionadas en el párrafo inmediatamente precedente, nos ponen ya en evidentes dificultades. Porque decir "*ciencia* del derecho" significa conferir a este primer saber un rango científico. ¿Es que lo tiene realmente? Por otra parte, decir "ciencia jurídica en sentido *estricto*" y "ciencia jurídica *particular*" sugiere, adicionalmente, que habría también una ciencia jurídica en sentido *amplio,* una ciencia *general* del derecho. En fin, llamar a este saber "*dogmática* jurídica" trae consigo la pregunta acerca de qué significa aquí la

palabra "dogmática" y de si acaso la ciencia jurídica es dogmática, por ejemplo, en el mismo sentido que lo es la teología.

Si cada saber acerca del derecho adopta una perspectiva acerca de éste que enfoca una determinada dimensión o aspecto del fenómeno jurídico, al modo del lente de una cámara de cine que quiere capturar un objeto y seguir sus movimientos, no hay duda alguna de que en el caso de la ciencia del derecho de lo que se trata es de dar cuenta del derecho en cuanto realidad normativa, es decir, en cuanto ordenamiento que rige la conducta humana, en cuanto algo que está allí, en toda forma de organización de la vida social del hombre, y que consiste en normas o que tiene que ver preferentemente con normas. Tal como expresa Jorge Millas, el objeto propio de la ciencia del derecho "son las normas jurídicas que no constituyen cosas reales pertenecientes a la trama de acciones y reacciones entre hechos, sino objetos ideales pertenecientes al mundo racional de las significaciones".

Reconocer esta dimensión o aspecto del derecho –su dimensión o aspecto normativo– no significa desconocer que el derecho muestra también otras dimensiones o aspectos. Por otra parte, admitir esa dimensión normativa tampoco significa omitir el hecho de la importancia que tienen en el derecho determinados enunciados que no son normas, como aquellos que definen conceptos, otorgan competencias, confieren permisos, interpretan normas o derogan normas, y, asimismo, no significa desconocer la presencia en todo derecho de directivas distintas de las normas y que, lo mismo que éstas, regulan el comportamiento de los sujetos imperados e influyen en las decisiones normativas de jueces y legisladores, como es, por su parte, el caso de los principios jurídicos. Sin embargo, esas otras dimensiones o aspectos del derecho, lo mismo que la presencia en éste de enunciados que no son normas y de patrones de conducta que tampoco funcionan como normas, no pueden pasar por alto el hecho de que hay una dimensión normativa del fenómeno jurídico, que esta dimensión es incluso la más nítida o sobresaliente de todas y que sobre ella es posible y conveniente constituir un determinado saber, llegue o no a tener éste un rango propiamente científico.

Las normas del derecho están allí, es posible y útil conocerlas, y de ello se ocupa la así llamada ciencia del derecho.

El objeto de conocimiento para este primer saber está constituido entonces por las normas de un determinado ordenamiento jurídico, empleando aquí la palabra "normas" en un sentido deliberadamente amplio, de modo de comprender en ella a aquellos enunciados que no son, estrictamente hablando, normas jurídicas, porque no tienen la directa pretensión de guiar el comportamiento bajo la amenaza de sanciones coactivas, y de modo de comprender también aquellas directivas que no funcionan como normas y a las que se llama en general "principios". Así las cosas, decir que el objeto de conocimiento de la ciencia del derecho son las "normas" de un determinado ordenamiento jurídico no significa que este saber acerca del derecho tenga que limitar su atención a aquellas directivas jurídicas que responden al concepto de norma en sentido estricto y dejar fuera de su campo de mira a los enunciados no normativos que cohabitan con las normas de todo ordenamiento y a los principios que hacen parte también de los distintos ordenamientos jurídicos.

No es éste el lugar ni el momento para extenderse sobre qué es una norma, qué es una norma jurídica, cuáles son los tipos de enunciados no normativos que están presentes en todo ordenamiento jurídico, o cuál es la naturaleza, funciones y vínculos con las normas de los principios generales del derecho. Una mirada sobre las partes correspondientes de nuestro libro *Introducción al derecho* puede servir a tal propósito. Por ahora, lo que interesa destacar es que, visto desde la perspectiva de la ciencia del derecho, éste es algo que consiste en normas (en el sentido amplio que hemos dado aquí a este último término) o que tiene que ver preferentemente con normas (si es que se emplea el sentido más restringido y propio de esta palabra).

Por recaer o versar sobre normas, la ciencia del derecho es un saber normativo, mas no en cuanto sea papel o competencia suya producir nuevas normas o dejar sin efecto las que puedan estar vigentes como partes de un ordenamiento jurídico determinado. La ciencia del derecho no introduce ni elimina normas de un ordenamiento, sino que estudia las normas de un ordenamiento jurídico dado. Los juristas, en cuanto agentes que llevan adelante la ciencia del derecho, no son autoridades normativas, esto es, órganos con competencia para producir normas –como sí lo son, por ejemplo, legisladores, autoridades

administrativas y jueces–, y todo lo más que pueden llegar a ser son autoridades en el sentido intelectual de esa palabra, o sea, personas a quienes se reconoce competencia en el estudio de las normas del ordenamiento. Con todo, y tal como se verá poco más adelante a propósito de las funciones que cumple la ciencia del derecho, ésta tiene también una cierta función normativa, puesto que influye en quienes producen, interpretan y aplican las normas de un ordenamiento jurídico. Es más, se hace ciencia del derecho con fines de difusión y conocimiento de un ordenamiento jurídico dado, aunque también para intervenir en los procesos de producción y aplicación de las normas del ordenamiento que están a cargo de quienes sí tienen el carácter de autoridades normativas.

La idea que hemos expuesto en el párrafo anterior queda muy bien puesta de manifiesto en la siguiente cita de Karl Larenz: "Si la jurisprudencia se entiende a sí misma como una ciencia normativa, esto no quiere decir que ella misma dé normas, que ponga en vigor normas jurídicas. Más bien se entiende a sí misma como un sistema de enunciados sobre el derecho vigente". Sin embargo, nadie puede ignorar que tales enunciados "no carecen de influencia sobre el contenido de aquello a que se refieren, es decir, el contenido de las normas jurídicas".

Por lo mismo, una cosa son las *normas* del ordenamiento, objeto de la ciencia jurídica, y otra cosa son los *enunciados* que acerca de las normas emite esa modalidad del conocimiento jurídico que conocemos con ese y otros nombres. Una cosa es el *derecho* y otra la *ciencia del derecho.* Una cosa son las normas del derecho penal vigente en un lugar y tiempo dados –que están en el Código Penal y en otras leyes– y otra son los enunciados que acerca de esas normas emite un estudioso del derecho penal, las que se contienen, por ejemplo, en un libro o tratado de que este último es autor.

A las primeras debe llamárseles "normas jurídicas" y a los segundos "enunciados acerca de las normas". Kelsen, como es sabido, propone llamar "normas jurídicas" a las primeras y "reglas de derecho" a las segundas, aunque se trata de denominaciones que no alcanzan a sugerir la diferencia que existe entre los distintos objetos que ellas designan, simplemente porque "regla de derecho" suena demasiado parecido a "norma

jurídica", tanto que parece sólo una distinta denominación para esta última.

Precisando ahora esa diferencia, podría decirse que las normas jurídicas constituyen el *derecho* y que los enunciados acerca de las normas forman la *ciencia del derecho;* que las normas prescriben y que los enunciados describen, o sea, que las primeras establecen cómo debemos comportarnos, mientras que los segundos meramente informan acerca de cómo tenemos que conducirnos; que las normas, por tanto, tienen una naturaleza prescriptiva y los enunciados una cognoscitiva; que las primeras son introducidas y dejadas sin efecto por actos de las correspondientes autoridades normativas, mientras que los segundos provienen de la actividad intelectual que acerca del derecho llevan adelante los juristas; y que de las normas jurídicas no tiene sentido preguntarse si son verdaderas o falsas, porque ellas indican no lo que *es,* sino lo que *debe ser,* en tanto que sí tiene sentido una pregunta semejante tratándose de los enunciados acerca de las normas.

Si quisiéramos poner la distinción entre derecho y ciencia del derecho en términos de los niveles del lenguaje en que se sitúan por un lado las normas jurídicas que integran el primero y, por el otro, los enunciados jurídicos que componen la segunda, podríamos decir que el lenguaje del derecho, es decir, el lenguaje de las normas jurídicas, es un lenguaje de *primer nivel,* mientras que el lenguaje de la ciencia del derecho, esto es, el lenguaje de los enunciados o proposiciones acerca de las normas, constituye un lenguaje de *segundo nivel.* Tal como apunta sobre el particular Albert Calsamiglia, "el lenguaje de los juristas es un metalenguaje descriptivo que tiene por objeto un lenguaje prescriptivo". Así, el lenguaje *prescriptivo* (de las normas) es un lenguaje de primer nivel, mientras que el *descriptivo* (de los enunciados acerca de las normas) es de segundo nivel.

Tocante ahora a su denominación, la ciencia del derecho –y ya veremos luego la cuestión de si se trata o no de una ciencia– recibe también el nombre de "ciencia jurídica en *sentido estricto",* nombre éste que se explica en cuanto la ciencia del derecho trabaja con el material más específicamente jurídico –las normas de un ordenamiento jurídico dado– y es practicada únicamente por juristas, a diferencia de otras ramas del saber –por ejem-

plo, la historia del derecho y la sociología jurídica–, que ponen su atención en otros aspectos del derecho y que son cultivados por historiadores y sociólogos.

La ciencia del derecho toma también el nombre de "ciencia jurídica *particular*", denominación que puede ser explicada desde dos distintos puntos de vista. Primero, porque se trata de un saber acerca del derecho que concentra su atención en un ordenamiento jurídico determinado al que restringe sus enunciados. La ciencia del derecho no mira a todos los ordenamientos jurídicos a la vez ni trata tampoco de obtener conocimientos que puedan valer por referencia a todo ordenamiento jurídico. Mira a un solo ordenamiento, o, si se prefiere, mira a cada ordenamiento por separado, sin perjuicio de que para facilitar la comprensión del ordenamiento jurídico al que mira pueda mirar también –auxiliándose de las técnicas del derecho comparado– a otros ordenamientos jurídicos. En segundo término, la ciencia del derecho se denomina "ciencia jurídica *particular*", o "ciencias jurídicas particulares", en cuanto al concentrar su atención sobre un ordenamiento jurídico determinado, lo hace ciñéndose a las divisiones o partes de todo ordenamiento –las así llamadas "ramas del derecho"–, lo cual explica que exista una ciencia jurídica constitucional, una ciencia jurídica civil, una ciencia jurídica penal, y así, constituyéndose de ese modo la ciencia del derecho en tantas ciencias cuantos sectores de regulación jurídica dotados de una cierta autonomía puedan distinguirse al interior del ordenamiento jurídico.

Pero hay todavía una tercera razón explicativa de la denominación "ciencia jurídica *particular*", que tiene que ver con la existencia de una ciencia jurídica *general*, es decir, con un saber acerca del derecho positivo en general y no acerca de un ordenamiento jurídico en particular, al que suele llamarse "ciencia general del derecho" o "teoría general del derecho". Si bien haremos el tratamiento de este otro saber en el número que sigue de las presentes conclusiones, vale la pena recordar en este instante la distinción que hace Kelsen entre filosofía del derecho y teoría general del derecho, así como la que es posible hacer entre teoría general del derecho y ciencia del derecho, que fueron explicadas cuando reprodujimos en este mismo capítulo la respuesta dada por Kelsen a la pregunta ¿qué es filosofía del derecho?

Finalmente, quizás si la denominación más desconcertante de la ciencia del derecho sea la última que apuntamos –"dogmática jurídica"–, puesto que si bien esta nueva manera de nombrarla elimina la palabra ciencia y, con ello, la discusión de si tal palabra se justifica o no a propósito de un saber como éste, incluye otra palabra –"dogmática"– que tiene resonancias negativas y que, además, se contrapone abiertamente a la expresión "ciencia". Entonces, con esta nueva denominación acontece que sale la palabra "ciencia" –lo cual puede ser positivo–, pero entra una palabra –"dogmática"– que junto con tener resonancias negativas, parece referirse a algo enteramente distinto de la ciencia.

En primer lugar, "dogmático" tiene esas resonancias negativas que acabamos de mencionar, puesto que se trata de un término que se aplica a algo, o a alguien, que no admite argumentaciones en contrario; por otra parte, "dogmático", al ser un término que se opone a "crítico", resulta ser una característica incompatible con la ciencia, desde el momento que ésta es, por definición, un saber crítico acerca de algo, vale decir, un saber que se muestra siempre dispuesto a someter sus postulados a control y a discusión, como también a revisión, y que es capaz incluso de instalar y favorecer una cierta institucionalidad –la llamada "comunidad científica"– en la que ese control, debate y revisión tienen lugar de modo organizado y regular.

Cabe, pues, preguntarse en qué sentido la dogmática jurídica es dogmática, o, lo que es lo mismo, en qué sentido la ciencia del derecho constituye un saber dogmático.

De partida, queda excluido que "dogmático" signifique en este caso que las conclusiones a que llegan los juristas cuando hacen ciencia del derecho no están sometidas a ningún tipo de control, debate ni revisión. Lejos de eso, y como hace cualquier colectivo de personas que quiere ser fiel al rango científico o pretendidamente científico del saber que practican regularmente, los juristas justifican sus conclusiones, es decir, dan razones en favor de las mismas, y son capaces de discutir no sólo acerca de la pertinencia de éstas, sino también sobre cómo una determinada de esas conclusiones puede lograr mejor el propósito descriptivo que la dogmática tiene respecto del derecho. Los juristas, sea o no una ciencia lo que ellos hacen, se comportan en general como científicos y someten a algún tipo de control y

discusión la información que proporcionan acerca del ordenamiento jurídico. Publican sus obras, se comentan unos a otros, se reúnen en seminarios y congresos para analizar y discutir conclusiones, y someten a crítica y a revisión los enunciados con los que procuran dar cuenta de un ordenamiento jurídico dado, o, mejor, de una parte o rama determinada de un ordenamiento jurídico dado. Como escribe a este respecto Calsamiglia, "nos llegan noticias de teorías, publicaciones, congresos y simposios de la comunidad dogmática. Esta utiliza la razón y la argumentación para la resolución de los problemas que se plantea. Las teorías dogmáticas pretenden persuadir a sus destinatarios –mediante argumentos racionales– no sólo de la coherencia de sus análisis, sino también de su oportunidad para resolver un conflicto social de una forma determinada". En un orden semejante de ideas, Niklas Luhmann llama la atención acerca de que el trabajo dogmático con el derecho, lejos de producir un "encadenamiento del espíritu", "aumenta las libertades en el trato con experiencias y textos" y "posibilita una toma de distancia también y precisamente allí donde la sociedad espera vinculación". Del modo así indicado –concluye Luhmann–, "la dogmática permite la reproducción de dudas, el aumento de las inseguridades soportables".

Descartada la posibilidad de que la dogmática jurídica sea dogmática en el sentido de a-crítica, cabe señalar ahora que lo es en cuanto las norma jurídicas sobre las cuales trabaja, así como el ordenamiento que ellas forman en cada caso, se presentan ante el jurista como algo dado o puesto que él no puede modificar de acuerdo a cuáles puedan ser sus preferencias estimativas. Las normas jurídicas no son dogmas, esto es, no pueden ser consideradas como verdades, ni menos como verdades firmemente establecidas y seguras, aunque funcionan en cierto modo como dogmas, o sea, como un dato de la realidad objetiva al que el jurista debe ceñirse en su trabajo, resignándose a dar cuenta de las normas tal como éstas son y estándole vedado reemplazarlas, cuando no cuentan con su aprobación, por otras que sí cuenten con su beneplácito.

Por proceder del modo antes señalado se ha comparado a veces a la dogmática jurídica con la teología, aunque tal comparación –como lo ha mostrado bien Jorge Millas– "se funda sólo en

el empleo metafórico y tal vez abusivo del término *dogma*". Así, el que ese término haya sido invocado tanto para referirse a la recepción de los materiales normativos por parte del jurista como para aludir a la análoga recepción de la palabra divina es un puro equívoco. "Pues si se quiere señalar la fidelidad de la ciencia jurídica a lo que le es dado como objeto –la norma en su plenitud de sentido– más aclarativo es compararla con la que *toda ciencia* observa respecto al suyo". En este sentido –concluye Millas– "cualquier conocimiento es dogmático, en cuanto aspira a dar cuenta exacta de las cosas que tiene a la vista", de modo que "el jurisconsulto no acepta el derecho positivo como 'dogma' en que creer, sino como dato que describir y conceptualizar".

Atenerse a lo dado o puesto como derecho, sin poder reemplazarlo directamente por un derecho que se considere mejor o más justo: he ahí, entonces, por qué puede decirse que la ciencia jurídica es un saber dogmático.

A raíz de lo anterior es que se habla, por lo mismo, de la neutralidad valorativa con que el jurista debe proceder ante su objeto de estudio, una exigencia que no puede menos que satisfacer si es que aspira a que el conocimiento que produce pueda ser tenido como ciencia. El papel de la ciencia es describir, no prescribir, esto es, su papel es decir lo que las cosas o fenómenos de la realidad son y no lo que deberían ser. En consecuencia, el jurista, si quiere que su saber gane un sitio en el lugar reservado a las ciencias, tiene que trabajar con las normas de un ordenamiento al modo de datos de una realidad que él no está directamente llamado a cambiar. Es cierto –como dice ahora Antonio Hernández Gil– que las normas jurídicas, por ser normas, constituyen un "deber ser", pero no lo es menos que las normas del derecho son un "factum" al que es posible aproximarse con el fin de conseguir un conocimiento objetivo. "Dogmatismo –como vuelve a decir Hernández Gil– quiere decir sometimiento riguroso del jurista a lo establecido como derecho positivo e imposibilidad de introducir variaciones o correcciones en el material normativo dado".

En el capítulo de este libro reservado al positivismo jurídico vamos a tratar más en extenso el postulado de la neutralidad valorativa y el sentido y alcances que ese postulado tiene en el caso de la labor que llevan a cabo los juristas. Con todo, nos gustaría

decir, por ahora, que tal postulado en modo alguno entraña una prohibición para los juristas en orden a hacer la crítica de un derecho positivo dado. Un jurista, luego de identificar algo como derecho válido, puede perfectamente pronunciarse acerca de la conveniencia o inconveniencia de ese derecho. Un jurista, por ejemplo, puede identificar y comentar detalladamente las normas de la legislación penal que autorizan en ciertos casos la aplicación de la pena de muerte, y, acto seguido, criticar esa pena y propiciar su total abolición del ordenamiento jurídico nacional, como podría hacer también lo contrario, vale decir, declararse partidario de esa pena y abogar incluso por su expansión a otros delitos que considere especialmente graves. Así las cosas, el postulado de la neutralidad valorativa, que es incompatible con la *sustitución* de lo dado o puesto como derecho, no es incompatible con la *crítica* de lo que en un momento dado se encuentre establecido como derecho. De allí, precisamente, que el aludido postulado reciba comúnmente ese nombre –"*neutralidad* valorativa"– y no el de "*abdicación* valorativa".

Es efectivo que algunos autores lo llaman de esa segunda manera y consideran, por tanto, que el jurista, además de no poder ocultar o sustituir lo que se encuentre dado como derecho, tampoco podría cuestionar o siquiera criticar lo que se halla establecido como derecho. Pero ello importa una denominación incorrecta y una extensión indebida de un principio que lo único que veda al jurista es la ocultación o sustitución del derecho dado, mas no el cuestionamiento o la crítica de éste.

Vale la pena detenerse ahora en el carácter científico que se atribuye comúnmente a la dogmática jurídica, un carácter que queda por lo demás de manifiesto cuando se utilizan para ella denominaciones como "ciencia del derecho", "ciencia jurídica en sentido estricto" o "ciencia jurídica particular".

¿Puede ese saber que desde antiguo practican los juristas presentarse legítimamente como una *ciencia* o los juristas se apropian indebidamente de esta palabra para dar así mayor prestigio e influencia al saber que ellos practican?

Como se sabe, ésta es una antigua y recurrente discusión en la que no faltan voces ni en un sentido ni en otro. Se trata también de una discusión problemática porque depende en verdad de dos cosas, a saber, primero, que se parta de una noción co-

mún de ciencia que todos los que participan en la discusión puedan compartir, y, segundo, que el saber que practican los juristas encaje en la noción de ciencia previamente establecida y compartida.

Sin embargo, la noción de ciencia es ella misma problemática, puesto que no hay una sola definición de ciencia que todos declaren haber aceptado. De este modo, una definición amplia de ciencia podría dar cabida a la dogmática jurídica, mientras que una definición más estricta podría dejarla fuera del elenco de las ciencias. Así las cosas, que la dogmática constituya o no una ciencia va a depender, ante todo, de la noción de ciencia que empleemos. "El carácter científico de los conocimientos jurídicos estará sin duda en función de los caracteres que se consideren definitorios de la ciencia en general", escribe al respecto Elías Díaz.

Si la distinción entre ciencia y no ciencia no es rígida, tampoco puede serlo la inclusión de un determinado saber –en nuestro caso la dogmática jurídica– en el elenco de las ciencias.

Por tanto, podemos manifestarnos de acuerdo con los autores que afirman que la discusión acerca de si la dogmática jurídica es o no una ciencia tiene una importancia antes política que cognoscitiva, con lo cual se quiere decir que se trata de un debate cuyo resultado puede tener más importancia en relación con el poder y el prestigio de la comunidad dogmática que con la utilidad del trabajo que realiza esa misma comunidad. Un poder y un prestigio –vale la pena recordar– que en muchas épocas e innumerables ocasiones ha sido puesto en duda y hasta francamente ironizado por quienes no son juristas, y hasta por los propios juristas, como aconteció con el célebre opúsculo de Von Kirchmann sobre el carácter no científico de la así llamada "ciencia del derecho".

En el librito *El carácter problemático y necesario de la ciencia del derecho,* de Erik Wolf, hay un completo inventario de las diatribas que han sido lanzadas de vez en vez en contra de los juristas, como agentes del conocimiento dogmático del derecho, y también en contra de los abogados, como operadores que intervienen en la aplicación del derecho. En el caso de la dogmática, esas diatribas –aunque no siempre justas– buscan poner de relieve el carácter estéticamente insatisfactorio, éticamente cues-

tionable y en todo caso aburrido de la ciencia jurídica, acusándola de confusa, pedante y anticuada, y calificando a los juristas de "jinetes de parágrafos, cuya existencia tiene como fin la guerra de papel", o como "burócratas alejados del mundo y de la vida", o, en fin, como personas que "pretenden dirigir el desarrollo social desde el tapete verde de las comisiones y conferencias". Tratándose de los abogados, y descontados los períodos históricos en que se ha prohibido la práctica de la abogacía, quizás si las expresiones más ácidas en su contra sean las que dice Holden, el joven protagonista de *El cazador oculto,* la novela de J.D. Salinger: "No tengo nada contra los abogados, pero es una carrera que no me llama. Quiero decir que los abogados me gustan si andan todo el tiempo salvando vidas de inocentes. Pero lo malo es que la mayoría se dedica a otras cosas. Lo único que hace la mayoría de los abogados que conozco es ganar un montón de dinero, jugar al golf y al bridge, comprar autos, beber martinis y darse importancia".

El valor de la dogmática jurídica, por lo mismo, no depende de su rotulación como ciencia, sino del efectivo rendimiento explicativo que ella sea capaz de alcanzar por referencia a su objeto. Ya veremos enseguida cuáles son las funciones de la dogmática, de modo que para dar o no valor a ésta habría que atender a cómo ella cumple o no con tales funciones en vez de obstinarse en resolver la disputada y más bien relativa cuestión de si puede o no reclamar un sitio en el prestigioso reino de la ciencia.

Lo que debe interesar en el caso de la dogmática jurídica, por lo mismo, es cuán bien o mal cumple con sus funciones y cuánta utilidad social ella presta efectivamente, y no si se trata o no de un saber propiamente científico.

Por lo demás, un saber no necesita ser científico para ser útil y menos para existir como tal. Así, podría llegarse a la conclusión de que la dogmática jurídica no es ciencia, y, sin embargo, tal conclusión en nada obstaría a la existencia de ese saber y a la utilidad que él presta. Por lo demás, como señala Antonio Hernández Gil, junto a la ciencia es preciso considerar la "actitud científica", una actitud que en ocasiones es una consecuencia de la ciencia y en otras un estadio previo a ella, de modo que en los dominios del derecho "sería falso descartar una acti-

tud científica, aunque no siempre se logre el nivel pleno de la ciencia y aun cuando no pueda alcanzarse un paralelismo con las ciencias exactas y de la naturaleza".

Científico o no, el saber dogmático acerca del derecho se practica desde muy antiguo y tiene una evidente utilidad social, según veremos a continuación.

Llegamos así a la cuestión de las funciones que cumple la ciencia del derecho.

De conformidad a lo que venimos diciendo, la dogmática jurídica cumple ciertamente una función *cognoscitiva* respecto del ordenamiento jurídico sobre el cual trabaja. A la vez, y en la medida en que las disciplinas dogmáticas de carácter cognoscitivo se reproducen como asignaturas del mismo nombre que hacen parte de la enseñanza jurídica, la dogmática cumple también una función que concierne ahora a la *transmisión* y *difusión* del conocimiento jurídico. Por último, la dogmática jurídica tiene también una función *normativa,* en el sentido que veremos más adelante. Y puede incluso atribuirse a la dogmática una función de carácter *ideológico.*

Tales *funciones* de la dogmática se ponen de manifiesto en la medida en que advertimos cuáles son las distintas *operaciones* que ella realiza o lleva a cabo por referencia a las normas de un determinado ordenamiento jurídico.

La primera de tales operaciones consiste en el reconocimiento del ordenamiento jurídico que constituye el objeto de estudio de la dogmática, lo cual quiere decir que ésta, empleando para ello algún criterio implícito o explícito acerca de la validez del derecho, asume o certifica que en un lugar y tiempo determinados existe un ordenamiento jurídico en vigor al que van a circunscribirse los enunciados de tipo cognoscitivo que son el resultado del trabajo dogmático que se lleva a cabo por referencia a ese mismo ordenamiento.

De este modo, puede decirse que la existencia de un ordenamiento jurídico es a la vez el presupuesto y el marco de referencia para que pueda tener lugar la constitución y el trabajo dogmático con el derecho. Es efectivo que el reconocimiento de un ordenamiento jurídico pasa por la adopción consciente o inconsciente de algún criterio acerca de la validez del derecho, vale decir, de algún punto de vista acerca de la cuestión que concier-

ne a cuándo o bajo cuáles condiciones es posible afirmar que estamos en presencia de un ordenamiento jurídico que existe como tal y que obliga o vincula a los correspondientes sujetos imperados, todo lo cual constituye una materia más propia de la filosofía del derecho, o acaso de la teoría general del derecho, que de la dogmática jurídica. Sin embargo, la dogmática no puede comenzar su trabajo si es que previamente sus agentes, vale decir, los juristas, no admiten y certifican de algún modo la existencia del ordenamiento jurídico que constituye su objeto de estudio, aunque el criterio que utilicen para ello trascienda la competencia de la propia dogmática y provenga a fin de cuentas de alguna de esas otras disciplinas que acabamos de mencionar.

Cabe recordar, asimismo, algo que tuvimos oportunidad de mencionar antes en este mismo capítulo, a saber, que la dogmática no procede de una vez sobre la totalidad del ordenamiento jurídico, sino que se fracciona en tantas dogmáticas o ciencias jurídicas particulares cuantos sectores de regulación o ramas existan en el respectivo ordenamiento.

La segunda operación que realiza la dogmática consiste en la localización o identificación de las normas jurídicas que al interior del respectivo ordenamiento jurídico se encuentran vigentes y no han sido formalmente derogadas, lo cual supone que los agentes del conocimiento dogmático del derecho tengan claridad sobre las fuentes del ordenamiento jurídico de que se trate, o sea, sobre quiénes y a través de qué procedimientos es posible introducir nuevas normas o dejar sin efecto las que ya puedan existir.

Esta segunda operación de la dogmática pone de relieve que, sin perjuicio del previo reconocimiento que ella hace del ordenamiento jurídico como un todo, practica también una identificación de las normas jurídicas válidas que forman parte del mismo ordenamiento. Esto es importante porque se identificará comúnmente como norma jurídica válida a toda aquella que forme parte de un ordenamiento jurídico válido, lo cual pone de manifiesto la vinculación que existe entre las dos primeras operaciones que lleva a cabo la dogmática jurídica.

La tercera operación concierne a la interpretación de las normas, esto es, a la determinación del marco de posibles sentidos que ofrecen las normas del ordenamiento.

En efecto, uno de los trabajos principales que llevan a cabo los juristas es el de interpretación del derecho, aunque en su caso se trata de una actividad que, a diferencia de cuando es efectuada por los jueces, no está ligada ni a la aplicación ni a la producción de nuevas normas jurídicas. Precisamente, se acostumbra hablar de interpretación *operativa* del derecho, o de interpretación auténtica, para referirse a aquella que realizan órganos o personas encargadas tanto de aplicar como de crear normas jurídicas. Tal es el caso, por ejemplo, de legisladores y de jueces. En cambio, se llama interpretación *no operativa,* o no auténtica, a la que realizan quienes no están llamados a aplicar ni a producir derecho, como es el caso de los juristas. Sin embargo, y tal como indicaremos a propósito de la última de las operaciones que realiza la dogmática, la interpretación no operativa de las normas que lleva a cabo tiene incidencia en la interpretación operativa que de las mismas normas llevan a cabo los órganos de aplicación y producción del derecho, especialmente los jueces.

La cuarta operación de la dogmática tiene que ver con la construcción de instituciones y la fijación de conceptos fundamentales, lo cual quiere decir que ella no se queda en la interpretación aislada de las normas del ordenamiento, sino que, con apoyo en esa interpretación, concuerda las distintas normas y lleva a cabo organizaciones parciales del material normativo que se conocen con el nombre de "instituciones", a propósito de lo cual fija también conceptos jurídicos que facilitan el manejo de ese material normativo.

En cuanto a la quinta operación de la dogmática, llamada de sistematización, representa algo así como un peldaño superior respecto de la de construcción –así como ésta lo representa a su vez respecto de la de interpretación– y tiene que ver con la reconstrucción conceptual ordenada y coherente tanto del material normativo como de las instituciones, con el fin de ofrecer una mirada de conjunto, si no sobre la totalidad del ordenamiento jurídico, al menos sobre cada una de sus partes o ramas.

Es evidente, por lo mismo, la relación que existe entre las tres últimas operaciones de la dogmática que acabamos de presentar –interpretación, construcción y sistematización–, puesto que, tal como fue anticipado, ellas representan, en ese mismo

orden, tres niveles ascendentes de generalidad y abstracción. Así, y retomando aquí las ideas de Radbruch, la interpretación jurídica tiene que ver con la determinación del sentido objetivo de las normas del derecho, la construcción con la presentación de instituciones que representan una síntesis realizada sobre los resultados obtenidos previamente en el análisis de las normas, y la sistematización con una operación que es a partes extensas del ordenamiento –por ejemplo, derecho civil, derecho procesal– lo que la construcción es a una determinada institución.

Por otra parte, ese triple camino que recorre la dogmática desde la interpretación de las *normas* a la construcción de *instituciones,* y desde ésta hasta el *sistema,* no representa un camino en una sola dirección, sino, en cierto modo, una ruta a la vez de ida y de regreso, puesto que lo que la dogmática afirma a nivel del sistema acaba teniendo efectos, o sea, revirtiendo, en lo que son sus proposiciones a nivel de las instituciones y de la interpretación de las normas.

Cabe señalar, asimismo, que si interpretación, construcción y sistematización representan niveles ascendentes de generalidad y abstracción, ese mismo proceso de generalidad y abstracción se continúa luego con la teoría general del derecho, según veremos en el número siguiente de las presentes conclusiones.

Pero hay todavía una sexta y muy importante tarea de la dogmática, consistente en que ella prepara y a la vez facilita la aplicación de las normas a los casos concretos de la vida social que deben ser tratados o resueltos, precisamente, en aplicación de determinadas normas del ordenamiento. Y al colaborar en la aplicación de las normas, la dogmática se compromete también con la producción de nuevas normas jurídicas que acompaña habitualmente a los procedimientos de aplicación de las mismas.

Como escribe a este respecto Elías Díaz, el trabajo del jurista "no consiste simplemente en una labor de análisis formal de las normas, sino que ineludiblemente reenvía a una comprensión de fondo de la misma realidad social a la que el derecho va a aplicarse, así como al análisis de las vías de comunicación que entre norma y realidad social se establecen a través de esa aplicación del derecho".

Lo anterior quiere decir que la dogmática jurídica tiene también una evidente dimensión práctica, en cuanto está orienta-

da hacia las decisiones normativas que adoptan otros que los juristas –legisladores, jueces, autoridades administrativas– sobre quienes influyen las elaboraciones dogmáticas, sin olvidar –por otra parte– que la dogmática jurídica, en cuanto discurre y se expresa en las asignaturas que forman la mayor parte de los planes de estudio y de enseñanza del derecho, condiciona también la cultura jurídica que gobernará las actuaciones de futuros operadores jurídicos, sean éstos jueces, abogados, legisladores o autoridades de la administración.

Como dice Niklas Luhmann a propósito de su tesis sobre la dogmática, "todos los juristas subrayan unánimemente que ella no sirve a sí misma, sino a la vida". De este modo, si es efectivo que muchas investigaciones jurídicas de carácter dogmático se realizan para conseguir un mejor entendimiento y una mayor claridad a propósito de las normas e instituciones del ordenamiento, también lo es que, quiérase o no –y la verdad es que en la mayoría de los casos ello ocurre queriéndolo–, tales investigaciones ofrecen soluciones a las distintas autoridades normativas, en particular a los jueces, aunque tampoco hay que olvidar las aportaciones que los expertos en las distintas ramas del derecho hacen con ocasión de sus comparecencias a las comisiones legislativas donde se prepara la formación de las futuras leyes.

Por todo ello es que puede decirse que la ciencia jurídica, además de *normativa,* en cuanto versa o recae sobre normas, es también una ciencia *práctica,* en la medida en que se pone al servicio de fines prácticos. Refiriéndose a ese doble carácter de la ciencia jurídica –normativo y práctico–, Helmut Coing escribe que "el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo válido en una determinada comunidad y en un determinado momento", aunque "su objetivo último es el caso individual y su decisión. Lo que tiene ante la vista es el juez que debe decidir litigios, el abogado que debe aconsejar a un hombre acerca de lo que debe hacer, el notario que debe registrar o formular un contrato. La ciencia del derecho aspira a posibilitar y facilitar su tarea".

Tiene entonces la dogmática jurídica ese carácter "híbrido" que le atribuye Calsamiglia, porque a las indudables operaciones de tipo cognoscitivo que ella realiza suma esta no menos eviden-

te operación práctica o prescriptiva que acabamos de explicar. El derecho sobre el cual trabaja la dogmática nunca está hecho del todo, puesto que los procesos de producción jurídica se continúan a diario, tanto por parte del legislador como –más dinámicamente todavía– por parte de jueces y sujetos imperados. Pues bien, tanto jueces como sujetos imperados, o quienes en su condición de abogados asesoran a estos últimos, aprovechan las aportaciones de la dogmática y utilizan los resultados del trabajo de los juristas como materiales para las decisiones normativas que adoptan los primeros y para la producción de las normas que los vincularán entre sí en el caso de los segundos.

Como bien explica Calsamiglia, la orientación cognoscitiva de la dogmática se dirige al pasado, al *input;* mientras que la dogmática como práctica debería ocuparse del futuro. La dogmática como conocimiento tiene como objeto el análisis de las informaciones: el pasado determina el presente. La dogmática como práctica debe servir al *output,* al resultado social. Una dogmática que no tenga en cuenta las consecuencias está construida en el vacío.

Si uno mira todas las operaciones que cumple la dogmática puede ver con claridad el largo camino que recorre el trabajo del jurista, un camino, como ya sabemos, que no consta de una única dirección, y que comprende –en palabras de Elías Díaz– "la localización de las normas válidas, su interpretación, el análisis de sus conexiones con otras normas, la construcción de instituciones y de conceptos jurídicos fundamentales, y la sistematización de unas y otras en un todo coherente y ordenado, todo ello orientado a esa tarea central que es la aplicación del derecho".

Por otra parte, y a modo de síntesis al respecto, una mirada sobre las distintas operaciones que lleva a cabo la dogmática permite advertir cómo ésta cumple funciones cognoscitivas, de difusión y normativas respecto del ordenamiento jurídico de que se trate. Las cinco primeras operaciones que acabamos de identificar, en especial la tercera, cuarta y quinta de ellas, ponen de relieve la función *cognoscitiva* de la dogmática, mientras que la sexta de tales operaciones pone de manifiesto la función *normativa o prescriptiva* que ella también posee. Por su parte, en cuanto la dogmática jurídica hace públicas sus conclusiones, y, sobre

todo, en cuanto se reproduce y da el nombre a las asignaturas que forman la mayor parte de los planes de estudio del derecho, cumple también una función de *difusión* y *transmisión* del conocimiento jurídico. Esta función se realiza también a través de los abogados, cuyos pronunciamientos sobre puntos de derecho están muchas veces sacados directamente no de las normas pertinentes, sino de las obras o explicaciones de los juristas a las que ellos han tenido acceso.

Decíamos también, en fin, que la dogmática cumple una función *ideológica,* quiéranlo o no así los juristas, estén o no enteramente conscientes de ella.

Una función ideológica –en primer término–, puesto que al reconocer un determinado ordenamiento jurídico como válido, y al localizar luego las normas de ese ordenamiento que se encuentran vigentes, favorece un similar reconocimiento y obedecimiento de tales normas por parte de los demás operadores jurídicos y de la comunidad jurídica en general. Por cierto que no corresponde a la dogmática hacer ningún tipo de llamado al obedecimiento del derecho, pero al afirmar ella "esto es derecho", o "este es el ordenamiento jurídico que rige", o "estas son normas jurídicas válidas", está de algún modo predisponiendo a la obediencia a quienes escuchan tales declaraciones.

Una función ideológica –en segundo lugar– en cuanto a reconocer un ordenamiento jurídico y a localizar sus normas y proveer una interpretación de éstas, contribuye a la certeza del ordenamiento vigente y al valor de la seguridad jurídica que todo ordenamiento debe realizar al interior de la comunidad de que se trate.

Una función ideológica –asimismo– en cuanto hacer la crítica del derecho vigente –cosa que no es incompatible, según dijimos, con el postulado de la neutralidad valorativa al que la dogmática debe ceñirse– ésta favorece la inmutabilidad del derecho vigente o su cambio en alguna determinada dirección.

Una función ideológica –en cuarto término–, puesto que la dogmática ofrece una interpretación de las normas, o mejor aún, ofrece un repertorio de posibles interpretaciones que las normas admiten, pronunciándose también sobre cuál o cuáles de las interpretaciones deben ser preferidas a las demás, con lo cual interfiere en los procesos de intelección y aplicación de las nor-

mas que están confiados a distintas autoridades normativas, especialmente en el caso de los jueces.

En otras palabras, si toda producción normativa tiene un componente ideológico, o, si se prefiere, político, en el sentido amplio del término, la dogmática no puede sustraerse a una dimensión de ese tipo en cuanto colabora, tanto a nivel de legisladores como de jueces, en la creación de normas jurídicas que está confiada a unos y a otros, llevando a cabo una importante labor de mediación, especialmente en el caso de los jueces, entre el derecho legislado y su aplicación a los casos concretos de la vida social.

Por último, la función ideológica de la dogmática se realiza también en la medida en que los juristas que la cultivan, con ocasión del tipo de trabajo que llevan a cabo en la formación profesional de jueces, abogados y nuevos profesores de derecho, transmiten y refuerzan una determinada cultura jurídica, es decir, un conjunto de creencias, puntos de vista, valoraciones, maneras de pensar, modos de sentir y hábitos de trabajo que prevalecen entre quienes se vinculan con el derecho en razón de la actividad habitual y preferente que ejecutan dentro de la sociedad, que no son otros que los propios juristas, los jueces, los abogados y los profesores de derecho.

Si la cultura jurídica *externa* es el conjunto de creencias, puntos de vista, valoraciones, hábitos y modos de pensar y de sentir que acerca del derecho prevalecen en una comunidad jurídica en general, mientras que la cultura jurídica *interna* es el similar conjunto que predomina en el sector más reducido de la comunidad que forman quienes se relacionan con el derecho en razón de su profesión y no de manera casual y esporádica como el común de las personas, la dogmática influye ciertamente en ambas, es decir, influye en las ideas jurídicas del público en general y en la de los operadores jurídicos en particular. Unas ideas –vale la pena decirlo– que no siempre coinciden, puesto que las ideas que acerca del derecho tiene el público no son necesariamente las mismas que acerca de éste profesan quienes se relacionan con él en razón de sus profesiones u oficios.

Pues bien, la dogmática jurídica influye tanto en la cultura jurídica externa como interna, lo cual quiere decir que el trabajo que realizan los juristas tiene impacto tanto en las ideas

jurídicas de la gente en general como en las de los profesionales del derecho en particular. Sin embargo, como la formación de tales profesionales tiene lugar de la mano de las asignaturas dogmáticas que se articulan en los planes de enseñanza del derecho, lo cierto es que la influencia e impacto del trabajo dogmático son mayores en el ámbito de la cultura jurídica interna.

Si diéramos ahora una última mirada al conjunto de las funciones que cumple la dogmática jurídica, podríamos decir que ésta se ocupa del derecho que es, aunque colabora también a introducir el derecho que debe ser, y que si trabaja con el derecho ya puesto, influye también en el derecho que, en el marco de ese derecho puesto, van poniendo día a día los órganos encargados de la aplicación y producción del derecho dentro de la sociedad.

Esa tensión en que vive la dogmática se evidencia también cuando se advierten y contraponen los aspectos teóricos y los prácticos que ella tiene, el cielo de los conceptos jurídicos –como decía Ihering– y la aplicación de esos conceptos a una realidad determinada. Aunque en esto habría que recordar los equilibrados consejos de Savigny –maestro de Ihering– en orden a no tratar los aspectos teóricos y prácticos del derecho como cosas diferentes y a constituir una comunidad científica en la que no tuvieran únicamente "los juristas de vocación docta", sino también "los jurisconsultos prácticos", porque –decía– de "este acercamiento de la teoría y de la práctica es de donde tiene que partir el mejoramiento apropiado de la administración de justicia y en lo que principalmente tenemos que aprender de los romanos: también nuestra teoría tiene que hacerse más práctica a la vez que más científica". Así, lo que llamamos por un lado "aspectos teóricos" del derecho y, por el otro, "aspectos prácticos", no son sino manifestaciones de un mismo fenómeno que por alguna razón pueden resultar enfatizados separadamente en un momento dado. Sin embargo, teoría y práctica del derecho –continúa Savigny– "no están separadas. La teoría se perfecciona por su aplicación y la práctica es ennoblecida por el tratamiento científico". Y refiriéndose nuevamente al talento jurídico de los romanos –concluye el autor citado–, ellos "en cada precepto fundamental ven al mismo tiempo un caso de aplica-

ción, y en cada caso litigioso la regla que lo determina, no pudiendo menos de reconocerse su maestría en la facilidad con que pasan de lo general a lo particular y de lo particular a lo general".

Es el camino de ida y vuelta que transita permanentemente la dogmática y que conduce a los juristas desde la interpretación de normas aisladas del ordenamiento al sistema y desde éste a la aplicación concreta de una norma determinada. En otras palabras: si es efectivo que los juristas dogmáticos trabajan con casos *típicos,* no con casos *concretos,* lo cierto es que se desplazan continuamente desde el ámbito de los casos típicos a la esfera de los casos concretos, y desde ésta a aquél, todo lo cual facilita la participación de la dogmática en ese "trabajo en equipo" –según la expresión de Aulis Aarnio– que de algún modo se produce siempre entre los órganos encargados de producir y aplicar el derecho, los prácticos del derecho que actúan ante esos mismos órganos, especialmente ante la administración y los tribunales de justicia, y los juristas teóricos cuya misión es la de proveer información de buen nivel acerca del ordenamiento en cuyo marco se desenvuelven su actividad y la de esos otros operadores jurídicos.

3. La *teoría general del derecho* es el saber del que tenemos que ocuparnos a continuación en las presentes conclusiones. Ahora bien, si la filosofía del derecho es una disciplina nueva o relativamente reciente, la teoría general del derecho lo es aun más, puesto que emergió bajo este nombre con el propósito de sustituir a la filosofía jurídica. Por lo mismo, para una adecuada comprensión de la teoría general del derecho, resulta indispensable conocer cuál fue su origen y el propósito de reemplazo de la filosofía jurídica que la animó desde un comienzo, un propósito que el jurista alemán Ralph Drier sintetizó en una frase que se parece mucho a un grito de guerra: "La filosofía del derecho ha muerto, ¡viva la teoría del derecho!".

En efecto, la teoría general del derecho surge de una insatisfacción no con la dogmática jurídica, sino con la filosofía del derecho, puesto que las primeras manifestaciones de la disciplina, que aparecen ya a fines del siglo XIX en las obras de autores como Ihering, Jellinek, Stammler y Austin, asumen la

existencia y consolidación de unas ciencias jurídicas particulares –"jurisprudencia particular o nacional", la llama Austin, porque se limita a las normas positivas de una comunidad jurídica específica– que alcanzan éxito en su propósito de dar cuenta del significado y alcances de las normas e instituciones que componen un ordenamiento jurídico dado. Por otra, sin embargo, esas primeras manifestaciones de la teoría general miran con recelo el ámbito abstracto y excesivamente teórico de la filosofía del derecho que se cultiva y enseña en ese momento y desconfían de la utilidad que esta última disciplina puede exhibir en cuanto a sus resultados.

Con todo, esos mismos autores, y a continuación de ellos Kelsen de una manera más explícita, están conscientes de que la dogmática jurídica, en sus distintas ramas o ciencias jurídicas particulares, no está en condiciones de agotar el conocimiento del derecho positivo, puesto que, como sabemos, ella se limita a trabajar, por separado, con cada ordenamiento jurídico, y no puede alcanzar un tipo de conocimiento cuya validez alcance a todos los ordenamientos jurídicos o a un grupo importante de éstos que se inscriban en una misma familia o sistema.

Así las cosas, tales autores –y esto aparece muy claro en el texto de Austin *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*– están conscientes de la necesidad de un estudio general acerca del derecho, aunque de carácter tan científico como el particular que lleva a cabo la dogmática jurídica, pero que, junto con empinarse sobre las inevitables especificidades de la dogmática, no se eleve tan alto, como lo hace la filosofía del derecho, hasta alcanzar la abstracción y lejanía de lo que Ihering llamó "el cielo de los conceptos jurídicos". Por lo mismo –como advierte sobre el particular Enrique Zuleta–, la teoría general "se situará en una suerte de lugar intermedio entre el ámbito abstracto y excesivamente teórico de la filosofía del derecho y el más estrictamente técnico de las dogmáticas particulares", procurando llevar a cabo "un análisis científico de aquellas características juzgadas como esenciales al derecho positivo y comunes a todos los ordenamientos jurídicos positivos".

Pero las cosas, según decíamos, llegaron más lejos, puesto que no pocos de los autores que se hallan ligados al nacimiento de la teoría general del derecho concibieron la idea de que lo

que ella debía hacer no era *intermediar* entre ciencia particular del derecho y filosofía del derecho, sino *reemplazar* derechamente a esta última.

Ese propósito más radical o ambicioso aparece claramente de manifiesto, por ejemplo, en el prefacio que se redactó en 1926 para la *Reviu internationale de la theorie du droit,* fundada por Duguit, Kelsen y Weyr. En esa publicación se inauguró la expresión "teoría general" en sustitución de "filosofía del derecho", y en el prefacio antes señalado –considerado como un verdadero manifiesto programático de la teoría general del derecho en el sentido luego extendido hasta nuestros días– sus autores reclamaron la necesidad de un saber general acerca del derecho que superara las particularidades de la dogmática y eludiera asimismo los extravíos en que incurre la filosofía del derecho cada vez que se ocupa de la esencia del derecho, de la justicia, del derecho natural y otros temas semejantes que, en rigor, no pueden ser tratados en sede científica, salvo, quizás, para desecharlos como temas que puedan ser racionalmente analizados. "Creemos tener razones serias –se lee en el ya mencionado prólogo– para estar persuadidos de que el único medio de realizar nuestras aspiraciones hacia la justicia y la equidad es la seguridad resignada de que no existe otra justicia que la que encontramos en el derecho positivo de los Estados y de la comunidad de los Estados." Es por ello –se añadió luego– que "la revista se centrará en una teoría del derecho que no quiere ser otra cosa que una teoría del derecho positivo..., una teoría del *derecho en sí,* del *derecho puro,* que hace abstracción del fondo material, accidental y variado que el derecho acusa en tal o cual Estado o en la comunidad de los Estados civilizados".

En la cita precedente queda bien diferenciada la teoría general de la dogmática. A esta última le corresponde atender a ese "material accidental y variado" que es el derecho de cada estado o de la comunidad de estados en un momento dado, mientras que la teoría general, haciendo abstracción de ese material, se constituye como una disciplina formal que aspira a develar la estructura del derecho positivo –de *todo* derecho positivo, nacional e internacional, y no de *un* derecho positivo, nacional o internacional, vigente en un determinado momento– y a establecer las condiciones para el conocimiento de ese mismo de-

recho. Recuérdese, sin ir más lejos, la posición de Kelsen sobre la teoría general del derecho, que tuvimos ocasión de analizar en el acápite correspondiente de este capítulo.

Diferenciándola ahora de la filosofía jurídica, los autores que se sitúan en los orígenes de la teoría general quisieron echar las bases de un conocimiento *general* acerca del derecho –lo mismo que la filosofía del derecho–, pero que, a diferencia de lo que acontece con esta última, tuviera un carácter científico y no puramente especulativo. En este sentido, tiene razón Genaro Carrió cuando dice que la teoría general nació y se constituyó a impulso de las siguientes pretensiones fundamentales: a) la repulsa del jusnaturalismo y la consiguiente vindicación del derecho positivo como *único* derecho; b) el afán de echar las bases de una *ciencia* jurídica rigurosa y autónoma que se ocupe del derecho positivo y nada más que de él; c) la pretensión de distinguir entre el derecho y otras órdenes sociales (en especial la moral positiva); y d) la idea de que el derecho tiene una función primordial, si no exclusiva: ordenar o prohibir coactivamente ciertos actos.

Sin embargo, a pesar de su propósito sustitutivo de la filosofía del derecho, la teoría general no logró ese objetivo, aunque consiguió abrirse un camino aparte del que habían transitado habitualmente los filósofos del derecho. Vista ahora como asignatura o curso, la teoría general ha desplazado a veces a la filosofía del derecho en los planes de estudio de las correspondientes facultades, aunque en ocasiones ha ocurrido lo contrario, a saber, que la filosofía del derecho se afirme en tal posición y que la teoría general no consiga incorporarse a dicho plan. Menos frecuente es que ambas asignaturas cohabiten en un mismo plan de estudios, es decir, que los futuros jueces y abogados estén obligados a cursar tanto teoría general como filosofía del derecho.

Bobbio, en un artículo ya clásico sobre la materia –*Filosofía del derecho y teoría general del derecho*– advierte que tanto cuando operan como disciplinas como cuando lo hacen como asignaturas, la filosofía del derecho y la teoría general del derecho tienden a invadirse una a otra. Así, no existe casi ningún tratado de filosofía del derecho que no dedique buena parte de sus páginas a tratar temas de teoría general, como tampoco hay ningún texto de teoría general que no contenga algún tratamiento de los principales problemas de la filosofía del derecho. De este modo, si se

entiende que el análisis y esclarecimiento de ciertos conceptos fundamentales –como norma, norma jurídica, derecho, ordenamiento jurídico, etc.– constituyen tareas propias de la teoría general, se comprueba luego que un buen número de páginas de las obras de filosofía jurídica están destinadas a tratar de esos conceptos; a la vez, si se acepta que el problema de la justicia, vale decir, el problema no del derecho que es sino del derecho que debe ser, constituye una ocupación preferente y acaso exclusiva de la filosofía del derecho, no es infrecuente encontrar que este tema es tratado en textos de teoría general del derecho. Por otra parte, lo propio ocurre entre filosofía del derecho y teoría general en cuanto asignaturas: los docentes que enseñan la primera tratan muchas veces de asuntos que se entienden concernir a la segunda, mientras que los profesores de la segunda discurren también sobre temas que se consideran propios de la primera.

Lo anterior quiere decir que si esos viejos contendientes que son la filosofía jurídica y la teoría general del derecho han llegado a demarcar convencionalmente sus respectivas áreas temáticas –al modo como lo hace Kelsen, por ejemplo–, lo cierto es que –como apunta nuevamente Bobbio– "ninguno de los dos contendientes respeta esa convención".

El mismo autor antes citado atribuye una parte de la responsabilidad por las recíprocas invasiones entre filosofía del derecho y teoría general a la organización de la enseñanza en las facultades de derecho, puesto que lo habitual es que éstas den cabida en sus planes de estudio a una o a otra de tales asignaturas, mas no a ambas a la vez, con el resultado inevitable de que en un plan de estudios que incluya sólo a la filosofía del derecho, el profesor respectivo considerará necesario incorporar nociones de teoría general, mientras que en uno que incluya únicamente a la teoría general, el profesor respectivo no podrá evitar complementar sus explicaciones con referencias a nociones de índole filosófica. Por lo mismo, Bobbio auspicia la inclusión de las dos asignaturas, aunque, en nuestro parecer, ello tampoco garantiza un cabal respeto de la convención que separa a ambas. Cuando las fronteras entre dos saberes son difusas, o, mejor aun, cuando tales fronteras son en ciertos modos porosas y permiten que de manera espontánea o cuando menos inconsciente determinados contenidos fluyan de un lado a otro, no hay convención ni modo de organizar la enseñanza que

pueda mantener a los especialistas confinados en campos de trabajo perfectamente acotados y excluyentes.

Por lo demás, ¿no ocurre otro tanto entre teoría general y dogmática jurídica? ¿Acaso el dogmático del derecho no se eleva a veces sobre las particularidades del material normativo con el que trabaja para construir partes generales? ¿Y acaso el experto en teoría general no parte muchas veces de análisis estrictamente dogmáticos del derecho para inducir luego algún tipo de enunciado que pueda tener validez general respecto de todo derecho, o, cuando menos, respecto de todos los ordenamientos de una misma familia o sistema jurídico?

En cuanto a sus denominaciones, la teoría general del derecho se denomina también "ciencia general del derecho", "teoría del derecho", y, menos frecuentemente, "teoría pura del derecho". En cuanto a la primera de estas tres denominaciones alternativas, se explica por el interés que desde sus inicios ha tenido la teoría general por mantenerse dentro de los límites de un riguroso tratamiento científico del derecho, aunque, claro está, en un nivel más general que el que alcanza la ciencia jurídica en sentido estricto o dogmática jurídica. En cuanto a la segunda denominación, ella se explica no sólo por economía de una palabra –"general"–, sino porque toda teoría no puede ser sino general, de donde se sigue que resultaría redundante hablar de teoría *general* del derecho. Tocante a la tercera denominación –que en ocasiones es reemplazada por la de "teoría formal del derecho"–, ella sugiere, precisamente, tal como lo expresaron los fundadores de la revista individualizada antes en este mismo número de las presentes conclusiones, que la teoría general tendría también un carácter exclusivamente formal, en cuanto los problemas jurídicos de que se ocupa son *estructurales,* no *sustanciales.* Así, la cuestión de la estructura de la norma jurídica (norma primaria y norma secundaria), así como la de sus elementos (sujeto pasivo, sujeto activo, prestación, sanción, etc.) serían de competencia de una teoría formal del derecho, independientemente de los análisis sustanciales que del contenido y significado de las normas lleva a cabo la dogmática jurídica.

Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo a la hora de atribuir a la teoría general del derecho un carácter exclusi-

vamente formal, de modo que, además de la denominación "teoría general del derecho", habría que preferir las de "ciencia general del derecho", o, simplemente, "teoría del derecho".

Tanto o más interesante que delimitar el campo temático de la teoría general de un modo que pudiera ser compartido por todos –esfuerzo por lo demás destinado al fracaso– resulta advertir cómo es que esta disciplina llega a formarse como tal. Este proceso, que atraviesa por distintos niveles, es descrito con mucha claridad por los autores que se han ocupado de él, en especial por Helmut Coing, Norberto Bobbio, Heinrich Henkel y Elías Díaz, a quienes nos vamos a ceñir en las explicaciones que siguen.

Si uno mira a la ciencia del derecho como un solo gran esfuerzo cognoscitivo que concentra su atención en el derecho positivo, y que incluye tanto a la ciencia particular del derecho como a la ciencia general del mismo nombre, lo cierto es que la así llamada "ciencia del derecho" tiene su *nivel inicial* en cada ordenamiento jurídico dado, es decir, en el material normativo de un orden jurídico determinado y concreto. Sin embargo, la ciencia del derecho no se queda en ese nivel inicial, sino que, valiéndose para ello del método inductivo, va formando un cuerpo de conceptos y estructuras que valen para todo un sector de regulación jurídica –por ejemplo, el derecho civil o el derecho penal– y que constituyen algo más general que el análisis de significado de las normas de ese mismo sector que se llevó a cabo en el primero de los niveles antes señalados. Pues bien: al ascender a este *segundo nivel*, la ciencia del derecho se muestra en aquello que acostumbra llamarse "partes generales" (parte general del derecho civil, parte general del derecho penal), y que están constituidas –repetimos– por proposiciones que dan cuenta de conceptos y estructuras que se sitúan en un mayor nivel de abstracción o generalidad que el que ocupan los enunciados que están dirigidos de manera directa a identificar las ramas del respectivo sector y a dar cuenta de su significado.

En un *tercer nivel* ahora, la ciencia del derecho es capaz de dar cuenta de un conjunto de conceptos y estructuras que tienen validez para más de una rama del derecho o sector de regulación jurídica y que, por lo mismo, alcanzan a diferentes sectores de un mismo ordenamiento. Es lo que acontece, por ejemplo, cuando la ciencia del derecho provee enunciados que valen no sólo para el derecho constitucional o el derecho administrativo, sino para el

derecho público en general, o no sólo para el derecho civil o el derecho comercial, sino para el derecho privado en general.

Sin embargo, esos tres niveles que alcanza la ciencia del derecho, niveles que tienen una creciente generalidad, conciernen a un ordenamiento jurídico determinado, lo cual quiere decir que tales niveles son posibles de alcanzar en el marco de un mismo ordenamiento jurídico. Así, un especialista en derecho civil chileno puede localizar e interpretar las normas de ese sector de regulación; puede luego construir una parte general del mismo sector; y puede, en fin, construir un cuerpo de conceptos y estructuras con validez para ese sector y para cualquier otro que forme parte también del derecho privado. Sin embargo, en cualquiera de esos niveles, el especialista no ha salido de las fronteras del derecho chileno. Pero la cosa no termina allí.

La ciencia del derecho alcanza un *cuarto nivel,* que es el que se constituye cuando ella, auxiliándose de la técnica o método del derecho comparado, es capaz de presentarse como un conjunto de enunciados cognoscitivos acerca de múltiples ordenamientos jurídicos que por alguna razón pertenecen a un mismo sistema o familia, por ejemplo, el derecho anglosajón, el derecho continental europeo o el derecho musulmán.

Y la ciencia del derecho alcanza incluso un *quinto* y último nivel cuando es capaz de hablar no acerca de un ordenamiento jurídico ni de una familia de éstos, sino acerca de todo ordenamiento jurídico posible, un nivel –admitámoslo– en el que la ciencia del derecho se toca ya con la filosofía jurídica.

Pues bien, en el primero de esos cinco niveles nadie dudaría que la ciencia del derecho aparece en su versión de ciencia particular del derecho o dogmática jurídica. Como teoría general del derecho en sentido amplio, aparece en los otros cuatro niveles. Y como teoría general del derecho en sentido propio aparecería sólo en el último de esos niveles.

Lo que interesa destacar, en todo caso, es que la teoría general del derecho, en el primero de sus cuatro niveles (el de las llamadas "partes generales"), se apoya en los resultados obtenidos por la dogmática jurídica y en cierto modo se confunde con ésta, mientras que en el cuarto nivel se aproxima e imbrica de cierta manera con la filosofía jurídica. Ello es lo que explica, asimismo, que no exista una heterogeneidad manifiesta entre teo-

ría general del derecho, al menos en los dos o tres primeros niveles de ésta, y dogmática jurídica, y que, a la vez, vista ahora en el cuarto de sus niveles, no haya tampoco semejante heterogeneidad entre ella y la filosofía del derecho.

Así las cosas, no es extraño que a la hora de presentar y de caracterizar a la teoría general del derecho, se la considere a veces sólo como una parte general de la ciencia jurídica, por un lado, o como otro nombre que se da a la filosofía jurídica, por el otro.

Por otra parte, tal como hicimos ver en la Introducción, un autor como Guastini, basándose para ello en la distinción entre filosofía del derecho de filósofos (o desde arriba) y filosofía del derecho de juristas (o desde abajo), puede sostener que la teoría del derecho no es otra cosa que la segunda de esas filosofías, o sea, que la teoría del derecho se configura cuando se filosofa acerca del derecho partiendo de la propia experiencia jurídica. De este modo, dice Guastini, los problemas de la llamada filosofía del derecho de los juristas "no son diferentes de los problemas de la ciencia jurídica: al contrario, en general se trata de los mismos problemas, aunque quizás analizados a un nivel distinto de abstracción".

Una discusión más específica es la que atañe a si la teoría general del derecho estudia sólo los aspectos *formales* o estructurales del derecho, o los aspectos *sustanciales* de éste, o ambos a la vez. Sobre el particular, nos gustaría decir que la teoría general, en la medida en que se desplaza hacia arriba por sus cinco niveles, privilegia los aspectos formales sobre los sustanciales, en tanto que al desplazarse hacia abajo por esos mismos cuatro niveles se involucra más con aspectos sustanciales que formales. En consecuencia, la teoría general del derecho, en el sentido amplio de la expresión, tiene que ver tanto con aspectos sustanciales como formales, sin perjuicio de que en su sentido más propio –el que corresponde al quinto nivel– aparezca como una disciplina de carácter formal.

Aclarando qué se entiende aquí por contenido y qué por estructura, Guastini nos dice que "el contenido del derecho es la respuesta a la pregunta qué está prescrito, a quién y en qué circunstancias", en tanto que la forma "es aquello que permanece una vez abstraído el contenido, es decir, es el prescribir en tanto tal". Por lo tanto –concluye–, "el analisis formal del derecho no es más que el análisis del lenguaje prescriptivo en general".

Si se mira ahora al derecho como *texto,* es decir, como un conjunto de mensajes que tienen la característica de ser prescriptivos, o sea, que pretenden guiar u orientar el comportamiento humano, la pregunta por la teoría del derecho y su cometido puede dar cabida a un enfoque distinto del que hemos venido haciendo, como es el que propone, por ejemplo, el autor español Gregorio Robles.

En efecto, el derecho no es lenguaje ni puede ser reducido al lenguaje por medio del cual se lo comunica para que pueda cumplir eficazmente con su cometido de organizar la convivencia social. Sin embargo, el derecho puede ser visto como un determinado lenguaje, es decir, como un texto o sistema de signos que expresan los mensajes prescriptivos que han de valer en la vida social.

Así, el texto de un ordenamiento jurídico está compuesto por los subtextos de muy diversa procedencia que producen los legisladores, las autoridades administrativas, los jueces y los propios sujetos de derecho, según las distintas fuentes formales productoras de derecho que consagren las normas de competencia del respectivo ordenamiento jurídico.

Ahora bien –y tal como señala Robles–, sobre el texto que es el derecho pueden ejercerse tres tipos de análisis –el *sintáctico,* el *semántico* y el *pragmático,* que averiguan, en ese mismo orden, las formas del texto jurídico, sus contenidos de significado, y los procedimientos de creación o producción del texto.

Pues bien, al análisis sintáctico se le denomina *teoría formal del derecho,* al análisis semántico *dogmática jurídica,* y al de carácter pragmático *decisión jurídica.* Por lo mismo, y establecido que tanto sobre la dogmática como sobre la decisión jurídica pueden construirse también sendas teorías, la teoría del derecho puede dividirse en tres partes, a saber, teoría formal del derecho, teoría de la dogmática jurídica y teoría de la decisión jurídica. Ahora bien, si cada una de esas partes en que se divide la teoría del derecho tiene en común con las restantes que todas investigan el texto jurídico, lo cierto es que cada una de ellas tiene un objeto propio.

La teoría formal del derecho estudia la estructura formal del derecho. Por tanto, "no estudia el derecho realmente existente, sino sólo la estructura formal de todo *derecho posible*".

Ahora bien, tal estudio formal se realiza por referencia a las normas jurídicas, al ordenamiento que éstas componen, a las relaciones entre ordenamientos jurídicos diferentes, y a los conceptos jurídicos fundamentales que pueden ser aplicados a la totalidad o a la generalidad de los ordenamientos. A las normas –en primer lugar– porque el derecho se muestra, ante todo, como proposiciones lingüísticas cuya función es dirigir la acción de los hombres. Al ordenamiento –acto seguido– porque tales proposiciones tienen la particularidad de presentarse articuladas en un todo unitario llamado, precisamente, "ordenamiento jurídico". A las relaciones entre ordenamientos jurídicos diferentes porque cada estado tiene uno que le es propio y porque existe también un ordenamiento internacional al que todos los estados se someten, de donde resulta que siempre es posible comparar el ordenamiento jurídico de un estado con el de otro estado o con el ordenamiento jurídico internacional. Y con los conceptos jurídicos fundamentales, en fin, porque siempre es posible fijar un elenco de nociones que pueden ser aplicadas a los distintos ordenamientos jurídicos, no obstante las diferencias de contenido que éstos puedan acusar entre sí.

Como consecuencia de lo anterior, la teoría formal del derecho puede ser descompuesta en una teoría de las normas jurídicas, una teoría del ordenamiento jurídico, una teoría de las relaciones entre ordenamientos diferentes, y una teoría de los conceptos jurídicos fundamentales. Sin embargo, en los cuatro casos se trata tan sólo de estudios formales. Así, sería una proposición perteneciente a la teoría de las normas jurídicas aquella que afirma que en toda norma de ese tipo puede distinguirse una fase primaria (donde se impone el deber) y una fase secundaria (donde se especifica la sanción). Sería una proposición de teoría del ordenamiento jurídico, por ejemplo, aquella que dice que éste constituye una estructura escalonada de gradas normativas superiores e inferiores, en la que el papel de las primeras es regular la creación de las segundas y fundamentar de ese modo la validez de éstas. Por su parte, constituiría una proposición perteneciente a la teoría de las relaciones entre ordenamientos aquella que dice que la norma básica de un ordenamiento jurídico nacional es una norma ficticia, si se la mira desde la perspectiva de ese mismo

ordenamiento, y una norma positiva si se la examina desde el punto de vista del derecho internacional. Por último, la proposición que define al derecho subjetivo como una potestad de que está investido un sujeto de derecho bajo ciertas circunstancias que establece el ordenamiento jurídico –definición que pretende valer para todo ordenamiento con prescindencia de los determinados derechos subjetivos que cada ordenamiento reconozca a los correspondientes sujetos imperados–, constituye una proposición que forma parte de lo que Gregorio Robles llama teoría de los conceptos jurídicos fundamentales.

De los contenidos de significado del texto jurídico se ocupa –según dijimos– la dogmática jurídica, cuyo cometido es la investigación interpretativa de los contenidos de sentido de las normas que componen un determinado ordenamiento jurídico. Sin embargo, acerca de la dogmática es posible constituir una teoría, sin que pueda confundirse una con la otra. "La primera –dice Robles– es una ciencia interpretativa del orden jurídico, mientras que la segunda es la reflexión teórica en torno a ella".

Como sabemos, a propósito de lo que fue dicho con ocasión de las operaciones que cumple la dogmática jurídica, la *interpretación* que ésta hace del contenido de las normas va unida a la *sistematización* del material interpretado y a una *conceptualización* ulterior de ese mismo material normativo, de donde resulta que la teoría de la dogmática jurídica puede descomponerse, a su turno, en teoría de la interpretación, teoría de la sistematización y teoría de la conceptualización.

A esas tres partes o aspectos de la teoría de la dogmática, atendida ahora la operación práctica que ésta desarrolla en cuanto coadyuva a la toma de decisiones en casos concretos de la vida en sociedad, se suma también una teoría de las relaciones entre la dogmática y la práctica jurídica. Por último, y en cuanto la dogmática saca a la luz la idea de justicia incorporada al ordenamiento jurídico sobre el cual trabaja, hay una quinta y última parte o aspecto de la teoría de la dogmática jurídica: la teoría de la justicia institucionalizada o intrasistemática.

Tratándose finalmente de la decisión jurídica, vale decir, de las decisiones normativas que adoptan distintos operadores jurídicos, en especial legisladores y jueces, ellas muestran al derecho en movimiento, en estado dinámico, en ese estado que los

griegos llamaban *poiesis,* y que, tratándose del derecho, es en verdad una *auto-poiesis,* puesto que el derecho regula su propia creación. Unas decisiones –habría que agregar también– que tienen la pretensión de ser racionales y que promueven por tanto toda una argumentación capaz de sostenerlas.

Por lo mismo, si hay una teoría de la decisión jurídica, que junto con la teoría formal del derecho y la teoría de la dogmática jurídica son manifestaciones de la teoría del derecho, dicha teoría de la decisión jurídica, según Robles, se descompone en los siguientes tópicos: teoría de la decisión jurídica como teoría de la decisión racional; tipología de las decisiones jurídicas y de los operadores jurídicos; teoría de la legislación; teoría de la sentencia judicial; teoría de la justicia extrasistemática, o sea, de una justicia sin presupuestos previos y que, a diferencia de la intrasistemática o institucionalizada, no está necesariamente encarnada en el ordenamiento jurídico vigente; y teoría de la argumentación jurídica.

Como se ve, en el esquema que propone el autor que venimos citando la "teoría del derecho" comprende tanto a lo que nosotros hemos llamado "ciencia del derecho" y "teoría general del derecho", extendiéndose incluso a la cuestión de las decisiones jurídicas, a los razonamientos que conducen a éstas y a las argumentaciones que se ofrecen para darles aceptabilidad.

4. Ahora tendríamos que ocuparnos de la *filosofía del derecho,* que es la tercera de las disciplinas que fueron mencionadas al dar inicio a estas conclusiones. Unas conclusiones, como se recordará, que querían hablar sobre el derecho, sobre la ciencia del derecho, sobre la teoría general del derecho y, en fin, sobre la filosofía del derecho.

Sin embargo, ¿queda algo por decir acerca de la filosofía del derecho después de todo lo que sobre ella se ha expresado ya en las páginas precedentes de este capítulo?

En verdad, queda poco por decir.

En la primera parte del capítulo se discurrió acerca del carácter problemático que la filosofía del derecho comparte con la filosofía general. Acto seguido, se reprodujo el punto de vista que acerca del concepto y temas de la filosofía jurídica profesa una buena cantidad de filósofos del derecho contemporáneos.

Y en esta parte de conclusiones se ha puesto de relieve la posición que ocupa la filosofía jurídica respecto de la dogmática jurídica y de la teoría general del derecho. Sin perjuicio de todo lo cual se remitió al lector a dos obras en las que se encuentra reproducido el punto de vista que acerca de la filosofía del derecho expresamos en igual número de oportunidades en que fuimos consultados sobre el particular.

Por lo mismo, sólo nos gustaría agregar lo siguiente:

La filosofía del derecho, situada algo lejos de la ciencia del derecho en sentido estricto o dogmática jurídica, tiene sin embargo una frontera próxima y tenue, e incluso porosa, con el quinto de los niveles de la ciencia del derecho en sentido amplio o, lo que es lo mismo, con el cuarto nivel de la teoría general del derecho.

Situados en ese cuarto nivel, es inevitable que tanto filósofos del derecho como especialistas en teoría general del derecho procuren explicar un cierto elenco de conceptos jurídicos fundamentales que, como tales, valen por referencia a todo derecho positivo.

Entre tales conceptos está ciertamente el concepto mismo de derecho, al que siguen otros como norma jurídica, fuentes del derecho, ordenamiento jurídico, relación jurídica, sanción jurídica, etc. Pues bien, quizás si el concepto de derecho, al que de alguna manera siguen todos los demás conceptos jurídicos fundamentales, resulte un cometido antes de la filosofía jurídica que de la teoría general del derecho.

Por otra parte, tal vez a la filosofía del derecho le corresponde con mayor propiedad que otras modalidades del conocimiento del derecho llevar a cabo una presentación ordenada de esas mismas modalidades e informar acerca de cómo ellas demarcan sus respectivos campos de trabajo.

A la vez, probablemente sea también la filosofía del derecho la disciplina que está en mejor posición para coger y aprovechar algunos de los resultados que obtienen los demás saberes acerca del derecho, de modo de llegar a una comprensión de éste de tipo integrador, vale decir, que no fraccione ni menos mutile la realidad del fenómeno jurídico.

Por último, si la filosofía del derecho no puede monopolizar el tema de la justicia, nadie le podría discutir el mejor dere-

cho que ella tiene para ocuparse de ese problema en toda su complejidad, desde la cuestión *analítica* de qué vamos a entender por justicia, hasta la cuestión *fenomenológica* de qué ha sido considerado justo en distintas épocas y lugares, sin descuidar el asunto *empírico* acerca de cuál o cuáles son las ideas que acerca de lo justo se profesan hoy en un determinado tiempo y lugar, y sin omitir –por último– la cuestión de índole específicamente *moral* que tiene que ver con la elección de un determinado ideal de justicia tras el cual se deba hacer marchar al derecho. Ante todo lo cual, por cierto, no hay que perder de vista los servicios que a la filosofía del derecho pueden prestar la filosofía general (en la cuestión analítica y en la moral), la historia del derecho (en la cuestión fenomenológica), y la sociología jurídica (en la cuestión empírica). Por otra parte, tampoco es de extrañar que respecto de tales cuestiones, los filósofos del derecho, según sus temperamentos intelectuales y las circunstancias que les pueda tocar vivir junto a sus semejantes, prefieran ocuparse de uno y no de otro de tales asuntos.

La filosofía del derecho no es sólo un concepto histórico, sino que cada uno de quienes la cultivan y enseñan son individuos con una identidad personal y unas circunstancias colectivas que los hacen ir y venir, o a veces quedarse en una de ellas, por esas diferentes cuestiones que están involucradas en la palabra "justicia".

Como dice Dworkin a propósito de lo que él llama "los sueños del derecho", siempre hay una presión del derecho más allá del derecho, un desafío al derecho de hoy con las posibilidades del derecho de mañana, de modo que cada vez que el legislador vota una ley o cada vez que un juez decide un caso difícil, lo mismo que cada vez que la opinión de un jurista o de un filósofo del derecho influye en una u otra de esas autoridades, ante lo que estamos en presencia es ante un voto en favor de alguno de los sueños del derecho.

Los filósofos del derecho están especialmente interesados en llamar la atención acerca de cómo el derecho puede ir desarrollándose en dirección a la justicia. Se trata, por cierto, de una dirección que no todos compartirán, aunque los distintos programas que los filósofos del derecho puedan ofrecer en tal sentido se apoderarán de un modo u otro de quienes tienen la

responsabilidad de producir el derecho, de manera que el progreso de éste pueda ser más deliberado, reflexivo y oportuno.

Los sueños de los filósofos del derecho –como señala Dworkin– son sueños competitivos, porque las visiones son distintas y porque no queda más alternativa que efectuar elecciones. Pero esos sueños hacen de los filósofos del derecho auténticos "novelistas en cadena con epopeyas en la mente y que imaginan que su trabajo se despliega a través de volúmenes que pueden tardar generaciones en ser escritos".

En tal sentido, "cada uno de sus sueños ya está latente en el derecho actual".

CAPITULO TERCERO

SOBRE DEMOCRACIA Y DERECHO

I. Introducción. II. Breve mirada histórica. III. Heteronomía y democracia. IV. Esencia y valor de la democracia según Hans Kelsen. V. El relativismo de Radbruch y la crítica de Radbruch al relativismo de Kelsen. VI. ¿Por qué democracia? La pregunta de Alf Ross. VII. La definición mínima de democracia de Norberto Bobbio. VIII. Democracia y decepción.

I. Introducción

El estudio de esa específica forma de gobierno a la que llamamos democracia corresponde antes a la filosofía política que a la filosofía del derecho. No obstante, política y derecho son áreas de la realidad estrechamente conectadas entre sí, por lo que las disciplinas que hacen de ellas sus objetos de conocimiento poseen igualmente fronteras nebulosas y ciertamente permeables. Una comunidad política, en efecto, es constituida como tal, estructurada y delimitada por el derecho y se desenvuelve a través de la producción de normas jurídicas, a la vez que el ordenamiento jurídico no puede existir como tal si no cuenta con aquella eficacia general y duradera que sólo el respaldo del poder político puede asegurarle.

Siendo tan importantes las relaciones existentes entre sistema político y sistema jurídico, puede comprenderse fácilmente que las características concretas que asume cada uno de ellos influyen fuertemente, e incluso determinan, el específico modo de ser del otro. En particular, el carácter democrático o autocrático del gobierno del Estado tendrá como efecto evidente una

mayor o menor heteronomía del derecho, pues ésta resultará fuertemente atenuada, aunque evidentemente no eliminada, en aquellos casos en que las normas jurídicas de mayor jerarquía –constitución y leyes– sean elaboradas por órganos elegidos por los propios sujetos que luego resultarán imperados por ellas. Incluso, puede afirmarse que si la democracia produce muchas veces una cierta decepción, ello se debe precisamente a la constatación de que no logra reducir todo lo que se desearía la heteronomía del derecho.

No es de extrañar, por lo mismo, que numerosos y destacados filósofos del derecho se hayan ocupado de estudiar el tema de la democracia y que hayan efectuado al respecto contribuciones sin duda valiosas y destacables. Así, a lo largo del siglo XX, Hans Kelsen, Gustav Radbruch, Alf Ross y Norberto Bobbio escribieron acerca de la democracia, dejándonos unas obras dotadas de un notable y esclarecedor rigor conceptual. En nuestro ámbito cultural esa tradición ha sido continuada por autores como Carlos Santiago Nino, Elías Díaz, Gregorio Peces-Barba o Ernesto Garzón Valdés, quienes han dedicado también parte de su trabajo intelectual al estudio de dicho sistema de gobierno. Cabe señalar que un número especial de la Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, de 1990, bajo el título *Filosofía del derecho y democracia en Iberoamérica*, difundió 17 trabajos de igual número de autores de ese mismo ámbito cultural.

Hoy parecemos estar viviendo tiempos muy favorables para la democracia. Como señala Robert Dahl, "todas las principales alternativas a la democracia, o bien desaparecieron, o se transformaron en residuos exóticos, o se retiraron de la palestra para encerrarse en sus últimos baluartes". "Los principales regímenes antidemocráticos del siglo –el comunismo, fascismo, nazismo– desaparecieron en las ruinas de una guerra calamitosa o, como la Unión Soviética, colapsaron desde dentro", al tiempo que las dictaduras militares –tan frecuentes otrora en Hispanoamérica– han dado paso a regímenes democráticos o, como mínimo, "adoptaron una fachada pseudodemocrática". Por otra parte, como sostiene Giovanni Sartori, "la democracia ha llegado a ser una palabra universalmente honorable" y, por lo mismo, ya casi nadie defiende explícitamente doctrinas antidemocráticas.

Los anteriores son ciertamente signos alentadores, pero ellos no deben conducirnos a la conclusión ingenua de que el triunfo de la democracia es ya total y absoluto. Todavía hoy, menos de la mitad de la población del mundo vive bajo regímenes democráticos, a la vez que muchos de éstos son incompletos o inestables, mientras que los más consolidados son susceptibles de perfeccionamiento y profundización. Como indica Dahl, los valores antidemocráticos continúan existiendo, "frecuentemente asociados al nacionalismo fanático o al fundamentalismo religioso". Tiene razón también Sartori, cuando dice que "la democracia aún tiene enemigos; pero ahora se la evita mejor en su propio nombre y por medio de su propio nombre".

A lo dicho cabe agregar todavía que, debido al uso tan extendido y generalizado y, no pocas veces, abusivo que se hace de él, "el concepto de democracia –según señala Sartori– se presta a la multivocidad y a la dispersión".

Por lo demás, hace ya rato que los enemigos de la democracia se han camuflado como partidarios de ésta o, cuando menos, como si estuvieran en posesión de una mejor versión de la democracia, que es lo que acontece cuando déspotas y autoritarios de diversos signos intentan presentarse como los conductores de una "auténtica" democracia, o de una democracia "orgánica", o de una democracia "protegida", o de una democracia "popular", etc., expresiones todas con las que esos déspotas y autoritarios saben que no se están refiriendo a un régimen propiamente democrático, sino a uno no democrático que, atendida la valoración positiva dada a la palabra democracia, así como el prestigio objetivo y amplio que de ella goza, insiste en presentarse como sí lo fuera.

Yo siempre he creído que la conversión de los no demócratas a la democracia es cosa difícil, como toda auténtica conversión, y que deberíamos recelar del hecho, hoy tan común en nuestras sociedades, de que prácticamente todos se declaren demócratas, incluso los que han dado pruebas de ejercer el poder en forma no democrática y los que no ocultan sus intenciones de conseguirlo o de conservarlo por medios igualmente no democráticos.

No nos engañemos: la democracia aún tiene enemigos que esperan su próxima oportunidad, sólo que ahora pretenden evi-

tar la democracia, como apunta Sartori, "en su propio nombre y por medio de su propio nombre".

Ignoro si en lo que voy a decir a continuación me encuentro demasiado influenciado por la experiencia chilena de transición desde un gobierno militar autoritario y no democrático a un régimen de democracia plena que el país todavía no puede alcanzar, pero tengo la convicción de que muchos de quienes apoyaron y fueron incluso colaboradores o funcionarios de ese régimen, se declararon luego demócratas y participaron incluso como candidatos en las elecciones, consiguiendo a veces puestos en el Senado o en la Cámara de Diputados, sólo como una manera de mantenerse en posiciones de poder desde las cuales influir para que la democracia continuara en nuestro país lo más limitada posible –tal como habían querido los militares–, retardando así el proceso de transición y la llegada a un régimen de democracia plena. Lo malo es que esos sectores no democráticos han tenido hasta ahora éxito y, peor todavía, contaron con una involuntaria pero eficaz colaboración de parte de los sectores democráticos que aun antes de terminar el gobierno de Patricio Aylwin, que cubrió el período 1990-1994, se apresuraron a dar por terminada la transición y a propiciar cambios sólo en el campo económico y social, mas no en el político, quedando constitucionalmente intocadas algunas de las principales instituciones no democráticas de la constitución que los militares impusieron en 1980; por ejemplo, la que permite la generación de una parte importante del Senado –que en Chile es cámara colegisladora– sin pasar por elecciones en las que participe toda la ciudadanía. Hoy todos advierten en las fuerzas democráticas que aquello constituyó un grave error y se manifiestan partidarios de modificar cuanto antes la constitución, aunque se han perdido ya diez largos años y, entretanto, los enemigos de la democracia plena han ganado, ahora con votos, un terreno que no tenían conquistado a inicios de la década de los 90.

No puedo evitar pensar que es posible que en las fuerzas democráticas de mi país existan también, aunque ciertamente sin confesarlo, algunos partidarios de la democracia limitada que, en el fondo de sus corazones, están más o menos satisfechos con el estado actual de cosas en el país, y que para no mover mayormente la cuestión de las reformas constitucionales pendientes

se refugian en el diagnóstico de que éstas son todavía inviables. Creo que "inviable", en política, es a veces una palabra más presentable al público cuando lo que de verdad acontece es que no se desea introducir una determinada reforma constitucional o legislativa. Por lo demás, si la política es, como dicen los pragmáticos, "el arte de lo posible", un conjunto de fuerzas políticas, sobre todo si está en el gobierno, tiene el deber de procurar hacer viable lo que no parece posible, puesto que de lo contrario gobernar se hace sinónimo de observar.

En todo caso, y pasando ahora a un asunto diferente, quizás si el principal problema de las democracias actuales no esté radicado en quienes son francamente *enemigos* de esta forma de gobierno, sino en aquellos que son apenas *indiferentes* a sus bondades y se niegan a utilizarla. Esto quiere decir, puesto de otro modo, que uno de los problemas principales de nuestras democracias actuales no está en los que quisieran acabar con el juego democrático, sino en los que se resisten a participar en el juego, o sea, en quienes declaran no tener preferencias políticas que expresar y se restan a las elecciones o proceden a anular o a dejar en blanco la papeleta electoral que la democracia pone periódicamente en sus manos cada vez que se trata de elegir representantes.

Es efectivo que esos fenómenos, la llamada indiferencia política, y su hermana menor, la apatía electoral, pueden tener un tipo de explicación en sociedades altamente desarrolladas y otro en la clase de sociedades a las que pertenece Chile y algunas otras naciones del continente. En las primeras, admito que ciertos niveles de satisfacción de las necesidades, alcanzados paradojalmente gracias a la propia democracia, vuelven al público más indiferente frente a los asuntos públicos y más reacio a salir de su casa el día de las elecciones. Pero semejante explicación no puede ser plausible en sociedades que, como la nuestra, apenas han conseguido instalar gente satisfecha en los cuatro o cinco buenos barrios de las cuatro o cinco ciudades principales del país.

Por todo ello, creemos que la reflexión teórica acerca de la democracia continúa siendo de enorme importancia, aun en el contexto propicio a la misma en que hoy nos encontramos, pues todavía queda mucho que hacer en pos de su consagración, con-

solidación y perfeccionamiento, según los distintos casos, y una idea clara sobre ella constituirá siempre un buen punto de partida para acometer tales tareas.

Por lo demás, la democracia es realmente "un punto de partida, no uno de llegada", como se escuchó decir en Chile al Premio Nobel de Literatura, José Saramago, en septiembre de 2000, de modo que si no se la expande continuamente, ella no queda donde mismo, sino que "se seca y encoge".

En lo que resta de este capítulo daremos cuenta de los aspectos fundamentales de las teorías democráticas de Hans Kelsen, Alf Ross y Norberto Bobbio. Entre estos tres autores existen, sin duda alguna, numerosas y notables coincidencias. Desde luego, cabe señalar que, junto con adscribir todos ellos al positivismo jurídico, mostraron una ferviente adhesión al sistema democrático de gobierno, combinando, así, su adhesión al postulado de la prescindencia valorativa, en lo que se refiere a la identificación del derecho como objeto de estudio, con claras convicciones en el terreno de la política y de la moral, demostrando con ello que la necesaria objetividad y rigor científico del jurista no se opone, en modo alguno, a la personal sustentación de valores. Todos ellos, además, tuvieron que sufrir en carne propia los flagelos de los grandes totalitarismos del siglo XX e hicieron de sus vidas magníficos ejemplos de consecuencia entre postulados y conductas.

En cuanto a sus ideas acerca de la democracia, las coincidencias entre los autores escogidos son, como se verá, igualmente importantes. La más destacable de ellas es que todos adscriben a una concepción procedimental de la democracia, según la cual se entiende a ésta como un método de adopción de las decisiones colectivas, que puede conducir, por su parte, a la adopción de diversos órdenes sociales y económicos y no al contenido de un determinado orden social o económico que pudiera ser considerado como el mejor, el verdadero o el más justo. Una concepción tal no niega, sin embargo, que la democracia se conecte necesariamente con ciertos valores, ni afirma tampoco que ella sea compatible con cualquier contenido. Lejos de ello, la misma se vincula con ciertos valores ínsitos en el procedimiento democrático o presupuestos por él que, por una parte, la perfilan y moldean y, por otra, ofrecen, para quienes adhieran a ellos,

algo así como buenas razones para preferirla. Entre esos valores destaca particularmente la libertad y, por ello, no parece osado decir que la concepción de la democracia de estos tres autores es, a la vez, procedimental y liberal. Más adelante explicaremos cómo es que estas dos cosas son perfectamente compatibles entre sí.

Por lo demás, conviene tener presente que una cosa es la *definición* de un régimen de gobierno o sistema político –por ejemplo, la democracia–; otra es la de su *legitimidad* –esto es, la justificación de tipo moral que de ese mismo régimen pueda darse en su favor–; una tercera viene dada por su *legitimación* –o sea, el hecho del reconocimiento y aceptación del sistema por parte de quienes se sometan a él–; y, por último, está lo tocante a la *estabilidad,* en cuanto –como dice Garzón Valdés– la "disposición de un sistema político a reaccionar de forma tal que mantenga su identidad".

"Pareciera obvio inferir –como sigue diciendo Ernesto Garzón Valdés– que la aceptación y práctica del procedimiento democrático y de las reglas creadas de acuerdo con él (*legitimación*) es suficiente para otorgar justificación moral al sistema (*legitimidad*), la que, a su vez, dada la cultura política de la población, sería garantía de *estabilidad*". Sin embargo, el autor citado aconseja andar en esto con cuidado, porque la estabilidad no implica legitimidad, la legitimidad no otorga estabilidad, y la legitimación, por su parte, es condición necesaria, aunque no suficiente, de la misma estabilidad.

El problema de la estabilidad de la democracia, y en particular la cuestión planteada por un cientista político chileno, de si dicha estabilidad depende o no de una consciente y deliberada atenuación de los márgenes de incertidumbre y de riesgo que, según vimos, implica el funcionamiento de la democracia, es algo que queda fuera del presente trabajo, aunque se trata de un tema de la máxima importancia. Nos referimos a Angel Flisfisch y su conferencia sobre *Democracia y socialismo,* dada en noviembre de 1987 en el Instituto de Estudios Humanísticos de la Universidad de Valparaíso.

Un político latinoamericano preguntaba hace poco, pensando desde luego en el impacto adverso que un Estado excesiva-

mente abstencionista podría provocar en el terreno de la justicia social, "¿cuánta pobreza puede tolerar la libertad?".

Del mismo modo, quizá convendría tomarse en serio de una vez por todas la pregunta acerca de cuánta incertidumbre y riesgos puede soportar la democracia, aunque habría que dejar en claro que si se hace esta última pregunta en nuestro medio no es para exacerbar el pánico que tratan de inducir en la gente los enemigos de la democracia –que acoquinados por esta campaña hay ya bastantes–, ni tampoco para sugerir que la democracia pueda darnos, si se mantiene fiel a sí misma, algo así como una plena seguridad en cuanto a los resultados –lo cual sería ilusorio–, ni, por último, para vincular la democracia a determinados contenidos que en el plano sobre todo económico puedan interesar especialmente a quienes tengan mayores cuotas de poder en este sentido –lo que equivaldría, por su parte, a dejar a un lado la noción mínima o procedimental de democracia que vamos a explicar aquí.

Lejos de todo ello, si llamamos la atención sobre la pertinencia y apremio de la pregunta que inquiere por las condiciones de estabilidad de la democracia, es porque –sobre todo en países donde ella goza de una larga e ininterrumpida tradición– parece existir, junto al legítimo derecho de emplearla para desarrollar los programas de gobierno que obtenga para sí la mayoría, parece existir también –según queremos decir– el insoslayable deber de no desequilibrarla –ni de arriesgar así su pérdida– como la única forma de gobierno que, reconociendo y protegiendo la libertad de todos, a todos permite, a la vez, el acceso y el ejercicio del poder.

Lo anterior quiere decir también lo siguiente: en la teoría política, al menos en la parte de ella que se dedica a la elaboración de programas de gobierno, podemos ser todo lo impacientes que queramos, aunque en la práctica política, o sea, en el gobierno mismo, se imponen al parecer tanto el consejo como la receta de Bobbio, a saber, no creer en los atajos, dar un paso a la vez y contar con que la aceptación del método democrático "permite sólo avances parciales y no excluye retiradas momentáneas". Y esto último porque –como dice el propio Bobbio– "el paso de la teoría a la práctica [...] es mucho más peligroso que el de la utopía a la ciencia".

II. Breve mirada histórica

¿Dónde ir a buscar el origen de la democracia como forma de gobierno?

Lejos, en el año 500 AC, cuando aparecieron en el Mediterráneo y en el norte de Europa algunos lugares y pequeños grupos que desarrollaron sistemas de gobierno que ofrecieron oportunidades bastante amplias de participación a la hora de tomar decisiones que concernían a los propios integrantes de esos grupos.

Como dice Robert Dahl, la Grecia antigua no era un país como los que hoy conocemos, sino un conjunto de pequeñas ciudades-estado, es decir, de pequeñas ciudades soberanas. Fue así como Atenas, en el año 507 AC, adoptó un sistema de gobierno popular que perduró casi dos siglos. El gobierno era popular porque a la cabeza del mismo había una Asamblea en la que podían participar todos los ciudadanos. La Asamblea elegía unos pocos cargos clave para la ciudad –por ejemplo, a los generales–, aunque el principal método de selección de los ciudadanos que debían ocupar los cargos públicos era el sorteo.

Así las cosas, las instituciones políticas de la democracia griega –participación de todos los ciudadanos en el órgano colegiado superior de gobierno y selección por sorteo de quienes debían ocupar cargos públicos– no iban a ser las que mucho tiempo más tarde utilizaría la moderna democracia representativa.

El gobierno popular hizo su aparición en Roma casi al mismo tiempo en que era introducido en las ciudades-estado griegas. Los romanos, sin embargo, prefirieron llamar a su sistema "república". En latín, *res* significa "cosa" y *publicus* "público", de modo que la palabra "república" sugería que el poder o el gobierno eran del público, aunque el derecho a participar en el gobierno estuvo restringido en sus comienzos sólo a los patricios. Sólo más tarde, valiéndose de la lucha antes que de la persuasión, los plebeyos consiguieron integrarse al sistema de gobierno.

En todo caso, tanto la democracia ateniense como la romana tuvieron una característica que iba a perdurar hasta el siglo XX. Dicha característica consistió en que la participación en el gobierno, esto es, en la adopción de las decisiones colectivas, se restringió exclusivamente a los varones.

La República romana duró menos que la democracia ateniense. Como apunta Dahl, "lo poco que había quedado de las prácticas republicanas pereció con la dictadura de Julio César", y, tras el asesinato de éste, en el 44 AC, "una república que antes era dirigida por sus ciudadanos se convirtió en un imperio gobernado por sus emperadores".

Luego de tales hechos la democracia se esfumó de la superficie de la tierra durante casi mil años, hasta reaparecer en las ciudades del norte de Italia alrededor del año 1100 DC. Entonces el proceso volvió a repetirse: la participación en el gobierno se limitó primero a las clases altas y sólo más tarde los habitantes de menor nivel socioeconómico comenzaron a reclamar con éxito el derecho a participar. Algo que no debiera llamar tanto la atención si en pleno siglo XVIII los revolucionarios franceses, con su distinción entre ciudadanos activos y pasivos –donde los primeros eran los propietarios y los segundos los que carecían de bienes– restringieron el derecho de sufragio únicamente a los ciudadanos activos.

Ahora bien, fueron ciertamente los griegos quienes acuñaron el término "democracia", a partir de las palabras *demos* (pueblo) y *kratos* (gobierno). Pero la palabra "democracia" tuvo desde sus mismos comienzos en Atenas un doble uso. Uno, positivo, para referirse a la totalidad del pueblo ateniense que participaba en el gobierno; y otro, despectivo, al modo de un epíteto, para mostrar el desprecio de ciertas elites aristocráticas por la gente común que pretendía tener un derecho similar al de esas elites para intervenir en el gobierno de la ciudad.

Una de las primeras descalificaciones a la democracia puede encontrarse en un texto de Herodoto en el que Otanes defiende esa forma de gobierno, usando para ella la palabra "isonomía", que quiere decir igualdad frente a las leyes, y recibe de sus contrincantes en el debate –Megabizo y Darío– la siguiente interpelación: "¿Cómo puede gobernar bien aquel que no ha recibido instrucción ni ha conocido nada bueno y conveniente y que trastorna los negocios públicos entremetiéndose sin discernimiento como un torrente desbordado?".

Del mismo modo, Platón describió la democracia como la forma de gobierno que "nace cuando los pobres, después de haber obtenido la victoria, matan algunos adversarios, a otros los

destierran, y dividen con los restantes, en condiciones de paridad, el gobierno y los cargos públicos, los que son determinados generalmente por sorteo, y está caracterizada por la licencia".

Por su parte, Aristóteles distinguió tres formas *puras* de gobierno y tres formas *corruptas*. Y en cuanto a la democracia, la define como una forma corrupta en que el gobierno se ejerce "con ventaja de los pobres", contraponiéndola así al gobierno con ventaja del monarca (tiranía) y al gobierno con ventaja de los ricos (oligarquía). Así, mientras la monarquía (gobierno de uno) puede corromperse en tiranía, y la aristocracia (gobierno de pocos) en oligarquía, la *politia* (gobierno de muchos) puede corromperse en democracia.

Ya sea que se les llamara "democracias" o "repúblicas", los sistemas de gobierno popular que se conocieron en Grecia, Roma e Italia carecían de muchos de los rasgos de las democracias modernas: se restringían a pequeñas localidades y no al gobierno nacional, y no operaban sobre la base de representantes electos.

Se necesitaba pasar, en consecuencia, desde las asambleas a los parlamentos, un paso que iba a demorar hasta el siglo XIII.

Un momento importante para un nuevo impulso de las ideas democráticas se produce cuando los juristas medioevales, partiendo de algunos pasajes del *Digesto*, establecieron el principio de la soberanía popular, esto es, la idea de que si el gobernante tiene autoridad es porque el pueblo se la ha conferido. Sobre la base de esa idea, y en algo que no carece de importancia para lo que diremos en el apartado siguiente de este capítulo, se abre paso la convicción de que el pueblo, si bien puede transferir al gobernante la facultad de hacer y poner en vigencia las leyes, conserva siempre el poder de crear derecho a través de la costumbre.

Por otra parte, la idea de que el pueblo confiere autoridad al gobernante y la idea consiguiente de que el poder político es ascendente y no descendente, abrió la discusión acerca de otro punto clave para la aparición y desarrollo de la democracia moderna: la cuestión de si la transferencia del poder por parte del pueblo al gobernante era definitiva o transitoria. Esto apuntaba, como se comprenderá, a la pregunta acerca de si lo que el pueblo transfiere al gobernante es la *titularidad* de la soberanía, en cuyo caso la revocación del poder conferido no resulta posible, o sólo su *ejercicio*.

Locke y Rousseau, en el siglo XVII, contribuyeron no poco al desarrollo de la teoría democrática, aunque entre ellos hay "una diferencia esencial" –como apunta ahora Bobbio–, a saber, que el primero concebía al poder legislativo ejercido por representantes, en tanto que el segundo lo concebía ejercido directamente por los ciudadanos.

Por lo que respecta al siglo XIX, la discusión teórica en torno a la democracia se vincula con las dos grandes doctrinas políticas de ese tiempo: el liberalismo y el socialismo. Ambas doctrinas miraron con buenos ojos a la democracia, pero la alianza que acabó constituyéndose fue entre liberalismo y democracia.

La cuestión crucial de cómo responde la moderna democracia representativa de tipo procedimental a los valores centrales del liberalismo (libertad) y del socialismo (igualdad) será analizada más adelante en este capítulo a propósito de las teorías que tuvieron de la democracia autores como Kelsen, Radbruch, Ross y Bobbio.

Una cuestión digna de ser reflexionada, por último, es la siguiente: si la democracia comenzó siendo una forma de gobierno de *ciudades*, esto es, de pequeñas localidades, para transformarse luego en una forma de gobierno de los *países*, es decir, de grandes y complejos conglomerados humanos que habitan el territorio de todo un estado, ¿es dable conjeturar que este proceso de expansión la lleve en el futuro a transformarse en una forma de gobierno adecuada a nivel internacional, esto es, para varios países asociados a la vez o para la totalidad de los que existen en el planeta?

III. Heteronomía y Democracia

Si se presenta al derecho como una realidad normativa, esto es, como un conjunto de normas o, cuando menos, como algo que tiene que ver *preferentemente* con normas –como prefiere decir Hart para que no queden excluidos del derecho otros estándares que, sin ser normas, tienen también un gran peso e importancia en la producción y en la aplicación del derecho–, lo cierto es que tiene sentido preguntarse acerca del carácter autónomo o heterónomo de las normas del derecho.

En verdad, dicha pregunta tiene sentido por referencia a todas las clases de normas, no sólo las jurídicas, puesto que frente a cualquier tipo de normas –por ejemplo, de trato social, morales o religiosas– puede preguntarse si acaso quienes deben cumplir esas normas han intervenido o no en la génesis de éstas, y, del mismo modo, si son o no libres de decidir por sí mismos si están o no obligados a acatarlas.

Por lo mismo, y antes de continuar, conviene detenerse un instante en los conceptos de autonomía y de heteronomía, unos conceptos con los que el estudiante de derecho está familiarizado desde el inicio de su formación jurídica.

Autonomía significa sujeción al querer propio, no al querer ajeno, es decir, significa autodeterminación normativa y no subordinación normativa. Por tanto, una norma de conducta cualquiera es autónoma cuando, atendida su procedencia u origen, advertimos que ella es producida por el mismo sujeto que le debe acatamiento u obediencia. Así las cosas, tratándose de normas autónomas, puede decirse que el sujeto obligado es su propia autoridad normativa, o, puesto de otra manera, que el sujeto legislado llamado a cumplir la norma se confunde con el legislador que produce la norma. En normas que son autónomas –por emplear ahora la terminología de Von Wright–, la "autoridad normativa", es decir, el agente que emite la norma, se confunde con el "sujeto normativo", esto es, el destinatario de la norma.

Pero una explicación semejante de la autonomía de las normas opera desde la perspectiva del origen o procedencia de éstas, en circunstancias que la autonomía puede ser vista también desde la perspectiva de la libertad del sujeto no ya para producir la norma, sino para acatarla.

En efecto, se dice también que una norma cualquiera es autónoma cuando, sin venir producida por el sujeto, su obligatoriedad para el sujeto depende a fin de cuentas de un acto consciente y libre de éste.

En consecuencia, es posible distinguir entre autonomía en el *origen* de la norma y autonomía en el *imperio* de ésta. Una norma tiene autonomía de *origen* cuando es producida por el mismo sujeto que queda obligado por ella; en cambio, una norma tiene autonomía de *imperio* cuando el sujeto normativo destinatario de ella es libre para decidir si la cumple o no.

Así, por ejemplo, las normas que un determinado credo religioso impone a sus seguidores o fieles no tienen autonomía en cuanto a su origen, puesto que los fieles no participan en su producción; sin embargo, esas normas tienen autonomía en cuanto a su imperio, puesto que sólo pueden obligar a los sujetos que las reconocen y aceptan como tales.

Heteronomía significa sujeción al querer ajeno, al querer de otro, es decir, significa subordinación por parte de un sujeto normativo a una autoridad normativa. Por tanto, una norma de conducta es heterónoma cada vez que, desde el punto de vista de su origen o procedencia, viene producida por un sujeto distinto de aquel o aquellos que deben acatarla, es decir, viene producida por una autoridad normativa que se sitúa fuera y por encima de los sujetos destinatarios de la norma.

Por lo mismo, tratándose de normas heterónomas puede decirse que, por una parte, está la autoridad normativa y, por la otra, el sujeto imperado; o, puesto de otra manera, que, por una parte, está el legislador, que instituye la norma, y, por la otra, el sujeto legislado, quién debe acatarla sin que le haya correspondido intervenir en la producción de la norma.

Pero la heteronomía designa algo más que el origen de la norma en una autoridad que se sitúa fuera y por encima de los correspondientes sujetos normativos. Significa también que éstos están obligados a obedecerla sin importar el juicio de aprobación o de rechazo que la norma en cuestión pueda merecerles.

Hay también, entonces, una heteronomía en cuanto al *origen* de la norma y otra en cuanto al *imperio* de ésta. Las normas jurídicas, sin ir más lejos, son por lo general heterónomas en ambos sentidos, puesto que provienen de autoridades normativas que operan fuera y por encima de los sujetos normativos, quienes están obligados a obedecerlas al margen de la aprobación o desaprobación que tales normas puedan merecerles. Pero en el ámbito del derecho puede existir una norma que sea heterónoma en cuanto a su origen –por ejemplo, la que establece el servicio militar obligatorio para todos los jóvenes que hayan cumplido cierta edad– y que no lo sea en cuanto a su imperio; por ejemplo, si se admite la objeción de conciencia de parte de los sujetos obligados por esa norma como causal suficiente para excusarse legítimamente de su cumplimiento.

Pues bien: ¿qué pasa con la dicotomía *autonomía – heteronomía* en el caso de las normas jurídicas? ¿Es el derecho un orden normativo autónomo o heterónomo?

Fijando nuestra atención en la heteronomía en cuanto al origen de las normas jurídicas, puede afirmarse que éstas son heterónomas, puesto que lo habitual es que las normas del derecho sean estatuidas por autoridades normativas situadas fuera y por encima de los sujetos destinatarios de esas mismas normas. Es más: un rasgo sobresaliente de todo ordenamiento jurídico suficientemente evolucionado consiste en que éste institucionalice la producción de nuevas normas, así como la modificación y derogación de las ya existentes, y determine entonces con precisión los órganos y autoridades que estarán facultadas para llevar a cabo esas tres funciones.

Con todo, la heteronomía de origen del derecho reconoce dos importantes salvedades, una de tipo *político* y otra de carácter específicamente *jurídico.* En cuanto a la primera de esas dos salvedades, ella se relaciona directamente con este capítulo y tiene que ver con la democracia como forma de gobierno de la sociedad.

Como tendremos ocasión de decir y de desarrollar más en extenso en los apartados siguientes del presente capítulo, en toda sociedad organizada y compleja es preciso adoptar decisiones colectivas o de gobierno, esto es, decisiones que interesan al conjunto de la comunidad y que vinculan a todos los miembros de ésta. "Todo grupo social –escribe Bobbio– tiene necesidad de tomar decisiones vinculantes para todos los miembros del grupo, a objeto de proveer a la propia supervivencia, tanto interior como exterior".

Lo anterior quiere decir que en toda sociedad resulta necesaria la adopción de decisiones orientadas hacia otros, o hacia todos, y estas decisiones –que podemos llamar decisiones colectivas o de gobierno–, al no poder ser tomadas por los individuos en forma aislada, es preciso que lo sean por alguien y que este alguien proceda conforme a determinadas reglas y procedimientos previamente establecidos. Así, por ejemplo, cuando un parlamento vota una ley adopta una de estas decisiones que comprometen al conjunto de la sociedad.

Ahora bien, la democracia puede ser definida como la forma de gobierno en la que la adopción de las decisiones colecti-

vas tiene lugar con la intervención de los propios sujetos que van a quedar luego vinculados por tales decisiones. La regla básica de la democracia consiste en que en la adopción de las decisiones de gobierno debe participar el mayor número de personas; por ejemplo, toda la población adulta, esto es, todos quienes hayan alcanzado la mayoría de edad para tener y ejercer derechos políticos. Pero establecido que toda la población adulta no puede estatuir directamente, una a una, todas esas decisiones, la democracia estipula que los llamados a adoptarlas deben ser elegidos por la población y tener el carácter de legítimos representantes de ésta.

En una democracia, en consecuencia, el poder no es *ejercido* directamente por el pueblo –porque en sociedades como las actuales el pueblo no puede estar reunido permanentemente en asamblea para acordar una a una todas las decisiones de interés común–, aunque sí puede afirmarse que en una democracia el poder *proviene* o *deriva* del pueblo, en el entendido de que es al pueblo al que corresponde, por medio de determinaciones de mayoría, elegir a quienes tendrán competencia para tomar las decisiones colectivas. De este modo, sólo en una democracia *directa* puede afirmarse que el pueblo decide o gobierna; en cambio, en las democracias *representativas*, lo que puede decirse es que el pueblo elige al que decide o gobierna.

En una democracia directa, o sea, cuando el pueblo reunido en asamblea adopta directamente las decisiones colectivas, la heteronomía del derecho desaparece, puesto que en tal caso los sujetos se someten a su propio querer o, al menos, al querer de la mayoría, y no al querer de otro. Tratándose en cambio de una democracia representativa, esto es, cuando las decisiones colectivas son tomadas por órganos integrados por representantes del pueblo, la heteronomía del derecho no desaparece, aunque se suaviza, porque si bien quienes quedan vinculados por tales decisiones no se someten en tal caso a un querer propio, sino al querer de sus representantes, estos últimos tienen tal carácter en virtud de elecciones libres, informadas y periódicas en las que pueden participar todos los ciudadanos. Así, en una democracia representativa, el pueblo no está de hecho sujeto a un querer *propio*, sino al querer de *otro*, aunque lo correcto sería decir que está sujeto a un querer *delegado*.

En cuanto a la salvedad específicamente *jurídica* de la heteronomía de origen de las normas del derecho, conviene advertir que en todo ordenamiento jurídico desarrollado coexisten procedimientos heterónomos de producción de normas con procedimientos de carácter autónomo.

Haciendo un símil con la dicotomía autocracia-democracia, Kelsen llama "autocráticos" a los primeros de tales procedimientos y "democráticos" a los segundos. Esto quiere decir que entre las distintas fuentes formales de derecho –por ejemplo, entre la costumbre jurídica y la legislación–, existen diferencias políticamente significativas. Métodos de creación jurídica *autocráticos* –en el sentido que venimos hablando– son para Kelsen la ley y la sentencia judicial, en tanto que *democráticos* son la costumbre jurídica y los actos jurídicos. Los primeros constituyen métodos de producción jurídica que muestran el carácter *heterónomo* del derecho, mientras que los segundos constituyen una evidencia de la dimensión de *autonomía* que tiene también el derecho.

Como se ve, esta salvedad a la heteronomía de origen de las normas jurídicas se relaciona con la existencia de fuentes formales del derecho de carácter autónomo o en las que resulta posible apreciar una importante dimensión de autonomía.

Con la expresión "fuentes formales del derecho" se designa al conjunto de los procedimientos o métodos de producción de normas jurídicas que son llevados a cabo por distintas autoridades, instancias de tipo social y sujetos de derecho, todos los cuales están autorizados para producir normas en virtud de otras normas del mismo ordenamiento jurídico al que se incorporarán las que produzcan esas mismas autoridades, instancias o sujetos.

Todo ordenamiento jurídico, además de las normas que imponen directamente deberes a los sujetos imperados y prevén las consecuencias desfavorables que tendrán que aplicárseles por los tribunales cada vez que se desvíen de lo establecido por tales normas, contempla un tipo de disposiciones que se llaman "normas de competencia". Estas son las que autorizan a determinados órganos o personas para introducir nuevas normas al ordenamiento jurídico, así como para modificar o derogar las que se encuentran vigentes. Así, por ejemplo, la Constitución Política del Estado autoriza al Presidente de la República y al Congreso Na-

cional para que, valiéndose del procedimiento que la propia constitución señala, produzcan determinadas normas jurídicas a las que en general se les llama "leyes". Por lo mismo, la *ley* es una fuente formal del derecho, esto es, un método a través del cual determinadas autoridades producen normas jurídicas, y se trata, además, de una fuente formal *heterónoma,* puesto que las normas son producidas en este caso por la labor asociada de dos órganos o poderes públicos que se sitúan fuera y por encima de los sujetos que deben dar cumplimiento a tales normas.

Por otra parte, hay fuentes formales del derecho, como la *costumbre jurídica* y los *actos jurídicos,* que tienen carácter *autónomo,* o que, cuando menos, muestran una importante dimensión de autonomía.

En el caso de la costumbre como fuente formal del derecho, las normas jurídicas no vienen producidas por uno o más órganos o poderes públicos que se encuentren situados fuera o por encima de los sujetos imperados, sino por la reiteración constante y uniforme que de una determinada conducta hacen esos mismos sujetos, con el convencimiento de que se trata de una conducta jurídicamente obligatoria, lo cual significa que cabe esperar sanciones específicamente jurídicas, y no de otro orden, cada vez que la referida conducta no sea observada por cualquiera de los sujetos normativos.

Tratándose ahora de los actos jurídicos, éstos constituyen también una fuente formal del derecho de carácter autónomo, puesto que las normas que se producen por su intermedio resultan ser expresión de voluntad de los mismos sujetos que quedan imperados por ellas. Se trata, como es obvio, de normas jurídicas *particulares,* porque limitan su ámbito de validez únicamente a los sujetos que las producen. Pero el hecho de ser normas jurídicas particulares, a diferencia de lo que acontece con las leyes, que por lo común contienen normas jurídicas abstractas y generales, no las priva de su condición de normas jurídicas.

En otras palabras: sólo la confusión entre "ley" y "derecho", así como la creencia de que la ley era la única fuente formal del derecho, pudo en algún momento llevar a la convicción de que las normas jurídicas son siempre generales, esto es, dadas para géneros de casos y no para determinadas situaciones concretas y singulares. Es efectivo que determinadas fuentes formales,

como es el caso de la ley y de la costumbre jurídica, dan lugar, por lo común, a normas jurídicas de carácter general, pero eso no debe hacer olvidar la existencia de fuentes formales por medio de las cuales lo que se produce son normas jurídicas concretas y singulares, como es el caso, sin ir más lejos, de los actos jurídicos. De este modo, cuando dos sujetos celebran un determinado contrato, que es una clase de acto jurídico destinado a crear derechos y obligaciones para las partes que intervienen en él, y convienen, por ejemplo, en que uno de ellos –llamado vendedor– entregará a otro –llamado comprador– una cosa determinada a cambio del pago de un precio también convenido por ellos, están creando normas jurídicas particulares cuyo poder vinculatorio se limitará sólo a los contratantes.

Es efectivo que en el ejemplo antes señalado las partes se valen de las normas jurídicas de carácter legal, y por tanto general, que en materia de compraventa se contienen en el Código Civil. Esto quiere decir que al celebrar ese determinado contrato de compraventa, las partes *aplican* las normas legales de tipo general sobre compraventa. Pero ello no impide que, a la vez, *creen* o produzcan de ese modo las normas jurídicas particulares que les concederán e impondrán los derechos y obligaciones que para cada una de ellas resultan de ese determinado contrato. Aquí, por lo mismo, las partes aplican y producen normas jurídicas, aunque las normas que se producen lo son por propia voluntad de los contratantes y muestran así una evidente dimensión de autonomía en el derecho.

Pero la heteronomía del derecho reconoce igualmente salvedades en cuanto a su imperio. Una de esas salvedades proviene de la relación entre validez y eficacia de las normas jurídicas, mientras que la otra se relaciona con la institución jurídica llamada "objeción de conciencia".

Para explicar la primera de esas salvedades es preciso recordar los dos conceptos jurídicos fundamentales antes mencionados, a saber, *validez y eficacia* de las normas jurídicas.

Por *validez* de una norma jurídica se entiende la existencia de ésta y su consiguiente pretensión de obligatoriedad, de cara tanto a los sujetos imperados que deben obedecerla cuanto a los órganos jurisdiccionales que deben aplicarla en sus conse-

cuencias coactivas, toda vez que uno de aquellos sujetos se desvíe de lo establecido por la norma. Por lo tanto, decir de una norma jurídica que es *válida* equivale a afirmar que ella *existe*, que *obliga* y que *debe ser* obedecida y aplicada por los sujetos imperados y por los órganos jurisdiccionales.

Por *eficacia* de una norma jurídica se entiende el hecho de que la norma sea efectivamente obedecida y aplicada, en la mayoría de los casos, por sujetos imperados y por órganos jurisdiccionales. Por lo tanto, decir de una norma jurídica que tiene *eficacia* equivale a afirmar que ella *es* generalmente obedecida y aplicada.

Por lo mismo, la diferencia entre validez y eficacia salta a la vista: en cuanto válida, una norma jurídica *debe ser* obedecida y aplicada; en tanto eficaz, ella *es*, de hecho, obedecida y aplicada.

La diferencia entre ambos conceptos proviene de que una norma jurídica válida tanto puede ser eficaz como ineficaz. Será eficaz cuando resulte de hecho generalmente obedecida y aplicada; en cambio, será ineficaz cuando no consiga ser habitualmente obedecida y aplicada.

Así, puede surgir una salvedad a la heteronomía según sea la actitud que se adopte frente a la pregunta que inquiere acerca de cuál es la *relación* entre validez y eficacia.

Si se afirma que *no hay relación* alguna entre validez y eficacia de las normas jurídicas, o sea, que la circunstancia de resultar eficaz o ineficaz una de tales normas en nada afecta a su validez, entonces no se configura ninguna salvedad a la heteronomía. De acuerdo a este punto de vista, si una norma jurídica válida producida heterónomamente –por ejemplo, una ley– no consigue ser eficaz, o habiéndolo conseguido pierde luego su eficacia, tal hecho no perjudica la validez de la norma y ésta continúa siendo válida, esto es, continúa existiendo y teniendo el doble carácter obligatorio antes indicado.

En cambio, si se considera que la eficacia es el *fundamento* de la validez de las normas jurídicas, o sea, si se estima que lo que da u otorga validez a una norma es su eficacia, entonces se produce una evidente salvedad al carácter heterónomo del derecho, puesto que sus normas llegarían a existir y a obligar sólo cuando fueran antes regularmente obedecidas y aplicadas como tales. De

acuerdo a este nuevo punto de vista, sería el obedecimiento de la norma, su aceptación por parte de los correspondientes sujetos imperados, la sujeción de éstos, en fin, a su propio querer, lo que permitiría que una norma jurídica llegara a ser válida.

También se configura una salvedad al carácter heterónomo de las normas jurídicas cuando se sostiene una posición distinta de las dos anteriores, como es el caso de Kelsen, quién afirma, a diferencia del primero de los puntos de vista, que la eficacia tiene relación con la validez, y, a diferencia del segundo, que la eficacia no es lo mismo que la validez ni es tampoco el fundamento de ésta. De acuerdo con la posición de Kelsen, por lo mismo, la validez de las normas jurídicas no es enteramente independiente de su eficacia, aunque ésta no constituye el fundamento de aquélla.

Para Kelsen una norma jurídica es válida, o comienza a ser válida, con independencia de su eficacia, o sea, antes de saberse incluso si será o no eficaz. Así, una ley, luego de ser aprobada por el Congreso Nacional y de ser sancionada y promulgada por el Presidente de la República, es válida desde el mismo momento en que se publica como tal. No obstante, una norma jurídica válida necesita de la eficacia para continuar siendo válida, lo cual quiere decir dos cosas: que una norma jurídica válida que consigue además ser eficaz, sigue siendo válida; y que una norma jurídica válida que no consigue ser eficaz, o que habiéndolo conseguido pierde más tarde su eficacia, deja de ser válida.

De acuerdo con el punto de vista de Kelsen, en consecuencia, una norma jurídica no necesita ser eficaz para *empezar* a ser válida, aunque sí requiere de la eficacia para *continuar* siendo válida. En otras palabras: la eficacia o ineficacia de una norma jurídica es siempre un hecho que se produce después de que la norma ha adquirido validez. Ahora bien, si lo que sigue a la validez de la norma es la eficacia de ésta, la norma continuará siendo válida; en cambio, si lo que sigue a la validez es la ineficacia de la norma, ésta perderá su validez.

Kelsen explica su posición diciendo que la eficacia no es el *fundamento* de la validez, aunque sí *condición* de la validez. No es fundamento de la validez porque la eficacia no es la que da u otorga la validez a las normas, pero es condición de la validez

porque de la eficacia depende que una norma jurídica continúe o no siendo válida. Para explicar esto, Kelsen recurre a la siguiente analogía: para poder vivir es preciso respirar y alimentarse, aunque nadie diría que respirar y alimentarse son lo mismo que la vida o el fundamento de ésta, o sea, nadie afirmaría que respirar y alimentarse son hechos o funciones que dan u otorgan la vida. Sin embargo, nacer y alimentarse son condiciones para la vida, puesto que no podríamos conservar la vida si no respiramos ni nos alimentamos.

Tocante ahora a la objeción de conciencia como salvedad o límite a la heteronomía de imperio de las normas jurídicas, lo que acontece es lo siguiente:

En virtud de lo que se llama objeción de conciencia, un sujeto de derecho, obligado por el ordenamiento jurídico de su país a realizar un determinado acto o prestación, puede excusarse legítimamente de cumplir el deber jurídico de que se trate, por contradecir éste la conciencia moral del individuo.

Hay determinados deberes que el derecho de un país impone a sus habitantes –por ejemplo, recibir instrucción militar a través de un servicio militar obligatorio–, que el mismo ordenamiento jurídico, bajo ciertas circunstancias, permite eludir y sustituir por algún otro deber que no ofenda la conciencia moral del sujeto, tal como acontece, por ejemplo, en el caso de que éste pueda rechazar el servicio militar y optar por un servicio comunitario de otra índole.

Es evidente que en una situación como esa la heteronomía de la norma jurídica cede en favor de la autonomía moral del sujeto, aunque cabe llamar la atención acerca de que la objeción de conciencia no se dirige contra todo el ordenamiento jurídico, sino sólo contra alguna determinada de sus normas o instituciones, y que, además, no persigue privar de validez u obligatoriedad general a la norma o institución objetada, sino limitar su validez en el caso particular del objetor de conciencia de que se trate. La objeción de conciencia tampoco importa un quiebre del principio de igualdad ante la ley, puesto que el deber de que ella exime a un sujeto es sustituido por el cumplimiento de otra obligación.

En ciertas ocasiones, la objeción de conciencia es vista como modalidad de un fenómeno más general, a saber, la llamada

"desobediencia civil", pero la verdad es que hay una marcada diferencia entre ambas situaciones. Tratándose de la desobediencia civil, el acto de resistencia no es protagonizado por un solo sujeto, sino por un grupo, y es llevado a cabo con el propósito de demostrar públicamente la injusticia del ordenamiento jurídico vigente, o de una parte importante de éste, y con la finalidad de conseguir el cambio o modificación del ordenamiento de que se trate.

En todo caso, tanto la desobediencia civil como la objeción de conciencia, la primera de carácter *colectivo* y la segunda de tipo *individual*, son formas que puede adoptar la resistencia al obedecimiento del ordenamiento jurídico por parte de los sujetos normativos, lo cual plantea la pregunta acerca de cuándo o en qué casos, y en mérito de cuál justificación, pueden las personas desobedecer legítimamente las normas jurídicas que rigen sus comportamientos.

En consecuencia, hay también una marcada diferencia entre la objeción de conciencia y la desobediencia civil desde el punto de vista de la democracia como forma de gobierno. La democracia puede admitir la objeción de conciencia frente a algunas de sus normas o instituciones sin ver menoscabada su condición de forma de gobierno. Es más: la democracia, en mucha mayor medida que otras formas de gobierno, se muestra dispuesta a excusar el cumplimiento de determinadas normas jurídicas por motivos de conciencia. Pero la democracia no puede legitimar del mismo modo la desobediencia civil, puesto que hacerlo resultaría contradictorio con su misma condición de forma de gobierno. Lo cual no impide que la desobediencia civil, en tanto se trata de un hecho que también puede producirse en el seno de una sociedad democrática, traiga consigo la pérdida de eficacia de una o más normas o instituciones jurídicas del ordenamiento vigente, en cuyo caso la desobediencia civil se transforma en un límite al derecho impuesto heterónomamente por las correspondientes autoridades normativas.

Del modo que hemos analizado en este apartado del presente capítulo, la heteronomía del derecho se vincula con la teoría democrática, y tal vínculo es el que justifica haber discurrido en torno al punto antes de presentar y examinar qué es lo que distintos filósofos contemporáneos del derecho han entendido por

"democracia" y qué razones han dado para preferirla entre las distintas formas de gobierno que el hombre ha ensayado a lo largo de la historia.

IV. Esencia y valor de la democracia según Hans Kelsen

Lo primero que hace Kelsen en su obra *Esencia y valor de la democracia* es poner de manifiesto la vinculación que existe entre dicho sistema de gobierno y las ideas de libertad e igualdad, dos instintos primarios de la vida social, según el autor, en los que puede encontrarse un primer fundamento de la democracia.

Así, lo que según Kelsen se encuentra en la base del ideal democrático es, en primer lugar, "la protesta contra la coacción resultante del Estado social, la reacción contra la voluntad extraña, ante la cual la propia tiene que doblegarse, y la retorsión contra la heteronomía". Se trata de lo que el autor austríaco califica como libertad natural, la cual se dirige sin más a la eliminación de la autoridad y del estado. Para echar mano de una terminología de uso más frecuente en la actualidad, podemos decir, por nuestra parte, que se trata de la idea de libertad negativa.

Ahora bien, ese instinto de libertad natural encuentra su base en el de igualdad, aunque hay que aclarar que se trata también de una igualdad negativa, es decir, de la conciencia de que los demás no son superiores a nosotros y, por lo tanto, no tienen derecho a mandarnos. "La idea absolutamente negativa y antiheroica de la igualdad –afirma Kelsen– presta base a la aspiración, también negativa, hacia la libertad".

Sin embargo, la sociedad parece ser una forma ineliminable de la existencia humana. Kelsen no lo dice con las palabras de Aristóteles, pero bien vale la pena recordar en este nuevo punto las ideas que el último autor mencionado vierte en *La Política*: "Es la naturaleza –piensa Aristóteles– la que impulsa a todos los hombres a la asociación", porque ningún "individuo aislado puede bastarse a sí mismo", a menos que se trate de "un bruto o de un Dios".

Por su parte, Kelsen admite la sociedad, si no como una exigencia de la naturaleza del hombre, al menos como una realidad de la que éste no puede sustraerse. "La fundación del Estado –dice en *Esencia y valor de la democracia*– no tiene lugar casi nunca en la realidad social, ya que el hombre en la mayoría de los casos nace situado dentro de un régimen ya construido, en cuyo surgimiento no le ha cabido parte, y que, por lo tanto, se le presenta desde el principio como obra de una voluntad ajena".

Establecidos los dos puntos anteriores, a saber, por una parte, que el hombre reconoce como instintos primarios los de igualdad y libertad –que presuponen la ausencia de autoridad y de coacción– y, por otra, que el hombre no puede vivir sino en alguna forma de asociación con los demás –lo cual supone organización del poder y normas de validez objetiva para todos–, ¿cómo conciliar, entonces, dichos instintos con esta exigencia de vida en sociedad?

Esta pregunta es, sin ir más lejos, la que un gran ideólogo de la democracia –Rousseau– identifica como el problema fundamental que él pretende resolver con su teoría del contrato social. "Cómo encontrar una forma de asociación –se cuestiona Rousseau– que defienda y proteja, con la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por tanto, tan libre como antes".

Para Kelsen, la encrucijada anterior se resuelve con una suerte de mutación del originario instinto de libertad, que en un comienzo se representa como la no sumisión del individuo a autoridad alguna, y que luego, como consecuencia de la vida social, se formula como una determinada exigencia acerca de la posición que al mismo individuo cabe respecto de la organización social. Kelsen refiere esta mutación como un cambio o "desnaturalización a que está sujeto el instinto primitivo de libertad en el camino que recorre la conciencia desde el estado de naturaleza al estado de orden político coactivo".

En otras palabras: aquel instinto primitivo y hostil que enfrenta al individuo con la sociedad, y que demanda, en principio, rechazar toda forma de organización de ésta, se trastoca en una exigencia que los individuos dirigen a la sociedad acerca de la posición de ellos en ésta, concretamente en el sentido de que

el orden social se conforme sobre la base de la voluntad y aquiescencia de los mismos individuos que resulten sometidos a él.

Lo anterior significa que siempre habrá discrepancia entre la voluntad individual y el orden de la sociedad, reduciéndose el problema, en consecuencia, a la búsqueda de la forma de organización social, y en concreto del Estado, en la que dicha discrepancia queda reducida al mínimo posible.

Así, el conflicto entre la libertad individual y el orden social es, como dice Kelsen, "insoluble", puesto que todo orden social reclama para sí una validez objetiva que trasciende la voluntad singular de cada uno de los individuos que aparecen sometidos a él, aunque, por lo mismo, tiene sumo interés preguntarse, acto seguido, cuál pueda ser el modo de instaurar un orden social que, no obstante su definitiva heteronomía, resulte determinado de alguna manera por la voluntad de los sujetos sometidos a él.

El problema de la libertad como autodeterminación del individuo singularmente considerado, pasa así a convertirse en el problema de la autodeterminación colectiva con vistas a la formación del gobierno social.

"Ya que tenemos que ser gobernados –afirma Kelsen–, aspiramos al menos a gobernarnos por nosotros mismos". La libertad negativa deviene, de este modo, en libertad positiva o libertad como autodeterminación; la libertad de la anarquía da paso a la libertad de la democracia, o sea, a "una forma de Estado o sociedad en la que la voluntad colectiva o, más exactamente, el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el pueblo". Democracia, así, significa para Kelsen "identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del Poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo".

Rousseau sostuvo, como se sabe, que mediante el contrato social el individuo permanece libre, no obstante su pertenencia al grupo, pues si bien se somete él mismo y todos sus bienes al todo, en tanto integrante de ese todo indivisible que se forma a través del contrato, recupera la misma cantidad de libertad que ha entregado. Kelsen, en cambio, no llega tan lejos, pues reconoce que la aspiración al autogobierno no puede satisfacerse por completo con la democracia. En efecto, dada la invariable existencia de pluralidad y discrepancias, las decisiones de un gobierno democrático no podrán nunca –o casi

nunca– ser coincidentes con la voluntad de la totalidad de los individuos sujetos a su autoridad, sino meramente con la de la mayoría de tales individuos. "Es un paso más en la metamorfosis de la idea de libertad –sostiene, por lo mismo, Kelsen– que todavía se interprete como autodeterminación, o sea como gobierno exclusivo de la propia voluntad, el hecho de la sumisión a la voluntad de la mayoría".

De acuerdo con lo anterior, para el jurista austríaco la regla de la mayoría, y especialmente la de la mayoría simplemente absoluta, constituye la máxima aproximación posible al ideal del autogobierno, pues permite que las normas y decisiones emanadas de las autoridades políticas se identifiquen con la voluntad de los más y colisionen solamente con la de los menos, reduciéndose así al mínimo la heteronomía, que nunca puede ser completamente eliminada. Como decimos, tal cosa puede predicarse especialmente de la simple mayoría absoluta, es decir, de la que exige de la concurrencia de más de la mitad de las voluntades de quienes están llamados a adoptar una decisión. La exigencia de mayorías cualificadas o, con mayor razón aún, de unanimidad, nos aleja, según Kelsen, del ideal del autogobierno, pues permite, paradojalmente, que se imponga la voluntad de los menos y resulte postergada la de los más. Este razonamiento, que puede parecer desconcertante, es en verdad muy riguroso y un simple ejercicio matemático permite corroborarlo. Así, si se exige el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes del parlamento para modificar un determinado cuerpo legal y un proyecto de reforma obtiene el respaldo de sólo el 65%, entonces la modificación no podrá llevarse a cabo y, con ello, la voluntad de un 35% logrará imponerse a la del 65%. Kelsen parece entonces tener razón: la exigencia de mayorías cualificadas permite que gobierne la minoría.

Ahora bien, Kelsen sostiene de modo categórico que la justificación de la regla de la mayoría, característica de la democracia, se encuentra fundamentalmente en el ideal de libertad. Si ella, en efecto, resulta deseable es porque permite aproximarnos a la meta del autogobierno o, lo que es lo mismo, reducir al máximo la heteronomía de las decisiones colectivas o de gobierno. Junto con ello, el maestro vienés rechaza, de manera tam-

bién perentoria, la pretensión de ubicar el fundamento principal de esa regla en la idea de igualdad. "De ésta [la libertad] –señala Kelsen– debe derivarse el principio de la mayoría, y no, como suele hacerse, de la idea de igualdad". El argumento de Kelsen es que "de la presunción puramente negativa de que uno no vale más que otro, no puede deducirse positivamente que deba prevalecer la opinión de la mayoría. Si se tratase de inferir el principio de la mayoría de la sola idea de igualdad –agrega todavía–, se le daría el carácter mecánico y ausente de espiritualidad que le reprochan los partidarios de la autocracia. Sólo sería la expresión pobremente formulada de la realidad de ser superiores los muchos a los pocos, y la afirmación de ser la fuerza antes que el Derecho [...], sólo quedaría superada por convertirla en principio jurídico".

Lo anterior no significa, por cierto, que la igualdad no juegue ningún papel en la fundamentación de la democracia y de su regla característica. Sin duda que ella interviene en su justificación, pero, como destaca Kelsen, "solamente en un sentido negativo, formal y secundario". La igualdad que se relaciona con la democracia aparece, entonces, como una igualdad negativa, en tanto, como ya vimos, se trata sólo de la conciencia de que los demás no son superiores a nosotros y carecen, por lo mismo, de títulos suficientes para mandarnos; en segundo lugar, como una igualdad formal, pues tiene una connotación jurídica y política, y no económica; y, en fin, como una igualdad que opera como complemento o cualificante de la libertad, dando lugar a la aspiración hacia una libertad de todos –o de la gran mayoría– y no solamente de unos pocos, lo cual exige la existencia de un sufragio universal e igualitario.

El sufragio universal, querríamos agregar por nuestra parte, es, contra lo que podría pensarse, un mecanismo de elección mucho más libertario que igualitario, pues, aunque suponga un derecho a voto igual de todos los individuos, no impide que existan grandes diferencias en el efectivo poder político que éstos poseen. Las oportunidades reales que tienen los miembros de una sociedad democrática contemporánea de ocupar cargos públicos u otras posiciones de poder son ciertamente muy disímiles. Un mecanismo de elección típicamente igualitario es, en cambio, el sorteo, que, aunque hoy nos resulte algo pintoresco

e incluso absurdo, era el procedimiento empleado en la antigua democracia ateniense. Allí sí que los ciudadanos tenían una posibilidad igualitaria de ocupar los cargos públicos existentes y, dado que los mismos se ejercían por breves períodos de tiempo y que el cuerpo de ciudadanos era reducido, esa probabilidad era, además de igual, ciertamente muy elevada. Si dicho mecanismo de elección no nos parece hoy satisfactorio es, entre otras cosas, porque, siendo rigurosamente igualitario, no garantiza la coincidencia entre las decisiones de los gobernantes y la voluntad de los gobernados. No es, en suma, funcional a la aspiración de autogobierno y reducción de la heteronomía. En esto último reside, en cambio, el gran valor de la regla mayoritaria característica de la democracia contemporánea.

Ahora bien, aunque en su obra principal sobre el sistema de gobierno en análisis, *Esencia y valor de la democracia,* Kelsen se refiere sólo a las ideas de libertad e igualdad como fundamento de aquélla, en varios trabajos posteriores –como *Forma de Estado y filosofía, Absolutismo y relativismo en filosofía y en política, ¿Qué es justicia?,* y *Los fundamentos de la democracia*– el autor en cuestión agrega un segundo fundamento de la democracia, constituido por el relativismo moral.

Para Hans Kelsen existe una relación necesaria entre absolutismo moral y autocracia, por una parte, y entre relativismo moral y democracia, por la otra. El absolutismo filosófico conduce, según él, al absolutismo político, que es la autocracia, mientras que el relativismo filosófico conduce al relativismo político, que es, por su parte, la democracia.

Su idea, aunque discutible, no deja de ser sugerente. Quien está convencido de que existen y es posible conocer valores morales *absolutos,* no tendría ninguna razón para aceptar que ellos queden sometidos a la decisión cambiante e incierta de las mayorías. Por el contrario, sí tendría motivos para imponer esos valores a los demás, pues éstos, si no adhieren a ellos, es que están equivocados o, incluso, que son malos y dignos de castigo. ¿Qué razón habría para competir en igualdad de condiciones con quien sabemos que está en el error o, peor aún, que defiende al mal?

Por su parte, quien cree que sólo son accesibles al conocimiento humano valores *relativos* y que, por lo mismo, no es po-

sible conocer el bien supremo, tendría que estar dispuesto a tolerar las opiniones distintas a la propia y, en último término, a aceptar que se adopte como orden social aquel que corresponda a los valores relativos compartidos por un mayor número de individuos.

El relativismo es objeto en nuestro tiempo no sólo de frecuentes críticas –lo que es desde luego perfectamente legítimo–, sino también de confusiones y deformaciones deliberadas o involuntarias, que han llegado a convertirlo en un concepto particularmente impreciso y oscuro. Así, no es extraño verlo identificado con cosas tan diversas como el simple falibilismo, el escepticismo, la indiferencia moral, el nihilismo, el irracionalismo, y hasta con un cierto cinismo. Por ello, parece oportuno efectuar aquí algunas precisiones acerca del mismo y, en especial, acerca del relativismo kelseniano.

El relativismo es aquella corriente intelectual según la cual no es posible acceder por medios racionales al conocimiento de valores morales absolutos u objetivos, sino sólo a valores relativos, válidos únicamente en el contexto del sistema moral –personal o socialmente dominante– del que forman parte. La relatividad de los juicios morales puede depender de distintos factores. No obstante, puede decirse que el relativismo va unido, en general, al subjetivismo, es decir, como señala Roberto Vernengo, a la idea "de que la verdad de un enunciado o la validez de un precepto son dependientes de características del sujeto cognoscente". Cuando decimos que algo es bueno o malo, moralmente correcto o incorrecto, no haríamos, por tanto, una descripción de algo dado previamente, sino que evaluamos algo desde nuestro particular y subjetivo punto de vista. No puede decirse, en consecuencia, que algo sea bueno o malo con independencia de la evaluación que cada cual haga de ello. Los valores morales resultan, así, *constituidos* por los juicios subjetivos que emiten al respecto los distintos individuos y no, en cambio, *descritos* por ellos. Por lo mismo, los juicios morales no pueden ser corroborados por medio del análisis empírico de un objeto cognoscible externo a nosotros, ni tampoco, ciertamente, por la aplicación de reglas lógicas.

Ahora bien, el relativismo moral no supone que los valores y principios de este tipo no existan o que no haya que adherir-

se a ninguno de ellos, por lo que no puede ser identificado, sin más, con el escepticismo ni con la indiferencia moral. Tampoco significa que nuestras elecciones en el terreno de la ética hayan de ser despreocupadas o meramente aleatorias. Lo que se sigue del relativismo es únicamente la necesidad de escoger por nosotros mismos las opciones morales que nos parezcan mejores, atendiendo para ello al fondo de cada una y no a las etiquetas que puedan colgárseles. Nuestras elecciones morales habrán de ser, de este modo, desprejuiciadas y auténticamente nuestras. Como afirma Kelsen, "el relativismo impone al individuo la ardua tarea de decidir por sí solo qué es bueno y qué es malo. Evidentemente, esto supone una responsabilidad muy seria, la mayor que un hombre puede asumir". Por ello, concluye, "una de las razones más poderosas para oponerse apasionadamente al relativismo es el temor a la responsabilidad personal. Se rechaza el relativismo y, todavía peor, se interpreta incorrectamente, no porque sea poco exigente moralmente, sino porque lo es demasiado".

El relativismo moral tampoco supone imposibilidad de defender nuestras propias posiciones, ni inseguridad en la argumentación que seamos capaces de hacer a propósito de ellas. Alf Ross se pronunció con claridad sobre este punto. "Sé muy bien lo que sostengo y lo que defenderé luchando –afirmó–. Sólo que no me veo a mí mismo creyendo, o haciendo creer a otros, que puede probarse científicamente que mi punto de vista es el 'verdadero'". A lo que sí conduce el relativismo así planteado es, en cambio, a la tolerancia, como lógica consecuencia de la imposibilidad de exclusión o invalidación de los juicios morales ajenos que el mismo conlleva. Esta es precisamente la conclusión a que llega Kelsen. "El principio moral específico de una filosofía relativista de la justicia –afirma– es el de tolerancia, que supone comprender las creencias religiosas o políticas de otras personas sin aceptarlas, pero sin evitar que se expresen libremente."

Ahora bien, si el relativismo conduce a la tolerancia, lleva también, según Kelsen, a la democracia. En efecto, las opiniones y doctrinas políticas, impedidas de presentarse como verdades absolutas, tendrían necesariamente que coexistir y manifestarse, dentro de un cuadro de idénticas posibilidades, en un régimen de libre concurrencia, con el fin de que la inteligencia y la vo-

luntad de la gente pueda escoger la que estime más conveniente, y con el fin, asimismo, de que, a través del procedimiento de concurrencia y discusión de las mismas, pueda tener lugar una suerte de "compensación de puntos de vista opuestos". Además, Kelsen señala que "si se reconoce que los valores relativos son los únicos accesibles al conocimiento y la voluntad humana, sólo cabe justificar el imponer un orden social a los individuos reticentes si este orden está de acuerdo con el mayor número de individuos posible, es decir, con la voluntad de la mayoría". Como se puede apreciar, Kelsen llega, de este modo, a una conclusión consistente con la inferida previamente a partir de los instintos de libertad e igualdad.

La fundamentación relativista de la tolerancia y de la democracia ha sido objeto de numerosas críticas que no cabe analizar aquí in extenso. La más frecuente de ellas, en todo caso, es la que sostiene que una tolerancia fundada en el relativismo habría de ser forzosamente autofrustrante, pues, dada la imposibilidad de invalidación de las opciones morales ajenas a que hemos aludido, el relativista tendría que tolerar también al intolerante y, de ese modo, se encontraría impedido de oponerse a quienes pretenden destruir la propia tolerancia. A nuestro juicio, esta crítica es incorrecta. La idea de que ninguna opción moral está en condiciones de presentarse como la objetivamente mejor o la única correcta lleva al relativista, como decimos, a propender a la libre concurrencia de las ideas, de modo de permitir que los individuos escojan entre todas ellas, de forma desprejuiciada y libre, las opciones que les resulten más convincentes. Siendo esto así, parece obvio que el relativista habrá de estar dispuesto a aceptar límites a la tolerancia, para impedir la imposición de concepciones morales excluyentes. Esta fue, por de pronto, la opción escogida por Kelsen. "Claro está –dice–, no puede predicarse una tolerancia absoluta con una filosofía de valores relativista. Sólo puede ensalzarse la tolerancia dentro de un sistema legal establecido que garantice la paz al prohibir y prevenir el uso de la fuerza, pero sin prohibir ni prevenir la libertad de expresión pacífica."

Gustav Radbruch, por su parte, que adhirió inicialmente a la fundamentación relativista de la democracia, fue todavía más tajante en el rechazo a la idea de una tolerancia ilimitada. "Si

una opinión sostiene ser válida de modo absoluto –sostuvo–, y por tal razón se considera con derecho a apoderarse o retener el poder sin consideración a la mayoría, entonces es necesario combatirla con los mismos medios, no sólo con la idea y la discusión, sino con el poder del Estado. Relativismo –concluye– es tolerancia, en general, menos con respecto a la intolerancia."

El relativismo de Kelsen no conduce, por lo tanto, al nihilismo, sino que, lejos de ello y aunque parezca paradójico, lleva a fundar algunos valores morales en la esfera pública. De esta forma, la teoría política y moral kelseniana se asemeja, en algún sentido, a la que, desde presupuestos muy distintos, han desarrollado algunos autores liberales de nuestro tiempo, como John Rawls. En efecto, tomando la nomenclatura propia de este último, podemos decir que Kelsen sostiene la relatividad de las concepciones comprehensivas del bien, pero, a partir de ella, funda ciertos principios de justicia política que surgen, así, con independencia de tales concepciones y asumen una posición de neutralidad o imparcialidad respecto a ellas. A su turno, el respeto a tales principios permite determinar cuáles concepciones comprehensivas del bien son razonables y cuáles no.

La fundamentación relativista de la democracia, propuesta por Kelsen, queda, de esta manera, a salvo de la crítica que con más frecuencia se le dirige y, a nuestro juicio, ha de reconocérsele, por tanto, una cierta plausibilidad. Lo que sí parece, en cambio, muy discutible en su argumentación es la sugerencia de que sólo los relativistas pueden –coherentemente– ser demócratas. El relativismo puede ser una de las maneras de fundar la democracia, pero ciertamente no es la única y la evidencia empírica muestra que hay muchos casos de objetivistas que son, a la vez, demócratas, sin que ello les signifique incurrir en ningún tipo de contradicción. Más adelante veremos cómo Alf Ross, también relativista, reconoce esto y propone, consecuentemente, otro tipo de fundamentación para la democracia.

Vale la pena destacar que, sobre la base de las ideas previamente expuestas, Kelsen llega incluso a trazar algo así como un perfil psicológico de quienes adhieren a la democracia o a la autocracia. Un cierto perfil, podríamos decir, del tipo humano de quienes prefieren una u otra forma de gobierno. En páginas

elocuentes y en las que palpita con nitidez la influencia que Freud ejerció sobre sus contemporáneos, el jurista vienés escribe en la parte inicial de su obra sobre *Formas de Estado y Filosofía*: "Si se pregunta cuál es el tipo humano a que corresponde esta concepción política en la que el anhelo hacia la libertad se modifica por el sentimiento igualitario –se refiere, claro está, a la democracia– es aquel en el que la vivencia del propio yo no es tan elemental y distinta de la vivencia de los otros yo, del no-yo, como para que uno no fuera capaz de compenetrarse con la pretensión de los otros yo a ser reconocidos en su calidad de tales. Es el tipo cuyo acontecimiento radical es el 'Tat tvam asi', el hombre que, al contemplar a los demás, oye dentro de sí una voz que le dice: ese eres tú. Este tipo de personalidad se reconoce a sí mismo en los demás; ve en los otros no algo ajeno a él, no un enemigo, sino el igual y, por lo tanto, el amigo: el propio yo no es para él algo particularísimo, incomparable e ilimitado. En él, el sentimiento de la individualidad se encuentra más bien disminuido; por eso está abierto a la simpatía y a la comprensión, es amigo de la paz y enemigo de la agresión; sus impulsos agresivos no se dirigen primariamente contra los demás, sino que se resuelven contra sí mismo, manifestándose como tendencia a la autocrítica y como noble disposición a soportar el sentimiento de la culpa y la conciencia de la responsabilidad." En cambio, la autocracia corresponde "a un tipo humano de conciencia exacerbada del propio yo". La incapacidad o, al menos, la enemistad a reconocer en el "tú" un "yo" por esencia análogo al propio, impide a este tipo de hombre reconocer que la igualdad pueda ser un ideal; del mismo modo que la fuerza de sus impulsos agresivos y la intensidad de sus aspiraciones de poder le vedarán admitir que la libertad y la paz constituyan ideales políticos dignos de estima. Donde la conciencia del propio yo se halla de tal modo exacerbada, el sujeto acaba indefectiblemente por identificarse con su super-yo, como su yo ideal, que para él está representado por el dictador omnipotente. No es, pues, una contradicción psicológica, sino todo lo contrario, el que precisamente este tipo sea un fanático de la disciplina rígida y de la obediencia sin límite y que, de hecho, encuentre su mayor placer no sólo en mandar, sino en obedecer. La identificación con la autoridad: tal es el secreto de la obediencia.

Ahora bien, como anunciamos en su momento, Hans Kelsen adscribe a una concepción formal o procedimental de la democracia. Con ello se quiere decir que ésta es entendida por el jurista en cuestión únicamente como un método de organización social, que se caracteriza por permitir la concurrencia y la libre controversia entre los distintos intereses en pugna, con miras a la adopción de un orden social que no resulte propiamente impuesto, sino acordado o, mejor, impuesto sobre la base del consenso. La democracia garantiza, entonces, la formación del orden social con la participación de todos los individuos sujetos a él, pero no conlleva un determinado contenido social o económico. Ella se define por la *forma* en que se constituye dicho orden y no por el específico *contenido* del mismo.

Kelsen contrapone la idea de una democracia formal a la democracia social, propugnada por las corrientes marxistas durante buena parte del siglo XX. Ésta, que es conocida también como democracia popular o democracia económica, se identifica, ya no con un determinado procedimiento para la adopción de las decisiones colectivas –para usar expresiones de Bobbio–, sino con un contenido: con un orden social caracterizado por la igualdad material o económica. Kelsen recuerda, a este respecto, que la igualdad que se relaciona con la democracia es puramente formal o política y se encuentra, además, subordinada a su fundamento primario, que es la libertad. Se trata, como dice el maestro vienés, de una "igualdad para el uso de la libertad". En cambio, según él, "la igualdad, no en su acepción política y formal, sino en cuanto equiparación material, esto es, económica, podría ser realizada en una forma que no fuese la democrática, o sea en la autocrática-dictatorial, no sólo tan bien como bajo aquélla, sino tal vez mejor". La igualdad económica puede entonces alcanzarse mediante un régimen político autocrático, mientras que, por su parte, la democracia puede dar lugar a órdenes sociales no igualitarios.

Aunque, dado el contexto histórico de su obra, es entendible que Kelsen preste especial atención al concepto marxista de democracia social, su crítica al mismo puede ser ciertamente extendida a otras tentativas de vincular a la democracia con un determinado contenido al que habría de ajustarse forzosamente el orden normativo resultante de ella. Tal sería el caso de quie-

nes pretenden ligar esencialmente a la democracia con las libertades económicas –como parece sugerir, por ejemplo, Friedrich Von Hayek– o con los valores propios de una determinada orientación religiosa o moral.

Es necesario aclarar, no obstante, que del carácter formal o procedimental de la democracia no se sigue, como a veces se sugiere, que las decisiones adoptadas mediante ella puedan tener absolutamente cualquier contenido. Así, tales decisiones estarán sujetas siempre a una limitación insalvable, constituida por la vigencia de ciertas libertades fundamentales que, al decir de Kelsen, "salvaguardan a las minorías contra el dominio arbitrario de las mayorías". Por ello, el autor en cuestión sostiene que es característico del principio de la mayoría que resulte conciliable en la práctica con los derechos de las minorías, y afirma, de modo categórico, que dicho principio no deviene en simple imperio o tiranía de la mayoría. Kelsen llega a sostener, por lo mismo, que sería preferible hablar de "principio de mayoría y minoría".

Un primer argumento dado por Kelsen para respaldar tales aseveraciones es que una dictadura constante de la mayoría sobre la minoría es imposible, puesto que una minoría desprovista de toda influencia política terminaría renunciando a su participación en el sistema y, con ello, despojaría a la mayoría, que no puede serlo sin minoría, de su carácter de tal.

En segundo lugar, Kelsen sostiene que, en virtud de las reglas y mecanismos que rigen el funcionamiento de la democracia, las decisiones políticas adoptadas en ella son el producto de las influencias recíprocas de mayoría y minorías y no el resultado de la imposición de la primera sobre las segundas. "Todo el procedimiento parlamentario –llega a afirmar– con su técnica, con sus controversias dialécticas, discursos y réplicas, argumentaciones y refutaciones, tiende a la consecución de transacciones".

Entre los distintos mecanismos institucionales que favorecen el compromiso, Kelsen destaca particularmente el empleo de un sistema electoral de carácter proporcional para la asignación de los escaños parlamentarios. La gran ventaja que presenta dicho sistema, en relación con los de carácter mayoritario, radica en que asegura que todas las tendencias políticas de alguna relevancia existentes en la sociedad queden representadas en el par-

lamento y que lo hagan en una proporción equivalente a su fuerza electoral. De este modo, la mayoría no resulta sobrerrepresentada y se hace, por consiguiente, más improbable que pueda imponer arrolladoramente sus puntos de vista. A ello agrega Kelsen un argumento muy sugestivo, como es que un parlamento elegido a través de un sistema proporcional resulta, en verdad, elegido por unanimidad y no por mayoría. En efecto, con un sistema electoral de ese tipo todos –o casi todos– obtienen representación, de manera que todos los votos son útiles y sirven para elegir a, cuando menos, algún representante. Nadie –para usar unas expresiones muy frecuentes en nuestro medio– "pierde" propiamente su voto. La regla de la mayoría se utilizaría, de este modo, dentro del parlamento para adoptar las decisiones que competen a éste –como también, por cierto, para la elección de las autoridades unipersonales–, en tanto la elección del parlamento se haría, a fin de cuentas, por unanimidad, de modo de representar en él, lo más fielmente posible, la correlación de fuerzas existentes en la sociedad y de favorecer el debate y la transacción entre mayorías y minorías.

Pero seguramente lo más importante de todo es que Kelsen se muestra partidario de establecer, en protección de las minorías, ciertos derechos públicos subjetivos de rango constitucional, cuya modificación o derogación sólo pueda ser acordada por una mayoría cualificada. Introduce, así, el jurista vienés, una salvedad a su preferencia por la regla de la mayoría simplemente absoluta, aceptando distanciarnos del ideal del autogobierno en pos de la vigencia efectiva de ciertas libertades individuales fundamentales. Como vimos en su momento, la exigencia de un quórum calificado abre la posibilidad de que una minoría cualificada imponga su decisión a la mayoría, cosa que Kelsen sólo acepta en el especialísimo caso que comentamos.

De lo anterior se sigue que, para Kelsen, la transformación del instinto de libertad natural en libertad social o política no es total, de modo que, aunque la democracia permita aproximarnos razonablemente a la aspiración de gobernarnos por nosotros mismos, debemos ocuparnos también de limitar el poder del estado en ciertas esferas fundamentales de la vida de los individuos. Esta conclusión, que ya podía derivarse nítidamente de lo afirmado por Kelsen en *Esencia y valor de la democracia*, es

sostenida, tres décadas más tarde, explícitamente por el jurista austríaco en su obra *Los fundamentos de la democracia.* Allí expresó lo siguiente: "Es de la mayor importancia tener en cuenta que la transformación de la idea de libertad natural, como ausencia de gobierno, en la idea de libertad política, como participación en el gobierno, no implica un completo abandono de la primera. Lo que de ella permanece es el principio de una cierta restricción del poder del gobierno que es el principio fundamental del liberalismo político. La democracia moderna no puede separarse del liberalismo político. El principio básico de éste es que el gobierno no debe interferir en ciertas esferas de intereses del individuo, que deben ser protegidas por la ley como derechos o libertades humanas fundamentales. El respeto de estos derechos salvaguarda a las minorías contra el dominio arbitrario de las mayorías".

Atendido lo anterior, puede sostenerse, con toda certeza, que la teoría democrática kelseniana corresponde también a una concepción liberal de la democracia, puesto que, para el autor en cuestión, dicho sistema de gobierno encuentra su principal fundamento en la libertad, a la vez que esta misma fija ciertos límites máximos de contenido a las decisiones que pueden adoptarse por su intermedio. Pero si tales decisiones no pueden tener absolutamente cualquier contenido, puesto que han de respetar forzosamente ciertas libertades humanas fundamentales, ¿puede continuar afirmándose, como hicimos hace un rato, que la perspectiva que asume Kelsen es la de una democracia formal o procedimental?

A nuestro juicio ambas cosas son perfectamente conciliables, puesto que aquellas libertades fundamentales a que alude el autor de la *Teoría Pura del Derecho* están estrictamente relacionadas con el procedimiento democrático, pues son imprescindibles para que el mismo pueda operar como tal. Como dice acertadamente Elías Díaz, tales derechos y libertades han de estar presentes en toda democracia "por coherencia interna del sistema". En efecto, sin libertad de expresión o de asociación, o sin garantías al respeto a la vida y a la integridad física y moral de las personas, el ejercicio del sufragio se transforma en una mera escenificación, en que los votantes no están en condiciones de elegir realmente y se limitan, por lo mismo, a seguir mansamente

los dictados de quienes ejercen verdaderamente el poder político. Por ello, Alf Ross afirma, con razón, que "los simulacros de plebiscitos con que los dictadores de todos los tiempos han tratado de dorar sus regímenes de fuerza, nada tienen en común con la democracia verdadera". Las libertades individuales a que nos referimos constituyen, así, un presupuesto del propio procedimiento democrático y han de ser resguardadas, incluso, respecto de las mayorías, pues de otro modo el sistema se autodestruiría. Siguiendo a Ernesto Garzón Valdés, podemos decir que la subsistencia del sistema democrático de gobierno requiere establecer una especie de "coto vedado", es decir, un reducto que debe ser puesto a recaudo de las decisiones mayoritarias y cuya violación llevaría irremediablemente al desmoronamiento de la propia democracia.

Queda igualmente claro, por otra parte, que la concepción formal de la democracia a que adscribe Kelsen no supone que ésta sea éticamente neutral, ya que tal sistema de gobierno aparece vinculado –aun en dicha concepción– con determinados valores, como son la libertad social o política, la igualdad formal y la libertad natural, manifestada en la forma concreta de ciertas libertades individuales fundamentales. No obstante, es preciso destacar que esos valores conducen a la justificación de un *procedimiento* para la adopción de las decisiones colectivas y no a la preferencia por *contenidos* concretos, salvo, como queda dicho, en cuanto ellos son ineludibles para la subsistencia del procedimiento mismo. Además, como vimos a propósito del relativismo, tales valores y las instituciones públicas que ellos justifican son imparciales respecto de las distintas concepciones comprehensivas del bien existentes en la sociedad y persiguen, a fin de cuentas, que los individuos puedan elegir por sí mismos entre todas ellas.

Ahora bien, entre los aspectos concretos de la teoría democrática kelseniana, parece apropiado destacar especialmente el decisivo papel que el jurista austríaco atribuye a los partidos políticos en el funcionamiento de la democracia. Según el maestro vienés, "es patente que el individuo aislado carece por completo de existencia política positiva, por no poder ejercer ninguna influencia efectiva en la formación de la voluntad del Estado y que, por consiguiente, la democracia sólo es posible

cuando los individuos, a fin de lograr una actuación sobre la voluntad colectiva, se reúnen en organizaciones definidas por diversos fines políticos, de tal manera que entre el individuo y el Estado se interpongan aquellas colectividades que agrupan en forma de partidos políticos las voluntades políticas coincidentes de los individuos". Para Kelsen, "sólo por ofuscación o dolo puede sostenerse la posibilidad de la democracia sin partidos políticos", y afirma, por ello, que la hostilidad de las antiguas monarquías constitucionales contra éstos "no era sino una enemistad mal disimulada contra la democracia".

Alain Touraine afirma, a propósito del tema que nos ocupa, que "la democracia se corrompe y se desorienta tanto cuando el sistema político invade la sociedad civil y el Estado como cuando es destruido por un Estado que pretende estar en relación directa con el pueblo o se presenta como la expresión directa de demandas sociales". Lo primero acontece cuando los partidos pretenden controlarlo todo, como ocurrió durante décadas en México con el Partido Revolucionario Institucional (PRI). El segundo peligro se relaciona, por su parte, con la pretensión de exclusión de los partidos, característica, según Touraine, tanto de los regímenes comunistas como de los fascistas, que "abogaron por una representación directa de los trabajadores contra la democracia parlamentaria". La relación directa entre el estado y los actores sociales es, sin embargo, imposible y, como concluye dicho autor, "la ausencia de instituciones políticas libres impide la formación de actores sociales y facilita el control represivo ejercido por el aparato del Estado sobre las reivindicaciones y movilizaciones sociales".

Kelsen se hace cargo luego de la crítica que se dirige a menudo contra el sistema de partidos, consistente en que éstos, al constituirse como representantes de determinados intereses de grupo dentro de la sociedad, resultarían incompatibles con el bienestar colectivo que debe orientar la formación de la voluntad general y la actividad consiguiente del estado. A este respecto, y sin pasar por alto que junto a los partidos de intereses existen también partidos doctrinales, Kelsen llama la atención acerca de que el egoísmo atribuido a las colectividades políticas no es una nota exclusiva de éstas, sino de toda organización humana y, aun, del hombre mismo. Además, la expresión de la di-

versidad de intereses existentes al interior de toda comunidad organizada, lejos de constituir un obstáculo para la democracia, facilita el debate entre las distintas posiciones y el tipo de soluciones de carácter transaccional, propias del régimen democrático. "La voluntad colectiva –indica Kelsen–, [...] si no ha de ser la expresión unilateral del interés de un grupo, sólo puede consistir en la resultante o transacción de intereses divergentes, y la articulación del pueblo en partidos políticos significa propiamente la creación de condiciones orgánicas que hagan posible aquella transacción y permitan a la voluntad colectiva orientarse en una dirección equitativa".

Kelsen advierte, por último, que hay que guardarse de todo pesimismo extremo acerca de la fatiga que puede producir el sistema de partidos, pues nada garantiza un éxito mayor si éstos son reemplazados por los gremios o grupos profesionales, cuyo carácter de colectividades representativas de intereses, y de intereses específicamente materiales, "no es inferior sino probablemente más intenso todavía que el de los partidos políticos". Éstos, a juicio de Kelsen, no aparecen en condiciones de proporcionar una ordenación de conjunto que traspase el límite de las respectivas profesiones, a lo que se agrega que la división del trabajo multiplica incesantemente este tipo de organizaciones, con la consiguiente dificultad, si no imposibilidad, de articularlas en su totalidad con vistas a la satisfacción del principio de representatividad a que sirven los partidos políticos. Además, Kelsen sugiere, con alguna suspicacia, que en la aspiración hacia una representación profesional o gremial "late no tanto el anhelo de una participación orgánica y justa de todos los grupos profesionales en la elaboración de la voluntad del Estado, como la ambición hacia el poder sentida por algunos sectores interesados a quienes la Constitución democrática no ofrece, al parecer, posibilidades de éxito".

Por otra parte, Kelsen considera también la existencia del parlamento como una condición indispensable para la instauración de una democracia real, aunque reconoce que el principio de la representación importa, en el hecho, una ficción con la que meramente se suaviza la restricción que significa para la libertad la instauración de todo órgano de poder supraindividual. Kelsen cree, en efecto, que la idea parlamenta-

ria ha de ser concebida como una "transacción necesaria entre la idea rudimentaria de la libertad política y el principio de la diferenciación del trabajo". Este último principio alude a razones de técnica social, que hacen inviable que el pueblo forme directamente y en todos sus grados el orden estatal y que exige, por lo mismo, la existencia de un órgano colegiado encargado de la estructuración de dicho orden. Ello supondrá inevitablemente una cierta restricción a la libertad política, pero esa restricción se reduce considerablemente si ese órgano colegiado es elegido por el pueblo en virtud de un derecho de sufragio general e igual. Kelsen estima, con todo, que es aconsejable intentar la reforma del parlamento, de modo de dar al pueblo una participación que no se reduzca solamente al acto electoral y que contemple, en cambio, mecanismos como la iniciativa popular y la revocación de los mandatos parlamentarios, que consagran algunas constituciones actuales.

Para concluir con este repaso de las principales ideas de Kelsen acerca de la democracia, reproduciremos aquellas hermosas palabras que expresa en *¿Qué es justicia?* y que dan cuenta, de forma inmejorable, del modo en que dicho autor combinó su opción metaética relativista con una clara adhesión a principios y valores democráticos y liberales. "Verdaderamente –dice Kelsen– no sé si puedo afirmar qué es la justicia, la justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí. Dado que la ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la justicia de la democracia, la de la tolerancia".

V. El relativismo de Radbruch y la crítica de Radbruch al relativismo de Kelsen. Un alcance sobre indiferentes, desinformados, neutrales, relativistas, escépticos, falibles, absolutistas y fanáticos

El título de este acápite suena como un trabalenguas y parece incluso una auténtica contradicción. En efecto, ¿cómo podría

ser que el *relativismo* de Radbruch condujera a este autor a una crítica al *relativismo* de Kelsen?

Lo que pasa es que, según suele decirse de muchos autores –incluido el propio Kelsen– habría "dos Radbruch": el de antes del advenimiento en Alemania del nacionalsocialismo y de la segunda guerra mundial, y el de después de la caída de ese régimen político y de la conclusión de esa guerra. O quizás se trata de un solo Radbruch que evoluciona en su pensamiento, como ha procurado demostrar José María Rodríguez Paniagua en su excelente artículo sabe la materia.

En todo caso, lo cierto es que el filósofo alemán, tal como fue anticipado en el apartado anterior de este capítulo, critica a Kelsen por adoptar "el relativismo como punto de partida de la idea democrática". Ello en su libro *Introducción a la Filosofía del Derecho,* cuya primera edición en lengua alemana es de 1948. Por otra parte, Radbruch, en un breve texto de 1934, titulado *El relativismo en la filosofía del derecho,* sostiene que "el relativismo promueve un Estado democrático" hasta el punto de que "la democracia presupone al relativismo", frase esta última –dice Radbruch– que ha sido "fundada por Hans Kelsen de modo impresionante y convincente".

En su ya mencionado libro de 1948, Radbruch trata la idea de democracia y considera que no es correcto concebir esta forma de gobierno desde el relativismo, aunque lo que el jurista alemán entiende aquí por relativismo es una suerte de "indiferencia a las concepciones políticas", una suerte de neutralidad frente al contenido de las "concepciones o intenciones políticas", algo así como una asepcia "frente a las ideologías", que es lo que explicaría –a su juicio– que "en Alemania una mayoría antidemocrática se apoderase en 1933 del Estado democrático, para ponerlo al servicio de sus planes".

Como se ve, el autor identifica "relativismo" con "neutralidad", e incluso con "tolerancia", como queda de manifiesto en su siguiente afirmación: "Detrás de la idea del relativismo, de la neutralidad, de la tolerancia, se halla el valor positivo de la libertad: la libertad como afirmación del Estado de Derecho, la libertad como semillero y forja de la personalidad, la libertad como base de la obra de creación cultural. La libertad –concluye– es la suma y el compendio de todas las instituciones democráticas".

Pero esa declaración, como se ve, no solo iguala "relativismo", "neutralidad" y "tolerancia", sino que afirma que tras con-

ceptos como esos lo que hay es el valor de la libertad, afirmación con la cual, entonces, este relativismo, neutralidad y tolerancia de que se nos habla no es ya sinónimo de indiferencia frente a las concepciones políticas.

Lo anterior puede resultar algo confuso, pero lo que Radbruch quiere decir es que la democracia no es indiferencia ante tales concepciones, sino "una concepción política propia y peculiar" ¿Cuál? La que se asienta en el valor de la libertad, lo cual se traduce en que todas las concepciones e ideologías políticas podrían competir legítimamente por el poder democrático, salvo aquella que, obtenido ese poder, tuviera el propósito de acabar con la libertad.

La cuestión que parece estar aquí en juego, por lo mismo, es la de los límites de la tolerancia. La democracia equivaldría en cierto modo a la tolerancia, o cuando menos se basaría en ésta, en cuanto todas las concepciones políticas tendrían igual derecho a competir por el poder, con exclusión tan sólo de aquella que en caso de ganar el poder acabaría con las restantes y ejercería entonces ese poder antidemocráticamente. Entonces, tolerancia sería todo, menos tolerancia con el intolerante, de donde se sigue que si en democracia prevalece lo que decide la mayoría en un momento dado, ello no significa que no debamos "fijarnos para nada en el contenido de las concepciones o intenciones políticas" de esa mayoría.

Tal es, por expresarlo en el lenguaje de Popper, la "paradoja de la tolerancia", puesto que no se podría ser tolerante con quien no lo es o con quien declara su voluntad de no serlo una vez que se haga con el poder.

Pero la verdad es que Radbruch estuvo consciente de esa paradoja antes de la catástrofe que significaron el nacionalsocialismo y otras ideologías totalitarias.

Precisamente, en su ya mencionado artículo de 1934, Radbruch sostiene que la democracia puede hacerlo todo, menos renunciar a sí misma. En nombre del relativismo, por lo mismo, se puede tolerar toda opinión, salvo aquella que sostiene ser absoluta. "De aquí resulta la actitud del Estado democrático –escribe– frente a los partidos antidemocráticos. Admitirá toda opinión que se halle dispuesta a entrar en lucha ideológica con las otras opiniones, y las reconoce en esa medida como de igual

valor a la suya propia. Pero si una opinión sostiene ser válida de modo absoluto, y por tal razón se considera con derecho a apoderarse o retener el poder sin consideración a la mayoría, entonces es necesario combatirla con los mismos medios, no sólo con la idea y la discusión, sino con el poder del Estado". "Relativismo –concluye el autor– es tolerancia, en general, menos con respecto a la intolerancia".

Respecto de esa cita, cabría señalar, en primer término, que no se trata sólo de consideración con la *mayoría,* sino también con la *minoría,* y, mejor aun, con las *minorías,* porque la democracia es *gobierno* de la mayoría, no *tiranía* de la mayoría, de modo que en toda sociedad democrática las minorías deben ser protegidas en sus derechos, en especial en su derecho a llegar a ser mayoría y a hacerse con el poder.

Vistas de ese modo las cosas, no hay en rigor un cambio a este respecto en la posición de Radbruch antes y después de la segunda guerra mundial, porque antes y después de ese acontecimiento, es decir, en su trabajo de 1934 y en su libro de 1948, el autor continúa hablándonos a favor del relativismo como sinónimo de tolerancia, aunque observando que ésta tiene el límite que acaba de ser señalado.

En consecuencia, con lo que Radbruch no está de acuerdo, tanto antes como después de la segunda guerra mundial, es con un relativismo pudiéramos decir radical, sin límites, o –lo que es lo mismo– con un relativismo que propiciara la total indiferencia ante el contenido de las concepciones e intenciones políticas de quienes compiten por el poder, incluyendo las de quienes se manifestaran intolerantes y, por tanto, dispuestos a apoderarse o a retener el poder para imponer desde allí un punto de vista absoluto que no considera para nada a las restantes opiniones.

Descontada la crítica que Radbruch lleva a cabo a la teoría democrática de Kelsen –una crítica que en nuestro parecer se debilita si se repasa dicha teoría con cuidado y si se recuerda la manera como concluye Kelsen su ensayo titulado *¿Qué es justicia?*–, el jurista alemán coincide bastante con su similar austríaco en otros aspectos relacionados con las características del régimen democrático.

Así, por ejemplo, considera Radbruch que es inseparable de la democracia la idea de que todas las funciones del estado res-

pondan, directa o indirectamente, a la voluntad popular, manifestada por medio de elecciones.

Por otra parte, tales elecciones no son posibles sin una agrupación previa del pueblo –los partidos políticos–, de la que surgen los candidatos y que sirve también para identificar, antes de que se proceda a las votaciones, cuáles son las diferencias y puntos de discrepancia acerca de las cuales habrán de pronunciarse los electores. "Por eso –escribe– la democracia o gobierno del pueblo es inseparable del régimen de los partidos. Atentar contra la existencia o el libre funcionamiento de los partidos es atentar contra la democracia".

En un punto de bastante actualidad en los tiempos que corren, donde solemos discutir con frecuencia si lo que queremos es un gobierno de políticos o uno de técnicos, Radbruch distingue entre el político, a quien llama también generosamente "estadista", y lo que denomina, por otra parte, "las gentes administrativas".

En cuanto a los primeros, tendrían por misión trazar las metas finales de la política y tomar decisiones en torno a ellas. Por su lado, el hombre administrativo tendría por cometido escoger y preparar los medios necesarios para la consecución de los fines políticos que se hubieren establecido, cosa que Radbruch cree que "puede hacerse de un modo científico, es decir, con validez general".

Así las cosas, el hombre político y el hombre administrativo constituyen dos tipos "fundamentalmente distintos y hasta antitéticos", hasta el punto de que para Radbruch el "gobierno de técnicos", del que "con tanta frecuencia se habla", constituiría una "flagrante contradicción lógica".

Radbruch analiza también los vicios en que se puede incurrir en materia de sistema de partidos políticos, destacando como uno de los principales el sentido de "totalidad" de algunos partidos políticos, que lleva a éstos a comportarse como instituciones de pretensiones únicas o hegemónicas, sin advertir que "partido" significa precisamente "parte", es decir, "verdad parcial y unilateralidad".

Por tanto, elegir entre partidos, o entre los candidatos que ofrecen distintos partidos, "no es manifestar una profesión de fe, sino decidir qué partido ha de gobernar".

Antes de dejar atrás las ideas de Radbruch, conviene volver por un momento a su texto de 1934 sobre *El relativismo en la filosofía del derecho*, puesto que contiene no pocas aclaraciones de ese concepto y de los efectos que puede tener en el ámbito político.

De partida, tiene algún sentido hoy destacar la frase con que Radbruch comienza ese texto, a saber, "en un tiempo como el nuestro se necesita valor para confesarse relativista", que es lo que él hace precisamente en ese texto.

"Hemos ingresado –dice a continuación– a una época de presuntos valores absolutos" y "desde la altura de esos valores se testimonia frente al relativismo un menosprecio general, incluso hasta desprecio". "La imagen del escéptico con su sonrisa –continúa todavía– ha cesado de representar el ideal del sabio. Se ve en el relativismo una falta de convicción, una falta de carácter. Para destruir tales malentendidos, debe señalarse aquí que el relativismo no supone en forma alguna falta de convicción, sino que representa una convicción fuerte e incluso agresiva".

¿No podrían esas mismas palabras ser dichas hoy, sobre todo en Chile, un país donde a propósito de nuestros debates públicos sobre asuntos morales relevantes se suele incurrir en lo que alguna vez llamamos "moral a dos bandas", o sea, en aquella actitud que no admite más posibilidades que las de ser relativistas o absolutistas y en la que los primeros son presentados siempre como sujetos moralmente bajo sospecha?

En verdad, las posibilidades a ese respecto son bastante más de dos y vamos a identificarlas brevemente a continuación.

En primer lugar están los *indiferentes*, o sea, aquellos que frente a una cuestión moral relevante se encogen de hombros y afirman no tener opinión alguna que dar, simplemente porque todo les da lo mismo.

Existen también los *desinformados*, que son aquellos que declaran no poder formarse una opinión sobre la cuestión moral de que se trate mientras no dispongan de mayor información al respecto.

Siguen a continuación los *neutrales*, o sea, quienes por alguna razón callan momentáneamente su parecer moral sobre un determinado asunto, como sería el caso del profesor que para estimular la discusión entre sus alumnos silencia su parecer, por

ejemplo, acerca de si la pena de muerte está o no moralmente justificada en ciertos casos.

Recién ahora aparecen los *relativistas*, es decir, aquellos que son capaces de formarse un juicio moral acerca de lo que está en discusión, pero creen que todos los juicios que puedan manifestarse tienen igual justificación y que ninguno –ni siquiera el propio– puede ser declarado preferible a los demás.

Están luego los *escépticos*, que son aquellos que tienen un juicio moral formado, que prefieren ese juicio a otros, que están dispuestos a ofrecer algún tipo de argumentación en favor del juicio que profesan, aunque consideran que, a fin de cuentas, nadie está en posición de demostrar racionalmente y en forma concluyente que un determinado punto de vista moral tiene mayor valor de verdad que los restantes.

Existen también los *falibles*, o sea, quienes creen que su punto de vista moral puede ser racionalmente demostrado como verdadero, aunque, conscientes de la falibilidad del ser humano, admiten la posibilidad de estar equivocados y aceptan oír argumentos de quienes puedan tener puntos de vista diferentes.

Vienen luego los *absolutistas*, que son quienes creen que su punto de vista es el verdadero, aunque no admiten la posibilidad de estar equivocados y se acercan entonces a sus semejantes no para oírlos ni menos para aprender de éstos, sino para convertirlos.

Finalmente, está el grupo de los *fanáticos*, que son iguales a los absolutistas, pero con una característica distinta: se acercan a los demás no para convertirlos, sino para eliminarlos.

Me pregunto en cuál de esas categorías se alista cada uno de nosotros. Me pregunto si no pertenecemos a más de una categoría y si no nos desplazamos entre ellas según la índole e importancia del tema moral en discusión. Y me pregunto si acaso las posiciones reprobables no son únicamente la de los indiferentes y la de los fanáticos.

Pero retomemos el texto de Radbruch con el que habíamos comenzado a trabajar, un texto en el que el autor hace una defensa del relativismo y procura demostrar cómo el relativismo desemboca en el positivismo, en el liberalismo, en el estado de derecho, en la división de poderes, en el estado democrático, en la tolerancia e, incluso, en el socialismo.

¿Cómo así?

Para caracterizar al relativismo, el jurista alemán se vale del contrapunto con la doctrina del derecho natural, puesto que mientras esta última descansa sobre la concepción de que existe una idea clara, reconocible y comprobable del derecho justo, el relativismo refuta una concepción semejante.

El relativismo filosófico-jurídico parte de la tesis de que cualquier concepción material del derecho justo, del derecho que debe ser, sólo es válida bajo el presupuesto de determinada situación de la sociedad y de un sistema igualmente determinado de valores.

Ahora bien, las circunstancias sociales son para Radbruch "infinitamente variables", mientras que el número de los sistemas de valores, al contrario, es limitado.

Resulta posible, en cualquier situación social, establecer un sistema completo de valoraciones, pero "es imposible decidir entre estas posibilidades de un modo científico, comprobable e irrefutable", lo cual trae consigo que toda elección en este campo resulta posible sólo "por medio de una decisión, que se extrae del fondo de la conciencia individual".

Tal es el principio metodológico del relativismo. Un principio que supone una suerte de renuncia o derrota desde el punto de vista *teórico,* pero que es también una enérgica apelación a la razón *práctica* y para nada, entonces, "una cobardía o indolencia de la voluntad moral".

Entendido de ese modo, el relativismo llama tanto a la lucha como a la tolerancia. A la lucha contra la convicción del adversario, a fin de hacerle ver que esa convicción es incomprobable, y a la tolerancia, por otra parte, dado el carácter no controvertible que tiene también esa convicción. "Decisión para la lucha por un lado, tolerancia y justicia del juicio, por el otro, ésta es la moral del relativismo".

Con todo, el relativismo para Radbruch es "más que un método de la filosofía del derecho, puesto que el relativismo constituye al mismo tiempo un pilar en el marco del sistema de la filosofía del derecho".

El relativismo "no es un puro y simple agnosticismo". Es "una fuente de visión objetiva" y, sobre todo, "es la única base posible de la fuerza obligatoria del derecho positivo".

¿Qué se quiere decir con ello?

Si existiera el derecho natural, esto es, si dispusiéramos de verdades jurídicas evidentes, reconocibles y comprobables, todo derecho positivo que entrare en contradicción con el derecho natural tendría que desaparecer "como el error puesto al desnudo frente a la verdad al descubierto".

Pero las cosas no funcionan de ese modo.

Toda sociedad quiere tener no sólo un derecho que la rija, sino un derecho que sea justo. Sin embargo, no es posible un juicio único y objetivo acerca de cuál sea el derecho justo, simplemente porque no es tampoco posible dirimir sobre la verdad o falsedad de las distintas convicciones que existen sobre el particular. Entonces, como es necesario tener un derecho unitario, esto es, un derecho común para todos los miembros de la sociedad, no queda más alternativa que el legislador, y en general todas las autoridades normativas, "corten el nudo gordiano que la ciencia no puede desatar" y establezcan qué regirá como derecho en medio de una comunidad donde existen múltiples y contrapuestas ideas acerca de la justicia. "Dado que es imposible establecer lo que es justo –escribe Radbruch–, se debe establecer al menos lo que es conforme a derecho. En lugar de un acto de verdad, que resulta imposible, se impone un acto de autoridad".

Con todo, ese acto de autoridad que importa el derecho en medio de múltiples y contrapuestas ideas acerca de lo que es justo no termina con estas ideas ni tampoco pretende hacerlo. El derecho no se yergue en medio de esas ideas como una verdad que elimina o supera a éstas. Simplemente establece lo que *estará* jurídicamente mandado, prohibido o permitido, sin perjuicio de dejar abierta la discusión acerca de lo que *debería estar* mandado, prohibido o permitido. O sea, el legislador, al establecer que algo regirá como derecho, *corta* ciertamente el nudo, pero no impide que, en otra sede, se continúe procurando *desatarlo*, o sea, discutiendo acerca de la justicia, acerca de lo que el derecho debería ser, lo cual es algo positivo para el propio derecho, puesto que ese debate promueve una tensión entre el derecho que es y el derecho que debería ser que facilita la crítica del primero y su progreso en alguna determinada dirección. Como escribe el propio Radbruch, las decisiones del legislador

no son "un acto de verdad, sino un acto de la voluntad y de la actualidad. Él puede atribuir a una opinión determinada la fuerza obligatoria, pero jamás el poder de convencer; puede poner fin entre las partes a la lucha de poder en curso, pero no a la lucha de las convicciones".

Es en tal sentido que Radbruch afirma que el relativismo desemboca en el *positivismo.*

Además, si bien el relativismo confía al estado el derecho a legislar, al mismo tiempo limita ese derecho en cuanto lo obliga a respetar determinadas libertades de los sujetos sometidos al derecho, tales como la libertad de pensamiento, de conciencia, de prensa, religiosa, etc.

De ese modo, el relativismo desemboca en el *liberalismo.*

Sin perjuicio de lo anterior, las regulaciones jurídicas que establece el legislador no obligan únicamente a los sujetos sometidos al derecho, sino también al propio legislador. Así, en la medida que la facultad de legislar se confía a determinadas autoridades normativas bajo la condición de que éstas se sometan al imperio de la ley, esto es, que no sólo gobiernen por medio de leyes, sino bajo el imperio de éstas, el relativismo promueve el *estado de derecho.*

Por otra parte, el estado de derecho presupone la división de los poderes dentro del estado, y, en tal sentido, el relativismo, junto con promover el estado de derecho, fomenta también la *división de poderes.*

El relativismo, en la medida que afirma que el contenido de verdad de las distintas convicciones políticas y sociales no es "científicamente reconocible", sostiene que todas las convicciones deben considerarse como igualmente dotadas de valor, lo cual supone tratar a los hombres como iguales.

Sin embargo, en la realidad política la igualdad de los hombres puede ser realizada sólo aproximadamente, desde el momento en que "la irrestringida realización en el sentido de la unanimidad es imposible". Es por eso que la igualdad política conduce, en democracia, a la adopción de la regla de la mayoría, y, en tal sentido, el relativismo promueve un *estado democrático.*

Por su parte, el estado democrático no puede admitir a los partidos antidemocráticos. La democracia puede hacerlo todo, menos renunciar a sí misma. El estado democrático admitirá to-

das las opiniones que estén dispuestas a entrar en lucha ideológica con las demás, pero no puede aceptar una opinión que sostenga ser válida de manera absoluta y que se considere con derecho a apoderarse o retener el poder. De este modo, puede decirse que el relativismo conduce a la *tolerancia*; más aún, el relativismo "es tolerancia", sí, en general, "menos con respecto a la intolerancia".

Por último, y si bien es cierto que en un estado democrático todas las convicciones cuentan con una igual posibilidad de imponerse a las demás, si es que consiguen ganar para sí la mayoría, lo cierto es también que no todas ellas tienen iguales posibilidades materiales ni sociales de persuadir a la gente. "En la competencia entre las ideas triunfan aquellas a favor de las cuales –dice Radbruch–, sea un poder sociológico, sea el capital, sea la masa con su fuerza sugestiva, se halla a disposición".

Entonces, es "preciso neutralizar todos estos poderes irracionales", y la destrucción de tales poderes, "la liberación del poder innato, poder ideológico de la idea, el salto de la necesidad hacia la libertad es, sin embargo, el socialismo".

Así, entonces, para Radbruch el relativismo desemboca también en el *socialismo.*

VI. ¿Por qué democracia? La pregunta de Alf Ross. La democracia como ideal y como realidad: las aportaciones de Robert Dahl y Giovanni Sartori

Al intentar precisar qué es la democracia, Alf Ross comienza destacando que la palabra en cuestión es utilizada en la conversación cotidiana en varios sentidos diferentes. Así, se utiliza tal expresión para designar a una determinada forma de gobierno, esto es, a la forma en que se organiza el estado y que se expresa en su constitución. No obstante, se la emplea también, en segundo lugar, para aludir al contenido de las decisiones gubernamentales y, específicamente, a un orden económico de carácter socialista que propende, a través de una cierta planificación centralizada, a la obtención de la igualdad material. Por último, se la utiliza para referirse a una cierta actitud o forma de vida que se manifiesta no sólo en el terreno político y económico, sino en todas las relaciones humanas. Es en ese sentido humano de "democracia" que se emplea el

término para aludir a alguien que no impone de partida su punto de vista, que escucha a los demás –incluso a quienes puedan ser sus subordinados–, que se muestra dispuesto a dar y escuchar razones, como sería el caso de una autoridad cualquiera –un padre o un profesor, por ejemplo– de quien se diga que es democrático. Puede distinguirse, de esta manera, una democracia en sentido *político*, una democracia en sentido *económico* y una democracia en un sentido más ampliamente *humano* del término.

Como es fácil de prever, Ross se ocupa fundamentalmente de la democracia en la primera de esas tres acepciones y lo mismo haremos, por consiguiente, en el presente acápite. La tercera acepción le parece a Ross, en todo caso, perfectamente plausible. En cuanto a la segunda, en cambio, hay que decir que, aunque Ross fue ciertamente un socialista, se muestra contrario a valerse de la palabra democracia para referirse a un orden económico de ese tipo.

Según el jurista danés, la democracia en sentido político es definida corrientemente como "la forma de gobierno en que el poder político (la soberanía) pertenece en derecho a la población toda y no meramente a una persona singular o a un grupo específico y limitado de gentes". No obstante, esta idea tradicional de la democracia padece, a su juicio, de una notoria falta de claridad y resulta, por lo mismo, extraordinariamente vaga.

La primera duda que surge frente a una definición tal es en qué sentido puede decirse que el gobierno pertenece al pueblo como totalidad. Como destaca Ross, se puede apreciar muy fácilmente, por de pronto, que los actos que interpretamos como actos gubernamentales rara vez son realizados directamente por el pueblo. Puede sostenerse, entonces, que el gobierno descansa en el pueblo todo si el órgano de gobierno que establece el contenido de la voluntad nacional, en su forma más suprema y general, es considerado como representante del pueblo.

No obstante, Ross recuerda que la idea de representación del pueblo ha estado presente también en muchos regímenes autocráticos, incluyendo a las monarquías absolutas, en las que, según algunas teorías, operaba una cesión perpetua o definitiva del poder político del pueblo al monarca. Por lo tanto, hay que agregar que sólo podría considerarse a un órgano como representante del pueblo, al punto de sostener que éste sigue siendo

el titular del poder político, en la medida en que la libertad de acción de los representantes esté jurídicamente ligada a los representados y siempre, además, que los últimos cuenten con recursos jurídicos para exigir respeto a sus deseos. Tal cosa se daría en un grado óptimo cuando los representados pueden instruir a los representantes para que actúen de una determinada manera y removerlos si se apartan de tales instrucciones. En la medida en que los mecanismos de control de que disponen los representados son más débiles, la representación va perdiendo sustancia efectiva. Parece, en todo caso, que el mínimo exigible para hablar de gobierno del pueblo es la elección periódica, y por períodos relativamente breves, de las autoridades supremas.

En segundo lugar, cabe preguntar qué se entiende exactamente por "gobierno", cuando decimos que éste depende en una democracia del pueblo en su totalidad. Llevado al extremo, ello supone que el pueblo ejerza un control efectivo sobre todos los poderes del estado, incluyendo al poder legislativo, al ejecutivo, al judicial y a la administración. No obstante, en el hecho se encuentran normalmente subordinados a la voluntad popular sólo los dos primeros, mientras que el poder judicial y la administración escapan generalmente al control directo de la misma. Ross estima, sin embargo, que ello es perfectamente aceptable, puesto que las autoridades judiciales y administrativas están estrechamente vinculadas al poder legislativo –que, por su parte, es elegido directamente por el pueblo– y, además, no constituyen normalmente factores políticos de importancia en la vida del estado.

El mínimo exigible parece ser, entonces, en este segundo punto, la existencia de un parlamento elegido por votación popular y de un poder ejecutivo cuya cabeza sea escogida de ese mismo modo, o bien, que sea designado por el parlamento y responsable ante él. No es infrecuente, en todo caso, que el parlamento se encuentre parcialmente integrado por miembros no elegidos, como ocurre con particular gravedad en nuestro país, o que el ejecutivo no sea tampoco elegido en votación popular, ni sea responsable ante el parlamento, como acontecía en las monarquías constitucionales decimonónicas. En esos casos la influencia y control populares sobre el gobierno del estado se ve reducida.

Por último, resulta también vago sostener que es al "pueblo todo" a quien pertenece el poder político en una democracia. Desde luego, no existe caso alguno en que dicho poder sea ejercido por absolutamente todos los habitantes de un estado. Lo máximo que parece razonable esperar es la consagración de un derecho a sufragio igual para todos los adultos mentalmente sanos. No obstante, históricamente se han dado situaciones en que aquello tampoco se ha cumplido, como cuando se otorgaba un voto censitario, restringido únicamente a los propietarios o a los que poseían una cierta renta, o cuando los derechos políticos estaban negados a la población femenina, cosa que acontecía en muchos lugares del orbe tan sólo medio siglo atrás.

Por todo lo anterior, el jurista danés cree que resulta mucho más apropiado definir a la democracia en relación a un ideal. Se fijaría así un tipo ideal de democracia, que se sabe irrealizable, por referencia al cual los tipos reales de democracia pueden ser calificados de más o menos democráticos, de acuerdo a su mayor o menor proximidad con tal tipo ideal. Este último es perfilado en la obra de Ross de acuerdo con tres parámetros: *la intensidad, la efectividad y la latitud.*

La *intensidad* se refiere a la dimensión del grupo de personas que tienen derecho a participar en las votaciones y elecciones. El nivel satisfactorio de intensidad estaría constituido, de acuerdo con lo que hemos dicho, por la consagración de un derecho a voto igual y universal de todos los adultos. En la medida en que nos alejemos de él, el sistema de gobierno iría derivando en una democracia *moderada*, crecientemente oligárquica. Como ejemplo de ello, menciona Ross a la Gran Bretaña de los siglos XVIII y XIX, donde existía un derecho a voto censitario y exclusivamente masculino.

La *efectividad*, por su parte, es el grado en que el pueblo puede afirmar su opinión. Ella es total en la democracia directa, en que es el pueblo mismo el que adopta las decisiones colectivas o de gobierno. En una democracia representativa el grado de efectividad depende del mayor o menor control que puede ejercer el pueblo sobre sus representantes, cuestión para la que, a su turno, son fundamentales la frecuencia de las elecciones y la duración del mandato de los elegidos. Si los mecanismos de con-

trol sobre los representantes no son eficaces, entonces el sistema degenerará en una democracia meramente *nominal*, buen ejemplo de lo cual es, según Ross, la antigua Unión Soviética.

La *latitud*, en fin, se refiere a la medida en que la influencia y control populares son extendidos, en forma de abarcar más o menos partes de las variadas ramificaciones del gobierno. La latitud es máxima cuando el pueblo controla no sólo al poder legislativo, sino también al ejecutivo –incluida la administración– y al judicial. En la medida en que nos alejamos de ese ideal, nos aproximamos, según Ross, a una democracia *parcial*. Tal sería el caso de las monarquías constitucionales decimonónicas, donde el parlamento estaba integrado por elementos aristocráticos y el ejecutivo se encontraba bajo control del monarca.

El tipo ideal de democracia política es, entonces, aquella forma de gobierno en que las funciones políticas son ejercidas por el pueblo con un máximo de intensidad, efectividad y latitud. Ross concluye, por tanto, que "democracia significa gobierno popular; pero lo así designado puede, en primer lugar, ser más o menos popular (según su intensidad), y, en segundo término, más o menos gobierno efectivo (según sean la efectividad y la latitud)". El elemento central del régimen político en análisis puede expresarse, en todo caso, muy sencillamente: "la idea de la mayoría es la que triunfa".

La conveniencia de contar tanto con una definición *ideal* de democracia como con una caracterización de los tipos *reales* de la misma, es sustentada también por algunos politólogos actuales. Así, Giovanni Sartori señala que "la democracia está especialmente abierta a, y depende de, la tensión entre hechos y valores". Por ello, "el término democracia tiene no solamente una función denotativa o descriptiva, sino también una función persuasiva y normativa". Según dicho autor, "el ideal democrático no define la realidad democrática y, viceversa, una democracia real no es ni puede ser una democracia ideal". A su juicio, "la democracia resulta de, y es conformada por, las interacciones entre sus ideales y su realidad, el empuje del deber y la resistencia del ser". Por lo mismo, concluye que el problema de definir la democracia es doble, porque exige ambas definiciones, la descriptiva y la prescriptiva. "Una no puede

existir sin la otra y, simultáneamente, una no puede ser sustituida por la otra".

Robert Dahl afirma, por su parte, que "usamos la palabra democracia para referirnos tanto a un ideal como a una realidad efectiva, que sólo es una realización parcial del objetivo. En todo país democrático existe un desfase sustancial entre democracia ideal y democracia real". Dahl propone cinco criterios para perfilar una democracia ideal, a saber, participación efectiva; igualdad de voto; alcanzar una comprensión ilustrada –es decir, que todo miembro tenga oportunidades iguales y efectivas para instruirse sobre las políticas alternativas relevantes y sus consecuencias posibles–; ejercitar el control final sobre la agenda; y, por último, la inclusión de los adultos. Por otra parte, en lo que respecta al plano de los regímenes políticos reales, se encarga de enumerar las instituciones políticas que requiere una democracia a gran escala. Ellas son, a su juicio: cargos públicos electos; elecciones libres, imparciales y frecuentes; libertad de expresión; fuentes alternativas de información; autonomía de las asociaciones; y ciudadanía inclusiva.

Sobre lo que se viene diciendo, conviene advertir, por tanto, que autores como Robert Dahl y Giovanni Sartori están igualmente conscientes de que con la palabra "democracia" aludimos tanto a un ideal como a una realidad. A un ideal y a la "tosca materia", como dice por su parte Bobbio.

No hay dificultad en definir "democracia" vocablo a vocablo. En tal sentido, "democracia" significa "poder del pueblo", poder que pertenece al pueblo. Pero ésta –como dice Sartori– no es nada más que una definición "que se limita a reproducir el significado griego del término". Sin embargo, "el término democracia *representa* algo. La pregunta no es sólo ¿qué significa?, sino también, y al mismo tiempo, ¿qué es?

En otros términos: la palabra "democracia" tiene tanto una función *descriptiva* como una *normativa,* una distinción conveniente de ser tenida a la vista aunque con frecuencia sea difícil trazar la línea divisoria entre descripción y prescripción. Sartori explica muy bien este punto cuando advierte que el día y la noche se convierten gradualmente el uno en el otro, pero ello "no implica que su diferencia sea sólo de grado o (aun peor) que la luz y la oscuridad sean inseparables". Consecuentemente, "el problema de definir la democracia es doble, porque exige como si

dijéramos ambas definiciones, la descriptiva y la prescriptiva. Una no puede existir sin la otra y, simultáneamente, una no puede ser sustituida por la otra".

En suma: se debe tener en claro que el *ideal* democrático no define la *realidad* democrática y, viceversa, que una democracia *real* no es ni puede ser una democracia *ideal.* A la vez, debe tener presente que la democracia, en los hechos, es conformada por las interacciones entre ideal y realidad, entre el empuje del *deber* y la resistencia del *es.*

Para ilustrar la diferencia entre democracia como un ideal y democracia como una realidad, Robert Dahl se vale del siguiente diálogo imaginario entre dos ciudadanos.

Alan dice a Beth "creo que la democracia es la mejor forma de gobierno", a lo cual Beth replica "debes estar loco al pensar que el así llamado gobierno democrático de este país es el mejor que podamos tener".

En ese intercambio de pareceres, es evidente que Alan se refiere a la democracia como un ideal, mientras que Beth alude al gobierno democrático que efectivamente existe en su país.

Para aclarar los términos de esa conversación, Alan podría añadir "no me refería a nuestro gobierno efectivamente existente. Respecto de él estaría inclinado a estar de acuerdo contigo", en cuyo caso Beth contestaría "bien, si estás hablando de gobiernos ideales, pienso que tienes toda la razón. Creo que, como ideal, la democracia es la mejor forma de gobierno. Por eso me gustaría que nuestro propio gobierno fuera mucho más democrático de lo que realmente es".

"... Mucho más democrático de lo que realmente es", lo cual quiere decir que un gobierno democrático que exista de hecho en una determinada sociedad en un momento dado puede ser "más" o "menos" democrático, esto es, puede hallarse más cerca o más lejos del ideal democrático. Entonces, en todo país democrático existe un desfase entre democracia ideal y democracia real, y la pregunta que es preciso responder, en consecuencia, concierne a qué es lo que debe hacerse para hacer *más democráticos* a los países *democráticos.*

Así las cosas, Dahl es partidario –lo mismo que Ross– de establecer bien cuáles son los criterios que componen el ideal democrático, es decir, cuáles son los criterios que una comunidad

política debe satisfacer para cumplir la exigencia de que sus miembros tengan el mismo derecho a participar en las decisiones colectivas de esa comunidad.

Al respecto, el autor norteamericano identifica cinco criterios, a saber, participación efectiva, igualdad de voto, comprensión ilustrada, control de la agenda, e inclusión de los adultos.

La *participación efectiva* se refiere a que, antes de adoptarse una decisión colectiva, todos los miembros de la comunidad deben tener oportunidades iguales y efectivas para formarse sus puntos de vista sobre la cuestión a decidir y para que esos puntos de vista sean conocidos por los otros miembros.

La *igualdad de voto* se refiere a que al momento de adoptarse la decisión todos tengan oportunidad de votar y que todos los votos se cuenten como iguales.

En cuanto a la *comprensión ilustrada,* se trata de que todo miembro de la comunidad debe tener oportunidades iguales y efectivas para instruirse sobre las posibles y más relevantes decisiones alternativas, así como acerca de las probables consecuencias de cada una de éstas.

El *control de la agenda* dice relación con la oportunidad que deben tener los miembros de la comunidad para elegir qué asuntos deben ser incorporados a la agenda de las decisiones colectivas.

Por último, la *inclusión de los adultos* concierne a que la mayoría de los adultos que son residentes permanentes deben tener los plenos derechos de ciudadanía que están implícitos en los cuatro criterios anteriores.

Vale la pena repetir que ningún estado ha poseído jamás un gobierno que haya estado completamente a la altura de esos cinco criterios, pero tales criterios "aportan un estándar muy útil para medir los logros y las posibilidades del gobierno democrático". Es decir, se trata de criterios que nos ofrecen una medida a partir de la cual resulta posible evaluar las actuaciones reales de las comunidades políticas que pretenden ser democráticas.

De este modo, como apunta el propio Dahl, puede utilizarse la palabra "democracia" para "referirse a los gobiernos rea-

les, no ideales, que satisfacen los criterios ya establecidos en una extensión significativa, pero en absoluto plena".

Dahl se pregunta, acto seguido, sobre las instituciones políticas que requiere una democracia "a gran escala", vale decir, las instituciones que se precisan para que podamos hablar con propiedad de un "país democrático". Tales instituciones son los cargos públicos electos; las elecciones libres, imparciales y frecuentes; la libertad de expresión; la existencia de fuentes alternativas de información; la autonomía de las asociaciones; y la ciudadanía inclusiva.

Todo lo anterior conduce a Dahl a la idea de que hay democracia a "distintas escalas" y que resulta posible llevar algo así como un *ranking* de los países democráticos. Esto último quiere decir que utilizando los criterios antes señalados y fijándonos en el funcionamiento efectivo de las instituciones políticas que requiere la democracia, no sólo es posible identificar países democráticos y establecer cuántos de ese tipo existen en un momento dado sobre el planeta, sino determinar dónde encaja exactamente un país dentro de una escala que vaya de la democracia a la autocracia.

De este modo, para concluir que un país es democrático es preciso tener en cuenta dos criterios: que las instituciones democráticas *existan realmente* en el país y que ellas operen por encima de algún *límite o umbral mínimo* por debajo del cual nos veríamos obligados a certificar que ese país no es democrático. Sin embargo, puestos sobre ese límite o umbral, los países que lo han alcanzado puedan ser "más" o "menos" democráticos según cumplan a mayor o menor satisfacción los criterios del caso.

En resumen –y para concluir con palabras del propio Dahl–, "a pesar de que una relación completa, fiable y puesta al día de todos los países democráticos del mundo parece no estar a nuestra disposición, diversas fuentes y estudios (que el autor norteamericano identifica en la parte final de su libro *La democracia. Una guía para los ciudadanos*) permiten hacer estimaciones bastante buenas".

Ahora bien, como ya señalamos, Alf Ross, al igual que Kelsen, concibe a la democracia como un método, como un procedimiento para la adopción de decisiones colectivas. Declara, así, que "la palabra 'democracia' indica un procedimiento seguido

en el desenvolvimiento y ejercicio del poder político y que regula la vida social dentro de la estructura del Estado", y "nada nos dice directamente sobre la sustancia efectiva de la política que se desarrolla con ese método". No obstante ello, Ross señala que la democracia es estimable en sí misma, puesto que se conecta con ciertos valores que sólo pueden ser alcanzados a través de esa forma de gobierno. Estos "valores específicamente democráticos" o "ideas de la democracia", como los llama también Ross, son, a su juicio, la paz y la libertad.

Ross opina que quien prefiera la paz y el derecho a la lucha y a la fuerza, tiene una razón para preferir la democracia a la autocracia. No obstante, las cosas no son tan simples como para afirmar, sin más, que la diferencia entre ambos sistemas está en que la democracia adopta la discusión pacífica, en lugar de la fuerza, como medio de solución de los conflictos políticos. La existencia de paz y la aparición de la violencia dependen, en realidad, del grado de aceptación que sean capaces de alcanzar el sistema político vigente y la ideología que se encuentra detrás de él. De esta manera, un régimen autocrático puede mantener unas relaciones sociales pacíficas –y así lo demuestra la experiencia histórica–, en la medida en que las ideas que lo sustentan sean admitidas o, por lo menos, no encuentren resistencia dentro del grupo social regido por él. Ross señala, en este sentido, que la monarquía absoluta danesa no era una democracia, "pero no podría decirse que en ella las decisiones fueran alcanzadas mediante batallas". A su turno, en una democracia pueden surgir –y de hecho lo hacen– grupos que rechazan el sistema y que están dispuestos a derribarlo por medio de la fuerza, en cuyo caso, según Ross, el estado democrático tendrá que recurrir también a ella, si no desea sacrificar su propia existencia.

La diferencia entre ambos sistemas políticos, en punto al tema que nos ocupa, reside, en que "la autocracia se apoya en la fuerza contra aquellos que tienen opinión contraria", mientras que "la democracia sólo recurre a la fuerza para defenderse de ataques violentos". En efecto, la ideología democrática es la única que tiene posibilidad de obtener una aceptación universal y, por lo mismo, la democracia puede atreverse a confiar en la adhesión voluntaria de los individuos en un contexto de libre discusión de ideas. A ello cabe agre-

gar que, además de tener la posibilidad de proceder de ese modo, la democracia está seguramente en la necesidad de hacerlo, para ser fiel a su propia racionalidad interna. Así, Ross llega a sostener que si una ideología autocrática consiguiera triunfar a través de los mecanismos que ofrece el sistema democrático, sería contradictorio imponer la democracia por la fuerza en contra de la opinión de la mayoría. La democracia sólo podría, como decimos, valerse de la fuerza para defenderse de ataques violentos en su contra, aunque hay que aclarar que esa defensa incluye no sólo la represión de actos de fuerza ya realizados, sino también la prevención de los que pretendan llevarse a cabo.

La autocracia, en cambio, nunca puede fiarse por entero de su mera fuerza ideológica, puesto que resulta muy difícil –por no decir imposible– que, en un contexto de libre discusión, consiga adhesión mayoritaria la idea de que un individuo o grupo de individuos específicos estén llamados a ejercer el poder de modo excluyente. Por ello, si es cierto que en sociedades premodernas, ajenas a la idea del pluralismo político y moral, se han dado –y continúan dándose– ejemplos de regímenes autocráticos que cuentan con el respaldo de un cierto consenso social, en las sociedades occidentales contemporáneas ello parece más bien impensable. Los grupos disidentes o discrepantes, que cuestionen las creencias que sustentan el poder autocrático, constituyen, así, una amenaza para cualquier autocracia, que no puede permitirse que se hagan oír ideologías contrarias a ella, y serán tratados, en consecuencia, como enemigos que deben ser combatidos por la fuerza de ser necesario.

En todo caso, hay que señalar que el valor del debate que promueve la democracia entre los partidos, y, más ampliamente, entre la mayoría gobernante y las minorías que esperan serlo, no se encuentran propiamente –como insiste Ross– "en constituir un camino hacia la *verdad* a través de la combinación de argumentos, sino en ser un camino hacia el *compromiso*, al producir la recíproca rendición de voluntades antagónicas". Por lo tanto –sigue Ross– "el compromiso es esencial para la democracia", en tanto que "la voluntad de compromiso presupone una compleja actitud psíquica que no es fácil de describir. Entran

en ella la tolerancia, el respeto al prójimo, el deseo de dar y tomar, el aprecio de la paz y la comprensión en lugar del sometimiento y la guerra".

A nuestro juicio, la precedente cita de Ross no carece de importancia, porque es frecuente advertir ataques a la democracia que provienen, precisamente, de una mala comprensión del carácter transaccional de esta forma de gobierno, cuando no, sencillamente, de una deliberada distorsión de ese mismo carácter. Así acontece, por ejemplo, cuando los partidarios de la autocracia intentan imponer un régimen de este tipo, o preservarlo, por medio de denuncias acerca de lo que ellos llaman "los vicios de la democracia", expresión ésta con la que quieren aludir a "pactos secretos", "componendas" y "arreglos", que no son sino otras tantas palabras cargadas de intención peyorativa con las cuales se quiere desfigurar la importancia que tiene para la democracia la compensación y el compromiso entre los grupos políticos en pugna por el poder. Por lo mismo, cuando los enemigos de la democracia desprecian el valor de estas compensaciones y compromisos entre puntos de vista opuestos, llamándolos de alguno de los modos negativos antes señalados, omiten decir que dichas compensaciones y compromisos entre las fuerzas políticas son los que, a fin de cuentas, garantizan la paz social y un básico consenso al interior del grupo social correspondiente, en lugar del sometimiento y de la guerra de todos contra todos.

"La esencia del espíritu de compromiso –escribe Ross–, está relacionada con el respeto por la autonomía del otro. Por convencido que esté de la corrección de más puntos de vista, por ansioso que esté de reconstruir el mundo según mis ideas, aún así reconoceré que es condición decisiva para la realización de mis ideas mi capacidad para lograr que otras personas las apoyen. Prefiero, en los hechos, un mundo peor a uno mejor que sólo puede lograrse mediante la opresión, la dictadura y la fuerza", expresiones que, por su parte, recuerdan aquéllas de Demócrito: "es preferible la pobreza en una democracia a la llamada felicidad que otorga un gobernante autoritario, como lo es la libertad a la esclavitud".

En cuanto, a la libertad, Ross, luego de destacar que se trata de una palabra oscura e imprecisa como pocas, distingue, de

modo muy similar a como lo hace Kelsen, dos ámbitos o aspectos perfectamente diferenciados de la misma, a los que llama libertad *formal* y libertad *material*.

La libertad *formal* apunta a la posibilidad de que los individuos creen o participen en la producción de las normas que los rigen, por lo que puede ser definida como aquella de que goza una persona cuando sólo se encuentra obligada por normas que ella misma ha aceptado o convenido. El jurista escandinavo la llama también autonomía, o normación autónoma, y corresponde ciertamente a lo que se conoce como libertad positiva y que Kelsen denomina, por su parte, libertad social o política.

A su turno, la libertad *material* consiste en la ausencia general de compulsión y, especialmente, en la ausencia de aquellas exigencias impuestas por la sociedad que puedan entrar en colisión con los deseos individuales. La libertad material, observa el autor de *Sobre el Derecho y la justicia*, no se puede dar en plenitud en la vida social, puesto que ésta importa necesariamente restricciones para los individuos, motivo por el cual ella se resuelve en una serie de libertades individuales, es decir, de esferas de acción especiales, precisamente delimitadas, en las cuales la sociedad no plantea ninguna exigencia que pueda chocar con los aludidos deseos de los individuos. Se trata, como puede apreciarse, de la libertad negativa, a la que Kelsen llama, como vimos, libertad natural.

La terminología utilizada por Ross para aludir a los dos ámbitos de la libertad que identifica, aunque distinta de la más habitual, parece, en verdad, bastante apropiada. En efecto, resulta razonable sostener que cuando participamos en la adopción de una decisión somos formalmente libres, en tanto prestamos nuestra conformidad a ella, sin perjuicio de que lo acordado puede restringir los grados efectivos de libertad de que disfrutamos en nuestra vida. Así, quien vota en un plebiscito a favor de una norma que prescribe la obligatoriedad del uso de cinturón de seguridad para los conductores de automóviles, o de una que consagra la indisolubilidad del vínculo matrimonial, estará siendo libre en sentido formal, puesto que presta su consentimiento a la vigencia de la norma en cuestión, pero, al mismo tiempo, estará restringiendo esos grados de libertad efectiva –sustantiva

o material– que puede ejercer en su vida cotidiana. Un individuo será, en cambio, material o sustantivamente libre cuando el campo de acción de que dispone está sujeto a las menores restricciones y compulsiones posibles, y eso, en principio, puede darse también sin que haya participado, en modo alguno, en la generación de las normas que le aseguran esa amplia esfera de actuación. Más adelante veremos, con Bobbio, que los dos ámbitos de la libertad se complementan y se potencian. No obstante, es importante distinguir entre ellos y destacar que, en rigor, pueden darse también de modo independiente y hasta, en algún caso, contrapuesto. Así, la libertad formal puede ser empleada para restringir la libertad material, a la vez que esta última puede darse, en principio, sin necesidad de la primera.

Ahora bien, ¿constituyen los dos ámbitos de la libertad valores específicamente democráticos? Respecto de la libertad formal no cabe, en verdad, la menor duda. La democracia se caracteriza, precisamente, por permitir la participación –siquiera indirecta– de los sujetos imperados en la creación de las normas que los rigen, y es por ello, como vimos con Kelsen, la forma de gobierno que permite una mayor aproximación al ideal de autogobierno. Ross sostiene, mediante argumentos muy similares a los utilizados por Kelsen, que la regla de la mayoría asegura, en la más alta medida en que ello es posible, la libertad formal, puesto que garantiza razonablemente que quienes estén sujetos a normas que no aprueben sean los menos y no los más. Se trata, entonces, inequívocamente, de un valor que la democracia asegura y que, además, sólo puede ser alcanzado mediante ella.

La relación entre la democracia y la libertad material es, en cambio, ciertamente más compleja. El jurista escandinavo recuerda, por de pronto, que la democracia es un método político que nada involucra directamente sobre sus contenidos, por lo que no implica necesariamente una mayor libertad de acción para el individuo que la que pueden otorgarle otras formas de gobierno. La tendencia política que aspira a una mayor libertad individual y, por consiguiente, a una menor intervención y regulación estatales es, como precisa Ross, el liberalismo. Pero la democracia, que constituye una "supraideología", es igualmente compatible con cualquier contenido político, sea este de tipo liberal, conservador o socialista.

Sin embargo, Ross introduce una salvedad muy importante a tal afirmación, como es que, a su juicio, algunas libertades están indisolublemente ligadas a la democracia, dado que sin ellas el principio mayoritario carecería de sentido. Ellas son la libertad intelectual, la libertad de expresión y asociación, y la seguridad pública. Se trata, como se ve, de aquellas libertades que, según dijimos en su momento, han de estar presentes en toda democracia por coherencia interna del sistema. Ellas sólo pueden ser alcanzadas con la democracia, nunca con la autocracia, pero, a la vez, sólo si las mismas rigen efectivamente podemos hablar propiamente de democracia y no de una mera escenificación de ella o de un desnudo imperio de la mayoría. La libertad material constituye, pues, para Ross, un valor específicamente democrático, pero sólo en lo tocante a esas específicas libertades a que hemos aludido. Sólo en cuanto a ellas, entonces, la democracia es necesariamente liberal.

La libertad de expresión y asociación es, para Ross, un presupuesto de la democracia, puesto que "no puede tomarse como voluntad del pueblo a aquella que no surge de una libre discusión". Junto con ello, tal libertad opera como un complemento que enriquece a la democracia, en tanto contribuye al control y a la inspiración constante del gobierno por parte de la voluntad popular. La libertad de expresión y asociación refuerza, entonces, a la libertad formal, pero, además, es valorable en sí misma y merece ser protegida más allá de cualquier otra consideración. "Poder hablar libremente –sostiene–; poder protestar contra la injusticia; formarse y formar en una libre discusión con otros, es, para muchos, un integrante esencial de la conciencia libre de personalidad".

Si el principio de la mayoría reconoce como supuesto previo a la libertad de expresión y asociación, ésta última exige, según Ross, la vigencia de la más plena libertad de pensamiento, referida no sólo a la esfera estrictamente política, sino a todos los ámbitos de la actividad intelectual sin excepción alguna. Tal amplitud se justifica en la imposibilidad de establecer a priori qué manifestaciones intelectuales tienen algún significado en la formación de la voluntad política y cuáles carecen de él. La libertad intelectual, de este modo es también un presupuesto de la democracia, pero, además de ello, constituye para Ross, al

igual que la libertad de expresión y asociación, un valor en sí misma, debido a que resulta imprescindible para el desarrollo de la inteligencia y de la personalidad, el que, a su juicio, no puede tener lugar en plenitud en un clima de dogmatismo y ortodoxia. "Todo aquel que crea que la mente humana guarda posibilidades, no empleadas, de nuevas conquistas que promuevan el adelanto de la humanidad y la felicidad –escribe el jurista danés–, tiene que interesarse en esa libertad".

Pero el reconocimiento de dichas libertades de nada sirve, a juicio de Ross, si no se garantiza simultáneamente la seguridad individual contra las intervenciones arbitrarias del gobierno en el ámbito personal, es decir, si no se consagra la llamada seguridad pública. Esta no constituye propiamente una libertad individual, sino un complemento de ella, necesario para su efectiva vigencia, y se conecta estrechamente con la idea del estado de derecho, que supone, por su parte, la sumisión de los actos de la administración a normas jurídicas generales preestablecidas y la posibilidad de su posterior control por parte de órganos jurisdiccionales independientes. La seguridad pública constituye, entonces, otro presupuesto de la democracia, pero para Ross es igualmente valorable en sí misma, dado que promueve un sentimiento de seguridad, orden y humanidad, que no puede sino ser visto como una bendición.

La igualdad, por último, no constituye para Ross un valor específicamente democrático. Reconoce, desde luego, que la regla de la mayoría supone la existencia de un derecho a sufragio universal e igualitario y, en ese sentido, supone una cierta igualdad política, aunque aclara, por de pronto, que ella no es completa en la democracia, puesto que con gran facilidad se puede constatar que, aun en dicho sistema, los individuos poseen cuotas muy distintas de efectivo poder político. Pero, más importante que esta última consideración, es que, para el autor escandinavo, la igualdad política no es un valor en sí mismo, sino que lo posee únicamente por referencia a la libertad. De modo análogo a como hace Kelsen, Ross opina que la igualdad política es un valor subordinado y dependiente, que sólo es estimable en tanto se traduzca en que todos seamos libres, en que nadie sea privado de su libertad. Pero así como existe igualdad política cuando todos poseen derecho a sufragio, también la hay, a su

juicio, cuando todos carecen de él, o cuando todos poseen un derecho a sufragio restringido, en cuyo caso tal igualdad ya no nos parece deseable. De ello se sigue que la igualdad política no es exclusiva de la democracia, pues también puede darse en la autocracia.

En lo que respecta, ahora, a la igualdad material, Ross sostiene, sin perjuicio de su evidente adhesión a dicho valor, que no existe relación necesaria entre ella y la democracia. Ello es lógico, pues Ross concibe a la democracia como un método político que, en cuanto tal, es compatible con distintos contenidos en el campo económico y social. Por ello, no obstante su convicción de que dicho sistema de gobierno es conciliable con la igualdad material y, por lo tanto, con el socialismo, y su aspiración, incluso, a que la misma se desarrolle en esa dirección, reconoce que tal valor no es consustancial a la democracia, ya que ésta es también perfectamente compatible con un orden social en que no exista tal igualdad, a la vez que esta última puede ser alcanzada igualmente por medio de la autocracia.

Matiza Ross lo anterior, afirmando que un cierto nivel de igualdad material es una condición para la preservación de la democracia, puesto que una situación de desigualdades extremas constituye un factor de tensión constante que puede llegar a destruir el sistema. Señala también, sin embargo, que "no cabe dudar que la democracia funciona más fácilmente bajo una economía liberal", pues en la medida en que el estado concentra más poder y comienza a planificar y a dirigir la economía, la lucha por el poder se hace más intensa, ya que hay más en juego, y las diferencias se hacen más violentas, con lo cual puede generarse también un nivel de conflicto que amenace la estabilidad de la democracia. "Debería agregarse, además –según Ross– que se da una relación entre la democracia y la igualdad, en la medida en que una mayor igualdad es un requisito previo para la existencia continuada de la democracia. Laski se convirtió en un defensor poderoso de esta tesis. Sostuvo que aquellos que viven en condiciones desiguales (económicas, sociales y culturales) no piensan en forma igual, y que, por ende, el sentido común de los valores y la voluntad de comprensión recíproca, que son requisitos previos a la democracia, pueden

quebrantarse fácilmente si las condiciones llegan a ser excesivamente desiguales".

Pues bien, establecido que la paz, la libertad formal y la libertad material –en lo que dice relación con las específicas libertades individuales a que hemos aludido– constituyen las ideas de la democracia o valores específicamente democráticos, cabe preguntarse, ahora, dónde ubica Ross propiamente el fundamento de dicho sistema de gobierno. Desde luego, Ross, distanciándose en esto de Kelsen, niega expresamente que aquél se encuentre en el relativismo ético, pues, aunque es también relativista, rechaza la existencia de una relación necesaria entre aquél y la democracia, como asimismo, por cierto, entre el absolutismo ético y la autocracia. "La idea parlamentaria de discusión y compromiso –sostiene– no está necesariamente relacionada con un relativismo o escepticismo universal en lo que toca a la filosofía moral y a la actitud frente a la vida. Los ejemplos siniestros del fascismo y del hitlerismo –continúa– muestran precisamente cómo un antiintelectualismo de largo alcance y un nihilismo moral pueden ir unidos a la más inflexible voluntad dictatorial. Y, a la inversa, nada impide que ciertas creencias de tipo absoluto, metafísico-dogmático, como ciertas doctrinas políticas del catolicismo romano o de las teorías iusnaturalistas, sean compatibles con una tolerancia democrática y con la admisión de que la única manera de realizarlas es obteniendo el apoyo voluntario del pueblo".

Estas aseveraciones de Ross nos parecen básicamente acertadas. Como dijimos en su momento, resulta evidente la existencia de auténticos demócratas que no son, a la vez, relativistas, por lo que el relativismo moral no puede ser visto como el único fundamento plausible de la democracia y es, por lo mismo, útil y enriquecedor complementarlo con otros intentos de justificación de dicho sistema político. Lo que resulta más discutible, en cambio, es presentar a las corrientes fascistas y nacionalsocialistas como doctrinas relativistas. No parece descabellado, en efecto, sostener que tales doctrinas, aunque no lo declararan así expresamente, defendían algunos valores o principios morales absolutos. De lo contrario, habría que aceptar, por ejemplo, que la intrínseca superioridad de la raza aria constituía para Hitler una simple valoración subjetiva

imposibilitada de presentarse como la mejor o la única correcta, lo que ciertamente es muy discutible. En cualquier caso, tales doctrinas políticas podrían ser identificadas, a lo más, con un cierto irracionalismo que nada tiene que ver con el relativismo moral al que adscribe Kelsen o el propio Ross.

Para el autor danés, el fundamento de la democracia se encuentra, entonces, no en el relativismo, sino en la idea de *dignidad humana,* es decir, en la convicción de que todo ser humano es sagrado e inviolable o, como dice en otro momento, en el "respeto por la personalidad moral del hombre". Esta idea de la dignidad del ser humano se manifiesta especialmente, según Ross, en "el reconocimiento de su autonomía, de su libertad de autodeterminación conforme a los dictados de su propia personalidad; de su tabla de valores y de sus ideales como un valor que debe realizarse en la mayor dimensión posible". Se vincula, así, a nuestro entender acertadamente, dicha idea, que puede resultar en principio algo vaga, con el reconocimiento y respeto de la autonomía moral del hombre, esto es, de su capacidad para trazar sus propias ideas del bien y de la felicidad y para formular planes de vida y adoptar normas autorreguladoras de acuerdo con ellas.

No afirma Ross, desde luego, que la dignidad humana constituya un valor absoluto, pero sí sostiene que posee una chispa de eternidad, puesto que "a través de tiempos cambiantes y civilizaciones también cambiantes, una y otra vez, suscita profundas aspiraciones en el hombre", y reconoce, dejando de lado su habitual empirismo, que "estamos aquí en el borde mismo de una interpretación metafísica de la vida, y quien desee permanecer en el terreno de la ciencia, haría mejor en guardar silencio".

Ross, aunque no es creyente, estima que una de las contribuciones más relevantes a la elaboración de la idea de dignidad humana es la que proviene del cristianismo. "Muchos opinan –nos dice– que este pensamiento ha encontrado inmediatamente su expresión más sublime y más fácilmente comprensible en los evangelios: todo hombre, creado a imagen de Dios y dotado de un alma inmortal, es amado por Dios con un amor infinito y debe amar a los demás hombres como hermanos ante Dios". Cabe aclarar que el jurista escandinavo se refiere con ello a lo que podemos llamar filosofía cristiana y no, ciertamente, al

cristianismo como religión, ni, menos aún, a las instituciones cristianas como las distintas iglesias de ese mismo carácter. Por filosofía cristiana entendemos el conjunto de principios éticos y, más genéricamente, esa concepción del hombre y del mundo que es posible encontrar en los evangelios, a la que se puede ciertamente adherir sin necesidad de creer en el carácter divino de Jesús. No cabe duda que esa doctrina filosófica constituye la matriz cultural fundamental de occidente y en ella se encuentra, por lo mismo, una de las raíces remotas de las ideas democráticas y liberales que, no por casualidad, surgieron precisamente en el contexto de las sociedades occidentales. En efecto, el cristianismo aportó un principio universalista, que lleva a considerar a todos los miembros de la especie humana como seres dotados de dignidad y que conduce a nociones como el amor al prójimo –incluyendo a los enemigos y a los pecadores–, el perdón y la misericordia, todo lo cual influyó, sin duda, en las doctrinas liberales elaboradas muchos siglos después, al hilo del proceso de secularización característico de la modernidad.

El cristianismo como religión, por su parte, que supone creer en el carácter divino de Jesús de Nazaret y en otros dogmas espirituales elaborados a partir de los textos evangélicos, no tiene, como tal, una relación especial con la democracia, aunque es evidente que es perfectamente conciliable con ella. Tales creencias religiosas pueden ser ejercitadas de un modo personal o individual o bien a través de la adscripción –más o menos estricta– a alguna de las muchas confesiones cristianas. Entre éstas, por último, hay algunas, como es señaladamente el caso de la iglesia católica, que han sido, en general, más bien refractarias a las ideas democráticas y liberales. La iglesia católica, en efecto, se opuso durante siglos a ellas y, aún hoy, a pesar de algunos importantes esfuerzos de renovación, como el llevado a cabo por Juan XXIII en el histórico Concilio Vaticano II, sigue siendo fuertemente contraria al liberalismo ético y cultural. Así, si no es casualidad que la democracia y el liberalismo surgieran en el occidente cristiano, tampoco lo es que ellos triunfaran con mayor prontitud y facilidad allí donde había logrado imponerse la reforma protestante, mientras que en las sociedades católicas los mismos han avanzado, en general, con grandes dificultades y, no pocas veces, al cabo de sucesivos enfrentamientos. De ese modo se explica, por ejem-

plo, que los primeros demócratas y liberales ingleses y norteamericanos fueran casi siempre creyentes, en tanto en Francia estaban vinculados generalmente a movimientos ateos y anticlericales. "En países como Francia y España –opina Ross en 1952–, la iglesia católica ha sido, hasta nuestros días mismos, un poder enemigo de la cultura y el progreso, en abierto conflicto con los partidos democráticos republicanos portadores de los ideales de la revolución".

Aparte del cristianismo, el otro gran aporte a la configuración de la idea de dignidad humana procede, a juicio de Ross, del humanismo y, particularmente, de la filosofía kantiana. Immanuel Kant expresó, según Ross, la misma idea en su imperativo categórico, aunque en términos más filosóficos y prescindiendo, por cierto, de interpretaciones metafísico-religiosas. Dicho imperativo categórico ordena tratar a todas las personas como fines en sí mismas y nunca meramente como medios. A ello se agrega que, para el filósofo alemán, poseen dignidad precisamente aquellos seres que están en condiciones de fijarse fines a sí mismos. La dignidad es, así, el atributo "de un ser racional que no obedece ninguna otra ley que la que él mismo se da". Queda ligada, de esta manera, la dignidad humana a esa autonomía moral de los individuos a que nos referimos más arriba, lo cual nos sitúa de lleno en la modernidad. Es interesante constatar, por otra parte, que, luego de algún predominio de otras orientaciones filosóficas –entre ellas el marxismo–, la filosofía kantiana ha resurgido con gran fuerza en las últimas décadas, al punto que autores tan relevantes y disímiles entre sí, como Jürgen Habermas, John Rawls y Robert Nozick, reconocen expresamente algún grado de filiación kantiana.

Si nos olvidamos del respeto por la personalidad moral del hombre, se rompen, a juicio de Ross, las barreras que separan a aquél de la materia inanimada y, entonces, quedan abiertas las puertas para los campos de concentración, las cámaras de gas y los crematorios colectivos. A fin de cuentas, "para quienes se hayan independizado de las ideas tabú sobre el carácter sagrado de la vida humana –dice con alguna ironía–, son simplemente métodos expeditivos para liquidar a los opositores". El jurista danés reconoce que esos son casos extremos, pero expresa ca-

tegóricamente que la falta de respeto o el respeto insuficiente hacia el hombre es una característica de todas las autocracias.

Parece oportuno concluir este acápite con estas hermosas palabras de Ross: "Lo que nuestro tiempo necesitaba, más que ningún otro, luego de la disolución nazi de todos los valores, es una recuperación de la fe en la dignidad del hombre. Creo que la fuente más profunda de inspiración para esa regeneración siempre será encontrada en el humanismo y en la cristiandad que, durante miles de años, han sido el fundamento de nuestra cultura".

VII. La definición mínima de democracia de Norberto Bobbio. Promesas cumplidas e incumplidas de la democracia

Norberto Bobbio califica a su propia teoría de la democracia como una definición mínima de ella. *Mínima* pero *suficiente,* como se encarga de aclarar el mismo autor, dejando así de manifiesto que no pretende aludir con ello a ningún tipo de enfoque reduccionista, sino a una concepción puramente procedimental de dicho sistema de gobierno o, lo que es igual, a una noción formal de éste.

Decir "mínima", entonces, constituye, en este caso, no propiamente una reducción, sino una manera de llegar a una noción que, por hallarse en consonancia con los usos lingüísticos corrientes o más habituales, pueda ser en el hecho compartida por quienes invocan y prefieren la democracia como forma de gobierno, posibilitando así que podamos entendernos cada vez que hablamos de la democracia como algo que se contrapone a "todas las formas de gobierno autocrático".

Una definición *mínima* de democracia, en suma, se corresponde con una concepción *procedimental* de la misma, o –lo que es igual– con una noción *formal* de la democracia.

Una definición semejante considera la democracia como un conjunto de reglas o de procedimientos –en este sentido, un método–, que permiten adoptar las decisiones colectivas o de gobierno, esto es, aquellas que, junto con interesar a todos los miembros de la colectividad, resultan además vinculantes para éstos. "Todo grupo social –escribe Bobbio– tiene necesidad de

tomar decisiones vinculantes para todos los miembros del grupo, a objeto de proveer a la propia supervivencia, ya en el interior, ya en el exterior"

Lo anterior quiere decir que en toda sociedad resulta necesaria la adopción de decisiones orientadas hacia otros, o hacia todos, y estas decisiones –que podemos llamar decisiones colectivas o de gobierno–, al no poder ser tomadas por los individuos en forma aislada, es preciso que lo sean por alguien y que este alguien proceda en tal caso conforme a determinadas reglas y procedimientos que se hallan preestablecidos.

En otras palabras, en sociedades extensas y complejas como las que nos toca vivir, y que demandan constantemente la adopción de medidas o de decisiones de interés común, resulta inevitable plantearse la pregunta acerca de quién y cómo podrá tomar tales decisiones, o sea, *quién* y *cómo* deberá gobernar.

Toda forma de gobierno, en verdad, responde a esa doble pregunta. Las modalidades autocráticas de gobierno contestan diciendo que las decisiones colectivas deben ser tomadas por una persona determinada, o bien por un grupo circunscrito y limitado de personas, a quienes se suele identificar, incluso, como los llamados "naturalmente" a la tarea de gobierno: los más sabios, los moralmente mejor calificados, los que reconocen determinada filiación, cierta clase social, una casta religiosa o profesional cualquiera, etc. En cambio, la democracia, al responder a esa misma doble pregunta, lo hace sin saber ni determinar de antemano quién debe gobernar y cómo debe hacerlo; mejor aún, responde sobre la base de admitir que no hay un criterio cierto ni compartido acerca de quién deba gobernar ni tampoco acerca de cómo deba procederse desde el gobierno, de donde se sigue que lo más recomendable es que el gobierno, esto es, la facultad de adoptar decisiones colectivas, quede en manos, por breves lapsos determinados, en manos de cualquiera que la mayoría de las personas, debidamente consultadas, elija para esta misma función, quedando sujeta esta mayoría, en cuanto a cómo debe proceder desde el gobierno, a ciertas reglas fijadas igualmente de antemano.

En uno de sus trabajos –*Liberalismo e Democrazia*, de 1985–, Bobbio pudo escribir, en consecuencia, que la democracia es una de las varias formas de gobierno que existen, concretamente

"aquella en la que el poder se encuentra no en las manos de una sola persona o de pocas, sino de todas, o, mejor, de la mayor parte, y que, en cuanto tal, se contrapone a las formas autocráticas de gobierno, tales como la monarquía y la oligarquía". Por lo mismo –escribe en otros de sus ensayos– "democrático es un sistema de poderes en el que las decisiones colectivas, o sea, las decisiones que interesan a toda la colectividad (por pequeña o grande que sea) son tomadas por todos los miembros que la componen". Entonces, lo que caracteriza a la democracia como método "es el repudio a la violencia para resolver los conflictos políticos", porque "siempre es mejor contar las cabezas que cortarlas". En otras palabras, la democracia "es la contraposición del método de la discusión y la persuasión, por un lado, y el de la violencia, por otro. Es democrático –sigue Bobbio– aquel que trata de resolver una controversia no suprimiendo al adversario, sino convenciéndole, y si no logra convencerle, estableciendo un acuerdo basado en un compromiso. Cuando además los contendientes son muchos y el compromiso es difícil, vale la regla de la mayoría. Una regla puramente cuantitativa –concluye el autor–, pero –repetimos por nuestra parte– "siempre es mejor contar las cabezas que cortarlas".

De este modo, si la democracia responde a la cuestión de quién y cómo debe gobernar, lo hace, según se dijo antes, de una manera puramente procedimental, esto es, no determinando de antemano ni de una vez para siempre quién es el llamado a tomar las decisiones colectivas, ni tampoco cuál deba ser el contenido específico de estas mismas decisiones, sino tan solo preconfigurando un conjunto de reglas –"las reglas del juego", según Bobbio– que permiten a los propios subordinados al gobierno decidir periódicamente acerca de las personas que tendrán derecho a adoptar las decisiones de interés común, así como sobre los programas que orientarán el contenido de estas mismas decisiones.

A decir verdad, todas las formas de gobierno 1) responden a la cuestión de quién y cómo gobernar, y 2) fijan algunas reglas sobre ambos aspectos. Sin embargo, lo más característico del régimen democrático, como específica forma de gobierno que, en cuanto tal, se diferencia de las demás, reside en que, sin perjuicio de otras reglas que individualizaremos a continuación,

postula, como regla fundamental del sistema, que 3) las decisiones deben ser tomadas con la máxima participación y consenso de aquellos a quienes las decisiones afectan.

En suma: la regla básica de la democracia sería la de que en la adopción de las decisiones colectivas debe participar el mayor número de personas (toda la población adulta, por ejemplo); y establecido que el grupo, como tal, no puede instituir directamente, una a una, tales decisiones, esa misma regla estipula que quienes adopten en el hecho estas decisiones deben ser representantes del grupo, lo cual sólo es posible, en el hecho, si el grupo designa a sus representantes por medio de elecciones.

En una democracia, entonces, el poder no es *ejercido* directamente por el pueblo –porque en sociedades como las que vivimos el pueblo no puede estar reunido permanentemente en asamblea para acordar por referéndum todas las decisiones de interés común–, aunque sí puede decidirse que en una democracia el poder *proviene* o deriva del pueblo, en el sentido de que es a éste al que corresponde, por medio de determinaciones de mayoría, designar a quienes tendrán a su cargo la tarea de tomar las decisiones colectivas. A su vez, los elegidos para esta función, especialmente en el caso del órgano o poder legislativo, y una vez agotados los mecanismos de discusión y transacción que puedan conducir a la unanimidad o a consensos amplios, resolverán finalmente sobre el contenido de sus propias decisiones aplicando también la regla de la mayoría. Así, sólo en una democracia directa puede afirmarse que el pueblo decide o gobierna; en cambio, en nuestras democracias representativas –cuando las hay– lo único que puede decirse es que el pueblo elige a quien decide o gobierna.

Una concepción de este tipo define, en efecto, a la democracia como un conjunto de reglas de procedimiento, a las que comúnmente se llama reglas del juego, conforme a las cuales se adoptan las decisiones colectivas o de gobierno, es decir, aquellas que se dirigen a todos los miembros de la colectividad y que son vinculantes para ellos. Todo sistema de gobierno podría, en verdad, ser caracterizado de esa manera. Incluso, indica el maestro de Torino, en un estado monocrático, donde hay una sola persona que toma todas las decisiones colectivas, existe una re-

gla que establece que ella tiene el derecho de hacerlo y que fija el procedimiento que ha de seguir para ello y que permite distinguir sus decisiones individuales de las colectivas. Las reglas del juego establecen, así, en cualquier sistema político, quién está facultado para adoptar las decisiones de gobierno y cómo debe hacerlo.

De modo análogo a como hace Kelsen, Bobbio opone esta noción mínima o procedimental de democracia a la definición sustancial de la misma, que la caracteriza fijándose en su contenido y, específicamente, en los valores en los que el gobierno democrático debería inspirarse. Ella repara, de este modo, ya no en *quién* y *cómo* debe decidir, sino en *qué* se debe decidir. Dicha distinción corresponde, según el jurista italiano, a la que hacían los autores franceses del siglo XIX entre una democracia por el pueblo ("par le peuple") y una democracia para el pueblo ("pour le peuple"). La democracia en sentido procedimental es la democracia *por* el pueblo, o sea, aquella donde las reglas del juego prescriben que el pueblo intervenga en la adopción de las decisiones colectivas, en tanto la democracia sustancial se refiere a una democracia *para* el pueblo, definida por el orden socioeconómico impuesto a través de las decisiones gubernamentales. Estas dos cosas no necesariamente van unidas, pues una democracia por el pueblo puede no ser simultáneamente para el pueblo, si es que adquiere preeminencia un partido conservador, mientras que en el régimen de la antigua Unión Soviética o en el actual de Cuba pueden encontrarse ejemplos de regímenes políticos que no constituyen, en caso alguno, democracias por el pueblo, pero que pretenden ser democracias para el pueblo.

Ahora bien, establecido lo anterior, puede decirse que la democracia es un sistema de gobierno cuya regla fundamental dispone que las decisiones colectivas sean adoptadas con el máximo consenso de aquellos a quienes afectan esas mismas decisiones. Ese máximo consenso puede ser, según Bobbio, la unanimidad o, si ella no resulta posible, la decisión por mayoría. La primera sólo resulta aplicable cuando los que deciden son pocos y es ciertamente prescriptiva cuando ellos son dos. En la mayor parte de los casos habrá de aplicarse, por consiguiente, la regla de la mayoría. El maestro turinés destaca, sin embargo, que el solo empleo de dicha regla en la adopción de

las decisiones gubernamentales no confiere carácter democrático al sistema político. Así, el Senado romano, el Gran Consejo de Venecia y el Gran Consejo de la Italia fascista decidían por mayoría y ostensiblemente ninguno de los respectivos regímenes políticos era democrático. Para poder hablar de democracia se requiere, además, que quienes tienen derecho a participar en la toma de las decisiones sean, a su vez, la mayoría de las personas que constituyen un pueblo. Bobbio concluye, entonces, que la democracia exige "la máxima extensión de los derechos políticos", esto es, que "todos los ciudadanos, naturalmente una vez que hayan llegado a una cierta edad, tengan el derecho de participar, directa o indirectamente, en la toma de decisiones".

Por otra parte, Bobbio considera, al igual que Kelsen y Ross, que suscribir una definición procedimental de democracia no supone negar que ésta se relacione necesariamente con ciertos valores, pues el solo procedimiento democrático lleva incorporados, de partida, ciertos elementos axiológicos, por referencia a los cuales puede precisamente preferírselo a otros mecanismos para la adopción de las decisiones colectivas. Estos valores ínsitos en el procedimiento democrático son, para el jurista italiano, la igualdad política y la libertad positiva.

La relación de dicho procedimiento con la igualdad política resulta ciertamente evidente, pues, como dijimos, éste supone la máxima extensión de los derechos políticos, lo cual se concreta, en definitiva, en un derecho a sufragio universal e igualitario de todos los adultos.

Con la expresión libertad positiva, por su parte, alude Bobbio, con una terminología mucho más difundida en nuestros días, a aquello que Kelsen y Ross llamaron libertad social o política y libertad formal, respectivamente. En efecto, la libertad positiva, nos dice Bobbio, se refiere a aquella "situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros". Se la llama positiva, por cuanto indica la presencia de algo: de un atributo específico de la voluntad, que es la capacidad de moverse sin ser movida. Este tipo de libertad constituye, según el hoy nonagenario maestro, una cualificación de la voluntad, por lo que consiste en una libertad del querer y se refiere, a fin de cuentas, a una voluntad autodeterminada.

Aunque la libertad positiva puede enfocarse perfectamente desde el punto de vista del individuo, como hace Isaiah Berlin en sus *Dos conceptos de libertad*, Bobbio constata que la teoría política se ocupa fundamentalmente de la autodeterminación del cuerpo social en su conjunto, no porque carezca de interés la autodeterminación de los individuos que lo componen, sino por cuanto esta última constituye antes un problema moral que uno de carácter político. Por ello, según Bobbio, la libertad positiva ha sido defendida en el ámbito del pensamiento político, por lo menos inicialmente, por quienes adscribían a una concepción orgánica de la sociedad.

Es manifiesta también, entonces, la relación del procedimiento democrático con la libertad positiva. "Las decisiones colectivas, según la regla democrática –señala Bobbio–, pueden ser consideradas autónomas en el sentido que son los ciudadanos –el pueblo si queremos decir– los que se dan las leyes a sí mismos, mientras que cualquier gobierno diferente a aquel basado en la democracia, será un régimen fundado en el principio de la heteronomía, vale decir, de las leyes que vienen de lo alto." La valoración de la libertad positiva conduce, así, a la preferencia por la democracia, como ocurre claramente en el caso de Rousseau, cuyo concepto de libertad correspondía al de la autodeterminación del conjunto y que arribó, a partir de él, a una férrea defensa de la democracia.

Llegado a este punto, Bobbio advierte que la simple enunciación de las reglas procedimentales a que hemos aludido es insuficiente para caracterizar a la democracia, pues aquéllas requieren de ciertos presupuestos necesarios para su adecuado funcionamiento, como son la consagración y garantía de los derechos fundamentales de libertad y la vigencia del estado de derecho. Como es fácil apreciar, se trata, ahora, de elementos que no se encuentran ínsitos en el procedimiento democrático, pero que, como decíamos con Elías Díaz, han de estar presentes en toda democracia "por coherencia interna del sistema". Como señala Bobbio, "se puede definir la democracia a través de las reglas del juego. Pero, para que [...] los jugadores puedan jugar, deben ser libres de elegir el propio juego".

La necesidad de consagración de los derechos fundamentales de libertad como presupuesto del adecuado funcionamien-

to del procedimiento democrático vincula a la democracia con la libertad negativa. Esta corresponde, como es obvio, a lo que Kelsen denomina libertad natural y Ross libertad material, y se refiere, según Bobbio, a "la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos". Se llama negativa, porque supone la ausencia de algo, concretamente, la ausencia de constricción y de impedimento. En contraste con la libertad positiva, la de carácter negativo es, según Bobbio, una cualificación de la acción, y constituye, por lo mismo, una libertad de obrar y se refiere, en suma, a una acción no impedida ni constreñida. Por otra parte, la libertad negativa se presenta generalmente como una libertad del individuo. Ella surge históricamente como producto de la lucha del individuo contra el poder de los entes colectivos, como el Estado, a la vez que filosóficamente suele ser la manifestación de una concepción individualista de la sociedad. Ella se concreta, en consecuencia, en la garantía de un cierto catálogo de libertades individuales. Si la valoración de la libertad *positiva* conduce a la preferencia por la *democracia,* la opción en favor de la libertad *negativa* lleva, a su turno, al *liberalismo,* es decir, siguiendo de cerca a Bobbio, a aquella concepción según la cual el estado debe tener poderes y funciones limitados, en contraposición tanto al estado absoluto como al estado que hoy llamamos social.

Según el jurista italiano, libertad positiva y libertad negativa y, por lo tanto, democracia y liberalismo, marcharon por cauces separados hasta mediados del siglo XIX. Así, los primeros demócratas modernos, como el ya mencionado Rousseau, no eran liberales, puesto que no estaban mayormente interesados en limitar un poder gubernamental emanado de la propia voluntad general, es decir, del conjunto de los individuos sujetos a él. Por su parte, los primeros liberales, como Locke y Montesquieu, no eran demócratas, puesto que temían a la tiranía de la mayoría, en la que veían una seria amenaza para las libertades individuales, y eran partidarios, por lo tanto, de un gobierno limitado por la separación de poderes y por el deber de respetar ciertos derechos fundamentales, pero en que la participación estaba restringida a un reducido sector de la población. El primer autor, a la vez, demócrata y liberal fue, según Bobbio, el

genial John Stuart Mill, quien, junto con adherir a la democracia, estimaba imprescindible limitar el poder, aunque éste fuera el de la mayoría.

Hoy resulta claro que los dos ámbitos de la libertad a que hemos aludido no sólo son perfectamente compatibles, sino que se potencian y retroalimentan mutuamente, al punto que difícilmente pueden darse por separado. Como dice el jurista italiano, "sin libertades civiles [...] la participación del pueblo es un engaño; pero sin participación popular en el poder, las libertades civiles tienen bien pocas probabilidades de durar". Por lo mismo, democracia y liberalismo han llegado a ser inseparables, pues hoy no es posible concebir una democracia no liberal ni un liberalismo no democrático. "Así –declara Bobbio–, la democracia no puede funcionar si no se presupone toda la tradición del liberalismo, es decir, toda la tradición de los derechos de libertad, que son el presupuesto de la acción misma democrática." Eso implica fundamentalmente la consagración y garantía de las libertades de pensamiento, expresión, reunión y asociación. Según Bobbio, el modo más apropiado para conseguir tal propósito es, por su parte, recoger tales derechos en los textos constitucionales, dejándolos fuera de toda posible intervención de la mayoría, y conceder a una corte constitucional la facultad de abrogar aquellas leyes aprobadas por el parlamento que lesionen tales derechos fundamentales. La idea, de Ernesto Garzón Valdés, de un coto vedado imprescindible para la preservación del propio sistema democrático, que vimos a propósito de Kelsen, reaparece aquí con particular nitidez.

Como escribe a este respecto Andrea Greppi, "uno de los elementos más característicos del pensamiento político de Bobbio ha sido la idea de que las dos formas de libertad, y en general todas las libertades, son solidarias". En palabras del propio Bobbio, "desde el punto de vista de las libertades, son libres aquellas sociedades o aquellos estados en los que la libertad negativa de los individuos o de los grupos se une con la libertad positiva de la colectividad en su conjunto, aquellos en los que un amplio margen de libertad negativa de los individuos o de los grupos (la llamada libertad civil) es *condición* para el ejercicio de la libertad positiva del conjunto (la llamada libertad política)". Por eso que "liberalismo y democracia están vinculados

necesariamente entre sí, en el sentido de que sólo la democracia es capaz de realizar plenamente los ideales liberales y que sólo el estado liberal ofrece las condiciones para la realización de la democracia".

Un régimen democrático actual debe asimilar, a juicio de Bobbio, no solamente la tradición de los derechos fundamentales de libertad, sino también otra gran tradición del estado moderno, como es la del estado de derecho. Es preciso destacar, en todo caso, que este tercer y último elemento de la definición mínima de democracia de Bobbio tiene una estrecha relación con el que acabamos de analizar, puesto que la exigencia del estado de derecho persigue, ante todo, asegurar la existencia de condiciones adecuadas para el respeto de los derechos fundamentales de las personas. Por consiguiente, puede observarse que la perspectiva de Bobbio se parece mucho en esto a la de Ross, quien, junto a la necesidad de consagración de ciertas libertades individuales, mencionaba también la importancia de garantizar una cierta seguridad pública, con el objeto de impedir las intervenciones arbitrarias de la autoridad en la vida de los individuos.

Bobbio adscribe a lo que él califica como una definición *fuerte* o intermedia de estado de derecho, que entiende a éste como el "gobierno de las leyes". Ella se ubica entre la definición *débil,* que es la que da Kelsen, cuando dice que todo estado constituye un estado de derecho, porque todo estado es regulado por el derecho, y la definición *fortísima,* que es la que sostienen las doctrinas iusnaturalistas, para las cuales sólo hay estado de derecho cuando se encuentran reconocidos ciertos derechos naturales anteriores y superiores al propio estado.

El "gobierno de las leyes" a que se refiere Bobbio supone, por una parte, que los gobernantes estén sometidos o subordinados a la ley, o "gobierno sub lege", y, por otra, que los mismos gobiernen a través de las leyes, o sea, por medio de normas generales y abstractas, iguales para todos, lo que da lugar, a su turno, al "gobierno per lege". El primero de ellos impide o, por lo menos, obstaculiza el abuso del poder. El "gobierno per lege", en tanto, se conecta con la igualdad ante la ley, al eliminar los privilegios y discriminaciones; con la seguridad jurídica, al permitir la previsibilidad de las consecuencias de los propios actos;

y, finalmente, con la libertad, porque las leyes, al limitar el comportamiento de los individuos, lo hacen "únicamente a objeto de permitir a cada uno gozar de una propia esfera de libertad protegida contra la eventual interferencia ajena". Por otra parte, entre los mecanismos concretos que un estado de derecho habría de incorporar se cuentan, según Bobbio, el control del poder ejecutivo por parte del poder legislativo, el control del poder legislativo a través de un órgano jurisdiccional que lleve a cabo el examen de constitucionalidad de las leyes que ese poder produce, una autonomía relativa de los gobiernos locales respecto del gobierno central y, en fin, un poder judicial independiente del poder político.

Uniendo los tres elementos que integran su definición mínima de democracia, a saber, las reglas procedimentales que la caracterizan, la tradición liberal de los derechos fundamentales de libertad y la concepción, igualmente tradicional, del estado de derecho, Bobbio se permite proponer una cierta noción de democracia. "Podemos definir la democracia –nos dice– como aquel régimen que permite tomar decisiones con el máximo de consenso de los ciudadanos, fundado sobre los principios de libertad, de modo que los ciudadanos puedan elegir a sus gobernantes, y, al mismo tiempo, fundado sobre el principio del Estado de Derecho, que es lo que obliga a los gobernantes a no exorbitar su poder y a ejercerlo en el ámbito de un sistema de normas escritas."

Sintetizando, y valiéndonos de lo que el propio Bobbio escribe a propósito de las reglas de la democracia, en su trabajo *¿Qué alternativas a la democracia representativa?*, tales reglas serían las siguientes: a) todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, sin distinciones, deben gozar de los derechos políticos, o sea, del derecho a expresar con el voto su propia opinión y/o elegir a quien la exprese por él; b) el voto de todos los ciudadanos debe tener el mismo peso (o sea, debe contar por uno); c) todos los ciudadanos que gozan de los derechos políticos deben ser libres de votar según su propia opinión, formada lo más libremente posible, o sea, en una libre porfía entre grupos políticos organizados que compiten entre sí para acumular las peticiones y transformarlas en deliberaciones colectivas; d) deben ser libres también en el sentido de que de-

ben ser puestos en condiciones de tener alternativas reales, o sea, de escoger entre diversas soluciones; e) tanto para las deliberaciones colectivas como para las elecciones de los representantes vale el principio de la mayoría numérica, si bien pueden establecerse diversas formas de mayoría (relativa, absoluta, calificada), en determinadas circunstancias previamente establecidas; y f) ninguna decisión tomada por la mayoría debe limitar los derechos de la minoría, particularmente el derecho a convertirse, en paridad de condiciones, en mayoría.

En cuanto, ahora, a la relación entre democracia e igualdad, cabe reiterar, por de pronto, que el solo procedimiento democrático conlleva de suyo un cierto nivel de igualdad política. A ello hay que agregar que los otros dos elementos de la definición bobbiana de democracia se conectan también con otros tantos ámbitos de la igualdad. Así, la consagración y garantía de los derechos fundamentales de libertad supone la igualdad de derechos, que significa precisamente asegurar a todos el goce de ciertos derechos fundamentales. A su vez, la vigencia del estado de derecho implica a la igualdad frente a la ley, que prescribe la exclusión de toda discriminación arbitraria tanto al juez como al legislador. Por último, puede afirmarse también que estos tres tipos de igualdad a que nos hemos referido presuponen un cuarto y más elemental aspecto de la misma, como es la igualdad jurídica, que conduce a reconocer a todo individuo como sujeto de derecho. Como se puede apreciar, todas estas dimensiones de la igualdad que, según Bobbio, se conectan íntimamente con la democracia, corresponden a una igualdad formal y no a la igualdad material. Se trata, a fin de cuentas, de una igualdad en la libertad, que tiene el valor de permitir la máxima expansión posible de ésta. "La única forma de igualdad que no sólo es compatible con la libertad tal como es entendida por la doctrina liberal, sino que incluso es exigida por ella –señala Bobbio–, es la igualdad en la libertad: lo que significa que cada cual debe gozar de tanta libertad cuanto sea compatible con la libertad ajena y puede hacer todo aquello que no dañe la libertad de los demás."

En lo que toca a la relación entre democracia e igualdad material, social o económica, la respuesta de Bobbio es similar a la de los autores anteriores y, particularmente, a la de Ross.

Tal dimensión de la igualdad no se cuenta entre los elementos constitutivos de la democracia, sino que es simplemente uno de los posibles contenidos a que ésta puede conducir. No hay, entonces, relación necesaria entre ellas, pero tampoco, en principio, incompatibilidad. Bobbio cree, no obstante, que las excesivas desigualdades son un peligro para la democracia. Así, opina que si "hasta el presente, el abrazo entre democracia y capitalismo ha sido un abrazo vital", "habrá que estar atentos a que no se convierta en un abrazo mortal", pues en las democracias occidentales "el poder económico ha alcanzado tales cotas que, evidentemente, condiciona de modo preocupante la actividad política". Por otra parte, nos advierte también de las funestas consecuencias que se seguirían de una igualdad absoluta. "La realización integral de la igualdad –afirma–, como siempre lo han pretendido los socialistas utópicos, por ejemplo, crea la nivelación y ésta mata la libertad. Si leemos el 'catequismo' de los partidarios de la igualdad, nos horrorizamos del hecho que la humanidad es reducida, a través de esta idea de igualdad absoluta, a una disciplina férrea. Porque para mantener la igualdad absoluta se requiere mantener una disciplina férrea."

Bobbio reconoce, por otra parte, que el encuentro entre democracia y socialismo no es, en modo alguno, algo fácil. Constata, de partida, que "hasta ahora la democracia ha sobrevivido solamente en los regímenes capitalistas totales o parciales. No se puede hablar de democracia socialista –continúa– únicamente porque una democracia socialista hasta ahora no se ha dado". En su conferencia de Valparaíso llegó a sugerir, incluso, que las dificultades que enfrenta tal combinación podrían explicarse siguiendo la analogía que trazan ciertos autores liberales entre democracia y mercado. "Probablemente –sostuvo– esta asimilación entre mercado económico y mercado político puede explicar, en algún sentido, por qué es más fácil la sobrevivencia de la democracia en una sociedad de mercado económico que en una sociedad en la cual es abolido completamente el mercado económico y, en consecuencia, perecería, pero es un problema que habría que examinar más detenidamente, que acarrea la abolición del mercado político".

Con todo, si algo caracteriza el pensamiento político de Bobbio es el intento de conciliar, hasta donde resulte posible,

libertad e igualdad en las condiciones materiales de vida de las personas. Es ese intento, por lo demás el que lo ha conducido a una posición que sin contradicciones ni paradojas es llamada por él mismo "liberalsocialismo". Como sugiere el propio Bobbio, la historia de las sociedades capitalistas ha favorecido la idea de que la libertad se conserva al precio de provocar o mantener las desigualdades materiales existentes, como por su parte las sociedades socialistas que conocemos han estimulado la convicción de que niveles aceptables de igualdad sólo pueden ser conseguidos al precio de tener que sacrificar la libertad. Por lo mismo –cree Bobbio– es necesario levantar un ideal que combine libertad e igualdad, un ideal que proclame la exigencia de que los hombres, además de libres, sean iguales, aunque no en el sentido absoluto de esta última palabra. Así las cosas, a lo que Bobbio adhiere en este punto no es al *igualitarismo*, o igualdad de todos en todo, sino tan sólo a la *igualdad*, esto es, a la igualdad de todos en algo.

Para un desarrollo mayor de estas ideas, léanse del autor de este libro *Derecha e izquierda: la igualdad hace la diferencia*, y *Libertad e igualdad en el pensamiento político de N. Bobbio: ¿se puede ser liberal y a la vez socialista?*

Robert Dahl, que ha analizado con algún detalle el tema de las relaciones entre democracia, capitalismo y socialismo, constata, al igual que Bobbio, que la experiencia demuestra inequívocamente que "la democracia poliárquica sólo ha existido en países con predominio de economías de mercado capitalista y nunca (o como mucho brevemente) en países con predominio de economías que no eran de mercado". En cuanto a las razones que llevan a ello, Dahl sostiene que ciertos rasgos básicos de la economía de mercado la hacen favorable para las instituciones democráticas, mientras que algunos de los caracteres principales de la economía centralizada resultan perjudiciales para ella. Así, en primer lugar, el capitalismo conduce, a largo plazo, al crecimiento económico y éste es, según dicho autor, favorable para la democracia, puesto que ayuda a reducir los conflictos sociales y políticos y permite, dada la mayor disponibilidad de recursos, estimular una ciudadanía educada y culta. En segundo lugar, genera una amplia clase media, que es la aliada natural de las libertades y de las ideas democráticas. Por último,

y esto es seguramente lo más importante, "una economía de mercado capitalista elude la necesidad de un poderoso, incluso autoritario, gobierno central", debido a que deja entregadas muchas decisiones económicas a individuos y empresas relativamente independientes.

Una economía centralmente planificada, por su parte, además de arrastrar generalmente ciertas dosis de ineficiencia –pues su buen funcionamiento requiere disponer de una cantidad de información fiable muy difícil de reunir–, pone los recursos de toda la economía a disposición de los titulares del poder del estado, confiriéndoles un enorme poder. Por ello, afirma Dahl, "las economías de planificación central se han asociado siempre con los regímenes autoritarios". Y luego concluye que, en sentido estricto, "el experimento histórico que combine instituciones democráticas con una economía de dirección central en tiempos de paz, no se ha intentado nunca. Por lo pronto –agrega–, espero que nunca lo sea. Las consecuencias probables son, creo, completamente previsibles. Y no auguran nada bueno para la democracia".

No obstante lo anterior, Dahl reconoce que hay también algunos aspectos de la economía liberal que resultan perjudiciales para la democracia. En particular, sostiene Bobbio que, "dado que el capitalismo de mercado inevitablemente genera desigualdad, limita el potencial democrático al crear desigualdades en la distribución de los recursos políticos". Algunos ciudadanos obtienen, de esta manera, una influencia significativamente mayor que otros sobre las decisiones políticas y acciones de gobierno. "La democracia y el capitalismo de mercado –dice por ello Dahl– son como dos personas unidas en un tempestuoso matrimonio dividido por el conflicto, pero que aun así perdura porque ninguna de las dos desea separarse de la otra". El gran desafío, por lo tanto, que Dahl estima verdaderamente difícil, es hacer que el matrimonio entre ambos pueda ser más beneficioso y permita alcanzar una mayor democratización de la poliarquía.

Parece oportuno que nos preguntemos, a continuación, cuál es el fundamento de la democracia para Norberto Bobbio. Desde luego, resulta mucho más complicado responder a esta cuestión respecto del jurista turinés que de los dos autores anteriores,

puesto que Bobbio no aborda este tema de un modo explícito y sistemático y nos obliga, por tanto, a hurgar entre los rastros que deja sobre el particular en sus numerosos escritos dedicados a la democracia. Con todo, creemos que puede afirmarse, con razonable certeza, que el autor italiano ubica las raíces más profundas de dicho sistema político en una concepción individualista de la sociedad. Así, en *El futuro de la democracia* expresa lo siguiente: "Nunca se insistirá lo bastante, contra toda tentación organicística recurrente [...], en que la doctrina democrática reposa sobre una concepción individualista de la sociedad. Por lo demás, no de forma distinta del liberalismo. Ello explica por qué la democracia moderna se ha desarrollado y existe sólo allá donde los derechos de libertad han sido constitucionalmente reconocidos". Por otra parte, en *Fundamento y futuro de la democracia* nos dice: "Esta concepción individualista del Estado es fundamental en el liberalismo y en la democracia". "Los modernos, a través, naturalmente, de la influencia del cristianismo –no hay duda–, y luego a través de todas las teorías iusnaturalistas, fundaron el principio de convivencia ante todo sobre el individuo, sobre la dignidad del individuo, y de ahí viene el resto". Esta manera de concebir la sociedad a que alude Bobbio está, como puede verse, íntimamente vinculada a la idea de dignidad humana que vimos con Ross.

Bobbio critica a la izquierda por su tradicional distancia hacia esa concepción individualista, a la vez que encuentra en la adhesión a ella la explicación del resurgimiento del liberalismo en las últimas décadas. Dice así: "El pensamiento liberal sigue renaciendo, incluso bajo formas que pueden chocar por su carácter regresivo y, desde muchos puntos de vista, claramente reaccionarias [...], porque se funda en una concepción filosófica de la que, guste o no, nació el mundo moderno: la concepción individualista de la sociedad y de la historia. Una concepción que –a mi parecer– la izquierda –aparte algunas formas de anarquismo– no ha tomado nunca debidamente en serio y de la que, sin embargo, no puede prescindir ningún proyecto que tenga por finalidad la liberación, una liberación cada vez mayor (¿de quién, sino del individuo?)". Bobbio propone, por lo mismo, un nuevo proyecto de contrato social que combine la concepción individualista de la sociedad, propia del liberalismo, con un prin-

cipio de justicia redistributiva, que lo haga compatible con la tradición teórica y práctica del socialismo. Esa opción intelectual y política es la que Bobbio llama socialismo liberal, o liberalsocialismo, retomando expresiones acuñadas en Italia en la época de la resistencia contra el fascismo.

Pero si bien Bobbio no se ocupa de modo explícito de la cuestión del *fundamento* de la democracia, sí especifica los *beneficios* que representa esta forma de gobierno.

Cree Bobbio, en síntesis, que son tres las perspectivas fundamentales a partir de las que pueden ser considerados los beneficios del método democrático: una perspectiva *ética*, otra *política*, y por último, una perspectiva *utilitaria*.

La primera –la perspectiva *ética*– nos permite dar un valor positivo a la democracia en cuanto relaciona a ésta con la llamada libertad positiva –o libertad como autonomía–, en virtud de la cual el hombre es más libre cuando obedece las leyes que él mismo ha prescrito, o bien, cuando puede elegir a quienes se confía la producción del derecho al interior de la comunidad, y, por esta vía, a quien se confía igualmente la adopción de decisiones colectivas y vinculantes para todos. Y si bien es cierto que cuando el pueblo actúa por medio de representantes queda antes sujeto a un querer ajeno que a un querer propio, ese querer ajeno, en el caso de la democracia, es propiamente un querer delegado. Por lo mismo, y en palabras ahora del propio Bobbio, "tal vez sería mejor decir que el método democrático tiende a la realización de la autonomía, cuya plena realización, sin embargo, queda aplazada para un, seguramente utópico, reino de la libertad". Situado siempre en esta perspectiva ética, Bobbio puede agregar lo siguiente: "Si es cierto que cada uno es tanto más libre cuanto menos obedece a otros y más se obedece a sí mismo, el método democrático [...] es aquel que permite la realización del máximo de libertad en la esfera de la vida política, o sea, en la esfera en la que se toman las decisiones que se hacen vinculantes para toda la comunidad".

En cuanto a la perspectiva *política*, la democracia resulta preferible en cuanto se trata de la forma de gobierno más eficaz para impedir y para corregir los abusos del poder. En esta parte, Bobbio echa mano de una cita de Montesquieu, quien nos recuerda, por su parte, que "es una experiencia eterna el he-

cho de que todo hombre que tiene en su mano el poder es llevado a abusar de él, procediendo así mientras no encuentre límites". Pues bien –concluye Bobbio–, si la propia historia de la filosofía política puede ser considerada como una "larga, continua y atormentada reflexión" sobre el tema de cómo se puede limitar el poder, esa misma historia enseña que "uno de estos límites (no el único) es el control popular que el método democrático permite ejercer".

Finalmente, y según la perspectiva que Bobbio llama *utilitaria*, la democracia sería preferible en cuanto se considera que "los mejores intérpretes del interés colectivo son los propios interesados", quienes al deliberar y adoptar acuerdos, no directamente, sino a través de representantes o intermediarios, disminuyen considerablemente los obstáculos que representa para toda deliberación la excesiva variedad de puntos de vista, opiniones e intereses que puedan existir al interior de la sociedad. De este modo, puede decirse que "las instituciones de la democracia delegada o representativa nacen de la necesidad de simplificar la multiplicidad de las opiniones. Esta simplificación se produce, por un lado, a través de esos procesos que, en jerga, se llama agregación de la petición; por el otro, a través de la designación de representantes o delegados que están ya, en cierta forma, orientados, y cuya conformidad o cuyo choque se produce sobre puntos preestablecidos".

Para concluir, parece apropiado destacar que Bobbio, siempre escéptico, e incluso pesimista, no tiene, desde luego, una actitud ingenua ni mucho menos complaciente respecto de la democracia. Está cabalmente consciente de sus ventajas, pero lo está, asimismo, de sus limitaciones, riesgos y promesas incumplidas. Por eso, al hablar del futuro de la democracia, hace presentes problemas como el triunfo de la representación de intereses sobre la representación política, la persistencia de las oligarquías, el espacio social más bien limitado en que tienen su aplicación las reglas del método democrático, los poderes invisibles que acosan a éste y, en fin, la falta de educación para la ciudadanía que se percibe en la población de buena parte de los estados democráticos. Ello no le impide, sin embargo, ponerse a salvo de una visión catastrofista sobre el porvenir de la democracia y prevenirnos acerca de los riesgos que tal perspec-

tiva entraña. "Hay que tener mucho cuidado –señala– en criticar en demasía al sistema democrático, porque cualquier otro sistema es peor, más negativo de lo que puede llegar a ser una mala democracia. Es preferible un mal sistema democrático que una buenísima dictadura. Entiendo que el bien con mayúscula no existe. En las ocasiones en las que se ha querido conseguir ese bien absoluto, el sistema ha devenido en una dictadura totalitaria. En política se trata de conciliar intereses de muy distintos signos y por ello no existe el bien. Unicamente convivimos con el mal menor. Juzgar las cosas políticas desde la perspectiva de esa búsqueda del máximo bien no conduce más que al máximo mal. Contentémonos con lo que tenemos y tratemos de modificar la democracia con medidas democráticas".

Con todo, y antes de concluir del todo con la exposición de la teoría democrática de Bobbio, conviene detenerse un instante en esas 6 promesas incumplidas de la democracia, que el autor italiano identifica y analiza en su libro *El futuro de la democracia.* Una identificación y un análisis que ponen de relieve la diferencia entre "los ideales y la tosca materia".

La *primera* de tales promesas se refiere a que el modelo ideal de la sociedad democrática era el de una sociedad *centrípeta,* mientras que la realidad que tenemos hoy ante los ojos es la de una sociedad *centrífuga* que no tiene un solo centro de poder (la voluntad general de Rousseau), sino muchos centros de poder, lo cual trae consigo denominaciones como "policéntrica" o "poliárquica" para ese tipo de sociedad. "El modelo del estado democrático fundado en la soberanía popular –dice Bobbio–, que fue ideado a imagen y semejanza de la soberanía del príncipe, era el modelo de una sociedad monística. La sociedad real, subyacente a los gobiernos democráticos, es pluralista."

"Pluralista", añadimos por nuestra cuenta, no únicamente en el sentido habitual del término, que lo relaciona con la diversidad de creencias y modos de vida y con la aceptación de aquellas y estas, percibiendo tal diversidad como un bien y no como un mal ni una amenaza, sino en el otro sentido que se da también a esa palabra cuando se la vincula a la proliferación y autonomía de los centros de poder.

Sin embargo, en esa primera promesa no cumplida de la democracia ha de verse un hecho positivo para ésta. La democracia

moderna ha de contar con el pluralismo, lo cual significa "que la democracia de un Estado moderno sólo puede ser una democracia pluralista", puesto que democracia y pluralismo tienen en común que tanto organizan como limitan el poder. Representan, en síntesis, "dos remedios distintos, pero no necesariamente alternativos, contra el poder exorbitante". La primera promueve el poder no desde arriba, sino desde abajo, y el pluralismo prefiere no un poder concentrado, sino un poder distribuido.

La *segunda* de las promesas no cumplidas la encuentra Bobbio en lo que él llama el "desquite de los intereses", expresión ésta con la que quiere establecer un contrapunto con la representación política.

La democracia moderna nació como democracia representativa, en contraposición a la democracia directa que practicaron los antiguos. Así las cosas, nuestra democracia habría debido caracterizarse por la representación política, o sea –dice Bobbio–, "por una forma de representación en la que el representante, al ser llamado a velar por los intereses de la nación, no puede estar sujeto a un mandato vinculado a los intereses particulares del representado".

Es una figura más propia del derecho privado, lo que ha ido de hecho abriéndose camino es la idea de que el representante ha de velar por los intereses particulares del representado antes que por los de la nación en su conjunto. A todo lo cual se ha sumado también la estrategia de los distintos grupos de intereses a identificar el interés nacional con el del propio grupo que en un momento determinado plantea una reivindicación o protagoniza un conflicto social cualquiera.

Entre tales grupos, por cierto, se encuentran los partidos políticos en que suelen militar los representantes, que en nombre de la llamada "disciplina del partido" violan habitualmente la prohibición de mandato imperativo, propio de la representación de intereses.

La prohibición de mandato imperativo –cree Bobbio– es actualmente una regla sin sanción, puesto que "la única sanción temible por el diputado cuya reelección depende del apoyo del partido es la derivada de la transgresión de la regla opuesta, que le impone considerarse vinculado al mandato que ha recibido del propio partido".

Con todo, lo que pareciéramos estar viviendo últimamente, según nuestro parecer, es un debilitamiento de la disciplina partidaria, mas no en nombre de los intereses de la nación, y ni siquiera en el de los electores a quienes se dice querer satisfacer, sino en interés del propio representante.

Lo que parece predominar hoy por parte de los representantes es la servidumbre a un pragmatismo bastante tosco que consiste en asegurar, a como dé lugar, su éxito personal en la vida política. Casi ninguno de ellos invoca ya los intereses superiores del partido a que pertenece, y todos se muestran más bien dispuestos a privilegiar los intereses de sus votantes que a poner atención en aquellos que puedan concernir a la sociedad en su conjunto.

¿Intereses de la nación, intereses de la coalición de la cual forma parte el partido del representante, intereses del partido propiamente tal, intereses del grupo o sector de su partido del que el representante forma parte? Sobre todos esos intereses lo que parece prevalecer hoy es el interés del propio representante por acceder a esta condición o en conservarla, para lo cual, claro está, no le queda más alternativa que declararse vinculado a los intereses de sus electores, aunque presentándolos bajo la denominación blanda, difusa, trivial, pero electoralmente exitosa, de los "problemas de la gente".

Ello explica, por ejemplo, que un candidato presidencial que estuvo a punto de obtener el triunfo en nombre de los así llamados "problemas de la gente", haya luego adoptado en su siguiente incursión electoral el eslogan de "24 horas a su servicio", una frase publicitaria que recuerda aquella que es posible encontrar a la entrada de algunas farmacias y botillerías.

La derrota del poder oligárquico es la *tercera* de las promesas no cumplidas de la democracia, según Bobbio.

Según Bobbio, el principio inspirador del pensamiento democrático ha sido siempre la libertad entendida con autonomía, o sea, como "capacidad de darse leyes a sí mismo", un principio que debería tener como consecuencia "la perfecta identificación entre quien pone y quien recibe una regla de conducta y, en consecuencia, la eliminación de la tradicional distinción entre gobernantes y gobernados".

Lejos de eso, la democracia representativa, que es por lo demás la única que hoy funciona, "constituye ya de por sí una renuncia al principio de la libertad como autonomía" –dice Bobbio–, o, cuando menos –diríamos por nuestra parte– una evidente atenuación de ese principio, puesto que en una democracia –como hemos visto antes– el pueblo propiamente no gobierna, aunque sí elige al que gobierna.

La democracia representativa genera lo que Gaetano Mosca llamó hace ya tiempo la "clase política", una elite que es la que de hecho negocia y adopta las decisiones públicas más relevantes, aunque no pocas veces lo hace de espaldas a los ciudadanos. Como recuerda el propio Bobbio, "Joseph Schumpeter dio completamente en el blanco cuando sostuvo que la característica de un gobierno democrático no es la ausencia de elites, sino la presencia de más elites en competencia entre sí por la conquista del voto popular".

Por otra parte, si la democracia no ha logrado derrotar por completo al poder oligárquico, mucho menos ha conseguido ocupar todos los espacios en que se ejerce un poder que toma decisiones vinculantes en nombre de todo un grupo social.

He aquí, ahora, la *cuarta* de las promesas incumplidas.

Es evidente que la democracia, merced a la ampliación del derecho de sufragio y del derecho a ser elegido para cargos de representación popular, ha tenido una considerable expansión al reconocer esos derechos a toda la población adulta. Pero lo que interesa no es únicamente la pregunta "¿quién vota?", sino también esta otra: "¿dónde se vota?". Tal como escribe Bobbio a este respecto, "cuando se quiere saber cuál ha sido el desarrollo de la democracia en un determinado país, no se debería comprobar si ha aumentado el número de aquellos que tienen derecho a participar en las decisiones que le afectan, sino los espacios en que pueden ejercer este derecho". Y concluye: "mientras no sean cercenados del proceso de democratización los dos grandes bloques de poder que existen en la cumbre de las sociedades avanzadas, la empresa y el aparato administrativo –suspendiendo el juicio si ello es, además de posible, también deseable–, no puede considerarse acabado el proceso de democratización".

"...Suspendiendo el juicio si ello es, además de posible, también deseable." Esta prevención de Bobbio, en nuestro parecer,

se relaciona con la cuestión de si la democracia es una forma de gobierno de la sociedad que puede ser también aplicada con éxito a las distintas organizaciones que se forman al interior de la sociedad, tales como universidades, empresas, escuelas y otras.

En nuestro parecer, la democracia es una forma de gobierno de la sociedad y no de las organizaciones, puesto que no parece posible, ni menos todavía deseable, que en estas últimas se aplique también, irrestrictamente, la regla más propia del sistema democrático, a saber, la regla de la mayoría.

Queda a salvo, en todo caso, la posibilidad, como asimismo la conveniencia, de que en las organizaciones haya democracia en el sentido humano que Alf Ross atribuye también a ese término, aunque es difícil concebir hoy a una empresa, a una universidad, a una escuela, a una iglesia, a un ejército o a una familia, resolviendo los asuntos que le conciernen conforme a la regla de la mayoría. Nada impide, sin embargo, que en organizaciones como esas pueda y deba imperar un clima organizacional transparente, sujeto a reglas y procedimientos conocidos, participativo en alguna medida, y en el que los llamados en último término a adoptar las decisiones se muestren dispuestos a comunicar las razones de éstas y a escuchar de quienes se ven afectados por ellas las razones que podrían dar por su parte para preferir decisiones diferentes.

La *quinta* promesa no cumplida por las democracias reales que conocemos es la eliminación del poder invisible, expresión esta última con la que Bobbio alude al estado invisible que existe junto al estado visible, al conjunto de poderes relativamente enmascarados que se mueven tras el poder sin máscara, a los poderes fácticos –en suma– que toman sus decisiones en el escenario del poder no a telón descorrido, sino en la penumbra del sigilo y del secreto, afectando con ellas a buena parte de la sociedad.

Urge entonces perfeccionar el control público del poder, tarea en la cual juegan un papel relevante los medios de comunicación, a condición de que sean libres y no actúen como instrumento de algún otro poder en la sombra, y a condición –asimismo– de que lo que persigan con sus denuncias sea mucho más que la notoriedad y la mejoría de sus ventas o de la situación y rating de sus programaciones.

Por otra parte, huelga decir –como advierte también Bobbio–, que el control del poder es mucho más necesario en una época como la nuestra, "en que los instrumentos técnicos de los que puede disponer quien ostenta el poder, para conocer capilarmente todo lo que hacen los ciudadanos, están enormemente aumentados". En verdad, "ningún déspota de la Antigüedad, ningún monarca absolutista de la Era Moderna, aun rodeado por miles de espías, pudo obtener jamás sobre sus súbditos todas las informaciones que el más democrático de los gobiernos puede conseguir hoy gracias al empleo de los cerebros electrónicos".

En cuanto a la *sexta* y última de las promesas no cumplidas de la democracia, Bobbio alude a la insuficiente educación para la ciudadanía que se aprecia en buena parte de las actuales sociedades democráticas.

Si bien la democracia requiere de ciudadanos activos, lo que muchas veces predomina son los de signo contrario, los pasivos, unos ciudadanos –estos últimos– que por su docilidad o indiferencia suelen ser preferidos por los gobernantes.

El fenómeno de la apatía política, tan visible hoy en las sociedades democráticas, constituye una buena prueba acerca de la falta de esos ciudadanos activos que la democracia necesita para desarrollarse. Una apatía política que se muestra en la significativa proporción de jóvenes que no se inscriben en los registros electorales, en la alta abstención al momento de ser llamados a las urnas y en la no despreciable cantidad de votos blancos y nulos que aparecen al momento del recuento de los sufragios. Como escribe a este respecto Alain Minc, "nos encontramos en brazos del voto censitario a través de un rodeo inesperado. Ya no es el nivel de renta el que determina las fronteras de la "sociedad razonable", sino la manera de excluir de la misma (o de excluirse, añadiríamos por nuestra parte) a una multitud de ciudadanos". Es lo que otro autor llama la "deserción civil".

Bobbio está consciente de las interpretaciones benévolas que circulan hoy sobre la apatía política, pero –declara– "ni siquiera las interpretaciones más benévolas me pueden quitar de la cabeza la idea de que los grandes escritores democráticos dudarían mucho si los pusieran en el dilema de reconocer en la renuncia a usar el propio derecho un beneficio fruto de la educación para

la ciudadanía". Y recuerda entonces como Tocqueville, en un discurso de 1848, se anticipó a calificar como "moral baja y vulgar" la de aquellos que sustituyen "las opiniones, los sentimientos y las ideas comunes" por sus "intereses particulares"; una moral según la cual –siempre en palabras de Tocqueville– "quien goza de los derechos políticos supone que puede hacer un uso personal de los mismos en su propio interés".

Apoyo político a cambio de favores personales, apoyo político, incluso, a cambio de una oferta inmediata de trabajo, del pago de una cuenta pendiente o de un puñado de mercaderías: he aquí el triunfo de lo que se llama el "voto clientelar", que no pocos analistas políticos celebran con extasiada ingenuidad como una expresión más del mercado omnipotente de las sociedades capitalistas actuales.

Como advierte el propio Bobbio, la analogía entre democracia y mercado debe ser "tomada con todas las reservas y la máxima cautela, ya que son muchas las afinidades aparentes y no pocas las diferencias sustanciales".

Promesas no cumplidas, declara Bobbio respecto de los seis compromisos antes señalados, que la democracia no ha sabido mantener. Sin embargo, ¿eran promesas que se podían cumplir?

Más allá de que siempre se producirá un hiato entre "los altos ideales" y "la tosca materia", Bobbio advierte que el proyecto político democrático fue ideado para un tipo de sociedad mucho menos complejo que el que tenemos hoy en la mayoría de los países. De modo que las promesas no fueron cumplidas a causa de obstáculos que no fueron previstos o que sobrevivieron después de las transformaciones de la sociedad civil.

¿Cuáles fueron, según Bobbio, esos obstáculos no previstos?

A lo menos tres.

El primero ha consistido en que los problemas políticos exigen cada vez más competencias técnicas, llegando incluso a producirse un auténtico gobierno de los técnicos. Y si la democracia se rige por el principio de que todos pueden decidir sobre todo, la tecnocracia lo hace por convicción de que los únicos llamados a decidir son los que entienden de la materia de que se trate, o sea, los especialistas.

El segundo de los obstáculos consistió en el imprevisto aumento del aparato burocrático, de un aparato de poder orde-

nado jerárquicamente desde el vértice hasta la base y, en consecuencia, diametralmente opuesto al sistema de poder democrático. Así, mientras en una sociedad democrática el poder va de la base al vértice, en una sociedad burocrática va del vértice a la base.

Bobbio tiene razón cuando dice que el estado tiende a comportarse según la índole y magnitud de las demandas que se le dirigen desde la base.

Así, cuando los que tenían derecho a voto eran únicamente los propietarios, resultaba comprensible que lo único que a través del voto se demandara del estado fuera la protección de la propiedad. Cuando el voto se extendió a los analfabetos, se hizo inevitable que éstos pidieran al estado la instalación de escuelas gratuitas y que fuera también el estado el que cargara con el costo de la instrucción básica obligatoria. Cuando el derecho a sufragio fue reconocido a los no propietarios, es decir, a los que no poseían otra cosa que la fuerza de su trabajo, la consecuencia no pudo ser otra que se demandara ahora del estado un régimen de salarios justos, la protección contra el paro, seguros sociales y el derecho a disfrutar al término de la vida laboral una previsión oportuna y satisfactoria. Y cuando el voto fue reconocido a las mujeres, surgieron y tomaron fuerza, asimismo, los derechos relacionados con la maternidad y con la igual posición de hombres y mujeres en punto a la distribución de los beneficios y cargas de la vida social.

De esta manera, el estado policía, llamado sólo a proteger a los propietarios, como el estado docente, llamado a asegurar la educación básica de todos, así como el estado social, llamado por su parte a satisfacer las necesidades materiales básicas de la población, son únicamente respuestas a demandas llegadas desde abajo, desde la base de la sociedad.

En fin, el tercer obstáculo se refiere al rendimiento del sistema democrático en su conjunto, o sea, a la cuestión de cuánta gobernabilidad provee efectivamente el sistema democrático de gobierno.

La cuestión aquí es la siguiente: ¿Cómo puede el gobierno responder a las demandas cada vez más numerosas, apremiantes y onerosas que se le dirigen desde la base del tipo de sociedades libres y emancipadas que conocemos ahora? ¿Qué hacer con la

sobrecarga de tales demandas? ¿Cómo reaccionar ante la petición de casi todos los grupos en orden a que cuando las cosas van bien el estado se mantenga dentro de los límites más estrechos y, a la vez, ante la interpelación a favor de una acción más directa del estado cuando las cosas empiezan a ponerse mal para esos mismos grupos? ¿Cómo conciliar la petición de menos estado con la de más estado, según vayan las cosas para los grupos y organizaciones más poderosas e influyentes dentro de la sociedad? ¿Cómo adecuar, en fin, la rapidez que tienen las preguntas en una sociedad democrática con la lentitud de los complejos procedimientos que en el sistema político democrático permiten adoptar las respuestas y tomar las decisiones del caso?

Pues bien: pese a todo –según fue adelantado en su momento–, es decir, pese a sus promesas no cumplidas y a los obstáculos que podrían explicar ese incumplimiento, no hay razón alguna –cree Bobbio– para desechar la democracia y abrazar un régimen autocrático.

Ahí están, dice el autor, los ideales de la tolerancia, de la no violencia y de la renovación gradual de la sociedad que caracterizan al sistema democrático y que son también los que condujeron a la adopción de las reglas que rigen ese sistema.

Imposible no recordar, entonces, la imagen de Bobbio en orden a que la democracia sustituye por el voto el tiro de gracia del vencedor sobre el vencido, una imagen que recuerda a su vez la conocida idea de Popper: la democracia es un procedimiento para reemplazar gobernantes sin incurrir en derramamiento de sangre.

Estoy convencido de que la actitud del buen demócrata –concluye Bobbio– será la de no hacerse ilusiones respecto a lo mejor y no resignarse a lo peor.

VII. Democracia y decepción

¿Por qué vincular esas dos palabras si una de ellas –democracia–, eleva nuestro espíritu, mientras que la otra –decepción– nos lo ensombrece y decae?

Es lo que procuraremos explicar a continuación en el apartado final del presente capítulo.

Si en toda sociedad es necesario tomar decisiones colectivas, esto es, decisiones vinculantes para todos los miembros de la sociedad, de modo que ésta pueda sobrevivir y desarrollarse como tal, entonces parece ineludible hacerse la pregunta acerca de quién estará facultado para tomar ese tipo de decisiones, o sea, acerca de quién gobernará la sociedad. En efecto, las distintas formas de gobierno que existen procuran dar algún tipo de respuesta a semejante pregunta. Pero el solo hecho de admitir que esa pregunta es legítima, o cuando menos inevitable, trae consigo una cierta decepción, a saber la que sigue al acto de reconocer que nuestro impulso de libertad, que nos llama a no obedecer más que a nosotros mismos, tiene en el hecho los límites que impone la necesidad de decisiones de validez y obligatoriedad generales y comunes para todos y que nadie tomará individualmente por sí mismo.

Si lo que define entonces a las distintas formas de gobierno es que todas ellas dan alguna respuesta a la pregunta acerca de quién debe gobernar, lo que caracteriza en particular a la democracia dentro de las formas de gobierno es que ella no sabe quién debe gobernar, esto es, carece de una respuesta asumida de antemano. La democracia responde, simplemente, que deben gobernar las mismas personas que quedarán vinculadas por la decisiones colectivas, por ejemplo, toda la población adulta, aunque actuando para ello sobre la base de determinaciones de mayoría.

Que gobiernen los mismos que quedarán vinculados por las decisiones que se adopten desde el gobierno es algo que suena satisfactorio para todos, pero lo cierto es que, imposibilitado el pueblo de estar permanentemente reunido en asamblea para adoptar decisiones colectivas directamente o por medio de referéndum, lo cierto es que el pueblo debe resignarse a tomar esas decisiones no por sí mismo, sino por medio de representantes, lo cual trae consigo que en una democracia no pueda decirse que sea el pueblo el que gobierna, sino tan sólo que el pueblo se reúne periódicamente a elegir al que gobierna. De este modo, no nos parece correcta la imagen que propone Claude Lefort, citado por Alain Touraine, cuando afirma que "el poder del pueblo no significa, para los demócratas, que el pueblo se siente en el trono del príncipe, sino que ya no haya trono", puesto que la

verdad es que lo que el pueblo hace en una democracia no es cargarse el trono, sino decidir periódicamente quién debe sentarse en él y ejercer el cargo dentro de los límites que la misma democracia establece para el ejercicio del poder.

Pues bien, esa inevitable intermediación que significa introducir la figura de los representantes trae posiblemente consigo otra decepción, a saber, la que proviene de advertir que no es el pueblo propiamente el que decide, sino los representantes que el pueblo elige con ese fin.

Y aquí entra una nueva decepción, porque en una democracia gobiernan todos, pero, de hecho, y también de derecho, gobierna únicamente quien o quienes hayan obtenido para sí la mayoría que consigue hacerse con el poder por medio de elecciones.

Ahora bien, si bien es cierto que la mayoría puede exhibir el derecho a gobernar, y, en particular, el derecho a ejecutar desde el gobierno el programa con el cual triunfó en las elecciones, dicha mayoría debe proceder desde el gobierno con respeto por los derechos de la minoría, en especial el de llegar a ser mayoría y ganar el poder para sí. En consecuencia, si las minorías quedan con menos poder, o simplemente fuera de éste, la mayoría tampoco puede hacer lo que quiera desde el poder, porque la democracia es únicamente gobierno de la mayoría, no tiranía de la mayoría. Entonces, mayoría y minorías vuelven así a tolerar una nueva decepción: aquélla la de tener un poder limitado y éstas las de no tener el poder, aunque la decepción que en este sentido debe asumir la mayoría es ciertamente menor que la que tienen que soportar las minorías.

Por otro lado, el gobierno de los representantes elegidos por el pueblo se transforma, en el hecho, en el gobierno de la clase política que se hace con el poder. De partida, el pueblo no elige a quien quiera, sino que su elección se efectúa normalmente dentro del marco de la oferta de candidatos que hace la clase política, concretamente, los partidos organizados, sin que haya muchas garantías de que la nominación de esos candidatos se haga al interior de los partidos por métodos cabalmente democráticos. Entonces, la elección del pueblo se circunscribe a alternativas que no es el propio pueblo el que define, sino los partidos, y sin que los propios partidos guarden en el hecho muy

celosamente el que todos sus militantes participen en condiciones de igualdad en la nominación de los candidatos.

Lo que acabo de decir no quiere ser un ataque a los partidos políticos, puesto que no hay auténtica democracia sin partidos políticos y, como lo advirtió Kelsen con particular lucidez, los ataques a la existencia de los partidos políticos no son más que mal disimulados ataques a la propia democracia como forma de gobierno. Sin embargo, no estaría de más que la democracia que los partidos propician para la sociedad en su conjunto fuera también instaurada al interior de los propios partidos. Porque si ya produce decepción que sólo se pueda elegir entre las alternativas que ofrecen los partidos, dicha decepción se incrementa cuando tales alternativas son escogidas por las cúpulas de los partidos y no por sus militantes o por el conjunto de la sociedad.

Pero hay todavía más: una nueva decepción se configura en torno a la democracia si advertimos que la mayoría no impone siempre ni necesariamente todos los puntos de vista acerca de todos los asuntos de gobierno, sino que, y a fin de dar mayor estabilidad a sus decisiones, o por cualquier otra causa, busca acuerdos con los grupos políticos de minoría, esto es, negocia con ellos, en especial cuando se trata de legislar sobre materias que requieren de quórum parlamentario que la mayoría no puede formar por sí sola.

Así, las decisiones que finalmente se adoptan en una democracia no se corresponden muchas veces en el planteamiento que inicialmente tenía la mayoría ni, tampoco, con el que poseía por su parte la minoría, sino con un punto de vista o resultado que ésta y aquélla puedan razonablemente compartir, lo cual implica, como es obvio, que ambas cedan algo de sus respectivas posiciones originarias. En otras palabras, en una democracia, sobre todo en lo que se ha dado en llamar una democracia de los acuerdos, nadie realiza plenamente la totalidad de sus deseos, en tanto todos admiten que a veces es mejor no imponer una determinada decisión, a pesar de que se cuente con la fuerza electoral y parlamentaria para ello, sino buscar, a través de la discusión y compensación, un resultado que pueda ser compartido por la mayor parte.

En suma: todos sabemos que la democracia es una forma de gobierno que se relaciona con la igualdad, la libertad, el plura-

lismo y la tolerancia, o sea, con un conjunto de valores que nos interesa preservar y desarrollar, y que son los que, a fin de cuentas, nos dan algo así como buenas razones para preferir la democracia a otros sistemas de gobierno que vulneran esos mismos valores o dificultan su expansión.

Pero ése es un lado de la moneda. Del otro, hay que estar conscientes de que la democracia es también el sistema de gobierno que, al impedir la total realización de las expectativas de cualquier grupo determinado de la sociedad –incluso del que gobierna–, controla y regula estas mismas expectativas y empuja, tanto a unos como a otros, a combinar sus aspiraciones con las de los demás.

Mientras caminaba hace algunos años por el campus de la Universidad Complutense de Madrid y recordaba el tiempo que pasé allí en 1975 y 1976 con ocasión de cursar el doctorado, reparé en el siguiente pintado en una de las murallas: "Sólo podemos vencer". Pues bien, ningún demócrata podría escribir algo semejante.

En fin, admitir que la democracia se relaciona con la decepción en todos los sentidos antes indicados no es ni quiere ser una invitación a decepcionarnos de la democracia, sino un intento por comprender mejor la naturaleza y los límites de ésta, de modo de no cifrar en ella esas falsas ilusiones que, más tarde, al no poder realizarse, sí que precipitan a la gente y a las sociedades en un desencanto nada positivo. Tal vez en esto pensaba Raymond Aron cuando escribió que la democracia es el único sistema político que nos enseña que la historia de los pueblos está escrita en prosa y no en verso.

Y así como una persona adulta no niega que la vida provoca muchas veces decepciones, sino que aprende a vivir con éstas, las sociedades que quieran ser gobernadas democráticamente, en nombre de los valores arriba mencionados, deben aprender también que nuestros sueños e ideales colectivos, por muchos que sean los que con nosotros los comparten, se realizarán siempre en una cierta medida.

Un punto de verdadero interés es el que concierne a las decepciones adicionales que produce un régimen democrático inaceptablemente limitado, como es el caso del que tenemos en Chile merced a la constitución que nos rige y al sistema electoral que regula las elecciones de senadores y de diputados.

En nuestro parecer, la transición política chilena está compuesta de dos fases: la primera, ya cumplida, consistió en el paso del régimen militar que gobernó el país entre 1973 y 1990 a la democracia limitada que fue posible instalar a inicios de la década del 90. La segunda fase, todavía no cumplida, consiste en pasar de la democracia limitada que recuperamos en 1990 a un régimen de democracia plena, entendiendo por esta última no la utopía de una democracia ideal, sino tan sólo una democracia desprovista de las inaceptables limitaciones que exhibe la actual.

Cuando escribo este libro –finales de 2000–, dichas limitaciones permanecen como hace 10 años y no se divisan posibilidades de acabar con ellas.

No es posible descartar, con todo, que en los próximos años puedan ser removidas, de modo que no identificaremos ni analizaremos, una a una, tales limitaciones.

Pero si al momento en que el lector tenga este libro en sus manos subsistieran aún dichas limitaciones, le remito a mi trabajo "Pluralidad, pluralismo y tolerancia en la sociedad chilena actual", publicado en el número especial de *Perspectivas*, volumen 2, 1999, Departamento de Ingeniería Industrial de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile.

En ese volumen, concretamente entre las páginas 537 y 543, el lector encontrará una identificación y análisis de las limitaciones de la democracia chilena actual y una explicación acerca de conceptos tales como *transición, reconciliación, acuerdos y consensos*, que están estrechamente vinculados al proceso de restablecimiento de la democracia en nuestro país.

Mencionamos lo anterior porque un curso de Filosofía del Derecho bien podría dar ocasión, mientras subsistan tales limitaciones, a un análisis de las mismas y a una reflexión acerca de por qué tales limitaciones subsisten a doce años del plebiscito de 1988.

CAPITULO CUARTO

SOBRE EL POSITIVISMO JURIDICO

I. Nota preliminar. II. El dualismo derecho positivo-derecho natural y la dualidad positivismo jurídico-iusnaturalismo. III. Las vías de penetración del positivismo jurídico: la escuela de la exégesis, la escuela histórica y el utilitarismo inglés. El positivismo lógico. IV. ¿Qué es el positivismo jurídico? Las consecuencias del positivismo jurídico según Kelsen; los aspectos del positivismo jurídico según Bobbio; las tesis del positivismo según Ross y según Norbert Hoerster; y los significados del positivismo jurídico según Hart. V. Scarpelli y la búsqueda de una definición unitaria del positivismo jurídico. VI. Las tesis del positivismo según Dworkin y la crítica de Dworkin al positivismo jurídico de Hart. VII. El "no positivismo" de Robert Alexi. VIII. La crítica del constitucionalismo al positivismo jurídico. IX. ¿Qué queda en pie del positivismo jurídico?

I. Nota preliminar

Este capítulo trata del positivismo jurídico, es decir, se pregunta acerca de qué hablamos cuando hablamos de positivismo jurídico, o, lo que es igual, qué queremos decir cuando de la obra de un filósofo del derecho, o bien de la persona misma de un jurista, afirmamos que aquella o esta son positivistas.

Por lo demás, es frecuente que de un jurista, o del conjunto de la obra producida por éste, se afirme que son positivistas, una expresión que pocas veces quiere ser meramente descriptiva de lo que ese jurista piensa o es y que en la mayoría de los casos se adjudica al autor o a la obra de que se trate al modo de una crítica, o sea, como un juicio adverso que se deja caer sobre uno u otra.

Además, cuando se ofrecen razones para justificar el calificativo de positivista, tanto cuando se lo adjudica a la obra de que un jurista es autor como al autor mismo de la obra, se suelen mencionar algunos puntos de vista que ese autor u obra postulan acerca del derecho, puntos de vista que responderían a las tesis del positivismo jurídico, esto es, a un cierto conjunto de proposiciones que este último sostendría frente al derecho. Sin embargo, resulta curioso comprobar que algunos de esos puntos de vista –por ejemplo, que todo derecho es producido por el estado, que la ley es la única fuente del derecho, que los jueces meramente aplican derecho mas no crean ni producen derecho, o, por último, que toda norma jurídica debe ser obedecida con prescindencia del juicio moral que pueda merecer al sujeto llamado a cumplirla– nunca han sido adoptados ni defendidos por el autor a quien se califica de positivista en nombre de esos mismos puntos de vista. Así, por ejemplo, Kelsen es considerado un prototípico autor positivista, y, sin embargo, nunca sostuvo ni hizo suyos ninguno de los cuatro planteamientos que acabamos de señalar.

¿Qué es el positivismo jurídico? ¿Aludimos con esa expresión a ciertas características necesariamente reprobables de una obra o de un autor? ¿Son realmente las tesis del positivismo jurídico aquellas que con mayor frecuencia se presentan como tales? ¿Cuáles son las proposiciones que un jurista debe adoptar o suscribir para ser considerado en propiedad un positivista? ¿Qué han dicho acerca de tales proposiciones o tesis los propios autores llamados por los demás positivistas y que aceptan para sí esta denominación? ¿Coinciden las tesis sostenidas por los autores positivistas con aquellas que sus detractores escogen como blanco de su crítica? ¿Es el positivismo jurídico una doctrina unitaria acerca del derecho, esto es, un conjunto de proposiciones sobre el derecho que se toman o no se toman al modo de todo o nada, o se trata más bien de una doctrina que es posible fragmentar en varias y distintas proposiciones para luego quedarse con algunas de ellas y desechar las restantes? ¿Tiene acaso el positivismo jurídico algún núcleo duro de tesis acerca del derecho, es decir, algunas tesis que todos los positivistas compartan, y, a la vez, una zona más blanda de proposiciones en la que comiencen a apreciarse diferencias entre los propios autores considerados positivistas?

Esas son algunas de las preguntas que orientan o dan un marco a las reflexiones que siguen, aunque, como es obvio, habría también otras, a saber, qué relación y diferencia hay entre derecho positivo y positivismo jurídico, entre derecho natural y iusnaturalismo, entre derecho positivo y derecho natural, y –finalmente– entre positivismo jurídico y iusnaturalismo.

Vale la pena advertir, en todo caso, que el propósito que anima el presente capítulo es antes describir que tomar la defensa o hacer la apología del positivismo jurídico, o sea, lo que se tratará de hacer es colaborar a una caracterización del positivismo jurídico y no a replicar a sus críticos ni menos todavía a reclutar adeptos para sus filas. Sencillamente, hay demasiados malentendidos y confusiones sobre el positivismo jurídico como para no optar antes por explicarlo que por defenderlo o enaltecerlo.

No es posible descartar de plano, sin embargo, que en más de algún momento las explicaciones que siguen puedan adoptar el tono de una defensa y, acaso, el de una apología. Pero esa defensa del positivismo jurídico, como también su apología, tendrán que producirse a propósito de alguna determinada tesis del positivismo jurídico que se considere correcta, puesto que lo que carece de sentido, en nuestro parecer, es tanto el ataque frontal al positivismo como su defensa en toda la línea, vale decir, aquel ataque y aquella defensa que no son capaces de identificar con suficiente nitidez cuál o cuáles tesis o proposiciones del positivismo jurídico son las que se quiere derribar o mantener en pie.

Y una prevención antes de pasar a la parte siguiente de este capítulo: el positivismo jurídico no es hijo del positivismo filosófico, o sea, no es una doctrina sobre el derecho que provenga directa y exclusivamente del positivismo filosófico que, inaugurado por Comte, tuvimos ocasión de presentar en el primer capítulo de esta obra. El positivismo jurídico puede tener un cierto aire de familia con el positivismo filosófico, pero lo que no debe a éste es su código genético. Con todo, una relación más evidente que la de un simple aire de familia es posible advertir entre el así llamado positivismo lógico y las principales versiones del positivismo jurídico del siglo XX, en particular tratándose del positivismo de Alf Ross.

Tampoco es el positivismo jurídico una derivación histórica del positivismo filosófico, como si aquél hubiere seguido a éste al modo como lo particular deriva de lo general.

Por último, el positivismo jurídico no es la realización o aplicación del positivismo filosófico en el campo del derecho, o sea, no es el resultado de aplicar simplemente al fenómeno jurídico los postulados del positivismo filosófico.

Lo anterior ha sido muy bien mostrado por Antonio Hernández-Gil en su trabajo *Puntualizaciones y correcciones al positivismo jurídico,* en el que se lee lo siguiente: "el positivismo jurídico, por su génesis y en su génesis, así como por su contenido o significado, ni deriva históricamente del positivismo de Comte ni es tampoco la realización en el campo del derecho de un concepto general filosófico o científico del positivismo...". En cambio, "sí hay cierta derivación y correspondencia entre el neopositivismo del siglo XX (a partir del Círculo de Viena) y el neopositivismo jurídico".

Que *por* su génesis el positivismo jurídico no derive del filosófico significa que aquél es anterior a Comte, y que *en* su génesis no derive tampoco de él significa que el positivismo jurídico ha tenido un desarrollo independiente de la evolución que por su parte ha correspondido al positivismo filosófico. En este sentido, puede decirse que el positivismo jurídico es intrasistemático.

En cuanto a lo primero, si bien la expresión "positivismo jurídico" es reciente, las principales manifestaciones del mismo –por ejemplo, la de los glosadores medievales de los textos jurídicos romanos– se remontan a un instante previo al de Comte y su obra. La escuela de los glosadores –recuerda Hernández-Gil– hizo positivismo jurídico sin saberlo, y otro tanto puede decirse de los comentaristas. La obra de unos y de otros recayó sobre el *Corpus iuris,* la compilación de Justiniano que fue tratada por glosadores y comentaristas como un derecho dado o establecido por una autoridad externa, el cual se sustentaba también en un texto del que se podía dar una información relativamente objetiva, o sea, se trataba de lo que hoy podríamos considerar un derecho positivo, esto es, un derecho puesto y susceptible de ser sometido a algún tipo de análisis en cuanto a sus normas e instituciones.

Tocante ahora a lo segundo, las principales vías de penetración del positivismo jurídico, en las que esta doctrina se muestra por así decirlo en sus albores, son también anteriores a Comte, como es el caso de la codificación y su secuela, el método de la exégesis; la escuela histórica de Savigny; y el utilitarismo inglés de Bentham y de Austin.

De similar parecer es Bobbio, según trata de los orígenes históricos del positivismo jurídico en un libro que se ha vuelto ya un auténtico clásico sobre la materia y que encontró su origen en uno de los cursos de filosofía del derecho que el maestro de Torino impartió en Italia a inicios de la década de los 60 del recién pasado siglo XX.

En efecto, en la primera parte de *El positivismo jurídico,* Bobbio llama la atención acerca de que la expresión "positivismo jurídico" no procede de la de "positivismo" en el sentido filosófico de este último término. Tanto es así que si el positivismo jurídico surge en Alemania, el positivismo filosófico lo hace en Francia. Así, la expresión "positivismo jurídico" deriva de la locución "derecho positivo", que es, por su parte, una locución que aparece por contraposición a "derecho natural".

Por lo mismo, se hace necesario aclarar a continuación términos y expresiones como "derecho positivo", "derecho natural", "positivismo jurídico" y "iusnaturalismo", y explicar, de paso, que no son intercambiables, o sea, que no se habla de lo mismo cuando se habla de derecho positivo o de positivismo jurídico, como tampoco se habla de lo mismo cuando se habla de derecho natural o de iusnaturalismo. No hay propiamente equivalencia entre los componentes de esas dos parejas de expresiones, como tampoco es posible establecer una contraposición entre derecho positivo y iusnaturalismo o entre derecho natural y positivismo jurídico.

De eso trataremos en el acápite que sigue a continuación.

II. El dualismo derecho positivo-derecho natural y la dualidad positivismo jurídico-iusnaturalismo

Uno de los dualismos más antiguos y recurrentes que es posible hallar en la filosofía del derecho es el que distingue entre derecho positivo y derecho natural. Un dualismo tan clásico como

el que distingue entre derecho público y derecho privado, o como aquel que diferencia derecho objetivo y derecho subjetivo, sin olvidar al que hace otro tanto entre derecho nacional y derecho internacional.

Cada uno de esos dualismos ha dado lugar a una abundante literatura, tanto en favor como en contra de los mismos, pudiendo también identificarse distintas líneas argumentales a la hora de encontrar para ellos un fundamento o de negárselo.

El dualismo derecho positivo-derecho natural no escapa por cierto a esa situación, y partidarios y detractores del mismo, junto con alistarse a uno u otro bando de la controversia, ofrecen distintos tipos de argumentos cuando se trata de dar una base de sustentación al dualismo o de negar que la tenga.

La distinción entre *derecho positivo* y *derecho natural,* y por tanto el origen mismo de este dualismo, se remonta a los griegos.

Los sofistas distinguieron ya lo que, por una parte, era el mundo de los hombres y de las cosas que éstos producen, esencialmente cambiante, y, por otro lado, el mundo natural que ellos consideraron inmutable. Para los sofistas, el mundo humano, esto es, la sociedad humana y sus instituciones, incluidas las costumbres, las leyes e incluso las creencias de orden moral, eran un mundo de cambio, de perpetua variedad, porque, a fin de cuentas, se trataba de algo fruto del acuerdo, de las convenciones de los hombres. En cambio, el mundo natural era aquel en el que las cosas permanecían inalteradas, inmutables, seguras.

El centro de la cuestión que acabamos de plantear estuvo constituido por el contraste entre dos conceptos considerados cruciales para una adecuada comprensión de los asuntos humanos: *nomos* y *physis.* El primero de ellos, *nomos,* era un término adecuado para referirse en ese tiempo a las prácticas vigentes en una determinada sociedad, a sus costumbres, a sus leyes, a sus creencias de orden moral, según decíamos recién. Nótese que en el mencionado concepto quedaban incluidas las leyes, esto es, las leyes positivas, las leyes que provenían de la acción legisladora de unos seres humanos concretos, históricos. En cambio, el segundo de esos términos, *physis,* del que derivó nuestra palabra "física", se refería a lo inmutable, a la naturaleza, a lo que no podía ser de otra manera, a lo que, en fin, era igual en todas partes.

Aristóteles visualizó que la mejor manera de obstaculizar en la sociedad la práctica de la injusticia consistía en que los asociados de toda comunidad política escogieran gobernarse no por el hombre, sino por la ley, o sea, no por decisiones caso a caso que adoptara la autoridad libremente, sino por decisiones que fueran tomadas en el marco de unas normas previas, abstractas y generales, reguladoras de géneros de casos.

A la ley, según Aristóteles, corresponde determinar lo justo político, o sea, lo justo entre asociados que son libres e iguales, correspondiéndole luego a las sentencias que dan los magistrados discernir lo justo de lo injusto cuando se produce disputa al respecto.

Por su parte, lo justo político, siempre según Aristóteles, se divide en justo *natural* y justo *legal*, distinción con la cual se quiere sugerir que hay cosas que son justas por naturaleza, porque la naturaleza las manda, y otras que son justas por disposición de la ley, esto es, porque los hombres lo han determinado así.

Si trasladamos esa distinción al lenguaje actual de los juristas, podemos decir que, por una parte, estaría el *derecho natural*, compuesto por normas que en todas partes tienen la misma fuerza y que no dependen de nuestra aprobación, y, por otra, el *derecho positivo*, compuesto, a su vez, por normas cuyo contenido es en principio indiferente, correspondiéndole a la autoridad facultada para instituir estas normas el dotarlas de un contenido prescriptivo o de otro.

Ahora bien, las diferencias entre el derecho natural y el derecho positivo, siempre sobre la base de las ideas que Aristóteles nos dejó sobre la materia, serían las siguientes:

El *derecho natural* encuentra su causa en la naturaleza, y porque la naturaleza es la misma entre todos los hombres, las normas de este derecho natural poseen similar fuerza y virtud en todas partes. Son, si se quiere, universales e inmutables, como el fuego, decía Aristóteles, "que quema aquí lo mismo que en Persia".

El contenido de las normas de derecho natural, por lo mismo, no es discurrido por el hombre, sino que proviene directamente de la naturaleza. Dicho contenido se traduciría en ciertos principios indemostrables y en las cosas próximas a ellos, tales como debe evitarse el mal, a nadie debe dañarse injustamente, no debe hurtarse, y otros semejantes.

En cambio, el *derecho positivo* encuentra su causa en la voluntad de los hombres, quienes lo instituyen dotándolo de los más variados contenidos. Sus normas, por lo mismo, no son ni universales ni inmutables, sino, a la inversa, mudables y limitadas en cuanto a su ámbito de validez temporal y territorial. En palabras nuevamente de Aristóteles, "las cosas justas que no son naturales, sino por humana disposición, no son las mismas en todas partes, como no lo son, por ejemplo, las Constituciones políticas".

En consecuencia, derecho positivo es el derecho puesto o producido por actos más o menos deliberados y conscientes del hombre, procediendo para ello a través de las así llamadas fuentes formales del derecho. Por su parte, derecho natural es un derecho no producido por el hombre, dictado por Dios, inscrito en la naturaleza racional del ser humano o ínsito en la naturaleza misma de las cosas, y que el hombre puede en todo caso identificar y conocer como un ordenamiento previo y superior a aquél de carácter positivo que él produce por medio de las fuentes formales del ordenamiento jurídico positivo.

Por su lado, *positivismo jurídico* es un punto de vista acerca del fenómeno jurídico que afirma la existencia del derecho positivo y niega la del derecho natural, restando así toda base a la pertinencia del dualismo que nos ocupa. En cambio, *iusnaturalismo,* o doctrina del derecho natural, es un punto de vista acerca del fenómeno jurídico que afirma la existencia tanto del derecho positivo como del derecho natural y que encuentra entonces base suficiente para mantener en pie ese mismo dualismo.

Por tanto, la distinción entre derecho positivo y derecho natural se da en el plano de la *realidad* y tiene carácter *ontológico,* mientras que la distinción entre positivismo jurídico y iusnaturalismo se da en el terreno de las *doctrinas* y tiene un tinte si se quiere *gnoseológico.* La primera de esas distinciones concierne a la realidad y la segunda a lo que percibimos y expresamos acerca de la realidad. A su vez, la primera de las distinciones dice relación con dos expresiones o manifestaciones que tendría en el hecho el fenómeno jurídico, mientras que la segunda guarda relación con dos diversas percepciones que expresan un igual número de doctrinas o puntos de vista acerca del fenómeno jurídico.

En consecuencia, lo que es distinto del derecho positivo es el derecho natural, y lo que resulta diferente del positivismo jurídico es el iusnaturalismo. Entonces, lo que no tiene sentido es distinguir entre derecho positivo y iusnaturalismo, como tampoco tiene sentido hacerlo entre derecho natural y positivismo jurídico. Sencillamente, derecho positivo y derecho natural no pueden ser cruzados, respectivamente, con iusnaturalismo y con positivismo jurídico, aunque derecho positivo puede ser cruzado con derecho natural, lo mismo que puede serlo positivismo jurídico con iusnaturalismo.

El derecho positivo es un fenómeno cultural, algo que está siempre allí, como un dato de la experiencia de vida social del hombre, y que es reconocido en su existencia tanto por la doctrina o punto de vista llamado positivismo jurídico como por la que se denomina iusnaturalismo. Por su parte, el derecho natural constituiría una realidad normativa distinta del derecho positivo, aunque viviría siempre en algún tipo de relación con éste, y cuya existencia, negada por el positivismo jurídico, es afirmada por el iusnaturalismo.

Si se quisiera explicar lo anterior en términos de antagonismos, que ya no de diferencias, se podría colocar al derecho positivo versus el derecho natural y, desde luego, al positivismo jurídico versus el iusnaturalismo, pero no se podría colocar lógicamente como contrarios el derecho positivo y el iusnaturalismo ni el derecho natural y el positivismo jurídico.

Derecho positivo y derecho natural sería así un dualismo que se presenta en la *realidad,* en tanto que positivismo jurídico y iusnaturalismo constituye una dualidad que se presenta en la *teoría.* Por su parte, el iusnaturalismo sería la teoría que acepta o reconoce tal dualismo, mientras que positivismo jurídico sería la teoría que desconoce o niega ese dualismo. Entonces, el iusnaturalismo sería una doctrina *dualista* y el positivismo jurídico una *monista.*

En cuanto ahora a las denominaciones que tiene una y otra de las corrientes del pensamiento jurídico que venimos analizando *–iusnaturalismo* y *positivismo jurídico–,* la primera de ellas se explica porque se trata de un punto de vista que admite la existencia del derecho natural y otorga a éste nada menos que el papel de servir de fundamento de validez del derecho positi-

vo. Y en cuanto a la segunda de tales denominaciones, hay que reiterar que ella no proviene de la filiación de esta doctrina con el así llamado positivismo filosófico, sino de su afirmación en orden a que no hay otro derecho que el derecho positivo y que es en éste donde ha de concentrarse cualquier trabajo pretendidamente científico en el campo jurídico.

Pero el positivismo jurídico, y con mayor razón el iusnaturalismo, no son sólo teorías *jurídicas*, una afirmando la sola existencia del derecho positivo y la otra proclamando la existencia también de un derecho natural. Son también teorías *éticas*, porque, tratándose del iusnaturalismo, éste aspira a constituirse en una respuesta válida a la pregunta acerca de qué es lo bueno o lo correcto en punto a cómo están reguladas jurídicamente las relaciones entre los seres humanos, diciéndonos, a fin de cuentas, que correcto o bueno es lo que se halla conforme con la naturaleza. Por su parte, el positivismo jurídico afirma que el derecho –entiéndase el derecho positivo– posee una estructura interna o inmanente de validez que es independiente del juicio moral que puedan merecer en un momento dado sus normas e instituciones.

III. Las vías de penetración del positivismo jurídico: la escuela de la exégesis, la escuela histórica y el utilitarismo inglés. El positivismo lógico

Retomando ahora la cuestión de las vías de penetración del positivismo jurídico –un asunto que muestra cómo el positivismo tuvo una génesis y desarrollo independientes del positivismo filosófico–, conviene tener presente lo que sigue.

En esto, como tuvimos ocasión de anticipar en su momento, vamos a seguir las similares explicaciones que sobre la materia debemos tanto a Norberto Bobbio como a Antonio Hernández-Gil, quienes ven tales *vías de penetración* en la codificación y la escuela de la exégesis, en la escuela histórica del derecho, y en el utilitarismo inglés. Por su parte, Felipe González Vicen llama a esas vías de penetración "direcciones características" o "versiones" del positivismo jurídico, y a las tres ya señaladas suma el imperativismo de Ihering y el realismo jurídico.

Pero antes aun del proceso de codificación del derecho, que se inicia en Francia en los albores del siglo XIX, el paso desde la sociedad medieval a la formación del estado moderno tuvo gran importancia para la concepción del derecho, en especial para lo que se entiende por derecho y para la comprensión del dualismo derecho positivo-derecho natural.

Hasta finales del siglo XVIII, derecho natural y derecho positivo fueron ambos considerados como derecho, de modo que la distinción no se hacía radicar en el carácter jurídico de uno o de otro, puesto que ambos eran derecho, sino en el plano en que uno se situaba frente al otro, o, mejor, *sobre* el otro.

En efecto, en la época clásica de la filosofía el derecho natural no era considerado superior al positivo, sino simplemente un derecho común o general que debía ceder ante el derecho especial o particular de cada ciudad determinada. Como advierte Bobbio, el derecho positivo prevalecía sobre el natural siempre que hubiese contradicción entre ambos. Basta recordar el caso de la Antígona, donde el derecho positivo –el decreto de Creonte– prevalece sobre el natural, representado este último por ese derecho no escrito, establecido por los dioses, al que apela la protagonista de la tragedia.

En el Medioevo cambia esa relación y el derecho natural pasa a ser considerado como superior al positivo y no es visto ya como un simple derecho común, sino como una suerte de la ley escrita por Dios en el corazón de los hombres y que éstos pueden conocer en uso de su razón.

Sin embargo, este cambio en el modo de apreciar ambos derechos no obstó a la calificación jurídica de los mismos, puesto que tanto el derecho positivo como el natural continuaron siendo vistos como derecho.

Por el contrario, el aparecimiento del positivismo jurídico introducirá luego un cambio mucho más radical, puesto que esta doctrina no discute cuál es el plano en que el derecho positivo se sitúa respecto del derecho natural, sino que directamente niega la existencia de este último y afirma, en consecuencia, que el único derecho es el derecho positivo. Es más, y tal como señalamos antes, la adición del adjetivo "positivo" a la palabra "derecho" se convierte en un pleonasmo, vale decir, en una redundancia viciosa de palabras, puesto que si *todo* derecho es

derecho positivo, el adjetivo "positivo" nada agrega al sustantivo "derecho".

Pues bien, el origen de una concepción como esa está ligado a la formación del estado moderno, que no es otro que aquel que surge con la disolución de la sociedad medieval.

A diferencia de lo que acontecía en la sociedad medieval, en la que cada grupo social constituía su propio ordenamiento jurídico, con la formación del llamado estado moderno el estado concentra y en algún sentido monopoliza la producción del derecho a partir de la figura del legislador como el único llamado a establecer el derecho y de la del juez como la autoridad estatal llamada solamente a aplicar el derecho previamente establecido por el legislador. De este modo, la pluralidad de ordenamientos jurídicos es sustituida por la unidad que resulta del ordenamiento jurídico estatal y la diversidad de fuentes de producción del derecho es reemplazada por el monopolio de la ley como fuente del derecho o, cuando menos, por la marcada preeminencia que se da a la ley respecto de las demás fuentes. Por otra parte, esta manera de apreciar las cosas iba a traer consigo una mayor visibilidad del llamado "derecho positivo" y la convicción de que ese derecho, como algo puesto o dado en un lugar y tiempo determinados, tenía que constituir el único objeto sobre el que debían trabajar los juristas.

Con todo, el proceso de monopolización de la producción del derecho por parte de los estados modernos tuvo un cierto precedente en la compilación de Justiniano –el así llamado *Corpus iuris*–, que fue tratado por glosadores y comentaristas medievales del mismo modo como los juristas modernos iban a tratar siglos más tarde el derecho producido por el estado: como algo dado o puesto como derecho por la voluntad de un poder soberano, en un caso el del príncipe y en otro el del pueblo.

La paradoja, en todo caso, consiste en que los juristas medievales trataron al derecho romano como algo más que el derecho de una comunidad jurídica determinada y pretérita. Por el contrario, vieron en ese derecho un conjunto de reglas y de principios fundados en la razón, idóneos, por tanto, para ser tratados como una suerte de derecho común –casi, diríamos, como un derecho natural– que permitía resolver muchas de las actuales controversias jurídicas. Pero, por otra parte, la circunstancia

de estar ese derecho escrito y codificado en una colección legislativa favoreció la actitud positivista, desarrollada por cierto mucho más tarde, que consistió en identificar como derecho únicamente lo dado o establecido objetivamente como tal.

Del mismo modo, el derecho romano, en cuanto derecho común, va perdiendo terreno frente a los derechos locales, trátese del derecho de la comuna, del reino o del estado, o sea, el derecho establecido por el ente político organizado llega a prevalecer sobre el así llamado derecho común.

Ese fenómeno, en el caso de Francia y la escuela de la exégesis, se agudizó con la entrada en vigencia del Código Civil de 1804, llamado Código Napoleónico, por la decisiva intervención que a ese mandatario correspondió en la instalación de la comisión redactora de este cuerpo legal, que encabezó Jean Etienne Marie Portalis, un jurista en todo caso bastante más fino que sus exégetas contemporáneos, quienes saludaron al Código como la única fuente de la cual podían provenir las decisiones de los jueces.

Así las cosas, en el desarrollo de las ideas jurídicas modernas las codificaciones jugaron un papel decisivo, tanto la justinianea como la napoleónica, demostrándose que tales ideas son siempre tributarias de determinadas situaciones históricas que se viven en un momento dado. Sin embargo –y tal como advierte nuevamente Bobbio– no se debe pensar que esas dos codificaciones tuvieron idénticos caracteres, puesto que sólo la que corrió por cuenta de Napoleón representa "un verdadero y estricto código, tal como hoy lo entendemos, es decir, un cuerpo de normas expresamente elaboradas y organizadas sistemáticamente". En cambio, el *Corpus iuris* no es una creación de normas, sino una recopilación de leyes precedentes, e incluso una de sus partes más importantes –el *Digesto*– no pasa de ser una colección de fragmentos del pensamiento de los principales juristas romanos.

Del modo que se viene indicando, la codificación, en especial la que tiene lugar a partir del siglo XVIII, favoreció la positividad del derecho, esto es, el carácter de dado o puesto que el derecho tiene respecto tanto de quien debe aplicarlo, el juez, como respecto de quien se aproxima a él con fines de conocimiento, interpretación y difusión del mismo, vale decir, los juristas. La codificación abrió también las puertas al positivismo

jurídico, es decir, a la creencia de que no hay más derecho que el que ha sido puesto o establecido como tal, sin perjuicio de la convicción adicional que consideraba que la codificación no era más que el proceso a través del cual se escribe y patentiza el derecho natural.

He ahí, pues, otra de las paradojas del pensamiento jurídico contemporáneo: los que creían estar escriturando el derecho natural en un código accesible para todos incurrieron en una sobrevaloración del derecho positivo y abrieron las puertas a la idea de que no hay otro derecho fuera de este último.

Otra de las paradojas consiste en que la escuela histórica del derecho, que con Savigny a la cabeza se opuso al proceso de codificación del derecho, por entender que éste es una creación espontánea que se realiza a partir del espíritu del pueblo y no propiamente de la voluntad del legislador, es también, lo mismo que la exégesis, que favoreció la codificación, otra de las vías de penetración del positivismo jurídico.

¿Cómo resulta posible algo semejante, es decir, cómo resulta posible que dos escuelas en cierto modo enemigas entre sí, una surgida al amparo de la codificación –la exégesis– y otra contraria a ese proceso –la histórica– hayan ambas favorecido la aparición y el desarrollo de una misma doctrina, a saber, aquella que llamamos hoy positivismo jurídico?

La razón de ello puede ser encontrada en que sobre la base de presupuestos diferentes acerca del derecho y de sus modos de creación, tanto la escuela de la exégesis como la escuela histórica aprecian al derecho como un dato de la realidad, un dato que en un caso coloca deliberadamente el legislador y que en el otro proviene del libre fluir del espíritu del que cada pueblo se encuentra dotado.

Si en el caso de la exégesis lo dado como derecho se muestra a partir de la voluntad del legislador, en el de la escuela de Savigny lo dado se muestra como una fluencia histórica. Como escribe acertadamente Hernández-Gil, "la configuración del positivismo resultante de la escuela histórica es muy diferente de la alentada por la escuela de la exégesis. Mientras en ésta se aprecia el *gran reduccionismo* que implica considerar que todo derecho se ofrece como dado por el legislador en la ley, la escuela histórica, diversamente, genera lo que cabría considerar como

un *positivismo laxo o distendido,* por cuanto el derecho es un producto social que al mismo tiempo se mantiene y cambia, es tradición y progreso, siempre en el marco de cada pueblo o nación".

Puede decirse, ahora con Bobbio, que la escuela histórica allanó el camino al positivismo jurídico con su crítica a la idea del derecho natural. Ya Gustavo Hugo, en un escrito de 1798 que se considera un anticipo de la escuela histórica que más tarde sería desarrollada por su compatriota Savigny, defiende la tesis de que el derecho natural no es un sistema u orden normativo distinto del derecho positivo, sino tan solo un conjunto de consideraciones filosóficas sobre este último, algo así como una filosofía del derecho positivo, como un conjunto de conceptos jurídicos generales que es posible elaborar a partir de la experiencia común que del derecho positivo tienen los distintos estados.

Otros autores de la época, vinculados también al historicismo, llaman a sustituir toda concepción generalizante y abstracta de las fuerzas histórico-humanas por un análisis de los caracteres individuales de éstas y ponen en duda el postulado iusnaturalista de la inmutabilidad de la naturaleza humana.

El propio Savigny, en su célebre opúsculo *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho,* señala que "en todas las naciones cuya historia no ofrece duda vemos al derecho civil revestir un carácter determinado, peculiar de aquel pueblo, del propio modo que su lengua, sus costumbres y su constitución política".

¿Es la escuela histórica la primera gran dirección doctrinal del positivismo jurídico –como sostuvo en España González Vicen– o esa condición debe serle adjudicada a la exégesis? ¿Cuánto influyó una y otra escuela en el curso que tomaría lo que hoy conocemos como positivismo jurídico?

Un mayor análisis de los puntos de vista de ambas escuelas puede ser encontrado en el capítulo sobre interpretación e integración del derecho de nuestro libro *Introducción al derecho,* aparecido en marzo de 2000.

Con todo, nos parece que los postulados de la exégesis, junto con constituir una de las vías de penetración del positivismo jurídico, consiguieron durante mucho tiempo ser en cierto

modo confundidos con este último. Así ocurrió, por ejemplo, con los postulados del origen estatal del derecho, la omnipotencia del legislador y la concepción mecanicista de la función jurisdiccional, no obstante que postulados como esos no fueron nunca abrazados por ninguno de los principales positivistas del siglo XX, tales como Kelsen y Ross, por ejemplo.

Entonces, la cuestión de la influencia que en la historia del positivismo jurídico tuvieron la exégesis y la escuela histórica puede ser sustituida por la pregunta acerca de la identidad, mejor, de la identificación, que en el hecho se ha llevado a cabo, especialmente por los críticos del positivismo jurídico, entre éste y una determinada de esas dos escuelas, no pudiendo concluirse otra cosa que tal identificación se produjo antes entre positivismo y exégesis que entre positivismo e historicismo.

Por lo que respecta a Ihering, discípulo de Savigny, acabó apartándose de los postulados de su maestro y llegó incluso a ironizar con la idea del derecho al modo de "una bella flor silvestre nacida del suelo propicio del sentimiento nacional".

Ihering, alejado del quietismo que reprocha a la escuela histórica, sostiene que la sociedad no puede sentarse a esperar cruzada de brazos hasta que el genio de la historia le regale el derecho que ella precisa, y entiende al derecho como una obra humana consciente que es producida con vistas al conseguimiento de ciertos fines. Como apunta González Vicen, para Ihering el derecho no es ni un regalo ni una herencia, sino algo que el hombre forja y conquista, algo que es fruto de la lucha y del entendimiento humano, y en el que entran la intuición, la reflexión, la conciencia y el cálculo.

Por otra parte, y en cuanto para Ihering el derecho es un orden normativo de tipo coactivo encaminado a la obtención de fines históricamente condicionados, la vinculación del derecho al concepto de estado y a la idea de fuerza resulta en su caso bastante evidente y no es poco lo que en tal sentido deben a este autor las ideas de Kelsen sobre el particular. Derecho –decía Ihering– "es el conjunto de las condiciones de vida de la sociedad aseguradas por el poder estatal por medio de la coacción externa".

En cuanto a la influencia que el utilitarismo inglés ejerció en la aparición y desarrollo del positivismo jurídico, las figuras principales son las de Jeremías Bentham y John Austin.

El primero de tales autores, que en otra de las paradojas de esta historia acabó ejerciendo más influencia fuera de Inglaterra que dentro de ésta, se opuso al punto de vista del iusnaturalismo por estar basado en una idea –la de naturaleza humana– que no es susceptible de comprobación empírica, no obstante lo cual –y añadiendo quizás otra paradoja– Bentham creyó firmemente en la posibilidad de establecer una ética objetiva, es decir –en palabras de Bobbio– "una ética fundada en un principio objetivamente válido y científicamente verificado, del cual se pueden deducir todas las reglas del comportamiento humano". En todo caso, la diferencia entre este autor y los iusnaturalistas está en que aquél no sitúa ese principio fundamental y objetivo en la naturaleza humana –que le parece a él un concepto metafísico que no es posible comprobar en sede experimental–, sino en el hecho verificable empíricamente de que todo ser humano persigue invariablemente su propia identidad.

En cuanto a John Austin, su obra principal, *La determinación del campo de la jurisprudencia,* tuvo por subtítulo *Una filosofía del derecho positivo,* porque así calificaba el autor las lecciones universitarias que impartió en Londres entre 1828 y 1832 y que dieron lugar a la obra que acabamos de identificar.

Como tuvimos oportunidad de decir en las conclusiones del capítulo de este libro que estuvo dedicado a desarrollar la pregunta ¿qué es filosofía del derecho?, Austin distinguió entre jurisprudencia y ciencia de la legislación, entendiendo por la primera aquella que estudia el derecho vigente, y por la segunda, aquella que hace otro tanto con el derecho que debería ser puesto en vigencia de acuerdo con determinados criterios de valoración al respecto. Es por ello que Austin consideró que la jurisprudencia era un saber *expositivo,* mientras que la ciencia de la legislación constituía un tipo de conocimiento *censor.*

Ahora bien, tratándose de la jurisprudencia, Austin la dividió en general y particular, de modo que mientras la segunda estudia las características de un determinado ordenamiento jurídico dotado de realidad y vigencia histórica, la primera trata de establecer conceptos comunes a todos los ordenamientos jurídicos, vale decir, nociones cuya validez alcance a todo derecho positivo existente o posible.

Austin practicó la jurisprudencia general, llamándola también "filosofía del derecho positivo", e indicó que ella no se interesa por el derecho que debería ser establecido, sino por principios y distinciones que son comunes al derecho tal cual es, concretamente, a los ordenamientos jurídicos positivos que tienen o han tenido realidad histórica. En otras palabras: la filosofía del derecho positivo se ocupa del derecho tal como necesariamente *es* y no del derecho tal como necesariamente *debería ser.*

Como se ve, la misma expresión "filosofía del derecho positivo", que había sido utilizada antes por Hugo en Alemania, reaparece ahora en el ámbito de la cultura jurídica inglesa, y Austin reconoce que él ha tomado esa expresión "del célebre profesor de jurisprudencia de la Universidad de Göttingen".

Por otra parte, adviértase la similitud que hay entre las distinciones metodológicas hechas por Austin, así como por la opción que entre ellas hizo para llevar a cabo su propio trabajo, y las distinciones y opción llevadas a cabo más tarde por Kelsen, según fueron estas últimas explicadas en el capítulo segundo de este libro. En efecto, y aunque empleando una terminología distinta a la utilizada por Austin, Kelsen distingue entre filosofía del derecho (que estudia el derecho que *debe ser),* teoría general del derecho o ciencia general del derecho (que estudia el derecho que *es,* el derecho positivo, aunque desde una perspectiva *general*) y ciencia particular del derecho (que estudia un ordenamiento jurídico *particular*), y opta por hacer no filosofía del derecho, sino teoría general del derecho. Sin embargo, lo que el jurista de Viena llama teoría general del derecho coincide, en lo que a su objeto de estudio concierne, con lo que Austin había denominado jurisprudencia general o –siguiendo a Hugo– filosofía del derecho positivo. Pero lo que interesa destacar –tal como se dice– es que el cometido de la teoría general del derecho de Kelsen es similar al de la jurisprudencia general de Austin, y que ambos autores hicieron una igual opción a la hora de definir el campo de su propio trabajo: el campo del derecho que *es,* no del derecho que *debería ser,* y el campo del derecho positivo en *general,* no de un derecho positivo en *particular.*

En otro orden de cosas, Austin fue contrario al derecho judicial, por conducir al "caos monstruoso" disperso "en un enorme montón de decisiones jurídicas particulares", y se declaró

partidario de la codificación porque "es mejor tener un derecho expresado en términos generales, sistemático, conciso y accesible a todos, que un derecho disperso, sumido en un cúmulo de particularidades, desmesurado e inaccesible".

El intento de Austin, que sería más tarde el de Kelsen y el de todos los juristas de tendencia analítica del siglo XX, consistió así en buscar en el derecho algunos componentes que, sin dejar de pertenecer al derecho positivo, al derecho tal cual es y se presenta en las distintas épocas y lugares, pudieran predicarse de *todo* derecho positivo, es decir, que "sobrepasaran las concretas expresiones históricas de éste", como señala por su parte Antonio Hernández-Gil.

Por último, es preciso no omitir la importancia que para el positivismo jurídico del siglo XX –a veces llamado "neopositivismo jurídico" para diferenciarlo de las doctrinas positivistas del siglo precedente– tuvo el positivismo lógico que surge y se desarrolla a partir del Círculo de Viena, y que a menudo es llamado también "neopositivismo", a fin de distinguirlo de la filosofía positiva propiciada por Comte.

Si bien los postulados del positivismo lógico no fueron asumidos deliberada y completamente por ninguna escuela iusfilosófica del siglo XX, hasta el punto de que "ninguna escuela iusfilosófica de ese siglo –como apunta Martín Diego Farrell– puede pretender que se le considere el positivismo lógico en la filosofía del derecho", no cabe duda que tales postulados –en especial los que conciernen a la manera de entender la filosofía y los juicios de valor– influyeron en autores como Kelsen, Ross y Bobbio. Así, por ejemplo, la idea que tiene Ross de la filosofía del derecho, según fue expuesta en su momento, está muy de acuerdo con el giro que los positivistas lógicos dieron a la filosofía general y con el nuevo cometido que señalaron para ésta: clarificar el lenguaje de que se vale la ciencia cuando describe los distintos objetos de que ella se ocupa, entre éstos, el derecho.

Una muy lograda exposición de los postulados del positivismo lógico y de su aplicación al ámbito jurídico puede encontrarse en el libro de Martín Diego Farrell, *La metodología del positivismo lógico. Su aplicación al derecho,* publicado por Editorial Astrea en 1979. En esta obra, el autor elige cinco temas clave para explicitar el pensamiento de los positivistas o empiristas lógicos y aplica

luego al campo del derecho los principios obtenidos después de practicar y desarrollar la selección de esos temas. Por su parte, los temas seleccionados son el principio de verificación, la naturaleza de la verdad, la índole de las leyes de la naturaleza, el fisicalismo, y las ideas éticas del positivismo lógico.

IV. ¿Qué es el positivismo jurídico? Las consecuencias del positivismo jurídico según Kelsen; los aspectos del positivismo jurídico según Bobbio; las tesis del positivismo jurídico según Ross y según Norbert Hoerster; y los significados del positivismo jurídico según Hart

Una manera de avanzar en la comprensión del positivismo jurídico consiste en interpelar con la pregunta "¿qué es el positivismo jurídico?" a determinados autores que se consideran a sí mismos positivistas o que son habitualmente calificados como tales por sus colegas en el campo de la teoría y de la filosofía del derecho.

Si bien en la actualidad –nos referimos al recién iniciado tercer milenio– no hay lo que Carlos Cárova llama "representantes paradigmáticos" del positivismo jurídico, o positivistas en estado "químicamente puro", lo cierto es que durante el pasado siglo XX las figuras de Kelsen, Ross, Hart y Bobbio jugaron ese papel de representantes paradigmáticos, especialmente los dos primeros, aunque Ross se refirió alguna vez a Kelsen como un "cuasipositivista", o sea, como un positivista a medio camino, que con su teoría de la norma básica, lo mismo que el iusnaturalismo, colocaba el fundamento de validez último del ordenamiento jurídico fuera de éste. Como se comprenderá, lo que Ross quiso decir es que había un evidente parentesco entre Kelsen y los iusnaturalistas, puesto que ambos colocaban el fundamento de validez del derecho positivo *fuera* del derecho positivo, en un caso en la llamada norma básica –que para Kelsen no es una norma positiva, sino una norma supuesta o ficticia– y, en el otro, en el así denominado derecho natural.

Por su parte, llama la atención que Hart, quien profesa un positivismo jurídico más atenuado que el que suscriben Kelsen

y Ross, haya sido escogido como blanco de la principal y más difundida de las críticas recientes al positivismo jurídico, a saber, la que lleva a cabo Ronald Dworkin.

Además de lo dicho, esto es, de tratarse de autores que en algún sentido se consideran a sí mismos positivistas y que son también rotulados como tales por autores de otras tendencias, las cuatro figuras que acabamos de identificar se hicieron la pregunta que ahora nos ocupa –¿qué es el positivismo jurídico?– y propusieron algún tipo de respuesta para ella.

Por todo lo dicho, hay buenas razones para mirar a Kelsen, Ross, Hart y Bobbio cuando uno tiene entre las manos una pregunta como esa. Lo propio pasa más recientemente con Norbert Hoerster, quien lleva a cabo también una buena presentación del tema en un libro cuyo título ahorra todo comentario: *En defensa del positivismo jurídico.*

Sin embargo, a la hora de comparar las respuestas que ofrecen esos autores aparece un problema con las *palabras,* un problema con los *números* y un problema con las *afiliaciones.*

En cuanto a las *palabras,* y enfrentados a la pregunta ¿qué es el positivismo jurídico?, Kelsen habla de las "consecuencias" del positivismo jurídico, Bobbio de los "aspectos" de éste, Hart de los "significados" del positivismo jurídico, y Ross y Hoerster de las "tesis" del mismo.

Trasladándonos ahora a la cuestión de los *números,* Kelsen refiere *dos* consecuencias del positivismo jurídico, Bobbio *tres* aspectos del mismo, Hart *cinco* significados del positivismo, y Ross y Hoerster *seis* tesis de éste.

Por último, a la hora de las *afiliaciones,* Kelsen asume las dos consecuencias que atribuye al positivismo jurídico, mientras que Bobbio se queda solo con uno de los tres aspectos que atribuye a esta misma corriente del pensamiento. Por su parte, Hart admite dos de sus cinco significados del positivismo jurídico, en tanto Ross suscribe únicamente dos de las seis tesis que según él postula dicha corriente. Por su parte, Hoerster asume también sólo dos de las seis tesis que se atribuyen al positivismo.

Dichos tres problemas, por otra parte, advierten ya sobre la dificultad que se presenta al intentar caracterizar al positivismo jurídico, puesto que la pregunta que podríamos hacer es si al realizar ese intento lo que se trata de establecer son las conse-

cuencias, los aspectos, los significados o bien las tesis del positivismo jurídico. A la vez, si uniformáramos la nomenclatura y nos quedáramos con la palabra "tesis", asumiendo que ella puede ser la más propia a la hora de caracterizar a esta corriente del pensamiento jurídico, la pregunta que surgiría sería la de si esas tesis son dos, tres, cinco o seis. En fin, y en la cuestión que parece más relevante de todas, ¿cómo es posible que identificado un cierto número de tesis del positivismo jurídico por los propios autores positivistas éstos terminen adscribiendo sólo a algunas de ellas?

Lo que pasa es que existen varias maneras de entender el positivismo jurídico. Dicho de otro modo: son varias las tesis o doctrinas consideradas como propias o prototípicas del positivismo jurídico, lo cual constituye una cierta dificultad para cualquier intento de definición o caracterización general del mismo. Esa dificultad se torna aun mayor si se comprueba luego que esas tesis o doctrinas no se implican unas con otras, de modo que un autor considerado positivista puede en el hecho aceptar una o más de esas doctrinas y rechazar el resto.

Por lo mismo, cuando se dice de un autor que es positivista se hace necesario, a fin de evitar confusiones y malentendidos, especificar con la mayor exactitud posible en qué sentido o sentidos lo es, o –dicho de otra manera– a cuál o cuáles de las tesis o doctrinas comúnmente consideradas como propias del positivismo jurídico adhiere ese autor.

Comenzaremos con **Kelsen** nuestro recorrido por los cinco autores a quienes vamos a dirigir la pregunta ¿qué es positivismo jurídico?

Según Kelsen, el positivismo jurídico debe ser distinguido del positivismo filosófico, sin perjuicio de lo cual es preciso convenir que ambos, en la descripción que pretenden llevar a cabo de la realidad, toman como punto de partida lo dado efectivamente en la experiencia. De esta manera, el conocimiento y descripción de lo dado, de lo que es, de lo que por modo efectivo comparece ante nosotros en el plano de la experiencia, constituye el único objeto de investigación científica, quedando por tanto fuera de ésta toda indagación de tipo metafísico.

En el caso de la ciencia jurídica, lo dado es el derecho positivo, de donde se sigue que "positivismo jurídico" es el nombre

que damos a la teoría jurídica que concibe como derecho únicamente al derecho positivo, esto es, al derecho producido por actos de voluntad del hombre.

Para Kelsen, dos son las *consecuencias* del positivismo jurídico:

a) La distinción entre el derecho y la moral, como dos órdenes sociales diferentes, y la distinción consiguiente entre derecho y justicia, por entender que la justicia es el modo como la moral se proyecta en el campo del derecho; y

b) La idea de que todo derecho estatuido por quienes se hallan autorizados para producir normas jurídicas debe corresponder a la exigencia política y jurídica de la previsibilidad de la decisión jurídica y a la exigencia de la seguridad jurídica.

La primera de estas dos consecuencias, que es obviamente la que más interesa tener a la vista, o sea, la distinción entre el derecho y la moral, así como la consiguiente distinción entre derecho y justicia, no significa, según Kelsen, negar que exista la moral ni negar tampoco la exigencia de que el derecho deba ser un derecho justo y armonizar con la moral, especialmente con la norma moral de la justicia.

Pero –añade Kelsen–, tenemos que ser conscientes de que existen diferentes sistemas morales y diversos ideales de justicia, a menudo en conflicto unos con otros. Así, la calificación de un derecho como moralmente correcto, o como derecho justo, dependerá del sistema moral o del determinado ideal de justicia que escojamos, y tal calificación será entonces relativa. Por lo mismo, es tan posible la existencia de un derecho moralmente correcto como la de un derecho moralmente incorrecto o injusto.

Trasladando la distinción entre derecho y moral al campo de las disciplinas jurídicas, o modalidades del conocimiento del derecho, Kelsen es de opinión que a la filosofía del derecho le corresponde responder a la cuestión de qué normas jurídicas deberían ser adoptadas o establecidas, lo cual quiere decir, en otros términos, que el cometido específico de la filosofía jurídica sería el problema de la justicia. Y en cuanto la justicia es un postulado de la moral –añade todavía el autor–, "la filosofía del

derecho constituye una rama de la filosofía moral". Por la inversa –continúa razonando el jurista austríaco–, "la teoría general del derecho tiene por cometido el derecho tal cual es en el hecho, efectivamente, esto es, el derecho positivo, tanto nacional como internacional".

Por último, Kelsen cree que no es posible demostrar por métodos racionales que un determinado sistema moral, o que un determinado ideal de justicia, es el verdadero o el mejor. Esto último nos parece fundamental para comprender la preferencia del autor por la democracia: como ninguna doctrina moral sobre la justicia puede presentarse legítimamente, desde un punto de vista racional, como la única o la verdadera, todas las doctrinas tienen igual derecho para concurrir y competir entre sí por obtener el apoyo o las preferencias de la gente.

De este modo, el relativismo (los valores no se prueban racionalmente) conduce a la tolerancia (todos los ideales valorativos deben coexistir y ninguno puede ser excluido en nombre de la verdad) y la tolerancia conduce por su parte a la democracia: debe operar la regla de la mayoría para decidir periódicamente quién gobierna y qué proyecto o programa podrá ser legítimamente impulsado desde el gobierno.

En cuanto a la segunda de las consecuencias que Kelsen atribuye al positivismo jurídico, ella dice relación con el tema de la seguridad jurídica, entendida ésta en un doble sentido. *Primero,* en su sentido habitual de previsibilidad de las decisiones, sean éstas judiciales o administrativas, previsibilidad que nunca es completa, pero que se ve favorecida por la existencia de normas jurídicas generales cuya producción está reservada al órgano legislativo y en cuyo marco deben adoptarse tales decisiones. En el marco de un derecho legislado previamente establecido, las decisiones de los tribunales y órganos de la administración "son previsibles hasta cierto grado y, por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento según decisiones judiciales previsibles". Y *segundo,* seguridad jurídica en el sentido colectivo de la expresión, que es el que aparece cuando el ordenamiento jurídico, al determinar las condiciones bajo las cuales la coacción como fuerza física puede ser ejercida, así como los órganos encargados de ese ejercicio, protege a los individuos sometidos a ese mismo orde-

namiento contra el uso de la fuerza por parte de otros individuos. Como se sabe, Kelsen es de opinión que la medida mínima de protección de las personas contra la fuerza se logra cuando el respectivo ordenamiento jurídico ha conseguido monopolizar el uso de la fuerza dentro de la comunidad de que se trate. La seguridad colectiva –cree Kelsen– puede así tener distintos grados, los que dependen de la medida en que se centralicen los procedimientos tanto para establecer la existencia de las condiciones a las que se encuentre enlazado un determinado acto coactivo como para llevar a cabo el acto coactivo de que se trate. De este modo, la seguridad colectiva logra su grado más elevado "en el Estado moderno, que constituye un orden jurídico altamente centralizado".

Como se ve, la seguridad colectiva aspira a la paz, entendida ésta como ausencia del uso de la fuerza física por parte del hombre contra el hombre. Pero la paz que provee el derecho es sólo una paz relativa, no absoluta, puesto que si bien el derecho excluye el uso de la fuerza entre los individuos, reserva la fuerza para sí, monopolizando su ejercicio, de modo que es la propia fuerza el medio de que se vale el derecho para combatir el uso de la fuerza. En consecuencia, lo que se intenta impedir por medio del derecho es la fuerza, aunque la fuerza es también el medio que utiliza el derecho para tener éxito en ese intento.

En el caso de **Bobbio**, este autor distingue tres *aspectos* del positivismo jurídico –el positivismo jurídico como *método,* el positivismo jurídico como *teoría* y el positivismo jurídico como *ideología–,* aunque son varias las implicancias, las doctrinas y las versiones que, en ese mismo orden, es posible distinguir al interior de cada uno de esos tres aspectos.

Tratándose del primer aspecto –el positivismo jurídico como método–, consiste sólo en una manera de llevar a cabo la identificación y el estudio del derecho, caracterizada por la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser, entre el derecho real y el derecho ideal, entre el derecho como hecho y el derecho como valor, y por la convicción de que los juristas, al hacer ciencia del derecho, se ocupan ante todo del derecho que es y no del derecho que debería ser.

Dos son las implicancias que tiene el positivismo jurídico de tipo metodológico, a saber, *primero,* que mira al derecho tal cual

éste es y se presenta como dato o fenómeno de la vida humana en sociedad; y, *segundo,* que para identificar a ese derecho se atiene a los requisitos o condiciones que para la producción, cambio o derogación de las normas jurídicas haya establecido el mismo derecho y no a la correspondencia que éste pueda o no tener con un determinado sistema de valores, o, más concretamente, con una determinada idea acerca de lo que el derecho deba ser.

De este modo, una cosa es la *validez* del derecho y otra su *valor,* o sea, una cosa es la existencia del derecho y otra el mérito que éste pueda tener. Así, decir que una norma jurídica tiene *validez* significa reconocer que ella existe como parte de un ordenamiento jurídico determinado por haber sido producida e incorporada a éste por quien y a través del procedimiento establecido por ese mismo ordenamiento, en tanto que decir que una norma jurídica tiene *valor* significa que ella se encuentra de acuerdo con un sistema de valores al que se identifica como el derecho ideal, como el derecho que debe ser.

Desde este punto de vista, en consecuencia, positivista es aquel que en la tarea de *identificación* del derecho –que no en la de su crítica– asume conscientemente una actitud a-valorativa, es decir, éticamente neutral, y utiliza como criterio para distinguir una norma jurídica válida de una que no lo es ciertos datos verificables objetivamente, que tanto pueden tener que ver con el *pedigree* de la norma o con su eficacia, y no la mayor o menor correspondencia que la norma, vista ahora en su contenido, pueda tener con un sistema de valores.

Puesto lo anterior de otra manera, el positivismo jurídico metodológico asume la distinción entre *juicios de hecho* y *juicios de valor,* entre juicios acerca de lo que *es* y juicios acerca de lo que *debe ser,* y concluye que el jurista debe emitir los primeros si es que quiere dar cuenta de la realidad del derecho antes de tomar una posición frente a esa realidad.

Tal como veremos en su momento, el positivismo jurídico de tipo metodológico no impide una toma de *posición* frente al derecho y lo único que postula es que antes hay que llevar a cabo una toma de *posesión* del derecho.

Pasando ahora al segundo aspecto –el positivismo jurídico como teoría–, se trata de aquella concepción del derecho que

asume como correctos los siguientes seis postulados: el derecho es un orden coactivo; la ley es la única o, cuando menos, la más importante de las fuentes del derecho; las normas jurídicas son órdenes o mandatos; el ordenamiento jurídico es una unidad coherente; el ordenamiento jurídico es también pleno; y los jueces están llamados a aplicar el derecho, no a producirlo, debiendo interpretar el derecho puesto por el legislador de una manera mecanicista.

Con todo, los tres primeros y los tres últimos de esos postulados no tienen, según Bobbio, la misma importancia para una teoría positivista del derecho. Por el contrario, los tres primeros constituirían algo así como los pilares de dicha teoría, mientras que los tres últimos tendrían una importancia más bien secundaria en la configuración de la teoría.

Siguiendo con esa distinción, Bobbio llama positivismo jurídico en sentido *estricto* o rígido a la teoría o doctrina que asume los seis postulados antes señalados, y denomina positivismo jurídico en sentido *amplio* a la teoría o doctrina que suscribe únicamente los tres primeros de tales postulados.

En consecuencia, el positivismo jurídico en sentido amplio se caracterizaría por defender los siguientes postulados: la coercibilidad es un rango esencial del derecho, esto es, no hay derecho sino bajo la forma de un orden coactivo de la conducta humana, y, además, la coercibilidad es el rango típico e identificatorio del derecho, o sea, el que con mayor nitidez permite identificarlo y diferenciarlo de otros órdenes normativos; la fuente del derecho prioritaria o jerárquicamente superior es la ley, de modo que las restantes fuentes lo son sólo en apariencia o en una condición de fuentes subordinadas a la ley; y la norma jurídica es un mandato, vale decir, la manifestación de una determinada y reconocible voluntad que la crea e introduce al ordenamiento jurídico.

A este último respecto, Bobbio distingue entre un *imperativismo ingenuo* y un *imperativismo crítico*. El primero, que va desde Hobbes hasta Austin, considera al derecho como un conjunto de mandatos que el soberano dirige a los ciudadanos, mientras que el segundo, inaugurado por Kelsen, ve en la norma jurídica un imperativo hipotético y considera que el destinatario de la norma, vista ella en la fase primaria y en la secundaria de su

estructura, es antes el juez que debe aplicarla que el ciudadano llamado a obedecerla.

En cuanto al positivismo jurídico en sentido estricto, anticipamos que es aquel que asume, además de los tres postulados ya analizados, los siguientes: el ordenamiento jurídico es coherente, es decir, no hay antinomias o conflictos de normas a su interior; el ordenamiento jurídico es pleno, vale decir, en su interior siempre hay normas que permiten dar solución a todos los casos que se presenten; y la tarea de los jueces, que es de aplicación y no de creación de derecho, se reduce a establecer cuál es el derecho preexistente al caso y a interpretarlo según la voluntad de su creador.

Por último, el positivismo jurídico como ideología es una doctrina que hace suya una o ambas de las afirmaciones que siguen: todo derecho es justo por el solo hecho de ser derecho positivo, y todo derecho positivo, al margen del juicio que pueda merecer desde el punto de vista de la justicia de sus normas, es siempre un medio idóneo para alcanzar ciertos fines socialmente deseables, tales como el orden, la paz y la seguridad jurídica.

A la primera de esas dos afirmaciones puede considerársela como la tesis *fuerte* del positivismo jurídico como ideología, mientras que a la segunda puede estimársela como su tesis *débil*.

Por su parte, la tesis fuerte o extrema, en nuestro parecer, puede ser descompuesta en una tesis *fortísima* y en una tesis *simplemente fuerte*. La tesis fortísima es la que acabamos de enunciar, o sea, la que postula que todo derecho es justo por el solo hecho de ser derecho, mientras que la tesis simplemente fuerte equivaldría a la afirmación de que todo derecho, sea o no justo, debe ser siempre e incondicionalmente obedecido.

Por cierto que no hay autores, ni siquiera entre los positivistas más extremos, que acepten la tesis fortísima del positivismo jurídico de tipo ideológico, así como son escasos los que se muestran dispuestos a hacer suya la que llamamos tesis simplemente fuerte del positivismo jurídico ideológico. Sin embargo, son muchos más los que se demuestran partidarios de la segunda de las tesis del positivismo jurídico como ideología, es decir, de la afirmación de que todo derecho, provea o no de suficiente justicia, proporciona otros valores importantes para la vida en sociedad, tales como orden, paz y seguridad jurídica. *Orden,* en

cuanto todo derecho es un plan de comportamientos debidos, prohibidos o permitidos que con un cierto grado de eficacia orienta y conduce la vida en sociedad; *paz,* en cuanto todo derecho, al monopolizar con éxito el uso de la fuerza, termina con la guerra de todos contra todos y con la imposición de la ley del más fuerte; y *seguridad jurídica,* en cuanto los sujetos sometidos al derecho saben lo que éste expresa de ellos y conocen las consecuencias a que se exponen en caso de no ajustar su conducta a las prescripciones jurídicas.

Así las cosas, la primera de las dos versiones del positivismo jurídico como ideología –la versión extrema– acoge en realidad dos tesis en su interior, la fortísima y la simplemente fuerte, mientras que la segunda versión –la versión moderada– acoge tan solo la tesis de que el derecho asegura ciertos valores con independencia del valor que pueda atribuírsele desde el punto de vista de la justicia.

En cuanto a la toma de posición personal de Bobbio ante los tres aspectos del positivismo jurídico, el autor italiano acepta sin reservas el positivismo jurídico como método; acepta también el positivismo jurídico como teoría en el sentido amplio de la expresión; y, por último, rechaza la versión fuerte del positivismo jurídico como ideología, en las dos de sus tesis, pero acoge la versión moderada de ese mismo tipo de positivismo.

Sin embargo, con Bobbio hay que tener cuidado, porque se trata de un autor que gusta volver una y otra vez sobre sus planteamientos, matizándolos constantemente, de modo que en su pensamiento –y también en el que tiene acerca de su aceptación o rechazo de los distintos aspectos del positivismo jurídico– hay siempre un fluir que por momentos dificulta establecer cuál es a fin de cuentas la posición final del autor. Una característica de la obra de Bobbio, sin embargo, que mencionamos antes como un mérito que como un defecto.

Desplazándonos ahora a la figura de **Alf Ross**, el autor escandinavo cree que seis son las *tesis* que han recibido mayor adhesión de parte de los autores considerados positivistas, aunque ello no significa que todos esos planteamientos sean apoyados por la totalidad de los autores, puesto que –lo mismo que en el caso de los varios aspectos del positivismo que distingue Bobbio– tales tesis no se implican necesariamente entre sí.

Las seis tesis principales del positivismo jurídico según Ross son las siguientes:

a) la distinción entre derecho y moral, o sea, la distinción entre dos modos de hablar acerca del derecho: el derecho que *es* y el derecho que *debe ser.*

Según el jurista escandinavo, no existe conexión necesaria entre el derecho que es y el derecho que debe ser, lo cual quiere decir que afirmar que un derecho *es* no significa afirmar que ese derecho *deba ser,* y que postular que un derecho *deba ser* no significa afirmar que lo *sea* realmente;

b) la concepción imperativista de las normas jurídicas, o sea, la idea de que las normas jurídicas consisten en órdenes o mandatos que unos seres humanos (en general los legisladores) dirigen a otros seres humanos (en general los súbditos);

c) la idea de que el derecho es un conjunto de normas que se aplican por medio de la fuerza;

d) la concepción mecanicista de la función judicial y la idea de que los jueces aplican mas no crean derecho;

e) la idea de que todo ordenamiento jurídico tiene una estructura interna de validez que lo hace obligatorio; y

f) la negación del derecho natural como un derecho anterior y superior al derecho positivo.

Ross identificó las tesis precedentes en una conferencia que ofreció el año 1960 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires –de la que existe un testimonio escrito de Genaro R. Carrió titulado *Nota sobre la visita de Alf Ross–,* aunque dejó bien en claro que él aceptaba únicamente la primera y la última de ellas.

Sin embargo, un año más tarde Ross volvió sobre las ideas expresadas en su conferencia de Buenos Aires, porque, según dijo, de esa manera podía "elaborarlas de una manera que no puede hacerse en una exposición oral". El texto en el que el autor retomó sus ideas sobre la materia es "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural", que aparece incluido en su libro *El concepto de validez y otros ensayos.*

En el texto que acabamos de mencionar Ross parte diciéndonos que "la expresión 'positivismo jurídico' no ha sido jamás definida con precisión", de donde resulta que se trata de una expresión que "nunca ha tenido un significado que haya recibido aceptación general" y que es utilizada en la mayoría de los casos vagamente y sin una connotación definida.

Acto seguido, y tomando pie de cómo el término "positivismo" es usado en general en filosofía, parece al autor razonable tomar la expresión "positivismo jurídico" en sentido amplio como sinónimo de "una actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho basado en los principios de una filosofía empirista y antimetafísica".

Ross, consciente ahora de que la expresión "principios empiristas" puede ser interpretada de varias maneras, aclara que esta expresión conduce a lo que él llama las "dos tesis fundamentales" del positivismo jurídico, es decir, las dos tesis que constituyen "el núcleo" de éste. Estas dos tesis son la de que la creencia en el derecho natural es errónea, y la de que no hace falta recurrir a ideas o principios tomados del derecho natural o de la moral natural para certificar la existencia y describir el contenido del derecho de un determinado país o sociedad en un momento también determinado.

En cuanto a la primera de esas tesis, ella postula que no existe el derecho natural y que todo derecho es positivo; y en cuanto a la segunda, ella afirma que es posible establecer y describir el derecho vigente en un lugar y tiempo dados en términos puramente fácticos basados en la observación e interpretación de determinados hechos sociales consistentes en conductas y actitudes humanas, y, por tanto, que no hace falta recurrir para ello a principios tomados del derecho natural o de la moral natural que se presenta bajo ese nombre.

Así las cosas, el postulado contenido en la segunda tesis tiene el mismo significado y alcance que la conocida frase de Austin: "La existencia del derecho es una cosa; otra cosa es su mérito o demérito". Y en cuanto a la primera tesis, su postulado proviene en verdad de la filosofía moral, concretamente del punto de vista que niega la existencia de principios universalmente válidos que gobiernan la vida del hombre en sociedad, principios que no son creados por el hombre sino descubiertos por él, prin-

cipios verdaderos y obligatorios para todos y a los cuales el derecho positivo debe supeditarse so pena de perder su carácter de tal.

Todavía más: si "validez" es una palabra que se utiliza no para indicar la existencia de una norma jurídica o de un conjunto de éstas, sino para aludir –como hace el iusnaturalismo– a una cualidad apriorística, específicamente moral, llamada también "fuerza obligatoria" del derecho, que da lugar a una obligación moral correspondiente, no existe –según Ross– ningún deber semejante de obedecer el derecho que provenga del derecho mismo.

Así, cada vez que se admite el deber de obedecer el derecho, lo que se reconoce es un deber moral *hacia* el ordenamiento jurídico, no un deber *conforme* al ordenamiento, lo cual quiere decir que un deber semejante no puede derivarse del ordenamiento mismo y tiene que surgir de reglas o de principios que están fuera del ordenamiento.

Lo anterior quiere decir que validez, en el sentido de fuerza obligatoria, no es una cualidad inherente al ordenamiento jurídico, sino algo que deriva de los principios del derecho natural, de modo que "la afirmación de que un orden jurídico posee validez o fuerza obligatoria nada nos dice acerca de obligaciones o hechos jurídicos, sino que expresa nuestras obligaciones morales".

Es por ello que Ross llega a referirse a Kelsen como un autor "cuasipositivista", un término que según Ross estaría justificado en el caso del jurista austríaco no únicamente porque éste coloca el fundamento último de validez del ordenamiento jurídico fuera de éste –en la llamada norma básica o norma fundamental–, sino porque Kelsen maneja un concepto de validez referido no sólo a la existencia del ordenamiento y de sus normas, sino también a la obligatoriedad de uno y de otros. "La teoría pura del derecho de Kelsen –escribe Ross– es una continuación del pensamiento cuasipositivista", porque "Kelsen jamás ha superado la idea de que un sistema jurídico establecido como tal posee validez en el sentido normativo de la palabra".

No es éste el momento para desarrollar in extenso la crítica de Ross a Kelsen ni para evaluar cuánta justicia hay en esa crítica, pero lo que interesa destacar ahora es que el jurista escandi-

navo distingue entre un positivismo jurídico *dogmático* (o extremo) y uno *hipotético* (o moderado). Para el primero –en el que Ross se alista expresamente–, no existe la posibilidad de un específico conocimiento ético que conduzca a la comprobación de un derecho natural compuesto de principios éticos que pueden ser descubiertos por la razón humana. Para el segundo, en cambio, la existencia de ese derecho natural, o la de los principios éticos que lo constituyen, es algo que no tiene ninguna importancia para la ciencia jurídica, llamada a identificar y a describir lo que de hecho rige como derecho, y se trata entonces de una cuestión que bien puede quedar abierta y sobre la que no es necesario pronunciarse. Todavía más: un positivista moderado continuaría siendo tal aun en el caso de que admitiera la existencia de esos principios, si es que les niega toda injerencia en la identificación y descripción de un determinado ordenamiento jurídico.

En fin, y volviendo por un instante a la idea de que el derecho tiene en sí mismo fuerza obligatoria –una idea que Ross interpreta como cuasipositivismo o como una escuela más de derecho natural–, cabe destacar que su oposición a una idea semejante proviene de su negativa a conceder autoridad moral a cualquier ordenamiento jurídico por el solo hecho de encontrarse establecido como tal y su horror ante lo que él mismo llama "obediencia estúpida" y no crítica a lo que se encuentre establecido como derecho.

En otras palabras, aun considerándose a sí mismo un positivista dogmático o extremo, Ross pone toda la distancia que resulta posible con ese aspecto del positivismo jurídico que Bobbio llama positivismo como ideología, en particular con lo que al analizar las ideas del jurista italiano llamamos tesis *fortísima* y tesis *simplemente fuerte* de esa modalidad del positivismo jurídico.

Conviene detenerse también un instante en la forma como presenta **Norbert Hoerster** el problema de la definición del positivismo jurídico.

Hoerster, lo mismo que Ross, refiere lo que él llama las *tesis* del positivismo jurídico y está consciente, asimismo, de que sólo algunas de las tesis que habitualmente son calificadas de positivistas resultan aceptables, mientras que otras no lo son. Advierte también que las tesis inaceptables del positivismo son las que rei-

teradamente se adjudican a los autores positivistas por quienes no lo son, en circunstancias de que esos autores nunca las han hecho suyas. De este modo, el autor alemán reprocha a los adversarios del positivismo jurídico que a la hora de discutir con éste lo hagan a partir de tesis que nunca han sido adoptadas por los positivistas y que, por lo mismo, acaben fundando su rechazo al positivismo en posiciones que este último no suscribe.

Esa estrategia empleada por los detractores del positivismo jurídico tiene otra consecuencia evidente: al desacreditar en nombre del positivismo tesis que este último no ha hecho nunca suyas porque carecen de fundamento, "quedan también automáticamente desacreditadas aquellas tesis que los iuspositivistas defienden y que están perfectamente fundamentadas".

Hoerster va todavía más lejos y, junto con declarar que detrás del concepto genérico "positivismo jurídico" se encuentran tesis diferentes e independientes lógicamente entre sí, concluye en que cada una de las tesis realmente sostenidas por los positivistas modernos cuentan con buenas y convincentes razones en su favor.

No por nada el título que dio Hoerster a sus planteamientos sobre la materia fue *En defensa del positivismo jurídico.*

El autor germano sostiene que cinco son las *tesis* que se esconden detrás del concepto genérico de "positivismo jurídico". Se trata, por cierto, de cinco tesis diferentes que no se implican lógicamente unas a otras, de donde se sigue que la aceptación de alguna de ellas no conduce necesariamente a la adopción de las restantes.

La primera es la *tesis de la ley,* que propugna una definición del derecho a través del concepto de ley. Esta tesis no requiere de mayores desarrollos, puesto que nadie la acepta en la actualidad.

La segunda es la *tesis de la neutralidad,* en virtud de la cual el derecho tiene que ser definido con prescindencia del juicio moral que nos pueda merecer su contenido. Esta es para Hoerster la tesis principal del positivismo –con la que él se manifiesta de acuerdo– y aquella en la que se suele concentrar la mayor parte de la polémica con los autores antipositivistas.

La tesis tercera es la de la *subsunción,* que sostiene que la aplicación del derecho por parte de los jueces es una operación mecánica que estos operadores jurídicos llevan a cabo libres de

valoraciones. Se trata, lo mismo que en el caso de la primera, de una tesis completamente superada y que no es sustentada por ninguna de las grandes figuras del positivismo jurídico de nuestro tiempo.

La cuarta es la *tesis del subjetivismo,* que plantea que los criterios para decidir acerca de la rectitud moral del derecho tienen carácter subjetivo, de modo que diferentes criterios sobre el particular conducen también a distintos resultados en lo que a la evaluación ética del derecho concierne.

En fin, la *tesis del legalismo* es aquella que postula que las normas del derecho deben ser obedecidas en toda circunstancia, independientemente del juicio moral que puedan merecernos. Esta tesis –según Hoerster– proporciona "la munición más importante" a los adversarios del positivismo, aunque no es defendida ni por el propio Hoerster ni por ningún otro de los positivistas paradigmáticos, como es el caso de Kelsen y de Hart.

En suma: sólo las tesis dos y cuatro son efectivamente defendidas por los positivistas, siendo la dos la tesis central del positivismo jurídico.

Con todo, las tesis dos y cuatro no se implican recíprocamente, es decir, se puede rechazar la tesis cuatro y aceptar la tesis dos, o sea, se puede ser objetivista en punto a la cuestión de los valores y estar de acuerdo en que el derecho vigente en un lugar y tiempo dados puede ser identificado con prescindencia de esos valores. Sin embargo, es cierto que, de hecho, la mayoría de los modernos positivistas partidarios de la tesis dos se muestran también partidarios de la tesis cuatro. Sería este último hecho el que en opinión de Hoerster permitiría definir el positivismo jurídico de nuestros días como aquella doctrina que abarca tanto la tesis dos como la tesis cuatro. Una doctrina, por otra parte, que haría frente a la del derecho natural, caracterizada esta última, precisamente, por el rechazo de ambas tesis.

Al hilo de tales consideraciones, que conducen a una definición del positivismo jurídico como doctrina que acepta tanto la *tesis de la neutralidad* como la *tesis del subjetivismo,* Hoerster se da enseguida a la tarea de defender al positivismo jurídico, o sea, de ofrecer razones en favor de esas dos tesis.

Hoerster defiende la tesis de la neutralidad porque sólo de esa manera pueden identificarse y tomarse en cuenta todos los

fenómenos culturales que es posible describir con la palabra "derecho" y no únicamente aquellos que, vistos en su contenido, puedan hallarse en correspondencia con determinadas preferencias morales. ¿Cuáles son esos fenómenos que es posible describir con la palabra "derecho"? Se trata según el autor de normas sociales para las que vale, en general, la siguiente caracterización: han sido creadas de acuerdo con una constitución eficaz; forman parte de un orden normativo que prevé la coacción física y que es regularmente aplicado por los funcionarios estatales; y quien se niegue a obedecer esas normas tiene que contar con las consecuencias desfavorables que ellas mismas señalan para el caso de incumplimiento.

Utilizar el concepto de "derecho" de otra manera parece a Hoerster tan poco realista y funcional como si se empleara el concepto de "tiempo" de un modo valorativamente no neutral que incluyera sólo esa realidad que llamamos "buen tiempo". Así como los meteorólogos emplean un concepto amplio y funcional de tiempo que les permite dar cuenta tanto del buen como del mal tiempo, así también los juristas deben valerse de un concepto de derecho que les permita dar cuenta tanto del "buen" como del "mal" derecho.

Todo lo cual recuerda razonamientos similares de Bobbio y Ross, quienes se preguntan, en ese mismo orden, qué pensaríamos de un historiador que por considerarla una acción perversa omitiera reconocer que Bruto mató a César, o qué diríamos de un zoólogo que en nombre del valor estético de los cisnes blancos declarara que los de color negro no son cisnes en absoluto.

Seguidamente, Hoerster da razones en favor del subjetivismo y niega la posibilidad de demostrar la validez objetiva de determinados comportamientos o de normas que estén más allá de la experiencia humana. El autor admite que se trata de un tema complejo que demandaría todo un libro para su adecuada discusión, aunque observa sobre el particular, primero, que con medios puramente lógicos no es posible fundamentar normas suprapositivas, y, segundo, que tales normas tampoco son posibles de conocerse intuitivamente.

No obstante negar la posibilidad de una fundamentación objetiva de criterios suprapositivos que permitan establecer cuando un derecho es recto y cuando no lo es, Hoerster elu-

de sumarse a las consecuencias relativistas tan radicales que suelen atribuirse al subjetivismo. Así, consciente de que normas supremas de la convivencia social no pueden ser tratadas como "verdades encontradas por los hombres", sí pueden ser consideradas como "instrumentos de la convivencia social inventados o creados por los hombres", lo cual, según sus propias palabras, quiere decir lo siguiente: "los individuos que ponen en vigencia ciertas normas (como, por ejemplo, la prohibición de matar o de violar las promesas o los contratos) llevan, en el grupo o en la sociedad en la que viven, una vida mejor y pueden realizar más eficazmente sus respectivas necesidades e intereses que en el caso de que viviesen sin tales normas.

En el beneficio que tales normas irrogan a los individuos se encontraría el fundamento de validez de las mismas, aunque a un utilitarismo semejante, de corte positivo, podría aparejarse ese otro, de tipo negativo, propiciado por Popper. Un utilitarismo, este último, que aprobaría ciertas normas básicas de convivencia no en nombre del mayor *beneficio* o felicidad que traen para las personas, sino en su aptitud para disminuir el *daño* y la infelicidad de la gente.

Pasando ahora a los planteamientos de **Herbert Hart** acerca del tema que nos ocupa, es preciso destacar los dos textos en los que se contienen esos planteamientos: uno es *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral,* que Genaro R. Carrió tradujo en Argentina en 1962 y que incluyó en el volumen de ensayos de Hart que tituló *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis,* y el otro es el de una conferencia que el jurista de Oxford dio en la Universidad Autónoma de Madrid, el año 1979, con el título *El nuevo desafío al positivismo jurídico.*

Hart explica el positivismo jurídico y la tesis de la distinción entre derecho y moral a partir de las ideas de Bentham y de Austin. Estos autores distinguieron con claridad y firmeza el derecho que es del derecho que debe ser, una distinción que no pudo sino conducirles a admitir que el mero hecho de que una norma jurídica viole pautas morales no permite inferir que ella no es una norma jurídica, y que, inversamente, el mero hecho de que una norma jurídica sea moralmente deseable no permite inferir que riga efectivamente como norma jurídica.

Por otra parte, Hart está consciente de que el rótulo "positivismo jurídico" ha servido "como muchas otras expresiones que se usan a guisa de proyectiles en las batallas intelectuales para designar una desconcertante multitud de pecados diferentes".

El primero de los pecados, real o presunto, en que incurrieron Austin o Bentham, consistió en la distinción entre derecho y moral, o, lo que es igual, en la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser, y en el consiguiente reconocimiento del hecho que el derecho de un estado no es un ideal, sino algo que realmente existe como tal. Este planteamiento se resume muy bien en la ya citada frase de Austin "Una cosa es la existencia del derecho; otra su mérito o demérito", que el filósofo inglés complementó de la siguiente manera: "Un tipo de investigación conduce a saber si es o no es (derecho); para saber si se adecua o no a un patrón (moral) asumido, hace falta una investigación diferente. Una ley que de hecho existe es una ley, aunque ocurra que no nos guste, o aunque esté en desacuerdo con el texto mediante el cual regulamos nuestra aprobación y desaprobación".

Llama luego la atención Hart que los dos autores utilitaristas antes mencionados combinaron su tesis de la distinción entre derecho y moral con otras dos doctrinas igualmente famosas, aunque distintas. Una es la de la concepción imperativista del derecho, o sea, la idea de que las normas jurídicas son mandatos que un soberano impone a unos súbditos que tienen el hábito de obedecerle –una tesis que Hart considera "de una sobrecogedora simpleza y totalmente inadecuada"–, y la otra se relaciona, en cambio, con lo que Hart considera una importante verdad: que un estudio analítico de los conceptos jurídicos, es decir, un estudio del significado del vocabulario propio del derecho es tan vital para la comprensión de la naturaleza de éste como los estudios históricos o sociológicos.

Hart considera que esas tres doctrinas constituyen "la tradición utilitarista dentro de la teoría jurídica", aunque se trata de doctrinas distintas que no se implican unas con otras, de modo que resulta perfectamente posible valorar la distinción entre derecho y moral y valorar también la investigación analítica de los conceptos jurídicos y, sin embargo, sostener que es erróneo ver el derecho como órdenes o mandatos de un soberano habitualmente obedecido.

Precisamente, eso es lo que el propio Hart hace al encarar tales tres doctrinas, deteniéndose luego en la crítica a la tercera y última de ellas, porque se trata de una tesis "harto precaria" que omite toda consideración por aquellas normas jurídicas que nada tienen que ver con órdenes del soberano a sus súbditos, como acontece, por ejemplo, con las que habilitan a los sujetos de derecho para celebrar contratos, otorgar testamentos y, en general, para configurar ellos mismos sus relaciones jurídicas con los demás.

En todo caso, considera Hart que la falsedad de esa tesis no trae consigo la de las otras dos que sostuvo también la tradición utilitaria, simplemente porque –lo mismo que percibieron Bobbio y Ross– tales tesis no se implican necesariamente.

Acto seguido, Hart identifica cinco *significados* de "positivismo jurídico" que han sido "barajados en la teoría jurídica contemporánea":

a) la pretensión de que las leyes son órdenes que unos seres humanos dan a otros seres humanos;

b) la pretensión de que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral y, por consiguiente, entre el derecho que es y el que debe ser;

c) la pretensión de que el análisis de los conceptos jurídicos es algo que vale la pena intentar y algo, asimismo, que debe ser diferenciado de las indagaciones históricas sobre las causas u orígenes de las normas, de las indagaciones sociológicas sobre la relación entre el derecho y los otros fenómenos sociales, y de la crítica o evaluación del derecho, ya sea que esta crítica se efectúe en términos de moral, objetivos sociales, funciones u otros;

d) la pretensión de que un ordenamiento jurídico es un sistema lógicamente cerrado en el que las decisiones jurídicas correctas pueden ser deducidas por medios lógicos de normas jurídicas predeterminadas, sin referencia a propósitos sociales, líneas de orientación o estándares de tipo moral; y

e) la pretensión de que los juicios morales no pueden ser establecidos o defendidos, al modo como sí pueden serlo los juicios de hecho, por argumentos, pruebas o demostraciones racionales.

Pues bien: considera Hart que Bentham y Austin sostuvieron los tres primeros de esos cinco puntos de vista, mas no los dos últimos de ellos. Incluso más, el propio Hart, según nuestro parecer, estaría de acuerdo únicamente con el segundo y el tercero de esos puntos de vista.

Por lo mismo, más que caracterizar propiamente al positivismo jurídico, los cinco significados antes señalados son sólo los que con mayor habitualidad se barajan de hecho cada vez que se intenta precisar las tesis o doctrinas de esa corriente del pensamiento.

En el segundo de los textos de Hart a que aludimos en su momento, el autor, luego de eludir deliberadamente una definición genérica del positivismo jurídico y la determinación de alguna posible "esencia" de éste, selecciona solo tres tesis del positivismo jurídico, con las cuales se muestra él ciertamente de acuerdo: la *primera* de esas tesis se refiere a la distinción conceptual entre derecho y moral; la *segunda* concierne a la idea de que los últimos criterios de validez del derecho descansan en una práctica social que incluye tanto a los jueces como a los ciudadanos comunes; y la *tercera,* por último, dice relación con la discrecionalidad judicial, y sostiene que en todo ordenamiento jurídico hay siempre casos no previstos legalmente, lo que trae consigo la percepción de que el derecho se presenta como una realidad normativa relativamente indeterminada e incompleta y que los jueces, por tanto, a la vez aplican y crean derecho.

Las tres tesis que Hart atribuye al positivismo jurídico se encuentran en estrecha relación con el modo como Ronald Dworkin caracteriza al positivismo en su obra *Los derechos en serio,* que, como se sabe, escoge la obra de Hart, especialmente *El concepto de derecho,* como blanco para su ataque en contra del positivismo jurídico en general.

Esa caracterización y ese ataque serán tratados en el acápite que sigue, aunque conviene señalar –al hilo de lo que Hart escribe en *El concepto de derecho*– que la tesis más característica del positivismo jurídico, de entre las tres que él identifica como tales, es la que se refiere a la falta de una relación necesaria entre derecho y moral. Es precisamente en ese libro donde el autor, luego de advertir que "positivismo jurídico" es una expresión que "se usa hoy para designar una serie de tesis diferentes acerca del

derecho y la moral", señala que "aquí entenderemos por 'positivismo jurídico' la afirmación simple de que en ningún sentido es una verdad necesaria que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suela ocurrir así".

Sin embargo, el hecho de que Hart releve esa tesis del positivismo jurídico no lo lleva nunca a abrazar los postulados del positivismo jurídico como ideología, desechando así la idea ingenua de que todo derecho es justo por el solo hecho de hallarse establecido como tal y oponiéndose sin ninguna ambigüedad al postulado de que existiría una obligación moral de obedecer las normas del derecho.

Para ser igualmente justos, Dworkin no reprocha a Hart ser un positivista en el sentido ideológico de la expresión, de modo que la crítica del autor norteamericano, si bien se concentra en el pensamiento de Hart, lo hace en otras de las tesis sustentadas por este último autor.

V. Scarpelli y la búsqueda de una definición unitaria de positivismo jurídico

En cuanto a **Scarpelli** y la búsqueda de una definición *unitaria* de positivismo jurídico, puede decirse lo siguiente:

Como se ve, todos los autores previamente estudiados descomponen en dos, tres, cinco o más sentidos la actitud jurídica positivista, esto es, "despedazan" lo que pretenden definir y presentan una doctrina fragmentada en distintas tesis o significados.

En un libro de 1965, Uberto Scarpelli, fijándose al respecto en los puntos de vista que acerca del positivismo ofrecen Hart y Bobbio, el primero descomponiéndolo en *cinco* significados y el segundo en *tres* aspectos, reacciona en contra de semejante estrategia definitoria del positivismo jurídico y se pregunta si acaso no es posible ofrecer una definición *unitaria* de esa corriente del pensamiento, o sea, una definición que supere la fragmentación que aquellos juristas llevan a cabo –lo mismo que Kelsen, Ross y Hoerster– cuando tratan de dar una respuesta acerca de qué se entiende por positivismo jurídico.

A Eduardo García Maynez debemos un prolijo examen de los tres aspectos del positivismo que Bobbio pone de relieve y una lúcida exposición del intento de Scarpelli por ofrecer una definición unitaria del positivismo jurídico, un examen y una exposición que se contienen en el libro que el jurista mexicano publicó bajo el título *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo.*

Lo de Scarpelli es un intento por recuperar la esperanza de individualizar un referente preciso y claro para la expresión "positivismo jurídico", en cualquier caso de índole unitaria, evitando de este modo lo que hacen autores como Bobbio y Hart, quienes, según propias palabras de Scarpelli, "despedazan el positivismo jurídico en tres, cuatro o más partes independientes, a veces históricamente conexas, a veces, según se observa, separadas, por lo que llega un momento en que ya no se entiende por qué deban quedar reunidas bajo una etiqueta común".

Lo que interesa definir a Scarpelli, por tanto, no es el significado de la *expresión* "positivismo jurídico", sino el *concepto* de "positivismo jurídico", valiéndose para ello de una definición explicativa.

Una definición *léxica* es aquella que registra los usos lingüísticos más comunes de individuos o de grupos, y una definición *estipulativa* es aquella que establece cómo o en qué sentido se va a emplear en cierto contexto una determinada expresión.

Pues bien, considera Scarpelli que en el caso del positivismo jurídico no sirven ni una definición léxica ni una estipulativa, puesto que "cuando se trata de aquellos conceptos que se encuentran en los puntos centrales de una cultura, y en torno de los cuales se condensan las actitudes y orientaciones básicas que la constituyen, es necesario... atender a la vida de lo que esos conceptos mientan y penetrar en el corazón de su significado para esa cultura histórica, pues sólo así puede hacerse a ésta, si el resultado responde al propósito, una aportación de mayor claridad y entendimiento".

El tipo de definición que hay que buscar para "positivismo jurídico" es una definición *explicativa,* vale decir, una que, como la de índole léxica, se ajuste al uso, pero que, a diferencia de ella, no pretenda registrar todas las variedades de uso del concepto que se trata de definir, sino –como escribe el propio Scarpelli–

"reajustar y reelaborar el núcleo de mayor importancia y valor operativo, a fin de conseguir un instrumento semántico preciso y eficaz, que pueda emplearse con mayor claridad y fuerza orientadora en la situación cultural a que habría de aplicarse".

Como explica García Maynez, "mientras la definición léxica mira al pasado y la estipulativa al futuro, la explicativa parte de usos lingüísticos pretéritos para volverse a otros futuros, por lo que, si bien mantiene los instrumentos semánticos tradicionales, trata, empero, de superarlos, tanto desde el punto de vista de su forma como desde el ángulo visual de su función".

Para ponerse en marcha hacia una definición explicativa de positivismo jurídico, Scarpelli hace un levantamiento de los análisis y distinciones llevados a cabo sobre la materia tanto por Bobbio como por Hart y descubre que los planteamientos de estos autores tienen una base o punto de partida común, a saber, una concepción "voluntarista" y "avaloradora" del fenómeno jurídico.

"Voluntarista" –califica Scarpelli–, en cuanto esa concepción ve en el derecho un conjunto de normas creadas explícitamente por seres humanos, y "avaloradora" en cuanto atribuye validez a esas normas con independencia de la conformidad que puedan tener con los principios o valores de determinada moral o de cierta ideología.

Precisando luego un tanto más, considera Scarpelli que la característica central del positivismo jurídico consiste "en que sus defensores conciben el derecho como un conjunto de normas puestas por seres humanos, y en que señalan como tarea, a la ciencia del mismo, estudiar, y, a la práctica, aplicar e imponer el derecho así concebido".

Ahora bien, Scarpelli considera, asimismo, que para el positivismo jurídico las normas jurídicas son, en todo caso, *generales* y *abstractas,* de modo que cuando un positivista reconoce la existencia de normas singulares y concretas –como es el caso de Kelsen– es sólo bajo la condición de que existan primeramente las de carácter general y abstracto. De lo contrario –comenta García Maynez–, esto es, "si fuese posible que sólo hubiese normas individuales y concretas, establecidas por los jueces al resolver las controversias judiciales, no se podría mantener la idea positivista de la práctica jurídica como aplicación de un derecho ya existente, ni la de una ciencia como conocimiento de éste".

El positivismo atribuye también al derecho caracteres de *coherencia* y de *integridad*. De coherencia, en cuanto considera que el derecho carece de antinomias o establece el modo de eliminarlas, y de integridad en cuanto estima que el derecho es un orden completo que carece igualmente de lagunas.

Trasladándose luego a otro de los elementos de una concepción positivista del derecho, Scarpelli repara en la *coactividad* y advierte que los positivistas postulan el carácter coactivo como atributo del derecho, del ordenamiento jurídico en general, y no como una propiedad que acompaña necesariamente a cada una de las normas jurídicas aisladas del mismo ordenamiento.

De acuerdo a tales ideas, Scarpelli, reuniendo los elementos de una concepción positivista del derecho, ofrece la siguiente definición *unitaria* del positivismo jurídico, una definición –como dijimos– que según el parecer del autor italiano superaría el "despedazamiento" en que incurren los autores que han hecho frente a la pregunta acerca de qué es el positivismo jurídico. Tal definición es la siguiente:

"Con el concepto de positivismo jurídico, o sea, con la expresión 'positivismo jurídico', y con cualquiera otra sinónima, designamos una concepción y definición del derecho como sistema de normas de conducta y de estructura, puestas por seres humanos con actos de voluntad, sistema que está constituido (aunque no exclusivamente) por normas abstractas y generales, coherente o reducible a la coherencia, completo en cuanto exclusivo y de carácter coercible; así como un tratamiento del derecho, de acuerdo con tal concepción y definición del mismo, que consiste en derivar de sus normas una guía para la conducta y criterios para juzgarla, con un margen de elasticidad en lo que se refiere a los criterios y a los procedimientos de determinación del significado de los signos expresivos de las normas, esto es, en lo que concierne a la interpretación; una práctica del derecho que realiza en la aplicación aquel tratamiento; y una ciencia jurídica que estudia dicho tratamiento y resulta, de este modo, preparatoria de la práctica".

De frente a esa definición unitaria de positivismo jurídico lo que cabría preguntarse es si los elementos que ella articula son aceptados por todos los autores considerados positivistas y, además, si entre tales elementos existe una conexión necesaria.

Nuestra respuesta a ambas preguntas no puede ser sino negativa, puesto que ni los elementos de la definición de Scarpelli son admitidos por todos los autores positivistas ni hay tampoco entre ellos una implicación que pudiéramos considerar necesaria.

Tiene razón a este respecto García Maynez cuando comenta la definición de Scarpelli y sostiene que en vez de buscar una definición unitaria del positivismo jurídico lo que habría que hacer es ver si entre las diferentes doctrinas bautizadas con ese nombre existe algún elemento que justifique una común denominación para todas ellas por considerarse esencial al iuspositivismo o, al menos, como el más importante de todos sus elementos.

Pues bien, García Maynez cree encontrar ese elemento en la negación por parte del positivismo del así llamado "derecho natural" o, lo que es lo mismo, en la negación de que lo que se alude con tal denominación pueda con propiedad ser llamado "derecho".

Positivismo jurídico es, ante todo, una doctrina *monista* sobre el derecho, o sea, una concepción del fenómeno jurídico que afirma la existencia de un solo derecho –el puesto o creado por actos de voluntad humana– y que niega, en consecuencia, la existencia de algún otro derecho que provenga directamente de Dios, de la naturaleza racional del hombre o de la naturaleza de las cosas.

Positivismo jurídico, a la vez, es una doctrina que distingue entre derecho y moral, y que promueve una identificación del derecho, o de lo que rige bajo ese nombre, con prescindencia del juicio moral de aprobación o desaprobación que puedan merecer sus normas e instituciones.

De ello trataremos en el apartado final de este capítulo.

Sin embargo, no parece posible aceptar todas las consecuencias que García Maynez deriva de la posición monista del positivismo jurídico, en particular aquella que el jurista mexicano presenta de la siguiente manera: "admitido el *monismo jurídico positivista,* queda excluida la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales estén facultados para resolver las controversias de que conocen de acuerdo con reglas o principios que no tengan su origen en las fuentes formales ni puedan considerarse implícitos en las normas vigentes".

VI. Las tesis del positivismo jurídico según Dworkin y la crítica de Dworkin al positivismo jurídico de Hart

Al dar inicio a este nuevo acápite del presente capítulo, conviene dejar establecidas algunas precisiones.

En primer lugar, que **Dworkin**, sin ser un positivista –a diferencia de los cinco autores convocados previamente en este capítulo, que lo son en distintos grados–, intenta también llevar a cabo una caracterización del positivismo jurídico, esto es, una identificación de las tesis o proposiciones centrales de esta corriente del pensamiento.

En segundo lugar, Dworkin hace la crítica del positivismo jurídico, vale decir, procura echar abajo las proposiciones centrales que él atribuye a esta doctrina.

Tercero, tanto para caracterizar al positivismo jurídico como para llevar a cabo la crítica de éste, Dworkin fija su atención en la obra de Hart, quizás si el menos positivista de los cinco autores tratados previamente en este mismo capítulo.

Pero la precisión más importante que debemos hacer es la siguiente: cuando Dworkin identifica las tesis del positivismo jurídico a partir de la obra Hart, en lo que se fija es en el contenido de esa obra y no en la cuestión de signo más bien metodológico que concierne a los distintos significados que Hart atribuye al positivismo jurídico. Del mismo modo, cuando Dworkin lleva a cabo la crítica del positivismo jurídico, lo hace también poniendo la atención en el conjunto de la obra de Hart y no en la manera como este último autor presenta los diversos significados de esa expresión.

Lo anterior quiere decir que a la hora tanto de identificar las proposiciones centrales del positivismo jurídico como de hacer la crítica de éstas, Dworkin tiene como marco la teoría de Hart *acerca del derecho* y no la teoría que Hart tiene *sobre el positivismo jurídico*. De este modo, lo que interesa a Dworkin no es discutir la cuestión conceptual e histórica de qué se entiende por positivismo jurídico –que es el propósito de este capítulo–, sino identificar las claves de la obra de Hart –que Dworkin califica también como las claves del po-

sitivismo jurídico– y rebatir luego, una a una, esas mismas claves.

En síntesis: lo que Dworkin quiere discutir con Hart no es la idea que éste tiene del positivismo jurídico, sino determinadas doctrinas o puntos de vista que forman parte de la obra de Hart y que el autor norteamericano identifica como las claves del positivismo jurídico de nuestros días. A Dworkin no le interesa la teoría del positivismo jurídico, sino la teoría positivista en sí misma y, más limitadamente, la forma poderosa e influyente que esa teoría ha tomado en la obra de Hart.

En ello Dworkin actúa movido quizás por una cuestión estratégica. El sabe que el positivismo jurídico es una doctrina compleja que, como tal, tiene que hacer frente a múltiples y variados adversarios. Sabe también que no todos los filósofos del derecho considerados positivistas suscriben por igual los distintos aspectos, consecuencias, tesis o significados que se atribuyen a esta corriente del pensamiento jurídico. Por lo mismo, basándose en la obra de Hart trata de presentar lo que él llama el "esqueleto del positivismo", vale decir, las "proposiciones centrales" en torno a las cuales el positivismo jurídico se organiza, o, si se prefiere, las proposiciones que definen las "posición general" de esta doctrina.

En lo que sigue de este acápite presentaremos tales proposiciones, resumiremos la crítica que Dworkin hace a cada una de ellas y nos permitiremos algunos comentarios sobre el particular. Estos comentarios, si se lo desea, pueden ser complementados con dos artículos del autor de este libro: *¿Qué quiere decirnos Hart acerca del derecho?*, y *El positivismo jurídico en pie luego de la crítica de Dworkin*, que fueron publicados en los números 28 y 38, respectivamente, de la *Revista de Ciencias Sociales* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso. En esos mismos dos volúmenes se contiene un buen número de otros trabajos de distintos autores, que pueden facilitar –mejor que los propios– una adecuada comprensión del pensamiento tanto de Hart como de Dworkin.

Por otra parte, y para un análisis más en profundidad de la crítica de Dworkin a Hart –a la que Genaro R. Carrió se refiere como "la presunta crítica antipositivista de Dworkin"– conviene

leer el excelente capítulo "Dworkin y el positivismo jurídico" del libro de Carrió *Notas sobre derecho y lenguaje.*

Cree Dworkin que las proposiciones centrales del positivismo jurídico son las siguientes:

a) el derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos. Estas normas especiales pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos, por pruebas que no se relacionan con su contenido, sino con su *pedigree* u origen, o con la manera en que fueron adoptadas o en que evolucionaron;

b) el conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de derecho, de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien, entonces el caso no se puede decidir "aplicando la ley". Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que "ejerza su discreción", lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe en la preparación de una nueva norma o en la ampliación de una existente; y

c) decir que alguien tiene una obligación jurídica equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga. En ausencia, pues, de tal norma jurídica válida no hay obligación jurídica, de lo que se sigue que cuando el juez decide un conflicto ejerciendo su discreción, no está imponiendo un derecho jurídico en lo referente a ese conflicto.

Identificadas las que según Dworkin serían las principales proposiciones del positivismo jurídico, el autor de *Los derechos en serio* desarrolla acto seguido su crítica al positivismo jurídico.

En cuanto a la primera de tales proposiciones del positivismo jurídico, ella es en verdad doble. Por una parte, afirma que el derecho es un conjunto de normas y, por la otra, señala que el criterio de identificación de esas normas, esto es, el modo de llevar a cabo la certificación de su existencia como tales y consiguiente pretensión de obligatoriedad, no pasa por una inspección de su contenido, sino de su origen o *pedigree.*

Dworkin ataca esta proposición del positivismo jurídico por ambos flancos. Discute la afirmación de que el derecho sea propiamente una realidad normativa y cuestiona la convicción positivista de que en todo ordenamiento jurídico hay finalmente un criterio fundamental y comúnmente reconocido –la llamada "regla de reconocimiento" en el caso de la teoría de Hart– que permite determinar qué normas son derecho y cuáles no lo son.

La embestida de Dworkin contra la primera de esas tesis –el derecho es una realidad de tipo normativo– se basa en el convencimiento del autor acerca de que en el derecho, además de normas, existen y operan efectivamente otros estándares, tales como directrices y principios, por ejemplo, lo cual quiere decir –como apunta el propio Dworkin– "que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas".

Dworkin describe bien qué son los principios y qué las directrices, trazando también con alguna claridad las diferencias que unos y otras tienen respecto de las normas. Especialmente cuidadoso se muestra el autor a la hora de distinguir los principios jurídicos de las normas jurídicas y al mostrar cómo ciertos casos jurídicamente relevantes son de hecho resueltos por los jueces antes en aplicación de principios que de normas. Sobre el particular, pueden verse las explicaciones que se contienen en nuestro libro *Introducción al Derecho.*

Nos parece, sin embargo, que nada de lo dicho por Dworkin impide continuar considerando al derecho –como dice Hart– como algo "que tiene que ver preferentemente con normas". Con normas en un sentido más estricto, si se piensa, por ejemplo, en las llamadas "reglas primarias" de Hart –que imponen directamente deberes u obligaciones jurídicas a determinadas personas y conceden, recíprocamente, derechos o facultades jurídicas a otra personas–, y con normas en un sentido más amplio si se atiende ahora a las "reglas secundarias" de Hart, que, como se sabe, son aquellas que no imponen deberes ni recono-

cen derechos a los correspondientes sujetos imperados, sino que especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser introducidas, modificadas y su violación determinada de un modo incontrovertible.

En esa realidad normativa que es en general el derecho, en consecuencia, hay variedades de normas, lo cual hace del derecho no sólo una realidad *normativa,* sino una realidad normativa *compleja.*

De partida, hay normas que son producidas heterónomamente, esto es, por medio de un acto de autoridad, en tanto que otras lo son con algún grado importante de autonomía, o sea, con intervención de los propios sujetos que quedan imperados por ellas. Hay también normas abstractas y generales, como es el caso, comúnmente, de las que integran el derecho legislado de un país, mientras que otras normas, como las que se producen por vía contractual o por medio de actos administrativos, poseen caracteres de concreción y particularidad.

Hay también normas que son obligatorias en el sentido de que exigen que las personas se comporten de determinada manera, y existen normas, por otro lado, que no mandan ni prohíben una determinada conducta, sino que, por ejemplo, facultan a un órgano determinado para producir otras normas.

Enfrentado a este espectro heterogéneo de las normas jurídicas, Hart concluye, como dijimos antes, que el derecho es una realidad normativa compleja, compuesta de normas primarias y de reglas secundarias.

Lo que interesa destacar, en suma, es que las llamadas reglas secundarias, si bien no imponen deberes u obligaciones jurídicas, versan acerca de las que sí hacen esto último, o sea, se trata de reglas que son acerca de las reglas primarias, por referencia a las cuales, en consecuencia, poseen o adquieren un sentido propiamente jurídico.

La apelación de Dworkin a la existencia de principios jurídicos, según nos parece, tampoco vulnera gravemente una concepción del derecho en términos de considerar a éste como una realidad normativa o, si se quiere, tal como se indicó antes, *preferentemente* normativa. Es cierto que a veces se apela a principios y no a normas jurídicas cuando se trata de justificar derechos o deberes de tipo igualmente jurídico, pero no debe olvidarse que

esos llamados "principios" no son otra cosa que el resultado de un trabajo de inducción a partir de las propias normas de un ordenamiento jurídico dado, lo cual les confiere, precisamente, el carácter de principios generales del derecho. En cambio, cuando se invocan o aplican en determinadas decisiones de orden jurídico, especialmente de los jueces, algunos principios extrajurídicos y pertenecientes, por tanto, a la moralidad social dominante, ello resulta posible en cuanto las propias normas jurídicas abren las puertas a esa posibilidad, ya sea porque se remiten directamente a ellos o porque, al poseer ciertos inevitables rangos de vaguedad, permiten que tales principios jueguen un papel de cierta importancia con motivo de la interpretación e integración de las normas por parte de los agentes de las diversas profesiones jurídicas.

Quizás pueda decirse, incluso, que en el derecho es posible hallar principios, porque aquél consiste antes en normas. Esto quiere decir que si definir el derecho por referencia sólo a normas puede resultar insuficiente, definirlo únicamente por referencia a principios resultaría por su parte enteramente inconducente. Las normas remiten a principios antes que los principios a normas.

La existencia y apelación a principios jurídicos, en consecuencia, no impide que el derecho pueda continuar siendo visto, globalmente considerado, como una realidad normativa, o cuando menos, como algo que tiene que ver ante todo con normas. "Sin la idea de regla no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales de derecho", escribió Hart en *El concepto de derecho,* de donde se sigue –siempre en palabras de este último autor– que "puede parecer extraño que la afirmación de que las reglas tienen un papel central en la estructura de un sistema jurídico haya sido seriamente puesta en duda alguna vez".

En cuanto a la crítica de Dworkin a la segunda de las tesis antes mencionada –la certificación acerca de la existencia o validez de las normas jurídicas no depende del contenido de éstas, sino de una pesquisa relativa a su origen o procedencia–, nos parece que el discurso del autor norteamericano se centra exageradamente en la regla de reconocimiento que Hart propone a este respecto, pasando por alto lo que el propio Dworkin

admite, a saber, que las diferentes versiones del positivismo jurídico "se apartan entre sí ampliamente en su descripción del certificado de origen que debe satisfacer una norma para ser considerada norma jurídica".

Por cierto que un "certificado" semejante no es exactamente igual si se piensa, por ejemplo, en la norma básica de Kelsen y en la regla de reconocimiento de Hart, puesto que en la primera lo que hay es una pura y simple ficción, en tanto que la segunda se conecta con una determinada y efectiva práctica social. Menos similitud se advierte, todavía, si se comparan las fórmulas propuestas por Kelsen y por Hart con la doctrina que Ross tiene acerca de la validez de las normas jurídicas.

En consecuencia, lo que parece interesar desde una perspectiva positivista del derecho, no es tanto la especificidad del certificado de origen que acredita la validez de las normas, cuanto la circunstancia de que el juicio de validez acerca de cualquiera de estas normas se proporciona, de una u otra forma según las diversas teorías, atendiendo precisamente a su origen en un cierto acto de producción en un órgano, autoridad, persona o fuerza social a la que el propio ordenamiento jurídico al que la norma producida irá finalmente a incorporarse ha autorizado para ejecutar un acto semejante, y no en una inspección del contenido de la norma realizada al amparo de los criterios que acerca de lo que debe ser ese contenido pueda suscribir quien lleve a cabo ese mismo examen o cualquier otra persona o grupo de personas.

En esto último consiste, precisamente, la tesis del positivismo jurídico de tipo metodológico, que es la que abrazan autores como Hart, Kelsen, Ross y Bobbio, aunque algunos de ellos, especialmente en los casos de Kelsen y de Ross, puedan adherir también a otras modalidades o tesis más fuertes que adopta también el llamado positivismo jurídico.

Por eso es que, según nos parece, la tesis del positivismo jurídico metodológico, a saber, lo que vale como derecho en un lugar y tiempo dados puede ser identificado, a efectos de conocimiento y no para promocionar su obediencia, con prescindencia del juicio de valor que nos merezca desde una determinada perspectiva acerca de lo que ese mismo derecho debería ser, permanece firmemente en pie a pesar de la ya men-

cionada crítica de Dworkin a la teoría de Hart y de su regla de reconocimiento.

Con una advertencia, claro está, que por lo demás forma parte de la ya señalada tesis del positivismo jurídico metodológico: identificar algo como derecho no equivale a decir que ello deba ser derecho. Ya lo dijo Austin: la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra. En otras palabras, admitir que una norma jurídica tiene validez, esto es, que existe y rige como tal, no incluye para nada, de manera necesaria, un juicio aprobatorio acerca de su justicia. Esto último es lo que permite a un positivista poder expresar, sin contradecirse, que una norma puede ser válida y, a la vez, que existen razones morales para desobedecerla. Así, si una norma jurídica es válida, lo único que de esto se sigue es que ella debe ser obedecida y aplicada desde un punto de vista *jurídico,* pero no necesariamente, también, desde un punto de vista *moral.* Como lo expresa el propio Hart, algo puede ser derecho, pero a la vez ser demasiado inicuo para obedecerlo.

El segundo de los principios clave del positivismo jurídico que es criticado por Dworkin dice relación con el ejercicio de la discreción por parte de la autoridad que debe tomar decisiones conforme a derecho y que descubre que no puede decidir simplemente "aplicando la ley".

El punto es especialmente relevante en el caso de los jueces, puesto que ellos, en el ejercicio de la función jurisdiccional, están llamados a conocer y a resolver determinados casos y situaciones en aplicación, precisamente, de un derecho preexistente dado, que regula, por lo común, tanto los aspectos de procedimiento como los de tipo sustantivo que aparecen comprometidos en la decisión judicial de que se trate.

¿Qué significa, sin embargo, que los jueces tengan discreción?

En un sentido amplio, puede decirse, con Dworkin, que hablamos de discreción únicamente a propósito de personas que deben tomar decisiones con sujeción a normas previamente establecidas por una autoridad determinada. En ese contexto tiene sentido hablar de discreción. Y los jueces, ciertamente, así como la función jurisdiccional que les está confiada, pueden ser incluidos fácilmente en ese mismo contexto. Los jueces toman decisio-

nes y deben hacerlo en el marco de normas jurídicas preexistentes, cualquiera que sea la fuente de producción de éstas.

Si tal es el contexto en que cabe hablar de discreción y si, como hemos dicho, los jueces y la labor que éstos desarrollan caben dentro de un contexto semejante, ¿qué queremos decir realmente cuando afirmamos que un juez tiene discreción o que hace uso de ésta?

Dworkin distingue dos sentidos *débiles* y uno *fuerte* de la palabra "discreción".

El primer sentido débil designa meramente el discernimiento con que los jueces deben llevar a cabo la aplicación de las normas jurídicas a los casos de que conocen, proposición ésta en la que la palabra "discernimiento" quiere significar lo contrario de una pura aplicación mecánica de las normas.

Esclarecido este primero de los dos sentidos débiles de la palabra "discreción", Dworkin tiene razón cuando afirma, acto seguido, que decir que los jueces tienen discreción en este sentido resulta algo trivial. Las normas jurídicas de que los jueces deben hacer aplicación al momento de tomar decisiones padecen con frecuencia de cierta vaguedad e indeterminación. Tienen una "textura abierta", como expresa Hart. Son "marcos abiertos a varias posibilidades de interpretación", como señala por su parte Kelsen. E incluso, como apunta Alf Ross, no constituyen siquiera "el único motivo" de las decisiones que los jueces adoptan finalmente en relación con los casos de que conocen.

Incluso una simple orden o pedido como "no olvide usted cerrar la puerta", dada en un determinado contexto, por ejemplo, emitida por un enfermo que convalece en una pieza de un pequeño departamento, puede significar tanto que se deje cerrada la puerta de su habitación, la que da entrada al departamento y la que franquea el acceso al edificio correspondiente, o bien, sólo un par de ellas o tal vez una sola.

Con los emisores de normas, casi siempre ausentes, como en el caso del derecho, al momento en que las normas deben recibir aplicación, sucede algo parecido, pero aun con mayor intensidad: no están allí, como sí lo está en cambio el enfermo de nuestro reciente ejemplo, para responder de inmediato a cuál o cuáles puertas se refiere, sin perjuicio de que los enunciados

normativos del derecho suelen ser bastante más complejos que el de órdenes o ruegos simples como el que hemos utilizado a manera de ejemplo.

En otras palabras, trabajar con normas, esto es, identificar normas, comprenderlas, determinar sus posibles sentidos y alcances, concordarlas, aplicarlas –que es lo que de hecho, expresado aquí con alguna simpleza, hacen los jueces–, es trabajar siempre con algún margen de indeterminación y vaguedad. Entonces, claro está, decir que las normas jurídicas no deben ser aplicadas mecánicamente por los jueces, sino en uso de su juicio, discernimiento o "discreción", es realmente decir algo a fin de cuentas superfluo, algo, dirían otros, que va de suyo, aunque, por otra parte, sobre todo en un medio jurídico como el chileno, uno pueda a la vez sorprenderse de la dificultad que muchos jueces parecen tener para admitir esta peculiaridad de su trabajo, que les permite, aunque sea en este sentido débil, decir que tienen algo de discreción.

El segundo sentido débil en que según Dworkin suele también ser empleada la palabra "discreción", se configura cada vez que con ella queremos aludir al hecho de que un funcionario –en nuestro caso, un juez– se encuentra autorizado en un caso dado para tomar una decisión sin ulterior recurso, esto es, que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario de rango superior. En este nuevo sentido, la corte o tribunal supremo de un país poseería "discreción", en tanto ese órgano está llamado a decir la última palabra respecto de los casos de que conoce y juzga. Otro tanto ocurriría, por ejemplo con los llamados tribunales constitucionales que velan por la supremacía de la norma constitucional y cuyos fallos no son tampoco susceptibles de ser impugnados ante otro órgano de superior jerarquía.

Acerca de este segundo sentido débil de la expresión, es obvio que algunos jueces tienen discreción y poco aportaría el positivismo jurídico al reconocerlo así.

Conviene destacar, sin embargo, como el propio Dworkin lo hace en su obra *Los derechos en serio,* que tener discreción en este segundo sentido débil del término no equivale a estar autorizado para resolver sin sujeción a normas preexistentes, ni es algo, tampoco, que confiera ningún tipo de prerrogativa o de derecho en orden a no poder ser evaluado o criticado por la cali-

dad o la pertinencia de las decisiones que se adopten. Un tribunal supremo tiene discreción en el sentido débil que venimos explicando, pero continúa siendo un tribunal de derecho y permanece expuesto, si no a la revisión de sus fallos por otro órgano superior, al análisis crítico que las partes, sus abogados, otros expertos o la propia sociedad puedan realizar al respecto.

Pero hablamos también de "discreción" en un sentido ahora diferente a los dos antes explicados, en un sentido que Dworkin llama "fuerte", y que aparece cada vez que un funcionario, y en particular un juez, se encuentra autorizado para decidir determinado asunto sin sujeción a ningún estándar o regla puesto antes por la autoridad que le encarga la decisión de que se trate.

Dworkin critica la tesis positivista de que los jueces tendrían también discreción en el sentido fuerte antes indicado, propiciando, en cambio, que en la hipótesis señalada –la de la falta de normas puestas previamente por alguna otra autoridad– los jueces estarían vinculados a los así llamados principios jurídicos, los cuales tendrían, lo mismo que las normas, un carácter obligatorio y deberían, por tanto, ser tenidos en cuenta al momento de tomar sus decisiones, de todo lo cual el autor citado colige que el derecho estaría compuesto a la vez por normas y por principios.

El punto que interesa, en todo caso, es qué puede significar para un positivista que un juez tenga discreción en este sentido fuerte. A falta de norma que resuelva el caso, e incluso cuando de la aplicación de una norma al caso vayan a seguirse consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes que el legislador no previó ni pudo razonablemente querer que se produjeran y que parece por tanto conveniente evitar, puede entenderse que el juez queda librado a sus propias ideas políticas y morales, como cree Kelsen, o a su "conciencia jurídica material", como propugna por su parte Ross. En consecuencia, decir que un juez tiene discreción en este sentido fuerte, no significa que el juez pueda resolver de cualquier modo y, menos aún, que no pueda luego ser evaluado en cuanto a la mayor o menor corrección de su decisión. "La discreción de un funcionario –escribe el propio Dworkin– no significa que sea libre para decidir sin recurrir a normas de sensatez y justicia, sino solamente que su decisión no está con-

trolada por una norma prevista por la autoridad..." Así, agrega todavía, "el sentido fuerte de la palabra 'discreción' no equivale a libertad sin límites, y no excluye la crítica".

Bien, los jueces tienen a veces que resolver sin que pueda decirse que el contenido de su decisión esté ya previsto en una o más normas revestidas de autoridad. Es más, resuelven a veces en contra de lo que una norma haya expresamente previsto si es que se convencen que de la aplicación de esa norma van a seguirse los efectos notoriamente injustos e inconvenientes de que hablamos hace un instante. Pero en estas hipótesis, que la mayoría de los ordenamientos jurídicos admiten como posibles –sobre todo la primera de ellas–, los jueces, a fin de cuentas, aprovechando referencias del propio ordenamiento a razones de equidad o a principios generales del derecho, lo que hacen es quedar librados en su decisión a la idea que de lo justo puedan conseguir formarse en su conciencia en relación con el caso de que se trate, para lo cual, entre otros factores o antecedentes, podrán atender ciertamente a los así llamados por Dworkin "principios jurídicos". Pero Dworkin tendría que conceder que éstos no son los únicos antecedentes a que un juez tendrá que atender en tales hipótesis, y que, además, los principios no son claramente identificables al modo de las normas, que pueden asimismo entrar en conflicto unos con otros sin que un tercer principio resuelva cuál de ellos es el que debe ser admitido o considerado y que, identificado que sea uno o más principios en juego en un caso dado, las consecuencias de su aplicación no se desprenderán frecuentemente de un modo que el juez perciba como indubitable.

Lo que queremos destacar es que en la hipótesis de la falta o ausencia de norma, los jueces no quedan ciertamente librados a su suerte, aunque tampoco nos parece que pueda decirse que vayan en tal caso a disfrutar de la comodidad de ser remitidos a otra realidad –la de los principios–, que se les ofrezca con los mismos rangos de relativa certeza con que se les presentan las normas del respectivo ordenamiento. En dicha hipótesis tienen los jueces que ejercer jurisdicción, esto es, deben decidir, pero no están ni en completa orfandad ni tampoco en la posición de relativa seguridad en que les deja el ordenamiento jurídico cuando éste ha preestablecido no sólo el modo de tomar

las decisiones, sino el contenido de éstas. Simplemente, mejor aún, trabajosamente, tienen ellos que llegar a alguna idea de lo que es justo en relación con el caso de que se trate, para lo cual cuentan, además de su propia conciencia valorativa, con ciertos elementos objetivos, tales como las valoraciones socialmente dominantes, el razonamiento por analogía, la identificación y uso de posibles precedentes, y los propios principios jurídicos de que habla Dworkin. Pero estos últimos o son principios generales del derecho en sentido estricto, o sea, pertenecientes de algún modo al propio ordenamiento jurídico de que se trate y habitualmente invocados y utilizados, por tanto, por los jueces en sus decisiones, o son principios extrajurídicos que expresan a fin de cuentas las convicciones que acerca de lo que debe ser profesan los propios jueces y, posiblemente, con ellos, la mayor parte de las personas que analizarán luego sus decisiones. Por eso es que los jueces, en las hipótesis de que venimos hablando, necesitan realizar un mayor esfuerzo argumentativo en favor de sus decisiones que cuando éstas tienen su fundamento en una o más normas preexistentes que ellos se limitan a localizar, interpretar y aplicar.

El tercer "dogma" de la teoría positivista que es objetado por Dworkin es el relativo a las obligaciones jurídicas, o sea, la tesis de que existe una obligación jurídica para alguien sólo cuando una norma jurídica impone esa misma obligación.

Esta doctrina, como es obvio, no resulta ser sino la justa contrapartida de otra aseveración de corte positivista, a saber, que si alguien invoca un derecho, en el sentido jurídico de este último término, debe estar en situación de individualizar la norma del respectivo ordenamiento jurídico que sirve de justificación al derecho que se dice tener. Sobre el particular, además, podríamos añadir que no tener más derechos que los que podamos justificar en el ordenamiento jurídico nacional o internacional de que se trate es no sólo bueno a efectos de la seguridad jurídica general, sino, aun, de la libertad de los demás. Por su parte, afirmar que no tenemos otras obligaciones jurídicas que no sean las que nos impongan las normas jurídicas de un ordenamiento jurídico dado, es también bueno de cara a la certeza de nuestro actuar en la vida del derecho, pero es asimismo bueno para la propia libertad.

Por otra parte, cuando desde una perspectiva positivista se dice que no tenemos más obligaciones jurídicas que las que las normas jurídicas respectivas nos impongan, estamos por cierto admitiendo que esas normas de las que provienen nuestras obligaciones tanto pueden hallarse en la constitución, en el texto de una ley, en una resolución de tipo administrativo, en las cláusulas de un contrato o en la parte decisoria de la sentencia de un juez, es decir, la base de sustentación de nuestros deberes jurídicos no son únicamente las normas legales, sino también las de carácter contractual y judicial. El propio Dworkin admite a este último respecto que en un caso difícil –cuando no se puede encontrar una norma establecida previamente– "no hay obligación jurídica mientras un juez no crea una nueva norma para el futuro".

Por cierto que cuando hablamos de obligaciones jurídicas no le otorgamos a la palabra "obligación" ningún sentido *fuerte,* esto es, no se quiere decir que las obligaciones jurídicas representen obligaciones absolutas de comportamiento. Por el contrario, le otorgamos a esa expresión un sentido *débil,* a saber, que se trata de un esquema de conducta obligatorio a no ser que se quiera incurrir en una sanción. Por lo mismo, si puede decirse que el derecho obliga, lo es tan solo en cuanto se quiera evitar la sanción que deba seguirse en caso de incumplimiento.

Por otra parte, nos parece también que lo que tenemos en el campo del derecho son obligaciones o deberes jurídicos resultantes de normas jurídicas de diverso orden y rango, aunque no tenemos nada así como una obligación jurídica general de obediencia al derecho. Queremos decir con esto que, propiamente hablando, nadie tiene una obligación jurídica de obedecer el derecho –así, en general–, que en cuanto tal obligación sea autónoma y diversa respecto de cada una de las distintas obligaciones jurídicas que determinadas normas puedan imponer en un caso dado.

Menos todavía puede decirse, en nuestro parecer, que exista algún tipo de obligación moral de obedecer el derecho, aunque este tema, por su complejidad y por los diversos distingos a que obliga su tratamiento, no pueda ser desarrollado en el presente trabajo. Hemos escrito antes sobre la materia en el librito *Derecho y moral. ¿Tenemos obligación moral de obedecer el derecho?,* pu-

blicado por Edeval, en Valparaíso, el año 1989, que cuenta con una segunda edición en 1999.

VII. El "no positivismo" de Robert Alexi

Para **Robert Alexi** la cuestión básica que divide a positivistas y no positivistas concierne a la relación entre derecho y moral, puesto que los primeros sostienen la tesis de la *separación* y los segundos la de la *vinculación*. ¿Qué quiere decir esto? Que para el positivismo el derecho puede ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral, puesto que no existe ninguna conexión necesaria entre derecho y moral, mientras que para el no positivismo el concepto de derecho tiene que ser definido de manera tal que contenga elementos morales, puesto que existe una conexión necesaria entre derecho y moral.

A fin de cuentas, entonces, se trata de una discusión centrada en el concepto de derecho, en la pregunta acerca de qué es el derecho, que los positivistas responden sin referencia alguna a la moral y que los no positivistas contestan remitiéndose a elementos morales.

Por lo mismo, la posición básica del positivismo jurídico es la que acabamos de señalar, desde el momento –dice Alexi– que "todas las teorías positivistas sostienen la tesis de la separación".

Quien se haga cargo de la polémica entre positivismo y no positivismo –nótese que Alexi no llama ni identifica a este último con el iusnaturalismo–, de lo que se hace cargo es de la cuestión que atañe al concepto de derecho y en lo que tiene que concluir, por tanto, es en la determinación de cuál concepto de derecho es el adecuado: el del no positivismo, que parte de la base de que existe conexión necesaria entre derecho y moral, o el del positivismo, que niega tal conexión.

Cree Alexi que para responder a esa pregunta es necesario relacionar tres elementos, que son precisamente aquellos que se toman o no en cuenta a la hora de definir el concepto de derecho y de decidir acerca de la validez de éste. Tales elementos son el de la *legalidad* conforme al ordenamiento, el de la *eficacia* social y el de la *corrección* material.

El elemento de la legalidad conforme al ordenamiento es aquel que tiene que ver con el proceso de instauración normativa del derecho y que decide sobre la validez de éste ateniéndose al *pedigree* de las normas, vale decir, a su origen o procedencia en centros de producción normativa que están instituidos como tales por otras normas del ordenamiento jurídico. El elemento de la eficacia social es aquel que tiene que ver con el *reconocimiento* del derecho, o bien con su obediencia y aplicación real por parte de sujetos imperados y de órganos jurisdiccionales, y que decide acerca de la validez jurídica ciñéndose a la disposición psicológica de tales sujetos o al comportamiento que ellos y los tribunales observan de hecho ante el derecho. En fin, el elemento de la corrección material tiene que ver con el *contenido* del derecho y decide sobre la validez de éste fijándose en la corrección que pueda predicarse de ese contenido.

Pues bien, quien a la hora de establecer el concepto de derecho no conceda ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y se fije tan sólo en la corrección material, obtiene un concepto de derecho puramente *iusnaturalista;* en cambio, quien excluya totalmente la corrección material y considere sólo la legalidad conforme al ordenamiento y/o la eficacia social, llega a un concepto de derecho exclusivamente *positivista.*

Alexi no está ni en una ni en otra posición, puesto que con su tesis de la *pretensión de corrección* –todo ordenamiento jurídico y toda norma jurídica aislada necesitan tener para ser tales cuando menos una pretensión de corrección desde el punto de vista material o de su contenido– se aleja ciertamente de la posición positivista, aunque sin caer por ello en la posición iusnaturalista tradicional, porque a la vez reconoce importancia al elemento de la legalidad y al de la eficacia.

Así las cosas, Alexi es un "no positivista", pero no por ello un "iusnaturalista".

Pero volvamos a los tres elementos mencionados por ese autor y a la manera como ellos determinan un concepto positivista del derecho.

En efecto, el positivismo se caracteriza por excluir la corrección material como elemento definitorio del derecho y como criterio para decidir acerca de la validez de éste, ateniéndose ya

al criterio de la legalidad, ya al de la eficacia, ya a una cierta combinación de ambos. Esto último es lo que explica, por otra parte, que existan diversas teorías positivistas: todas ellas positivistas en cuanto excluyen el elemento de corrección moral, pero distintas entre sí al adoptar para la definición del derecho sólo el criterio de la legalidad, sólo el de la eficacia social, o bien una combinación de ambos criterios.

Sin embargo, Alexi es de opinión que las teorías positivistas se diferencian entre sí no porque algunas adopten el criterio de legalidad, otras el de la eficacia y unas terceras la combinación de ambos elementos, sino porque, adoptando todas ellas los dos elementos, unas conceden mayor importancia al de la legalidad conforme al ordenamiento y otras al de la eficacia social.

"Los elementos de la eficacia social y de la legalidad conforme al ordenamiento –escribe el autor– pueden no sólo ser combinados recíprocamente de manera muy diferente sino también ser interpretados diferentemente. Esta es la razón por la que existe una inmensa variedad de conceptos de derecho positivistas."

Ahora bien, tales conceptos pueden ser incorporados a dos grupos principales: el de los conceptos de derecho primariamente orientados a la *legalidad,* como los de Kelsen y Hart, y el de los conceptos de derecho primariamente orientados a la *eficacia,* como los de Weber y Theordor Geiger.

Así, según Kelsen el derecho es un orden coactivo de la conducta humana en el que la validez de las normas depende siempre de otra norma de grado superior del mismo ordenamiento y, en último término, de una norma fundamental de carácter presupuesto o ficticio, mientras que para Hart el derecho es una unión de reglas primarias y secundarias que puede ser identificada recurriendo a la regla de reconocimiento. Por su parte, Weber dirá que un orden es derecho cuando está efectivamente garantizada externamente la probabilidad de la coacción a través de un equipo de personas instaurado por el propio derecho para imponer la observancia de éste o los castigos que hayan de seguir a su violación, mientras que Geiger es partidario de adjudicar la palabra derecho sólo al orden social centralmente organizado que es capaz de apoyarse en un aparato sancionador que monopoliza de hecho el uso de la fuerza dentro de la sociedad.

Ahora bien, los conceptos de derecho orientados primariamente a la eficacia, que dan lugar a las teorías sociológicas y realistas del derecho, pueden acentuar ya el aspecto *externo* como el *interno*. El aspecto externo de una norma consiste en la regularidad de su obedecimiento y/o de su aplicación, en tanto que el interno consiste en la motivación que lleva al obedecimiento o aplicación de la norma. Por tanto, lo decisivo en el primer caso es el hecho del obedecimiento habitual de la norma y/o de su aplicación coactiva, mientras que lo decisivo en el segundo caso es la disposición psicológica de reconocimiento que frente a la norma tengan los sujetos imperados que le deben obediencia y los órganos jurisdiccionales llamados a aplicarla en sus consecuencias coactivas cuando la desobediencia ya se hubiere producido.

En todo caso, los conceptos de derecho primariamente orientados a la legalidad hacen prevalecer la instauración normativa del derecho y los orientados primariamente a la eficacia hacen prevalecer la suerte que el derecho corre de hecho en el curso de la vida social. Por tanto, puede decirse que en los primeros predomina la *perspectiva del participante,* esto es, del que produce las normas, mientras que en los segundos lo que está en primer plano es la *perspectiva del observador.*

Identificados por Alexi los dos grandes grupos a que pueden ser finalmente reconducidas todas las concepciones positivistas del derecho, que comparten, sin embargo, la tesis de la separación entre derecho y moral, el profesor de la Universidad de Kiel se da luego a la tarea de criticar tales concepciones del derecho.

Para ello escoge, como es obvio, la tesis positivista de la separación del derecho y la moral, y centra en este blanco su ataque final al positivismo jurídico.

Considera Alexi que en favor de su tesis de la separación entre derecho y moral, los positivistas ofrecen argumentos *analíticos* y *normativos*. El argumento analítico más importante es el que afirma que no existe conexión necesaria entre derecho y moral, un argumento que todo positivista no puede dejar de esgrimir si es que pretende definir el derecho con prescindencia de elementos morales. En cambio, el argumento normativo es el que afirma que excluir elementos morales del concepto de derecho es necesario para alcanzar un determinado objetivo, por

ejemplo, conseguir una claridad lingüística en la definición del derecho.

Ahora bien, un no positivista es libre según Alexi en el nivel de los argumentos analíticos, es decir, puede tanto sostener una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral o renunciar a ella. Si afirma esa conexión, decide a su favor el debate con el positivismo, pero si renuncia a ella no ha perdido todavía la partida, puesto que puede echar mano a argumentos ahora normativos –como hace el propio Alexi– para sostener la tesis de que es necesario incluir elementos morales en la definición del derecho.

La conclusión del propio Alexi sobre este punto es la siguiente: existe una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral y existen también razones normativas que hablan en favor de una inclusión de elementos morales en el concepto de derecho. Unas razones normativas que refuerzan aquella conexión conceptualmente necesaria y que van también más allá de ella. En síntesis, su posición es que existen conexiones *conceptual* y *normativamente* necesarias entre derecho y moral.

Una importante distinción que introduce Alexi es la que se refiere a dos tipos diferentes de conexión entre derecho y moral, a saber, conexión "clasificante" y conexión "cualificante".

Una conexión "cualificante" se produce cuando se sostiene que un ordenamiento jurídico o determinadas normas de éste que no satisfacen criterios de moralidad continúan teniendo el carácter de ordenamiento o de normas jurídicas, aunque en tal caso se trataría de ordenamientos o normas *deficientes* desde un punto de vista jurídico. En cambio, una conexión "clasificante" es la que se produce cuando de un ordenamiento jurídico o de ciertas normas de éste que no satisfacen un determinado criterio de moralidad, se afirma que pierden el carácter de tales y dejan de ser un ordenamiento o normas jurídicas.

Por ello, la llamada conexión "cualificante" entre derecho y moral es una conexión *débil,* en tanto que la conexión "clasificante" es una conexión *fuerte.* Cuando se adopta la primera, la moral obra como un criterio que juzga la corrección del ordenamiento o de algunas de sus normas, concluyendo que se trata de un ordenamiento o de normas jurídicas deficientes si es que éstas o aquél no satisfacen el criterio moral aplicado. Pero

cuando se adopta la segunda conexión, la moral obra como un criterio que si no es satisfecho por el ordenamiento o por algunas de sus normas, éstas o aquél no pueden ser ya considerados como ordenamiento o normas jurídicas.

De este modo –como escribe ahora Alfonso García Figueroa–, "la conexión es cualificante cuando la moral evalúa éticamente al derecho, pero sin afectar su juridicidad", o sea, sin que el derecho pierda su carácter de tal cuando no pasa satisfactoriamente ese examen. En cambio, la conexión es clasificante "cuando la adecuación moral constituye una condición de juridicidad de la norma o del sistema normativo", es decir, cuando la circunstancia de no pasar la norma o el ordenamiento satisfactoriamente el examen trae consigo que una u otro pierdan su carácter jurídico.

En otras palabras, un mal resultado para el derecho producto de una conexión cualificante con la moral hace que ese derecho sea un derecho deficiente; en cambio, un mal resultado producto de una conexión clasificante hace que ese derecho no sea ya derecho. En una conexión cualificante, por lo mismo, el criterio moral empleado para evaluar al derecho juega un papel *deontológico,* mientras que en una conexión de tipo clasificante ese criterio cumple un papel *ontológico.* En el marco de una conexión cualificante entre derecho y moral no resulta contradictorio afirmar que un derecho es injusto, mientras que en el de una conexión clasificante esa afirmación sí que es contradictoria. ¿Por qué? Porque en el marco de una conexión cualificante el criterio moral empleado sirve sólo para determinar si un derecho es justo o injusto y no para determinar si es o no derecho, como acontece, en cambio, en el marco de una conexión clasificante.

Por tanto, puede decirse que en una conexión meramente cualificante el criterio moral escogido *evalúa* el derecho de que se trate en su mayor o menor justicia, en tanto que en una conexión clasificante ese criterio *constituye* al derecho como tal.

Obviamente que una conexión cualificante entre derecho y moral es compatible con la tesis positivista de la distinción entre derecho y moral, aunque no lo es, por cierto, una de tipo clasificante. No hay ninguna dificultad para que un positivista acepte que la moral puede y hasta debe ser utilizada para eva-

luar al derecho desde un punto de vista ético y concluir acerca de la mayor o menor justicia de éste, pero lo que un positivista no acepta es que un criterio moral cualquiera sea el que confiera al derecho no su condición de justo o injusto, sino su mismo carácter de derecho.

En cuanto a la posición de Alexi frente a la distinción que acabamos de explicar, el jurista alemán, siguiendo en esto a Radbruch, es de parecer que la conexión adecuada entre derecho y moral es una de tipo *cualificante,* aunque sólo hasta el punto de que la falta de corrección moral del derecho pueda resultar intolerable. Esto quiere decir que de un derecho que no se ajusta a la moral lo que cabe decir, en principio, es que ese derecho es deficiente, incorrecto o injusto como derecho, aunque continúa siendo derecho. Pero si la contradicción del derecho con la moral alcanza proporciones insoportables, lo que corresponde afirmar es que el derecho en cuestión carece del carácter de tal. Así las cosas, podemos mantenernos en el marco de una conexión cualificante entre derecho y moral cuando el desajuste de aquél con ésta sea tolerable, pero debemos movernos hacia el marco de una conexión clasificante cada vez que tal desajuste resulte intolerable.

Radbruch expresa muy bien esa idea cuando afirma que "el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el derecho positivo asegurado por su sanción y el poder tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en tanto 'derecho injusto', tenga que ceder ante la justicia".

Como se comprende, lo que Radbruch quiere decir con esas palabras es lo siguiente: mientras un derecho se aparte de la moral en medida tolerable, podemos seguir hablando de derecho; pero cuando un derecho se aparte de la moral en medida considerable, no podemos continuar considerándolo derecho.

La pregunta obvia, en consecuencia, es ahora la siguiente: si un derecho continúa siendo derecho en el caso de que contradiga criterios morales en una medida aceptable y si no tiene o pierde definitivamente su carácter de derecho en caso de que tal contradicción sea intolerable, ¿cuándo puede decirse de un

modo objetivo y reconocible que un derecho se aparta de la moral de una manera que resulta *insoportable?*

En otras palabras, ¿cuándo podemos tener evidencia de que nos encontramos frente a un ordenamiento o a alguna o algunas normas jurídicas no sólo injustas, sino *intolerablemente* injustas? ¿Cuál es el umbral mínimo de moralidad que un ordenamiento jurídico debe satisfacer para tener o conservar ese carácter?

Alexi considera que semejantes preguntas pueden ser formuladas tanto desde la perspectiva del *observador* como desde la del *participante.* Ahora bien, adoptan la perspectiva del participante quienes en el marco de un determinado ordenamiento jurídico intervienen directamente en la argumentación acerca de lo que en ese mismo ordenamiento se encuentra ordenado, prohibido, permitido o autorizado. En el centro de esta perspectiva están los jueces, porque los demás participantes –juristas, abogados o simples ciudadanos interesados en la cuestión– participan en la discusión y exponen contenidos del derecho pensando en lo que un juez haría si quisiera resolver correctamente. En cambio, adopta la perspectiva del observador todo aquel que en el marco de un ordenamiento jurídico dado no se pregunta cuál de todas las posibles soluciones que ofrece el ordenamiento es la correcta, sino cómo se decide de hecho una cuestión en el marco del ordenamiento de que se trate. Tal es el caso –siguiendo el ejemplo de Hoerster– del americano blanco casado con una mujer negra que desea viajar a Sudáfrica en la época de vigencia de las leyes del *apartheid* y reflexiona acerca de los inconvenientes jurídicos que podrían presentársele en su viaje.

Echando mano del ejemplo de Uberto Scarpelli –el del marciano que de incógnito en la Tierra observa el flujo del tránsito frente a un semáforo–, ese extraterrestre, al modo de un observador externo, descubre muy pronto que cuando la luz verde está encendida los vehículos siguen en movimiento, y que al apagarse esa luz y encenderse la roja, el tránsito de detiene. Esto le permite formular la previsión de que con la señal verde el tránsito seguirá su curso y con la roja habrá de detenerse. De este modo –como explica García Maynez comentando el ejemplo de Scarpelli– "el discurso del observador externo, en esta primera etapa de su observación, es puramente *descriptivo,* y, consecuentemente, en él no figuran conceptos como los de norma, per-

miso y prohibición". Ello porque desde la perspectiva del observador lo que se consigue es "advertir ciertas regularidades de conducta, establecer conexiones entre comportamientos y las circunstancias, y determinar la probabilidad de que otros comportamientos se produzcan".

Alexi considera que si bien desde la perspectiva del observador la tesis positivista de la separación entre derecho y moral es correcta, las cosas cambian de color si la misma tesis es vista desde la perspectiva del participante. Desde esta última perspectiva –escribe–, "la tesis de la separación es inadecuada y la de la vinculación es correcta", en apoyo de lo cual Alexi ofrece tres argumentos: el de la *corrección,* el de la *injusticia* y el de los *principios.*

El argumento de la corrección constituye la base de los otros dos y afirma que lo menos que debe satisfacer un ordenamiento jurídico como un todo, como también normas aisladas de éste, es una pretensión de corrección, puesto que órdenes normativas que no formulen explícita o implícitamente esa pretensión –como las órdenes absurdas o las de los bandidos– no son órdenes normativas. En tal sentido, por lo mismo, la pretensión de corrección tiene importancia *clasificatoria* respecto del ordenamiento jurídico de que se trate, puesto que si carece de ella no es ya un ordenamiento jurídico. En cambio, un ordenamiento jurídico que formule esa pretensión, pero que no la satisfaga completamente, es sólo un ordenamiento deficiente, porque en este caso la pretensión de corrección tiene únicamente una relevancia *cualificante.*

El argumento de la injusticia, que lo mismo que el de la corrección puede referirse tanto a normas aisladas como al ordenamiento jurídico en su totalidad, es aquel que dice que si el derecho traspasa un cierto nivel de injusticia pierde su carácter de tal. Esto quiere decir que tanto una norma aislada como todo un ordenamiento pierden su carácter jurídico cuando una u otro resultan "extremadamente" injustos.

Ahora bien, Alexi conecta lo "extremadamente" injusto con lo "evidentemente" injusto, puesto que –dice él– "cuanto más extrema sea la injusticia, tanto más seguro su conocimiento". Así, por ejemplo, nadie vacilaría en estimar de ese modo la norma que ordenara la destrucción física de una minoría de la población por razones étnicas.

De ese modo, sólo serían "extremas las injusticias que consideráramos evidentes" –como escribe ahora García Figueroa–, aunque subsistiría a este respecto la dificultad que consiste en que no pocas de las convicciones éticas socialmente dominantes son producto antes de situaciones históricas y sociales que provenientes de una racionalidad objetiva y válida para todos. Por tanto, "si bien Alexi parece considerar la evidencia como un signo de racionalidad, creo que debemos inclinarnos por ver en aquella una expresión de aceptabilidad, en el sentido que le confiere el término Aarnio, es decir, de adhesión a una determinada forma de vida".

Si el argumento de la injusticia se relaciona con una situación más bien excepcional –el de la norma u ordenamiento extremadamente injustos–, el argumento final de Alexi –el de los principios– se vincula a la práctica jurídica cotidiana.

Dicho argumento postula que en tanto el derecho posee una textura abierta, en especial por la vaguedad del lenguaje en que se expresan las normas de la legislación, siempre es posible, y aun necesario, que el juez recurra a principios de índole moral para superar situaciones como las de falta de norma, insuficiente grado de determinación de ésta, contradicciones entre normas, o consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes que podrían derivarse de la aplicación de una norma general a un caso particular dado.

Al argumento de los principios responde, por ejemplo, la declaración del tribunal constitucional alemán, citada por el propio Alexi, en el sentido de que "el derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal, puede existir circunstancialmente un plus de derecho".

Vinculando ahora el argumento de la injusticia con el de los principios, el primero pretende garantizar "un derecho de mínimos" y el segundo "un derecho de máximos". Como dice García Figueroa, mientras "el argumento de la justicia tiene una eficacia negativa, pues tiende a privar de juridicidad a ciertas órdenes, el argumento de principios desarrolla una eficacia positiva, en la medida en que tiene por objetivo incrementar los contenidos del derecho, incorporándole ciertas exigencias morales".

Por todo lo señalado en este acápite, la posición de Alexi frente al positivismo jurídico, y en concreto frente a la tesis de la distinción entre derecho y moral, es, tal como la denomina el propio autor alemán, "no positivista", en ningún caso "iusnaturalista" y acaso ni siquiera "antipositivista".

Por lo mismo, y tal como hace García Figueroa, podría hablarse con cierta propiedad de "la insuficiencia de antipositivismo" que se aprecia en el pensamiento de Alexi, lo cual explica que se le critique tanto desde las trincheras del positivismo como desde las del iusnaturalismo. Desde las del positivismo por su *antipositivismo* y desde las del iusnaturalismo por su *insuficiente* antipositivismo.

La suya, en todo caso, es una crítica al positivismo que, aunque débil, permite revisar la tesis central de esa corriente –la distinción entre derecho y moral– desde una perspectiva analítica y más flexible que la adoptada tradicionalmente por las doctrinas iusnaturalistas.

VIII. La crítica del constitucionalismo al positivismo jurídico

Autores como Luis Prieto Sanchis y Alfonso García Figueroa se han hecho cargo recientemente de la crítica que es posible hacer al positivismo jurídico desde la perspectiva del así llamado "constitucionalismo de principios" o, también, "neoconstitucionalismo de principios".

La nueva cultura de los principios –de la que Dworkin y Alexi son dos buenos e influyentes representantes–, o, si se prefiere, el auge o rehabilitación de los principios, tanto en la teoría del derecho como en la práctica jurídica de jueces y legisladores, y la constante y masiva incorporación de principios a la ley fundamental de los estados –sus constituciones–, son los hechos que están en el origen del así llamado constitucionalismo de principios.

De este modo, el constitucionalismo es un fenómeno cultural y político propio del mundo moderno que, al incorporar a los textos constitucionales principios y valores cuya estructura es más abierta de la que ofrecen las normas jurídicas, y cuyo origen, a diferencia de estas últimas, se encuentra directamente en

convicciones morales y no en decisiones o actos formales de creación normativa que ejecutan determinados órganos o personas, se yergue en cierto modo como un desafío al positivismo jurídico, en especial al positivismo normativista, puesto que pone en entredicho dos afirmaciones centrales de esta doctrina: que el derecho es una realidad normativa y que no existe relación necesaria entre derecho y moral.

El desafío que para el positivismo jurídico representa el constitucionalismo de principios es en verdad *doble*. Por una parte, este fenómeno cultural y político reivindica la existencia de los principios como estándares distintos de las normas y que están presentes en todo derecho, y, por la otra, muestra la presencia e importancia adquirida por los principios en el nivel más alto y jerárquicamente superior de todo ordenamiento jurídico, a saber, el de su constitución.

Pero el constitucionalismo no es sólo el fenómeno cultural y específicamente político que acabamos de describir. Es también una determinada teoría, concretamente, una "teoría justificatoria del Estado de derecho constitucional", como afirma Alfonso García Figueroa.

Con todo, es preciso introducir algunas precisiones conceptuales en torno a las siguientes expresiones: "Estado de derecho", "Estado constitucional de derecho" y "constitucionalismo".

La expresión "Estado de derecho", como todas las que pertenecen al lenguaje jurídico y político, es utilizada en diferentes sentidos, desde el sentido débil en el que la emplea Kelsen, para quien la expresión misma es un pleonasmo, puesto que todo estado es Estado de derecho en la medida que produce derecho y es regulado por éste, hasta el sentido fuerte de las doctrinas iusnaturalistas, para las cuales Estado de derecho es aquel en el que se reconocen determinados derechos naturales que son anteriores a la formación del estado y a la producción del orden jurídico positivo que lo regula.

Según Bobbio, entre los sentidos *débil* y *fuerte* de "Estado de derecho" cabe un significado *intermedio* de la expresión, que es aquel que identifica Estado de derecho con gobierno de las leyes. A su vez, gobierno de las leyes no es sólo aquel que adopta sus decisiones por medio de leyes, vale decir, por medio de normas generales y abstractas, sino aquel que actúa sometido o su-

bordinado a las leyes, especialmente a la constitución como ley de máxima jerarquía. De ahí entonces la clásica distinción entre gobierno *per lege,* esto es, por medio de leyes, y gobierno *sub lege,* o sea, subordinado a las leyes.

Ahora bien, si se fija la atención en la definición intermedia de Estado de derecho, esto es, en la definición que vincula esa expresión con el gobierno de las leyes, tanto en la dimensión del gobierno por medio de leyes como en la del gobierno subordinado a las leyes, lo cierto es que en las sociedades más desarrolladas de nuestro tiempo la ley cede en importancia tanto por *debajo* como por *encima* de ella.

La ley cede por debajo de ella en cuanto es cada vez más frecuente que el estado regule un mayor número de materias por medio de normas reglamentarias provenientes del ejercicio de la potestad reglamentaria que ejercen el ejecutivo y otros organismos especializados y autónomos dentro de la administración, tales como superintendencias, servicios y otros semejantes. El estado legislativo cede de ese modo terreno en favor del estado reglamentario, y el decisionismo de las normas particulares de la administración se impone sobre la generalidad y la abstracción de los viejos códigos. Como escribe a este respecto Luis Prieto Sanchis, las nuevas tareas del estado relacionadas con la gestión de grandes servicios públicos o con la satisfacción de derechos sociales o con la regulación de materias jurídicas dotadas de un alto grado tanto de especificidad como de complejidad, "ya no son tareas del Estado legislativo simplemente ejecutadas por la Administración, sino tareas que requieren una amplia discrecionalidad, si se quiere técnica, por parte de esta última".

Por otra parte, la erosión de la ley por debajo de ésta se aprecia no sólo en la mayor frondosidad normativa de carácter particular que toman en el estado actual las manifestaciones de la potestad reglamentaria, sino también en la tendencia de los propios sujetos de derecho, así como de las organizaciones que éstos forman, a dotarse convencionalmente de normas jurídicas pactadas, flexibles y transitorias, en vez de someterse a leyes heterónomas con pretensión de generalidad y permanencia.

En tal sentido, hay pues un cambio evidente no en el elenco de las fuentes del derecho, pero sí en la importancia relativa

de éstas, hasta el punto de que la "concepción decimonónica de las fuentes del derecho, que prácticamente se reducía al monopolio y a la omnipotencia del derecho del Estado expresado a través de la ley, puede considerarse superada".

Ahora bien, la ley cede por encima de ella en cuanto el legislador que la produce está cada vez más vinculado a la constitución en el doble sentido formal y material de la expresión, con predominio incluso del aspecto material sobre el de carácter formal. Esto quiere decir que si la constitución condiciona *formalmente* la validez de las leyes al establecer qué órgano tiene competencia para dictarlas y cuáles son los procedimientos que se deben seguir en la discusión y aprobación de las leyes, condiciona también *materialmente* esa validez, cada vez con mayor fuerza, al exigir del legislador, como también de los jueces, una vinculación al contenido material de la constitución, esto es, a los principios y derechos que ella establece y consagra directamente, lo cual trae consigo un reforzamiento de la constitución como fuente del derecho en el sentido más pleno de la expresión.

Al encarnar hoy un cierto orden de principios y de valores, o sea, al presentarse ella como una unidad material y no sólo como una instancia normativa formal que dice quién y cómo debe aprobar las leyes, la constitución –como escribe Luis Prieto– "ya no tiene por objeto sólo la distribución formal del poder entre los distintos órdenes estatales, sino que está dotada de un contenido material, singularmente principios y derechos fundamentales, que condicionan la validez de las normas inferiores: la constitución en términos rigurosos es fuente del derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediato e inmediato de derechos y obligaciones, y no sólo fuente de las fuentes".

Como dice Guastini a propósito del estado de derecho como ejercicio del poder político sujeto al principio de legalidad, existen dos sentidos de este principio, uno *débil* y otro *fuerte*. El sentido débil ("legalidad formal") se configura en cuanto el derecho confiere competencia a ciertos órganos para producir normas jurídicas y establece los procedimientos que tales órganos deben observar en la producción de normas, mientras que el sentido fuerte ("legalidad material") introduce límites de contenido a la actividad normativa de los órganos encargados de la producción jurídica.

Pues bien: el "Estado constitucional de derecho" es aquel en que el principio de legalidad en sentido fuerte, o legalidad material, afecta también al poder u órgano legislativo, y no sólo a los jueces y autoridades administrativas, con lo cual queda destruida la idea de que el legislador todo lo puede. La constitución es ahora algo más que un marco formal dentro del cual el legislador encuentra las normas que le dan competencia para producir las leyes y las que le señalan el proceso de formación de éstas. La constitución es también un marco normativo material que establece principios y consagra derechos que ponen un límite a la actividad legislativa.

Por su parte, se llama "constitucionalismo" al proceso de tipo cultural y específicamente político que ha hecho posible que la constitución obre en la práctica como una grada normativa más alta que la ley desde un punto de vista material. Es también la teoría que justifica el así llamado Estado constitucional de derecho. Y, en fin, es la denominación que se da al movimiento que apoya una teoría o doctrina semejante.

Desde nuestro punto de vista, la novedad del constitucionalismo como fenómeno y como teoría es antes una cuestión de énfasis que una propiamente de carácter, con lo cual queremos decir que lo que el constitucionalismo pone de manifiesto es el mayor peso que en el derecho de los estados actuales cobra el marco constitucional de tipo material en los procesos de producción del derecho que compete llevar a cabo al legislador y a otros órganos de producción jurídica.

Como sabemos, Kelsen, con su teoría del ordenamiento jurídico, puso de manifiesto que toda norma fundante establece respecto de su correspondiente norma fundada –por ejemplo, la ley respecto de la sentencia judicial– un doble marco: el marco *formal* es el que confiere la competencia para producir la norma fundada y establece el procedimiento dentro del cual esa producción debe tener lugar, mientras que el marco *material* es el que en alguna medida determina el contenido que la autoridad llamada a producir la norma fundada puede dar a ésta.

Así las cosas, no constituye ninguna novedad afirmar que la constitución, en tanto norma fundante respecto de la ley, establece tanto el marco formal como material para la producción de ésta, puesto que el legislador, lo mismo que el juez respecto

de la ley, encuentra en la constitución tanto las normas que le dan competencia normativa y le fijan un procedimiento para ejercerla como aquellas que fijan límites al contenido de las normas legales que produzca.

Lo que acontece –siguiendo siempre la estructura y terminología empleadas por Kelsen– es que, tratándose del juez y la sentencia, aquél y ésta siempre han reconocido una fuerte vinculación al marco material que a su respecto establece la ley –y no sólo al marco formal de ésta–, hasta el punto de considerar que lo que la ley hace no es fijar límites al contenido de las sentencias, sino en alguna medida predeterminar ese mismo contenido. En cambio, tratándose del legislador y la ley, aquél y ésta han reconocido siempre una vinculación débil al marco material que a su respecto fija la constitución –sin desconocer, por cierto, una vinculación fuerte al marco formal que también fija la constitución–, hasta el punto de considerar que el legislador es omnipotente a la hora de decidir sobre el contenido de las leyes que aprueba.

En nuestra opinión, lo que el constitucionalismo trae consigo no es el hallazgo del marco material que la constitución coloca a la producción normativa del legislador, sino el énfasis o reforzamiento de ese marco, con la lógica consecuencia de una pérdida de libertad del legislador para dar a las leyes el contenido que desee. En verdad, no es que el legislador deje de ser omnipotente –porque nunca lo ha sido completamente–, sino que el marco material que la constitución pone a su tarea deja de ser sólo un límite que el legislador debe respetar y se transforma en una unidad de principios, valores y derechos a la que el legislador debe dar directa aplicación y desarrollo.

Si en el esquema kelseniano nunca hubo una diferencia propiamente *cualitativa* entre la labor que realizan los legisladores y aquella que compete a los jueces –puesto que ambos producen y a la vez aplican derecho–, lo cierto es que en el caso de los primeros la producción de derecho aparece con más nitidez que la aplicación de éste, al revés de lo que acontece con los jueces. En el Estado constitucional de derecho la diferencia *cuantitativa* entre jueces y legisladores se atenúa desde el momento en que los segundos tienen sobre sí un marco material para la producción de las leyes que pesa sobre ellos al modo más de una

directiva sobre lo que deben hacer al momento de dotar a las leyes de contenido que de un simple límite que no pueden trasponer cuando legislan. De ahí entonces la importancia que pasa a tener el control de constitucionalidad de las leyes que se confía a un órgano especial –el tribunal constitucional–, encargado de velar por la supremacía de la constitución.

Explicado ya qué se entiende por Estado de derecho, por Estado constitucional de derecho y por constitucionalismo, volvamos al punto que nos interesa, a saber, al desafío que para el positivismo jurídico representa el constitucionalismo.

Tal desafío, según dijimos antes, es doble: por una parte, complica al positivismo jurídico normativista, puesto que pone de manifiesto la presencia e importancia de los principios como estándares distintos de las normas, y, por la otra, pone en jaque la distinción conceptual entre derecho y moral al incorporar directamente en la constitución valores de naturaleza moral que condicionan la validez de las normas jurídicas de inferior jerarquía.

Lo que interesa, sin embargo, es el segundo de tales desafíos, no tanto el primero, porque es la tesis de la distinción entre derecho y moral, y no la caracterización del primero como un orden normativo, la que puede ser considerada como la doctrina central del positivismo jurídico.

Ahora bien, ese segundo desafío, utilizando la expresión de Robert Alexi, puede presentarse bajo la forma de la siguiente pregunta: ¿cómo puede ser el derecho distinto de la moral, o, cómo puede propiciarse una definición del derecho que no considere criterios morales, si toda constitución incorpora a su texto valores de índole moral, como también principios y derechos fundamentales que tienen un poderoso "efecto de irradiación" sobre todo el ordenamiento jurídico?

Una manera metodológicamente útil y clara de ponderar cuánto afecta el constitucionalismo al positivismo jurídico es la que emplea Luis Prieto Sanchis en sus libro *Constitucionalismo y positivismo,* valiéndose para ello de los tres aspectos que Bobbio atribuye al positivismo jurídico. Seguiremos a continuación ese mismo esquema.

Con todo, y a efectos de una mejor y más diferenciada identificación de los criterios o estándares morales que se positivi-

zan como derecho al ser incorporados a los textos constitucionales de nuestros días, conviene reiterar que se trata tanto de *valores* como de *principios* y de *derechos* fundamentales.

Los valores son los grandes criterios de moralidad pública, tales como los de libertad e igualdad, y cuya abstracción y generalidad hacen indispensables su posterior desarrollo por los operadores de los demás centros de producción normativa, en especial legisladores y jueces.

En cuanto a los principios de organización, tales como el de separación de poderes o el de independencia del poder judicial, son guías o directivas que ordenan una determinada institución o función estatal.

Los demás principios son también criterios generales, como el de buena fe, el de que los pactos deben cumplirse o el de que nadie puede sacar provecho de su propio dolo, que sirven para afrontar casos concretos que no pueden ser resueltos en clara y directa aplicación de una o más normas determinadas del respectivo ordenamiento jurídico. Son, como escribe Gregorio Peces-Barba, "una reserva de argumentos generales para decidir, que sólo se activan relevantemente ante el caso concreto", aunque tampoco hay que descartar que "el legislador parlamentario o reglamentario, en una materia iluminada por uno de estos principios, pudiese utilizar esos criterios para la redacción de la norma".

Están, por último, los derechos fundamentales incorporados al texto constitucional, y que –siguiendo en esto también a Peces-Barba– cumplen tanto una función *objetiva* como una *subjetiva.* Por su función objetiva, los derechos fundamentales, lo mismo que los valores y que los principios, son guía para la producción, aplicación e interpretación del derecho por parte de los distintos operadores jurídicos a los cuales el ordenamiento atribuye esas funciones. Por la función subjetiva, juridifican aspiraciones morales tanto individuales como colectivas, y actúan, según la clase o generación de derechos de que se trate, como simples límites al poder, como participación en el origen y ejercicio del poder o como medio para resolver prestaciones para la satisfacción de necesidades básicas de sus titulares.

Quizás si la diferencia más difícil de explicar sea la que existe entre *valores* y *principios,* a propósito de la cual cabe pregun-

tarse por qué una constitución –por ejemplo, la española de 1978– introduce en su texto a ambos, asumiendo, por ese solo hecho, que se trata no sólo de dos categorías diversas de la de las *normas* constitucionales propiamente tales, sino de dos categorías distintas entre sí.

Javier Santamaría, en su libro *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* de 1997, ofrece una buena síntesis de la discusión habida en España a raíz de que la constitución de ese país haya especificado en su texto a los valores como algo distinto de los principios.

Por su parte, Robert Alexi diferencia los valores de los principios diciendo que los primeros tienen un carácter *axiológico* y los segundos uno *deontológico,* con lo cual quiere decir que el modelo de los valores muestra lo que es *mejor,* mientras que el de los principios muestra lo que es *debido.* Por lo mismo, y dado que el derecho trata no de lo mejor (de lo bueno), sino de lo debido (de lo que debe ser), es el modelo de los principios el que tiene que resultar más adecuado. Además, el concepto de principio da lugar en menor medida que el de los valores a lo que Alexi llama "falsas interpretaciones", lo cual, en su parecer, resulta suficiente para preferir el modelo de los principios.

En todo caso, principios y valores coincidirían en que en ambos casos es posible hablar de colisión y de ponderación, o sea, que tanto los valores como los principios pueden colisionar y ser susceptibles de ponderación. Del mismo modo, tanto unos como otros son susceptibles de una realización gradual.

Lo que interesa, a fin de cuentas, que tanto los principios como los valores tienen un carácter sustantivo, no meramente formal, y que su creciente positivización, y sobre todo su constitucionalización, los hace ostentar una pretensión de validez similar a la que tienen las normas y pesar cada vez más en las decisiones normativas que adoptan tanto legisladores como jueces, los primeros desarrollándolos en las leyes y los segundos proporcionando en sus fallos criterios de identidad de los mismos.

Pues bien, para trazar las relaciones entre el constitucionalismo y el positivismo, o, mejor, para examinar más detenidamente cómo el constitucionalismo desafía o impacta en las tesis centrales del positivismo jurídico, un esquema aceptable a seguir –atendido, como sabemos, que la expresión "positivismo

jurídico" dista mucho de ser unívoca– es el que propone Bobbio en su ensayo acerca de la última de estas doctrinas.

Sobre el particular, debemos recordar que Bobbio distingue tres aspectos del positivismo jurídico, a saber, positivismo jurídico como *método,* positivismo jurídico como *teoría* y positivismo jurídico como *ideología.*

En cuanto al positivismo jurídico como ideología, y tomando en primer lugar la tesis *fuerte* o extrema del mismo, que afirma que todo derecho es justo por el solo hecho de ser derecho, reclamando, en consecuencia, un deber incondicional de obediencia a sus normas, la contradicción entre esa tesis y el constitucionalismo salta a la vista.

Aunque una tesis como esa no ha sido sostenida por ninguno de los autores normalmente calificados de positivistas, lo cierto es que el constitucionalismo, en la medida en que refuerza el marco material de producción de la ley y de otras fuentes del ordenamiento y postula que ninguna norma jurídica es válida ni mucho menos justa por el sólo hecho de ser introducida al ordenamiento por la autoridad facultada para ello por el marco formal de la norma superior correspondiente, constituye un evidente obstáculo al así llamado positivismo jurídico ideológico en la versión fuerte o extrema de éste.

El Estado constitucional de derecho es aquel que no se limita a indicar quiénes estarán facultados para producir nuevas normas jurídicas, es decir, normas jurídicas que continúen el proceso de creación del derecho más allá de lo realizado por la constitución del estado, sino aquel que exige que tales normas, vistas en su contenido, se ajusten a los principios de tipo sustantivo que establece el orden constitucional vigente.

Sin embargo, tiene razón Luis Prieto cuando advierte que un constitucionalismo ingenuo, a saber, aquel que vea en la constitución el compendio indiscutido e indiscutible de la moralidad pública, oscurece un tanto la incompatibilidad entre la versión extrema del positivismo jurídico y el constitucionalismo.

En efecto, si la constitución del estado es evaluada de ese modo y si las normas que siguen a continuación de ella se ajustan de hecho a sus reglas y principios, la justicia del ordenamiento jurídico podría ser proclamada sin ulteriores con-

traargumentaciones, favoreciéndose de ese modo la tesis de que existe un deber moral de obedecerlo.

En cuanto a la relación entre el constitucionalismo y la versión débil o *menos fuerte* del positivismo ideológico –aquella que postula que todo ordenamiento jurídico, independientemente de sus contenidos, realiza valores tan apreciables como el orden, la paz y la seguridad jurídica–, cabe decir que el constitucionalismo favorece una tesis semejante. Ello porque el Estado constitucional de derecho no sólo realiza en medida importante los valores antes mencionados como cualquier otro modelo, sino que asume un compromiso más fuerte con ellos. Así, por ejemplo, el Estado constitucional de derecho realiza con máxima intensidad el valor de la seguridad jurídica, puesto que al regular el ejercicio del poder normativo y al limitar este poder desde un punto de vista material, permite que los sujetos de derecho conozcan no sólo las normas jurídicas que rigen para ellos, sino, además, el marco sustantivo de valores, principios y derechos constitucionales que ninguna de esas normas puede vulnerar.

De este modo, el constitucionalismo moderno, que se define a sí mismo como un antipositivismo, concluye, *malgré lui,* como dice Luis Prieto, abrazando alguna forma de positivismo ideológico: la versión extrema de éste en cuanto postula que la constitución, al ser respetuosa de los principios democráticos y de los derechos fundamentales de las personas, constituye un orden justo que es preciso obedecer en todo caso; y la versión débil en cuanto incrementa valores como la paz, el orden y la seguridad jurídica y proporciona así algo como buenas razones morales en favor de la obediencia al ordenamiento jurídico.

Tal paradoja puede ser explicada por lo siguiente: mientras más cerca se coloque al derecho de la moral, o sea, mientras más convencido se esté de que el derecho sólo es tal en la medida que realiza un modelo de moral social vigente, más se neutraliza la posibilidad de una crítica moral al derecho y más se favorece, consciente o inconscientemente, la idea de que existiría algo así como un deber de obediencia moral al derecho. En otras palabras: si el constitucionalismo legitima la constitución en nombre de los valores y principios de índole moral que ésta consagra, y si extiende luego esa legitimidad a las restantes normas del ordenamiento por entender que ellas comparten o realizan

también tales principios y valores, está él a las puertas de una suerte de abdicación de la crítica o enjuiciamiento ético del derecho.

Por el contrario, la tesis positivista de la distinción entre derecho y moral, con la afirmación consiguiente de que una norma puede tener validez jurídica con independencia del juicio moral que ella merezca –que es la tesis prototípica del así llamado positivismo jurídico metodológico–, favorece un cierto estado de vigilia o desconfianza frente al derecho que producen legisladores, autoridades administrativas y jueces, sencillamente porque no presume ninguna concordancia entre derecho y moral y, asimismo, ninguna obligatoriedad moral de las normas que emanan de esas autoridades, por mucho que se las haya producido dentro del marco formal y material fijado por una constitución que está en condiciones de recibir aprobación desde un punto de vista ético.

Pasando ahora al impacto que el constitucionalismo produce en el positivismo jurídico como teoría, repasemos los seis postulados que según Bobbio son propios de esta otra modalidad o aspecto del positivismo jurídico.

En cuanto al primero de ellos –que afirma el carácter coactivo del derecho–, el constitucionalismo no aporta en verdad ningún argumento en contra.

Tocante al segundo postulado –la ley es la única o la más importante fuente del derecho–, la verdad es que el constitucionalismo la somete a una profunda revisión crítica.

Como hemos tenido ocasión de decir antes, el constitucionalismo destrona la majestad de la ley en favor de una instancia más alta –la constitución–, que es vista no sólo como la grada normativa fundante de la validez de las leyes, sino como un conjunto de reglas y de principios que vinculan también directamente a la administración y a la judicatura. Como escribe Luis Prieto, "la constitución se opone al puro legalismo en cuanto que norma superior, pero también en cuanto que, merced a su contenido material, dota a otros centros de producción jurídica de una justificación más o menos independiente". Así, la constitución actúa como norma superior a cualquier norma dictada por un órgano del estado y, en cierto modo, desempeña un papel parecido al que se ha atribuido comúnmente al derecho natural.

Tal como expresa a ese respecto Gregorio Peces-Barba, "la aparición con fuerza en el panorama de la cultura jurídica y política de los valores y los principios frente a la categoría de la ley omnipresente desde el tránsito a la modernidad ha... propiciado una tendencia a arrinconar a la ley en favor de una constitución interpretada por los jueces... y ha avivado desde una nueva perspectiva las permanentes y reiteradas resurrecciones de la idea del derecho natural".

Con todo, los partidarios de este segundo planteamiento del positivismo jurídico como teoría pueden replicar que la constitución regula quién y cómo está llamado a producir las leyes, pero sin condicionar el contenido de éstas, que sigue siendo de cargo del legislador. Una réplica semejante, sin embargo, no tiene mucho asidero en una época como la nuestra en la que la "rematerialización" de la constitución que trae consigo el constitucionalismo se expresa en principios, valores y derechos con jerarquía constitucional que limitan y en alguna medida determinan el contenido que a las leyes que puede dar el legislador. En verdad, las modernas constituciones, desde el punto de vista del marco material que establecen para la creación de las leyes, van más allá de constituirse en un límite que el legislador no debe traspasar con el contenido de las leyes que dicta y se muestran como una guía u orientación acerca de cuál debe ser ese contenido, o sea, las constituciones modernas no constriñen al legislador sólo negativamente, sino también positivamente.

La otra réplica que el positivismo como teoría puede dirigir al constitucionalismo en defensa de su planteamiento acerca de la supremacía de la ley es bastante más convincente. Advierte esa réplica que la constitución del estado, si bien tiene una jerarquía superior a las leyes comunes u ordinarias, es ella misma una ley en cuanto proviene de un acto tan estatal como las leyes y representa, igual que éstas, el similar principio de la soberanía popular.

Por lo demás, la diversificación de la ley como fuente del derecho constituye un hecho muy visible en todo ordenamiento jurídico contemporáneo, que se expresa no sólo en la existencia de la constitución, por un lado, y de la ley ordinaria, por el otro, sino también en la presencia de otros tipos o clases de leyes que se ubican en una zona intermedia, como es el caso de

las leyes orgánicas, leyes interpretativas de la constitución y otras que exigen procedimientos y quórum especiales de aprobación. Ahora bien, lo que tienen en común esos distintos tipos de normas –incluida por cierto la constitución– es, como dice Liborio Hierro, "su peculiar autor y su peculiar procedimiento de decisión, que exige una discusión abierta entre representantes de los electores (o entre ellos mismos en el caso de un referéndum) y una decisión de mayoría". Entonces, y considerando esos distintos tipos de leyes, la constitución no aparece como algo distinto de éstas, sino como la primera y jerárquicamente superior instancia de poder legislativo.

En cuanto al postulado del positivismo jurídico como teoría en orden a considerar las normas jurídicas como imperativas, dotadas de una estructura compuesta por un supuesto de hecho y una consecuencia, ambos ligados por el deber ser, lo cierto es que las normas de las modernas constituciones son difícilmente compatibles con una estructura tan simplificada como esa. Las normas de una constitución de nuestros días, en especial aquellas que establecen bases generales, valores, principios y derechos fundamentales de los ciudadanos, son siempre enunciados mucho más abstractos, generales y "premeditadamente" abiertos a diversos desarrollos ulteriores por parte del legislador y de otras autoridades dotadas como éste de poder normativo dentro del estado. Como advierte Prieto Sanchis, no existe una "descripción exhaustiva" de los supuestos de aplicación de los principios constitucionales ni una "indicación indubitada" de las consecuencias jurídicas que deben ser el resultado de esa aplicación.

Si trasladamos ahora la atención a los valores –puesto que a veces los textos constitucionales, además de principios, contienen una expresa referencia a valores–, la situación antes descrita se vuelve aun más acusada, puesto que la falta de concreción de los valores sitúa a los enunciados que los refieren en el campo casi de la impredictibilidad, en cuanto la proyección de tales valores en el proceso de producción del derecho que sigue a la constitución se rige muchas veces por criterios subjetivos de las correspondientes autoridades normativas y por motivaciones que dependen antes de consideraciones de oportunidad política o de viabilidad social o económica que de una clara imperatividad de los valores constitucionalmente consagrados.

Relativo ahora al planteamiento del positivismo jurídico como teoría que afirma la coherencia del ordenamiento jurídico, dicho planteamiento, en nuestra opinión, se ve reforzado por el constitucionalismo contemporáneo, puesto que los principios que éste incorpora, así como los valores que introduce, pueden suministrar criterios que orienten la solución al problema de las antinomias que se presenten al interior del ordenamiento jurídico.

Y en lo concerniente a los dos últimos de los seis planteamientos del positivismo jurídico como teoría –el ordenamiento jurídico es pleno y los jueces están llamados a aplicar el derecho y no a producirlo–, el constitucionalismo ofrece argumentos en contra de ambas tesis.

Si uno junta esas dos tesis, puesto que la segunda parece ser una consecuencia de la primera (si el ordenamiento jurídico es pleno antes de que intervengan los jueces, éstos no tienen campo propio para continuar con la producción del derecho y han de limitarse al que se encuentra ya producido por el legislador y otros centros de poder normativo), el constitucionalismo las desafía a ambas al estimar que la aplicación del derecho no es un proceso mecánico que cumplen los jueces y que las decisiones de éstos tienen un componente valorativo. Esto es tanto más evidente cuanto que la expansión del texto constitucional, así como la de los propios principios, hacen cada vez más difícil estimar que la actividad jurisdiccional pueda ser reducida a un puro y simple procedimiento de subsunción de casos concretos en premisas normativas claras y bien definidas.

Con todo, la tesis de la plenitud del ordenamiento, y, sobre todo, la del carácter mecanicista de la función jurisdiccional, no han sido defendidas por ninguno de los más destacados representantes del positivismo jurídico del siglo XX. Todo lo contrario, autores como Kelsen, Ross y Hart han puesto de relieve que el derecho no sólo tiene lagunas y contradicciones, sino que sus normas se ofrecen al juez que debe aplicarlas como marcos abiertos a distintas posibilidades de interpretación, lo cual trae consigo que "el juez goce de una relativa pero irremediable discrecionalidad".

Precisamente, en la discrecionalidad de los jueces, como una de las tesis del positivismo jurídico, es donde centra Dworkin una

de sus críticas al positivismo de Hart. Por otra parte, para autores como Kelsen y Ross el juez constituye una especie de "caja negra" –por emplear aquí la elocuente expresión de Roberto Vernango–, puesto que todo juez combina procesos tanto cognoscitivos como volitivos y termina prefiriendo aquella de las interpretaciones que mejor cuadra con sus ideas políticas y morales (Kelsen) o con su conciencia jurídica material (Ross).

El constitucionalismo reacciona también en contra de puntos de vista como esos porque no puede admitir que la aplicación de las normas constitucionales devengue en ese "ejercicio de arbitrariedad incontrolable" al que alude Prieto Sanchis al tratar este tema. De este modo, los principios, y aun los mismos valores constitucionales, *limitan* antes que *expanden* la discrecionalidad de los jueces. Llevando las cosas quizás demasiado lejos, o simplificándolas en exceso, se ha llegado a decir por partidarios del constitucionalismo que la interpretación de una constitución tiene por norte "hallar el resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable", quedando toda interpretación constitucional en la necesidad de ofrecer en su favor una interpretación igualmente racional y controlable.

Con todo, nos parece que el constitucionalismo asedia en mejor medida la tesis de la subsunción que la de la discrecionalidad judicial. Ello porque la "rematerialización" que experimentan los textos constitucionales de las sociedades democráticas contemporáneas, en clara y abierta contraposición con la idea de una aplicación mecanicista de consecuencias previstas por normas a casos realmente acaecidos que corresponden exactamente a los supuestos de hecho de tales normas, no lo está tanto si se la pone de frente a la discrecionalidad de los jueces.

En efecto, al acoger hoy los textos constitucionales una mayor masa o densidad de principios y de valores vinculantes para todas las autoridades con poder normativo –incluidos por cierto los jueces–, estos últimos son si se quiere menos libres a la hora de tomar sus decisiones que si esos principios y valores no estuvieran constitucionalmente consagrados. Pero, a la vez, como estándares de ese tipo son por su misma índole más vagos, indeterminados y abiertos que las normas en sentido estricto, los jueces llamados a aplicarlos, si bien no pueden sustituirlos por

sus propios principios y valores, tienen siempre un margen de discrecionalidad al utilizarlos como fundamento o razones de sus decisiones.

Dicho lo anterior de otro modo: los jueces del Estado constitucional de derecho carecen de discrecionalidad en cuanto no pueden reemplazar por sus propios principios y valores aquellos que se hallan constitucionalmente consagrados, pero conservan un margen no despreciable de discrecionalidad en cuanto, al tratar con una mayor masa de valores y principios constitucionales, tratan también con un marco material de contornos inevitablemente difusos, dada la misma naturaleza que tienen tales principios y valores y que impide su aplicación al modo simple de todo o nada.

En consecuencia, tanto en las doctrinas sobre la interpretación judicial de Kelsen y de Ross como en la tesis constitucionalista de los principios y valores superiores de rango constitucional, se acentúa la responsabilidad moral y política de los jueces, puesto que en ambos casos a éstos no les queda más que tomar opciones y hacerse responsables de ellas. Simplemente dicho, una mayor densidad de principios y valores de rango constitucional no es nunca suficiente, dado el carácter abierto y relativamente indeterminado de esos estándares, para creer que el orden constitucional provea siempre una única solución correcta y que el juez no tiene otra cosa que hacer que ponerse en marcha, de la mano de la propia constitución, para encontrar esa solución y adoptarla en el caso de que se trate.

La paradoja que se produce aquí es más o menos la siguiente: más principios y valores constitucionalmente consagrados incrementan la masa del marco material que pesa sobre las demás autoridades estatales facultadas para introducir nuevas normas al ordenamiento jurídico –incluidos los jueces– y limitan el campo de acción de esas mismas autoridades; pero, a la vez, más estándares de la naturaleza abierta y relativamente indeterminada de los principios y valores amplían la carta de navegación que la constitución traza para tales autoridades y legitiman un mayor espectro para sus decisiones normativas. El mayor número de principios y de valores *limita* la discrecionalidad de los jueces, mientras que la índole o naturaleza de ellos *amplía* en cierto modo esa misma discrecionalidad.

Por último, es el positivismo jurídico metodológico –tercer aspecto que distingue Bobbio en el esquema que venimos empleando– el que mayores desafíos y reproches recibe hoy desde el moderno constitucionalismo.

Tales desafíos y reproches son por lo demás perfectamente comprensibles, puesto que el positivismo jurídico metodológico postula que no existe relación necesaria entre derecho y moral, es decir, postula que el derecho para ser tal no requiere realizar un orden moral determinado y que su identificación y la de cada una de sus normas pasa por un examen del *pedigree* de éstas y no por el de los títulos éticos de su contenido. Todo lo cual, como sabemos, trae consigo, por otra parte, que un ordenamiento jurídico, así como cualquiera de sus normas, tanto puedan recibir aprobación como reprobación desde un punto de vista moral, puesto que su sola identificación como ordenamiento o como normas jurídicas no conlleva por modo necesario ningún juicio de orden moral ni, por consiguiente, ninguna aceptación del principio de obediencia moral a uno o a otras.

Lejos de eso, las constituciones de nuestro tiempo suelen incorporar a su texto una masa consistente y vigorosa de valores morales, llamada a veces "valores superiores", positivando de ese modo una moral determinada que se erige en criterio de validez material a ser aplicado luego a las demás normas del ordenamiento jurídico. Tal como escribe a este respecto Luis Prieto, "las normas del sistema ya no solo deberán respetar determinados requisitos formales y procedimentales, sino que habrían de ser congruentes con principios y valores que son morales y jurídicos a un tiempo". Por otra parte, un planteamiento semejante favorece no sólo una cierta predisposición a la obediencia del derecho, sino la convicción acerca de la obligatoriedad moral de esa obediencia.

Es por esto, según veíamos antes, que la cercanía del constitucionalismo con el positivismo jurídico ideológico trae como consecuencia una frontal contraposición de aquél con el positivismo jurídico como método, puesto que este último –al proclamar que no existe relación necesaria entre derecho y moral– reconoce también que no puede existir ningún deber moral de obedecer el derecho.

Sin embargo, vistas las cosas desde la perspectiva del positivismo metodológico, la tesis central de éste –no hay relación necesaria entre derecho y moral y el derecho puede ser identificado con prescindencia del juicio ético que podamos tener acerca de él– es compatible con la aceptación del hecho de que todo ordenamiento jurídico, y por cierto toda constitución, encarna o lleva ínsita cierta moralidad en cuanto incorpora y trata de realizar algún punto de vista acerca de la justicia.

Un punto de vista que en el Estado constitucional de derecho tiene que ver con los valores democráticos y los derechos fundamentales de las personas y que goza de gran aceptación entre los propios sujetos imperados por el derecho, aunque no por ello la constitución de cualquier estado democrático represente, por ese solo hecho, la última palabra acerca de la justicia.

Lo anterior quiere decir que por mucha moralidad que una constitución jurídica incorpore a sus normas, una moralidad patentizada en valores y en principios que jugarán un papel importante en la interpretación y aplicación de los textos constitucionales en los que se contengan y en la producción de otras normas de inferior jerarquía, lo cierto es que siempre resultaría posible, junto con aceptar la dimensión moral de la constitución y la obligatoriedad de ésta, tomar una cierta distancia respecto del texto constitucional de que se trate y aplicarle una moral que pueda parecernos mejor.

No toda respuesta moral está en el derecho, desde luego, y no siempre la mejor respuesta moral es también la mejor respuesta jurídica, lo cual no significa creer que el derecho sea moralmente indiferente ni considerarlo superior a la moral. Como dice Neil Mac Cormick, "significa más bien presentar al derecho como una forma de práctica o de institución social que debe estar sometida a una crítica moral permanente, a una crítica fundada sobre principios de la moral iluminada".

En consecuencia, el positivismo jurídico metodológico, con su planteamiento acerca de que es posible y conveniente identificar el derecho con prescindencia de consideraciones de índole moral, no sólo no excluye ni elimina esas consideraciones, sino que las mantiene siempre en pie como criterio a partir del cual el derecho puede ser tanto examinado como mejorado. Que

sea posible identificar el derecho con prescindencia de consideraciones morales es el resultado de que el derecho establezca sus propios criterios de validez, mientras que sea también conveniente llevar a cabo la identificación del derecho con prescindencia de convicciones morales trae como resultado que estas convicciones conserven su carácter y su autonomía de tales, permitiendo un constante enjuiciamiento ético del derecho. En suma –como propone Luis Prieto– "sólo cuando la moral se concibe separada del derecho puede representar una atalaya imparcial para emitir juicios independientes sobre el propio sistema jurídico". Por otra parte, tales juicios pueden ser estrictamente *externos* al sistema, en cuanto toman como parámetro o criterio de enjuiciamiento una moral distinta de aquella que se encuentre institucionalizada por el derecho, como también *internos* a éste, que es lo que acontece con aquellos juicios éticos que acerca de las normas jurídicas se emiten tomando como parámetro el conjunto de los mismos valores y principios consagrados por el orden constitucional vigente.

La moral institucionalizada por una constitución, por mucho que esa moral coincida en alto grado con la moralidad pública dominante, no es nunca idéntica –enhorabuena– a la moral que una persona o un grupo de personas puedan adoptar para juzgar esa moral institucionalizada. Si la moral institucionalizada constituye un *punto de vista* sobre la justicia, la moral crítica es por su lado un *punto de vista acerca de ese punto de vista* sobre la justicia. Así, y tal como advierte Prieto Sanchis, "ni siquiera en los ordenamientos del constitucionalismo democrático todas sus normas y decisiones han de ser las 'mejores' normas y decisiones morales, ni la concepción de la justicia que aquellas encarnan representan la última palabra sobre la justicia".

El positivismo jurídico, mejor posiblemente que otras concepciones del fenómeno jurídico, tiene plena conciencia de que el derecho de cualquier comunidad es siempre una obra humana falible o imperfecta. Este aserto –como advierte Alfonso García Figueroa– implica al menos estos otros dos: que el derecho es falible *moralmente,* esto es, que puede resultar injusto en más de algún caso, y que el derecho es falible *técnicamente,* o sea, que puede no disponer de una única respuesta a las controversias jurídicas.

En cambio, el moderno constitucionalismo importa una cierta idealización del derecho desde el punto de vista *moral,* mientras que el principalismo de autores como Dworkin y Alexi supone una no menor idealización del derecho desde una perspectiva *técnica.* Esto quiere decir que el antipositivismo del constitucionalismo idealiza el derecho porque lo vincula conceptualmente con la moral, en tanto que el antipositivismo del principalismo idealiza el derecho al creer que este proporciona siempre una única respuesta correcta a los problemas de índole jurídica.

Así las cosas, no podemos estar más de acuerdo con la siguiente conclusión que Luis Prieto incluye como parte de la observación final con que termina su libro acerca del constitucionalismo y el positivismo jurídico: la tesis del positivismo jurídico metodológico de que no existe relación necesaria entre derecho y moral no queda desmentida por el hecho de que en ocasiones pueda darse esa relación, como ocurre, sin ir más lejos, con el así llamado Estado constitucional de derecho. A la vez, esa modalidad del positivismo jurídico permite mantener viva e íntegra una moral crítica desde la cual resulta posible evaluar el valor o la falta de valor moral del derecho, incluso de los derechos que puedan parecernos más justos. Por último, la crítica externa que permite y facilita un punto de vista moral independiente de aquel que consagre el derecho que debe ser evaluado desde ese punto de vista, no excluye ni impide la crítica interna que en todo ordenamiento jurídico es posible llevar a cabo a sus normas e instituciones desde el punto de vista de los valores y principios que consagre el orden constitucional que preside el mismo ordenamiento de que se trate.

Las precedentes consideraciones nos permiten pasar ahora al acápite siguiente y final de este capítulo, en el que procuraremos dar un desarrollo mayor a ese aspecto del positivismo que Bobbio llama "positivismo jurídico metodológico".

IX. ¿Qué queda en pie del positivismo jurídico?

En este último acápite del presente capítulo no vamos a intentar ni un rescate ni propiamente una defensa del positivismo jurídico, sino una aclaración final acerca de la que nos parece la

tesis central y más firme de esta doctrina. Una tesis, como se verá, que se corresponde con ese aspecto del positivismo que Bobbio llama "positivismo jurídico metodológico", y que tiene que ver, a fin de cuentas, con la distinción conceptual entre derecho y moral y con la conveniencia, tanto ética como política, de mantener siempre viva y en claro esa distinción. La vuelta ahora sobre esa tesis nos conducirá también al postulado de la neutralidad valorativa en la identificación de lo que rige como derecho y a la identificación de los límites que tiene un postulado como ese.

En suma: este acápite retomará antes la dimensión metodológica del positivismo jurídico y colocará por tanto en primer plano la pregunta acerca de qué se entiende por positivismo jurídico y no la de los aciertos o desaciertos de esta doctrina. Para ello vamos a identificar la que nos parece la tesis central o prototípica del positivismo, es decir, aquella que comparten todos los autores positivistas, que no es otra –tal como anticipamos– que la tesis del así también llamado positivismo jurídico metodológico.

Nos parece que el positivismo jurídico de nuestros días deja en pie dos afirmaciones centrales: la primera de ellas tiene que ver con su concepción monista del derecho y la segunda con la distinción entre derecho y moral.

En cuanto a la primera de tales afirmaciones, un positivista niega base de sustentación objetiva al dualismo derecho natural-derecho positivo y afirma únicamente la existencia del segundo de esos derechos, entendiendo por tal el derecho creado por actos de voluntad humana. No hay otro derecho que ese, y lo que los partidarios del derecho natural ofrecen bajo este nombre es un conjunto de criterios acerca del derecho ideal, esto es, acerca del derecho que según ellos debería regir o ser establecido.

Un positivista no niega la existencia de tales criterios ni tampoco la posibilidad y conveniencia de que sean utilizados para evaluar el derecho vigente, aunque afirma que no hay ninguna razón para presentar esos criterios como un derecho distinto y a la vez anterior y superior al derecho positivo. Tales criterios no constituyen "derecho", y al presentárselos bajo esa denominación lo que se persigue es revestirlos de un grado de objetivi-

dad que aumente sus posibilidades de ser admitidos por todas las personas. De este modo, cuando alguien adhiere a un conjunto de criterios éticos acerca de cómo el derecho debería ser y los presenta luego como derecho natural, esto es, como un orden normativo dado por Dios o que proviene directamente de la razón o de la naturaleza de las cosas, lo que persigue es conferir a esos criterios una mayor fuerza persuasiva, porque ya no se trataría solamente de unos estándares que una o más personas reconocen como correctos, sino de auténticos principios o normas perentoriamente introducidas por Dios o por la naturaleza y cuya obligatoriedad no puede ser puesta en duda.

Es en tal sentido que Alf Ross pudo decir alguna vez que invocar el derecho natural es como dar un golpe sobre la mesa, porque lo que en tal caso se invoca es una determinada idea de lo justo a la que se quiere dar la perentoriedad del derecho y evitarse de ese modo la discusión que entre individuos racionales puede y debe tener lugar acerca de los criterios de justicia que cada cual estime correctos o apropiados.

Incluso un positivismo duro como el del Kelsen y Ross, para quienes la justicia es un ideal irracional o un golpe sobre la mesa, el diálogo y confrontación entre distintas concepciones de la justicia es posible y puede resultar incluso fecundo. Porque si nadie puede establecer qué es la justicia en términos absolutos, o sea, con validez perentoria y universal para todos, cada individuo está siempre en condiciones de decir qué es para él la justicia y mostrarse dispuesto a entrar en diálogo con quienes pudieran no compartir esa idea. Aun cuando la idea de justicia que alguien profese pueda ser la resultante sólo de sus intereses y preferencias personales, siempre será posible un esfuerzo de argumentación intersubjetiva en favor de esa idea.

Irracional no es exponer y debatir sobre ideales de justicia; irracional es pretender imponer a los demás un determinado ideal de justicia que se reconoce como único verdadero y que, en tal carácter, desplaza o excluye a los ideales de justicia que puedan oponérsele.

Por lo demás, en punto a la cuestión de dar una fundamentación racional a nuestras preferencias morales, las posibilidades son bastante más que dos y no se reducen únicamente a la de los absolutistas que admiten esa posibilidad y a la

de los relativistas que la niegan. Sobre el particular, en el capítulo anterior puede encontrarse una tipificación más amplia de concepciones y temperamentos morales, que incluye ocho categorías.

Volviendo a la idea central del positivismo acerca del derecho natural, cabe reiterar que lo que esa doctrina hace es negar a éste en cuanto derecho, vale decir, en cuanto orden normativo anterior y superior al orden jurídico positivo, lo que no excluye la existencia de pautas o criterios morales en los que una, varias o muchas personas puedan creer y en uso de las cuales puedan y deban evaluar el orden jurídico positivo y favorecer su preservación o cambio en la dirección que marquen esas mismas pautas o criterios. Lo que el positivismo rechaza es que aquéllos y éstos lleguen a formar algo que pueda ser llamado con propiedad "derecho natural" y, además, que tales pautas o criterios sean los que hayan de ser utilizados para decidir acerca de la existencia de un derecho positivo cualquiera.

La segunda de esas impugnaciones nos deja ahora a las puertas de la tesis positivista de la distinción entre derecho y moral.

Dicha tesis puede ser presentada sobre la base de las siguientes afirmaciones:

a) el derecho y la moral son órdenes normativos distintos, que si bien coinciden en reconocer ambos una expresión en normas y en principios que tienen la pretensión de guiar el comportamiento de los hombres, se diferencian, por ejemplo, en el distinto origen o procedencia que en uno y otro caso tienen tales normas y principios, en su muy distinta situación en cuanto a la posibilidad de ejecutar sanciones en uso legítimo de la fuerza socialmente organizada y, desde luego, en los distintos fines a cuya realización apunta también uno y otro orden normativo.

Como dice Hart, la expresión "deber ser", propia tanto del derecho como de la moral, indica tan solo la presencia de algún patrón que orienta comportamientos que pueden ser evaluados en uso del patrón de conducta de que se trate. Uno de esos patrones es ciertamente la moral, "pero no todos los patrones son morales".

La distinción entre derecho y moral que apuntamos se manifiesta por referencia a cualquiera de los ámbitos o esferas de

la moral, o sea, autónoma, social o de los sistemas religiosos, y no excluye –según diremos más adelante– que todo ordenamiento jurídico acoja y refleje una determinada moral social que prevalezca en la comunidad de que se trate o que sea asumida por quienes están autorizados para introducir, modificar o derogar normas del ordenamiento jurídico de que se trate, como tampoco excluye que el ordenamiento pueda ser enjuiciado a partir de criterios morales distintos de aquellos que el ordenamiento institucionaliza y refleja;

b) la distinción entre derecho y moral puede ser expresada también en la diferenciación entre el derecho que *es,* vale decir, el derecho que ha sido puesto y que rige efectivamente en un lugar y tiempo dados, y el derecho que *debe ser,* o sea, el derecho que se considera mejor o más correcto desde una determinada perspectiva o punto de vista moral.

En este sentido, el positivismo jurídico llama a asumir una actitud a-valorativa, o éticamente neutral, en la identificación del derecho en general y en la localización de un ordenamiento jurídico cualquiera. Esta actitud, con todo, tiene un alcance limitado, puesto que la neutralidad valorativa que ella supone juega su papel sólo en lo que concierne a la identificación o reconocimiento de un orden social como derecho, pudiendo luego desaparecer y dar lugar a una deliberada o consciente crítica de ese orden a partir de la perspectiva o punto de vista moral que fue dejado de lado, o puesto entre paréntesis, a la hora de llevar a cabo la identificación del orden que rige como derecho;

c) no existe una relación necesaria entre el derecho que es y el derecho que debe ser, lo cual quiere decir que afirmar que un derecho *es,* o sea, que existe y obliga como tal, no significa sostener que ese mismo derecho *deba ser,* que deba existir y obligar; y que postular que un derecho *deba ser* no significa afirmar que lo *sea* realmente.

Como dice Genaro R. Carrió al describir lo que él llama "actitud positivista" o "positivismo como approach", la expresión "derecho injusto" no es contradictoria, en tanto que la expresión "derecho justo" no es una tautología.

De este modo, la idea que se pueda tener desde una determinada perspectiva moral acerca del derecho correcto, del de-

recho ideal, del derecho que deba ser, no constituye un elemento que tenga que ser incorporado al momento de definir conceptualmente el derecho como fenómeno cultural presente en las formas más evolucionadas de vida humana social. Así, un orden jurídico cualquiera puede ser reconocido como derecho sin que por esa sola circunstancia se le asimile al ideal de derecho que se pueda tener, lo mismo que adherir a un determinado ideal de derecho no trae consigo que ese derecho se corresponda efectivamente con el orden jurídico vigente.

Con todo, tiene razón Eduardo García Maynez cuando reprocha al positivismo jurídico metodológico, con su distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser, entre el derecho como hecho y el derecho como valor, una vuelta a la teoría dualista que el mismo positivismo rechaza. Como dice el filósofo mexicano, "dentro de una concepción monista consecuente, no hay por qué hablar de derecho 'positivo' y de derecho 'justo' o 'ideal'. El monista consecuente debería referirse al *derecho* a secas, y contraerse al problema de la definición del mismo, en vez de introducir una dualidad terminológica que, o bien resulta *equívoca,* o es, ineludiblemente, *contradictoria".*

A fin de percibir los alcances, pero también los límites, que tiene la tesis positivista de la distinción entre derecho y moral, conviene tener presentes las siguientes salvedades con que esa tesis debe ser entendida a fin de evitar confusiones o malentendidos que puedan distorsionarla. Por otra parte, y en lo que concierne a bibliografía más reciente sobre el debate contemporáneo acerca de las diferencias y relaciones entre derecho y moral, se sugiere consultar los ensayos de diferentes autores, entre otros Alexi, Garzón Valdés, Hoerster, Mac Cormick, Muguerza, Bulygin y Schmill, compilados por Rodolfo Vásquez en el libro *Derecho y moral* que la Editorial Gedesa publicó en 1998.

1. La tesis en cuestión se refiere a la *necesidad* y a la *conveniencia* de *distinguir,* no de *separar,* ambos órdenes normativos.

"Distinguir" es un verbo que tiene ciertamente un sentido menos fuerte que el que posee "separar". "Distinguir" quiere decir, en primer lugar, conocer la diferencia que hay entre una cosa –en este caso el derecho– y otra –la moral– con la cual la

primera puede ser confundida. En cambio, "separar" quiere decir bastante más que lo anterior, porque significa establecer distancia entre dos cosas, o sea, se trata de una actitud que considera aisladamente dos cosas.

Siguiendo en esto a Elías Díaz, "frente a la tesis de la mayor o menor confusión entre moral y derecho, por un lado, y de la más o menos radical ruptura y falta de comunicación entre ambos niveles, por otro, la actitud a que aquí se llega está centrada en la idea de diferenciación clara, pero, a la vez, de la conexión básica, ineludible y útil de los dos sectores, moral y jurídico".

Además, si para fijar un concepto de derecho e identificar luego las órdenes que rigen como derecho en las diferentes sociedades es necesario establecer y respetar las peculiaridades de ese orden normativo, sin confundirlo con otros que también guían u orientan el comportamiento humano, tal criterio u operación de índole conceptual es también conveniente o útil. Ello porque permite que la moral, en cualquiera de sus ámbitos o esferas, e independientemente del tipo de moral que el derecho pueda haber institucionalizado, se mantenga como un criterio independiente para la crítica de lo que se encuentre establecido como derecho y la preservación o el cambio de éste según sea el carácter positivo o negativo de esa misma crítica.

Sólo cuando la moral se concibe aparte del derecho puede seguir prestando servicios como una "atalaya" o "plataforma" ética desde la cual resulta posible emitir juicios independientes y externos sobre el ordenamiento jurídico vigente.

Todo ordenamiento jurídico institucionaliza una moral determinada, que es comúnmente la moral social que prevalece en la comunidad de que se trate, y sus normas e instituciones pueden ser juzgadas, *internamente,* según la correspondencia que guarden o no con esa moral. A la vez, todo ordenamiento jurídico tiene que poder ser evaluado, *externamente,* a partir de una moral crítica cualquiera, esto es, de una moral distinta de aquella que el respectivo ordenamiento jurídico ha institucionalizado, y que tanto puede ser una moral social de minoría, la moral autónoma o personal de los sujetos, o un código moral impuesto por la religión que profesan una o más personas.

Ahora bien, la vida independiente que tiene toda moral crítica respecto de la moral institucionalizada por el derecho es lo

que permite el enjuiciamiento de las normas e instituciones de éste con vistas a su preservación, cuando el enjuiciamiento es positivo, o a su cambio, cuando no lo es.

Por otra parte, esa misma existencia independiente de la moral crítica fomenta la capacidad igualmente crítica que juristas y ciudadanos deben mantener siempre frente al derecho que los rige, y fomenta también, en consecuencia, la responsabilidad moral de los individuos, con base en la autonomía de éstos para enjuiciar éticamente el derecho que los rige y diferenciar entre la perentoria obligatoriedad jurídica de éste y su eventual obligatoriedad moral o en conciencia.

Así las cosas, mantener diferenciados el derecho y la moral sirve también para que más individuos permanezcan en un cierto estado de alerta ético ante las normas e instituciones jurídicas que los rigen, un estado que es ciertamente provechoso para la moral, en cuanto preserva la especificidad y autonomía que ella tiene como orden normativo, y provechoso también para el derecho, en cuanto coloca delante suyo un espejo que muestra sus imperfecciones.

La distinción entre derecho y moral, lejos de menoscabar a esta última, la reserva como una instancia diferenciada y autónoma desde la cual resulta posible enjuiciar la mayor o menor moralidad de un derecho dado, con la consiguiente posibilidad de que cualquiera pueda hacer valer la fórmula propuesta por Hart frente a normas jurídicas moralmente inconvenientes: "Esto es derecho, pero resulta demasiado inicuo para obedecerlo". Porque, y tal como se preguntan Baurmann y Kliemt, "¿promete acaso más éxito, o tiene un mayor peso argumental, una crítica que invoca el hecho de que una ley inmoral no puede ser 'derecho' que aquella otra que denuncia públicamente el derecho vigente de un Estado por su inmoralidad?".

El punto que esos autores ponen en discusión es de la máxima importancia, puesto que, como se comprenderá, la distinción entre derecho y moral conlleva la aceptación de que un derecho, o bien alguna o algunas de sus normas, sean abiertamente inmorales. Sin embargo, un mínimo de realismo e, incluso, razones de conveniencia política en favor del cambio de ese derecho o normas, hacen preferible reconocerlo como derecho y mostrarse no dispuesto a obedecerlo que negarle el ca-

rácter de derecho y enterrar la cabeza para no ver cómo efectivamente rige en la sociedad de que se trate.

Tal como escribe Hart a este respecto, siempre habrá "hombres malvados que dictarán reglas malvadas que otros aplicarán. Lo que por cierto más se necesita para que los hombres tengan una visión clara al enfrentar el abuso del poder, es que conserven la idea de que al certificar que algo es jurídicamente válido no resolvemos en forma definitiva la cuestión de si se le debe obediencia, y que por grande que sea el halo de majestad o de autoridad que el sistema oficial pueda poseer, sus exigencias, en definitiva, tienen que ser sometidas a un examen moral".

2. La tesis de la distinción entre derecho y moral no incluye la de una posible prioridad del derecho sobre la moral, como tampoco incluye la tesis opuesta de una eventual prioridad de la moral sobre el derecho. Dicha tesis no incluye, asimismo, la idea de que en principio deba darse siempre preeminencia al derecho sobre la moral, cesando con todo esa preeminencia cuando la contradicción entre uno y otro orden normativo alcance proporciones considerables.

Lo anterior quiere decir que el positivismo jurídico, al distinguir el derecho de la moral, admite la posibilidad de conflictos entre ambos órdenes normativos, aunque no debe atribuirse al positivismo el planteamiento de que en presencia de un conflicto semejante lo que debe prevalecer es el derecho.

Simplemente dicho, tales conflictos son posibles y ni el positivismo ni ninguna teoría pueden liberar a nadie de la responsabilidad de tener que elegir por sí mismo a qué ha de darle prioridad en el caso de una colisión entre obligaciones morales y deberes jurídicos.

3. La distinción entre derecho y moral es compatible con la coincidencia entre algunas exigencias que provienen tanto de uno como de otro orden normativo, lo cual se traduce en el hecho de que a menudo se encuentre prohibido jurídicamente lo que está moralmente vedado (quitar a otro su vida, apropiarse de los bienes de otro, incumplir los pactos que celebramos) y de que, a la vez, se haga jurídicamente obligatorio lo que es exigido desde el punto de vista moral (prestar

auxilio en la vía pública a quien ha sufrido un accidente y se encuentra malherido).

En este sentido, todo ordenamiento jurídico tiene un contenido moral mínimo –un "contenido mínimo de derecho natural", dice Hart–, que está compuesto por determinadas normas básicas e indispensables para que pueda tener lugar la vida de los hombres en sociedad.

4. La tesis positivista de la distinción entre derecho y moral es igualmente compatible con la incorporación al primero de expresiones que remiten a conceptos de índole moral, que es lo que ocurre, por ejemplo, cuando el derecho vigente obliga a un juez a tener en cuenta la "moralidad" o las "buenas costumbres".

En todo caso, cuando ocurre algo semejante, la correspondiente autoridad normativa –en el ejemplo anterior el juez– queda remitida a la moral social y no a la idea de moralidad o de buenas costumbres que pueda tener de acuerdo con su moral personal.

5. La distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser –otra manera de presentar la distinción entre derecho y moral– no significa admitir que el derecho sólo pueda ser del modo como se nos presenta en un lugar y tiempo dados.

Esto quiere decir que esa modalidad del conocimiento jurídico que llamamos comúnmente "dogmática" no lo es en cuanto perciba que lo dado o puesto como derecho sea inmutable, esto es, que no pueda cambiar o que se encuentre dado así para siempre. Esa forma del conocimiento jurídico es dogmática sólo en cuanto lo dado o puesto como derecho opera para ella como un dato objetivo que no puede ser desconocido por el solo hecho de no corresponder a un determinado ideal acerca de cómo ese mismo derecho debería ser.

6. La tesis con que venimos trabajando, por otra parte, no significa negar que exista la moral ni desmerecer tampoco la importancia de que las personas, y con ellas ciertamente los juristas, posean convicciones de orden moral.

Lo que afirma la tesis es que tales convicciones no deben ser utilizadas como criterios para identificar lo que rige como de-

recho, aunque sí puedan serlo para enjuiciar la corrección o incorrección ética de éste.

7. Afirmar la posibilidad y conveniencia de identificar lo que se encuentra establecido como derecho con prescindencia de criterios morales, no importa desconocer que el derecho alberga valoraciones de orden moral. En consecuencia, la neutralidad valorativa no puede ser presentada como una cualidad del objeto por identificar y conocer –el derecho–, sino como una exigencia metodológica que debe ser satisfecha por el agente que lleva a cabo esa identificación y conocimiento, vale decir, los juristas.

Por otra parte, y tal como ha sido indicado antes en este mismo capítulo, que el derecho consagre una determinada moralidad hace siempre posible un juzgamiento, desde el punto de vista interno del propio ordenamiento de que se trate, conducente a determinar el grado de fidelidad que las normas del ordenamiento guardan con los principios y valores morales consagrados, en especial con aquellos que se encuentren incorporados en el texto de la respectiva constitución.

8. La mencionada tesis de que resulta posible y conveniente identificar el derecho con prescindencia de juicios morales de valor tampoco importa, por ese solo hecho, propiciar una aprobación moral de aquello que se identifica como derecho.

Ello porque *identificar* y *describir* algo como derecho no equivale a *aprobar* moralmente ese mismo algo como derecho.

9. Hay todavía otra salvedad que hacer en cuanto a los reales alcances y a los límites de la tesis que nos encontramos examinando y que consiste en lo siguiente: la adopción de criterios a-valorativos externos en la identificación del derecho tampoco debe ser entendida como una manera deliberada o subrepticia de impedir u obstaculizar el enunciado y defensa de planteamientos críticos acerca del derecho por parte de los juristas.

De este modo, el postulado de la neutralidad valorativa exige al jurista atenerse a lo dado como derecho. Pero una exigencia como esa resulta incompatible sólo con el ocultamiento, la *sustitución* o modificación de lo dado como derecho, mas no con la *crítica* de lo dado.

10. Por último, el postulado de la prescindencia valorativa tampoco obsta a la toma de posición personal de los juristas frente al derecho, ni frente a la autoridad que lo produce ni ante la cuestión más amplia acerca de cómo debe ser en definitiva organizada la sociedad.

Lo anterior quiere decir que tal postulado no tiene por qué ser visto como sinónimo de indiferencia o descaracterización en los planos de la ética y de la política, de donde se sigue que este postulado es únicamente una exigencia de tipo metodológico con vistas a la identificación y conocimiento del derecho y no una suerte de esterilización de la capacidad de apreciación y de elección de los juristas en los mencionados planos de la política y de la moral.

De este modo, el mencionado postulado no puede obstar en el caso de los juristas a la profesión de convicciones morales y políticas, como tampoco puede hacerlo a las posibilidades de crítica moral y política de un derecho dado, incluido, por cierto, el propio derecho en que tales juristas concentran sus tareas dogmáticas. Así, vedar al jurista esas posibilidades constituye una extensión indebida del postulado de la prescindencia valorativa, aunque esa prohibición podría ocultar un propósito peor y no siempre confesado: hacer desaparecer a los juristas como instancia de crítica moral y política del derecho y de la autoridad llamada a producirlo, con el fin de preservar a todo trance un determinado ordenamiento jurídico y de servir al poder de la correspondiente autoridad.

Es por ello que hemos preferido hablar aquí de "neutralidad" o de "prescindencia" valorativa por parte de los juristas, y no, como hacen otros –Calsamiglia, por ejemplo–, de "abdicación" valorativa, aunque, desde luego, el autor español reconoce luego que tal abdicación es más aparente que real.

La palabra "abdicación" sugiere algo así como una renuncia por parte de los juristas a sus convicciones morales y jurídicas cuando hacen ciencia del derecho; en cambio, palabras como "neutralidad" y "prescindencia" ponen de relieve que tales convicciones no se pierden, sino que se dejan momentáneamente de lado a la hora de identificar y describir lo que rige como derecho, más no a la hora de evaluar éste en su mayor o menor corrección en los planos de la política y de la moral.

Vocación científica y conciencia política y moral, entonces: he aquí una doble exigencia que los juristas deben satisfacer simultáneamente, o, si se prefiere, sucesivamente, sin sacrificar una en beneficio de la otra. Porque cuando la vocación científica se subordina a los propósitos de la política, se empobrece nuestra comprensión de la realidad. Pero, por otra parte, cuando los juristas invocamos el nombre prestigioso de la ciencia para eludir tomar posiciones en los terrenos de la política y de la moral, quizás ocurra para nosotros algo peor: vernos disminuidos como hombres y como ciudadanos.

CAPITULO QUINTO

SOBRE EL RAZONAMIENTO JURIDICO

I. De la norma jurídica al ordenamiento jurídico y del ordenamiento jurídico a las acciones de producción, interpretación, aplicación y acatamiento de las normas. Estática y dinámica del derecho. II. Razón, razonar y razonamiento. ¿Razonar o argumentar? Razonamiento teórico y razonamiento práctico. ¿Es lo mismo razonamiento práctico que razonamiento moral? III. El razonamiento jurídico. ¿Razonamiento jurídico o razonamiento legal? Los distintos campos y agentes del razonamiento jurídico. ¿Es teórico o práctico el razonamiento jurídico? La autonomía del razonamiento jurídico y la distinta situación de legisladores y de jueces. IV. La racionalidad en la ciencia jurídica, en la tarea legislativa y en la función jurisdiccional. Un alcance sobre los abogados y el razonamiento jurídico. V. Razonamiento judicial y normas jurídicas. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Razones explicativas y razones justificatorias. Imponer, explicar, justificar y probar decisiones judiciales. Justificación interna y externa. Razonamiento deductivo y razonamiento judicial. Razonamiento judicial y razonamiento moral. El peso de las normas en el razonamiento judicial.

I. De la norma jurídica al ordenamiento jurídico y del ordenamiento jurídico a las acciones de producción, interpretación, aplicación y acatamiento de las normas. Estática y dinámica del derecho

Cuando se trata de alcanzar una comprensión del derecho, la atención de quien actúa movido por un propósito semejante puede dirigirse a distintos lados, o, si se prefiere, dicha atención puede destacar distintos aspectos, a saber, la norma jurídica, el

conjunto que forman las normas jurídicas vigentes en un determinado tiempo y lugar –al que damos el nombre de ordenamiento jurídico–, y los procesos mediante los cuales esas normas son producidas, interpretadas, obedecidas y aplicadas por los operadores jurídicos y por el público en general.

Lo anterior quiere decir lo siguiente: si asumimos que el derecho es una realidad normativa, nuestros esfuerzos por comprender y dar cuenta de esa realidad pueden poner el acento en la *norma jurídica* –por ejemplo, cuando estudiamos la estructura interna de ésta y afirmamos que dicha estructura es doble, puesto que una de sus partes impone una conducta como debida y la otra fija la consecuencia coactiva que debe seguir en caso de incumplimiento–, o bien pueden poner el acento en el *ordenamiento jurídico*, que es lo que hacemos cuando la atención se concentra no ya en la norma jurídica aislada, sino en el conjunto que forman las normas jurídicas que rigen a una comunidad jurídica. Pero los esfuerzos por comprender el derecho y dar cuenta de él pueden relevar también otro aspecto, no ya la norma jurídica aislada ni el ordenamiento que forman el conjunto de las normas, sino las *acciones* por medio de las cuales esas normas son producidas, interpretadas, obedecidas y aplicadas por determinados agentes jurídicos y por los sujetos destinatarios de tales normas.

En efecto, no pocos esfuerzos de comprensión del derecho se sitúan en el nivel de la norma jurídica aislada. Es lo que ocurre –decíamos antes– cuando nos preguntamos, por ejemplo, acerca de la estructura de la norma jurídica, o bien acerca de alguna propiedad específica de ésta –por ejemplo, la coactividad–, que permita diferenciarla al interior del género de las prescripciones.

Pero es evidente que una comprensión del derecho centrada en la norma jurídica aislada tiene evidentes limitaciones, que son precisamente las que se trata de superar desplazando la atención de la norma jurídica aislada al conjunto de normas de conducta y de organización. Este paso es el que ha sido sugerido por Bobbio, quien se considera a sí mismo un "normativista", es decir, alguien que cree que para establecer el concepto de derecho es preciso remitirse a la noción de norma, aunque con la siguiente prevención: que el derecho no es un tipo de nor-

ma, sino un tipo de conjunto de normas, es decir, un tipo de ordenamiento, puesto que, por ejemplo, cuando decimos del derecho que tiene carácter coactivo, lo que se afirma no es que cada norma jurídica aislada tenga ese carácter, sino que lo posee el ordenamiento jurídico en su conjunto. Esto último quiere decir que si se mira al interior del derecho vigente en cualquier tiempo y lugar, se podrán identificar muchos enunciados normativos respecto de los cuales no cabe la legítima posibilidad de hacerlos efectivos por medio del uso de la fuerza socialmente organizada, lo cual no es obstáculo para certificar el carácter coactivo del ordenamiento del que esos enunciados forman parte. En consecuencia, para distinguir al derecho de otros órdenes sociales –como la moral o los usos sociales, por ejemplo– es preciso mirar al ordenamiento jurídico en su conjunto y no a la norma jurídica aislada.

Desde un punto de vista como ese –escribe Bobbio–, "la teoría del Derecho se identifica con la teoría del ordenamiento jurídico: en efecto, sólo a través de la comprensión del ordenamiento jurídico en su conjunto se pueden captar aquellas características del fenómeno jurídico que habitualmente vienen adoptadas para distinguir al Derecho de la moral y de los usos sociales".

No cabe duda, en consecuencia, de que nuestra comprensión del derecho mejora, o cuando menos se amplía, si pasamos del nivel de análisis de la *norma jurídica* aislada al del *conjunto* que ellas forman.

Pero cuando dirigimos la atención a las normas jurídicas en su conjunto podemos hacerlo considerándolas en estado de reposo, esto es, como el resultado de determinados actos de producción, o bien considerando derechamente los actos por medio de los cuales las normas son producidas. Más aún, si tratándose de normas, y también, por cierto, tratándose de normas jurídicas, puede decirse de ellas que son producidas, interpretadas, acatadas y aplicadas, lo cierto es que la atención de quien quiera conocer y dar cuenta de ese fenómeno normativo puede dirigirse a las *normas* que son producidas, interpretadas, acatadas y aplicadas, o bien a los *actos* que ejecutan quienes producen, interpretan, acatan o aplican tales normas.

La posibilidad de ese doble enfoque llevó a Kelsen a admitir tanto una *teoría estática* como una *teoría dinámica* del derecho, de-

pendiendo de cuál de estos dos elementos se acentúe: las normas que regulan determinadas acciones humanas o la conducta humana regulada por normas. Así, una teoría estática centra su atención en "las normas jurídicas producidas, aplicadas o acatadas mediante actos de conducta humana", mientras que una teoría dinámica se orienta hacia "determinados actos de producción, aplicación o acatamiento, determinados por normas". La primera –la estática jurídica– mira al derecho "como un sistema de normas con validez, el derecho en su estado de equilibrio"; la segunda –la dinámica jurídica– mira "al proceso jurídico en que el derecho se produce y aplica, el derecho en su movimiento".

Con todo, ese *proceso* jurídico no es algo independiente de las *normas* jurídicas, puesto que se encuentra regulado por éstas, lo cual pone de relieve esa peculiaridad del derecho que Kelsen vio también con especial claridad: el derecho regula su propia creación.

Pero no sólo la producción del derecho (de nuevas normas) se encuentra regulada por el derecho (normas), sino también su aplicación e interpretación, lo cual, por su parte, no es sino una consecuencia de la conexión que existe entre las funciones de producir, aplicar e interpretar el derecho.

Es preciso no confundir ese posible doble enfoque del derecho –estático y dinámico– con el principio igualmente llamado de ese modo –estático y dinámico–, que permite distinguir dos diferentes sistemas de normas.

En efecto, Kelsen distingue entre un *principio estático* y un *principio dinámico* según la índole del fundamento de validez de un sistema de normas. Desde este punto de vista, un sistema de normas es estático cuando las normas que lo componen valen, esto es, obligan, en la medida que su contenido pueda ser derivado de una norma más general y de carácter superior. Así, por ejemplo, las normas "no se debe mentir", "no se debe engañar", "se debe mantener la palabra empeñada", "no se debe prestar falso testimonio", pueden ser derivadas de la norma que ordena decir siempre la verdad. Esta última norma presta tanto el fundamento de validez como el contenido de las restantes normas que se infieren a partir de ellas.

Por su parte, un sistema de normas es dinámico cuando éstas valen por referencia a una norma fundante que, como tal,

presta al fundamento de su validez, mas no su contenido, puesto que esa norma fundante sólo establece quién y cómo debe producir las correspondientes normas fundadas.

El derecho es un orden normativo dinámico –en el sentido que venimos explicando– porque una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado que pueda inferirse mediante un argumento deductivo a partir de una norma fundante presupuesta, sino por haber sido producida por quien y dentro del procedimiento que hubiere establecido la norma que regula su creación. Esto no significa que la norma fundante deje de establecer todo límite en cuanto al contenido que pueda adoptar la norma fundada ni que el examen de tal contenido sea enteramente irrelevante para decidir acerca de la validez de la norma fundada. Lo que quiere decirse es que esa validez depende antes del *pedigree* u origen de la norma que de su contenido –de su procedencia antes que del "código genético" de que es portadora–, y que tal contenido no puede inferirse del contenido de la norma fundante como la particular se deriva de lo general.

Pero volvamos a la cuestión del doble enfoque que respecto del derecho hacen una teoría estática y una dinámica del derecho, aquella observándolo en estado de reposo y ésta en movimiento, la primera mirando a las *normas jurídicas* que se producen, interpretan, aplican y acatan, y la segunda mirando a los *actos* por medio de los cuales las normas son producidas, interpretadas, aplicadas y obedecidas.

Como decíamos antes, el desplazamiento de la atención desde la norma jurídica individual al ordenamiento jurídico mejora nuestra percepción y descripción del derecho. Lo propio ocurre, ahora, si la atención se mueve desde el ordenamiento jurídico visto *estáticamente* al ordenamiento jurídico considerado *dinámicamente,* o sea, nuestra comprensión del derecho se amplía en la medida en que fijamos ahora la atención en los procesos mediante los cuales las normas jurídicas son producidas, interpretadas, aplicadas y obedecidas.

A ese doble y sucesivo desplazamiento –de la norma jurídica aislada al ordenamiento jurídico en su conjunto, y del ordenamiento jurídico a los procesos u operaciones por medio de los cuales sus distintas clases o jerarquías de normas son producidas, aplicadas, interpretadas y obedecidas– se refiere, sin ir más

lejos, el título dado al primero de los apartados de este capítulo sobre el razonamiento jurídico, puesto que puede ser constatado que quienes tienen a su cargo esos procesos –legisladores, jueces, juristas, abogados y sujetos imperados por el ordenamiento jurídico de que se trate– llevan a cabo algún tipo de razonamiento con ocasión de los mismos –un razonamiento al que, por lo mismo, podemos llamar "razonamiento jurídico"–, y cuya debida inteligencia por parte de la teoría o filosofía del derecho vuelve a ampliar y a mejorar nuestra comprensión del fenómeno jurídico.

Es más, la teoría jurídica de nuestro tiempo, al revés de la que bajo ese nombre u otro equivalente se practicó en la primera parte del siglo XX, parece concentrar su interés no en la norma jurídica aislada ni en el ordenamiento jurídico en estado de reposo, sino en el ordenamiento jurídico en movimiento, vale decir, en los procesos de producción, aplicación, interpretación y acatamiento de las normas.

Hemos pasado así de la estática a la dinámica jurídica, de la pregunta acerca de qué da o confiere validez a las normas que forman un mismo ordenamiento a la de cómo se producen, aplican, interpretan y obedecen las normas válidas del ordenamiento; de las normas que rigen determinadas conductas al examen de las conductas que, reguladas por normas, hacen uso de éstas en los procesos antes señalados.

Sin embargo, un desplazamiento como ese no debe ser visto como un cambio de morada de la filosofía o teoría del derecho, sino como un recorrido en la comprensión del derecho que va concentrando su interés, antes alternada que sucesivamente, en distintos aspectos del fenómeno jurídico.

Alternada antes que sucesivamente –decimos–, porque ya comprobaremos más adelante cómo el examen de los cuatro procesos de la dinámica jurídica que hemos mencionado reiteradamente aquí nos remite a la consideración de las normas jurídicas, a la cuestión del peso de éstas en los razonamientos que llevan a cabo quienes tienen a su cargo esos mismos cuatro procesos, puesto que –como también hemos dicho– se trata de procesos que se hallan regulados por normas y otros estándares.

Fijémonos, además, en lo siguiente: tras cada uno de tales procesos es posible advertir la presencia de lo que se llama "ope-

radores jurídicos", es decir, órganos y personas a quienes el propio ordenamiento jurídico otorga competencia para producir, aplicar e interpretar normas jurídicas. Entre tales operadores se cuentan, entonces, legisladores, jueces y funcionarios de la administración, pero también los sujetos de derecho, puesto que estos últimos, por intermedio de los actos jurídicos que otorgan y de los contratos que celebran, intervienen igualmente en la producción, aplicación e interpretación del derecho. Del mismo modo, entre tales operadores jurídicos se cuentan juristas y abogados, quienes no intervienen directamente en la producción del derecho, aunque sí llevan a cabo tareas regulares de interpretación del derecho que tienen un impacto en las labores de aplicación y producción normativa que corresponden a legisladores, jueces y funcionarios de la administración.

Por su parte, no hay que olvidar que los sujetos imperados por el ordenamiento jurídico, junto con estar en situación de intervenir en la producción del derecho, son los destinatarios o sujetos normativos que debe acatar las normas que producen las autoridades normativas que consagra el respectivo ordenamiento, y es por este motivo, entonces, que incluimos el acatamiento u obedecimiento de las normas entre los procesos que aparecen a la vista, junto a los de producción, interpretación y aplicación de ellas, cuando se adopta la perspectiva de una teoría dinámica del derecho.

En otras palabras: los sujetos de derecho interesan para estos efectos en cuanto producen normas en el ámbito de creación normativa que el propio ordenamiento jurídico reserva para ellos, pero interesan también en cuanto acatan o dejan de acatar las normas que provienen de las autoridades normativas (legisladores, jueces, funcionarios de la administración), es decir, interesan tanto en cuanto producen determinadas normas y en cuanto sus comportamientos colaboran a la eficacia o ineficacia de otras normas del ordenamiento.

Todos los procesos antes señalados conducen a la cuestión que ahora nos ocupa –el razonamiento jurídico–, porque en tales procesos los operadores o actores a cargo de los mismos razonan, es decir, discurren y enlazan proposiciones que, puestas de determinadas maneras, de unas de ellas (las premisas) se siguen otras (las conclusiones).

Ello es bastante evidente en el caso de los jueces y es quizás por esto que la filosofía y la teoría del derecho, a la hora de analizar el razonamiento jurídico, han privilegiado como objeto de atención y conocimiento al razonamiento judicial, es decir, a aquel que llevan a cabo los jueces con motivo del ejercicio de la función jurisdiccional que por mandato constitucional les está encomendada. Por cierto que otra razón para mirar de preferencia al razonamiento judicial puede encontrarse en la convicción –consciente o no– de que a fin de cuentas son los jueces quienes dicen qué es el derecho al interior de una comunidad, y que el derecho legislado y consuetudinario preexistente al caso que el juez debe resolver, con ser también derecho, se asemeja más bien a *ingredientes* que el juez debe considerar al momento de tramitar y fallar ese asunto, lo cual no excluye que otros ingredientes puedan concurrir también, explícita o subrepticiamente, a la preparación del fallo.

Con esa analogía no se trata de sugerir una visión gastronómica de la función jurisdiccional en la que el juez aparezca como un gran chef, o acaso como un modesto cocinero, que en una fase importante de su tarea selecciona los ingredientes de la preparación que le ha sido pedida, sino de llamar la atención sobre el hecho de que el derecho preexistente al caso no es el único antecedente que los jueces tienen de hecho en cuenta al momento de acordar un procedimiento al asunto sometido a su conocimiento ni al de dar a éste una determinada solución.

Por otra parte, y en la medida que los casos jurídicamente relevantes llegan a sede judicial donde hay siempre una última instancia que resuelve sin ulterior recurso, la argumentación jurídica, a diferencia de lo que ocurre con la argumentación que tiene lugar en otros campos, posee siempre un punto de término. Esto ha sido bien explicado por Manuel Atienza cuando dice que "mientras en la ciencia y en la filosofía –sobre todo, en la filosofía– las discusiones pueden proseguir indefinidamente, esto es, el proceso de argumentación es un proceso abierto, en el sentido de que no hay ninguna autoridad que tenga la última palabra, en el Derecho la argumentación está, en diversos sentidos, limitada y, en particular, existen instituciones –los órganos de última instancia– que ponen punto y final a la discusión". En todo caso, cabe advertir que ello ocurre de ese modo debido a

que las instituciones jurídicas no están llamadas a aumentar nuestro conocimiento, sino a adoptar decisiones que resuelvan determinados asuntos, lo cual no quiere decir que las decisiones definitivas que toma un órgano de última instancia tengan que ser certificadas como verdaderas y ni siquiera como correctas.

Por esos u otros motivos, el *razonamiento judicial* ocupa una posición muy destacada en el tema más amplio del *razonamiento jurídico* y concentra hoy una atención teórica quizás excesiva si se la compara con otras modalidades del razonamiento jurídico, por ejemplo, el que llevan a cabo los legisladores cuando interpretan y aplican normas de jerarquía constitucional con el fin de producir leyes, o el que realizan los juristas, con fines de conocimiento del derecho, a propósito de las funciones que cumple la dogmática jurídica. Tanta es esa atención que no faltan quienes afirman que el paradigma de la decisión jurídica es la decisión judicial, de donde se sigue que el paradigma del razonamiento jurídico sería también el razonamiento judicial.

Pero antes de acceder a las distintas modalidades del razonamiento jurídico y de establecer qué tienen de común y qué de diferente, conviene llamar la atención acerca de que el razonamiento judicial no agota por cierto al razonamiento jurídico.

Como conviene llamar también la atención acerca de algunos conceptos previos, tales como "razón", "razonar" y "razonamiento", que nos puedan orientar en nuestro propósito de decir qué es el razonamiento jurídico y cuáles son sus distintas modalidades.

II. Razón, razonar y razonamiento. ¿Razonar o argumentar? Razonamiento teórico y razonamiento práctico. ¿Es lo mismo razonamiento práctico que razonamiento moral?

Llamamos "razón" a una cierta capacidad que el hombre tiene para discurrir, o sea, para desarrollar un estado mental que pueda explicar una creencia, apoyar un deseo, dar sustento a una preferencia o justificar una acción o decisión cualquiera; aunque también llamamos "razón" o "razones" al resultado que se obtiene de poner en marcha esa capacidad de discurrir. Esto

quiere decir que llamamos "razón" tanto a la capacidad de producir ciertos argumentos o demostraciones como a los propios argumentos y demostraciones que resultan luego de haber utilizado esa capacidad.

En el primero de esos dos sentidos, o sea, como capacidad de discurrir, aparece empleada la palabra "razón" cuando decimos "El hombre es un ser dotado de razón". En cambio, se usa la palabra "razón" en el segundo sentido cuando decimos "Pedro tuvo razón para actuar del modo que lo hizo".

Ahora bien, "razonar" es un verbo que designa una acción que es algo más que discurrir. Razonar es discurrir, sí, pero manifestando lo que se discurre; o sea, "razonar" es también exponer, aducir razones, no meramente tenerlas o llegar a ellas, lo cual tiene importancia en el caso del razonamiento jurídico, especialmente en el del razonamiento judicial, puesto que los jueces se encuentran obligados a algo más que a discurrir, a algo más que a llegar a tener razones en favor de lo que deciden. Ellos están obligados a aducir tales razones, a expresarlas, a comunicarlas, a hacerlas públicas y a someterlas de ese modo a un control igualmente público.

En otras palabras, si los jueces deben razonar, en el sentido de "discurrir", deben también razonar en el sentido ahora de "argumentar". Discurrir razones puede ser un proceso interior que quede aislado de toda comunicación; en cambio, argumentar razones importa comunicar las razones que se tienen o a las que se ha llegado.

En un alcance como ese vemos fundamento para distinguir entre "razonar" y "argumentar". La primera de esas palabras, en tanto designe un proceso puramente interior del sujeto, no conlleva la segunda, es decir, se puede razonar sin argumentar, o, si se prefiere, se puede tener razones y no comunicarlas. En cambio, la segunda de tales palabras, en cuanto designa la acción de comunicar razones previamente discurridas por el sujeto, llevaría implícita la primera.

En el ámbito del derecho se habla de *razonar* y de *argumentar* jurídicamente como si ambas expresiones significaran lo mismo. No hay inconveniente, creo yo, para utilizarlas indistintamente, vale decir, como expresiones sinónimas, si es que a la primera de ellas –"razonar"– se le da el alcance más amplio que fue se-

ñalado antes, a saber, si se la considera como la acción de *discurrir* y de *dar* u *ofrecer* razones y no meramente como la acción de discurrir. Porque cuando a la acción de discurrir razones se suma la de aducir éstas, exponerlas, compartirlas, estamos ya en el terreno de la argumentación.

Nadie argumenta de cara a su fuero interno, sino ante algún tipo de auditorio externo formado por otros que el que argumenta. Se argumenta en medio de un cierto foro o audiencia que permanece relativamente atento a los argumentos que son el resultado de la argumentación que se le ofrece.

Si "razonar" se entiende restrictivamente, o sea, como la mera acción de discurrir o producir internamente razones para algo, "razonar" no es lo mismo que argumentar. Pero si "razonar" se entiende en el sentido amplio de *discurrir* razones y *comunicarlas,* entonces "razonar" es lo mismo que argumentar. "Razonar" como pura y simple deliberación no es lo mismo que argumentar; pero "razonar" como expresión de lo que se ha deliberado es lo mismo que argumentar.

Aplicado lo anterior al ámbito jurídico, podríamos decir que ni el legislador ni el juez razonan de cara a un auditorio interno –el propio legislador y el propio juez–, sino que razonan ante un auditorio externo que pide razones y que se interesa por evaluarlas. Como dice Antonio Hernández Gil, el derecho no sólo surge "con o como lenguaje", sino que el lenguaje es también la base de sustentación indispensable a la hora de razonar –argumentar– en contextos jurídicos. Porque, "¿de qué otro modo, sino por el lenguaje –como dice Guibourg– advertimos el afán de justificación de los hombres?".

De este modo, argumentar es una acción que efectuamos por medio del lenguaje, de donde se sigue que una de las funciones del lenguaje es argumentar, o sea –como dice Atienza– "producir razones a favor de lo que decimos, mostrar qué razones son pertinentes y por qué, rebatir otras razones que justificarían una conclusión distinta, etc.".

Pasemos ahora a la palabra "razonamiento", que designa la acción y el efecto de razonar, esto es, se trata de una operación que consiste en discurrir y dar razones. Así, un razonamiento es una serie ordenada de conceptos destinados a demostrar una cosa, a persuadir a otro, a dar base suficiente a una preferencia

o decisión cualquiera. Es, como dice Manuel Atienza, "un encadenamiento de proposiciones, puestas de tal manera que de unas de ellas (las premisas) se siguen otras (las conclusiones)".

De aquí en adelante, por lo mismo, vamos a emplear indistintamente las expresiones "razonamiento" y "argumentación", puesto que cuando empleemos la primera de ellas lo haremos en el sentido *amplio* de la misma, esto es, no sólo como discurrir razones, sino como *discurrir* y *ofrecer* razones a otro. Del mismo modo, emplearemos indistintamente las expresiones "razonamiento jurídico" y "argumentación jurídica".

Pero tenemos varias preguntas por delante que responder, a saber, ¿qué significa argumentar?; ¿qué significa argumentar teóricamente y qué razonar prácticamente?; ¿significa lo mismo razonamiento práctico que razonamiento moral?; ¿qué significa razonar jurídicamente?; ¿qué tipo de razonamiento –teórico o práctico– es el razonamiento jurídico?; ¿qué significa que la argumentación jurídica sea un tipo especial de argumentación práctica?; y, por último, ¿transforma en razonamiento moral al razonamiento jurídico el hecho de que este último sea una clase especial de argumentación práctica?

Pienso que hasta ahora tenemos contestada apenas la primera de esas preguntas, a saber, la que inquiere acerca de qué significa razonar o argumentar. Si ello es así, pasemos a la segunda de las preguntas: la que inquiere sobre qué significa razonar teóricamente y qué razonar prácticamente.

Razonamiento *teórico* es aquel que consiste en la acción y efecto de discurrir con el propósito de demostrar la *verdad* de una cosa, por ejemplo, de una proposición cualquiera. En cuanto al razonamiento *práctico,* consiste en la acción y efecto de razonar con el propósito de obtener y de ofrecer no una demostración, sino la *justificación* de alguna decisión que adoptemos o de alguna acción que emprendemos.

Porque contamos con una *razón teórica,* esto es, con una capacidad de discurrir en torno a la verdad, existe también un *razonamiento teórico,* que consiste tanto en la acción de poner en marcha esa capacidad como en el efecto que conseguimos de ello. Y porque contamos con una *razón práctica,* esto es, con una capacidad de discurrir en torno a la corrección de comportamientos, decisiones y opciones, existe también un *razonamiento*

práctico, que consiste, por su parte, en la acción y efecto de poner en marcha esa capacidad.

En cuanto al razonamiento teórico, el hombre es el único animal interesado en conocer y captar la verdad de las cosas, lo cual puede hacer en uso de su razón teórica o de su conciencia cognoscente. Pero el hombre es también el único ser vivo que busca justificar sus acciones, lo cual puede hacer en uso de su razón práctica o de su conciencia valorativa. Respecto del razonamiento práctico, el hombre asume que sus acciones pueden tener no sólo *motivos* que las expliquen, sino también *razones* que las justifiquen tanto a los propios ojos de quien ejecuta esas acciones como de los demás.

Sobre el particular, vale la pena insertar aquí las palabras de Rodolfo Luis Vigo: "ya la filosofía griega marcó como un clasificador radical, primitivo y general de todo saber y razonamiento el ser teórico o práctico". Y agrega, todavía, lo siguiente: "en las últimas décadas se escucha, proveniente desde muy diversos sitios, el reclamo por rehabilitar a la razón práctica, sin complejos cientificistas, centrada en dirigir, aconsejar o valorar el comportamiento humano".

En consecuencia, el razonamiento *práctico* se llama de ese modo no porque sea útil ni simple, sino porque concierne o se refiere al comportamiento, a la acción humana, a la vida activa de las personas.

Siguiendo en esto a R. Edgley, existe una diferencia importante entre las cuestiones prácticas y las teóricas. Las preguntas teóricas son del tipo "¿De qué se trata?", mientras que las de carácter práctico son del tipo "¿Qué hacer?". En otras palabras, apoyados en nuestra razón podemos elaborar no sólo lo que *es* (razonamiento teórico), sino también lo que *debe ser* (razonamiento práctico).

Con todo, cabe consignar que el razonamiento práctico, si bien fue uno de los mejores descubrimiento de Aristóteles, "su carácter genuino ha quedado oscurecido" –como dice G. E. M. Anscombe–, o, en palabras ahora de Joseph Raz, es preciso reconocer que "el concepto de razonamiento práctico como campo unificado de la investigación filosófica aún no se encuentra firmemente establecido y los contornos de sus problemas están lejos de haber obtenido un consenso general". "¿Cuáles son las

normas de validez en la inferencia práctica?", se pregunta por su parte A. J. P. Kenny, y responde: "No es fácil decir esto".

Algunos ejemplos pueden venir en nuestro auxilio. Así, un caso de razonamiento teórico es el ya clásico acerca de Sócrates como individuo mortal, el cual se construye de la siguiente manera: "Todos los hombres son mortales; Sócrates es hombre; Sócrates es mortal". Este es un típico razonamiento que nos ayuda a conocer la realidad y a certificar una determinada proposición como verdadera. Sí, Sócrates es mortal, porque así se infiere de su condición de hombre y del hecho de que todos los hombres sean efectivamente mortales.

Por su lado, un caso de razonamiento práctico es el siguiente: "Los alimentos secos convienen a todo ser humano; este es un alimento seco y yo soy humano; este alimento me conviene". Como se ve, en este caso, se trata de un razonamiento que nos ayuda a tomar una decisión respecto de nuestra alimentación, aunque queda siempre abierta la posibilidad de que la tomemos realmente o no, es decir, queda abierta la posibilidad de que en el hecho ingeramos o no ese alimento que se muestra conveniente para nosotros.

Tal como indica Raz, "las inferencias prácticas difieren de las teóricas por estar abiertas en algún sentido especial". El razonamiento práctico procede de premisas que indican que cierta acción –como ingerir frutos secos, por ejemplo– "tiene determinadas características de deseabilidad para tal acción misma. Pero la acción no es *entrañada* ni hecha inevitable por las premisas. El agente puede no desear esa acción, pese a su deseabilidad". En otras palabras: en el razonamiento práctico las razones (las dos premisas del ejemplo antes señalado) hacen inevitable la *conclusión*, pero tales razones no hacen inevitable la *acción*.

Así las cosas, la inferencia práctica trata acerca de cómo alcanzar objetivos satisfactorios –por ejemplo, tener un buen estado de salud merced a una alimentación adecuada–, pero no asegura por sí sola los pasos necesarios para lograr esos objetivos (por ejemplo, comer efectivamente los frutos secos).

Si nos desplazamos ahora hacia la pregunta que inquiere acerca de si el razonamiento práctico es lo mismo que razonamiento moral, habría que decir que ello dependerá del alcance que en este contexto demos a la palabra "moral".

Si se utiliza esa palabra en un sentido amplio, vale decir, como lo concerniente a los comportamientos humanos correctos desde el punto de vista de cualquier estándar o sistema normativo, a saber, por ejemplo, usos sociales, derecho y moral en sentido estricto, razonamiento práctico es lo mismo que razonamiento moral. En cambio, si la palabra "moral" se emplea para aludir a un estándar o sistema normativo específico, y por tanto, diferenciado del derecho y de los usos sociales, razonamiento práctico no es lo mismo que razonamiento moral, puesto que en este caso el razonamiento moral sería sólo un tipo o clase de razonamiento práctico. En este cuadro de ideas, por lo mismo que el razonamiento jurídico sea en ciertos casos una clase de razonamiento práctico no lo transforma en un tipo especial de razonamiento moral.

III. El razonamiento jurídico. ¿Razonamiento jurídico o razonamiento legal? Los distintos campos y agentes del razonamiento jurídico. ¿Es teórico o práctico el razonamiento jurídico? La autonomía del razonamiento jurídico y la distinta situación de legisladores y de jueces

Avancemos ahora hacia la siguiente de las preguntas que dejamos esbozadas antes, a saber, qué es el razonamiento jurídico.

Razonamiento jurídico es el que concierne al derecho, es decir, aquel que se produce en contextos jurídicos, o –por decirlo con palabras de Roberto Alexy– aquel que "se caracteriza por la vinculatoriedad, como quiera que deba determinarse, al Derecho vigente".

En consecuencia, hablamos de razonamiento *jurídico,* y no de razonamiento *legal,* puesto que aquel tiene lugar en contexto de *derecho,* no solamente de *ley,* y nadie ignora que hablar de "contexto de derecho" es mucho más amplio que hacerlo de "contexto de ley". La ley, si bien la más importante y la que en mayor medida contribuye a la densidad de un ordenamiento jurídico, es sólo una de las fuentes de producción y manifestación del derecho.

Si nos detenemos en la expresión de Alexy "derecho vigente", cabría preguntarse qué significan allí "derecho" y "vigente". La cuestión tiene importancia –reiteramos– porque la argumentación jurídica es aquella que tiene lugar vinculada al derecho vigente.

"Derecho" significa allí el ordenamiento jurídico en cuyo marco tiene lugar la argumentación jurídica y dentro de cuyos límites es posible también juzgar sobre la corrección de las conclusiones a que dicha argumentación conduzca.

Por lo demás, al decir "derecho" no aludimos únicamente a las normas del ordenamiento de que se trate, sino, asimismo, a los distintos enunciados que también lo componen sin ser normas, tales como aquellos que definen conceptos, otorgan competencia para introducir nuevas normas, interpretan normas o derogan normas del ordenamiento. También, al decir "derecho" comprendemos aquellos estándares que no son normas, o que al menos no funcionan como normas, tales como principios y valores, que tienen un peso importante en el razonamiento jurídico. En el caso de los principios, nos referimos a aquellos que subyacen al propio ordenamiento jurídico, o que éste patentiza de algún modo, y en el caso de los valores nos referimos también a aquellos que de manera explícita consagra el propio ordenamiento jurídico bajo ese nombre –por ejemplo, libertad, igualdad, etc.– y a los que se consideren valores o fines permanentes de todo ordenamiento jurídico, tales como orden, seguridad y paz.

Fijando ahora la atención en la palabra "vigente", cabe preguntarse si el derecho a que se vincula todo razonamiento jurídico es el derecho válido, el derecho eficaz o el derecho válido que es también eficaz. La pregunta tiene sentido porque en todo ordenamiento jurídico hay normas válidas que no son eficaces, como pueden haber también normas eficaces, esto es, que se observan de hecho, pero que no responden a los criterios que para la validez de sus normas haya establecido el respectivo ordenamiento jurídico.

Pero es preciso poner en claro una cosa antes de pasar a la pregunta siguiente, es decir, a aquella que interroga acerca de si el razonamiento jurídico es teórico o práctico.

Lo que se requiere poner en claro es que el llamado razonamiento jurídico se produce en distintos campos, a saber, el

del que está llamado a conocer y difundir el derecho en sede científica (el jurista); el del que está convocado a conocer y manejar el derecho para hacerlo valer, a petición de partes o de personas interesadas, ante instancias jurisdiccionales y administrativas (abogado); el del que está llamado preferentemente a producir el derecho (el legislador); el de quienes están llamados preferentemente a aplicar el derecho (jueces y funcionarios de la administración); el de quienes están llamados a acatar el derecho, sin perjuicio de que tengan también una esfera reservada para la producción del derecho (los sujetos imperados); y el de quienes intervienen en instancias de solución alternativa de conflictos (mediadores y otros).

Una identificación como esa pone de manifiesto los distintos ámbitos jurídicos en los que tiene lugar el razonamiento de este mismo tipo y descubre a los diferentes agentes u operadores de la argumentación jurídica = juristas, abogados, legisladores, jueces, funcionarios de la administración, sujetos imperados y mediadores.

Todos ellos razonan jurídicamente, y si muchas veces el tema de la argumentación jurídica se restringe al de la argumentación judicial, ello es producto –entre otros motivos– de que en nuestro tiempo el paradigma de la decisión jurídica no sea la decisión legislativa, sino la decisión judicial.

Como advierte Robert Alexy, "la argumentación jurídica se concibe a tal efecto como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes como, por ejemplo, el proceso y la discusión científico-jurídica". Así, "hay tipos totalmente distintos de discusiones jurídicas", y se pueden distinguir "las discusiones de la ciencia jurídica, las deliberaciones de los jueces, los debates ante los tribunales, el tratamiento de cuestiones jurídicas en los órganos legislativos, en comisiones y comités, la discusión de cuestiones jurídicas (por ejemplo, entre estudiantes, entre abogados y entre juristas de la administración o de empresas, así como la discusión sobre problemas jurídicos en los medios de comunicación en que aparezcan argumentos jurídicos).

En todo caso, y si bien hay tanto conexiones como diferencias entre todas esas diversas situaciones mencionadas por Alexy, "el aspecto común más importante consiste en que en

todas las formas (al menos en parte) se argumenta *jurídicamente*", es decir, con vinculación a lo que antes llamamos "derecho vigente".

Mención adicional y aparte merece ese ámbito de la argumentación jurídica, cada vez en mayor expansión, que se conoce con el nombre de "solución alternativa de conflictos" o "solución extrajurisdiccional de conflictos". La mediación, la conciliación y el arbitraje son actividades jurídicas que también dan lugar al razonamiento y a la argumentación jurídica, y es preciso tenerlas en cuenta a la hora de identificar todos los ámbitos o situaciones en los que dicha argumentación tiene lugar.

En las diferentes formas de argumentación jurídica –dice Alexy–, "la amplitud y los tipos de limitaciones son muy distintos". Según el autor, "la más libre es la discusión en la ciencia jurídica". En cambio, "en el proceso se dan las mayores limitaciones", puesto que los roles están desigualmente distribuidos, la participación del acusado no es voluntaria y el procedimiento de discusión, junto con hallarse temporalmente limitado, se encuentra regulado por medio de reglas procesales y de normas que determinan el peso o valor de las pruebas que rindan las partes. Además, lo que las partes buscan, por lo demás, no es una sentencia correcta o justa, sino una sentencia que sea ventajosa para sus intereses o pretensiones.

"El científico no tiene ni el poder ni la obligación de tomar una decisión –observa Aulis Aarnio–, ni tampoco la responsabilidad que pesa sobre el juez en virtud de su cargo. El científico puede olvidarse del problema por un tiempo si no logra una solución satisfactoria con los argumentos disponibles."

Por su parte, Manuel Atienza "distingue tres campos de lo jurídico en los cuales se efectúan argumentaciones". El primero es el de la *producción* o *establecimiento* de normas jurídicas, es decir, aquel en que la acción corresponde al legislador. El siguiente es el de la *aplicación* de normas jurídicas, que es llevado a cabo por jueces en sentido estricto y, a veces, por órganos de la administración. El tercer ámbito es la *dogmática jurídica,* una actividad que cumple las funciones que tuvimos ocasión de precisar en el acápite final del Capítulo II de este libro.

Si se observa la distinción de campos propuesta por Atienza habría que tener cuidado con lo siguiente: si bien el legislador

produce derecho (leyes), también lo es que aplica normas jurídicas de una jerarquía superior (constitución). Por su parte, si bien es cierto que el juez y determinados órganos administrativos aplican derecho (normas jurídicas abstractas y generales que regulan géneros de casos o de situaciones), también lo es que producen derecho (normas jurídicas individuales que limitan su validez al caso o asunto de que se trate). Es por eso que al identificar a los legisladores como una clase de personas que razonan jurídicamente en el ámbito que le es propio, dijimos de ellos que "están llamados *preferentemente* a producir derecho", mientras que tratándose de los jueces dijimos que "están llamados *preferentemente* a aplicar el derecho".

En todo caso, es conveniente tener en claro un mapa de los distintos campos o sectores en los que la argumentación jurídica tiene lugar, así como de quiénes son los que llevan adelante las argumentaciones en cada uno de ellos.

En cuanto a lo primero, el auténtico objeto de una teoría de la argumentación jurídica tendrían que ser todos esos ámbitos en los que tiene lugar una argumentación de ese tipo y no únicamente el que concierne al foro en que se produce la aplicación del derecho por parte de los jueces.

En cuanto a lo segundo, tales agentes son naturalmente los juristas, los legisladores, los jueces, determinados órganos administrativos, el gobierno, los órganos o personas encargadas de los distintos sistemas de solución alternativa de conflictos, y los propios sujetos imperados por el derecho.

Una individualización como esa debe ser tenida a la vista cuando, acto seguido, nos preguntemos acerca de la índole *teórica* o *práctica* del razonamiento jurídico, puesto que la respuesta a una pregunta como esa va a depender de la forma o modalidad de razonamiento jurídico de que se trate y del agente u operador jurídico a cargo de ella. Así las cosas, el razonamiento jurídico de la ciencia jurídica, es decir, aquel que llevan a cabo los juristas, es de índole teórica, mientras que el razonamiento jurídico judicial, que llevan a cabo los jueces, es de carácter práctico.

Tenemos entonces lo siguiente: el razonamiento jurídico es una clase especial de razonamiento. En consecuencia, y lo mismo que en el caso de la interpretación, explorar en las carac-

terísticas del razonamiento en general puede ayudar a comprender mejor la índole del razonamiento jurídico en particular. En otras palabras, si comparando y contrastando la interpretación del derecho con la que se lleva a cabo en otras actividades humanas –por ejemplo, el arte, la literatura, la música– es posible entender qué tiene de común y a la par de específica la interpretación jurídica respecto de la que se lleva a cabo en esos otros ámbitos, comparando y contrastando la argumentación jurídica con la argumentación que tiene lugar en otros campos –por ejemplo, la ciencia, la política, la moral–, es posible entender también qué tiene de común y a la vez de específica la argumentación jurídica respecto de la que tiene lugar en esos otros ámbitos.

Pero si el razonamiento jurídico es una clase especial de razonamiento, ¿se trata de una clase especial de razonamiento *teórico* o de razonamiento *práctico?*

El razonamiento jurídico de los juristas es una clase especial de razonamiento teórico, puesto que tiene la pretensión de establecer verdades jurídicas, esto es, enuncia proposiciones de las que tiene sentido preguntarse si son verdaderas o falsas. En cambio, el razonamiento jurídico de los legisladores, y desde luego también el de los jueces, es una clase de razonamiento práctico, puesto que se haya orientado a adoptar decisiones normativas (leyes, sentencias) de las que no tiene sentido preguntarse si son verdaderas o falsas, aunque sí si están ellas justificadas o no.

Lo anterior es efecto de que el razonamiento teórico, o *demostrativo,* es un ejercicio mental y lingüístico ordenado a lo que *es,* mientras que el razonamiento práctico, o *justificativo,* es un ejercicio acerca de lo que *debe ser* en determinadas circunstancias.

Sin embargo –y concentrándonos en el razonamiento de la ciencia jurídica, por un lado, y en el de la judicatura, por el otro–, el razonamiento jurídico de tipo teórico de los juristas tiene normalmente efectos en el razonamiento jurídico de carácter práctico de los jueces, puesto que las soluciones certificadas por los juristas como verdaderas desde un punto de vista teórico, influyen y juegan un papel importante en las resoluciones que adoptan los jueces. Como indica a este respecto Manuel Atienza, "la dogmática jurídica es una actividad compleja que desarrolla diversas funciones: una de ellas es suministrar criterios o argumen-

tos para la aplicación del derecho en las diversas instancias en que esto tiene lugar".

Recíprocamente, el razonamiento jurídico de tipo práctico de los jueces, especialmente cuando adquiere una cierta estabilidad en sus argumentos y criterios, o sea, cuando podemos hablar de jurisprudencia de los tribunales, impacta también en el razonamiento jurídico teórico de los juristas, puesto que éstos suelen estar atentos a las decisiones de los jueces no sólo para mejorar sus cálculos de probabilidades de decisión por parte de los jueces, sino también para contrastar y guiar sus proposiciones cognoscitivas acerca del derecho vigente aplicable al caso de que se trate.

Entonces, podríamos dejar establecido que el *razonamiento jurídico* es una clase especial de razonamiento, que puede ser teórico o práctico según el ámbito de que se trate y el agente u operador que lo lleve a cabo, pero que cuando tiene carácter teórico ello no excluye la posibilidad de producir efectos prácticos, lo mismo que cuando tiene carácter práctico no excluye la posibilidad de llegar a producir consecuencias teóricas.

A su vez, el hecho de que el razonamiento jurídico sea práctico en determinados casos (legisladores, jueces, órganos administrativos), no transforma a ese razonamiento en un tipo especial de razonamiento moral. Puesto que, utilizada la palabra "moral" en el sentido estricto que dejamos fijado hace un instante, la circunstancia de ser el razonamiento moral un razonamiento práctico no transforma al razonamiento jurídico práctico en un razonamiento moral.

En la justificación de decisiones jurídicas –por ejemplo, de legisladores, jueces y órganos administrativos– pueden emplearse a veces normas y principios morales, lo cual es bien patente cada vez que el propio derecho preexistente a la decisión normativa de que se trate remite al legislador, al juez o al funcionario público a directivas o a conceptos de orden moral; pero de ello no se sigue que dicha justificación implique necesariamente el uso de normas y de criterios morales. De este modo, el razonamiento jurídico puede no ser extraño ni refractario al razonamiento moral en un caso o situación dada, pero goza de una autonomía respecto de éste. Cuando las fuentes del derecho –por ejemplo, la constitución o una ley cualquiera– se remiten

a la moral, "entonces es verdadero –como apunta Fernando Atria– que razonar de acuerdo al derecho es más que razonar sobre el derecho". Con todo, ese hecho "no es suficiente para sostener la tesis de que el razonamiento jurídico *es* razonamiento moral, así como el hecho de que algunas veces los ingenieros deban tomar en cuenta consideraciones estéticas no hace del 'razonamiento ingenieril' razonamiento estético sin más".

Lo anterior vale la pena de ser destacado, puesto que la apelación por el propio derecho a conceptos morales que deben orientar determinadas decisiones jurídicas, ya sean del legislador o del juez, se ha visto potenciada por el así llamado "Estado constitucional", según tuvimos oportunidad de ver en el Capítulo de este libro relativo al positivismo jurídico.

El razonamiento jurídico, en suma, es en determinadas situaciones un caso especial de razonamiento práctico general, puesto que concierne a acciones y a decisiones que pueden ser evaluadas y discutidas desde el punto de vista de su corrección o justificación. Pero esta circunstancia, a nuestro juicio, no transforma al razonamiento jurídico práctico en una especie de razonamiento moral.

Sin embargo, nos parece que hay una diferencia a este respecto entre el legislador y el juez.

Cuando el legislador razona y discurre con vistas a establecer el derecho, piensa ante todo en el derecho que debe ser, o sea, imagina el mejor derecho (que aún no existe) que él pueda producir. En tal sentido, su razonamiento jurídico es, en buena medida, razonamiento moral, es decir, problematización y búsqueda del derecho que debe ser, de las normas que deben ser establecidas.

En cambio, cuando el juez razona con vistas a establecer el derecho en un caso dado, piensa, ante todo, en el derecho que es, en el derecho previamente dado en relación con el caso de que se trata, y, en consecuencia, su razonamiento es en tal sentido más jurídico que moral. Lo que el juez problematiza y busca es el derecho que es, el derecho preexistente al caso, y procura que el derecho que él declare sea el que ese derecho previó para el caso en cuestión.

Según nos parece, ello no es sino producto de que si bien tanto el legislador como el juez producen y a la vez aplican derecho, tratándose del primero el énfasis está puesto en la fun-

ción de *producir* derecho, en tanto que en el caso del juez lo que se enfatiza es la función de *aplicar* el derecho.

Sobre el juez, que está llamado a producir normas jurídicas concretas y singulares, pesa indudablemente un mayor número, variedad y densidad de fuentes jurídicas que él debe aplicar y que en la mayoría de los casos determinan, dentro de ciertos límites, el contenido mismo que el juez debe dar a su fallo.

En cambio, la constitución no preestablece cuál deba ser el contenido de las leyes que aprueba el legislador, sino que consagra el procedimiento para discutirlas y aprobarlas y ciertos límites en cuanto al contenido de que el legislador puede dotarlas.

El razonamiento jurídico de los legisladores es menos autónomo del razonamiento moral que el razonamiento jurídico de los jueces. Así, es muy distinto el tenor y el tono de una exposición de motivos en un mensaje del Ejecutivo o en una moción parlamentaria –en las que se dan razones a favor de un derecho proyectado, es decir, a favor de un derecho que debe ser y que todavía no es derecho válido–, que el tenor y el tono de las partes expositiva y considerativa de un fallo judicial. En un caso, se trata de dar razones a favor de un derecho que debe ser, que debería ser establecido, mientras que en el otro se ofrecen razones a favor de una decisión normativa que se quiere mostrar como apegada al derecho que es, al derecho previamente establecido en relación con el caso de que se trata.

Con todo, y según será mostrado en el apartado que sigue, la racionalidad ética no es la única que el legislador debe observar, lo cual quiere decir que a la justificación moral de sus decisiones un legislador debe agregar otros criterios que veremos a continuación.

IV. La racionalidad en la ciencia jurídica, en la tarea legislativa y en la función jurisdiccional. Un alcance sobre los abogados y el razonamiento jurídico

Estos son los tres contextos en los que acostumbra plantearse la cuestión del razonamiento jurídico, lo cual equivale a decir que cada vez que se habla de razonamiento jurídico se piensa nor-

malmente en el tipo de razonamiento que llevan adelante los juristas, los legisladores y los jueces.

Todavía más, y por los motivos que consignamos en su momento, la cuestión del razonamiento jurídico suele ser tratada por referencia exclusiva al razonamiento judicial.

Con todo, es preciso no olvidar que hay diferencias entre el razonamiento de los juristas, por un lado, y el de legisladores y jueces, por el otro, como también es menester no olvidar que hay razonamiento jurídico en contextos diferentes de esos tres, a saber, en el del gobierno y los órganos administrativos, en el de las instancias de solución alternativa de conflictos, y en el de los propios sujetos imperados por el derecho.

Además, el razonamiento de los juristas, en el contexto de lo que se llama ciencia jurídica o dogmática jurídica, no es idéntico al que llevan a cabo los abogados en el contexto de sus representaciones, alegaciones y defensas ante tribunales y órganos de la administración.

Dado el auge de los sistemas alternativos de solución de controversias jurídicas, desde los más clásicos del arbitraje y la conciliación al más informal y reservado de la mediación, sería conveniente preguntarse también por las peculiaridades que adopta el razonamiento jurídico en contextos como esos. Especial atención merece el desarrollo de la mediación en ámbitos tan importantes y delicados como la familia, y cuya práctica, junto con exigir la capacitación o entrenamiento de mediadores calificados, permite a las propias partes, como protagonistas del proceso de mediación y de la solución que se convenga, desarrollar razonamientos jurídicos plausibles que orienten esa misma solución. ¿Qué puede haber más propio de un proceso de mediación que dar y recibir razones y que ponderar y pesar tanto las razones propias como ajenas? Como dice acertadamente Atienza, "la teoría estándar de la argumentación jurídica sólo considera el proceso que suele denominarse como 'adjudicación', pero olvida prácticamente por completo que la resolución de problemas jurídicos es, con mucha frecuencia, resultado de una mediación o de una negociación, lo que significa un proceso que no consiste ya simplemente en aplicar normas jurídicas aunque, naturalmente, las normas jurídicas sigan jugando aquí un papel relevante".

Conviene retener, por lo mismo, que "razonamiento" es una palabra más amplia que la expresión "razonamiento práctico"; que "razonamiento práctico" es una expresión más amplia que "razonamiento jurídico"; que "razonamiento jurídico" constituye una expresión más amplia que "razonamiento judicial"; y que la "argumentación jurídica", como tampoco la "argumentación judicial", equivalen o se agotan en la "argumentación interpretativa", puesto que la interpretación de normas y de otros estándares en el derecho es sólo una de las operaciones que tienen que cumplirse en el contexto amplio de la argumentación jurídica y en el más particularizado de la argumentación judicial. En medida importante, la argumentación que se efectúa en contextos jurídicos es una argumentación acerca de hechos.

En lo que se sigue del presente apartado, nos vamos a ocupar únicamente del razonamiento jurídico en los tres ámbitos que fueron señalados en el título que lo encabeza: el de la *ciencia jurídica,* el de la *legislatura* y el de la *función jurisdiccional.*

Al tratar de la argumentación jurídica en el primero de esos tres ámbitos, nos vamos a referir también al razonamiento jurídico de los abogados.

Pero antes de entrar en ellos, dos palabras sobre el poder ejecutivo como sede también de la argumentación jurídica. Si entendemos que ese poder del estado se haya compuesto por el gobierno y por la administración, el primero, además de dirigir a ésta, constituye una sede para el razonamiento jurídico parecida a la *legislatura,* puesto que el gobierno participa activamente en el proceso de formación de las leyes y, a la vez, tiene competencia normativa que ejerce por medio de la potestad reglamentaria y por medio de la potestad legislativa delegada en el caso de los decretos con fuerza de ley.

En cuanto a la administración, ella participa de algunas de las características que tiene la *judicatura* como sede de la argumentación jurídica. Como escribe Francisco Javier Ezquiaga, la administración "no sólo aplica permanentemente derecho, sino que resuelve, motivadamente en muchos casos, conflictos con los ciudadanos como instancia previa a la judicial". En esa medida, "puesto que la actividad de la Administración debe ser motivada en su mayor parte, y puesto que esa motivación debe realizarse siempre por referencia a normas jurídicas, cabría ha-

blar de una argumentación *jurídico-administrativa,* en parte similar pero en parte distinta, de la argumentación *legislativa* y de la argumentación *judicial*".

Es por esas razones que en lo que sigue nos vamos a ocupar solamente del razonamiento jurídico en sede científica, en sede legislativa y en sede judicial.

La dogmática jurídica es una sede o ámbito para el razonamiento jurídico y los juristas son por tanto uno de los agentes u operadores que llevan adelante razonamientos de ese tipo.

El razonamiento jurídico de los juristas es teórico, aunque tiene efectos y aun pretensiones prácticas indudables. El razonamiento de los juristas acerca del derecho reconoce como finalidad primordial aumentar el conocimiento que se tiene del derecho y facilitar la difusión de ese conocimiento. En su trabajo de tal, el jurista no tiene el poder de tomar decisiones jurídicas vinculantes, pero tampoco tiene la obligación de hacerlo. Su labor, en tal sentido, es muy distinta de la que compete al legislador y al juez, quienes sí tienen competencia para producir normas y quienes sí están obligados a ejercer esa competencia.

En cierto modo –como apunta Aarnio–, el científico se encuentra en la posición de un observador. Desde un punto de vista organizativo, legisladores y jueces trabajan dentro del sistema, mientras que "el científico examina las normas jurídicas desde afuera".

Sin embargo, esas diferencias que existen entre la función social del científico del derecho y aquella que corresponde a legisladores y a jueces no debe hacernos olvidar las similitudes que hay entre las tareas de unos y de otros y las recíprocas influencias que se producen a partir de los resultados del trabajo de cada cual. Así, por ejemplo, el jurista trabaja con el mismo sistema de fuentes que el juez y debe proveernos de interpretaciones plausibles de los contenidos de esas fuentes, aunque procediendo para ello –a diferencia del juez– sobre la base de casos típicos y no de casos efectivamente acaecidos.

Sobre la dogmática jurídica o ciencia jurídica en la dimensión *teórica* de la misma –la que desarrollan los juristas o científicos del derecho–, nos remitimos a lo que en su momento fue explicado en el apartado final del Capítulo II. Pero, independientemente del hecho de que la dogmática sea siempre un sa-

ber teórico orientado prácticamente, hay también una dimensión *práctica* de la misma, que es aquella que corre por cuenta de los abogados.

Los abogados, a diferencia de los juristas y de los jueces, buscan resultados jurídicos antes ventajosos que correctos. Les interesa ganar y eso es lo que sus clientes esperan también de ellos. De modo que el razonamiento jurídico de los abogados, si bien tiene lugar dentro del mismo marco de fuentes que deben tener en cuenta los juristas y los jueces, está inevitablemente interferido por los intereses y las expectativas de un cliente más interesado en que le vaya bien a él que al sistema jurídico en su conjunto.

Sobre el particular, conviene revisar la parte del capítulo final de este libro que da cuenta de algunas hipótesis acerca de la cultura jurídica interna en Chile, en especial la que se refiere a los abogados.

Por las razones antes apuntadas, los puntos de vista argumentativos e interpretativos de la dogmática pueden considerarse mejores, "en algún sentido relevante", como dice Aarnio, que las creencias y aseveraciones que resultan de la práctica jurídica normal de los abogados. Por lo mismo, la enseñanza de la dogmática en las facultades de derecho no puede reducirse a información sobre la práctica jurídica normal. La dogmática sistematiza el derecho vigente y está guiada por una actitud científica que no es dable exigir a los abogados, por mucho que estos actúen en ocasiones bajo el influjo de una actitud semejante. "Una actitud científica –escribe Aarnio– es algo diferente de la habilidad profesional para llevar a cabo en la práctica algunas tareas técnicas". El abogado no crea necesariamente teoría con sus opiniones y éstas son casi siempre el fruto de una comprensión y aplicación del derecho a un caso o situación individual en el que el interés preferente para el profesional son los derechos y deberes de su cliente.

A Antonio Hernández Gil debemos un excelente libro sobre *El abogado y el razonamiento jurídico,* y no es inadecuado el punto de vista que adopta el autor para poner de manifiesto la inexcusable y perentoria necesidad de razonar y argumentar que tiene todo abogado, especialmente aquel que interviene en asuntos contenciosos. Ese punto de vista tiene que ver

con esa suerte de entrega a los demás que lleva a cabo el abogado. Una entrega siempre a "otro", porque "otro" es quien lo necesita, "otro" es también el que se le opone, y "otro", en fin, el que juzga y decide.

Ante ese otro que lo necesita –su cliente–, ante ese otro que se le opone –el abogado de la contraparte–, y ante ese otro que juzga y decide –el juez–, el abogado está siempre necesitado de argumentar jurídicamente.

Ante su cliente, para mostrarle bien cuáles son sus derechos, sus obligaciones y sus reales expectativas de obtener una decisión favorable; ante el representante de su contraparte, para conseguir un arreglo que pueda resultar beneficioso para ambas partes; y ante el juez, para convencerle de cuáles son las argumentaciones jurídicas correctas que él debe acoger su fallo.

Según Hernández Gil, en la profesión de abogado concurren tanto la especulación discursiva y el sentido práctico, con lo cual el autor se pone a cierta distancia de los científicos del derecho que piensan comúnmente "que el campo de la abogacía está dominado por la experiencia, y, si acaso, por una utilización hábil y oportunista de la ley". Ello no es así –cree Hernández Gil–, o "al menos no es siempre y necesariamente así".

El autor añade que la dimensión propiamente intelectual del abogado, esto es, aquella que no aparece en los temas y consultas rutinarias que se repiten serialmente, sino en las grandes y complejas causas, no goza de las prerrogativas que sí tiene el trabajo intelectual de los juristas. "El abogado carece de sosiego y de soledad y difícilmente logra evasiones esporádicas o torres de marfil. Discurre impelido por el apremio del plazo, pendiente del sobresalto de la vista o de la llamada, perseguido siempre por la zozobra del resultado y de vez en cuando por el disgusto del resultado".

El abogado, porque tiene que razonar, tiene también una estrecha relación con la palabra, tanto en sus actuaciones orales como escritas. En sus alegatos o intervenciones orales, en sus presentaciones escritas ante tribunales unipersonales y cortes, en sus dictámenes o respuestas escritas ante requerimientos o consultas de clientes o de otros abogados, en sus asesoramientos, y en sus informes en derecho, los prácticos del derecho están obligados a dar razones a favor de sus puntos de vista, a dar base a

las interpretaciones que hacen del derecho y a justificar las consecuencias a que esas interpretaciones pueden conducir. Es probable que la mayoría de estas intervenciones no alcancen a tener un eco público adecuado que permita su conocimiento y aprovechamiento social más allá del caso o situación respecto del cual se producen, aunque no es infrecuente que determinados dictámenes e informes en derecho de los que son autores abogados encuentren la manera de darse a la publicidad a través de textos o colecciones especializadas.

Especial importancia cobran actualmente las intervenciones de los abogados, sean en tal carácter o en el de fiscales o defensores públicos, en la modalidad oral del juicio penal. Tales intervenciones son una modalidad de la retórica y de la oratoria, que –como dice Hernández Gil– "ensambladas se preocupan, con alcance perceptivo o prescriptivo, de la adecuada organización del discurso y del empleo del bien decir con una finalidad persuasiva". Aunque es preciso tener en cuenta que en la retórica oral, a diferencia de la escrita, tienen gran valor, además de la organización del discurso, las actitudes corporales, la entonación y el gesto. Por ello es que en las facultades de derecho habría que familiarizar a los estudiantes no sólo con los contenidos del derecho, sino con el modo de pensar o de razonar que se espera de un abogado y con las habilidades para comunicar eficazmente los resultados o conclusiones de ese razonamiento.

Si la oratoria es el arte de hablar con elocuencia con el fin de persuadir, pero también de interesar, deleitar y conmover a un auditorio por medio de la palabra, la retórica comprende también esos significados, pero los predica también de la expresión escrita.

¿Pero se orienta la actividad del abogado hacia la *persuasión* o aspira a esa meta más firme que llamamos *convencimiento*?

Persuadir y convencer son verbos que se confunden, aunque existe alguna base para diferenciarlos. En efecto, la convicción es relativa al entendimiento, mientras que la persuasión concierne a la voluntad. Quien busca *convencer* a otro de algo quiere colocar ese algo en la cabeza del otro a título de una verdad. En cambio, quien sólo busca *persuadir* a otro quiere nada más que mover su voluntad o sus preferencias en la dirección que le interesa.

Así las cosas, el dogmático o científico del derecho buscaría ante todo *convencer* con sus argumentaciones, en tanto que el abogado se contentaría con *persuadir* a aquel que debe resolver la contienda de que se trate. Perelman, citado por Hernández Gil, propone llamar "*persuasión* a una argumentación que sólo tenga validez para un auditorio particular y *convincente* a la susceptible de adhesión de todo ser racional", una distinción que pone de manifiesto el "carácter predominante racional y objetivo de la convicción y el subjetivismo emocional de la persuasión".

Explicando esa misma distinción, Hernández Gil afirma que la "convicción parece requerir mayor elaboración, porque es más disciplinada y rigurosa, y porque depende menos de la propia personalidad y del ambiente. En cambio, la persuasión tiene algo de don y de aventura, lo cual la hace subyugante y atractiva. La convicción es lenta, pero arraiga mejor en el destinatario del que la busca. La persuasión es rápida, incitante, pero puede esfumarse con la misma velocidad que se produjo".

Pasemos ahora a la situación del *legislador* en el razonamiento jurídico, puesto que de él se espera que justifique las decisiones normativas que adopta. Dicha justificación se encuentra en las exposiciones de motivos o fundamentos de los mensajes y mociones que se transforman más adelante en leyes, así como en las actas en que el órgano legislativo deja constancia tanto de su trabajo en comisiones como en sala. Pero más allá de las justificaciones que el legislador ofrezca respecto de sus decisiones, del legislador se espera también que se comporte racionalmente en los diversos sentidos o planos que mostraremos más adelante. Una racionalidad –la del legislador– que es muy importante puesto que, de algún modo, o en alguna medida, la racionalidad de los jueces y órganos administrativos en la *aplicación* de las leyes depende de la racionalidad que consiga el legislador en la *producción* de las leyes.

Como señala Wroblewski, "la decisión productora de derecho propia del legislador ha de ser una decisión justificada, ya que la producción del derecho se concibe como una actividad racional orientada hacia objetivos".

Según el autor polaco, si el legislador quiere ser racional al momento de adoptar esas decisiones que llamamos leyes, debe-

ría permanecer atento a los cinco elementos que se mencionan a continuación:

a) determinación de la finalidad que se persigue de una manera suficientemente clara que garantice una adecuada elección de los medios que permitan conseguirla;

b) determinación de los medios potenciales para la finalidad perseguida;

c) determinación de los medios o instrumentos jurídicos para la finalidad asumida.

Combinando b) y c) quedan en claro que las reglas jurídicas no deben ser vistas por el legislador como los únicos instrumentos para la finalidad de que se trate y, ni siquiera, como instrumentos que puedan separarse de otros instrumentos de política social que apunten también a la finalidad de que se trate;

d) determinación de la o las normas jurídicas concretas para la finalidad perseguida, lo cual supone decidir el carácter penal, civil, administrativo o de otro tipo de las normas en cuestión, la jerarquía de éstas y el texto escrito que las sustentará; y

e) promulgación de la norma o normas jurídicas generales producidas como resultado final de la actividad legislativa.

Por su parte, Manuel Atienza y Albert Calsamiglia han hecho algunos lúcidos aportes a la teoría de la legislación, es decir, a la reflexión acerca de qué hace el legislador, cómo lo hace y cómo debería hacerlo. Una teoría que ha contado con menos interesados que quienes lo están por la teoría de la jurisdicción, que es la que formula esas mismas preguntas en relación con el juez.

Según hicimos ver en su momento, el legislador está más preocupado del derecho que debe ser que del derecho que es. Cuenta con que ha de operar en el marco que le fija la constitución, cuyas normas, principios y valores debe aplicar y desarrollar en su trabajo legislativo, pero tiene puesta la vista, ante todo, en el derecho que necesita ser introducido en el ordenamiento jurídico para ampliar éste o para modificar o derogar normas e instituciones que se hayan mostrado inadecuadas. Es eso lo que pone al razonamiento práctico del legislador muy cerca del razonamiento moral.

Sin embargo, tiene razón Calsamiglia cuando observa que la moralidad, esto es, la búsqueda de determinados ideales éti-

cos por medio del derecho –por ejemplo, mayor libertad de las personas, mejores condiciones materiales de vida de éstos, etc.–, no debe ocupar el papel preponderante que hoy tiene en la tarea legislativa y que, por lo mismo, a la justificación de la excelencia moral de sus decisiones, el legislador tiene que añadir otros criterios también importantes.

La tarea legislativa no es una mera cuestión de voluntad y de excelencia ética, puesto que "un buen legislador no es el que proclama ideales excelentes, sino el que los consigue".

Hay la idea de que la tarea de los juristas se inicia allí donde concluye la labor del legislador. El jurista no produce leyes, sino que las identifica, conoce e interpreta. Ello explica, quizás, el escaso desarrollo de una teoría jurídica de la legislación y la creencia que únicamente los políticos y los filósofos pueden tomar la palabra cuando se pregunta acerca de cómo debe legislarse.

Es atendible que la cuestión relativa a cómo se debe legislar esté ligada a concepciones éticas y políticas. Sin embargo, lo que postula Calsamiglia no es que debamos olvidarnos de tales concepciones a la hora de legislar, sino que atendamos también a otros elementos y criterios que pueden ayudarnos a hacer buenas leyes.

Buenas leyes, además de responder a una racionalidad *ética,* deben responder también a una racionalidad *lingüística,* a una racionalidad *lógico-formal,* a una racionalidad *pragmática* y a una racionalidad *teleológica.*

Comenzando por la *racionalidad lingüística,* racionalizar la tarea legislativa, y en definitiva las leyes que son producto de la misma, supone racionalizar los mensajes normativos del legislador.

La ley se manifiesta por medio del lenguaje y éste debe ser un lenguaje claro, a saber, un lenguaje que reduzca al máximo la ambigüedad, la vaguedad y la redundancia.

La *racionalidad lingüística* de la ley no exige eludir todo tecnicismo y aspirar a que la ley sea comprendida sin excepciones por todos los ciudadanos. Pero a lo menos que debe aspirar una ley en este plano es a ser comprendida por los profesionales del derecho. Una ley no fracasa desde el punto de vista lingüístico porque hay algunos o muchos ciudadanos que no la entienden,

pero sí puede hablarse de fracaso cuando los que no la entienden son los juristas, abogados, jueces y funcionarios que aspiran a conocerla, usarla y aplicarla.

La *racionalidad lógico-formal* es la que cuida que cada decisión normativa del legislador se incorpore armónicamente al conjunto del ordenamiento jurídico de que se trate, sin producir contradicciones ni lagunas.

Se trata de una racionalidad que tiene en cuenta que el derecho es un sistema de normas y que procura evitar que el ordenamiento jurídico se deteriore y pierda calidad ante la proliferación de contradicciones y vacíos de sus normas e instituciones.

La *racionalidad pragmática* es aquella que debe tomar en consideración los efectos de las leyes en el curso de la vida social y las reacciones esperables de parte de los sujetos imperados y de los órganos jurisdiccionales que al obedecerlas y aplicarlas son quienes dan eficacia a las normas jurídicas que resultan de la actividad legislativa.

En consecuencia, la racionalidad pragmática se preocupa de conseguir tanto la obediencia y aplicación regulares de las normas (eficacia) como el logro del objetivo social que se persigue con su establecimiento (eficiencia).

Cambiando ese lenguaje, también podría decirse que una ley *eficaz* es aquella que cumple con el objetivo que se tuvo en vista al publicarla y que se encuentra *vigente* cuando es de hecho obedecida y aplicada por los órganos jurisdiccionales. Esta distinción es útil porque una ley válidamente aprobada por el órgano legislativo y promulgada luego por el Ejecutivo, puede conseguir vigencia, mas no eficacia, es decir, puede ser habitualmente obedecida y aplicada, y no conseguir el objetivo final y específico para la cual fue introducida en el ordenamiento.

La *racionalidad teleológica* puede verse como un medio que tiende a conseguir el fin buscado por la ley con el mínimo costo.

Lo anterior quiere decir que un legislador es racional desde el punto de vista teleológico cuando consigue los fines que se propone al mínimo costo.

Volviendo a alterar en parte el sentido en que hemos utilizado antes estas mismas palabras, uno podría decir que una ley que cumple con el propósito básico de ser obedecida y aplicada es una ley *vigente,* que una ley que consigue el objetivo so-

cial preciso para el cual fue dictada es una ley *eficaz*, y que una ley que cumple ese objetivo con el mínimo costo es una ley *eficiente*.

Al revés, una ley irracional desde el punto de vista teleológico es aquella que asigna recursos en forma ineficiente, aunque es preciso tener presente –como hace Calsamiglia– que el mal uso o el despilfarro de recursos públicos es también un problema ético.

Por último, una ley tiene *racionalidad ética* si concuerda con el determinado punto de vista moral que obra como motivación de la misma.

Con todo, y aunque pareciera que éste es el criterio de racionalidad preponderante, la verdad es que a una ley no le basta con tener racionalidad ética. Una ley podría contar con una racionalidad de este tipo, pero de nada le valdría si fuera confusa, si suscitare dificultades insalvables con su incorporación al ordenamiento jurídico, si no fuese obedecida ni aplicada o si no consiguiera de hecho el objetivo que se buscó con ella, o sea, de poco o nada sirve la racionalidad ética de la ley si no concurren las otras dimensiones o aspectos de la racionalidad legislativa que fueron puestos antes de relieve.

Combinando ahora los distintos aspectos del modelo antes indicado, lo que el legislador debe preguntarse a la hora de legislar, y lo que cualquier persona puede también preguntarse frente a una nueva ley, es (1) si comunica a los destinatarios su mensaje normativo en forma clara (racionalidad lingüística); (2) si su mensaje se inserta sin contradicciones en el ordenamiento jurídico (racionalidad formal); (3) si los ciudadanos van efectivamente a cumplirla y los órganos juridiccionales a aplicarla (racionalidad pragmática); (4) si se cuenta con los recursos económicos y humanos del caso y si éstos se asignan correctamente (racionalidad teleológica); y (5) si se justifica o no éticamente (racionalidad ética).

Ello exige que los legisladores se abran hacia los conocimientos y disciplinas que puedan proporcionarles los materiales adecuados para la construcción de políticas públicas. No es que los propios legisladores tengan que convertirse en lingüistas, informáticos, sociólogos, economistas o éticos, "sino de propiciar en ellos –como escribe Calsamiglia– la suficiente sensibilidad para

trabajar en equipo y poder formular las cuestiones pertinentes para diseñar leyes mejores".

En consecuencia, lo que requiere un órgano legislativo no son sólo expertos invitados esporádicamente a sus distintas comisiones para emitir opinión sobre las distintas materias a ser reguladas por medio de leyes. Requiere también de especialistas que puedan colaborar de una manera más regular y estable en el mejoramiento de las leyes que se dictan. Y se requiere también controlar la crisis de crecimiento que afecta a la legislación y no perder de vista que no todo derecho es derecho *estatal* y que no todo derecho estatal es necesariamente derecho *legislado.*

Ahora bien, es claro que entre los diversos modelos, ideas o niveles de racionalidad legislativa que fueron señalados, pueden producirse roces y aun conflictos de cierta importancia. Esto lo destaca muy bien Manuel Atienza cuando advierte lo que sigue:

a) la racionalidad lingüística no es garantía de racionalidad lógico-formal, lo cual quiere decir que una ley puede ser altamente racional en el primero de esos niveles y no serlo en el segundo;

b) al revés, una ley que es racional en sentido lógico-formal es también, en grado considerable, una ley lingüísticamente racional; y

c) la racionalidad lingüística puede entrar en conflicto con la racionalidad pragmática y la teleológica. Ello es así en la llamada legislación simbólica, esto es, "leyes hechas para no ser cumplidas, o bien para no producir los efectos declarados. En estos supuestos, las leyes acostumbran a ser intencionadamente oscuras e imprecisas, lo que significa que la racionalidad lingüística se subordina a la racionalidad pragmática y a la teleológica: las obscuridades lingüísticas (es decir, la irracionalidad lingüística) puede ser un medio para lograr la racionalidad pragmática y la teleológica";

d) una ley puede ser racional lingüísticamente y no serlo éticamente, pero también puede ocurrir que una ley éticamente racional, cuyos fines sean la libertad o la igualdad, entre en pugna con criterios de claridad y precisión que se exigen a la ley en el nivel de su racionalidad lingüística;

e) del mismo modo, la racionalidad lógico-formal no asegura, por sí sola, una racionalidad pragmática, pero es también cierto que una ley que consigue ser racional en el primero de esos niveles tiene mejores posibilidades de conseguir racionalidad en el segundo de ellos.

No está de más señalar que la racionalidad lógico-formal se conecta directamente con la dogmática, puesto que la idea de sistema es más propia de la reconstrucción teórica que ella lleva a cabo de un determinado ordenamiento jurídico que del ordenamiento jurídico mismo. Todo ordenamiento jurídico acusa, inevitablemente, contradicciones y vacíos, y a la dogmática le corresponde jugar un papel de importancia en el suministro de criterios que puedan ser utilizados por quienes tienen a cargo la aplicación de ese derecho imperfecto;

f) las implicancias mutuas entre la racionalidad pragmática y la teleológica son evidentes, aunque habría que decir lo siguiente: puede haber la primera sin la segunda, aunque no es dable imaginar ésta sin aquélla.

Con todo, la racionalidad teleológica no es simplemente una continuidad respecto de la racionalidad pragmática; y

g) una cuestión que nos parece relevante concierne por fin a la racionalidad ética.

Si por racionalidad ética del legislador se entiende la exigencia de que las leyes que aprueba sean coherentes con el punto de vista moral que orienta esas leyes, cabe preguntarse cuál es la moral que deben adoptar o preferir los legisladores al momento de dar a las leyes que aprueban un determinado contenido. ¿Debe tratarse de la moral privada o autónoma de cada legislador? ¿Debe ser la moral del sistema u orden religioso al que puedan adscribir los legisladores? ¿Tiene que ser la moral socialmente dominante en la comunidad que elige a los legisladores y dentro de la cual han de tener vigor las leyes que se dictan?

Descartemos que pueda ser la moral que derive de la religión que profese el legislador, puesto que éste ha sido ungido con competencia para producir derecho destinado a toda la comunidad y no únicamente a los partidarios o adherentes de una determinada religión.

Sin embargo, y a la hora de un conflicto entre la moral personal del legislador y la moral social, ¿por cuál de esas dos debe guiar las decisiones normativas a las que concurre en tanto legislador?

Como acontece siempre con todos los dilemas morales, nadie puede resolver este conflicto por los legisladores que se vean envueltos en él, aunque en nuestro parecer las basas tendrían que inclinarse en favor antes de la moralidad pública que de la moral personal, puesto que públicas, no privadas, son las decisiones que el legislador debe adoptar en el ejercicio de su cargo.

Según fue titulado el apartado que nos encontramos desarrollando, nos falta referirnos al razonamiento jurídico que tiene lugar en el foro jurisdiccional, es decir, nos falta analizar el razonamiento judicial y el modo, en consecuencia, cómo los jueces adoptan y justifican sus decisiones normativas.

Ya hemos dicho que la mayor parte de la teoría de la argumentación jurídica, tanto descriptiva como prescriptiva, es decir, tanto aquella que aspira a poner en claro *cómo se razona* jurídicamente como aquella interesada en establecer *cómo debería razonarse* en contextos jurídicos, concentra casi toda su atención en el razonamiento judicial.

Lo anterior quiere decir que la teoría del razonamiento y la argumentación jurídica miran ante todo al momento de la aplicación del derecho por parte de los tribunales y algunos órganos de la administración.

A su vez, dicha concentración en el razonamiento judicial va acompañada muchas veces de un tratamiento preferente por las cuestiones normativas que se hallan en juego en las controversias judiciales, dejando en cierto modo de lado, o restando importancia, a las cuestiones de carácter fáctico.

Por último, el razonamiento judicial suele ser analizado en relación con los casos difíciles y no con los casos más habituales y rutinarios que se conocen y resuelven en sede jurisdiccional.

Del modo antes indicado, se produce un cada vez mayor angostamiento del tema del razonamiento jurídico, puesto que primero se lo reduce al razonamiento judicial, luego a un razonamiento sobre normas y no sobre hechos, y, por último, a un razonamiento que tendría lugar únicamente en los así llamados casos difíciles.

Sin embargo, es preciso reconocer una cosa: los desarrollos teóricos acerca del razonamiento judicial, aun con los angostamientos antes señalados, han producido un cierto caudal de tipo conceptual que es muchas veces utilizable en los ámbitos no judiciales en los que también tienen lugar el razonamiento y la argumentación jurídicas.

V. Razonamiento judicial y normas jurídicas. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Razones explicativas y razones justificatorias. Imponer, explicar, justificar y probar decisiones judiciales. Justificación interna y externa. Razonamiento deductivo y razonamiento judicial. Razonamiento judicial y razonamiento moral. El peso de las normas en el razonamiento judicial

Si nos detenemos un instante en la expresión "Razonamiento judicial y normas jurídicas", podremos comprobar cómo hay en ella implícitos tres supuestos bastante explícitos.

El *primer* supuesto tras una expresión como esa es que en toda sociedad existe una categoría especial de personas –los jueces–, quienes tienen a su cargo un cierto tipo de actividad pública a la que damos el nombre de función jurisdiccional. Una función, como todos sabemos, que consiste en la facultad que la Constitución Política del Estado confiere a los jueces para conocer y fallar, con independencia de los demás poderes del estado, los asuntos jurídicamente relevantes que se les someten por partes o por personas interesadas en obtener una determinada decisión al respecto.

El *segundo* supuesto es que en el ejercicio de la función jurisdiccional los jueces llevan a cabo algún tipo de razonamiento, que no puede ser sino un razonamiento jurídico, y que, por provenir precisamente de jueces, toma el nombre de razonamiento *judicial.*

El *tercer* supuesto es que existe un tipo de normas –las normas jurídicas– que juegan un papel importante en el razonamiento judicial.

Presencia de jueces con una función pública determinada, un razonamiento que acompaña a la vez que sustenta el conocimiento y fallo de los asuntos por parte de los jueces, y, en fin, una clase particular de normas que son componentes de dicho razonamiento y a las que los jueces tienen el deber de referirse como un antecedente de importancia cada vez que razonan con vistas a la adopción de las decisiones que les competen: he ahí, en síntesis, los tres supuestos que es posible advertir en la expresión con que venimos trabajando.

No parece necesario referirse aquí al primero de tales supuestos, porque se trata quizás del más obvio de todos y porque, asimismo, está ciertamente más próximo a una comprensión inmediata por parte de quienes están ya muy cercanos a completar sus estudios jurídicos de pregrado.

Los otros dos supuestos son más problemáticos y es preciso que nos detengamos un instante en ellos.

En cuanto a que los jueces razonen, hemos indicado varias veces en este capítulo que el ámbito de la aplicación del derecho por parte de los órganos jurisdiccionales es uno de aquellos en los que tiene lugar eso que a lo largo de este mismo capítulo hemos llamado razonamiento jurídico.

La existencia de jueces a quienes se confía el ejercicio de la función jurisdiccional, y la circunstancia de que con motivo del ejercicio de esa función frente a un caso o situación dada haya tanto cuestiones de hecho como normativas que aclarar y resolver, hacen del foro judicial una de las sedes más visibles y emblemáticas donde tiene lugar el razonamiento y la argumentación jurídicas.

Si el derecho es uno de los campos más propicios para el desarrollo del razonamiento y la argumentación, el ámbito de la aplicación del derecho por parte de los jueces o por determinados órganos de la administración es el más propicio para ver en acción el razonamiento y la argumentación jurídica.

Los jueces son funcionarios estatales que toman decisiones vinculantes para las partes o personas interesadas en el caso de que se trate. Dichas decisiones pasan necesariamente por un establecimiento de los hechos del caso y por la localización, interpretación y aplicación de las normas preexistentes que lo regulan. Por lo mismo, al hilo de los hechos que resultan pro-

bados y de las normas que dan a esos hechos una determinada calificación jurídica, los jueces deben discurrir y dar razones justificatorias de los fallos o resoluciones que emiten.

Podemos llamar *razonamiento judicial* a aquel que llevan a cabo los jueces cada vez que, al decidir un asunto sometido a su conocimiento, discurren para llegar a establecer y comunicar razones a favor de su decisión. Pero llamamos también de ese mismo modo al resultado de la acción de razonar, es decir, a la serie ordenada de razones que el juez expone como base o fundamento de su decisión.

El razonamiento judicial, según ha sido destacado, posee varias peculiaridades. Paul Ricoeur las llama "restricciones", porque, de alguna manera, "abren un abismo entre el discurso práctico general y el discurso judicial". En cuanto a dichas restricciones, son las que siguen: la discusión se desarrolla en un recinto institucional propio y bien delimitado, a saber, tribunales y cortes; en ese recinto no todas las preguntas están abiertas, sino sólo aquellas que conciernen al respectivo proceso; en el proceso los papeles se distribuyen en forma desigual; la deliberación por parte del juez se sujeta a reglas procesales previamente codificadas; la deliberación sucede en un tiempo limitado, es decir, no puede prolongarse indefinidamente; y, por último, la discusión en sede judicial no termina comúnmente por un acuerdo, y tampoco lo que se busca es un acuerdo, de modo que el papel del juzgador es zanjar la cuestión controvertida. Un papel que es, además, su obligación.

El razonamiento judicial, que es un tipo de razonamiento *jurídico,* es también un razonamiento de tipo *práctico,* no teórico, puesto que su finalidad no es llegar a proposiciones de las que pueda discutirse si son verdaderas o falsas, o sea, su finalidad no es propiamente la de aumentar el conocimiento jurídico que se pueda tener respecto del caso de que se trate. Su finalidad es resolver una controversia o dar solución a un determinado asunto no contencioso por medio de una decisión acerca de la cual pueda discutirse si es correcta o incorrecta.

Lo anterior no obsta a que el razonamiento judicial, visto como la serie ordenada de razones que el juez expone como fundamento de su fallo, pueda tener efectos teóricos en el desarrollo de la dogmática jurídica sobre el sector de regulación jurídica

de que se trate. Si la dogmática trabaja preferentemente con textos, ella no mira sólo a los textos constitucionales, legales o reglamentarios en juego. Sigue también con atención los fallos de los tribunales, en especial los que provienen de los tribunales superiores de justicia, a partir de los cuales puede reorientar o modificar las proposiciones de tipo cognoscitivo que acerca del derecho se expresan de ella.

El razonamiento judicial es decisorio y, por tanto, requiere ser fundamentado o justificado, dos expresiones –estas últimas– que vamos a emplear como si fueran sinónimos. Así, podríamos decir que el razonamiento conduce a los jueces a la decisión y que la argumentación conduce a la fundamentación de la decisión.

Por otra parte, es un hecho que en sede judicial confluyen razonamientos jurídicos no solamente judiciales –están, por de pronto, los que en esa sede plantean los abogados en sus presentaciones escritas, alegaciones orales e informes en derecho–, pero en lo que sigue de este apartado vamos a tratar únicamente del razonamiento judicial, esto es, de aquel que tiene lugar cuando un juez conoce y decide un caso y aduce razones a favor de lo resuelto.

A los jueces se les pide no únicamente que decidan, sino que decidan de un cierto modo u otro sobre la base de razones, y, por último, se les pide que comuniquen o expongan tales razones, puesto que solo así puede hacerse efectivo un control sobre las decisiones judiciales y sólo así pueden también intentarse con algún éxito los recursos procesales que buscan cambiar tales decisiones.

Como dice a este respecto Aulis Aarnio, "el tribunal u otro órgano adjudicativo tiene la obligación jurídica de dar una respuesta cuando el ciudadano pide protección jurídica. Este es el derecho (jurídico) básico de todo ciudadano en la sociedad. Sin embargo, la expectativa de certeza jurídica puede también ser entendida en un *sentido más amplio.* Cubre entonces dos elementos sustanciales, es decir, las exigencias de que (a) se evite la arbitrariedad y (b) que la decisión sea correcta".

Una distinción útil de ser tenida a la vista, puesto que ella es utilizable en el campo de la argumentación en general y en la de la argumentación jurídica en particular, es la que se refie-

re al contexto de *descubrimiento* y al contexto de *justificación* de las teorías científicas.

Llámase *contexto de descubrimiento* al que concierne a la actividad que consiste meramente en enunciar una teoría y en mostrar como ella se ha generado. Llámase *contexto de justificación* al que se refiere a la actividad consistente no ya en *mostrar* una teoría sino en *validarla* o *justificarla,* esto es, en demostrarla como verdadera o irrefutable.

En el terreno de la argumentación en general, una cosa es *mostrar* cuáles son las premisas y cómo a partir de ellas se llega a una conclusión, y otra cosa es asumir la actividad orientada a *justificar,* o sea, a *aprobar* esas premisas y conclusión.

La distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación permite una cierta división del trabajo entre las disciplinas que se interesan por la argumentación en general. Por un lado –como señala Atienza– "está la perspectiva de determinadas ciencias sociales, como la psicología social, que han diseñado diversos modelos para explicar el proceso de toma de decisiones al que se llega, en parte, mediante el uso de argumentos. Por otro lado, está la perspectiva de otras disciplinas que estudian bajo qué condiciones un argumento puede considerarse justificado".

La teoría de la argumentación jurídica se suele situar en la segunda de tales perspectivas, o sea, en el contexto de justificación de los argumentos, y tiene tanto pretensiones descriptivas como prescriptivas, o sea, trata de mostrar cómo se justifican de hecho las decisiones jurídicas –por ejemplo, las de carácter judicial– y, al mismo tiempo, cómo deberían ser justificadas tales decisiones.

De ese doble tipo son las teorías de Neil MacCornik, Robert Alexy y Manuel Atienza sobre el razonamiento jurídico.

La anterior distinción nos conduce ahora a la diferenciación entre *razones explicatorias* (a las que también se les puede llamar "motivos") y *razones justificatorias* (o razones propiamente tales).

Si preguntamos, por ejemplo, por qué Luisa tomó la determinación de asesinar a su esposo Juan, y ella u otra persona responde "La razón por la cual Luisa mató a Juan es que éste le arrebataba constantemente el control del televisor", todo lo más que podríamos decir es que nos ha sido dada una razón *explicatoria,* o sea, el motivo por el cual se produjo el asesinato, mas

no podríamos decir que se nos haya proporcionado una razón *justificatoria* al respecto. Por lo mismo, si se nos dice una frase como la que fue recién puesta entre comillas, la palabra "razón" tiene allí un sentido puramente explicatorio, un sentido que alude antes a un *motivo* que a una auténtica *razón.*

En cambio, si ante una frase como esa reaccionamos diciendo "Luisa no tuvo razón al matar a su esposo Juan porque éste le arrebatara constantemente el control del televisor", la palabra razón tiene ahora un alcance justificatorio, porque lo que queremos señalar es que le arrebaten a Luisa el control del televisor, si bien puede *explicar* su conducta, en modo alguno es suficiente para *justificarla,* o sea, para aprobarla.

De quienes toman decisiones jurídicas, particularmente de los jueces, se espera no que *expliquen* sus decisiones, sino que las *justifiquen,* vale decir, lo que se espera de ellos es que den razón de sus fallos en el sentido justificatorio y no simplemente explicatorio del término.

Pero un juez puede no sólo explicar o justificar sus decisiones. Podría también imponerlas o probarlas, donde "imponerlas" sería una alternativa que se sitúa por debajo de "explicarlas", y donde "probarlas" se sitúa por encima de "justificarlas".

Nos parece que un juez meramente *impone* una decisión cuando se limita a adoptarla y a comunicarla, al modo como alguien da un golpe sobre la mesa, esto es, sin ofrecer ninguna explicación ni menos una razón que apoye la decisión adoptada. Es lo que ocurría, imaginamos, en una sociedad primitiva, cuando a la sola vista del responsable de un asesinato, la autoridad encargada de administrar justicia exclamaba una sola palabra: "mátenlo".

Un juez *explica* una decisión, en cambio, cuando expresa al menos el motivo que lo condujo a ella, que es lo que acontecería si el juez, preguntado por qué decidió como decidió, se limitara a responder "Porque la ley lo dice" o "Porque es lo que el tribunal superior confirmará en caso de recurso".

Un juez *justifica* una decisión cuando da razones, y no sólo motivos, que muestran la plausibilidad, esto es, la aceptabilidad de lo que él ha resuelto.

Por último, un juez pretende *probar* una decisión cada vez que creyera tener razones de tal modo concluyentes, que hacen

de su decisión no algo plausible, aceptable o correcto, sino, mucho más que eso, algo *verdadero.*

Así las cosas, y dejando de lado sólo la primera de tales alternativas, si empleamos la palabra "razón" en las otras tres alternativas, esto es, para las acciones que consisten en *explicar, justificar* y *probar,* querría decir que en el primero de esos tres casos, o sea, cuando se trata de explicar decisiones, la palabra "razón" estaría utilizada en un sentido *débil,* vale decir, como sinónimo de *motivo.* En cambio, cada vez que habláramos de "razones" para justificar una decisión, emplearíamos la palabra "razones" en un sentido fuerte, vale decir, como sinónimo de *justificación.* Por último, si habláramos de "razones" como prueba de verdad de una decisión, entonces esa palabra vendría usada en un sentido fortísimo.

Hemos dicho que los jueces deben *justificar* sus decisiones, no explicarlas ni meramente imponerlas, pero ¿no estarán ellos llamados a algo más, a saber, a *probar* sus decisiones?

Probar es aquí un verbo que utilizamos no en la acepción procesal en que solemos emplearlo los juristas, sino en el sentido de dar razones concluyentes, definitivas e incontrarrestables a favor de algo. Por ejemplo, cuando Galileo y Copérnico "probaron" que es la Tierra la que se desplaza alrededor del Sol y no éste alrededor del planeta que habitamos.

Pues bien, probar una decisión equivaldría a dar ese tipo de razones a favor de la decisión de que se trate, razones como *pruebas* y no como simples *motivos* o *justificaciones.* Esto quiere decir que probar una decisión equivaldría al intento de que se la tuviera no sólo por plausible, aceptable o correcta, sino, mucho más que eso, que se la tuviera por verdadera.

Sin embargo, el razonamiento judicial es un tipo de razonamiento jurídico práctico, que, como tal, se orienta no a ofrecer proposiciones susceptibles de ser verdaderas o falsas, sino decisiones que puedan resultar plausibles a los ojos del propio juez que las adopta, de sus colegas, del tribunal superior, de las partes, de sus abogados y de la comunidad jurídica en su conjunto. No se trata de que el juez falle cada vez pensando en todo ese conjunto de operadores jurídicos y de personas, pero actúa movido por el deseo, y también por la convicción, de que lo resuelto por él tiene que resultar aceptable no únicamente a sus propios

ojos, sino también al examen que puedan practicar otros expertos y cualquiera persona razonable.

Es decir, un juez, entre no dar razones y darlas, está obligado a darlas, mientras que entre dar razones y dar buenas razones, a lo que está obligado es a esto último. Tal como se dice habitualmente a este respecto, las razones que da un juez tienen que ser *universalizables.* Como señala Luis Prieto Sanchís, "la universalización supone que, cualquiera que sean las razones o motivos de una decisión, ésta se considera lo suficientemente buena como para aceptar su generalización; y supone asimismo que toda persona situada en el lugar del intérprete que cuente con la misma preparación, competencia e información, adoptaría la misma conclusión".

Hablando de justificación, conviene mencionar ahora la distinción de Jerzy Wroblewski entre justificación *interna* y justificación *externa,* que ha sido acogida en prácticamente todas las teorías actuales de la argumentación jurídica.

El término "racional" –explica el autor– "significa que una proposición, una norma o una valoración es justificable mediante una argumentación apropiada". Ahora bien, "cuando preguntamos si una decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas, estamos hablando de la racionalidad interna; cuando preguntamos si las premisas han sido aceptadas correctamente, estamos hablando de la racionalidad externa de la decisión".

Refiriéndose a esto mismo, Alexy nos recuerda que "en los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas, las decisiones jurídicas. Pueden distinguirse dos aspectos de la justificación: la *justificación interna* y la *justificación externa.* En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas".

Puesto de otro modo: la justificación interna está constituida por las razones que sustentan la decisión; la externa, por las razones que permiten justificar las razones de la decisión. De este modo, una sentencia judicial está justificada internamente si resulta posible identificar las razones o argumentaciones en que ella se basa; lo está externamente si es posible identificar razo-

nes o argumentaciones que permiten aprobar las razones o argumentaciones de la sentencia.

La justificación interna tiene que ver con las razones de la decisión, mientras que la externa atinge a las razones que tenemos para aprobar las razones de la decisión. Por eso es que Rafael de Asís puede referirse a la justificación interna como "argumento principal" y a la externa como "argumento respaldo". Así –dice– "el argumento principal es aquel que se desarrolla en la justificación interna, mientras que el respaldo lo haría en la externa".

Lo importante, en todo caso, como advierte Fernando Atria comentando los planteamientos de Alexy acerca de una y otra justificación, "es que desde el punto de vista de una teoría de la argumentación una decisión *nunca* está suficientemente justificada a menos que esté justificada interna y externamente".

La justificación interna requiere siempre, al menos en parte, de un razonamiento deductivo, mientras que la externa demanda un razonamiento no deductivo. Ahora bien, y sin perjuicio de los enunciados empíricos que deben ser justificados externamente, el objeto de ésta es la fundamentación de las normas jurídicas que hayan jugado el papel de premisas en la justificación interna, lo cual sería posible de hacer valiéndonos de los criterios de validez que el respectivo ordenamiento jurídico establezca para esas normas.

Concentrándonos siempre en el razonamiento judicial, y en la necesidad que tienen los jueces de justificar interna y externamente sus decisiones, cabe preguntarse –tratándose de la primera de esas justificaciones– cuál es el papel de la *deducción* en dicho razonamiento.

Si se considerara que las decisiones judiciales no se obtienen a partir de premisas normativas y fácticas, sino que surgen espontánea, intuitiva o irracionalmente desde la subjetividad de un juzgador que da luego a su fallo sólo la apariencia de un razonamiento deductivo, entonces la deducción no jugaría otro papel que el de máscara o disfraz que utilizan los jueces para esconder la raíz puramente subjetiva de sus decisiones. En una hipótesis como ésta, la argumentación que un juez ofrece en su sentencia, en la que se colocan como premisas los hechos y las normas que les atingen, sería poco más que un subterfugio *ex*

post de que se vale el juzgador para hacer como si justificara su decisión y no aparecer incumpliendo el deber de justificar sus decisiones.

Con todo, en una hipótesis como esa siempre será posible medir el grado de justificación interna que tiene o no el fallo, porque éste –a diferencia de lo que haya acontecido en la interioridad del juez que lo dictó– es un dato y constituye un texto objetivo susceptible a ser analizado en su corrección lógica.

En el extremo opuesto se ubicaría la afirmación de que, visto desde el punto de vista de su justificación interna, todo fallo judicial es siempre estructural y exclusivamente deductivo, que es el punto de vista de quienes creen que una decisión judicial se construye sobre la base de una premisa mayor (las normas), una menor (los hechos) y la conclusión que resulta de aplicar las normas a los hechos.

Como señala Juan Antonio García Amado, "el péndulo se ha movido permanentemente entre el extremo de pensar que la lógica podía ser garantía única y cierta de racionalidad en la decisión jurídica y de incontaminada pureza del razonamiento que lleva a ella, y el extremo de creer que la materia práctica con que el jurista opera nada tiene que ver con el frío formalismo lógico".

Un autor como Neil MacCornik se aparta de ambos extremos, y, situándose a distancia del primero, puede decir que "la deducción es importante en el derecho", una afirmación, por lo demás, que le permite tomar también distancia del segundo de tales extremos, puesto que lo que afirma –"la deducción es importante..."– dista mucho de reducir el razonamiento judicial a una pura inferencia deductiva.

A diferencia del segundo de tales puntos de vista, MacCornik no cree que el razonamiento deductivo sea una forma "autosustentable de justificación jurídica". Por otra parte, y a diferencia ahora del primero de los puntos de vista, postula que "a veces es posible mostrar conclusivamente que una decisión jurídica dada es jurídicamente justificada a través de un razonamiento *puramente* deductivo", lo cual acontece, sobre todo, en los llamados "casos fáciles". Refiriéndose a un libro de John Wisdom, MacCornik nos recuerda que el razonamiento jurídico no puede ser catalogado ni como deductivo ni como inductivo, en

el sentido ordinario de esos dos términos, puesto que se trata de un razonamiento sui géneris. Dice MacCornik: Wisdom "apuntó hacia el hecho de que el razonamiento jurídico no es como una cadena de razonamiento matemático, donde cada paso se sigue del precedente y donde cualquier error a cualquier nivel vicia lo que sigue. Más bien, el razonamiento jurídico es un asunto de pesar y considerar todos los factores que 'variadamente cooperan' a favor de una conclusión determinada, y balancearlos con los factores que apoyan la conclusión contraria. Al final, se llega a la conclusión sobre un balance de razones antes que por inferencias desde premisas a conclusiones. Estas razones por una conclusión son mutuamente independientes, ofreciendo cada una un conjunto de fundamentos para ellos, de modo que un error en una de ellas no deja a la conclusión sin apoyo; esas razones son, en la vívida frase de John Wisdom, 'como las patas de una silla, no como los eslabones de una cadena'".

Digamos que el hecho de que la justificación de decisiones judiciales vaya a veces de la mano de un razonamiento puramente deductivo –como acontece en los casos fáciles o rutinarios–, no significa que tal justificación se base siempre y exclusivamente en operaciones deductivas. En consecuencia, la lógica deductiva, que permite obtener conclusiones a partir de premisas, es algo relevante para la argumentación jurídica, y en particular para la argumentación judicial, puesto que ésta, dentro de ciertos límites, deja espacio para ella, aunque no pueda decirse –por ello– que la argumentación judicial es *siempre* deductiva.

En palabras de García Amado, "se asume de modo cada vez más pacífico que el razonamiento jurídico decisorio tiene una estructura deductiva, o que así debe ser si se pretende racionalidad, y que tal cosa no quiere en absoluto decir que el juez no haga más que deducciones".

Si existe pleno acuerdo en la discusión metodológica contemporánea acerca de lo expresado por Karl Larenz hace ya cerca de tres décadas, a saber, que "nadie puede afirmar en serio que la aplicación de dos normas jurídicas *no es sino* una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente" –frase ésta con la que Robert Alexy comienza un libro *Teoría de la argumentación jurídica,* de 1983–, existe o debería existir también

un acuerdo similar en cuanto a que la lógica deductiva no es enteramente ajena a los procesos de aplicación del derecho y que, particularmente en los llamados casos fáciles o rutinarios, colabora de manera importante en tales procesos.

Lo anterior quiere decir que las decisiones jurídicas, que ponen término a una controversia y que se expresan en enunciados normativos singulares, "no se siguen lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes" –tal como advierte Alexy–, lo cual no excluye que al menos en algunos casos –como señala por su parte MacCornik– "las justificaciones que llevan a cabo los jueces sean de carácter estrictamente deductivo".

Puesto lo anterior de otra manera: que sepamos hace ya rato que en la interpretación y aplicación del derecho no es posible prescindir de las valoraciones de quien lleva a cabo esas operaciones, no significa que haya un campo libre para las creencias valorativas de carácter sujetivo de quienes interpretan y aplican el derecho y que nunca será posible decidir simplemente sobre las bases de las normas preexistentes al caso que se trata de resolver.

Lo que venimos diciendo se relaciona con la mayor o menor problematicidad del caso que deba ser resuelto por un juez en un momento dado, respecto de lo cual cabe traer hasta aquí la distinción entre casos *fáciles,* casos *difíciles* y casos *trágicos.* Los primeros son aquellos para los cuales el ordenamiento jurídico contiene una sola respuesta, la cual pasa a ser considerada, por lo mismo, como la única respuesta correcta que el juez debe acoger en su fallo. Los segundos son aquellos para los cuales el ordenamiento provee de más de una respuesta, o, mejor aún, aquellos respecto de los cuales el juzgador advierte que puede haber más de una respuesta correcta. En cuanto a los casos trágicos –llamados de este modo por Manuel Atienza, quien los identifica como una hipótesis desde luego más problemática que la de los casos difíciles– son aquellos en los que no cabe encontrar ninguna solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral, de modo que "la adopción de una solución en tales supuestos no significa ya encontrarse con una simple alternativa, sino con un dilema".

Un ejemplo de caso trágico, analizado en extenso por el propio Atienza en su libro *Las razones del derecho,* es el que fue resuelto en España por el Tribunal Constitucional por sentencia de 27 de junio de 1990. Esta sentencia resolvió la cuestión de si se debe o no alimentar por la fuerza a unos presos cuando su salud se ve amenazada por una huelga de hambre prolongada.

La producción normativa judicial, si bien no puede ser reducida a un simple silogismo –"decidir no es deducir" nos recuerda MacCornik–, ella tiene siempre la estructura de un proceso de inferencia que parte por la determinación de los hechos del caso, continúa con la identificación de las normas aplicables y procura desprender finalmente una conclusión que es la que da contenido a la decisión normativa del juez. Es efectivo que muchas veces el juzgador puede enfrentar escollos en uno o más de los pasos antes señalados, hasta el punto de comprobar que se halla en uno de los así llamados *casos difíciles* o *casos trágicos* que se resisten a ser cómodamente subsumidos en una sola hipótesis normativa previa, pero ello no obsta a la utilización de una estructura que va de los hechos a las normas generales que los regulan y desde éstas a la norma concreta que resuelve el asunto.

Esta estructura ha sido bien explicada por Rafael de Asís en su excelente libro *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento,* basándose para ello en la experiencia del juicio penal.

El *juicio de hecho,* que equivale a fijar la premisa menor del silogismo, consiste en la determinación de los hechos que van a ser luego calificados jurídicamente. El *juicio de derecho,* que equivale a establecer la premisa mayor del silogismo, consiste en la búsqueda y determinación del material normativo que debe ser aplicado a los hechos. En cuanto a la *conclusión,* que equivale a conformar la parte resolutiva del fallo, se produce merced a la subsunción del caso en el material normativo correspondiente.

Siguiendo el modelo de Rafael de Asís, es preciso destacar que el *juicio de hecho* consta de tres fases, a saber, la presentación de los hechos, la prueba de los hechos y la fijación de los hechos.

La presentación de los hechos corre por cuenta de las partes, es decir, se trata de los hechos expuestos o alegados por ellas.

La actividad probatoria, sea que provenga de la iniciativa de las partes o del propio tribunal, es la que permite establecer los hechos probados, de modo que, una vez ocurrido ello, el juzgador tendrá que comparar los hechos probados con los alegados y apartar de su atención aquellos que no hayan conseguido ser acreditados.

Todo ese proceso conduce, en fin, a los hechos fijados, es decir, a un relato fáctico con sentido por parte del juez sobre los hechos en los que va a enfocar el juicio de derecho.

Tocante ahora al *juicio de derecho,* puede ser dividido en dos fases: la elección de la norma y la fijación de ésta.

En la primera de esas fases, el juzgador elige el material normativo desde el cual va a analizar los hechos ya fijados de la causa, o sea, se trata de determinar qué enunciados normativos presentes en el ordenamiento jurídico pueden tener relación con los hechos fijados.

En la segunda de las fases –la de fijación de la norma–, el juez, a través de la actividad llamada de "interpretación", establecerá el significado y alcance de los enunciados normativos previamente elegidos y procurará justificar ese sentido y alcance y por qué tales enunciados son aplicables al caso de que se trata. Esto se relaciona con lo que se dirá más adelante en el número 7 de las precisiones con las que concluye el presente capítulo.

Una descripción como esa de la labor jurisdiccional simplifica en cierto modo las cosas, pero da bien cuenta de los pasos que lleva a cabo el juez y de la estructura general de su trabajo. Una descripción, por lo demás, que Rafael de Asís estima no contradictoria con la que para el proceso civil ha enunciado su colega Alfonso Ruiz-Miguel, y que consta, por su parte, de las siguientes cinco fases: calificación previa del asunto controvertido y de los límites jurídicos y fácticos del caso; selección, evaluación y descripción de los hechos; búsqueda y selección del criterio jurídico aplicable al caso; atribución de significado preciso al criterio elegido; y aplicación del criterio a los hechos estimados probados.

Dejando atrás lo que hemos dicho acerca del razonamiento deductivo y del razonamiento judicial, preguntémonos ahora si acaso el razonamiento jurídico, y en particular el de tipo judi-

cial, es o no una clase de razonamiento *moral,* o sea, preguntémonos si existe una conexión esencial entre razonamiento jurídico y razonamiento moral o si se trata de ámbitos distintos y autónomos uno de otro.

En cierto modo esa pregunta fue ya contestada en el presente capítulo, cuando dijimos que el hecho de ser en la mayoría de los casos el razonamiento jurídico un razonamiento *práctico* no es suficiente para hacer de él un razonamiento *moral* o para producir una conexión esencial con el razonamiento de este último tipo.

El razonamiento moral es un razonamiento práctico, pero no todo razonamiento práctico es moral o guarda una relación *esencial* con ésta.

Es efectivo que el derecho acoge conceptos de índole moral que vinculan al legislador, a los jueces, al gobierno y a los órganos de la administración. Es cierto, asimismo, que conceptos de ese tipo son desarrollados y aplicados en las decisiones normativas que competen a cada uno de esos ámbitos.

Sin embargo, que en la justificación de decisiones judiciales puedan y aun deban aplicarse normas y principios morales –lo cual es bien patente cuando el propio derecho preexistente al caso remite al juez a directivas o a conceptos de ese tipo–, no trae consigo que dicha justificación implique *necesariamente* el uso de normas y de principios morales. De este modo, el razonamiento jurídico, y en particular el de índole judicial, no son refractarios y ni siquiera extraños al razonamiento moral en un caso dado, pero aquél goza de autonomía frente a éste.

Cuando las normas jurídicas se remiten a la moral, quiere decir que en esos casos razonar *de acuerdo* al derecho es más que razonar *sobre* el derecho. Es razonar también sobre moral, porque así lo ha dispuesto el derecho y es preciso mantenerse vinculado a éste. Sin embargo, ese hecho, como expresamos en su momento valiéndonos de una cita y de un ejemplo de Atria, "no es suficiente para sostener la tesis de que el razonamiento jurídico *es* razonamiento moral, así como el hecho de que algunas veces los ingenieros deban tomar en cuenta consideraciones estéticas no hace del 'razonamiento ingenieril' razonamiento estético".

Pasando ahora a la cuestión del peso de las normas en el razonamiento judicial, creemos del caso expresar lo siguiente:

Las normas jurídicas, mejor aún, el ordenamiento jurídico como un todo, constituye el marco dentro del cual los jueces deben adoptar sus decisiones. Esto quiere decir que el juez, en razón de su profesión y de su juramento, está vinculado al marco normativo previo, y que para cumplir con ese deber tiene que cuidar que su decisión pueda ser fundamentada en el respectivo ordenamiento jurídico.

Un rasgo peculiar del razonamiento judicial, como también del razonamiento jurídico que tiene lugar en otras sedes o ámbitos, es que él parte de normas –en el caso del razonamiento judicial de las normas del derecho preexistentes al caso– y, a la vez, que él conduce a nuevas normas, como son las de carácter concreto y singular que los jueces establecen en sus fallos. En otras palabras: los jueces razonan y argumentan a partir de las normas relativas al caso de que conocen, como también a partir de los hechos del caso, y resuelven éste por medio del establecimiento de una nueva norma. Los órganos jurisdiccionales son a la vez centros de *aplicación* de normas y de *producción* de éstas.

Que los órganos jurisdiccionales constituyen un centro de producción normativa no significa que las decisiones judiciales creen necesariamente un derecho nuevo no vinculado con el derecho preexistente a los casos que ellos resuelvan. Ello podrá ocurrir, excepcionalmente, en el caso de una laguna legal que el juez deba colmar con su fallo. Sin embargo, aun en un caso como ese, el derecho establecido judicialmente deberá algo al derecho preexistente –así no más sea porque éste autoriza al juez a llenar la laguna de que se trate– y porque el razonamiento por analogía y los principios generales del derecho –que constituyen medios a través de los cuales se llenan lagunas– están conectados con el ordenamiento jurídico que precede al caso.

Los jueces son operadores jurídicos que producen nuevas normas aun en el caso de que las normas concretas y singulares que ellos establecen no importen una innovación desde el punto de vista de su contenido respecto del derecho preexistente al caso –que es lo que acontecerá habitualmente–, puesto que tales normas, si bien obtenidas por método deductivo a partir de las de carácter abstracto y general de la legislación, son normas que llegan a tener una existencia formal distinta de las leyes de las cuales fueron inferidas.

Todo juez pone cuidado en que su decisión esté fundamentada en las normas pertinentes del ordenamiento jurídico, porque de esa manera cumple un deber inherente a su función y porque sabe que quienes acuden a él, en nombre de ese fin del derecho que llamamos seguridad jurídica, tienen la legítima expectativa de que su caso sea tramitado y resuelto conforme lo establecen las normas que lo regulan. Además –y tal como mencionamos antes–, al proceder de ese modo, el juez confiere plausibilidad o aceptabilidad a sus decisiones, una aceptabilidad que el juez quiere ante todo poder certificar él mismo y que otros puedan también compartir.

En expresión de Alf Ross, todo juez tiene una conciencia jurídica formal que satisfacer, esto es, una conciencia profesional que le exige atenerse con su decisión al derecho preexistente al caso, o, cuando menos, dar las razones justificatorias de por qué prescindió en un caso de ese derecho, como acontece en la hipótesis de las lagunas legales y –más excepcionalmente– en la que se produce cuando el ordenamiento jurídico provee al juez de una solución que, atendidas las peculiaridades del caso a resolver, produciría de ser aplicada consecuencias notoriamente injustas e inconvenientes que el legislador no previó y que al juzgador le parece perentorio evitar.

La importancia del razonamiento judicial se manifiesta tanto en los casos fáciles como en los difíciles y en los de carácter trágico, aunque en relación con los dos últimos –como dice Rafael de Asís– "la justificación de la decisión que se adopte adquiere una importancia radical. Toda decisión debe ajustarse a la legalidad, cualesquiera sea el grado de complejidad del caso por resolver, pero las razones que pueda ofrecer el juez cobran mayor importancia cuando el caso admite más de una decisión ajustada a la legalidad (casos difíciles) y, sobre todo, cuando el asunto no cuenta con ninguna solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral (casos trágicos).

Que el juez deba razonar, esto es, llegar a tener razones en favor de su decisión, y sobre todo, que el juez deba argumentar a la hora de decidir, o sea, aducir o comunicar de un modo inteligible las razones de su fallo, constituye nada más que la ex-

presión de esa mínima exigencia que toda sociedad democrática formula a las autoridades que adoptan decisiones públicas.

Además, el cumplimiento por parte de los jueces de un deber semejante (1) satisface el derecho de quienes concurren en condición de partes o interesados a una instancia de adjudicación; (2) satisface el interés que la comunidad tiene en conocer las razones del juez; (3) permite controlar que la decisión judicial no sea arbitraria; (4) proporciona la indispensable información de que las partes y sus representantes deben disponer para el caso de recurrir en contra de una decisión judicial; y (5) proporciona también a los tribunales superiores la información necesaria para revisar los fallos de los inferiores y para vigilar la interpretación y aplicación del derecho que éstos hacen.

Es conveniente hacer algunas precisiones antes de concluir este capítulo:

1. A lo que el juez debe acatamiento u obediencia es al "derecho" preexistente al caso, y no únicamente a la ley, de donde resulta que el peso normativo sobre la argumentación y decisión judiciales está dado por el conjunto del ordenamiento jurídico, con todas sus fuentes incluidas, y no sólo por una parte determinada de ese ordenamiento, que es lo que ocurriría, por ejemplo, si se dice, como proclamaron los exégetas en Francia luego de la promulgación del Código Civil francés a comienzos del siglo pasado, que la ley es la única fuente de donde deben derivarse todas las decisiones judiciales.

En efecto, un autor de ese tiempo, Blondeau, autor de un texto que en 1841 llamó *La autoridad de la ley,* escogió como subtítulo de esa misma obra nada menos que la siguiente frase: "De la cual deben derivar hoy todas las decisiones jurídicas", con lo cual quiso alertar en contra de lo que él mismo llamó "las falsas fuentes de decisión con las cuales se pretende sustituir la voluntad del legislador, tales como los precedentes, la equidad, los adagios, las doctrinas".

Por lo mismo, si un juez debe fallar conforme a normas, y si esas normas no están localizadas en una, sino repartidas en varias fuentes, ese juez debe atender a todas las fuentes del derecho reconocidas como tales por el respectivo ordenamiento

jurídico, o sea, debe saber cuáles son esas fuentes, disponer de medios para acceder a ellas y recoger al cabo suficiente información normativa acerca del caso por resolver. Esta información normativa se vuelve tanto más compleja cuanto complejo se vuelva el cuadro de las fuentes y la densidad de éstas, pero el juez no tiene más alternativa que buscarla, puesto que de ello depende que la función jurisdiccional, que consiste en "decir el derecho", equivalga realmente no a legislar sobre cada caso, sino "a expresar lo que se tiene como derecho válido según las fuentes admitidas", aunque sin olvidar, por cierto, que esas fuentes pueden implicar "un grado más o menos fuerte de indeterminación y, por tanto, de creación casualista del derecho".

2. Sin perjuicio de otros antecedentes que también concurren en el así llamado razonamiento judicial y que han sido destacados antes –tales como hechos y valoraciones–, las normas del ordenamiento jurídico constituyen algo así como "razones" que el juez debe invocar en apoyo de sus decisiones. Razones justificatorias, por cierto, porque proporcionan al juez, en palabras de Alchourrón y Bulygin, "elementos justificatorios de la acción en la argumentación práctica acerca de lo que se debe hacer u omitir" en un caso dado. En este sentido, puede decirse incluso que las normas son razones del fallo, fundamento de éste, algo que a fin de cuentas justifica que el fallo sea uno y no otro.

Lo anterior no quiere sugerir que las normas jurídicas sean *sólo* razones, puesto que ello sería erróneo. Lo que se dice es que es posible *adoptar* normas jurídicas como razones. Como escribe Rolando Tamayo, "ciertamente, las normas (como cualquier cosa) pueden ser *consideradas* como razones para la acción, pero este hecho no es suficiente para concluir que las normas sean sólo razones".

3. No faltan quienes llaman la atención acerca de que los litigios surgen por las distintas apreciaciones que las partes tienen de los *hechos* del caso y no por las distintas apreciaciones que pudieran existir acerca de la interpretación de las *normas* en juego. Si esto es así, la suerte de los litigios depende de la prueba de los hechos antes que de la consideración de elementos propiamente normativos. Como dice Julio Cueto Rúa, comen-

tando un libro de Jerome Frank titulado *Derecho e incertidumbre,* a Frank "le preocupan poco, en general, las normas jurídicas. Ni las juzga particularmente enigmáticas ni les atribuye mayor influencia en la superación de las dudas suscitadas por la recepción de la prueba". A "Frank sólo le preocupa estudiar el proceso por virtud del cual los jueces de primera instancia fijan los hechos del caso que determinarán la aplicabilidad o inaplicabilidad de determinada norma."

Sin embargo, no puede olvidarse que el elemento normativo, aparentemente expulsado por Frank de la escena, vuelve a entrar en ésta, puesto que los hechos se califican a partir de normas y porque normas son también las que regulan los medios de prueba y el valor que el juez debe dar a cada uno de esos medios.

4. Pero los jueces identifican normas para decidir sobre su aplicación, motivo por el cual no tienen más alternativa que interpretarlas, o sea, tienen que establecer el sentido y alcance de las normas, o, mejor aún, el marco de posibles sentidos y alcances que las normas puedan admitir.

5. La interpretación del derecho es una actividad tan central como difícil en toda teoría y también en la práctica jurídica, y el modo como los jueces realizan esa actividad es también motivo de diversas visiones.

6. Pero a propósito de la interpretación del derecho, y en particular de la interpretación de la ley, cabe hacer una distinción que no carece de importancia: me refiero a la distinción entre la formulación de la norma y el o los significados que el intérprete descubre o atribuye a esa formulación en un caso dado. Para ilustrar esta distinción entre formulación de la norma y significados de ésta, cabe advertir que dos formulaciones normativas distintas pueden expresar un solo significado, o sea, una sola norma, como es el caso de "prohibido fumar" y "no se permite fumar". Allí, en efecto, hay *dos* formulaciones, pero *una* sola norma. Al revés, quienes trabajan con el derecho están habituados a que una misma formulación normativa exprese distintos significados, que es lo que acontece, por ejemplo, con la

norma que dice "prohibido el paso de vehículos", que tiene ciertamente diversos significados según en el contexto que deba ser incluida la palabra "vehículos". Si la norma está a la entrada de un parque, bien podría concluirse que la prohibición se aplica a vehículos motorizados, pero no a bicicletas, triciclos, autos de niños a tracción o a la silla de ruedas que alguien maneja por sí mismo. Pero distinto es el caso si esa norma está a la entrada de una propiedad privada o en el punto en que se corta una calle y sigue luego un precipicio.

El punto no carece de importancia, porque en caso de aceptar un punto de vista como el de A y B se seguiría para el razonamiento judicial un efecto como éste: no que las normas dejarían de pesar sobre el razonamiento judicial, pero sí que las normas pesarían sobre el razonamiento, no propiamente por sí mismas, sino sólo una vez que hayan sido interpretadas por los jueces. Cobraría así sentido, aunque por motivos distintos, la célebre frase de los realistas norteamericanos que sostenía que las llamadas reglas del derecho, o sea, el derecho preexistente al caso antes de su interpretación y aplicación, no son propiamente el derecho, sino solo uno de los "ingredientes" que utilizan los jueces para producir el auténtico derecho, que sería, por cierto, el que estos mismos funcionarios estatales declaran en sus fallos. Si las cosas funcionaran de ese modo, las que llamamos normas jurídicas aparecerían sólo en los intersticios que se forman en el proceso dinámico en virtud del cual la formulación normativa emitida por un productor de derecho, por ejemplo, el legislativo, viene luego a ser interpretada para aplicarla a un caso dado.

Pero decir que diferentes interpretaciones por parte del juez pueden conducir a diferentes normas, tiene también un significado más sencillo, si es que con ello se quiere decir que diferentes interpretaciones del derecho legislado pueden conducir a distintos contenidos de las normas individuales que emiten luego los jueces.

7. Modos de presentación de la función jurisdiccional como los que hacen Kelsen y Ross nos muestran que el llamado razonamiento judicial estaría interferido por elementos no racionales, o, como pasa con Kelsen, que operaría racionalmente hasta

cierto momento, el momento en que el juez ha fijado el marco de posibles interpretaciones que admite el derecho preexistente al caso, y tiene que proceder a elegir una de esas interpretaciones, de las que se sigue una decisión, y desechar las demás interpretaciones posibles, de las que se seguirían otras decisiones. Kelsen dice que esa elección se hace ya por motivos políticos y morales.

8. Ross, en cambio, remite a la conciencia jurídica material del juez, que influiría en las decisiones de éste tanto como su conciencia jurídica formal, sobre todo en los casos difíciles.

Los métodos, criterios o cánones de la interpretación jurídica –gramatical, lógico, histórico, sistemático, teleológico, de la utilidad social, o cualquier otro– servirían según Kelsen solo para establecer el marco de posibles interpretaciones que una o más normas jurídicas admiten razonablemente, pero no ayudarían propiamente a la hora de elegir una determinada de esas interpretaciones. Esta elección no sería ya "razonable", sino fruto de las convicciones políticas y morales del intérprete, lo cual, sin embargo, no excluye que el juez deba *razonarla,* esto es, ofrecer razones justificatorias en favor de la interpretación escogida, que –por lo dicho antes– es mucho más que eso: se trata ya de la norma que el juez fija para aplicar al caso y dar a éste una determinada solución.

Razonabilidad –en el caso de los jueces– no significa *objetividad* a toda prueba. "No hay nada sorprendente –apunta MacCornik– en la idea de que un estándar objetivo sea aplicable sólo a través de la subjetividad adjudicativa. La cuestión de quien cruzó la línea primero es una cuestión objetiva, pero debe ser determinada por el árbitro de línea, el adjudicador fotográfico, etc."

9. Sin perjuicio de los llamados métodos o cánones de la interpretación jurídica, los jueces a la hora de fundamentar sus decisiones, se valen también, comúnmente, de determinados argumentos, a saber, argumento por analogía, a fortiori, a contrario, etc. En las páginas 421 a 423 de nuestro libro *Introducción al Derecho* puede encontrarse una identificación y explicación de cada uno de ellos.

10. Cuando nos preguntamos por el peso de las normas en el razonamiento judicial incluimos también, por cierto, a otros estándares o patrones de conducta que se encuentran presentes en todo ordenamiento jurídico.

Por una parte, en todo ordenamiento jurídico existen enunciados muy importantes que no se comportan como normas, esto es, cuya función no es guiar el comportamiento bajo la amenaza de sanciones coactivas, pero que, no obstante, cumplen funciones muy importantes para la existencia, comprensión y renovación del ordenamiento jurídico, tales como los enunciados que definen conceptos, que otorgan competencias para producir nuevas normas o para modificar o derogar las ya vigentes, que interpretan normas, que derogan normas o que permiten determinados comportamientos al franquear conductas que en general se encuentran prohibidas por disposición de otras normas.

Son las que Kelsen llama "normas jurídicas no independientes".

Por otra parte en todo ordenamiento jurídico encontramos esos estándares o patrones de conducta que llamamos "principios" y "valores".

No es un error concebir y pensar el derecho como un conjunto de estándares o patrones de conducta, aunque sí constituye un error creer que las normas jurídicas son los *únicos* estándares o patrones de conducta que existen en el derecho.

La prueba de que existen en el derecho estándares distintos de las normas es que los juristas los citan, los abogados los invocan, los legisladores se declaran vinculados a ellos, y los jueces los aplican.

En el capítulo relativo al positivismo jurídico, según se recordará, tuvimos oportunidad de referirnos a los derechos fundamentales, a los principios y a los valores, como estándares distintos de las normas o que no siempre operan, estrictamente hablando, como normas.

De ahí la afirmación de Hart en orden a que el derecho no es norma ni un conjunto de normas, sino algo que tiene que ver *preferentemente* con normas.

Al concluir ya este capítulo, es preciso señalar algo que probablemente debió quedar en claro desde un principio. Como

han señalado varios de los autores mencionados en el presente capítulo, una teoría de la argumentación jurídica en particular, puede ser *empírica, analítica o normativa.*

Una teoría semejante es empírica cuando trata de identificar y explicar los argumentos que efectivamente son empleados en el discurso, la correlación que exista entre los argumentos, sus efectos y las concepciones que puedan existir acerca de la validez de los argumentos.

Una teoría de la argumentación es *analítica* cuando da cuenta de la estructura lógica de los argumentos realmente utilizados en el discurso y de los argumentos posibles.

Por último, una teoría es *normativa* si establece y fundamenta criterios para la racionalidad del discurso, esto es, criterios que tendrían que ser observados en un discurso racional.

Quizás si la diferencia más nítida se da entre teorías empíricas y teorías normativas, puesto que las primeras se plantean la cuestión de *cómo se razona* y las segundas la de *cómo debe razonarse.*

Se podría preguntar ahora en cuál de esas tres direcciones se mueven las explicaciones dadas en este capítulo. Probablemente en más de una de ellas, puesto que no hemos pretendido ofrecer una teoría de la argumentación jurídica, sino plantear este tema de manera que se comprenda, entre otras cosas, qué es razonar, qué es razonar jurídicamente, qué tipo de razonamiento es el razonamiento jurídico, en qué ámbitos y por quienes se razona jurídicamente, cuál es la importancia y cuáles las peculiaridades del razonamiento judicial, qué relación y diferencia tiene éste con el razonamiento moral, hasta qué punto es deductivo el razonamiento judicial, y, por último, cuál es el peso que tienen las normas y otros estándares jurídicos en el razonamiento judicial.

Para completar un análisis del tema, y sobre todo para ahondar en él, imposible no recomendar los volúmenes que sobre el particular han sido publicados en la colección "Cuadernos de análisis jurídicos", de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, números 2 y 18, titulados *La naturaleza del razonamiento judicial y Razonamiento judicial: verdad, justicia, ley y derecho.* Especial mención es preciso hacer a la obra *Razonamiento judicial,* editada por Carlos Cerda como Nº 5 de la Serie de Pu-

blicaciones Especiales de esa misma Escuela de Derecho. Y, asimismo, al Nº 45 de la Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, titulado *Sobre el razonamiento jurídico.* Este último volumen apareció en el segundo semestre de 2001, coetáneamente casi con este libro.

En esas obras podrá encontrarse una buena cantidad de trabajos, tanto de autores nacionales como extranjeros, acerca del tema tratado en este capítulo.

CAPITULO SEXTO

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

I. Cultura: etimología y evolución de un término. II. Usos más frecuentes de la palabra "cultura". Un alcance sobre literatura y derecho. III. Cultura como identidad: mundialización, internacionalización y globalización. ¿Es la globalización una amenaza o una oportunidad? Diversidad, pluralismo y tolerancia. "Globalización" es también una palabra. IV. Cultura jurídica y cultura jurídica chilena. Cultura jurídica interna y cultura jurídica externa. Cultura jurídica explícita y cultura jurídica implícita. La fragmentación de la cultura jurídica interna. V. Una caracterización de la cultura jurídica interna chilena sobre la base de hipótesis. ¿Qué quiere decir "hipótesis"? La cultura jurídica chilena en perspectiva histórica. VI. Ocho hipótesis sobre la cultura jurídica chilena interna.

I. Cultura: etimología y evolución de un término

Al inicio de un capítulo como este es preciso detenerse un instante en la palabra "cultura", luego en la expresión "cultura jurídica" y, por último, en la frase "cultura jurídica chilena". Y ello en atención a dos razones, a saber, primero, porque si de lo que vamos a tratar en este capítulo es de la cultura jurídica chilena, resulta previo e indispensable despejar los conceptos de "cultura" y de "cultura jurídica"; y, segundo, porque al proceder de ese modo se guarda también una cierta coherencia con los capítulos anteriores de este libro, en los que a propósito de otras materias –la filosofía, la filosofía del derecho, la democracia, el positivismo jurídico y el razonamiento jurídico– se ha hecho un esfuerzo invariable por aclarar los términos de cada una de esas cuestiones. Si filosofar equivale a una inmersión en el pequeño abismo que es cada palabra –como dice Ortega–, filosofar acerca de la propia

filosofía, o hacerlo respecto de la filosofía del derecho, de la democracia, del positivismo jurídico, del razonamiento jurídico o de la cultura jurídica de una comunidad nacional determinada, tiene que consistir también, al menos en parte, en un esfuerzo por abrir tales palabras o expresiones. Un acto éste –el de abrir las palabras– que tanto puede consistir en un descenso hacia el fondo de ellas como en un despliegue de tipo más bien horizontal, que es lo que acontece con el gesto que se hace cuando lo que se abre es un abanico que deja ver todos sus intersticios.

Pero antes de pasar a los usos más frecuentes que tiene hoy la palabra "cultura", conviene detenerse un instante –tal como anticipa el título de este primer apartado del presente capítulo– en la etimología y evolución de ese término.

Siguiendo en esto el esquema que sobre el particular adoptan Antonio Martínez y Jordi Cortés en su *Diccionario de Filosofía,* cabe mencionar que el término "cultura" proviene del latín "cultus", forma ésta del verbo "colere", que significa "cultivar", Así, por ejemplo, los términos "agricultura", "piscicultura" y "viticultura" significan, respectivamente, cultivo del campo, cultivo de peces y cultivo de la vid.

En ese contexto, "cultus" significó también el estado de un campo *cultivado,* es decir, de un campo *cuidado,* por oposición a *descuidado o abandonado,* por lo cual el sustantivo "cultus" adquirió también el significado de "cuidado".

Así, en un sentido religioso "culto" pasó a ser el cuidado que los sacerdotes hacían de los dioses, y en un sentido secular significó el cuidado que una persona ponía en su propio espíritu. De ahí que hasta hoy se diga que un hombre es culto en la medida que *cultiva* su espíritu, y que un hombre inculto, por el contrario, se asemeja a un campo *sin cultivar.*

En los siglos XVII y XVIII el término amplía su campo de significación más allá del ámbito o esfera individual de las personas, entendiéndose por "cultura" aquello que el hombre añade conscientemente a la naturaleza, ya sea que lo haga en sí mismo, cultivando su espíritu, o como resultado de determinados procesos productivos, cultivando bienes materiales, como herramientas o utensilios diversos.

En esta nueva significación, "cultura" se contrapone a "naturaleza", y se configura como un término asociado exclusiva-

mente a la actividad humana, ya sea que esta actividad consciente del hombre se concentre en su propio espíritu o interioridad, o bien en determinados procesos cuyo resultado es la producción de bienes materiales de muy diversa índole.

Por otra parte, en la medida que el cultivo individual del espíritu supone un cierto ocio, como supone también tener cubiertas las necesidades materiales más básicas, "cultura" fue también sinónimo de una actividad u ocupación propia de las clases adineradas, que eran las únicas que estaban en situación de leer libros "cultos", de escuchar música "culta" y, en general, de acceder a las creaciones artísticas del espíritu humano.

En Alemania –y piénsese, por ejemplo, en la concepción que del derecho tuvo Savigny como un producto cultural del espíritu del pueblo–, "cultura" es una palabra que se emplea para acentuar las particularidades o virtudes de una nación, circunstancia ésta que emparenta dicha palabra con el término "tradición". Una palabra, esta última, que "recalca la necesidad de transmisión para que pueda existir la cultura", no obstante que en otros medios o culturas –como Francia y Gran Bretaña– se prefería, en este sentido, el término "civilización".

Hay pues toda una evolución del término "cultura", desde los inicios, en que se lo entendía como cultivo del espíritu individual –donde el espíritu es entendido al modo de un campo del que es preciso cuidar con esmero–, hasta el momento posterior en que, ampliando su significado, pasa a designar las cosas que el hombre es capaz de producir, tanto dentro de sí como en su entorno, por oposición a aquellas de que lo provee directamente la naturaleza. Por otra parte, y en la medida en que la producción de bienes materiales se hace posible y eficaz a partir de procesos colectivos, "cultura" se vincula a una acción social, y, luego a una situación social de privilegio. "Cultura" es también una palabra que, oponiéndose a "civilización", que alude, por su parte, a obras o a bienes simplemente materiales, designa también las características y virtudes espirituales de un pueblo o nación, lo que –según vimos– emparenta esta noción con la de "tradición".

Sin embargo, todas esta nociones o ideas de cultura quedan en cierto modo superadas por la visión de la moderna antropología cultural, que entiende por "cultura" "el conjunto de los di-

versos aspectos de la conducta humana que son aprendidos y que se transmiten a lo largo de la historia por aprendizaje social". "Cultura" sería así "todo lo que se aprende y se comparte socialmente", es decir, la herencia social.

II. Usos más frecuentes de la palabra "cultura". Un alcance sobre literatura y derecho

"Cultura" es una palabra que se emplea con distintos significados, de modo que cada vez que la utilizamos podemos estar aludiendo a diferentes cosas o fenómenos. Así, parece conveniente precisar esos diferentes significados y establecer en cuál o cuáles de ellos es utilizada esa palabra cuando la incluimos en la expresión "cultura jurídica".

Con todo, advertiremos que en cada uno de tales significados la palabra "cultura" puede ser relacionada con el derecho, sin perjuicio de que cuando esa palabra aparece seguida del calificativo "jurídica" tenga o adquiera sólo uno de esos varios significados.

Siguiendo en esto a Jorge Millas, podemos decir que *cultura,* en el sentido amplio del término, es todo lo que resulta de la acción conformadora y finalista del hombre. Una noción de cultura, como se ve, que vincula la acción humana con los fines que el hombre es capaz de proponerse, lo cual recuerda la definición de cultura propuesta por Kant: "la producción en un ser racional de la capacidad de escoger sus propios fines".

El ser humano, que se descubre arrojado al planeta que habita en medio de un universo que no alcanza aún a conocer, se propone ciertos fines, o bien sigue determinados impulsos e instintos, que lo llevan no sólo a *valerse* de la realidad que lo circunda, sino también a *conformarla.* El hombre primitivo, por ejemplo, impulsado por el hambre y por el instinto de conservación, cogía posiblemente con sus propias manos alguno de los múltiples peces que en gran abundancia se agolpaban y saltaban sobre el agua en un punto del río que a él le resultaba fácilmente accesible. Pero más tarde, con el fin de proveerse de un mayor número de peces con un menor esfuerzo de su parte, fabricó seguramente el primero y más tosco de los arpones, que iría luego perfeccionando en el futuro.

Ese mismo hombre primitivo es casi seguro que en un primer momento probó cruda la carne del pescado y que sólo más tarde apreció que el sabor de ésta mejoraba considerablemente si la doraba al fuego que había aprendido a hacer frotando pacientemente piedras u otros objetos que halló en la naturaleza.

Tampoco puede ser descartado que el primer hombre que hizo algo semejante se haya acercado luego a otro de sus semejantes –probablemente a una mujer que le atraía–, con el propósito de hacerle saber de algún modo, con sonidos o gestos, o bien con una mezcla de ambos, que un pescado cocido al fuego sabía mejor que llevárselo crudo a la boca.

Muchísimo más tarde, por cierto, advirtiendo que el exceso de pesca podía acabar con una determinada especie de peces o de moluscos, los hombres convinieron en establecer una norma que prohibiera la pesca o extracción durante un cierto tiempo, justo el necesario para que la especie correspondiente se renueve y consiga subsistir como tal.

Pues bien, los peces no son objetos culturales, sino naturales, porque, al menos tratándose de los peces originarios, ellos estuvieron allí a disposición de hombres a los que no cupo ninguna intervención en la creación de los peces ni en su reproducción o subsistencia. Pero el arpón, el pescado cocido, los sonidos y gestos del primero de sus cocineros, y la norma que establece una veda, sí son productos culturales, puesto que en todos los casos se trata de algo que el hombre ha *producido* con vistas a una *finalidad* determinada: el arpón para conseguir una pesca más abundante y con menor esfuerzo y asegurarse así la alimentación; el pescado cocido para dar satisfacción a su apetito en forma más placentera; los sonidos y gestos para comunicar a otro las bondades de la carne puesta a hacer al fuego y atraerse así su aprobación; y la norma jurídica concerniente a la veda, para asegurar ahora la subsistencia de la especie y, con ella, la posibilidad de seguir contando con los productos de la misma.

Se aprecia de este modo, en consecuencia, cómo un objeto natural, o, si se prefiere, un ser natural –el pez– puede transformarse en objeto cultural cuando el hombre primitivo lo pesca, cuece y utiliza para comer. Lo propio pasa con los retamos que, bien entrada la primavera, crecen en abundancia en el campo

chileno, y que irrumpen incluso en medio de las poblaciones urbanas, donde despiden el dulce e intenso aroma de sus diminutas flores amarillas. Mientras esas flores permanecen en el frágil arbusto que les da vida, son también un objeto natural. Pero basta que alguien tome algunas de ellas, las corte, forme un ramo y las coloque en las manos de la persona que ama, para que esas mismas flores pasen a ser ahora un objeto cultural, puesto que es por la acción conformadora y finalista de alguien –la persona que hizo el ramo con el cual busca agradar a la persona amada– que las flores han adquirido ese nuevo carácter.

Todo lo que resulta de la acción conformadora y finalista del hombre, todo lo que los hombres hacen o producen con vistas a un fin cualquiera que se proponen alcanzar: eso es *cultura,* en el sentido amplio de la expresión.

"Todo lo que el hombre ha sido capaz de colocar entre el polvo y las estrellas", según la hermosa y feliz fórmula de Radbruch. Todo, desde las comidas que el hombre prepara hasta las ciudades que diseña y construye. Desde los cacharros de greda que cuece en un horno y que luego pinta con esmero hasta las catedrales que levanta para tener un sitio en el que adorar a los dioses en que cree. Desde los primeros sonidos que fue capaz de hacer para expresarse y comunicarse con sus semejantes hasta los múltiples y complicados lenguajes que emplea hoy con esas mismas finalidades. Desde las prácticas de cortesía que observa con sus vecinos hasta las exigentes regulaciones jurídicas y morales con las que procura alcanzar algunas finalidades sociales y personales más altas y ambiciosas que la simple urbanidad.

Cultura es entonces todo lo producido por el hombre, y comprende una multiplicidad y diversidad casi inabarcable de objetos, desde el lenguaje hasta el derecho, desde la economía a la moral, desde las religiones al régimen político, y toda esa infinidad de bienes de uso de que nos valemos para vivir, tales como viviendas, vehículos, carreteras, jardines, naves, computadoras, agujas, relojes y utensilios.

Es, en suma, todo aquello que el hombre añade a la naturaleza, y es por eso que la propia palabra "cultura" proviene del latín "cultus", que significa cultivar, cuidar, en el sentido de obtener deliberadamente ciertos bienes o productos, ya sea en uno mismo (cultivo del espíritu) o a partir de lo que nos provee la

naturaleza (cultivo del campo, o agricultura; cultivo de peces, o piscicultura).

En ese orden de ideas, el derecho es también un fenómeno cultural, o sea, algo que el hombre produce y renueva para regular la vida en sociedad y conseguir ciertos fines, tales como la paz, el orden y la seguridad jurídica de las personas. Los juristas, y en particular los filósofos del derecho, discuten hasta hoy si el derecho es una realidad normativa, fáctica o valorativa, o si acaso se trata de un fenómeno complejo que integra de algún modo componentes tanto normativos, fácticos y valorativos, pero lo cierto es que nadie niega que cualquiera sea la especificidad de eso que llamamos derecho –normativa, fáctica, valorativa, o mixta–, se trata inequívocamente de un fenómeno de carácter cultural, de algo que existe a partir de una acción humana deliberada (derecho legislado), o más o menos deliberada (derecho consuetudinario), y cuyo sentido se encuentra también en el cumplimiento de ciertas funciones socialmente útiles y en el de determinados fines que se consideran deseables.

Sobre el particular, es decir, acerca de las *funciones* y *fines* del derecho, puede verse el capítulo final de nuestro libro *Introducción al Derecho.*

He ahí, entonces, una primera y evidente relación entre cultura y derecho, consistente –según hemos dicho– en que éste forma parte de aquélla.

Pero si el derecho es un fenómeno cultural en el sentido que acabamos de señalar, cabe reparar ahora en que ese objeto o producto cultural que es el derecho se sustenta y se transmite por medio de otro fenómeno de cultura –el lenguaje–, hasta el punto de que el derecho puede ser visto como una de las manifestaciones del lenguaje prescriptivo, es decir, del lenguaje que emplean los hombres cuando quieren influir en el comportamiento de los demás hombres. "Hágame el favor de prestarme su arpón para pescar mis propios peces", o "no coma pescado crudo", son ejemplos de lenguaje prescriptivo, como también lo es "prohibida la extracción de erizos bajo apercibimiento de multa de una unidad tributaria mensual por pieza captada y requisamiento de lo capturado".

Tanto precisa el derecho del lenguaje que en la teoría jurídica actual acostumbra distinguirse entre *actos normativos, enun-*

ciados normativos y normas jurídicas propiamente tales. Así, se llama acto normativo al acto lingüístico ejecutado por una autoridad normativa en un lugar y momento dados, destinado a producir una prescripción, y como tal, orientado finalmente a dirigir la conducta de otro u otros sujetos. Es el caso, por ejemplo, cuando los parlamentarios de un órgano legislativo alzan sus manos o presionan dispositivos electrónicos y votan favorablemente una ley. Por su parte, el enunciado normativo es el resultado del acto normativo, o sea, se trata de una cadena de expresiones del lenguaje gramaticalmente correcta y completa. Se trata, entonces, del texto de la ley que ha sido votada favorablemente. En fin, la norma jurídica propiamente tal es el significado del enunciado normativo que resulta de la ejecución de un acto normativo.

Del modo antes indicado, puede afirmarse que el acto normativo tiene un estatus *pragmático,* el enunciado normativo un estatus *sintáctico,* y la norma un estatus *semántico.* Pragmático en el caso del acto normativo, porque lo que se pretende al ejecutar un acto de ese tipo es instituir una norma; sintáctico en el caso del enunciado normativo, porque es la sintaxis la parte de la gramática que enseña cómo unir y coordinar las palabras para formar oraciones; y semántico tratándose de la norma, porque la semántica es el estudio de los significados.

Tal como escriben a ese respecto Eugenio Bulygin y Carlos Alchourrón, "toda norma se formula o puede ser formulada en un lenguaje, pero la norma no es el conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido que esos signos expresan. Tenemos que distinguir, por tanto, entre la formulación de la norma (el enunciado normativo) y la norma. Los enunciados normativos son entidades lingüísticas; las normas son el sentido expresado por esos enunciados".

De este modo, cuando leemos los artículos de un código, lo que tenemos por delante no son normas, sino enunciados normativos. Las normas van a ser los significados que expresen tales enunciados, lo cual pasa por la interpretación de éstos.

Con mucha razón, por lo mismo, Carlos Peña ha podido escribir que quizás no exista otro ámbito de la experiencia humana que, como el derecho, posea una dependencia más estrecha de las palabras. El quehacer de los juristas –sigue razonando ese

autor– no consiste en describir un conjunto de objetos fijos, de entidades independientes, entidades que existan con prescindencia del discurso que los mismos juristas emiten.

"Mientras, por ejemplo, podemos aceptar que la frase 'la tarde está soleada' describe un hecho independientemente del sujeto que la pronuncia –de suerte que, aunque no haya nadie que la describa, la tarde puede estar, en efecto, soleada–, no ocurre lo mismo tratándose de los enunciados de los juristas, de los abogados o los jueces". Así, "el debido proceso, o cualquier otro concepto legal, no es un concepto relativo a una entidad independiente, de algo allí afuera que el jurista pueda, con mayor o menor fortuna, describir. Lo que los juristas denominan 'debido proceso' no es un hecho bruto, sino, en cambio, una entidad configurada por el discurso, una práctica convencional indiscernible del lenguaje; mejor todavía, una práctica institucional que se soporta nada más que en las palabras que la describen". Y concluye ese mismo autor: "el debido proceso no existía antes que los juristas lo nombraran, antes que los jueces, los abogados y los ciudadanos lo ejercitaran. Por eso mismo –y esto no es, desde luego, ninguna novedad– el derecho se parece más a la literatura que a la ciencia".

Pero hay un segundo significado de la palabra "cultura", más restringido que el que se refiere a todo lo puesto o producido por el hombre con miras a la realización de fines que el propio hombre se propone alcanzar, y que es el que dicha palabra toma cuando la empleamos para aludir a la producción de bienes de carácter simbólico cuyo origen está en la creación artística. Se trata ahora no de cualquier objeto producido por el hombre y dotado de sentido, sino de un tipo particular de objetos, los objetos bellos, o sea, los que resultan de las bellas artes, los cuales se diferencian de los que son producto de las llamadas artes artesanas, que se orientan, por su parte, a la mera utilidad. Se trata, en consecuencia, de objetos simbólicos, vale decir, de objetos con significado, pero que, ante todo, aspiran a ser juzgados por su belleza, como es el caso de una poesía, de una pintura, de una composición musical, de una película o de una escultura.

¿Hay alguna relación entre el derecho y esta segunda acepción de la palabra "cultura"?

Nos parece que sí, por cuanto el derecho, sustentado en el lenguaje que emplean las autoridades normativas que lo produ-

cen, e interpretado y difundido luego por el lenguaje que utilizan los juristas en sus exposiciones orales o escritas de las que son autores, tiene aptitud, dentro de ciertos límites, para ser medido o evaluado en la belleza del lenguaje que se utilice tanto para ponerlo en vigor como para interpretarlo, sistematizarlo y difundirlo con fines de conocimiento.

Como señala Radbruch, hay también una "estética del derecho", la cual recae sobre las formas de expresión del derecho, esto es, sobre "el lenguaje de la ley" y "el lenguaje de los juristas".

Hay, por un lado, el lenguaje *de* las normas, o, si se prefiere, el lenguaje de los enunciados normativos, y, por otro, el lenguaje *acerca de* las normas, lo cual trae consigo que pueda decirse que existe una *literatura* jurídica. Una literatura constituida por la que forma el derecho y por la que hace la ciencia del derecho, o sea, por el lenguaje de las normas y por el lenguaje acerca de las normas. Así, por ejemplo, ¿no puede decirse acaso que hay belleza en ese artículo del Código Civil chileno que declara en uno de sus artículos que "se entiende por playa del mar la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas", como la hay también en lo que Victorio Pescio decía de la concepción, a saber, que ella "ocurre rodeada de un apacible misterio y en un momento que hasta la propia madre ignora".

En todo caso, quizás sea cierto lo que señala Radbruch, a saber, que el lenguaje de la ley y el lenguaje de los juristas son objeto de frecuentes censuras desde un punto de vista estético, aunque por razones opuestas, puesto que "mientras que al lenguaje legal se le reprocha la aridez y la pobreza, al lenguaje forense se le acusa, por el contrario, de pomposo y de falso". De este modo, el lenguaje de la ley confía más "en el poder de la autoridad", en tanto que el lenguaje de los juristas apuesta de preferencia a "los recursos de la elocuencia".

En cuanto a la relación entre el derecho y literatura, es preciso indicar que los juristas suelen tratar esas relaciones a propósito de obras literarias, preferentemente novelas y obras de teatro, en las que se plantean problemas jurídicos relevantes. De este modo, a los motivos o razones de orden literario que pueden darse a favor de la lectura de tales obras, se suman motivaciones que tienen que ver con el interés por los asuntos jurídicos

que esas mismas obras plantean. Obras como *Antígona,* de Sófocles, *El mercader de Venecia,* de Shakespeare, *La promesa,* de Friedrich Durrenmatt, o *El Proceso,* de Franz Kafka, suelen ser ofrecidas como lecturas recomendadas para estudiantes de derecho, puesto que, sin constituir literatura jurídica ni reconocer propiamente un origen en preocupaciones jurídicas de sus respectivos autores, tienen alguna dimensión jurídica relevante y son, por tanto, susceptibles de ser analizadas –y aprovechadas– desde la perspectiva del derecho.

Por otra parte, a Ronald Dworkin debemos un interesante desarrollo de la pregunta acerca de cómo la literatura se parece al derecho. Como se verá, no se trata aquí de la pregunta acerca de cómo la literatura se nutre de problemas jurídicos, sino de la cuestión de cómo la literatura y el derecho se parecen en cuanto tanto la práctica jurídica como literaria pueden ser vistas como un ejercicio de interpretación.

El autor norteamericano propone sobre el particular el siguiente punto de partida: la práctica jurídica es un ejercicio de interpretación, lo cual vale tanto en lo particular como en lo general. En lo particular –como es evidente–, en cuanto los juristas interpretan textos constitucionales, legales y reglamentarios muy diversos; y en lo general –como resulta menos evidente–, en cuanto los juristas, incluyendo por cierto a los jueces, llevan a cabo la tarea interpretativa que le es propia "construyendo y refinando una teoría política sensible a aquellos asuntos sobre los que la interpretación dependerá en los casos particulares".

Pues bien, si la práctica jurídica es un ejercicio de interpretación en el doble aspecto antes indicado, nuestra comprensión del derecho puede mejorar si se compara la interpretación jurídica con la interpretación en otros campos, en particular, en la literatura. Lo cual no excluye el camino inverso, a saber, que una mejor comprensión del derecho y de su interpretación permita un mejor entendimiento de lo que es la interpretación en general.

Lo anterior quiere decir más o menos lo siguiente: los juristas pueden ganar en su comprensión de la *interpretación jurídica,* y por esa vía en su comprensión del derecho, en la medida en que se consigan tener una explicación más global acerca de lo que es la *interpretación en general,* lo cual significa que los juristas

"no deben seguir tratando la interpretación jurídica como una actividad *sui generis*". Recíprocamente, quienes se ocupan de la interpretación en general, o sea, quienes desarrollan teorías acerca de la interpretación, pueden mejorar su entendimiento acerca de ésta fijándose en la interpretación jurídica.

De ahí el llamado que hace Dworkin: "debemos estudiar la interpretación como una actividad general, como un modo de conocer, ocupándonos de otros contextos que dicha actividad conlleva". En consecuencia, "a los abogados les vendría bien estudiar interpretaciones literarias y artísticas. Puede no parecer un buen consejo –salir de Guatemala para meterse en Guatapeor–, ya que los mismos críticos están muy divididos en cuanto a lo que la interpretación literaria es, cosa que no mejora en otras artes. Sin embargo, precisamente por eso los abogados deberían conocer dichos debates. No todas las batallas que se han librado entre la crítica literaria han sido edificantes y a veces ni siquiera inteligibles, pero se han defendido mucho más teorías de la interpretación en la literatura que en el derecho".

Precisamente, uno de esos "otros contextos" en que tiene lugar la actividad de interpretación es la literatura, y los abogados –nuevamente en palabras de Dworkin– pueden "sacar provecho de una comparación entre lo que es la interpretación jurídica y la literaria", aunque para ello "es menester que vean la segunda desde cierta perspectiva".

¿Cuál es la perspectiva?

La que consiste en asumir la interpretación como descubrir el sentido de un texto antes que el de una palabra o frase en particular utilizada por un autor. O sea, lo que interesan son los razonamientos que en el campo literario se ofrecen para "alguna interpretación sobre el sentido de una obra en su conjunto" y que, por lo mismo, "tratan del significado de la obra como un todo más que del significado de una frase específica".

Sobre el particular, Dworkin propone lo que denomina "hipótesis estética", cuya fórmula es la siguiente: lo que busca la interpretación de un texto literario es mostrar qué lectura es capaz de revelarnos el texto como una verdadera obra de arte. En palabras del propio autor norteamericano, "lo que la interpretación de un texto pretende es mostrar *la obra* como la mejor obra de arte que *puede ser*", en donde el énfasis en *la obra* "se hace

para señalar la diferencia entre explicar una obra de arte y simplemente convertirla en otra obra distinta".

Pero, claro está, cualquiera que interprete una obra de arte –por ejemplo, una pieza teatral o una novela– tendrá que tener algunos conceptos previos acerca de lo que es bueno en arte y, asimismo, acerca de la identidad, unidad y coherencia de la obra de arte en general. Esto quiere decir que la interpretación de una obra de arte específica está en buena medida determinada por la teoría que se tenga acerca de la interpretación en general.

Como escribe Dworkin, "quienquiera que interprete una obra de arte cuenta con algunas opiniones de naturaleza teórica acerca de la identidad, la coherencia y otros aspectos formales de la obra de arte, así como con algunos conceptos más específicamente perceptivos sobre lo que es bueno en arte. Ambas creencias o preconceptos están detrás del juicio de que esta o aquella lectura es más apropiada que otra para beneficio del texto. Tales creencias u opiniones no tienen por qué estar articuladas, pueden ser *tácitas*. Esto no las hace menos genuinas –ni meras *reacciones*– ya que su fuerza en acción la puede percibir cualquier número de estas circunstancias".

En síntesis –que el propio Dworkin califica de *obvia*, aunque no de *trivial*–, "distintos modos de interpretación descansan sobre distintas teorías respecto a lo que el arte debiera ser, para qué sirve y qué lo convierte en buen arte".

Teorías estéticas determinan, entonces, estrategias interpretativas, aunque asume Dworkin también que no hace falta que quien interpreta literatura tenga siempre "una teoría estética completa y conscientemente desarrollada".

¿Pero cómo surge a partir de allí el paralelo entre la interpretación literaria y la jurídica?

La interpretación literaria, de acuerdo a todo lo dicho previamente, busca mostrar cómo una obra puede verse "en su mejor luz en tanto obra de arte", y, por tanto, debe cuidar los rangos formales de unidad, identidad y coherencia, así como consideraciones sustantivas de valor artístico.

Por su lado, la interpretación jurídica debe mostrar también un valor, un punto, que por cierto no puede ser artístico, sino político, porque el derecho "no es una labor artística", sino "una empresa política". Una empresa política –dice Dworkin– "cuyo

asunto más general, de existir alguno, descansa en la coordinación de los esfuerzos del individuo y los de la comunidad, o en resolver disputas tanto sociales como individuales, o en asegurar que se haga justicia entre los ciudadanos y entre ellos y el Estado, o cualquier combinación posible entre estos elementos". De este modo, "la interpretación de cualquier cuerpo o división del derecho debe mostrar el valor de tal cuerpo jurídico en términos políticos, demostrando –o mostrando– el mejor de los principios que dicho cuerpo debe tener para prestar un servicio".

Así las cosas, *la tesis fundamental* de Dworkin a este respecto –tal como él la califica– consiste en la afirmación de que la interpretación del derecho es esencialmente política. Política, es claro, no en un sentido partidista, sino en cuanto ella tiene en cuenta la doctrina histórica sobre el caso de que se trate, así como creencias de peso sobre fines sociales y principios de justicia, algo –a fin de cuentas– que los intérpretes del derecho suelen llamar "su filosofía jurídica o del derecho".

Lo mismo que esos novelistas en cadena a que se refiere Dworkin –cada uno de los cuales va escribiendo en pos del anterior un nuevo y distinto capítulo de una obra de creación colectiva–, los jueces, sobre todo cuando enfrentan casos difíciles, llevan a cabo una tarea parecida: interpretan lo ya escrito y producen una nueva decisión o capítulo de la larga y compleja cadena.

Entonces, si el papel del juez consiste en interpretar la historia que existe, no en inventarse una historia nueva, cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un "eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia".

Se comprende entonces, ahora, cómo la *hipótesis estética* de Dworkin sobre la *interpretación artística* se corresponde con su *hipótesis política* acerca de la *interpretación jurídica.* Las teorías estéticas están detrás de las interpretaciones artísticas, en tanto que la política lo está detrás de las interpretaciones jurídicas.

Debemos también a Joseph Raz un intento por vincular la interpretación del derecho con la interpretación en el arte.

Para ese autor, tanto la interpretación o ejecución de una obra de arte –sea ésta dramática o musical– como la interpretación que del derecho llevan a cabo los jueces, combinan *tradi-*

ción con *innovación,* donde el primero de estos dos términos alude a la reproducción de algo previamente dado al intérprete –la obra de arte o el texto normativo de que se trate– y donde el segundo de los términos pone relieve la creatividad del ejecutante y del intérprete.

"La interpretación –escribe Raz– es la actividad que combina reproducción y creatividad". En tanto *reproducción,* la interpretación jurídica exige identificar y establecer el contenido de normas y principios que son previos al caso con motivo del cual esa interpretación tiene lugar, y en cuanto *creatividad,* ella a menudo modifica tales directivas jurídicas a la luz de consideraciones morales.

Ciertamente, sin embargo, la tensión entre tradición e innovación, o entre reproducción y creatividad, puede desenvolverse sin grave riesgo, en el caso de la interpretación o ejecución de obras de arte, a favor de la innovación y la creatividad. Distinto es, por su parte, lo que acontece tratándose de la interpretación jurídica, puesto que lo dado previamente –las directivas concernientes al caso– son obligatorias, es decir, tienen autoridad para el intérprete. Ello explica, por ejemplo, que quien se ocupa hoy de poner en escena una nueva versión de *Hamlet* pueda permitirse respecto del texto escrito por Shakespeare mucha mayor libertad que la que un juez tiene a la hora de interpretar el texto legal que debe aplicar a un caso dado del que conoce. Esto ha sido bien advertido por Fernando Atria, quien escribe lo siguiente: "No quiero emitir opinión alguna sobre las diferencias y similaridades de la interpretación en el derecho y las artes, pero es imposible no notar que, desde el punto de vista de Raz, debe haber una diferencia fundamental: *el derecho tiene autoridad".*

Aunque trata del mismo asunto desde una perspectiva diferente a la de los dos autores antes mencionados, no me resisto a mencionar aquí algunas de las ideas que sobre las relaciones entre literatura y derecho ha expuesto la filósofa norteamericana Martha Mussbaum, con singular gracia y atractivo, en su libro *Justicia poética,* que tiene como subtítulo el siguiente: *La imaginación literaria y la vida pública.*

Un título algo inesperado –es preciso advertir–, pero cuyo subtítulo tiene la virtud de acotar un tanto el tema y de ofrecer así un indicio acerca de la pretensión de la autora.

Lo que Nussbaum sostiene es que la narrativa y la imaginación literaria, que parecen hallarse a buena distancia del derecho y de la labor que corresponde llevar a cabo a los jueces, pueden sin embargo aportar ingredientes de importancia a la argumentación jurídica como argumentación racional y, en particular, a la argumentación judicial.

La literatura, cuya frecuentación por alguien que la hace o que la lee desarrolla en las personas la imaginación literaria, es algo que estamos habituados a considerar valioso, ameno, excelente, acaso magnífico, pero, a fin de cuentas, optativo, personal, íntimo incluso, y que poco o nada tiene que ver con el pensamiento político, económico o judicial. Sin embargo, cree la autora que la literatura, y en particular la novela, expresa "un sentido normativo de la vida", y lo mismo que acontece con el discurso y con las decisiones de los políticos, los economistas, los legisladores y los jueces, pide a sus lectores que actúen de determinadas maneras y no de otras, y les induce a adoptar ciertas actitudes en vez de otras, combinando para ello mensajes que se dirigen tanto a la mente como al corazón de los lectores, es decir, tanto a su razón como a sus emociones.

Lo que hace una novela es permitir que el lector presencie una idea general de la realización humana en una situación concreta, a la que se le invita a entrar mediante la imaginación. Leer novelas, y en cierto modo también ver cine, consiste en ponerse en una situación como esa y en desarrollar a la larga una imaginación literaria, que es una imaginación no sólo privada, sino también pública, y que puede servir, en consecuencia, como orientación a los jueces en sus fallos, a los legisladores en la aprobación de leyes y a los políticos cuando intentan medir y a la vez mejorar la calidad de vida de las personas.

Precisamente por eso, porque la imaginación literaria puede servir de guía en los diversos campos antes señalados, ella es una forma de imaginación pública.

Las obras literarias –y Martha Nussbaum da varios ejemplos de ellas– invitan siempre a los lectores a ponerse en el lugar de personas muy diversas y a hacer suyas sus experiencias. Alientan la simpatía del lector por los personajes y un cierto grado de identificación con éstos, e incentivan también la imaginación por parte del lector de posibilidades a simple vista inexistentes,

permitiéndole ver una cosa como otra y una cosa en otra, vale decir, facilitan una percepción de la vida humana como algo definitivamente complejo y diverso.

Según la profesora de la Universidad de Chicago, la literatura induce "una postura ética que nos insta a interesarnos en el bienestar de personas cuyas vidas están tan distantes de las nuestras". Una postura, en síntesis, que permitiría alcanzar niveles de sensibilidad, compasión y simpatía que ayudan a percibir mejor los problemas de las personas reales –y ya no sólo de los personajes de las novelas– y a imaginar con mayor base las soluciones que puedan administrarse a tales problemas desde el ámbito de lo público.

La imaginación literaria y, más ampliamente, esa "tierna luz de la fantasía" que desarrolla la novela en cualquier lector atento a las vicisitudes de los seres singulares que animan las narraciones de los escritores, permitiría vislumbrar nuevas posibilidades en los asuntos humanos y captar la dimensión individual y el carácter complejo de muchos de los problemas que deben ser planteados y resueltos a nivel de políticas públicas y decisiones de interés colectivo. Según Martha Nussbaum, un gobernante, un legislador, un juez, quedarían en mejor posición para tomar decisiones públicas si consiguieran desarrollar una cierta imaginación literaria.

Ello resultaría tanto más evidente tratándose de literatura sobre temas sociales y políticos, como el caso de *Tiempos difíciles,* de Charles Dickens, novela que la autora examina en su ensayo con bastante detenimiento.

Blanco especial de las ideas de Nussbaum son algunas teorías económicas groseramente simplificadoras hoy en boga, las cuales presentan a las personas como meros entes maximizadores de la satisfacción de sus propios intereses, que lo único por lo que se preguntarían al momento de deliberar de cara a decisiones importantes para sus vidas sería por la relación costo-beneficio. Un ejemplo paradigmático al respecto –se me ocurre– está constituido por la afirmación de Gary Becker, Premio Nobel de Economía, en orden a que en los Estados Unidos de Norteamérica disminuyeron los índices de adulterio masculino a partir del momento en que los hombres adultos de ese país se dieron cuenta que era más caro mantener dos mujeres y dos viviendas que una sola.

Contra ese tipo de análisis empobrecedor está la autora, e imagino que ella estaría probablemente de acuerdo conmigo si a quien sostiene algo semejante y, sobre todo, a quienes como líderes de opinión, legisladores y jueces tuvieran que adoptar decisiones públicas sobre el adulterio, les fuera recomendada la lectura, por ejemplo, de la novela *Intimidad,* de Hans Kureishi, o el relato titulado "El Mujeriego" en el volumen *De mujeres con hombres,* de Richard Ford.

Martha Nussbaum tiene razón cuando afirma que ciertos enfoques económicos están ejerciendo gran influencia, aun en áreas tan inesperadas como el análisis de la familia y de la sexualidad. Acierta también cuando dice que la elegante simplicidad de tales enfoques gana terreno igualmente en la jurisprudencia. Aunque acierta, sobre todo, cuando sostiene que la tradición judicial, con todo, ha preferido una imagen más compleja del razonamiento jurídico.

No se trata de oponer la razón a lo que la autora presenta como la "imaginación empática y compasiva" que promueve la literatura, sino de precavernos contra tantos rechazos de que se hace hoy objeto a ese tipo de imaginación, especialmente en ámbitos científicos, o que pretenden serlo, y de advertir que hay un cierto tipo de racionalidad en nuestras emociones.

Y si aún aquello resultara demasiado difícil de aceptar para quienes se manejan con modelos estrictamente explicativos y productivos, bastaría decir a éstos que ningún daño se seguiría para los servidores públicos si éstos leyeran cada vez más literatura y descubrieran, también por este camino, que la vida humana es más compleja que las categorías de que nos valemos normalmente para dar cuenta de ella.

Concluiremos este acápite diciendo que los poetas suelen no gustar del derecho, aunque muchas veces lo que les disgusta realmente son los abogados. O los jueces. O aquellos funcionarios de la administración con los que tienen que lidiar en su condición de ciudadanos. Todos "hombres de papel sellado", como recuerda Enrique E. Mari en su artículo *Derecho y literatura. Algo de lo que sí puede hablar, pero en voz baja.* Hombres, en fin, de "ojos duros, talonarios y aromas de calas", prisioneros de "una vida impalpable de mínimos latidos".

Estereotipos –claro está–, aunque Mari se pone bien cerca de Martha Nussbaum cuando dice que "los jueces y los juristas ponen y deben depositar profunda atención en la selección de las palabras en que se expresan como en el caso de las metáforas y las similitudes que emplean en sus prácticas, y nadie pone en duda que una profunda versación literaria aplicada a sus respectivas labores los alejará de su condición de *hombres de papel sellado,* permitiéndoles tomar la delantera en un momento en que la teoría de la argumentación y la retórica ocupan un lugar significativo en la teoría y la crítica jurídicas".

¿Se puede hablar acerca de un puente entre literatura y derecho?

¿Concierne ese puente únicamente a que ambas actividades se sustentan en textos susceptibles de interpretación (la literatura) o necesitados de ella (el derecho)?

Siguiendo en esto a Mari, unos dirían que se puede hablar en voz alta y que el puente a que aludimos es sólido. Sería el caso de Ronald Dworkin y de Martha Nussbaum. Otros afirmarán que se puede hablar, aunque en voz baja, como sería el caso de Richard A. Pozner, contradictor de Nussbaum y autor, sin embargo, de un libro importante sobre literatura y derecho. No faltarán tampoco los que digan que no es posible hablar sobre esto, como Rudolf Carnap o cualquier otro positivista lógico que hiciera suya la célebre sentencia de Wittgenstein: "de lo que no se puede hablar mejor es callar".

Pero supuesto que se pueda y deba hablar sobre literatura y derecho, los remilgos no vendrán sólo de parte de los poetas, sino también de los abogados y los jueces, acostumbrados como están a preferir los subterráneos a los puentes.

Sin embargo, podríamos compartir la esperanza de un diálogo más fecundo y permanente, si no entre poetas y profesionales del derecho, al menos entre literatos y juristas, es decir, no entre quienes escriben la literatura y quienes practican el derecho en alguna de esas dos profesiones, sino entre quienes hacen de la literatura y del derecho un objeto de estudio.

Un diálogo difícil, puesto que no sólo los poetas, sino en general el hombre común, muestran escaso interés por el derecho y, particularmente, por la ciencia del derecho. Como señaló Karl Engisch en su *Introducción al pensamiento jurídico,* "cuando

el jurista observa el campo de las ciencias del espíritu y de la cultura, entre las cuales se cuenta la ciencia del derecho, comprueba con envidia y angustia que las otras ciencias cuentan con mucho más interés, comprensión y confianza que la suya propia". Lingüística, literatura, arte, musicología, religión –afirma Engisch– "fascinan al profano estudioso en una medida muy diferente a la de la ciencia del derecho, que objetiva y metodológicamente es pariente cercano de aquellas".

Así las cosas, la ciencia del derecho habría luchado con poco éxito "por la comprensión y la simpatía en concurrencia con las otras ciencias del espíritu y de la cultura".

Pero quizás ocurra con la ciencia del derecho algo parecido a lo que acontece con la teoría del arte o de la literatura y la música en particular: el público se interesa más por el *derecho* que por la *ciencia del derecho,* es decir, se interesa antes por lo que hacen legisladores y jueces que por lo que producen los juristas o científicos del derecho, lo mismo que pone más atención a las expresiones del arte, de la literatura o de la música que por las teorías acerca de esos campos, o sea, pone también más atención en lo que hacen los artistas, los novelistas y los músicos que en las disquisiciones de aquellos que hablan o escriben acerca de lo que aquellos hacen.

Pasando ahora a otro de sus sentidos, "cultura" es una palabra que sirve también para designar un conjunto de objetos simbólicos de muy variada índole, tangibles e intangibles, muebles e inmuebles, que por su especial valor y contribución a la identidad humana en general, o a la de un país o región determinada, son considerados como parte del *patrimonio* del país o región de que se trate, o bien de la propia humanidad en su conjunto.

En este nuevo sentido aparece empleada la palabra "cultura" cuando en un discurso o texto cualquiera se alude, por ejemplo, al "patrimonio cultural de la humanidad", al "patrimonio cultural chileno" o al "patrimonio cultural de Valparaíso".

Así las cosas, no todos los objetos culturales, es decir, no todas las producciones culturales del hombre forman parte de lo que se considera como patrimonio cultural en cualquiera de los tres niveles antes ejemplificados. Debe tratarse de objetos a los que por alguna razón se da un especial valor social porque contribuyen más que otros a conferir identidad y per-

cepción de continuidad o permanencia a una comunidad humana cualquiera.

Sin perjuicio de que el derecho establezca reglas, castigos e incentivos que favorecen la identificación, conservación y difusión del patrimonio cultural de la humanidad o de un pueblo o región determinada, ¿existe en particular un patrimonio cultural específicamente *jurídico,* es decir, un conjunto de objetos simbólicos especialmente importantes y valiosos para los juristas?

Efectivamente, existe una clase de objetos semejantes, o sea –y pensando por ahora sólo en un patrimonio cultural de carácter tangible–, siempre y en cualquier comunidad será posible identificar determinados objetos culturales particularmente importantes o significativos para el derecho y para la labor de los juristas. Tal sería el caso, por ejemplo, de un volumen del Código Civil chileno correspondiente a la primera edición de ese cuerpo legal y que tuviera anotaciones de puño y letra de Andrés Bello manuscritas en sus márgenes. En cambio –y espero que los alumnos que trabajan con este libro no se molesten por el ejemplo que sigue a continuación–, un cuaderno de un estudiante de derecho cualquiera que contenga los apuntes que fueron tomados en un curso cualquiera de derecho civil, difícilmente podría llegar a formar parte del patrimonio cultural jurídico de la comunidad de que se trate. Ese cuaderno de apuntes es ciertamente un objeto cultural, en el sentido amplio de la palabra, es también un objeto cultural de carácter jurídico, puesto que concierne en particular al derecho, pero carece de valor como para que pueda ser incluido en el patrimonio cultural jurídico común.

En suma: si patrimonio cultural es una suerte de acervo de objetos culturales de especial valor o significación, nada impide estimar que hay también un patrimonio cultural de carácter jurídico, compuesto por objetos tangibles que consiguen promover y despertar un especial interés en su identificación, conservación y difusión entre los distintos actores u operadores jurídicos.

En cuanto al patrimonio cultural de tipo intangible, es decir, no físico –por ejemplo, convicciones, creencias y prácticas más estables de los operadores jurídicos o del pueblo en cuanto se hallan relacionadas con el derecho–, dicho patrimonio se relaciona

directamente con los conceptos de cultura jurídica interna y externa que enunciaremos más adelante en este capítulo.

Vinculada a "patrimonio", "cultura" es así una palabra asociada a "herencia", concretamente, a herencia *social,* no a herencia *biológica.* En tal sentido, como herencia no biológica, *cultura* se contrapone o al menos se diferencia de *naturaleza,* puesto que en esta concepción –como escriben Martínez y Cortés– "se enfatiza que los animales, en general, y el ser humano, en particular, tienen dos vías de obtención de información necesaria para su supervivencia: el *genoma* (la herencia biológica, la naturaleza), y la *cultura* (herencia no biológica, fruto del aprendizaje social)". Pero esta contraposición se relativiza bastante si se advierte que la transmisión de información por aprendizaje social presupone algún órgano natural (como el cerebro, por ejemplo) y, sobre todo, si se repara en las posibilidades que el hombre tiene ahora de influir desde la cultura, es decir, desde el aprendizaje social, en la propia herencia biológica.

La misma idea de patrimonio cultural nos pone a las puertas de un nuevo significado de la palabra cultura, que se relaciona con el sello distintivo de una comunidad humana, con el espíritu más permanente que la anima y vivifica, con la identidad –si se quiere– que esa comunidad tiene y que la caracteriza y a la vez la diferencia de las demás. En este sentido, por ejemplo, se habla hoy de *identidades culturales,* y, más concretamente, de la identidad cultural de un país. Se trataría en este caso del sello propio que tendría cada país, el que suele ser reivindicado frente a un proceso de globalización que no se sabe aún si acabará produciendo un mestizaje de todas las culturas o simplemente la hegemonía de una determinada cultura sobre las restantes.

Volviendo a la contraposición entre genoma y cultura, entre herencia biológica y herencia social, así como el hombre, cada hombre, tiene un patrimonio genético que le confiere una determinada identidad, así también cada pueblo, en la medida que posee un patrimonio cultural, tendría también una identidad propia y distinta de la de los demás pueblos o naciones.

La vinculación del derecho con este significado de la palabra cultura sería bastante evidente, puesto que de todo derecho se espera que resulte expresivo de la correspondiente identidad nacional, una idea que Savigny y su escuela histórica llevaron al

extremo de afirmar que cada pueblo está dotado de un espíritu que le es propio y que de ese espíritu surgen directamente ciertas expresiones o manifestaciones culturales, entre éstas, por cierto, el propio derecho. Quedaría pendiente, en todo caso, si el derecho expresa meramente una identidad o espíritu nacional que le precede o si en alguna medida el derecho es también un elemento o componente, entre otros, que configura la identidad nacional de la comunidad para la cual rige.

Estrechamente vinculado con ese significado de la palabra "cultura" –sello o carácter de una comunidad humana–, aparece un nuevo uso del término, que remite ahora a algo menos vago y difuso que el espíritu de una comunidad semejante: ciertos patrones de conducta al interior de la comunidad que sobrepasan a cada individuo considerado aisladamente y que, junto con provenir de maneras comunes de pensar o de sentir, guían u orientan los comportamientos de todos los integrantes del grupo. Se trata así de auténticos productos de la acción humana, adquiridos por hábito o repetición, y que, transmitidos por la enseñanza o por simple asimilación, condicionan las acciones futuras de los integrantes del grupo de que se trate. Son, si se quiere, "pautas aprendidas de acción", como dice Horton, que colaboran a dar una respuesta a la pregunta ¿cómo debo comportarme en tanto miembro de un grupo social determinado?

Se trata de la cultura como *ethos,* palabra de la que deriva a su vez "ética", un término que alude al comportamiento o actuar del hombre en general, al comportamiento que en particular puede ser considerado correcto desde la perspectiva de cualquier pauta de conducta (religiosa, moral, jurídica o social) y, aún más en particular, al comportamiento que puede ser considerado correcto desde el punto de vista de la moral.

En efecto, y reiterando aquí las distinciones que sobre el particular se contienen en nuestro libro *Introducción al Derecho,* "ética" es una palabra que proviene del griego "ethos", término que alude a su vez a las costumbres. Por tanto, en un primer sentido, llamamos "ética" a lo que concierne al actuar, al *comportamiento* humano, así como llamamos "técnica" a lo que concierne al *hacer* del hombre en cuanto este hacer lo conduce a la producción de una obra material que presta utilidad. En este primer sentido, por lo mismo, la palabra "ética" se refiere al actuar

del hombre sin calificarlo de correcto o de incorrecto, o sea, sin pronunciarse acerca de si ese actuar es o no virtuoso, si es o no como debería ser en uso de un patrón cualquiera de conducta.

En un segundo sentido, más restringido que el anterior, "ética" es un término que se emplea no ya para *aludir* meramente al comportamiento humano, sino para *calificar* ese mismo comportamiento de adecuado o correcto. En este segundo sentido, ético no es cualquier comportamiento, sino sólo aquel comportamiento que es posible aprobar en uso de un estándar cualquiera, sea éste moral, jurídico o de simple trato social.

En un tercer sentido, aún más restringido que el anterior, "ética" es una palabra que se emplea para calificar un comportamiento desde el punto de vista exclusivamente moral, de modo que ético es ahora no un comportamiento que pueda recibir aprobación desde la perspectiva de *cualquier* estándar o pauta de conducta, sino sólo aquel que es posible aprobar en uso de algún estándar o pauta de carácter específicamente *moral.*

Así las cosas, sólo en los dos últimos sentidos "ética" se relaciona con lo virtuoso, con lo que debe ser, mientras que en el primero de ellos alude únicamente al comportamiento humano sin calificación alguna.

Pues bien, la cultura como *ethos* refiere a las pautas de comportamiento que de hecho prevalecen en una sociedad en un momento histórico determinado, pautas –como dice ahora Carlos Peña– que son "fruto de la acción humana, pero no resultado de ninguna acción humana en particular". Por tanto, hablar de cultura como *ethos,* o derechamente de *ethos,* "supone hablar de una cierta pauta de conducta no deliberada, opaca y recibida mediante lo que Popper denomina *tradición*". Las tradiciones, apunta ahora Anthony Gelfdens, "son siempre propiedades de grupos, comunidades o colectividades. Los individuos pueden seguir tradiciones o costumbres, pero las tradiciones no son una cualidad del comportamiento individual en el sentido en que lo son los hábitos".

En palabras del propio Popper, se trataría de un producto "no intencionado y no planificado de acciones humanas". Como dice por su parte Manfred Rehbinder, "la cultura de una sociedad se compone de *modelos* de comportamiento, que se presentan con regularidad como uniformes de la acción y del pensamiento. No se trata de costumbres personales del indivi-

duo, sino sólo de pautas de regularidad de validez del comportamiento humano general". Por su parte, Giacomo Sani, a propósito de la expresión "cultura política", alude a "las creencias, ideales, normas y tradiciones que colorean de manera particular y dan significado a la vida política de ciertos contextos".

Precisamente, el mismo Carlos Peña, en un trabajo clave para la comprensión de la cultura jurídica chilena –al que nos vamos a referir más adelante en este capítulo–, prefiere hablar de *ethos* y no de *cultura jurídica*, puesto que de ese modo –considera él– se consigue llamar mejor "la atención acerca de ciertas dimensiones que presenta la cultura y, al mismo tiempo, destacar la importancia teórica (para los juristas) de su examen".

Antes de pasar al concepto de cultura jurídica, para lo cual nos serán de mucha utilidad los distintos significados de la palabra "cultura", en especial el último de ellos, vale la pena que nos detengamos un instante en algo que fue meramente insinuado en las páginas precedentes, a saber, cómo la globalización se transforma hoy en una especie de amenaza para las culturas nacionales, entendidas estas últimas como sellos identificatorios de los distintos países.

III. Cultura como identidad: mundialización, internacionalización y globalización. ¿Es la globalización una amenaza o una oportunidad? Diversidad, pluralismo y tolerancia. "Globalización" es también una palabra

Una palabra ciertamente nueva, de poco calado, pero en la que se concentra cada día una mayor atención del discurso público de políticos, economistas, empresarios, periodistas, educadores e intelectuales.

Es curioso, sin embargo, que al revisar la ortografía de este capítulo en el computador, éste me haya dicho, una y otra vez, que no encontraba esa palabra.

"Globalización", a diferencia de "cultura", es una palabra reciente que, por lo mismo, no ha corrido aún el riesgo de que un largo y descuidado uso pueda haberla desfigurado en su sentido, o, cuando menos, abierto a varios y diferentes sentidos.

Todo lo contrario, y como palabra nueva que es, "globalización" es un término que nos propone el problema no de *devolverle* el sentido, sino el de *acordarle* uno.

¿Qué es la globalización? ¿De qué hablamos cuando hablamos de globalización? ¿A qué fenómeno queremos aludir cuando utilizamos semejante palabra?

Sumergirse en el pequeño abismo que es cada palabra –según la fórmula acuñada por Ortega–, en este caso "globalización", no consiste en la acción simple de buscar entre las páginas de un diccionario, sino en la acción más compleja –según la fórmula de Berlin– de pensar en qué pensamos cuando empleamos esa palabra y no otra.

En todo caso, si echamos una mirada al diccionario no es mucho lo que sacamos en limpio. Allí encontramos únicamente el adjetivo "global", como equivalente a "tomado en conjunto", pero no el sustantivo "globalización" que a nosotros interesa en este momento.

Sin embargo, no se necesitaría ir demasiado lejos para convenir que "globalización" es un término que se emplea para aludir al hecho de volverse algo global, así como "mundialización" es una palabra adecuada al hecho de volverse algo mundial, en tanto que "internacionalización" designa el hecho de volverse algo internacional.

Por otra parte, esas tres palabras suelen emplearse indistintamente, como si significaran lo mismo, en circunstancias que los adjetivos que remiten a cada una de ellas sugieren cosas distintas.

En efecto, "global" –ya lo dijimos– significa "tomado en conjunto". Por su parte, "mundial" es un término que alude a lo que "pertenece o es relativo al mundo". A su turno, "internacional" designa lo "relativo o concerniente a dos o más naciones".

Por su parte, si los diccionarios no acogen las palabras "mundialización" ni "globalización", sí lo hacen con "internacionalización", que viene a ser la "acción y efecto de internacionalizar", de donde podríamos concluir que "globalización" es la acción y efecto de globalizar, en tanto "mundialización" equivaldría a la acción y efecto de mundializar.

En consecuencia, las tres palabras antes indicadas no designan exactamente un mismo hecho o fenómeno.

La *mundialización* es un proceso que tiene que ver con la acción de descubrir y ocupar el mundo, la tierra en que vivimos, y posee un sentido territorial, geográfico, aunque sus consecuencias políticas y comerciales fueron desde luego muy importantes. Es un proceso que el hombre fue completando gradualmente y cuyo momento estelar se produjo con los grandes viajes y descubrimientos del siglo XV. Se trata, en fin, de un proceso que descubre y a la par coloca las fronteras entre todas las naciones y cuyos protagonistas son también actores nacionales con domicilio perfectamente conocido.

En cuanto a la *internacionalización,* se trata de un proceso posterior a aquél, que se produce cuando los estados nacionales convienen en pactos y acuerdos que instituyen y ponen en marcha organismos de tipo supranacional a los que se atribuye y reconoce algún grado de injerencia en los asuntos internos de cada uno de los estados y organizaciones que concurren a su formación. Se trata, por tanto, de un proceso de tipo predominantemente político y jurídico que si bien continúa reconociendo la existencia de fronteras, se muestra dispuesto a abrirlas en beneficio de algunas metas u objetivos que expresan y a la vez sobrepasan el interés individual de los estados y organizaciones que concurren a este proceso.

Por último, la *globalización,* que de estos tres procesos resulta el más difícil de definir porque recién lo empezamos a vivir con una mezcla de "asombro, fascinación y temor", tendría que ver con el hecho de expandir y uniformar aspiraciones humanas al modo casi de una "conflagración", tan real como silenciosa, que quiere sustituir el apego a las tradiciones, sustentadas en "léxicos locales", por la aceptación de un destino común y promisorio que estaría apoyado en una nueva representación del mundo en la que los actores se multiplican y diversifican hasta dejar al estado-nación apenas como una figura más dentro del reparto de una pieza que es demasiado temprano para calificar de comedia, drama o tragedia, como una figura, tal vez, cuyo único papel pasa a ser el de facilitar las entradas y salidas de los demás actores, renunciando ya el estado a dictar el libreto que estos otros actores deben repetir sobre un escenario ahora perfectamente planetario.

Así las cosas, la globalización, aunque impulsada por la expansión de un determinado sistema económico –el capitalismo– y de un determinado régimen político –la democracia–, así como por una expansión aún más notoria y revolucionaria de las comunicaciones, tendría un carácter, o acaso una pretensión, más ampliamente *cultural* que los otros dos procesos previamente esbozados.

Entonces, si la mundialización *descubrió* y *colocó* las fronteras, al tiempo que la internacionalización *abrió* esas mismas fronteras, la globalización equivaldría a la *supresión* de las fronteras, a la integración de los hombres desde pequeños rebaños locales a la gran manada planetaria que de pronto parece enfilar su marcha en una sola dirección. Con la mundialización, lo lejano recién aparece o se nos muestra; con la internacionalización lo lejano se nos hace más próximo; y con la globalización, por último, lo lejano se nos hace idéntico. La mundialización sería entonces el resultado de *acciones,* en tanto que la internacionalización, y sobre todo la globalización, serían el resultado de *interacciones,* de *interacciones* restringidas en el caso de aquélla y muchísimo más amplias, expansivas y complejas en el caso de ésta, de interacciones, en fin, que dan un alcance ahora práctico y tangible a la imagen de la mariposa que bate sus alas en la India y provoca una tormenta en el Caribe.

Habría pues una "particularidad" del proceso de globalización respecto de los de mundialización e internacionalización.

Merced a lo que llamamos globalización, el mundo deja de ser una figura astronómica y un conjunto de naciones, y pasa a adquirir más plena significación histórica. Por lo mismo, se trata antes del fin de la geografía que de la historia, al revés de lo que sentenció Fukuyama en el libro que todos conocemos. Se trata también de un fenómeno que ya no permitiría ilustrar el dominio sobre el mundo al modo como Chaplin lo hizo en *El gran dictador,* con Hitler jugando en su despacho con el globo terráqueo, porque ahora se necesitaría algún tipo de aparato electrónico en la oficina del déspota para que éste pudiera alentar algún éxito en sus planes.

Pero habría que hacerse todavía una última pregunta. Si globalizar es hacer algo global, ¿qué es lo que a fin de cuentas se globaliza, o sea, qué es lo que pasa ahora a concernir al conjunto y no a las partes del planeta que habitamos?

Si lo que se globaliza es la producción, entonces tendríamos en breve, al final del proceso, una "fábrica global"; si lo que se globaliza es el comercio, llegaríamos a tener un "shopping center global"; si lo que se globaliza es un determinado sistema económico, llegaríamos a tener entonces un "capitalismo global"; si lo que se globaliza es apenas la moneda, conseguiríamos un "dinero global"; si lo que se globaliza es la entretención, conseguiríamos una "disneylandia global"; si lo que se globaliza es el deporte, como por momentos nos parece a todos al mirar televisión, entonces no tendríamos otra cosa que "fútbol global"; si lo que globaliza es el caos, produciríamos una "Babel global"; si es la educación lo que se globaliza, podríamos llegar a tener algo así como una "aula global"; en fin, si lo que se globaliza, más ampliamente que todo eso, son "los modos de ser, sentir, actuar, percibir y pensar de la humanidad", entonces estaríamos a las puertas de lo que fue pronosticado hace dos décadas; la "aldea global".

El filósofo brasileño Octavio Ianni nos recuerda esas y otras metáforas de la globalización, precisamente para mostrarnos cómo es que estamos en medio de un proceso que despierta reacciones que van desde la descalificación, la incredulidad y la ironía, hasta el júbilo y el temor.

Habrá que excusar este ejercicio analítico ya algo largo en torno a la palabra "globalización", pero con él no he buscado otra cosa que expresar algunas ideas e imágenes que puedan ayudarnos a comprender mejor un proceso que estamos haciendo y que a la vez nos está pasando, o sea, que junto con hallarse entre las manos se escurre fácilmente de éstas.

Lo importante, en todo caso, es qué estamos haciendo en nombre de lo que llamamos globalización y qué nos está sucediendo como resultado de ella.

Lo anterior quiere decir que la ética, o sea, la pregunta por los comportamientos correctos, así como mira hoy con insistencia hacia las más diversas profesiones, actividades y oficios, tendría que mirar también hacia un proceso como la globalización, a fin de que de estar meramente hecho por el hombre, pase de algún modo a ser conducido y controlado por éste, y a fin, asimismo, de que no olvidemos contar las víctimas que el proceso va dejando en su camino, porque la globalización "reduce los

grises" y "agudiza las diferencias entre los países que tienen y los países que no tienen y entre los sectores sociales que tienen y los que no tienen".

Tratándose de asuntos humanos, nunca sabremos propiamente los que nos espera al final del camino, pero ese final de alguna manera es construido a partir de la manera como hacemos el camino. Entonces, el desenlace de la globalización no es algo que esté allí, esperándonos, y que sólo tendríamos que procurar avistar, sino algo que estamos construyendo ahora mismo. Pero, a la vez, como apunta Giddens, la globalización "no es –al menos por el momento– un orden mundial dirigido por una voluntad colectiva; más bien está emergiendo de una manera anárquica, casual, estimulado por una mezcla de influencias".

Agotadas las utopías, según gusta decirse, o sea, impedidos ya de soñar con libertad el futuro, y repudiadas asimismo las nostalgias, eso es, impedidos de valorar el pasado, ignoro si será acaso la globalización y su asombrosa y a la vez perecedera instantaneidad la única compañera del hombre al traspasar el arco de un nuevo milenio.

Pues bien, el tema de la globalización tiene importancia en relación con la cultura. El es, en sí mismo, un proceso de orden cultural, y, a la vez, suele verse como un peligro o amenaza para las culturas locales o las identidades nacionales.

Paradójicamente, mientras más se habla de globalización, más se habla también de identidad nacional, como si existiere algún tipo de urgencia en recuperar esta última, reforzándola, ante el avance de un proceso que podría acabar con ella.

Pero, y tal como ha hecho Guy Sorman, conviene preguntarse si la globalización es un proceso de *sustitución* de lealtades o uno de *ampliación* de éstas. Si fuera un proceso de sustitución de lealtades, querría decir que lo que se nos pide en nombre de la globalización es una suerte de renuncia a nuestras lealtades locales y nacionales como resultado de admitir lealtades más ampliamente planetarias. En cambio, si la globalización fuera un proceso de ampliación de lealtades, lo que estaría ella demandándonos es simplemente una extensión de nuestras lealtades locales y nacionales que diera cabida a aquellas de carácter planetario que hoy se nos han hecho más evidentes que nunca.

No sin que por ello deje de entrañar riesgos a los que conviene permanecer alertas, la globalización, como proceso antes de ampliación que de sustitución de lealtades, equivaldría a un incremento de éstas y no a una resta o disminución de las mismas, colocándonos por delante el desafío de asumir una suerte de ciudadanía *mundial* que no elimina, sino de algún modo refuerza, la ciudadanía *nacional* y en ocasiones a veces *local* que todos reconocemos. Como señala acertadamente Giddens, lo que afrontan hoy las naciones son "riesgos y peligros en lugar de enemigos".

Por lo mismo, la identidad nacional no debe ser utilizada como un recurso defensivo en contra de la globalización, como si se tratara del antídoto que podría protegernos de un mal o enfermedad que nos amenaza. Lejos de eso, la identidad nacional ha de ser proyectada al encuentro con la globalización, lo cual exige que cada nación aumente su propio espesor cultural para ser auténtico interlocutor cultural en un mundo que se globaliza y no mera receptora pasiva de una o más culturas que ganan en hegemonía sobre las restantes.

Es cierto que la globalización podría consistir a fin de cuentas en la hegemonía de una cultura determinada sobre las restantes –por ejemplo, la norteamericana–, aunque nos parece que el aumento del propio espesor o densidad cultural por parte de cada nación puede traer consigo algo bastante mejor que la hegemonía cultural, a saber, una suerte de mestizaje cultural, de fin de las purezas, aunque no propiamente de las identidades.

Por lo demás, identidad es hoy diversidad, o, si se prefiere, identidad es hoy identidades, hasta el punto de que lo que se observa en cualquier sociedad abierta de nuestros días no es una identidad al modo de un sello que acompaña de modo indeleble a cada comunidad humana. Lo que se aprecia, por el contrario, son múltiples y diversos flujos de identidad, de modo que el autoconocimiento de esas comunidades no conduce al hallazgo de una identidad propia, única, sino a la identificación de flujos identitarios siempre en curso y a los que es preciso aceptar y con los cuales no queda más que convivir.

Por tanto, en nuestro parecer a lo que toda sociedad moderna aspira no es propiamente a la *unidad,* sino a instalar y

compartir unos aceptables grados de *convivencia* entre sus miembros.

Mientras que la unidad designa la propiedad que consiste en que algo no puede dividirse sin que se destruya o altere gravemente, la convivencia alude al hecho de vivir unas personas con otras. Por lo mismo, la palabra "unidad", utilizada al modo de una cualidad que tiene o que se desea para una determinada sociedad, es más fuerte que el término "convivencia". Ello quiere decir que para lograr unidad es preciso satisfacer más condiciones que para conseguir convivencia. De esta manera, la unidad, si bien no se confunde con la *uniformidad,* tiene una evidente cercanía con ésta, ya que se podría creer que para conseguir unidad es preciso tener o a lo menos fingir uniformidad. Por su parte, la convivencia, si bien no se puede confundir con la *diversidad,* es portadora de un sentido que la acerca a esta última expresión.

Por su parte, la idea de diversidad nos conduce a la necesaria distinción entre *pluralidad, pluralismo y tolerancia.*

Llamamos *pluralidad* al simple hecho de la diversidad, a la circunstancia fáctica de existir al interior de una sociedad cualquiera una variedad no coincidente de creencias, convicciones, sentimientos y puntos de vista que se reputan importantes, tales como el sentido y finalidad de la vida humana, la probable vinculación del hombre con algún tipo de divinidad, la idea de vida buena y los medios necesarios para realizarla, la organización y distribución del poder político en la sociedad, la tensión entre libertad e igualdad como dos valores deseables que, no obstante, pueden colisionar entre sí a partir de cierto punto, y otros asuntos semejantes.

Como se ve, la pluralidad es un hecho que puede darse en distintos campos, por ejemplo, religioso, filosófico, moral, político, económico, etc.

Llamamos, ahora *pluralismo* a la actitud o disposición espiritual que consiste en dar valor a la pluralidad, esto es, a la actitud que consiste en aceptar la pluralidad y en estimarla como un bien, no como un mal, y ni siquiera como una amenaza.

Así las cosas, mientras la pluralidad es un *hecho,* el pluralismo es una determinada *actitud* que las personas pueden tanto adoptar como no adoptar frente a ese hecho.

En cuanto a la *tolerancia,* se trata ya de una virtud, es decir, de algo más que una actitud frente a la pluralidad. Como se acostumbra decir de las virtudes, se trata de un hábito de bien que podemos desarrollar o no frente a la diversidad. En consecuencia, se trata de algo no sólo adquirido, sino que es posible adquirir únicamente mediante su práctica o ejercicio.

En cuanto a la tolerancia *pasiva,* es aquella que consiste meramente en resignarse al hecho de la pluralidad y en aceptar convivir con creencias, convicciones, sentimientos, puntos de vista y modos de vida que no coinciden con los nuestros y que reprobamos como equivocados o incorrectos. En cambio, la tolerancia *activa* consiste en la disposición habitual a comunicarse con quienes sustentan creencias, convicciones, sentimientos, puntos de vista y modos de vida que no aprobamos, en entrar en diálogo con ellos, en escuchar las razones que pueden ofrecernos, en sopesar luego esas mismas razones y en estar incluso dispuestos a modificar las propias creencias y convicciones como resultado de esa comunicación y diálogo.

Una cuestión que no carece de interés, sobre todo en la sociedad chilena actual, es el que se refiere a los distintos planos en que tales fenómenos pueden ser apreciados.

Esos planos son los de la *realidad* (cuánta pluralidad, pluralismo y tolerancia *tenemos* efectivamente), del *pensamiento* (cuánta pluralidad, pluralismo y tolerancia *percibimos* realmente en nuestra sociedad) y del *discurso* (cuánto de cada uno de esos mismos tres fenómenos *expresamos* públicamente).

Por ejemplo, en el caso de la pluralidad resulta evidente que existe más diversidad en la sociedad chilena actual que la que percibimos, y, a la vez, el grado en que percibimos nuestra pluralidad es menor que aquel en que la certificamos o expresamos públicamente. Dicho de otra manera: nuestra realidad es más rica y diversa que las percepciones que tenemos de ella, en tanto que el discurso público dominante se encarga de ocultar, de mostrar a medias o de borronear de manera deliberada o inconsciente la mayor diversidad de la realidad como aquella menor que captamos efectivamente.

IV. Cultura jurídica y cultura jurídica chilena. Cultura jurídica interna y cultura jurídica externa. Cultura jurídica explícita y cultura jurídica implícita. La fragmentación de la cultura jurídica interna

Si volvemos por un instante la atención a los distintos significados o usos más frecuentes de la palabra "cultura", y a la vinculación que el derecho tiene con cada uno de ellos, podríamos reiterar, en *primer* término, que el derecho es, en sí mismo, un producto cultural, vale decir, algo producido deliberadamente por el hombre con vistas al cumplimiento de ciertas funciones y a la obtención de determinados fines que se consideran deseables. Podríamos recordar también –desplazándonos ahora al *segundo* de tales usos o significados– que el derecho, en cuanto se sustenta en el lenguaje, tanto en el nivel de las normas como en el de las proposiciones acerca de las normas, puede ser evaluado desde la perspectiva estética que menciona Radbruch. Asimismo, podríamos repetir, fijándonos ahora en el *tercero* de los significados o usos del término "cultura", que toda comunidad jurídica llega a formar un patrimonio cultural de tipo igualmente jurídico. Del mismo modo, y basándonos luego en el *cuarto* de esos usos o sentidos, es posible insistir en que el derecho es siempre y en alguna medida expresivo de la cultura o identidad de la comunidad cuya existencia rige y ordena. Por último, y quedándonos ya con el *quinto* y último de los significados del término "cultura", la cultura como *ethos,* en toda la comunidad jurídica organizada, independientemente de las normas jurídicas que la rigen, hay ciertas pautas de comportamiento dominantes, así como creencias y modos de sentir que las sustentan, y que son observadas por el público en general cada vez que éste se relaciona de algún modo con el derecho y por los operadores jurídicos en particular cuando se vinculan con el derecho de la manera más firme y estable que resulta propia de las profesiones jurídicas que esos operadores ejercen.

Pues bien, es ese último sentido del término "cultura", y la manera como él se expresa en el campo del derecho, el que por modo preferente aparece en la expresión "cultura jurídica", sin perjuicio de que en esta expresión tenga también cabida el sig-

nificado que la palabra "cultura" toma cuando se la une al término "patrimonio", en especial cuando se trata del patrimonio cultural de tipo intangible.

A la vez, es conveniente tener presente una nueva vinculación entre derecho y cultura, que se suma a las cinco que fueron recién precisadas, y que se nos muestra en la existencia de una clase particular de derechos humanos que reciben, precisamente, la denominación de "derechos culturales". Unos derechos, como sabemos, que se presentan en conjunto con los derechos humanos de carácter económico y social y que, por lo mismo, forman parte de esa categoría o generación de derechos del hombre que reciben la denominación de "derechos económicos, sociales y culturales". Un derecho fundamental de orden cultural, por ejemplo, es el derecho a la libre creación y difusión de obras u objetos artísticos y culturales, así como el derecho del público para acceder sin trabas a esas mismas obras u objetos. Con todo, sería útil trabajar en torno a la especificidad que los derechos culturales tienen en el marco general de los derechos humanos y a la pertinencia o impertinencia de que se los presente formando parte de una misma categoría o generación de éstos, a saber, la de los derechos económicos, sociales y culturales.

Antes de precisar ahora un concepto de cultura jurídica, conviene decir que ésta se entiende formar parte de una realidad mayor a la que se suele llamar "sistema legal".

Sistema legal, al modo como la emplea Lawrence Friedman en su conocido trabajo *Cultura legal y desarrollo social,* es una expresión que designa un todo constituido por elementos jurídicos de tres tipos, a saber, estructurales, sustantivos y culturales.

El elemento *estructural* del sistema legal se constituye por las instituciones jurídicas, por la forma, organización y procedimientos que se adoptan para el funcionamiento de esas instituciones. Así, por ejemplo –dice Friedman–, "la estructura incluye el número y la clase de cortes; presencia o ausencia de federalismo o pluralismo; división de poderes entre jueces, legisladores, gobernadores, reyes, jurados y oficiales administrativos; y formas de procedimiento en las diversas instituciones".

Por su parte, el elemento *sustantivo* está conformado por las leyes y más ampliamente por las normas jurídicas que han sido

instituidas como tales y que operan efectivamente en el curso de la vida social. Esto último quiere decir que se trata no sólo de normas válidas, sino, además, de normas eficaces, o sea, de normas realmente usadas por las autoridades normativas que corresponda (si se trata de normas de competencia), y de normas que son efectivamente obedecidas y aplicadas por sujetos imperados y órganos jurisdiccionales (en el caso de normas jurídicas de deber u obligación), y que no han sido formalmente derogadas.

El elemento *cultural,* por último, está hecho de valores y actitudes relacionadas con el derecho, una idea –como se verá a continuación– que nos acerca a una noción de cultura jurídica.

En todo caso, esos tres elementos –dice Friedman– "constituyen un todo que, a falta de un término mejor, llamamos sistema legal". Y añade todavía el autor citado: "el derecho viviente de una sociedad, su *sistema legal,* en el sentido analizado, es el derecho en su forma real. Es la forma en que se relacionan uno con otro los elementos estructurales, culturales y sustantivos, bajo la influencia de factores o situaciones, externos, que presionan desde una sociedad más amplia".

En consecuencia, cada vez que se quiera tener una información completa acerca de un determinado sistema legal, se necesita investigar los tres elementos antes señalados, es decir, se necesita examinar no solo la estructura de las instituciones jurídicas y las normas que componen el respectivo ordenamiento, sino también la cultura jurídica que se hace parte del sistema. La cultura jurídica es entonces parte del sistema, a la vez que contribuye a explicarlo, y posee también una aptitud para movilizar el sistema y para facilitar su preservación o su cambio, según los casos.

Por otra parte, la expresión "cultura jurídica" se emplea también para aludir no a los componentes culturales de un sistema legal determinado, vale decir, acotado en su validez tanto espacial como temporalmente, sino a un conjunto de sistemas de ese tipo que se inscriben en una misma tradición jurídica. Es así como puede hablarse de una cultura jurídica *continental,* que proviene de la tradición del derecho escrito europeo continental, por oposición a la cultura jurídica del *common law,* que es propia, por su parte, de la tradición jurídica anglosajona. Tratán-

dose de América Latina, por ejemplo, en donde la cultura jurídica de los distintos sistemas legales proviene de la primera de esas dos tradiciones, lo cierto es que vive hoy una etapa en la que cada vez con mayor intensidad se mezclan aportes provenientes de Norteamérica y de la Europa continental. Se produce así un cierto híbrido "romano-americano", como dice Jean Michael Blanquer, lo cual puede ser quizás expresivo de una realidad más general, a saber, que el fenómeno o proceso llamado globalización, junto con promover una cierta reivindicación de las identidades continentales, nacionales y locales, produce también, a la larga, un profundo e inevitable mestizaje cultural.

Cabe llamar la atención, asimismo, que cualquier análisis de un sistema legal determinado, además de los tres elementos antes indicados, tiene que incluir un examen acerca de cómo y en qué medida ese sistema legal cumple las funciones que se espera que cumpla. En otras palabras, una mirada sobre la estructura del sistema, llevada a cabo por la teoría del derecho, y una mirada sobre las normas del sistema, asumida por la dogmática jurídica, necesita ser seguida de una visión acerca de la cultura jurídica, la que será provista por la sociología del derecho. Pero esas tres miradas, que dan cuenta del sistema en una forma más bien estática, requieren ser complementadas por una evaluación del sistema a la luz de las funciones que de él se esperan.

Ahora bien, por *funciones* del derecho se entiende aquí las *tareas* que el derecho realiza en un contexto dado, vale decir, se trata de algo distinto de los *fines* del derecho, entendidos éstos como las *aportaciones o los servicios* que el derecho aspira a prestar en relación con la vida del hombre en sociedad. Para una distinción más a fondo entre funciones y fines del derecho, así como para una identificación y explicación pormenorizadas de cada una de las funciones y fines del derecho, puede verse el capítulo final de nuestro libro *Introducción al derecho,* titulado, precisamente, "Funciones y fines del derecho".

Volviendo a la articulación que el elemento cultural tiene tanto con el elemento estructural como en el sustantivo del sistema legal, la importancia del primero de esos elementos en relación con el segundo de ellos resulta evidente si se repara en la actividad de los órganos que cumplen funciones legislativas, jurisdiccionales y administrativas, puesto que las normas

de competencia que los regulan explican sólo parcialmente el modo como esos órganos operan en la práctica. Como escribe a este respecto Jorge Correa, "el rol que juegan esos órganos no se nos devela con la simple lectura de las normas que rigen su estructura orgánica. Para entenderlos, resulta indispensable conocer la cultura de los hombres cuyo comportamiento les da vida".

Por otra parte, y pensando ahora en el elemento sustantivo, vale decir, en "las articulaciones gramaticales a las que llamamos normas", la verdad –sigue diciendo Correa– es que ellas "sólo adquieren un significado o sentido a la luz de un sistema de prejuicios, hábitos, valores, es decir, de una cultura. Son los actores, y especialmente los profesionales del derecho, inmersos en una cultura determinada, los que dan un significado a este conjunto de signos lingüísticos, carentes por sí mismos de todo significado al margen de tales actores".

Del modo antes indicado, y procurando no sobrevalorar por ello la importancia que el elemento cultural tiene dentro del sistema legal, Jorge Correa concluye diciendo que "si se pretenden cambios en el sistema, no basta con modificaciones normativas, organizacionales o monetarias. Resulta indispensable también un cambio en esa cultura legal, en esas actitudes y creencias acerca del derecho de quienes profesionalmente estamos ligados al funcionamiento del sistema. Más aún, resulta interesante pensar que esos cambios normativos, orgánicos o presupuestarios no se producirán o, de producirse, no tendrán un impacto significativo en la dirección deseada, en la medida que no sean antecedidos o acompañados por algún grado de cambio en la cultura jurídica".

Desde una perspectiva similar, Aldo Valle, razonando sobre la cultura de los operadores jurídicos en Chile, y entendiendo por "orden jurídico" el derecho efectivamente vivido y practicado en una comunidad, sostiene que en la configuración de ese orden es determinante "la función que cumplen las creencias y concepciones valorativas de juristas, legisladores, jueces y funcionarios de la administración del Estado", que son quienes intervienen en "la creación y transmisión del conocimiento jurídico, en la creación del derecho, en su declaración, integración, aplicación y ejecución".

Diferenciando luego "orden jurídico" de "ordenamiento jurídico", donde este último no es más que el conjunto de normas de distinta procedencia y jerarquía "considerado en su pura existencia o validez normativa", es decir, sin "saber aún si logran eficacia social", Valle llama la atención sobre la diferencia entre *ordenamiento jurídico y cultura jurídica.* En cuanto al primero, él tiene una existencia formalizada en las fuentes del derecho y posee una objetividad en cuanto a los procedimientos de creación y extinción de sus normas. La segunda, en cambio, no se halla formalizada, no es oficial, y no existe a su respecto "un catálogo de creencias o convicciones contenidas en algún texto obligatorio, publicado por un órgano o autoridad". Simplemente, tratándose de la cultura jurídica, "no existen procedimientos objetivos determinados para identificar cuándo una creencia jurídica reemplaza a otra, o se incorpora una nueva, o se extingue alguna sin que sea reemplazada por otra".

Todo cuanto ha sido dicho hasta ahora en el presente acápite nos permite avanzar una noción de cultura jurídica y, asimismo, la distinción habitual que se hace entre cultura jurídica *interna* y cultura jurídica *externa.* Sobre el particular, así como sobre lo que sigue en este apartado, en especial sobre las características o componentes de la cultura jurídica chilena, es necesario mencionar como textos de apoyo a nuestras explicaciones los libros *La cultura jurídica chilena,* de 1992, y *Evolución de la cultura jurídica chilena,* de 1994, ambos publicados por la Corporación de Promoción Universitaria.

El primero de estos libros tuvo su origen en un Seminario que sobre el tema organizó en 1988 la referida Corporación, en tanto que el segundo es el resultado de un nuevo Seminario sobre la cultura jurídica nacional que la misma Corporación realizó en 1992. El primero de ambos seminarios se llamó "La cultura jurídica chilena", y el segundo "De nuevo sobre la cultura jurídica chilena".

Transcurridos ya casi diez años desde el segundo de esos seminarios, valdría la pena volver sobre el tema, con participación de los mismos especialistas que intervinieron entonces y de otros que se han incorporado más recientemente a la actividad académica, con el propósito de analizar los cambios que puedan haberse producido en nuestra cultura jurídica, luego

de una década marcada en Chile por cinco acontecimientos de importancia en este campo, a saber, la recuperación de la democracia como forma de gobierno, la creación de la Academia Judicial, la multiplicación de programas universitarios de formación jurídica a nivel de pregrado, la oferta de los primeros programas de postgrado en el área del derecho, y la aparición de una nueva generación de profesores de derecho —que bordean hoy los 40 años–, muchos de los cuales han realizado estudios de magister o de doctorado en acreditadas universidades extranjeras.

Por "cultura jurídica", según fue anticipado, puede entenderse el conjunto de valores y actitudes relacionadas con el derecho que prevalecen en una comunidad jurídica dada.

Con todo, una noción como esa podría ser ampliada de la siguiente manera: conjunto de valores, creencias, actitudes, ideas, modos de pensar y de sentir, prejuicios incluso, como también orientaciones y prácticas, que respecto del derecho prevalecen en una comunidad determinada y que tienden a expresarse de manera visible y constante en los comportamientos efectivos de los integrantes de esa comunidad. Del mismo modo, y volviendo al concepto de cultura política de Sani, esta última sería "el conjunto de actitudes, normas y creencias, compartidas más o menos ampliamente por los miembros de una determinada unidad social y que tienen como objeto fenómenos políticos".

Tales elementos o componentes de la cultura jurídica –concepciones, creencias, valores, actitudes, ideas, modos de pensar y sentir, prejuicios, orientaciones y prácticas– son ciertamente diferentes entre sí y no reconocen una misma filiación ni entidad. No es lo mismo hablar de valores que de creencias, de ideas que de sentimientos, de actitudes que de prejuicios, y llevaría mucho tiempo y esfuerzo pasar a ocuparse ahora de cada uno de esos términos por separado. Pero en todos los casos se trata de componentes cuyos alcances podemos de algún modo perfilar y que, debido al arraigo que tienen en una sociedad dada y en un momento o época histórica también dada, poseen una estabilidad tal que les permite influir, y en algún sentido pautear, los comportamientos que de hecho observan los miembros del grupo de que se trate. Como apunta Luis Diez Picazo a propósito de lo que él llama "valoraciones socialmente dominan-

tes", en parte puede tratarse de "verdades comprobables científicamente y a las cuales se otorga una aceptación nacional", pero, en parte también, pueden ser "creencias", en el sentido orteguiano del término, "que designan proposiciones que sin ser ciertas rigurosamente hablando, reciben una adhesión existencial".

Pero hay, como hechos dicho, una cultura jurídica externa y una interna.

Cultura jurídica *externa* es el conjunto de valores, creencias, ideas, actitudes, prejuicios, modos de pensar y de sentir que respecto del derecho prevalecen en la población de una sociedad determinada, es decir, en el público, entre aquellos individuos que se relacionan con el derecho y sus instituciones sólo ocasionalmente, en forma esporádica, sin tener un contacto regular con las estructuras legales.

En cambio, la cultura jurídica *interna* está representada por los valores, creencias, ideas, actitudes, prejuicios, orientaciones, prácticas, hábitos de trabajo, modos de pensar y de sentir que acerca del derecho prevalecen entre quienes se relacionan con las estructuras e instituciones jurídicas de una manera directa, continua, en razón de las profesiones u oficios que practican.

"Entendemos por *cultura jurídica interna* –escribe Tarello– la cultura de los técnicos o especialistas del derecho: profesores de las facultades de leyes, jueces, funcionarios administrativos con profesionalidad jurídica, abogados, notarios". En cuanto a la *cultura jurídica externa,* ella "es la del público" y consiste en "las opiniones del público en torno al derecho". ¿Cómo conocer la cultura jurídica externa, se pregunta este autor, por ejemplo, respecto de la noción de derecho que prevalece en el público, en la gente que no se relaciona con el derecho en razón de su oficio? Y se responde lo siguiente: es preciso "observar en muestras constituidas por el público, por ejemplo, de los estudiantes del primer año de derecho en las primeras semanas de clase, cuando todavía no están adoctrinados; de los estudiantes de otras facultades en que se ofrecen cursos básicos sobre materias jurídicas; del público, de los clientes de los profesionales unidos (abogados, notarios); del público que *usufructa* servicios sociales cuyos órganos incluyan juristas".

En consecuencia, la cultura jurídica externa es la del público en general, mientras que la interna concierne al grupo más

reducido de las profesiones jurídicas, es decir, a legisladores, jueces, abogados, profesores de derecho y funcionarios de la administración, quienes, a diferencia del público en general, se relacionan con el derecho de una manera regular, estable, continua inclusa.

La importancia de la cultura jurídica interna salta a la vista, porque es aquella que comparten quienes producen, interpretan, aplican, ejecutan y enseñan el derecho vigente en una comunidad cualquiera, de modo que todas esas funciones se ven de alguna manera afectadas por la cultura que profesan quienes están llamados a desarrollarlas. Por su parte, y aunque el pueblo común no sea propiamente un operador jurídico, la cultura jurídica externa importa porque –como apunta Manuel Manson– "el derecho que no cuenta con el respaldo del pueblo común constituye más bien un ritual de funcionarios e intelectuales". De este modo, "para enjuiciar un derecho y una cultura jurídica hay que conocer también el conjunto de convicciones, creencias, puntos de vista, maneras de sentir, de pensar y de actuar que acerca del derecho prevalecen en el pueblo común".

Entonces, la cultura jurídica interna –que es la que en el caso de Chile vamos a desarrollar más adelante en este mismo capítulo– es aquella que comparten los actores o protagonistas del sistema legal, los "operadores jurídicos" –como suele decirse–, vale decir, aquellos que se vinculan con el derecho en razón de sus profesiones, y, por lo mismo, de una manera reconocible socialmente y dotada de una evidente permanencia. Se trata, en suma, de la cultura del "staff" jurídico y de cada una de sus ramas, entre las cuales se cuentan –como apunta Rehbinder– "el juez, el abogado, el notario, el legislador, el funcionario de la administración y el científico del derecho". Como agrega por su parte Edmundo Fuenzalida, se trata de la cultura de quienes "han recibido una educación jurídica formal", aunque es preciso advertir que algunos operadores que no han recibido a veces una educación de este tipo –tales como empleados subalternos de los tribunales y funcionarios de la administración– influyen también, en alguna medida, en la cultura jurídica interna del sistema legal imperante.

Por esa misma razón un autor como José Echeverría opta por distinguir entre "cultura jurídica profesional" y "cultura jurídi-

ca legal". Ahora bien y tal como indica Edmundo Fuenzalida, "es cierto que cada grupo de profesionales tiene su propia cultura interna, en el sentido definido más arriba. Es el caso de los ingenieros, arquitectos, médicos, etc.". Sin embargo, "lo que hace distinta a la cultura de los profesionales del derecho es que ellos ponen en acción un sistema sociocultural, el sistema jurídico, cuyas resoluciones afectan no sólo a un privado o a un conjunto de privados, o de organizaciones privadas o públicas, sino, en forma directa o indirecta, a la sociedad toda".

Por tanto, cuando se pregunta por la cultura jurídica *interna* de un país –por ejemplo, Chile– por lo que se pregunta es por el conjunto de valores, creencias, ideas, orientaciones, prejuicios, prácticas, hábitos de trabajo, modos de sentir y de pensar más ampliamente compartidos, y con una apreciable permanencia, entre las personas que sirven las funciones y profesiones antes mencionadas, y que, por hallarse firmemente arraigadas al interior del grupo o grupos que forman esas mismas personas, tienden a manifestarse en modos de comportamiento estables y regulares de éstas.

Sobre el particular, vale decir, acerca de la cultura jurídica interna, Aldo Valle la cree integrada por dos tipos de componentes. Por una parte, ella estaría "integrada por los estándares profesionales de los operadores", y, por otra, por "los principios ideológicos o filosófico-jurídicos que animan a los operadores jurídicos en su concepción acerca del derecho y la justicia". Esta distinción es útil –considera el autor antes citado–, puesto que "no es fácil identificar cuando terminan de actuar los estándares profesionales y comienzan los principios o ideales que sobre la justicia tiene un concreto operador jurídico". Tendría así la cultura jurídica interna "categorías tanto profesionales como ideológicas", por mucho que sea difícil contar "con un criterio objetivo y neutro para la demarcación de unas y otras". Precisando estas ideas, Aldo Valle dice que "la cultura jurídica interna es portadora tanto de conocimientos de expertos como orientaciones ideológicas o filosófico-jurídicas que aún los propios operadores pueden no distinguir". Sin embargo, "no se trata de ver en los operadores jurídicos unos manipuladores aviesos que deliberadamente escamotean sus preferencias ideológicas tras las formas o categorías propias de la ciencia y la profesión

jurídica, ni de introducir la sospecha como medida de comprensión del lenguaje jurídico".

La distinción entre cultura jurídica interna y externa no debe sugerir, sin embargo, que se trata de un sello o marca distintiva que acompaña por siempre a una comunidad en general (cultura jurídica externa) o a esa comunidad más restringida que forman los profesionales del derecho (cultura jurídica interna). Por la inversa, y dado que se trata precisamente de una cultura, una y otra de las culturas jurídicas que hemos distinguido –externa e interna– evolucionan de algún modo como resultado de la tensión que se produce siempre entre tradición e innovación. Así, una instantánea sobre determinada cultura jurídica en un momento dado podría ser conservada largo tiempo como una imagen que reproduce los caracteres principales de esa cultura, pero nuevas y posteriores fotografías mostrarán luego una imagen no necesariamente coincidente con aquella. Por una parte, mejores cámaras y procesos de revelado, esto es, mejores métodos de investigación, pueden mostrar con más detalle y precisión ciertos aspectos que en fotografías anteriores aparecían meramente insinuados o difusos; por la otra, alteraciones en el propio objeto fotografiado –y no ya en los aparatos o métodos de que nos valemos para fotografiarlos– mostrarán también que aquello que intentamos reproducir y fijar en el celuloide no es algo estático ni invariable.

En cierto modo, toda cultura jurídica está siempre en transición, un proceso que nunca será propiamente acelerado, aunque sí perceptible para el ojo de un investigador atento y preocupado.

Además, y en el caso particular de la cultura jurídica externa, ella no siempre es perfectamente homogénea al interior de una comunidad cualquiera en un momento dado, pudiendo advertirse expresiones distintas de la misma, no necesariamente coincidentes, en los diversos segmentos que componen la población y que se configuran a partir de diferencias socioeconómicas, territoriales, étnicas o de otro orden.

Del mismo modo, y de una manera quizás más acusada, la cultura jurídica interna se presenta en cierto modo *fragmentada* en las diversas profesiones jurídicas que la encarnan. Esto quiere decir que la cultura jurídica de legisladores y de jue-

ces, por ejemplo, o de jueces y científicos del derecho, si se prefiere, aun cuando esas cuatro clases de operadores jurídicos actúen en una misma época y dentro de un mismo sistema legal, no es tampoco necesariamente homogénea. Como dice a este respecto Andrés Cuneo, "las actitudes de los actores del sistema jurídico hacia éste no son homogéneas y dependen bastante de su ubicación dentro del mismo", o sea, de la determinada profesión que cada uno de ellos practica. Todavía más, dentro de una misma profesión jurídica será siempre posible advertir algunos cambios en la cultura jurídica de quienes la profesan, cambios que también van a depender de los determinados roles o posiciones que cada cual desempeñe u ocupe. Es lo que acontece, por ejemplo, en el caso de los abogados, donde es posible distinguir a lo menos dos áreas, a saber, la de aquellos que concentran su actividad en los tribunales y/o prestan servicios de asesoría y redacción en asuntos generales de derecho civil, penal, comercial o laboral, y la de quienes dan asesoría a empresas de mayor importancia económica y que desarrollan su actividad vinculados a clientes extranjeros y al propio derecho de otros países. Algo parecido acontece con los abogados que trabajan para el estado en funciones públicas, quienes "representan una gama que ofrece algunas particularidades, dentro de los cuales posiblemente constituyen un subgrupo especial los que prestan servicios en organismos de fiscalización".

Todo lo anterior hace difícil un intento descriptivo de cualquier cultura jurídica, incluso cuando la descripción se ciñe únicamente a la cultura jurídica interna, puesto que ésta no es nunca perfectamente homogénea. Y por una triple razón: *primero,* porque ciertos componentes de esa cultura pueden destacar en un lugar y momento dados sobre otros que pugnan por abrirse paso y desplazar a aquellos, por ejemplo, cuando una mentalidad judicial de minoría, digamos más progresista y menos apegada al dogma de que la ley es la ley y el juez nada más que la boca por la cual habla el legislador, trata de contrarrestar y finalmente de imponerse a una mentalidad judicial predominante que viva apegada a la idea de que el juez es esclavo de la ley y de que no está en su mano corregirla cuando de su aplicación a un caso dado pueden seguirse consecuencias notoria-

mente injustas o inconvenientes; todo lo cual es expresivo de esa tensión permanente entre tradición y cambio, propio de todo ámbito de la cultura; *segundo,* porque los componentes o características de una cultura jurídica interna no se reproducen iguales en cada uno de los sectores que de esa cultura representan las distintas profesiones jurídicas, lo cual trae consigo –según veíamos antes– que la cultura jurídica de los jueces, por ejemplo, no coincida en sus rasgos más característicos con aquella que pueda prevalecer entre los juristas o científicos del derecho; y *tercero,* porque al interior de una misma profesión jurídica, según los roles o modalidades de ejercicio de la misma que puedan darse a su respecto, los correspondientes operadores jurídicos, como acontece en el caso de los abogados, puedan reconocer diferencias entre sí en cuanto a la cultura jurídica que comparten.

Otra distinción que vale la pena traer hasta aquí es la que alude a una cultura jurídica *explícita* y a una cultura jurídica *implícita.* Esta distinción, formulada en el libro *La cultura jurídica chilena* a propósito de la hipótesis sobre la función jurisdiccional y su ejercicio por parte de los jueces, se asienta en el hecho de que puede no existir coincidencia entre los valores, creencias, ideas, modos de sentir y de pensar, etc., que determinados operadores jurídicos declaran o dicen compartir y aquellos valores, creencias, ideas, modos de sentir y de pensar, etc., que, sin ser reconocidas o admitidas como tales, son de hecho las que guían u orientan su actuar. Así, y utilizando nuevamente la figura de los jueces, podría no existir coincidencia entre los valores, creencias y demás elementos de la cultura jurídica que ellos dicen comúnmente compartir, y otras que reflejarían las auténticas convicciones de esos operadores jurídicos y que éstos no admitirían como tales, al menos públicamente.

Lo mismo, en el caso de los abogados, sólo por dar otro ejemplo, podría haber más de alguna diferencia importante entre la cultura jurídica explícita –la que dicen profesar– y la implícita, o sea, la que efectivamente profesan.

Carlos Peña, ahora en el libro *Evolución de la cultura jurídica chilena,* considera que la distinción entre cultura jurídica explícita e implícita "posee poca utilidad y su sustento teórico implícito es altamente discutible". Para ello, Peña se refiere directamente

al manejo que de esa distinción por parte del autor de este libro en la obra *La cultura jurídica chilena,* y al uso que de la misma distinción hace por su parte Jorge Correa en el texto de su autoría que se incluye también en esa obra.

Carlos Peña es de parecer que el autor del presente libro y Jorge Correa no manejamos de similar manera la distinción antedicha en el libro *La cultura jurídica chilena.* Y citando textualmente de ese libro, el autor se explaya del siguiente modo: la cultura implícita, "según la versión de Agustín Squella, estaría constituida por las creencias, convicciones, valores y actitudes que los [...] protagonistas de la vida jurídica nacional dicen comúnmente compartir"; y la cultura explícita, "en la misma versión", "reflejaría convicciones, valores y actitudes no propiamente reconocidas [...] y que, a lo menos en parte, podrían ser distintas, e incluso contrapuestas, de aquellas que forman lo que llamamos cultura jurídica explícita".

"Otra versión de esa misma distinción la ofrece Correa –sigue diciendo Carlos Peña– al comentar la hipótesis de Squella referida a la función jurisdiccional. Según Correa, "la primera alude a 'la forma en que los actores profesionales se explican y explican a terceros el acto jurisdiccional', en tanto que la segunda alude a "la cultura subyacente que permite a un tercero explicar lo que realmente se hace". Y agrega todavía Peña "en el curso del texto, Correa altera ese primer concepto e introduce inadvertidamente otro: cultura implícita sería lo que los jueces "realmente hacen" y la explícita lo que "dicen que hacen".

En todo caso, para Carlos Peña "es obvio que Squella y Correa, no obstante las apariencias, están hablando de cosas distintas. Para Squella el criterio que permite distinguir entre cultura jurídica implícita y explícita es el grado de conocimiento que, de una u otra, tengan los actores; para Correa, lo que permite formular la distinción es el punto de vista, según se trate del propio actor o de un tercero o el tipo de acto que se ejecuta".

Sin embargo, no sólo tengo la impresión de que Jorge Correa, en las dos citas de su texto que trae a colación Carlos Peña, habla exactamente de lo mismo, sino que él y yo, cada uno por su lado, hablamos también de lo mismo cuando adoptamos la distinción entre cultura jurídica explícita y cultura jurídica implícita.

Creo que con la expresión "cultura jurídica explícita" ambos nos referimos a valores, creencias y convicciones que determinada clase de operadores jurídicos –por ejemplo, los jueces– dicen compartir y que, por lo mismo, manifiestan habitualmente no sólo en las decisiones que adoptan, sino en cualquier otro tipo de discurso igualmente público, aunque sin carácter normativo, por ejemplo, conferencias, ponencias, entrevistas y otras actividades semejantes. Por otra parte, esos mismos operadores pueden tener valores, creencias y convicciones que no reconocen tener, sean o no conscientes de esto último, y que, conformando lo que se llama cultura jurídica implícita, influyen de hecho en su actuar más que su cultura jurídica explícita y pueden ser distintos y hasta contrapuestos a ésta.

Así las cosas, la cultura jurídica explícita no es pura "mala fe", como señala Carlos Peña, ni necesariamente una deliberada "distorsión en el proceso de comunicación", ni, tampoco, "una forma distorsionada y sucia de la acción comunicativa". Se trata, como hemos dicho, de valores y creencias que pueden expresarse por los operadores jurídicos tanto con sinceridad como insinceridad, como estereotipos y lugares comunes, y a veces –no lo descartamos– como redondos engaños, pero que no dan cuenta realmente de los valores y creencias que de verdad subyacen al actuar y a las decisiones públicas de esos mismos operadores.

Así, por ejemplo, un juez, como expresión de su cultura jurídica explícita, podría afirmar "yo fallo todos los casos que se me someten con estricta aplicación de la ley", y suscribir por parte de su cultura jurídica implícita, más o menos conscientemente de ello, una afirmación distinta como la que sigue: "fallo todos los asuntos que se me someten con estricta aplicación de la ley, a condición de que la solución que la ley prevé para el caso pueda yo aprobarla en conciencia, puesto que en caso de no aprobarla lo que hago es valerme de una interpretación de la ley en juego o de cualquier argumentación jurídica convincente que me permita adoptar y justificar una decisión que sí satisfaga los requerimientos de mi conciencia como juez".

Pero antes de seguir conviene detenerse un instante en lo que sigue: si cultura jurídica interna es aquella que comparten los operadores jurídicos, esto es, el staff jurídico, lo cierto

es que una cultura semejante nunca es perfectamente homogénea si es que se introduce una diferenciación entre tales operadores, agrupándolos o estratificándolos según la específica profesión jurídica de que se ocupan. Esto quiere decir, cuando menos, que los distintos integrantes del staff jurídico (legisladores, jueces, abogados, profesores de derecho) no comparten siempre con similar intensidad lo que se afirmara a propósito del contenido de las hipótesis que vamos a enunciar para explorar y explicar nuestra cultura jurídica interna, y, cuando más, que puede haber incluso marcadas diferencias entre la cultura jurídica que prevalece al interior de cada uno de esos segmentos profesionales. Dentro de ciertos límites, por lo mismo, podría afirmarse que en la *cultura jurídica* interna se producen *subculturas* propias de un sector profesional determinado, todo lo cual torna más compleja la descripción de esa cultura jurídica interna y arriesga a que las hipótesis que se enunciarán con tal propósito resulten demasiado generales al no incluir los matices y alcances que perfilan cada una de las subculturas que es posible identificar al interior de eso que venimos llamando "cultura jurídica interna".

Relativo a la prevención que acabamos de hacer, Andrés Cuneo, consultado por el autor de este libro sobre las características de la cultura jurídica interna en Chile, responde que "resulta difícil hablar de la cultura jurídica interna chilena en nuestros días, porque según mis percepciones, ella es hoy una realidad fragmentaria y, pienso, en proceso de transición... Fragmentaria, pues las ideas, los valores y las actitudes de los actores del sistema jurídico hacia éste no son homogéneas y dependen bastante de su ubicación dentro del mismo". Una acotación que hace también Carlos Peña, cuando afirma que "el staff jurídico no es culturalmente homogéneo porque sus roles son, en verdad, distintos, y por eso, en alguna medida, se definen mutuamente".

En esas expresiones de Peña, como se ve, hay una doble afirmación, a saber, la de que como consecuencia de la división del trabajo entre legisladores, jueces, abogados y profesores de derecho, la cultura jurídica de esas profesiones no es homogénea, y la de que cada profesión jurídica contribuye a definir la posición social de las otras sobre la base de ciertas expectativas que

las profesiones jurídicas se dirigen mutuamente. Así "mientras los jueces contribuyen a definir la posición social del abogado, los abogados, a su turno, contribuyen a definir la posición social de los miembros de la judicatura".

Si volvemos a la cita anterior de Andrés Cuneo, ella también entraña una doble afirmación: la ya repetida de la falta de homogeneidad en la cultura jurídica interna, y la de que ésta se haya en transición. ¿Por qué en transición? Porque al interior de cada una de las subculturas internas, y en ocasiones de modo transversal entre dos o más de ellas, distintos grupos pugnan por mantener o cambiar determinados componentes de la correspondiente subcultura, produciéndose algo así como una subcultura dominante y otras que tratan de expandirse y ganar la hegemonía.

Si quisiéramos resumir ahora el conjunto de esas prevenciones, podríamos decir lo siguiente:

a) la cultura jurídica interna de un país nunca es enteramente homogénea, porque sus distintos componentes varían, cuando menos en intensidad, al interior de cada una de las subculturas que se forman en (cada una de) las diferentes ramas o segmentos de lo que hemos llamado el "*staff*" jurídico;

b) cada profesión jurídica determina no sólo su propia (cultura) subcultura, sino que, en alguna medida, también, cada profesión jurídica colabora a definir la posición y características de los demás sobre la base de las expectativas que las diferentes profesiones jurídicas se dirigen entre sí;

c) la cultura jurídica interna, tanto si se le considera globalmente o en cada una de sus subculturas, es siempre un proceso en movimiento, dentro del cual cabe advertir posiciones hegemónicas junto a otras minoritarias, y a veces incluso marginales, que pugnan con las primeras y contribuyen a crear una tensión entre ambas;

d) el fenómeno aludido en la letra precedente obra igualmente de manera transversal en las distintas subculturas del sistema.

V. Una caracterización de la cultura jurídica interna chilena sobre la base de hipótesis. ¿Qué quiere decir "hipótesis"? La cultura jurídica chilena en perspectiva histórica

Para caracterizar la cultura jurídica interna de nuestro país, nos valdremos de un conjunto de hipótesis, básicamente similares a las que con igual propósito utilizamos en el ya mencionado seminario de 1988 acerca de la cultura jurídica chilena.

Empleamos aquí la palabra "hipótesis", lo mismo que entonces, como sinónimo de suposición o propuesta destinada a explicar algo, en este caso las principales manifestaciones de nuestra cultura jurídica interna. En un sentido más exigente que el anterior, que vale también para el presente caso, una hipótesis es un enunciado general que supone una interpretación de determinados hechos y que adoptamos transitoriamente como verdadera mientras la sometemos a confirmación o refutación. Así las cosas, nuestras hipótesis sobre la cultura jurídica de los operadores jurídicos en Chile constituyen una *explicación* y a la vez suponen una *interpretación* de esa cultura, y se ofrecen como enunciados susceptibles de ser *confirmados o refutados* a la luz de datos empíricos que puedan ser ordenados y analizados como parte de una o más investigaciones sobre el tema.

En ese marco de ideas, Antonio Pedrals en un breve texto titulado *Ideas y creencias acerca del derecho en Chile. El punto de vista de los operadores jurídicos*, sostiene que sus planteamientos acerca de la "visión" del derecho que tienen nuestros operadores jurídicos (cultura jurídica interna), "podrían contribuir a formular proposiciones que, en algún momento, habría que confirmar/rectificar a través de las pertinentes encuestas". Son, si se quiere –como las califica ahora Carlos Peña– "hipótesis puramente exploratorias".

Por lo mismo, una hipótesis, o un conjunto de éstas, constituyen algo menos que una *teoría* y algo más que una *percepción*. Algo más que una percepción, es decir, algo más que una idea o simple representación de un objeto, puesto que las hipótesis tienen la pretensión de explicar el fenómeno sobre el cual recaen y de constituir también una cierta interpretación

de ese mismo fenómeno. Y algo menos que una teoría, puesto que las hipótesis importan explicaciones e interpretaciones iniciales, eminentemente transitorias, que no alcanzan propiamente esa condición recapitulatoria de enunciados que mantienen entre sí relaciones lógicas de deducibilidad, como acontece con las teorías.

En todo caso, la palabra "hipótesis" se utiliza a veces como sinónimo de "teoría", o de "teoría científica", en cuanto se quiere aludir con esos términos a enunciados de tipo general que operan como conjeturas acerca de la realidad –"conjeturas felices", las llama Hempel– y que, por lo mismo, pueden ser tanto confirmados como refutados.

Recuérdese, por ejemplo, que la doctrina de Popper sobre el método científico está basada en una concepción de la ciencia como sistema de *conjeturas* y *refutaciones*. De conjeturas y refutaciones, puesto que para el filósofo austríaco una hipótesis o teoría científica es un enunciado universal cuya verdad no puede demostrarse, pero cuya falsedad sí se puede determinar mediante la refutación o falsación de la misma. De acuerdo a esta doctrina, la ciencia no puede probar hipótesis, porque carece de procedimientos o métodos que permitan establecer la confirmación de una hipótesis. Todo lo que más puede hacer la ciencia es refutar hipótesis, esto es, hacer caer a éstas como conjeturas acerca de la realidad.

Pues bien, en el marco de las ideas de Popper, nuestras hipótesis acerca de la cultura jurídica interna en Chile tendrían sólo la posibilidad de ser refutadas, lo cual quiere decir que cualquier trabajo serio con ellas debería estar encaminado a falsear esas hipótesis, pudiendo éstas mantenerse en pie únicamente mientras no seamos capaces de refutarlas. Por la inversa, si admitiéramos que las hipótesis no sólo pueden ser refutadas, sino también comprobadas, esto es, si se admite la verificabilidad de las mismas, nuestro trabajo con las hipótesis acerca de la cultura jurídica chilena tendría por meta acreditarlas como verdaderas o, cuando menos, como plausibles. En el primer caso, las hipótesis, susceptibles únicamente de ser refutadas, caen cuando se produce su falseamiento y, mientras ésta no se produce, subsisten siempre como meras hipótesis, vale decir, como conjeturas, no como verdades. En el segundo caso, las hipótesis, capaces de

ser verificadas, abandonan su condición de simples conjeturas, adquiriendo veracidad o aceptabilidad, cuando de hecho consiguen ser verificadas.

En todo caso, y cualquiera sea el destino de las hipótesis, más modesto o más alto según se acepte uno u otro de los dos puntos de vista previamente presentados, lo cierto es que el alcance que posee ese término, equivalente a conjeturas acerca de la realidad, se aviene con el alcance que le damos en este capítulo cuando hablamos de hipótesis acerca de la cultura jurídica interna en Chile. Estas hipótesis, por lo mismo, deben ser vistas como conjeturas, como explicaciones e interpretaciones iniciales y transitorias, que deben recorrer todavía un cierto camino: el camino que conduzca a su verificación, o bien a su falseamiento.

Porque una conjetura, en el sentido estricto del término, no es otra cosa que el juicio o apreciación que uno se forma de algo a partir de las señales que ve u observa.

En todo caso, vale la pena decir que las hipótesis que enunciaremos acerca de la cultura jurídica interna en Chile ponen de manifiesto regularidades o notas dominantes que se aprecian en los modos de pensar y de actuar de los operadores jurídicos nacionales. En tal sentido, se trata de hipótesis que no podrían ser falseadas en presencia de un solo caso en contrario, como acontece con las hipótesis científicas, y ni siquiera en presencia de varios casos, sino de una mayoría de casos.

Con la precedente advertencia queremos hacernos cargo de la observación de Pablo Ruiz-Tagle, contenida en su texto que forma parte del libro *Evolución de la cultura jurídica chilena*, y en el que el autor se vale de un caso jurisprudencial, recogido por Fernando Fueyo en su obra *Interpretación y juez*, en el cual Juana Catrilaf Calfiñanco, una mujer araucana, fue absuelta en 1963 del homicidio de su abuela, en un fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia que tuvo en consideración una ponderación de las prácticas de la comunidad indígena en que vivían la acusada y su víctima.

Entonces, Pablo Ruiz-Tagle se pregunta si acaso podemos decir que en ese caso se refleja una concepción normativa del derecho y una supremacía de la ley como fuente del derecho –que, como veremos más adelante, son componentes destacados de nuestra cultura jurídica interna–, o si, por el contrario,

lo que ese cambio pone de manifiesto es que las leyes chilenas sobre el homicidio sucumben frente al concepto de orden público indígena.

Y utilizando luego las ideas de Popper, Ruiz-Tagle nos recuerda que "basta un solo ejemplo contrario, una sola falsificación de una hipótesis, para que en estricto rigor éstas deban ser desechadas desde un punto de vista científico".

Pues bien, reiteramos aquí que las hipótesis que serán enunciadas acerca de nuestra cultura jurídica interna no tienen la pretensión de operar como hipótesis *científicas,* sino como conjeturas acerca de ciertas maneras de pensar y comportamientos que prevalecen entre los operadores jurídicos. De allí entonces que cuando se habla de falsear nuestras hipótesis, de lo que se habla no es de la identificación de uno o más casos o situaciones en contrario de las mismas, sino de la posibilidad de verificar una tal cantidad de casos o situaciones en contrario que sean suficientes como para no poder continuar viendo la hipótesis de que se trata como una regularidad o nota dominante en las maneras de pensar y de actuar de los operadores jurídicos.

Antes de individualizar las hipótesis de que nos valdremos para ofrecer una caracterización de la cultura jurídica interna en Chile, conviene detenerse un instante en algunos antecedentes históricos mínimos que explican el contenido de varias de esas hipótesis, para lo cual vamos a seguir, ante todo, un texto de Enrique Barros que resume lo que fue su discurso de incorporación, en el año 2000, a la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile.

La organización del estado en Chile fue decisiva para la configuración del país en el siglo XIX y para la creación incluso de nuestra propia nacionalidad. Como escribe a este respecto el historiador Mario Góngora, el estado chileno de la época de la Independencia no sólo monopolizó con éxito el uso de la fuerza para combatir el caudillismo y prevenirse de la revolución y la guerra civil –fenómenos que amenazaban por igual a las nacientes repúblicas de la parte sur de América–, sino que abarcó "todas las nociones peculiares del Estado tradicional europeo", aunque "expresadas en el lenguaje de la Ilustración". La finalidad de ese estado "era lo que en las doctrinas clásicas

se llama el *bien común*, pero que en el lenguaje de los ilustrados se suele llamar *la felicidad* del pueblo. Comprendía por lo tanto todo el buen gobierno y administración, la legislación, la justicia, la educación nacional, la economía, la moralidad y la sanidad pública".

En ese marco de ideas, "el hecho efectivo –sigue diciendo Góngora– es que surge hacia 1830 un gobierno fuerte, extraño al militarismo y al caudillismo de los tiempos de la Independencia, que proclama en la Constitución de 1833 que Chile es una República democrática representativa, y que afirma su legitimidad en quien ha sido elegido según un mecanismo legal, y que rige al país según esas normas legales".

A eso es lo que se llama "el Estado portaliano", organizado sobre la base de las ideas de Diego Portales, quien, convencido de que el país no tenía aún esa "virtud republicana" que se necesitaba para poseer un auténtico sistema democrático, fue del parecer que la democracia debía ser en cierto modo postergada y que lo que correspondía entretanto era gobernar autoritariamente, aunque sin perder nunca de vista el bien público.

Llevando su tesis a la máxima expresión de síntesis, e incluso de provocación, Mario Góngora afirma que "el Estado es la matriz de la nacionalidad: la Nación (entiéndase la nación chilena) no existiría sin el Estado, que la ha configurado a lo largo de los siglos XIX y XX. De este modo –concluye–, "Chile es una nación formada por el Estado".

Como señala ahora Enrique Barros, "es cierto que la Constitución de 1833 estableció un sistema de sucesión en el poder y que no sólo los ciudadanos, sino también los jueces y los funcionarios, estaban regidos por la ley", lo cual es expresivo de que en nuestro país "se tendió a consolidar un orden basado en reglas públicas y generales. Pero más allá del ordenamiento civil, el ejercicio del poder por la presidencia era esencialmente discrecional, cuando así lo exigía el interés general, calificado por la propia autoridad". "La ley la hace uno procediendo con honradez", escribe Portales en el secreto de su correspondencia, una frase que pone de manifiesto no sólo la idea de que la ley es expresión de la voluntad del gobernante, sino también la de que las virtudes del gobernante son las que guían a la hora de establecer una ley y fijar su contenido.

Tal como escribe Sol Serrano, "el principio legitimador del sistema político otorgado por la Constitución de 1833 era la soberanía popular, soberanía que estaba restringida por el voto censitario como por mecanismos administrativos que le permitían al Poder Ejecutivo controlar los otros poderes del Estado. La justificación de su carácter autoritario y restringido residía en que muy pocos poseían la "virtud republicana" necesaria para ejercer la soberanía. Por ello, el Estado debía formar esa virtud en el resto de la población para ampliarla".

Portales confiaba en "un gobierno fuerte y centralizador" –según sus propias palabras–, limitado en el hecho más por la virtud moral de los gobernantes y su consiguiente preocupación por el bien general que por las normas constitucionales y legales. Como escribe Mario Góngora, a Portales "los textos legales, la misma Constitución de 1833, le importaban poco: obligatorios para los simples ciudadanos, los funcionarios y los tribunales de justicia, esos textos tenían que dejar cabida para discrecionalidad del jefe del Poder Ejecutivo, cuando así lo exija el bien público".

No sin razón, por lo mismo, se ha dicho que lo específicamente "portaliano" consistió en fundar "la religión del Ejecutivo omnipotente", una obra en la que Portales fue bien apoyado por Bello y su discurso acerca de los jueces como "esclavos de la ley". Así, cuando en sus artículos en el periódico *El Araucano* Bello instaba a los jueces a fundar sus sentencias y a comportarse como la boca por la cual habla el legislador, más interesado que en el hecho de que los jueces justificaran ante el público sus decisiones lo estaba en que ellos se mantuvieran estrictamente dentro del marco de la ley y sin posibilidad de recurrir a la costumbre jurídica fuera de los casos en que la ley se remite a ésta, y sin autorización, asimismo, para echar mano de los principios generales del derecho o de la equidad en caso de lagunas de la ley o de efectos notoriamente injustos o inconvenientes de ésta, sino únicamente para interpretar pasajes oscuros o contradictorios de las propias leyes.

Del modo antes indicado, y tal como había ocurrido con los estados nacionales europeos, el estado chileno se definió como centralizado y jerárquico, con un ejecutivo que domina el proceso político.

Bello fue capaz de redactar un ordenamiento jurídico refinado y eficaz para las materias de derecho privado, tales como familia, propiedades, contratos y sucesión por causa de muerte, "aunque quedó en suspenso la primacía del derecho en lo que concernía al gobierno y a la legislación", dos actividades que, asentados en el principio de la soberanía popular, no reconocían otro límite que la prudencia del gobernante y de los legisladores.

Esa escasa sujeción del poder político al derecho, de la mano con una preocupación por un auge del derecho privado, es posible de ser percibida también en Francia, a inicios del siglo XIX, cuando un gobernante bastante despótico, como fue el caso de Napoleón, se transforma en el principal propulsor del Código Civil de ese país, mas no en ningún campeón del derecho público.

Es así como en pleno siglo XIX, ahora en Chile, la Corte Suprema en pleno ofició en los siguientes términos al entonces Presidente Bulnes: "ninguna magistratura goza de la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad de las leyes promulgadas después del Código fundamental, y de quitarles, por este medio, sus efectos y su fuerza obligatoria", dado que "este poder, que por su naturaleza sería superior al del legislador mismo, puesto que alcanzaba a anular sus resoluciones, no existe en Magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional".

Del modo antes indicado se van asentando en nuestro país unas ideas políticas y jurídicas que iban a tener, incluso hasta hoy, un fuerte impacto en la cultura jurídica dominante, en especial en la de los operadores jurídicos, y, particularmente, en el modo de entender la cuestión de las fuentes del derecho, la de la jerarquía de éstas y la de la índole y límites de la función jurisdiccional.

Un impacto que muy a menudo se tradujo en la indefensión jurídica frente al gobierno y la administración, como se aprecia, por ejemplo, iniciado ya el siglo XX, en ese limitadísimo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que consagró la Constitución de 1925 y en la circunstancia de haber ésta introducido la figura de unos tribunales administrativos que nunca fueron constituidos.

Recién en las actas constitucionales de 1976, y más tarde en la Constitución de 1980, se introdujo el recurso de pro-

tección que cautela la generalidad de los derechos fundamentales.

"Con todas sus calificaciones –escribe Enrique Barros–, el régimen político chileno de la época fundacional de la república se explica con referencia al orden pacificador de Hobbes (sin su connotación individualista) y a la voluntad de poder expresada en la idea de soberanía que acompañó a la formación de los estados nacionales. Por el contrario, las tradiciones de libertades y fueros del derecho español antiguo, ya debilitadas durante el tardío absolutismo colonial, jamás fueron invocadas durante la república. Tampoco resultaron evidentes a nuestra cultura jurídica las libertades naturales de Locke, de Kant o de los padres fundadores de la constitución norteamericana. Bajo estas condiciones, no resulta extraño que en Chile la cultura jurídica dominante haya sido positivista, concibiendo todo el derecho como el contenido de actos de poder".

Lo que nos faltó durante el siglo XIX, como también en buena parte del siglo XX, fue una concepción del derecho basada en un sistema de fuentes más amplio y complejo que el que impuso el ideario de la escuela de la exégesis, y que asumiera "que el derecho no sólo otorga, sino también conforma y limita el poder."

Es efectivo que la tesis de Mario Góngora sobre Chile como una nación formada por el estado encuentra detractores y críticos entre otros historiadores nacionales, pero quizás a todo lo más que pueda llegarse razonablemente es a la postura de Bernardino Bravo –antes un crítico que un detractor de la tesis de Góngora–, quien reconoce como "válido todo lo que Góngora dice sobre el papel histórico del Estado en el siglo XIX, pero con la aclaración de que con ello no se forja una nueva nacionalidad, sino que se fortalece y desarrolla una nacionalidad ya acuñada en sus rasgos fundamentales".

Sin embargo, ya sea que se acepte la tesis más radical de Góngora (la nación chilena fue formada por el estado a lo largo del siglo XIX y XX) o la más restringida de Lira (el estado chileno del siglo XIX contribuyó poderosamente al robustecimiento y expansión de una nacionalidad ya constituida y cuyas raíces se remontan al siglo XVII), lo cierto es que un estado fuerte y centralizador, haya éste "formado" nuestra nacionalidad o sólo "for-

talecídola" y "expandídola", influyó no poco en nuestra manera de entender el derecho, la jerarquía de sus fuentes y las competencias tanto de legisladores, quienes dan o introducen las normas del ordenamiento jurídico, incluido por cierto el Ejecutivo, como de jueces, quienes están llamados tan solo a aplicar esas normas dentro del marco de sentido que hubiere depositado en ellas la correspondiente autoridad normativa.

Como apunta ahora Carlos Peña, "el liberalismo, en un sentido sociológico, habría sido (en Chile) más ideológico y mítico que utópico". Lo que prevalecía en el siglo XIX –y Bello sería en este la figura paradigmática– es ese "realismo conservador" de que habla Mario Góngora, es decir, una actitud más preocupada por la consolidación del estado nacional y del funcionamiento de las instituciones que por las ideas.

En una atmósfera como esa se habrían formado los primeros juristas en Chile, como también los primeros profesores de derecho, quienes, sumidos en "la compleja maraña de reglamentos y legalismos introducidos por el centralismo", desarrollaron una mentalidad conservadora y sumisa, y ocuparon también una posición en cierto modo marginal en la vida nacional. Tal como señala a este respecto Edmundo Fuenzalida, "la temprana estabilidad institucional del país otorgó al sistema jurídico una centralidad poco común en la América hispánica, y los operadores del sistema desarrollaron un gran compromiso personal con la mantención de esa estabilidad institucional". Tal compromiso no implicaba necesariamente oponerse al cambio social, aunque muchos operadores del sistema jurídico fueron política y económicamente conservadores del statu quo.

En palabras siempre de Fuenzalida, lo que ha predominado en nuestra cultura jurídica interna es una evidente "timidez" de los operadores jurídicos, transmitida consciente o inconscientemente a través de una enseñanza del derecho confiada de preferencia a abogados y jueces con posiciones destacadas, pero también comprometidas dentro del sistema jurídico, lo cual ha dificultado siempre la consolidación e influencia de una auténtica clase académica independiente dentro del sistema que pudiere haber asumido con éxito la crítica de éste.

Como señala sobre el particular Carlos Peña, los principales agentes socializadores de la cultura jurídica interna en Chile "son

profesores que, en rigor, no responden a la caracterización de académicos profesionales". Se trata, más bien, de "abogados prestigiosos del foro que, con frecuencia, carecen de la necesaria distancia crítica para encarar discursivamente la función del cuidado del propio derecho".

En los años 60 del siglo XX, como reflejo de la presión que se produce en el país por cambios estructurales, una cierta elite de operadores jurídicos puso en tela de juicio los rasgos más sobresalientes de nuestra cultura jurídica interna, concentrándose para ello en una crítica a la enseñanza del derecho que venía practicándose en las facultades y escuelas de derecho del país. Si bien esa crítica privilegió la cuestión de los *métodos* antes que la de los *contenidos* de la enseñanza jurídica, asumiendo antes la pregunta acerca de *cómo* estaba siendo enseñado el derecho que la de *qué* se estaba enseñando como derecho, lo cierto es que se produjo también una apertura, si bien otra vez tímida, a la consideración del derecho antes como una práctica social que como un orden normativo y a la pregunta de si el derecho debía jugar un rol expresivo o instrumental respecto del cambio social.

Durante los años de gobierno de Salvador Allende, 1970 a 1973, ganó terreno la tesis instrumental del derecho y, junto con la denuncia de éste como tradicional obstáculo del cambio social, se quiso instalar un discurso acerca del derecho como motor o instrumento del cambio, incluso al margen de la posibilidad de introducir modificaciones normativas en el ordenamiento jurídico. En el hecho se produjo entonces una crisis en cuanto a la observancia del derecho, que se intentó corregir, de preferencia, mediante acciones procesales civiles que procuraron revertir la ilegalidad de ciertas decisiones del ejecutivo que concernieron, ante todo, al derecho de propiedad y a la actividad económica del país.

La nueva atmósfera que se produjo en los 60 e inicio de los 70 en lo relativo a la enseñanza del derecho alcanzó a estimular algunas reformas en los planes de estudio y en los métodos de enseñanza, que se vieron bruscamente interrumpidas por el golpe de estado de 1973, un hecho militar y político –como todos recordamos– que sumió aún más a la mayoría de los operadores jurídicos en una actitud claramente sumisa a lo que se esta-

bleciera como derecho desde un poder mucho más centralizado y fuerte del que el país había conocido en los momentos de consolidación institucional del siglo XIX.

Se pasó entonces, como dice Fuenzalida, de la "timidez" al "temor", cuando no a la franca obsecuencia, de operadores jurídicos que renunciaron prácticamente a todo control y crítica del sistema imperante.

Sólo a fines del gobierno militar surge la iniciativa académica de poner nuevamente en discusión los rasgos más sobresalientes de la cultura jurídica chilena interna, lo que se hizo por medio del ya mencionado Seminario que organizó la Corporación de Promoción Universitaria, hecho que no fue del todo ajeno a la fundación de nuevos centros de formación jurídica en la década de los 80. Si bien la mayoría de estos centros innovaron poco o nada en la cuestión de los métodos y contenidos de la enseñanza, como también en la proverbial falta de actitud crítica frente al sistema jurídico imperante, alguno de ellos, en particular el que fue creado al interior de la Universidad Diego Portales, trajeron una nueva actitud y un nuevo aire en el análisis de las cuestiones jurídicas en sentido amplio y no únicamente en el más restringido de lo concerniente a la enseñanza jurídica.

No es casual, por lo mismo, que los primeros programas de capacitación y perfeccionamiento para jueces y funcionarios jurídicos hayan sido implementados, a fines de los 80, por la Corporación de Promoción Universitaria y por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, instituciones que actuaron en ello con la colaboración de un núcleo pequeño y muy activo de jueces, encabezado por Hernán Correa de la Cerda, quienes dieron vida también a un Instituto de Estudios Judiciales. Por otra parte, esos programas de capacitación y perfeccionamiento constituyeron la antesala de la Academia Judicial, fundada el año 1995, una institución que vino a corregir la tradicional falta de una formación especializada y continua para quienes acceden y hacen carrera en la judicatura.

La reposición en 1990 de la democracia como forma de gobierno de la sociedad chilena, no obstante las inaceptables y aun vigentes limitaciones que a ese régimen político introdujo la Cons-

titución de 1980, trajo consigo movimientos importantes en la cultura jurídica interna del país y –merced a los informes sobre violaciones a los derechos humanos durante el régimen militar y a los juicios iniciados sobre la materia– un cambio, sobre todo en la percepción de la labor de la judicatura ante tales violaciones. Se repuso así una cierta mayor valoración del papel de los juristas en la sociedad, especialmente de los jueces, a quienes se pasa a ver ahora antes como garantía de protección de los derechos de las personas que como funcionarios llamados meramente a la aplicación de las leyes dadas por el poder político.

Una tendencia que se vio reforzada por la introducción del recurso de protección al ordenamiento jurídico constitucional, por el funcionamiento regular de la Academia Judicial y, más recientemente, por la discusión académica y legislativa en torno al nuevo proceso penal chileno.

En cuanto al tercero y último de esos aspectos habría que ver cómo impacta él en la organización, metodología y contenidos de nuestra enseñanza jurídica y si consigue dar la vuelta a la tradicional creencia de que son los cambios en la educación jurídica, y no los que se producen en las instituciones y normas del sistema, lo que por modo preferente pueden producir oscilaciones en la cultura jurídica interna del país.

Para una más acabada comprensión del poder judicial chileno en la década de los 90, se recomienda consultar el artículo de Jorge Correa "Cenicienta se queda en la fiesta. El poder judicial chileno en la década de los 90", publicado como parte del volumen *El modelo chileno. Democracia y desarrollo en los noventa*, de LOM Ediciones, en el que se maneja también una abundante bibliografía sobre el tema.

Con todo, y antes de dejar atrás esta breve visión en perspectiva histórica de nuestra cultura jurídica, conviene dar cuenta de lo que sobre la materia declararon Edmundo Fuenzalida, Jorge Correa, Carlos Peña y el autor de este libro en un reportaje periodístico, de 1998, bajo el alusivo título de "Malestar con el derecho".

A propósito de nuestro poder legislativo, Edmundo Fuenzalida llamó la atención acerca de la conveniencia de legislar *bien* en vez de legislar *mucho*. Así, al hacer un recuento de las principales leyes que entraron en vigencia durante la década del 90,

llama la atención la incorporación de nuevos bienes jurídicos protegidos, como lo ponen de manifiesto leyes como la 19.300, que estableció un sistema de evaluación del impacto ambiental de las actividades económicas, la ley 19.325, sobre violencia intrafamiliar, y la ley 19.327, que previene y sanciona actos de violencia con ocasión de espectáculos deportivos. Sin embargo –y siempre en opinión de Fuenzalida–, los propósitos del legislador se han visto muchas veces frustrados por el insuficiente dominio técnico de la complejidad de tales materias y por la dificultad para cambiar prácticas habituales de los sujetos que deberían beneficiarse con leyes como esas o de los magistrados llamados a aplicarlas.

Tratándose del poder judicial, Jorge Correa llama la atención acerca de lo que él considera un poder judicial desbordado por el volumen y la naturaleza de los problemas que se han venido requiriendo resolver por parte de ese poder en el curso de los últimos 20 años. Unos problemas –afirma Correa– "muy diversos de aquellos que eran tradicionalmente de su competencia". La cultura de los jueces, las estructuras, los recursos y los procedimientos judiciales –continúa– "respondieron bien al rol que la sociedad chilena le asignó hasta la década de los 70. El resto ha sido la historia de una institución desbordada".

¿Desbordada por qué? Por la cantidad y complejidad de los conflictos que los actores económicos llevan a los tribunales desde el mercado; por el aumento de los delitos comunes que amenazan la seguridad ciudadana; por la sofisticación de las organizaciones criminales en delitos como la corrupción y el narcotráfico; por la complejidad y repercusiones de las causas sobre derechos humanos; por el constante examen de decisiones de agencias públicas sobre trazados de carreteras y localización de vertederos, cementerios, hospitales y casas de reposo o curación; desbordada, en fin, porque se le ha transformado a veces en una instancia de debate moral acerca de las películas que deberíamos ver y los libros que tendríamos que leer o no leer.

Hemos "judicializado" en extremo nuestros conflictos –termina Correa–, y tal proceso se ha llevado adelante insensiblemente y "sin que modifiquen, a parejas, la cultura, la estructura, los procedimientos y los recursos del sistema judicial".

Por su parte, y tratándose ahora de la ciencia jurídica y del papel de los juristas, Carlos Peña es de parecer que la ciencia jurídica que se cultiva en Chile carece del vigor necesario para optimizar el sistema normativo y a la vez limitar la arbitrariedad en la producción de decisiones normativas. Según Peña, la dogmática jurídica, como una disciplina argumentativa y práctica, consciente de las importantes funciones que ella cumple, "brilla en nuestro medio por su ausencia. En vez de ella, suele ejercitarse algo más cercano a la glosa, es decir, algo más apegado al tradicional comentario exegético, pero que carece de la consistencia argumentativa y pública de la dogmática".

Por otra parte, "la inexistencia de una comunidad profesional e independiente de juristas incide, entonces, en la mala calidad del derecho y en la mala calidad de la política. Donde no hay ciencia jurídica, como ocurre en nuestro país, existe un medio conceptualmente flojo que no ofrece resistencia ni a las más absurdas decisiones".

Por nuestra parte, y aludiendo a la enseñanza del derecho, reparamos también en la extrema debilidad de una genuina comunidad científica en torno a la enseñanza y a la investigación jurídica, con el resultado de una investigación muy escasa y de una enseñanza jurídica que queda preferentemente en manos de abogados y jueces que dedican algunas horas de la semana a impartir docencia en los más de 40 programas de pregrado en derecho que se ofrecen en el país y en la que se privilegia antes la memoria que la inteligencia jurídica.

Por lo mismo –sostuvimos en ese reportaje–, haríamos bien en volver sobre el tema de la enseñanza del derecho, tanto a nivel de pregrado como de posgrado, aunque para preguntarnos no sólo sobre los métodos (*cómo* estamos enseñando derecho), sino por la cuestión de los contenidos (*qué* estamos enseñando como derecho). Pero para eso los profesores necesitamos más autocrítica y dejar de lado el talante conservador y por momentos autoritario que nuestros alumnos nos reprochan a veces con razón.

Todo cuanto se dijo en ese reportaje anticipa algunas de las hipótesis que sobre nuestra cultura jurídica interna expondremos a continuación.

VI. Ocho hipótesis sobre la cultura jurídica chilena interna

Antes de comenzar, quiero dejar constancia de mis agradecimientos a los profesores Enrique Barros, Jorge Correa, Andrés Cuneo, Edmundo Fuenzalida, Joaquín García-Huidobro, Alejandro Guzmán, Manuel Manson, Hernán Montealegre, Antonio Pedrals, Carlos Peña, Lautaro Ríos, Pablo Rodríguez, Pablo Ruiz-Tagle y Aldo Valle, quienes tuvieron la gentileza de responder a mis preguntas en esta parte, sobre todo en lo que concierne a la sexta de las hipótesis que siguen.

Comunicaciones personales que me hicieron llegar algunos de esos mismos autores, con ocasión de la preparación de este libro, fueron mencionadas en el precedente Nº V de este capítulo.

Primera hipótesis
ACERCA DE LA IDEA O CONCEPTO DE DERECHO

Entre los operadores jurídicos nacionales predomina la idea de que el derecho es una realidad normativa, esto es, un conjunto de normas que rigen en un lugar y tiempo determinados.

A su vez, las normas, en general, se entienden como prescripciones, vale decir, como enunciados que provienen de una autoridad normativa, que se dirigen a sujetos normativos que deben cumplirlos, y que añaden una sanción o consecuencia desfavorable para el caso de incumplimiento.

Por otra parte, la especificidad de las normas jurídicas suele verse en el carácter coactivo de éstas, o sea, en la legítima posibilidad de utilizar la fuerza socialmente organizada para conseguir el cumplimiento de las normas o la imposición de la consecuencia desfavorable que éstas hubieren previsto para el caso de incumplimiento.

Lo anterior importa una triple reducción. Por una parte, se mira al derecho en dimensión exclusivamente normativa, con omisión o insuficiente atención por las dimensiones fácticas y valorativas del fenómeno jurídico. Seguidamente, se adopta una concepción normativa que descuida o no presta suficiente atención a estándares jurídicos que no son normas, o que no operan propiamente como tales, como es el caso de los principios.

Y, por último, se opera sobre la base de una idea de las normas como prescripciones, lo cual dificulta la comprensión de enunciados que aparecen muy explícitamente en todo ordenamiento jurídico y que no funcionan como prescripciones, tales como aquellos que otorgan competencias normativas, definen conceptos o derogan o interpretan normas.

En cuanto a lo primero, lo que se quiere decir es que en nuestro medio predomina una visión unidimensional del derecho, que considera a éste, exclusiva o acaso preferentemente, como un modelo o esquema normativo para el comportamiento humano, vale decir, como un deber ser al que sujetos imperados y jueces tienen que ajustar sus conductas y decisiones, omitiéndose o descuidando la atención hacia componentes fácticos y valorativos del fenómeno jurídico.

De este modo, pensar en el derecho equivale a pensar en un conjunto de estándares que establecen lo que *debe ser* y no en algún tipo de fenómeno que concierna a lo que efectivamente *es* (hechos) o a lo que *debería ser* (valores o valoraciones).

Tocante a lo segundo, entre tales estándares sólo se considera a las normas jurídicas o se confiere a éstas una incuestionable preeminencia, restándose valor, o dejando definitivamente de lado, a otros estándares jurídicos de importancia, como es el caso de los principios.

De este modo, al reduccionismo que significa ver al derecho sólo como un conjunto de estándares, se suma el que consiste en creer que los únicos estándares jurídicos son las normas jurídicas.

Y en cuanto a lo tercero, al operarse con una idea de las normas como prescripciones, esto es, como un tipo de enunciados que alguien da para influir en el comportamiento de otro bajo la amenaza de un castigo, se carece de una explicación suficiente, o se les reduce simplemente al esquema de las normas, de aquellos enunciados, presentes en todo ordenamiento jurídico, y que cumplen funciones bien distintas a la de influir en el comportamiento de alguien bajo la amenaza de una sanción, tales como otorgar competencias para producir normas, definir conceptos, permitir comportamientos, interpretar normas o clausurar la validez de éstas.

Como se sabe, en todo ordenamiento jurídico evolucionado hay algo más que prescripciones, o sea, hay algo más que reglas de deber u obligación que establecen cómo deben conducirse las personas. En todo ordenamiento jurídico hay enunciados que distribuyen

competencias para introducir nuevas normas y para modificar o derogar las ya existentes. En todo ordenamiento jurídico hay normas que definen determinados conceptos relevantes. En todo ordenamiento jurídico, además de prohibiciones y de mandatos, hay permisiones que los sujetos normativos pueden aprovechar en su favor. En todo ordenamiento jurídico, en fin, hay enunciados que al establecer el significado de normas, o que al clausurar la validez de éstas, cumplen funciones interpretativas o derogatorias de normas y nada tienen que ver con la imposición o prohibición de determinadas conductas bajo la amenaza de una sanción.

A los enunciados que cumplen funciones como esa, Kelsen les llama "normas jurídicas *no independientes*", puesto que su existencia en un ordenamiento jurídico sólo cobra sentido por referencia a las normas *independientes* de éste, o sea, a las normas de deber u obligación.

De este modo, a los dos reduccionismos antes apuntados –el derecho es un conjunto de estándares y no hay más estándares jurídicos que las normas jurídicas–, se añade un tercero, que es el resultado de operar con una noción de norma equivalente a la de prescripción, y que se traduce en que enunciados jurídicos de importancia, pero que no son prescripciones o que no funcionan como tales, son tratados como si fueran normas o dejados sin ninguna explicación plausible acerca de su especificidad y características.

En otras palabras: predomina en nuestros operadores jurídicos una idea del derecho como conjunto de normas, como si éstas, entendidas como prescripciones, dieran cuenta de la totalidad del fenómeno jurídico agotaran la comprensión que se puede alcanzar de éste.

Segunda hipótesis
EN RELACION CON LAS FUENTES DEL DERECHO

Con respecto a las fuentes del derecho, esto es, a la cuestión de los métodos de producción de las normas jurídicas y de los continentes donde es posible localizar e identificar tales normas, así como al modo como las fuentes del derecho se ordenan desde un punto de vista jerárquico, prevalece la idea que considera a la ley como la suprema fuente del derecho, entendida la palabra ley en sentido amplio, esto es, como sinónimo de legislación

y no simplemente de ley ordinaria o común, con la consiguiente consideración de la costumbre jurídica, de la jurisprudencia de los tribunales, de la doctrina de los autores y de los contratos como fuentes tan sólo aparentes o, en el mejor de los casos, subordinadas a la ley.

En cuanto a los principios generales del derecho, se propende a considerar como tales a aquellos que pueden ser inducidos a partir de las normas del propio ordenamiento jurídico, y no a aquellos que puedan provenir de fuera de éste, por ejemplo, del ordenamiento moral. Y en lo que concierne a la equidad, se le considera de preferencia como un auxilio en la tarea de interpretación de ley y como una fuente supletoria de ésta, mas no como una fuente a la que puede recurrirse para eludir consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes que pudieren derivarse de la aplicación de una ley a un caso dado.

Del mismo modo, ha sido tradicional en la cultura jurídica interna de nuestro país el uso más bien escaso dado a la constitución. Como dice a este respecto Joaquín García-Huidobro, "por décadas la Constitución fue una norma ajena a la vida diaria de los tribunales. La Corte Suprema misma ha sido siempre renuente a declarar la inaplicabilidad de las leyes, por vicios de inconstitucionalidad. Sólo la revolución procesal que significó la introducción del recurso de protección permitió que los jueces entraran a aplicarla directamente para la solución de conflictos". Incluso, en el campo de la Administración "da la impresión que en muchos servicios públicos los reglamentos tienen más fuerza que las leyes y éstas más que la Constitución", lo cual trae consigo una suerte de "inversión de la jerarquía normativa".

En cambio, se ha ido produciendo una "amplificación del campo de la voluntad negocial" –como dice Pedrals–, el que se advierte, particularmente, en las llamadas "condiciones generales" del negocio, formuladas por empresas que están en situación de establecerlas en sus respectivas actividades.

A lo anterior se suma una desatención por las llamadas fuentes materiales del derecho, es decir, por los factores de diversa índole que influyen de manera importante en la producción de las normas y en el contenido de que tales normas se encuentran provistas, y por una desvalorización de tales fuentes como

elementos o antecedentes que permiten una mejor comprensión e interpretación de las normas jurídicas vigentes.

Se advierte también un descuido, aún mayor que el que se produce por las fuentes materiales del derecho, por la cuestión de la fuente del derecho entendida ahora como fundamento último del derecho, esto es, por la causa o causas merced a las cuales el derecho existe y se desarrolla en toda sociedad humana.

Con lo anterior se quiere decir que si la expresión "fuentes del derecho" tiene en la literatura jurídica diversas acepciones –tales como las tres que fueron recién señaladas: fuentes formales, fuentes materiales y fuente como fundamento o explicación última acerca del derecho–, en la cultura jurídica chilena interna se presta ciertamente atención a las fuentes formales, bastante menos a las materiales, y aún menos al asunto de la fuente del derecho como fundamento último de éste.

En cuanto a las demás acepciones en que se emplea también la expresión "fuentes del derecho", cabe decir lo siguiente:

Tocante a "fuente del derecho" como término que se emplea para aludir a cualquier organización humana que requiera del derecho para existir y desarrollarse, prevalece en nuestra cultura jurídica interna la idea de que esa organización es ante todo el estado y sólo en las últimas décadas se abre paso una mejor percepción de la comunidad internacional como regida también por el derecho, aunque acompañada de la convicción, también dominante, de que el derecho nacional prevalece sobre el carácter internacional.

Respecto de "fuente del derecho" como expresión que alude al órgano, autoridad o persona que produce derecho, vale decir, respecto de dicha expresión como indicativa de quienes están facultados por las normas de competencia para producir normas jurídicas, así como para modificarlas o dejarlas sin efecto, y en tanto esta nueva acepción del término con que venimos trabajando se vincula estrechamente a las fuentes formales del derecho, prevalece en la cultura jurídica nacional la creencia de que las autoridades legislativas y ejecutivas son las fuentes del derecho por excelencia. Esta manera de ver las cosas se expresa en la creencia consiguiente de que, al no disponer de competencia para producir normas, sino meramente para aplicarlas, las autoridades judiciales no serían fuentes del derecho en la acepción del término de

que nos encontramos dando cuenta en este instante, como tampoco lo serían los sujetos de derecho. Aquellas y éstos –los primeros al dictar sus fallos y los segundos al celebrar actos jurídicos y contratos– se limitarían a aplicar las correspondientes normas de la legislación, aunque sin que como resultado de su actividad se incorporaran nuevas normas al ordenamiento jurídico.

Si nos trasladamos ahora a otra acepción de "fuente del derecho", a saber, aquella que alude a las normas del ordenamiento jurídico que, al regular la producción de otras de menor jerarquía, pasan a constituir el fundamento de validez de éstas, la situación que se advierte es la de una mayor preocupación o énfasis por el marco *formal* que por el de tipo *material* que las normas de mayor jerarquía establecen para la producción de las correspondientes normas inferiores. Esto quiere decir que se presta mayor atención a las preguntas acerca de quién y a través de cuál procedimiento está facultado para producir una norma jurídica que a la que concierne a los límites de contenido que para la producción de esa norma establecen las de mayor jerarquía.

Si consideramos ahora la expresión "fuente del derecho" como sinónimo de fuentes del conocimiento jurídico, vale decir, como todas aquellas manifestaciones externas reveladoras de normas jurídicas o de hechos con significación e importancia jurídicas, tanto actuales como préteritas, y que permiten conocer el estado del derecho en un momento histórico determinado, se aprecia una concentración preferente en aquellas manifestaciones externas que coinciden directamente con una determinada fuente formal del derecho –el texto publicado de una ley, por ejemplo– antes que en aquellas que sólo de manera indirecta reconocen una relación de ese tipo, como sería el caso, por ejemplo, de la exposición de motivos que el ejecutivo incluye en un mensaje o con los documentos en que constan las discusiones que en el órgano legislativo produjo un determinado proyecto de ley.

En una versión posiblemente más amplia de esta hipótesis, Alejandro Guzmán señala que cuando se acude a las fuentes de conocimiento de la cultura jurídica interna, vale decir, a los libros y artículos que escriben los juristas, a las sentencias de los jueces y a los alegatos, informes y escritos de los abogados, "es ostensible la ausencia de razonamiento fundado en premisas extraídas de la historia del derecho y de la filosofía del derecho".

Entiéndase bien: no se trata de que exposiciones de tipo histórico o filosófico estén ausentes de los textos antes indicados, sino de la falta de conexión que suele apreciarse entre el discurso histórico-jurídico o filosófico jurídico y las conclusiones finales que se obtienen a propósito de la argumentación acerca del derecho positivo vigente. Esto quiere decir que tales discursos no tienen un efecto relevante en la argumentación jurídica y aparecen formando parte de ésta como "un adorno extrínseco y hasta como alarde de erudición". En suma, como dice el propio Guzmán, en la cultura jurídica interna "la historia y la filosofía del derecho, aunque puedan estar en el discurso, no son el discurso, en el sentido de que los operadores jurídicos pueden no ignorar el dato y hasta suelen exhibirlo en su discurso, pero sin integrarlo en la argumentación, sin vivificarlo, como ciertamente es posible hacer".

Tercera hipótesis
EN RELACION CON EL PODER DEL ESTADO PARA PRODUCIR DERECHO Y CON EL CARACTER INSTRUMENTAL O EXPRESIVO DE ESTE

Prevalece la convicción de que el estado todo lo puede por medio del derecho y de que éste es antes un instrumento para conseguir los fines o propósitos que se propone el legislador que una expresión de aquellos fines o propósitos que puedan existir más difusamente en el seno de la propia sociedad.

Predomina, entonces, una concepción antes instrumental que expresiva del derecho.

Cuarta hipótesis
EN CUANTO A LA RELACION QUE SE PERCIBE ENTRE VALIDEZ Y EFICACIA DEL DERECHO

Si por validez se entiende la específica existencia de las normas jurídicas y su consiguiente obligatoriedad como tales, y si, además, se entiende que el fundamento de validez de las normas jurídicas es aquello que confiere u otorga a éstas su existencia y obligatoriedad, predomina en la cultura jurídica nacional un criterio normativista y formal acerca del problema del fundamento de la validez de las normas del derecho, como asimismo

respecto de la relación que pueda ser trazada entre dicha validez y la eficacia de las normas.

Lo anterior quiere decir que el fundamento de validez de una norma se encuentra en la norma jurídica que regula su creación, lo cual significa que, para ser válida, toda norma requiere ser producida dentro del procedimiento y ciñéndose a los límites de contenido que hubiere preestablecido la correspondiente norma jurídica superior que regula su creación.

De ello se sigue que la validez de las normas jurídicas, esto es, su existencia y obligatoriedad, es algo enteramente independiente de su eficacia, o sea, del hecho de que tales normas sean obedecidas y aplicadas regularmente como tales en el curso efectivo de la vida social, y, además, que la pérdida de eficacia de una norma, a saber, su reiterado y habitual desobedecimiento e inaplicación por parte de sujetos imperados y órganos jurisdiccionales, no traería ningún efecto para la validez de esa norma.

En suma, la eficacia no es necesaria para que una norma jurídica comience a ser válida (a existir y a obligar), ni tampoco para que esa norma continúe siendo válida. La validez, de acuerdo a este punto de vista predominante en nuestro medio, es independiente de la eficacia, en el doble sentido apuntado, y sólo podría perderse –en el caso del derecho legislado– en virtud de un acto formal de derogación.

Quinta hipótesis
CON RESPECTO A LA FUNCION JURISDICCIONAL Y A SU EJERCICIO POR PARTE DE LOS JUECES

Sobre el particular, son varias, en verdad, las hipótesis que pueden ser propuestas. Si bien todas ellas íntimamente conectadas unas con otras, las enunciaremos cada cual por separado, con el propósito de favorecer en esta parte una cierta claridad metodológica.

Por otro lado, convendría distinguir a propósito de las distintas hipótesis que pasaremos a ensayar en esta parte, lo que podríamos llamar, por una parte, una cultura jurídica explícita, para aludir con esta expresión las creencias, convicciones, valores y actitudes que los miembros de la judicatura, así como otros protagonistas de la vida jurídica nacional, dicen comúnmente compartir acerca de la naturaleza de la función jurisdiccional y

su ejercicio; y, por otra, una cultura jurídica implícita, que reflejaría convicciones, valores y actitudes no propiamente reconocidos por los jueces y demás protagonistas de la vida del derecho, y que, a lo menos en parte, podrían ser distintos, e incluso en ocasiones contrapuestos, de aquellos que forman lo que llamamos *cultura jurídica explícita.*

De este modo, podríamos decir que están de acuerdo, o bien que forman parte de la cultura jurídica nacional interna, explícita o implícita según se irá precisando en cada caso, las siguientes ideas, puntos de vista, valoraciones y actitudes:

a) la distinción entre creación y aplicación del derecho al modo de dos actividades completamente distintas, no relacionadas entre sí y confiadas por el propio derecho a autoridades u órganos del estado también diferentes;

b) la idea de que la creación del derecho se concentra en la actividad del poder legislativo (leyes ordinarias o comunes) y del poder ejecutivo (decretos con fuerza de ley, decretos), en tanto que la aplicación es de competencia del poder judicial, el que, por tanto, sería, en este sentido, un poder del estado de carácter subordinado con la evidente consecuencia de que los jueces quedarían liberados de toda responsabilidad en cuanto al estado del derecho en la sociedad y, más en concreto, en cuanto al contenido de sus mismos fallos.

Por su parte, una práctica no coincidente con lo que se acaba de afirmar en la parte final de esta misma letra b), consistiría en el desarrollo, en el hecho, de una jurisdicción de *equidad* por parte de la Corte Suprema, derivada especialmente de la creciente habitualidad de interposición adquirida por el recurso de queja, en desmedro de otros recursos procesales cuya resolución exige una fundamentación más explícita en consideraciones de *derecho.* Esta práctica formaría parte de lo que antes llamamos *cultura jurídica implícita;*

c) una concepción mecanicista y logicista de la actividad jurisdiccional, que se traduce en la creencia acerca de que la aplicación del derecho por parte de los jueces debe tener lugar sobre la base de razonamiento de tipo deductivo a partir de normas abstractas y generales del derecho legislado.

Sin embargo, y continuando con la contrastación con lo que llamó *cultura implícita,* habría de advertir sobre una probable falta de correspondencia entre las justificaciones formales que pueden a veces ser proporcionadas como antecedentes de una decisión judicial y las motivaciones que, en el hecho, determinan el modo como realmente se adoptan estas decisiones en la práctica jurisdiccional efectiva;

d) la idea de que si el desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional supone necesariamente que los jueces, para aplicar las leyes, deben interpretar estas últimas, o sea, acordarles sentido y alcance, la tarea o labor interpretativa conduce siempre a un único resultado "posible", "correcto" o "verdadero".

Una convicción contrapuesta a la anterior, aunque tampoco admitida por lo común en forma explícita, es la de que la experiencia de toda actividad interpretativa demuestra que frecuentemente las leyes ofrecen distintas posibilidades de interpretación –cada una de las cuales, por cierto, conduce a una aplicación y resultado diferentes–, y que la opción por una de tales alternativas de interpretación y aplicación se realiza en cada caso bajo la influencia de consideraciones valorativas que introduce o efectúa el propio intérprete de la ley;

e) la convicción acerca de que la meta de la actividad interpretativa que llevan a cabo los jueces no puede ser otra que la de reconstruir la voluntad histórico-psicológica que el legislador, o sea, el autor de la ley, depositó en ésta, privilegiándose entonces el método o elemento gramatical de interpretación de las leyes, así como el elemento o método histórico en sentido estricto, que busca reconstruir la historia documental de la ley interpretada. Esto último en atención a que si la ley es sólo expresión de la voluntad de quien la crea, el análisis de las palabras de que el autor de la ley se hubiere valido para expresar su pensamiento, lo mismo que el de los documentos anexos o complementarios en que pudiera igualmente constar cuál fue su intención, tienen que resultar los medios más confiables para obtener la reconstrucción de la posible voluntad del autor de la ley;

f) la idea, expresada en la repetida frase de Andrés Bello, de que "el juez es esclavo de la ley", lo cual quiere decir que los

jueces, tanto en la interpretación como en la aplicación de las leyes, deben proceder, siempre o invariablemente, sin apartarse un punto de éstas, no siéndoles permitido llevar a cabo ninguna apreciación estimativa del texto de la ley ni de los efectos que pudieran derivarse de su aplicación a un caso dado.

Una convicción a la vez que algunas actitudes o comportamientos no coincidentes con lo que se acaba de expresar, y que formarían parte de una *cultura jurídica implícita,* serían, por su parte, los siguientes:

f 1) la idea de que si los jueces fallan comúnmente con arreglo a la ley, ello es porque, en conciencia, suelen aprobar las soluciones que la ley ha previsto, lo cual, lejos de constituir una abdicación valorativa, supone un juicio de valor positivo acerca de la misma ley;

f 2) la práctica que consiste en que los jueces se aparten en el hecho del texto de la ley cuando en conciencia no aprueban sus soluciones normativas o bien los resultados que se seguirían de la aplicación de estas soluciones a un caso dado, pero que, en tal evento, opten comúnmente por no declararlo así en su fallo y reemplacen esta declaración por algún tipo de argumentación interpretativa –o aparentemente interpretativa– que, manteniéndoles formalmente vinculados a la ley, les permita, sin embargo, llegar a las soluciones que aprueban en conciencia y que no coinciden estrictamente con las que han establecido las leyes; y

f 3) la práctica de que antes que a la ley y a la estricta voluntad del legislador, los jueces se vinculen de modo habitual a los criterios y puntos de vista que sobre la interpretación y aplicación de una ley mantengan los tribunales superiores de justicia.

g) la convicción de que el recurso a la equidad y a los principios generales del derecho, como fuentes supletorias de la ley, sólo está autorizado en presencia de lagunas o vacíos de la ley y cuando el caso sometido a la decisión judicial parezca regulado por disposiciones oscuras o contradictorias que no hayan podido ser despejadas ni conciliadas en uso de los elementos tradicionales de interpretación, pero no cuando el caso se encuentre regulado por una norma legal y el juez llegue a la sincera convicción de que, al aplicar esa norma al caso, se producirán consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes.

Cabe reiterar aquí, a propósito de la hipótesis que hemos ensayado acerca de cómo se entiende y practica en nuestro medio la función jurisdiccional, la crítica que Carlos Peña ha formulado a nuestra distinción entre cultura jurídica explícita y cultura jurídica implícita.

Para ese autor, lo decisivo no es ni lo que los jueces hacen ni lo que los jueces dicen que hacen, "sino la relación simbólica y de legitimación entre ambos aspectos y la eficacia social de discurso que esgrimen". Esclarecer esa relación simbólica y de significado supone, sin embargo, "un trabajo de análisis de contenido y de investigación monográfica que se encuentra pendiente".

Carlos Peña considera también que una comprensión histórica del modo en que ha sido gestado el *ethos* de la corporación judicial "resulta imprescindible", puesto que un registro histórico semejante "permite entender cómo el ethos y la actitud judicial es una respuesta social y culturalmente adecuada a los desafíos y expectativas de la sociedad civil y la clase política en Chile".

Las causas de esa actitud, así como otras características del ethos judicial chileno, son analizadas por Carlos Peña en su trabajo "Hacia una caracterización del ethos legal: de nuevo sobre la cultura jurídica." Sobre la hipótesis que hemos ensayado aquí acerca de la función jurisdiccional, conviene leer las páginas de ese trabajo, 99 y siguientes, en la versión que aparece incluida en el libro *Evolución de la cultura jurídica chilena,* editado en 1994 por la Corporación de Promoción Universitaria. En la primera parte de esas páginas, cuya lectura se recomienda tanto como complemento y análisis crítico de cuanto hemos expuesto acerca de la función jurisdiccional, el autor expone las características más frecuentes del despacho judicial en nuestro país, mientras que en la segunda explica las peculiaridades que han presentado en Chile las relaciones entre poder judicial y sistema político.

Del mismo modo, se recomienda la lectura del ya individualizado texto de Jorge Correa, titulado "Cenicienta se queda en la fiesta. El poder judicial chileno en la década de los 90".

Sexta hipótesis

RESPECTO DE LA PRACTICA DE LA ABOGACIA

En las principales manifestaciones de esta profesión jurídica, a saber, *abogar* (defender un determinado punto de vista jurídico a propósito de un caso promovido ante los órganos jurisdiccionales o de la administración), *negociar* (resolver conflictos mediante contactos directos con la contraparte o con otro abogado), *aconsejar* (instruir sobre alternativas de comportamientos jurídicos ponderando las ventajas relativas de una o de otra de tales alternativas), y *gestionar* (recomendar y llevar personalmente a cabo diligencias necesarias para la realización de un negocio), tanto los propios abogados como sus clientes esperan que aquellos representen antes los intereses de su parte que los que puedan concernir al sistema legal en su conjunto.

Por cierto que una hipótesis como esa se refiere al abogado de libre ejercicio y a aquel que trabaja como asesor o parte del staff de una empresa u organización cualquiera, sea pública o privada. La hipótesis podría alcanzar incluso a los abogados funcionarios del aparato estatal, sobre todo si se adopta una noción amplia de lo que antes hemos llamado "clientes".

Como ha escrito Francisco Cumplido a propósito de esta hipótesis, "habría que dejar establecido que la expresión 'clientes' hay que entenderla aquí en un sentido amplio, esto es, relativa al particular que recurre a un abogado en relación con un negocio jurídico cualquiera, como asimismo al particular que se asiste de un abogado para ser defendido ante los tribunales o ante la Administración del Estado. Pero, además, son clientes del abogado la propia Administración del Estado –que es constantemente asesorada por abogados, lo mismo que el gobierno–, como también las organizaciones sociales intermedias, tales como las empresas, los sindicatos, las corporaciones y fundaciones y otros tipos de personas jurídicas, que recurren habitualmente ante abogado en condición de clientes". Por su parte, Andrés Cuneo considera que "los abogados que trabajan para el Estado, en calidad de funcionarios públicos, representan una gama que ofrece algunas particularidades, dentro de las cuales posiblemente constituyen un subgrupo especial los que prestan sus servicios en los organismos de fiscalización".

Sobre el particular, y coincidentemente con lo que se viene diciendo, conviene tener presente que la propia constitución, en el Nº 3 de su artículo 19, considera la profesión de abogado como una típica función de *defensa*. Así, esa disposición expresa que "toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida".

Por su parte, el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales define a los abogados, bastante restrictivamente, como "personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes".

En cambio el Código de Etica Profesional que aprobó en su momento el Colegio de Abogados, declara que el abogado es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración, y que la esencia de su deber profesional es defender empeñosamente, con estricto apego a las normas jurídicas y morales, los derechos de su cliente.

Lo anterior pone de manifiesto que el Código de Etica Profesional coloca las cosas en un plano superior al que describe nuestra hipótesis. Sin embargo –como escribe Francisco Cumplido– "si se contrasta esas declaraciones con la realidad actual, puede comprobarse que hoy los abogados aparecen antes defendiendo los intereses de sus clientes que los que dicen relación con el sistema legal en su conjunto".

Pablo Rodríguez se pregunta a este respecto si el fenómeno de la prescindencia del interés general en función del interés particular en conflicto tiene alguna explicación en nuestro modelo, y alude entonces, en primer lugar, a "la imperfecta formación de los abogados", quienes carecen "de un compromiso con la sociedad". Por otra parte, el autor cree que "el sistema está diseñado, precisamente, para reafirmar la idea de que el abogado no tiene otro norte que no sea la lealtad a su cliente", según lo demuestra el ya citado artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales. Y agrega: "tampoco la definición del abogado como colaborador de la justicia, contenida en el Código de Etica Profesional, hace un aporte significativo al sistema legal".

A propósito de la hipótesis que nos encontramos analizando, Hernán Montealegre prefiere distinguir entre la actuación *judicial* y la *extrajudicial* de un abogado.

A la segunda de esas actuaciones corresponden los verbos "negociar" y "gestionar" que empleamos al momento de enunciar la hipótesis. "En este tipo de asuntos –escribe Montealegre– está claro que lo que el cliente busca es que su abogado represente sus intereses particulares frente a los intereses también particulares de la contraparte con la que hay que negociar o ante la cual hay que gestionar".

Distinta sería la situación en que el abogado actúa ante los tribunales de justicia representando a su cliente, caso en el cual Montealegre invita a distinguir entre los asuntos civiles y los de índole criminal, puesto que en los segundos "hay ciertamente abogados que se prestan para defender los puntos de vista de sus clientes ante los tribunales, con plena conciencia de que son contrarios a la ley". Se trata entonces de clientes "que se cuidan mucho de no recurrir a aquellos profesionales de prestigio que consideren que su vocación está en el respeto de las leyes". Sin embargo, es a ese tipo de profesionales a quienes recurren "los clientes que consideran que el derecho los ampara", produciéndose en esta última situación "una perfecta armonía entre los intereses del cliente, su abogado y el sistema legal".

Una situación especial se produce en el caso de clientes cuyos derechos humanos han sido vulnerados, "puesto que aquí la identificación entre los intereses del representado, la vocación del abogado y los más altos valores jurídicos del sistema legal logran su más perfecta identificación". En una apreciación semejante a la de Montealegre, Edmundo Fuenzalida es de parecer que "la actuación de los abogados de derechos humanos en representación de los parientes de detenidos-desaparecidos demuestra que el temor a la reacción de los militares está desapareciendo rápidamente, dando lugar a una especial responsabilidad, asumida paulatinamente por los operadores jurídicos, de ayudar a hacer justicia en estos casos".

Retomando ahora el sentido más general de nuestra hipótesis, Lautaro Ríos es de parecer distinguir entre los intereses de los abogados y los de sus clientes, "puesto que no es lo mismo lo que espera el cliente que lo que espera el abogado del ejercicio de su profesión". Mientras aquél "espera que su abogado

haga prevalecer su interés a toda costa, éste tiene que ajustar el caso que se le entrega a dos parámetros: su contenido de justicia y si halla acogida en el sistema legal".

Las precedentes reflexiones de distintos juristas, todos los cuales han tenido un destacado ejercicio profesional como abogados, colaboran sin duda a una mejor discusión y definición de nuestra hipótesis.

Mención aparte, por último, merecen las observaciones que Carlos Peña ha hecho a esta hipótesis, porque le parece que, de todas las hipótesis con que venimos trabajando, ella es la que posee mayor debilidad en su formulación.

Carlos Peña considera que dicha hipótesis "se limita a registrar las expectativas que abogados y clientes dirigen hacia la profesión jurídica", y le parece, en consecuencia, que "se trata de una hipótesis pendiente".

Dicho lo anterior, Carlos Peña sugiere ideas que podrían ser analizadas con el fin de elucidar la función de la abogacía en Chile. Un resumen de tales ideas, antes de pasar ya a la siguiente hipótesis, es el siguiente:

En primer término, el autor llama la atención acerca de que la abogacía es una *profesión,* es decir, una actividad que en el marco de la división social del trabajo presenta algunas características específicas que permiten diferenciarla de otras actividades no profesionales. Entre tales características se incluyen la formación de sus miembros; el autocontrol de su propia actividad, vale decir, la autorregulación corporativa de sus integrantes; la existencia de un ethos profesional propio; la disposición a partir del desempeño en la propia actividad; y el control del ingreso de nuevos miembros a la propia actividad.

Desde fines de los años 60, la profesión de abogado en Chile ha estado expuesta a serios avatares que están contribuyendo a redefinir sus características sociales,

En la primera mitad del siglo XX la actividad del abogado conservó los rasgos de "profesión liberal" que había consolidado durante el siglo XIX, presentando hasta esa época un carácter multifuncional y no especializado.

Con el quiebre de lo que se ha dado en llamar el Estado de Compromiso, la profesión y la autoimagen de los abogados tienden a entrar en crisis. Las planificaciones globales de desarro-

llo provocan entonces un auge de las ciencias sociales, en particular de la economía y de la sociología, y se hacen frecuentes en esa época los intentos por parte de las escuelas de derecho por abandonar o a lo menos mitigar el paradigma dogmático para sustituirlo o matizarlo por disciplinas más cercanas a fenómenos sociales que a exégesis normativas.

Más tarde, durante el régimen militar de gobierno, los economistas hegemonizan las esferas del poder y los abogados son en cierto modo desplazados como actores de los distintos procesos de modernización.

A todo lo anterior, por último, se suman en la actualidad algunas circunstancias de no poca monta para el futuro de la profesión de abogado, tales como la multiplicación y masificación de las facultades de derecho y la modernización de la sociedad y del estado.

Carlos Peña concluye sus precedentes reflexiones, que son de 1992, solicitando estudios empíricos que determinen las formas más frecuentes de ejercicio profesional del abogado, los modos de relación más usuales entre clientes y abogados, los grados de especialización que presenta actualmente la profesión jurídica y las formas de ejercicio colectivo a que esa especialización conduce, y la mayor o menor independencia interna del abogado hacia su cliente y la inconsistencia de expectativas que se presenta al abogado entre los intereses de su cliente y el sistema legal en su conjunto y las formas más habituales de resolución de esas inconsistencias.

Séptima hipótesis
EN RELACION CON EL MODO DE ENTENDER EL OBJETO Y FINALIDADES DEL CONOCIMIENTO JURIDICO EN SENTIDO ESTRICTO O DOGMATICA JURIDICA

Pueden enunciarse las siguientes hipótesis:

a) es propio de la cultura jurídica nacional interna el uso de la palabra "derecho", para referirse tanto a un determinado *objeto* de saber (las normas jurídicas de un ordenamiento jurídico históricamente dado) como el *saber* mismo que los juristas obtienen acerca de ese objeto (saber jurídico, ciencia jurídica en sentido estricto, dogmática jurídica), con la propensión consi-

guiente a atribuir al *objeto* del conocimiento jurídico (las normas jurídicas) ciertas propiedades que podrían serlo eventualmente del *saber* que se constituye acerca de ese objeto, como son, por ejemplo, las de sistematicidad y cientificidad;

b) si se expresa en forma ciertamente esquemática en qué consiste la dogmática jurídica o conocimiento jurídico en sentido estricto y se dice, en consecuencia, que se trata de un saber que, constituyendo como su objeto o materia las normas jurídicas de un ordenamiento jurídico históricamente dado, intenta llevar a cabo, respecto de su objeto, tareas de localización de las normas, así como de interpretación y reconstrucción sistemática de éstas con vistas a su aplicación a los casos jurídicamente relevantes de la vida social, podría sostenerse que la dogmática jurídica habitualmente cultivada en nuestro medio pone el acento en la dimensión *práctica* de este saber (aplicación de las normas) antes que en su dimensión más propiamente *cognoscitiva* (interpretación y reconstrucción sistemática de las normas).

Lo anterior se aprecia, por ejemplo, en el hecho de que los textos jurídicos que se publican en el país constituyen, por lo común, antes orientaciones o guías para la acción práctica de jueces y abogados, como también de estudiantes, que reconstrucciones conceptuales cabalmente sistemáticas u explicaciones comprehensivas elaboradas y propuestas a partir de un sector de regulación jurídica dado con relativa autonomía al interior del ordenamiento jurídico;

c) prevalece igualmente la idea de que está plenamente justificado, y de que posee pleno sentido, que los juristas circunscriban su tarea cognoscitiva a las normas jurídicas vigentes que se articulan en un ordenamiento jurídico dado, dejando de lado –o a lo menos sin confundirlas con la anterior– las tareas que se refieren a indagaciones históricas sobre el origen de las normas, a las indagaciones sociológicas que busquen verificar los efectos de las normas en la vida social y, por último, a las pesquisas de tipo evaluativo y crítico en torno a esas mismas normas. Independencia, en suma, y tal vez aislamiento, de la ciencia jurídica en sentido estricto, o dogmática jurídica, de la historia del derecho, la sociología del derecho y la política jurídica; y

d) si la dogmática jurídica desenvuelve por referencia a su objeto tareas de localización, interpretación, reconstrucción sistemática y explicación comprehensiva de las normas jurídicas de un ordenamiento históricamente dado, lleva a cabo lo anterior, por lo que hace a nuestro medio, proveyendo –como se dijo en la anterior letra c)– a una suerte de aislamiento de su objeto respecto de cuáles puedan ser el origen histórico de las normas, sus condicionamientos de tipo social y la apreciación estimativa o crítica de las mismas.

Lo anterior como consecuencia de que de las antes mencionadas tareas de la dogmática jurídica se privilegian en nuestro medio las de mera identificación y exégesis o comentario de las normas, con vistas a su aplicación, tareas que, atendido la concepción dominante acerca del derecho explicada en la *hipótesis primera,* pueden en principio llevarse a efecto a pesar de la prescindencia de los factores históricos, sociales y éticos involucrados con las normas. Por lo mismo, esas tareas de identificación y comentarios de normas desplazan a las de interpretación propiamente tal, de reconstrucción sistemática y de explicación comprehensiva, que, por la inversa, no pueden llevarse satisfactoriamente a cabo si se incurre en esa misma triple prescindencia de los factores sociales, fácticos y éticos.

Carlos Peña, a propósito de las aseveraciones antes señaladas, llega incluso a decir que hay buenas razones para no caracterizar de "dogmática" a la disciplina jurídica predominante en Chile, puesto que "la dogmática se encuentra ligada a procesos de burocratización y racionalización culturales que en Chile no se produjeron sino en forma asimétrica y, en todo caso, en términos más civilizatorios que estrictamente culturales". Por lo mismo, lo que hemos tenido en Chile no ha sido un *paradigma dogmático,* sino un *paradigma legalista,* con omisión, por tanto, de la función de optimización que la dogmática jurídica cumple siempre en relación con el ordenamiento jurídico vigente sobre el cual trabaja.

Precisamente, una de las deficiencias de la cultura jurídica en Chile –según Alejandro Guzmán– consistiría en "la ausencia de la crítica en el razonamiento y el discurso jurídico nutridos de esa cultura...". Lo anterior se conecta –según este autor– "con la existencia, persistencia e insistencia de lugares comunes y ru-

tinas intelectuales, con base en los cuales suelen declararse las adhesiones o los repudios, lo que implica una renuncia a ejercer la crítica como método". Dicho más sucintamente, en palabras –ahora de Aldo Valle– por nuestros operadores jurídicos se cree que "el derecho debe ser obedecido antes que pensado críticamente", lo cual es producto de que en lo que hacen los propios académicos y docentes, en su gran mayoría, "subyace la idea de que el derecho es más un acto de autoridad y no una técnica social cuya legitimidad responde a la racionalidad de intereses, fines y normas".

No es de extrañar, en consecuencia, que los estudiosos del derecho en Chile "circunscriban sus capacidades y acciones a la idea de que hemos recibido unas instituciones jurídicas y un modo de comprender el derecho –también sólidamente institucionalizado–, cuya modificación o crítica pueden dañar un legado no disponible para la intervención humana. Por tales razones, el derecho no debe ser revisado ni actualizado, salvo en aquello más contingente y temporal".

Carlos Peña, en una afirmación que ha sido discutida por Pablo Ruiz-Tagle, llega a afirmar la "inexistencia de una comunidad académica profesional capaz de llevar adelante un derecho de juristas y de someter a análisis la creación cotidiana del derecho". Por otra parte, al quedar el trabajo dogmático, la enseñanza del derecho y el ejercicio de la profesión de abogado prácticamente en unas mismas manos, se produce una "inconsistencia de roles" en nuestra comunidad académica, que se expresa en que sus miembros "suelen estar sometidos a expectativas incongruentes".

En cuanto a Pablo Ruiz-Tagle, sostiene que resulta exagerado, y en abierta contradicción con nuestras tradiciones, que se intente desvincular por completo la práctica profesional de abogado o de juez del trabajo dogmático de las tareas de enseñanza jurídica.

En un enfoque complementario de lo anterior, Aldo Valle lamenta que nuestra cultura jurídica interna "esté sobredeterminada o dominada por lo que acontece en los tribunales de justicia", hasta el punto que "la actividad académica no constituye un espacio diferenciado y autónomo para el desarrollo de las categorías y conceptos del derecho y de la ciencia jurídica...

En este sentido, puede decirse que la actividad académica tiene principalmente fines profesionales y de especialización".

Todo lo cual, como se aprecia, nos deja ya a las puertas de nuestra siguiente y última hipótesis.

Octava hipótesis
SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Como se habrá podido apreciar, las hipótesis que han sido enunciadas hasta ahora se siguen, en parte, una de otras, lo cual es ciertamente expresivo de que se encuentren ellas concadenadas a partir de las hipótesis más básicas –especialmente la primera y la segunda de ellas–, y que, en cuanto tales, poseen un cierto poder de determinación respecto de las restantes.

Ello es particularmente claro en la última de las hipótesis que nos proponemos formular –acerca del modo de entender y de practicar la enseñanza del derecho en Chile–, que, por cierto, se corresponde con convicciones, puntos de vista, actitudes y orientaciones que son tributarias en alto grado de las que, a su turno, se corresponden con otras hipótesis enunciadas en forma previa.

Sin embargo, los puntos de vista o criterios dominantes en lo relativo a la cuestión de la enseñanza del derecho en nuestro medio no constituyen un mero reflejo de los restantes elementos de la cultura jurídica chilena que han sido mostrados antes en este trabajo, sino que, al reflejar desde luego esos mismos elementos, a la vez con intensidad y permanencia, refuerzan, por así decirlo, su presencia y pervivencia de tales.

Con lo anterior quiere decirse, como es obvio, que el modo predominante de entender y de practicar la enseñanza del derecho en Chile es, en parte, un evidente reflejo de las convicciones, puntos de vistas, valores y actitudes que prevalecen igualmente en el medio nacional en punto a cuestiones tales como la del concepto de derecho, fuentes del derecho, relación entre derecho y justicia, relación entre validez y eficacia de las normas, naturaleza de la función jurisdiccional, etc.; pero, a la vez, el modo habitual de la enseñanza del derecho –y no nos referimos a la metodología de la enseñanza, sino también a los contenidos de ésta– colabora a consolidar y a proyectar las convicciones, puntos de vista y orientaciones que prevalecen en los otros tópicos o asuntos antes indicados.

Por lo mismo, las ideas que determinan *qué* se enseña, *cómo* se enseña y *para qué* se enseña derecho en las respectivas Facultades del país, así como los criterios y prácticas efectivas que se observan al interior de estas facultades en el proceso enseñanza-aprendizaje, pueden ser bastante determinantes en relación con la permanencia o la movilidad de los restantes elementos de la cultura jurídica nacional.

Las actitudes inmovilistas, conservadoras o simplemente satisfechas en cuanto a qué, cómo y para qué se enseña derecho en las facultades de derecho del país, serán desde luego aliadas a favor de la permanencia, sino de la franca agudización, de muchos otros elementos actuales de la cultura jurídica nacional.

Una actitud renovadora y crítica, en cambio, podrá impactar en esos otros elementos, favoreciendo su modificación o cambio y morigerando los efectos desfavorables que de ellos pueden seguirse en la actualidad.

De ahí entonces la importancia que tiene para la cultura jurídica de un país, en el hecho, esta clase particular de actores o protagonistas de la vida del derecho que son los profesores e investigadores de esta misma disciplina.

Quizás si algunas de las preguntas clave que podrían orientar un diagnóstico semejante puedan ser las que ha propuesto el profesor Antonio Pedrals, en su documento "La enseñanza del derecho en Chile", que data de 1987.

Estas son las siguientes:

1. ¿Para qué enseñar?	Fines u objetivos
2. ¿Quiénes deben enseñar y aprender?	Protagonistas
3. ¿Qué enseñar?	Contenido
4. ¿Cómo enseñar?	Métodos
5. ¿Con qué enseñar?	Medios
6. ¿Cómo medir los resultados?	Evaluación

Sin perjuicio de lo que se propone previamente, pueden ser adelantados los siguientes rasgos predominantes en cuanto a la comprensión y práctica de la enseñanza jurídica en el país, siguiendo a estos efectos el mismo cuestionario precedentemente enunciado:

1. *Fines u objetivos* de la enseñanza: preparación de un licenciado en derecho al que se concibe por las distintas facultades de derecho sobre la base de un perfil bastante homogéneo y del que se espera posea la información y destrezas necesarias para cumplir satisfactoriamente, ante todo, las funciones señaladas en la *hipótesis sexta.*

2. *Protagonista:* en cuanto a quienes deben enseñar, el rasgo dominante es la elección habitual, sin previo concurso, de abogados a quienes se reconoce competencia y prestigio profesional; en punto a quienes deben aprender, o estudiantes de derecho, la selección queda librada exclusivamente a la demanda por estudios jurídicos y a los puntajes obtenidos en la Prueba de Aptitud Académica.

3. *Contenido:* a) enseñanza del derecho chileno sobre la base de asignaturas que se intenta hacer corresponder, exactamente, desde un punto de vista cuantitativo, con el respectivo sector de regulación jurídica, o rama del derecho, a que cada asignatura se refiere, con tendencia también a considerar que sobre cada sector de regulación jurídica relativamente autónomo es siempre preciso constituir una correspondiente asignatura; b) enseñanza del derecho reducida, a propósito de cada sector de regulación, a una mera localización y exégesis o comentario de las respectivas normas jurídicas; c) enseñanza centrada en la identificación y exégesis de las normas jurídicas del derecho legislado chileno, omitiendo, o colocando en un plano secundario, a las restantes fuentes del derecho nacional, a los principios jurídicos y al método comparativo; d) desplazamiento de las dimensiones históricas, sociales y éticas del derecho a un conjunto de asignaturas generales desprovistas de suficiente presencia y gravitación en los correspondientes planes de estudio.

4. *Método:* predominio de la clase expositiva, que intenta transmitir a los alumnos la totalidad de un material que ha sido previa y completamente elaborado o asimilado por el respectivo docente.

5. *Medios:* se entiende que los únicos medios de enseñanza son los propios continentes normativos del derecho (códigos, leyes, reglamentos, etc.) y los textos que exponen y comentan, en forma sistemática, esos mismos cuerpos normativos.

6. *Evaluación:* la evaluación demanda de los alumnos antes memoria jurídica, esto es, retención de la información proporcionada acerca de las normas jurídicas, sus contenidos, conexiones y concordancias, que inteligencia jurídica, o sea, discernimiento, capacidad de abstraer, de generalizar, de discriminar y supeditar valores, de reconocer problemas y de organizar el pensamiento en torno a la experiencia jurídica.

En cuanto a la cuestión de los *objetivos* de la enseñanza jurídica, conviene agregar que si se revisa el perfil del egresado que cada una de las facultades o escuelas de derecho aspira a formar, es posible apreciar diferencias entre los distintos establecimientos que se dedican a la formación jurídica de pregrado. Diferencias que, sin embargo, no se expresan realmente en la práctica, puesto que todos, o el significativo mayor número de tales planteles, en cuanto no consiguen diferenciarse en los contenidos y métodos de la enseñanza, como tampoco en lo concerniente a los medios y evaluación de ésta, acaban produciendo un licenciado bastante homogéneo, que responde, ante todo, a lo que Iván Lavados, llama "formación profesional para el trabajo".

De este modo, la *expansión* que la enseñanza jurídica de pregrado experimentó en Chile a partir de 1981 no ha traído consigo ningún grado apreciable de *heterogeneidad* en los estudios de derecho.

Llama la atención, asimismo, que si la educación jurídica de pregrado tiene en nuestro medio objetivos ante todo profesionales y especializados, prevalezca en ella, no obstante, una formación más teórica que práctica, una contradicción que se suma a otra, a saber, la que resulta del hecho de que esa formación teórica está en manos de docentes que, en su apreciable mayoría, son abogados con experiencia profesional antes que juristas con sólida formación de posgrado y que puedan exhibir aportes significativos en el ámbito de la investigación.

Manuel Manson llega a decir a este respecto que si bien "algunos profesores se han formado en la escuela del saber y de la responsabilidad y han aprendido a enseñar con autoridad científica y pedagogía, otros, en cambio, aparecen improvisados, faltos de estatura intelectual e incapaces de alimentar el interés de sus alumnos".

En cuanto ahora a los *protagonistas,* y fijando en primer lugar, la atención en los docentes e investigadores, cabe destacar que los primeros prevalecen notoriamente sobre los segundos. Esto es producto de la escasez de estudios de posgrado entre los académicos vinculados a las facultades de derecho –una situación, en todo caso, que tiende a mejorar en la última década– y a la dedicación universitaria de tiempo parcial que reconoce la gran mayoría de esos académicos. Pero hay a nuestro juicio una tercera causa: los escasos núcleos de investigadores con que el limitado número de facultades de derecho del país contaron hasta inicios de la década de los 80, una vez producido a partir de ese año el rápido incremento del número de instituciones y el consiguiente aumento de la demanda por docentes que ese incremento trajo consigo, se disolvieron para responder a esta demanda. Esto significa que académicos que hasta la década de los 80 dedicaban buena parte de su tiempo a tareas de investigación en las facultades de derecho entonces existentes, sacrificaron ese tiempo y pasaron a destinarlo a las tareas exclusivamente docentes que empezaron a ser ofrecidas por las nuevas escuelas y facultades de derecho. Por lo demás, estas últimas, salvo un par de excepciones, no han tenido interés en contar a su interior con núcleos de investigadores que pudieran compensar la caída que la investigación tuvo en los establecimientos jurídicos más antiguos.

Esto último explica también la impresionante debilidad que tienen en Chile los estudios jurídicos de posgrado, puesto que a la inexistencia de Doctorados se suma una proliferación algo anárquica y oportunista de Maestrías que no son sino, las más de las veces, cursos de especialización profesional que se presentan con el nombre de Maestrías, así como simples ciclos de conferencias suelen ser ofrecidas y certificadas como Diplomados.

Como explica Carlos Peña, la enseñanza del derecho está confiada en Chile, ante todo, a sujetos *profesionales,* esto es, a "sujetos con alto grado de especialización en la división del traba-

jo, comúnmente, además, de alto precio en el mercado de servicios, que, emparentados parcialmente con la universidad, no producen, en rigor, nuevo saber, sino que divulgan, por modo más o menos canónico, un saber ya producido".

Además, y siempre en opinión del autor antes citado, "es posible afirmar que esos sujetos ejercitan un tipo de discurso que es más "conceptualista" que "empírico"; más preocupado de la "síntesis" de raigambre metafísica que del "análisis" descriptivo; más "realista" que "normalista"; todo lo cual, me parece a mí, queda acreditado con un somero examen de textos o discursos en los que, como consta a todos, a propósito de un tema dogmático, el expositor se arriesga a gimnásticas disquisiciones acerca de cuestiones tan extrañamente formuladas como las de la "naturaleza jurídica" o el "fin" de algunas instituciones".

Las anteriores características de la profesión jurídica docente –cree Peña– "se multiplican en presencia de la masificación de las facultades universitarias. Las nuevas facultades reproducen por modo fidedigno las rutinas y modos de enseñanza de las facultades más antiguas y, además, devalúan la calidad de la enseñanza: en un medio que carece de una comunidad de académicos profesionales, la escasez de profesores aumenta y el tiempo de investigación decrece".

Tocante ahora a los otros protagonistas –los estudiantes de derecho–, prevalece en éstos la expectativa de obtener el título profesional de abogado como certificación de entrada al mercado laboral antes que el interés por demandar y obtener al interior de las escuelas de derecho una auténtica formación jurídica. Por otra parte, los estudiantes de derecho son ajenos a la tendencia marcadamente dominante entre los estudiantes universitarios chilenos en general, más preocupados de presionar por ayudas de carácter económico que por mejorar la calidad de los servicios educacionales que reciben de sus correspondientes unidades académicas. Todos los movimientos estudiantiles de importancia de la última década han reclamado por el régimen económico de los estudios superiores –matrículas, aranceles, becas y créditos– y no por la calidad de esos estudios.

Respecto del *contenido* de la enseñanza jurídica, lo que se observa, tal como fue adelantado al establecer la hipótesis con que nos hallamos trabajando, es una casi total falta de innovación

curricular en nuestros establecimientos de educación superior que se dedican a la enseñanza del derecho.

En cuanto a los establecimientos más antiguos, vuelven una y otra vez, cíclicamente, sobre la cuestión de los planes y programas de estudio, pero son pocos y escasamente relevantes los cambios que han introducido en tal sentido, lo cual hace dudar de la sinceridad de las autocríticas que de tanto en tanto surgen entre los directivos y académicos de tales establecimientos.

Y en cuanto a los nuevos establecimientos, prácticamente ninguno de ellos ha nacido en las dos últimas décadas sin anunciar aires de renovación en los asuntos curriculares y metodológicos de la enseñanza jurídica, aunque la gran mayoría de ellos no ha hecho en la práctica otra cosa que plegarse a los planes y programas de las instituciones más antiguas y conservar las rutinas metodológicas que se vienen observando desde el siglo pasado.

Algo similar, por no decir igual, puede decirse en relación a los *métodos* de enseñanza, a los *medios* que se emplean en el proceso de enseñanza-aprendizaje y al sistema de *evaluación* que se utiliza por los establecimientos para medir los resultados de ese proceso.

Lo que vuelve a predominar en esas tres direcciones es la falta de auténtica innovación y la repetición de rutinas y formalismos.

El examen de grado que se toma en todas las facultades de derecho es buena prueba de ello. Nunca olvidaremos un cartel manuscrito que un anónimo egresado de derecho fijó a la entrada de la sala de profesores de una de nuestras escuelas de derecho luego de haber sorteado con éxito ese examen: "Gracias Santa Memoria por el Favor Concedido".

Lo que un estudiante de derecho necesita –dijo alguna vez Jorge Millas– es inteligencia jurídica, no memoria jurídica. La memoria jurídica puede ser suplida por los textos legales o de otro orden. Pero la inteligencia jurídica, que supone la capacidad de abstracción para reconocer problemas e identificar y cotejar soluciones, no puede ser suplida jamás.

Quizás habría que empezar por grabar a fuego esas ideas en el frontis de nuestras escuelas de derecho, pero, ante todo, incorporarlas a la cultura jurídica de quienes enseñamos en ellas y, asimismo, a las expectativas de los jóvenes que se matriculan para cursar estudios jurídicos de pregrado.

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, AULIS: *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Trad. Ernesto Garzón Valdés.

ADORNO W., THEODOR: *Actualidad de la filosofía*, Paidos, Barcelona, 1991, Trad. José Luis Arantegui.

ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO: "Norma jurídica", en *El derecho y la justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

ALEXI, ROBERT: *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, Trad. Ernesto Garzón Valdés; *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, Trad. Jorge M. Seña.

ARISTÓTELES: *Metafísica*, Editorial Gredos, Madrid, 1970, Trad. Valentín García Yebra; *Etica Nicomaquea*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1954, Trad. Antonio Gómez Robledo.

ATIENZA, MANUEL: *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985; *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; *Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales*, en Isonomía número 1, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fontamara, México, 1994; "Argumentación jurídica", en *El derecho y la justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 1996; *A propósito de la argumentación jurídica*, en Doxa número 21, Vol. II, Alicante, 1998; *Contribución para una teoría de la legislación*, en Doxa, número 6, Alicante, 1989.

ATRIA, FERNANDO: *Del derecho al razonamiento jurídico*, en Doxa, número 22, Alicante, 1999.

— *Archives de philosophie du droit*, número 7, "Qu'est-ce la philosophie du droit", Serey, París, 1962.

AUSTIN, JOHN: *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, Trad. Felipe González Vicen.

AYER, A. J.: *El positivismo lógico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965; *Lenguaje, verdad y lógica*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1985, Trad. Mar-

cial Suárez; "El positivismo lógico y su legado" (entrevista), en *Los hombres detrás de las ideas. Algunos creadores de la filosofía contemporánea,* Bryan Magee, Fondo de Cultura Económica, 1986, Trad. José A. Robles García.

BARRETT, WILLIAM: "Heidegger y el existencialismo moderno", en *Los hombres detrás de las ideas. Algunos creadores de la filosofía contemporánea,* Bryan Magee, Fondo de Cultura Económica, 1986, Trad. José A. Robles García.

BARROS, ENRIQUE y otros (Carlos Cerda, Jorge Correa, Andrés Cuneo, Carlos Peña y Agustín Squella): "Razonamiento judicial: verdad, justicia y derecho", Cuadernos de Análisis Jurídico, número 18, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1991.

BASCUÑÁN VALDÉS, ANTONIO y otros (Carlos Cerda, Jorge Correa, Agustín Squella): "La naturaleza del razonamiento judicial", Cuadernos de Análisis Jurídico, número 2, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1987.

BAURMANN, MICHAEL y KLIEMT, HARTMUT: *¿Tomarse a la ligera el positivismo jurídico?,* en Doxa, número 2, Alicante, 1985.

BELEUZE, GILLES y GUATTANI, FELIX: *What is philosophy?,* Columbia University Press, Nueva York, 1994, Trad. Hugh Tomlinson y Graham Burchell.

BERLIN, ISAIAH: *Conceptos y categorías,* Fondo de Cultura Económica, México, 1978, Trad. Francisco González Aramburu; "Una introducción a la filosofía" (entrevista), en *Los hombres detrás de las ideas. Algunos creadores de la filosofía contemporánea,* Bryan Magee, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, Trad. José A. Robles García.

BLANQUER, JEAN MICHEL: *Entre Etat de droit et Société de droit: l'Amérique Latine a la recherche d'un concept directeur,* en "Heritage and development, an overview of 25 years later of Unesco-supported activities in Latin America and the Caribbean (1974-1999)", Forum Development and Culture, Inter-American Development Bank, Unesco, Paris, 1999.

BOBBIO, NORBERTO: *Contribución a la teoría del derecho,* edición a cargo de Alfonso Ruiz-Miguel, Fernando Torres editor, Valencia, 1980; *El futuro de la democracia,* Plaza y Janés, Barcelona, 1985; *Fundamento y futuro de la democracia,* Edeval, Valparaíso, 1986, Trad. Gabriel del Favero; *El positivismo jurídico,* Debate, Madrid, 1993, Trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi.

BOVERESSE, JACQUES: *El filósofo entre los autófagos,* Fondo de Cultura Económica, México, 1989, Trad. Adriana Valadés de Moulines.

BULYGIN, EUGENIO y ALCHOURRÓN, CARLOS: "Norma jurídica", en *El derecho y la justicia,* Editorial Trotta, Madrid, 1996.

CALSAMIGLIA, ALBERT: *Introducción a la ciencia jurídica,* Ariel Barcelona, 1986; "¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?", en Doxa, número 13, Alicante, 1993.

CARCOVA, CARLOS MARÍA: *Jusnaturalismo v/s positivismo jurídico: un debate superado*, en Revista de Ciencias Sociales, número 41, Edeval, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, 1996.

CARRIÓ, GENARO: *Sobre el concepto de deber jurídico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966; *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.

CERDA, CARLOS (editor): *Razonamiento judicial* (incluye trabajos de Enrique Barros, Antonio Bascuñán V., Jorge Correa, Andrés Cuneo, Fernando Fueyo, Rubén Galecio, Carlos Peña, Agustín Squella y Mario Verdugo), Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, número 5, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago,1995.

COING, HELMUT: *Fundamentos de filosofía del derecho*, Ariel, Barcelona, 1961, Trad. Juan Manuel Mauri.

COMTE, AUGUSTO: *Curso de filosofía positiva*, Ediciones Orbis, Buenos Aires, 1984, Trad. José Manuel Revuelta; *Discurso sobre el espíritu positivo*, Ediciones Orbis, Buenos Aires, 1984, Trad. Consuelo Berger.

COPLESTON, FREDERICK: "La filosofía tal como yo la veo", en *La lechuza de Minerva*, edición dirigida por Charles Bontempo y S. Jack Odell, Ediciones Catedra, Madrid, 1979, Trad. Carmen García-Trevijano.

CORDUA, CARLA: *Wittgenstein, reorientación de la filosofía*, Dolmen, Santiago, 1997.

CORREA, JORGE: "Cenicienta se queda en la fiesta. El poder judicial chileno en la década de los 90", en *El modelo chileno. Democracia y desarrollo en los noventa*, LOM Ediciones.

COUTURE, JOCELYNE y NIELSEN, KAI: *Introduction to Meta-philosophie. Reconstructing philosophy? New essays on metaphilosophy*, edited by Jocelyne Couture y Kai Nielsen, Canadian Journal of Philosophy, The University of Calgary Press, Canadá, 1993.

DAHL, ROBERT: *Una guía para ciudadanos*, Taurus, Madrid, 1998. Trad. Fernando Vallespín.

DE ASÍS, RAFAEL: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid,1995; "Sobre el razonamiento jurídico correcto", en Revista de Ciencias Sociales, número 45, Edeval, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, 2000.

DEL VECCHIO, GIORGIO: *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1969, Trad. Luis Legaz Lacambra.

DÍAZ, ELÍAS: *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1974.

DWORKIN, RONALD: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, Trad. Marta Guastavino; "Cómo el derecho se parece a la literatura", en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, Trad. Juan Manuel Pombo.

ECHEVERRÍA, RAFAEL: *El búho de Minerva*, Dolmen, Santiago, 1997.

EDGLEY, R.: "La razón práctica", en *Razonamiento práctico*, Joseph Raz compilador, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, Trad. Juan José Utrilla.

ENGISCH, KARL: *Introducción al razonamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1967, Trad. Luis García San Miguel.

EZQUIAGA, FRANCISCO JAVIER: *Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional*, en Isonomía número 1, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fontamara, 1994.

FARRELL, MARTIN DIEGO: *La metodología del positivismo lógico. Su aplicación al derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1979.

FERRATER MORA, JOSÉ: *Diccionario de filosofía*, tomo I, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1968.

FREUD, SIGMUND: *El malestar en la cultura*, Obras Completas, Biblioteca Nueva, Madrid, 1996, Trad. Luis López-Ballesteros y de Torres.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO: "La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias", en Revista de Ciencias Sociales, número 45, Edeval, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, 2000.

GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO: *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.

GIDDENS, ANTHONY: *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestros días*, Taurus, Madrid, 2000, Trad. Pedro Cifuentes.

GÓNGORA, MARIO: *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, Editorial Universitaria, Santiago, 1998.

GUIBOURG, RICARDO: *El papel de las normas en la despersonalización del poder*, en Doxa, número 4, Alicante, 1987.

GONZÁLEZ VICEN, FELIPE: "Sobre el positivismo jurídico", en *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979.

GUASTINI, RICARDO: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, Trad. Jordi Ferrer i Beltrán.

GUATTINI, FELIX y BELEUZE, GILLES: *What is philosophy*? Columbia University Press, Nueva York, 1994, Trad. Hugh Tomlinson y Graham Burchell.

HART, HERBERT: *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962, Trad. Genaro Carrió; "El nuevo desafío al positivismo jurídico" (conferencia en la Universidad Autónoma de Madrid, 29 de octubre de 1979, Trad. Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón de Páramo); *El concepto de derecho*, Editora Nacional, México, 1980, Trad. Genaro Carrió.

HEIDEGGER, MARTIN: *¿Qué es eso de filosofía?*, Sur, Buenos Aires, 1960, Trad. Adolfo P. Carpio.

HENKEL, HEINRICH: *Introducción a la filosofía del derecho,* Taurus, Madrid, 1968, Trad. Enrique Gimbernat.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *El abogado y el razonamiento jurídico,* Madrid, 1975; *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica,* Civitas, Madrid, 1976; *Puntualizaciones y correcciones al positivismo jurídico,* Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987.

HIERRO, LIBORIO: *Estado de derecho. Problemas actuales,* Fontamara, México, 1998.

HOERSTER, NORBERT: *En defensa del positivismo jurídico,* Gedisa, Barcelona, 1992, Trad. Jorge M. Seña.

JASPERS, KARL: *La filosofía,* Fondo de Cultura Económica, México, 1996, Trad. José Gaos.

KANT, EMMANUEL: *Crítica del juicio,* Editora Nacional, México, 1973, Trad. Manuel García Morente; *Crítica de la razón pura,* Losada, Buenos Aires, 1961, Trad. de José del Perojo.

KELSEN, HANS: *Teoría general del Estado,* Editora Nacional, México, 1965, Trad. Luis Legaz Lacambra; "¿Qué es el positivismo jurídico?", Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, tomo XIV, 1966, Trad. Mario de la Cueva; "La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Editora Nacional, México, 1974, Trad. Francisco Ayala; *Esencia y valor de la democracia,* Guadarrama, Madrid, 1977, Trad. Manuel Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra; *Teoría pura del derecho,* Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, Trad. Roberto Vernengo; *¿Qué es justicia?*, Ariel Barcelona, Trad. Albert Calsamiglia, 1982.

KENNY, A.J.P.: "El razonamiento práctico y el apetito racional", en *Razonamiento práctico,* Joseph Raz compilador, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, Trad. Juan José Utrilla.

KOLAKOWSKI, LESZEK: *La filosofía positivista,* Catedra, Madrid, 1981, Trad. Genoveva Ruiz-Ramón; "La filosofía como disciplina y como función", en *Tratado sobre la mortalidad de la razón,* Monte Avila, Caracas, 1992, Trad. Miguel Marcialino.

LARENZ, KARL: *Metodología de la ciencia jurídica,* Ariel, Barcelona, 1974, Trad. Marcelino Rodríguez Moreno.

LUHMANN, NIKLAS: *Sistema jurídico y dogmática jurídica,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, Trad. Ignacio de Otto Pardo.

MACCORNIK, NEIL: *Legal reasoning and legal theory,* Clarendon Press, Oxford, 1978.

MARÍ, ENRIQUE: *Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar, pero en voz baja,* en Doxa, número 21, Vol. II, Alicante, 1989.

MARTÍNEZ, ANTONI y CORTÉS JORDI: *Diccionario de filosofía,* Herder, CD Rom, Barcelona, 1991.

MILLAS, JORGE: *Idea de la filosofía*, Editorial Universitaria, Santiago, 1969; *Filosofía del derecho*, Ediciones Lex, Santiago, 1970; *Respuesta a la pregunta ¿qué es la filosofía del derecho?*, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, número 1, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso, 1983.

MINC, ALAIN: *La borrachera democrática*, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1995, Trad. José Manuel López Vidal.

MURDOCH, IRICH: "Filosofía y literatura" (entrevista), en *Los hombres detrás de las ideas. Algunos creadores de la filosofía contemporánea*, Bryan Magee, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, Trad. José A. Robles García.

NINO, CARLOS: *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980; *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

NUSSBAUM, MARTHA: *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1997, Trad. Carlos Gardini.

ORTEGA Y GASSET, JOSÉ: *¿Qué es filosofía?* Revista de Occidente, Madrid, 1960.

PASSMORE, JOHN: "Demarcating philosophy", en *Meta-philosophie. Reconstructing philosophy? New essays on metaphilosophy*, edited by Jocelyne Couture y Kai Nielsen, Canadian Journal of Philosophy, The University of Calgary Press, Canadá, 1993.

PAZ, OCTAVIO: "La poesía como acción de gracias", en *El fuego de cada día*, Seix Barral, Barcelona.

PECES-BARBA, GREGORIO: *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1999.

PEDRALS, ANTONIO: "Ideas y creencias acerca del derecho en Chile. El punto de vista de los operadores jurídicos", comunicación privada al autor de este libro, 2000.

PEÑA, CARLOS: "Discrecionalidad e interpretación jurídica: la tesis de Dworkin", en *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992; "Hacia una caracterización del ethos legal: de nuevo sobre la cultura jurídica", en *Evolución de la cultura jurídica chilena*, Corporación de Promoción Universitaria, 1994; "Arte más que ciencia", en Artes y Letras, El Mercurio de Santiago, 11 de junio de 2000.

POPPER, KARL: "Mi concepción de la filosofía", en *En busca de un mundo mejor*, Paidos, Barcelona, 1996.

PRIETO SANCHÍS, LUIS: *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997.

QUINE, W.V: "Las ideas de Quine" (entrevista), en *Los hombres detrás de las ideas. Algunos creadores de la filosofía contemporánea,* Bryan Magee, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, Trad. José A. Robles García.

RADBRUCH, GUSTAV: *Filosofía del derecho,* Madrid, 1959; "El relativismo en la filosofía del derecho", en *El hombre en el derecho,* Depalma, Buenos Aires, Trad. Aníbal del Campo.

RAZ, JOSEPH: *La autoridad del derecho,* Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, Trad. Rolando Tamayo Salmorán; *Razonamiento práctico* (compilador e introducción), Fondo de Cultura Económica, México, 1986, Trad. José A. Robles García; "¿Por qué interpretar?", en Isonomía, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1996.

REALE, MIGUEL: *Licoes preliminares de direito,* Saraiva, Sao Paulo, 1976.

RICOEUR, PAUL: *Lo justo,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, Trad. Carlos Gardini.

RIVERA, JORGE EDUARDO: "Asombro y filosofía", en *De asombros y nostalgias. Ensayos filosóficos,* Editorial Puntangeles, Universidad de Playa Ancha, Valparaíso, 1999.

ROBLES, GREGORIO: *Sociología del derecho,* Civitas, Madrid, 1993.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, JOSÉ MARÍA: "El relativismo jurídico de Radbruch y su consecuencia política", en Revista de Ciencias Sociales, número 20, Edeval, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, 1982.

ROMERO, FRANCISCO: Nota preliminar a *Crítica de la Razón Pura,* Losada, Buenos Aires, 1961.

ROSS, ALF: *El concepto de validez y otros ensayos,* Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, Trad. Genaro Carrió y Osvaldo Paschero; *Sobre el derecho y la justicia,* Eudeba, Buenos Aires, 1997, Trad. Genaro Carrió.

SANTA MARÍA, JAVIER: *Los valores superiores en la jurisprudencia del tribunal constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político,* Universidad de Burgos, 1997.

SARTORI, GIOVANNI: *Teoría de la democracia,* Rei, Buenos Aires, 1987, traducción de Santiago Sánchez González.

SCARPELLI, UBERTO: *Cos'e il positivismo giurídico,* Edizioni di Comunità, Milano, 1964.

SCHAFF, ADAM: "Filosofía más allá de las palabras", en *La lechuza de Minerva,* edición dirigida por Charles Bontempo y S. Jack Odell, Ediciones Cátedra, Madrid, 1979, Trad. Carmen García-Trevijano.

SCRUTON, ROGER: *Filosofía moderna. Una introducción sinóptica,* Editorial Cuatro Vientos, Santiago, 1997, Prólogo de M. E. Orellana Venado.

SEARLE, JOHN: "La filosofía del lenguaje" (entrevista), en *Los hombres detrás de las ideas. Algunos creadores de la filosofía contemporánea,* Bryan Magee, Fondo de Cultura Económica, 1986, Trad. José A. Robles García.

SERRANO, SOL: *Universidad y nación. Chile en el siglo XIX,* Editorial Universitaria, Santiago, 1994.

SMART, J.J.C. : "Why philosophers desagree", en *Meta-philosophie. Reconstructing philosophy? New essays on metaphilosophy,* edited by Jocelyne Couture y Kai Nielsen, Canadian Journal of Philosophy, The University of Calgary Press, Canadá, 1993.

SQUELLA, AGUSTÍN: "Neutralidad valorativa e idea de la democracia en Kelsen", en *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho,* Edeval, Valparaíso, 1982, y en *Estudios sobre Hans Kelsen,* Edeval, Valparaíso (Claudio Oliva editor, 1996; "La definición mínima de democracia de Norberto Bobbio", en *Fundamento y Futuro de la democracia,* Edeval, Valparaíso, 1986; "¿Por qué la democracia? Una coincidencia entre Ross y Kelsen", en Revista de Ciencias Sociales, número 25, Edeval, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, 1986; *¿Qué he aprendido enseñando filosofía del derecho?,* Edeval, Valparaíso, 1995; *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos,* Fontamara, México, 1995; "Democracia y derecho", en *El derecho y la justicia,* Editorial Trotta, Madrid, 1996; *Derecho y moral. ¿Tenemos obligación moral de obedecer el derecho?,* Edeval, Valparaíso, 1999; "Libertad e igualdad en el pensamiento político de Norberto Bobbio: ¿se puede ser liberal y a la vez socialista?", en Doxa, Nº 21-I, Alicante, 1998; "Derecha e izquierda: la igualdad hace la diferencia", en Revista Derechos y Libertades, Instituto Bartolomé de las Casas, U. Carlos III Nº 6, Madrid, 1998; "Pluralidad, pluralismo y tolerancia en la sociedad chilena actual", en Perspectiva, Departamento de Ingeniería Industrial, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, U. de Chile, volumen 2, 1999.

SQUELLA, AGUSTÍN (editor): *La cultura jurídica chilena* (incluye un estudio principal del editor y comentarios de Enrique Barros, Antonio Bascuñán Valdés, José Luis Cea, Jorge Correa, Francisco Cumplido e Iván Lavados), Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1991; *Evolución de la cultura jurídica chilena* (incluye una introducción del editor, un estudio principal de Carlos Peña y comentarios de Jorge Correa y Pablo Ruiz-Tagle), Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1994.

TAMAYO SALMORÁN, ROLANDO: *El derecho y la ciencia del derecho,* Universidad Nacional Autónoma de México, 1986; *Elementos para una teoría general del derecho,* Themis, México, 1992; "El juego de argumentar y cómo argumentarlo (Partida preliminar a la argumentación jurídica)", en Revista de Ciencias Sociales, número 45, Edeval, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, 2000.

TARELLO, GIOVANNI: *Cultura jurídica y política del derecho,* Fondo de Cultura Económica, 1995, Trad. Isidro Rosas Alvarado.

TOURAINE, ALAIN: *¿Qué es democracia?,* Fondo de Cultura Económica, México, 1995, Trad. Horacio Pons.

TORRETTI, ROBERTO: *Kant,* Editorial Charcas, Buenos Aires, 1980.

VERNENGO, ROBERTO: "Derecho natural y derecho positivo: sus estructuras teóricas", en Revista de Ciencias Sociales, número 41, Edeval, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, 1996.

VIGO, RODOLFO LUIS: *Razonamiento justificatorio judicial*, en Doxa, número 21, Vol. II, Alicante, 1999.

VON WRIGHT, GEORG: *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1963, Trad. de P. García Ferrero; *La filosofía, ¿una guía para perplejos?*, en Doxa, número 21, Vol. I, 1999.

WILLIAMS, BERNARD: "El hechizo de la filosofía linguística" (entrevista), en *Los hombres detrás de las ideas. Algunos creadores de la filosofía contemporánea*, Bryan Magee, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, Trad. José A. Robles García.

WOLF, ERIK: *El carácter problemático y necesario de la ciencia del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962, Trad. Eduardo A. Vásquez.

WROBLEWSKI, JERZY: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, Trad. Aratxa Azurza; *Sentido y hecho en el derecho*, Servicio Editorial, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.

ZUBIRI, XAVIER: *Sobre el problema de la filosofía*, Fundación X. Zubiri, Madrid, sin fecha; *Los problemas fundamentales de la metafísica occidental*, Alianza Editorial y Fundación X. Zubiri, 1994; *Cinco lecciones de filosofía*, Alianza, Madrid, 1994.

ZULETA PUCEIRO, ENRIQUE: *Teoría del derecho. Una introducción crítica*, Depalma, Buenos Aires, 1987.

INDICE GENERAL

Introducción 9

CAPITULO PRIMERO

¿QUE ES FILOSOFIA?

I. Introducción 17
II. La filosofía en problemas y los problemas de la filosofía 21
III. El asombro como origen de la filosofía 27
IV. Algunos decires acerca de la filosofía 31
V. Una inspección de la palabra "filosofía" 42
VI. Aristóteles y la filosofía como modo de saber 45
VII. Kant y la filosofía como un segundo ojo 51
VIII. Comte y la filosofía positiva 59
IX. Freud y la filosofía como paliativo 69
X. Wittgenstein y la reorientación de la filosofía 78
XI. Isaiah Berlin y la filosofía como preguntas de la tercera canasta . 84
XII. Roger Scruton y la filosofía como búsqueda de su propia definición 91
XIII. Heidegger y el rescate de la filosofía: la pregunta por el ser ... 98
XIV. Kolakowski y la filosofía como disciplina y como función ¿Una milésima definición de filosofía? 109
XV. Conclusiones 120

CAPITULO SEGUNDO

¿QUE ES FILOSOFIA DEL DERECHO?

I. Introducción 139
II. Giorgio del Vecchio y la filosofía del derecho como parte de la filosofía práctica 153

III. Miguel Reale y la filosofía del derecho como investigación de los principios lógicos, éticos e histórico-culturales del derecho 157
IV. Karl Larenz y la filosofía jurídica como uno de los modos de contemplación del derecho 159
V. Radbruch y la filosofía del derecho como teoría del derecho justo 162
VI. Kelsen y la filosofía del derecho como rama de la filosofía moral 167
VII. Alf Ross: problemas iusfilosóficos en vez de filosofía del derecho 170
VIII. Bobbio y la filosofía jurídica como teoría del derecho, teoría de la justicia y teoría de la ciencia jurídica 176
IX. Jorge Millas y la filosofía del derecho como contribución a la inteligencia jurídica 181
X. Conclusiones: una reflexión sobre el derecho, la ciencia del derecho, la teoría general del derecho y la filosofía del derecho . 186

CAPITULO TERCERO

SOBRE DEMOCRACIA Y DERECHO

I. Introducción 229
II. Breve mirada histórica 237
III. Heteronomía y democracia 240
IV. Esencia y valor de la democracia según Hans Kelsen 252
V. El relativismo de Radbruch y la crítica de Radbruch al relativismo de Kelsen. Un alcance sobre indiferentes, desinformados, neutrales, relativistas, escépticos, falibles, absolutistas, y fanáticos 270
VI. ¿Por qué democracia? La pregunta de Alf Ross. La democracia como ideal y como realidad: las aportaciones de Robert Dahl y Giovanni Sartori 280
VII. La definición mínima de democracia de Norberto Bobbio. Promesas cumplidas e incumplidas de la democracia 301
VIII. Democracia y decepción 327

CAPITULO CUARTO

SOBRE EL POSITIVISMO JURIDICO

I. Nota preliminar 333
II. El dualismo derecho positivo-derecho natural y la dualidad positivismo jurídico-iusnaturalismo 337
III. Las vías de penetración del positivismo jurídico: la escuela de la exégesis, la escuela histórica y el utilitarismo inglés. El positivismo lógico 342
IV. ¿Qué es el positivismo jurídico? Las consecuencias del positivismo jurídico según Kelsen; los aspectos del positivismo jurídico

según Bobbio; las tesis del positivismo jurídico según Ross y según Norbert Hoerster; y los significados del positivismo jurídico según Hart 352
V. Scarpelli y la búsqueda de una definición unitaria de positivismo jurídico 373
VI. Las tesis del positivismo según Dworkin y la crítica de Dworkin al positivismo jurídico de Hart 378
VII. El "no positivismo" de Robert Alexi 392
VIII. La crítica del constitucionalismo al positivismo jurídico 402
IX. ¿Qué queda en pie del positivismo jurídico? 422

CAPITULO QUINTO
SOBRE EL RAZONAMIENTO JURIDICO

I. De la norma jurídica al ordenamiento jurídico y del ordenamiento jurídico a las acciones de producción, interpretación, aplicación y acatamiento de las normas. Estática y dinámica del derecho 435
II. Razón, razonar y razonamiento. ¿Razonar o argumentar? Razonamiento teórico y razonamiento práctico. ¿Es lo mismo razonamiento práctico que razonamiento moral? 443
III. El razonamiento jurídico. ¿Razonamiento jurídico o razonamiento legal? Los distintos campos y agentes del razonamiento jurídico. ¿Es teórico o práctico el razonamiento jurídico? La autonomía del razonamiento jurídico y la distinta situación de legisladores y de jueces 449
IV. La racionalidad en la ciencia jurídica, en la tarea legislativa y en la función jurisdiccional. Un alcance sobre los abogados y el razonamiento jurídico 457
V. Razonamiento judicial y normas jurídicas. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Razones explicativas y razones justificatorias. Imponer, explicar, justificar y probar decisiones judiciales. Justificación interna y externa. Razonamiento deductivo y razonamiento judicial. Razonamiento judicial y razonamiento moral. El peso de las normas en el razonamiento judicial 472

CAPITULO SEXTO
SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

I. Cultura: etimología y evolución de un término 497
II. Usos más frecuentes de la palabra "cultura". Un alcance sobre literatura y derecho 500
III. Cultura como identidad: mundialización, internacionalización y globalización. ¿Es la globalización una amenaza o una opor-

tunidad? Diversidad, pluralismo y tolerancia. "Globalización" es también una palabra 521
IV. Cultura jurídica y cultura jurídica chilena. Cultura jurídica interna y cultura jurídica externa. Cultura jurídica explícita y cultura jurídica implícita. La fragmentación de la cultura jurídica interna 530
V. Una caracterización de la cultura jurídica interna chilena sobre la base de hipótesis. ¿Qué quiere decir "hipótesis"? La cultura jurídica chilena en perspectiva histórica 547
VI. Ocho hipótesis sobre la cultura jurídica chilena interna 561
Primera hipótesis. Acerca de la idea o concepto de derecho .. 561
Segunda hipótesis. En relación con las fuentes del derecho ... 563
Tercera hipótesis. En relación con el poder del Estado para producir derecho y con el carácter instrumental o expresivo de éste 567
Cuarta hipótesis. En cuanto a la relación que se percibe entre validez y eficacia del derecho 567
Quinta hipótesis. Con respecto a la función jurisdiccional y a su ejercicio por parte de los jueces 568
Sexta hipótesis. Respecto de la práctica de la abogacía 573
Séptima hipótesis. En relación con el modo de entender el objeto y finalidades del conocimiento jurídico en sentido estricto o dogmática jurídica 577
Octava hipótesis. Sobre la enseñanza del derecho 581

Bibliografía 589

OTROS TITULOS

DERECHO CIVIL DE LA PERSONA
Del Genoma al Nacimiento
Gonzalo Figueroa G.

MANUAL DE DERECHO AMBIENTAL CHILENO
Pedro Fernández B.

REFORMA PROCESAL PENAL
Instrucciones Generales N^{os} 1 a 50
Tomos I y II
Ministerio Público
Fiscalía Nacional

TRATADO SOBRE EL CHEQUE
Guillermo Vásquez M.

EL DAÑO MORAL
Tomos I y II
Carmen Domínguez H.

LAS CARAS DE LA JUSTICIA
Y EL PODER DEL ESTADO
Myrjan Damaska

MANUAL DE ESTUDIO DE TITULOS
Juan Feliú S.

ESTATUTO ADMINISTRATIVO INTERPRETADO
Tomos I y II
Sexta edición actualizada
Rolando Pantoja B.

INTRODUCCION AL DERECHO
Agustín Squella N.

TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Tomos I, II, III, IV, V, VI y VII
Alejandro Silva Bascuñán

PERSONAS Y VALORES
Su protección constitucional
Sergio Diez Urzúa

DERECHO CONCURSAL
EL JUICIO DE QUIEBRAS
Tomos I y II
Juan Esteban Puga V.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL
Pablo Rodríguez G.

EL RECURSO DE APELACION Y LA CONSULTA
Guillermo Piedrabuena R.

9 789561 013605
ISBN 956-10-1360-6

Este es un texto de filosofía del derecho destinado a profesores y estudiantes de la asignatura, aunque despertará también el interés de quienes cultivan otras disciplinas próximas a aquélla, tales como teoría del derecho, sociología jurídica, introducción a la filosofía e introducción al derecho.

La obra consta de seis capítulos. El primero se hace cargo de la pregunta "¿Qué es filosofía?", mientras que el segundo examina la interrogante "¿Qué es filosofía del derecho?". Los cuatro restantes capítulos tratan de los siguientes temas: "Sobre democracia y derecho", "Sobre el positivismo jurídico", "Sobre el razonamiento jurídico" y "Sobre la cultura jurídica chilena".

El libro se inicia con una Introducción en la que se explica cómo sus distintos capítulos pueden ser usados y combinados en un curso de filosofía del derecho.

Se trata, entonces, de un gran aporte al desarrollo de una asignatura y de una disciplina a la que el autor del libro ha dedicado casi 30 años de trabajo.

Agustín Squella, Doctor en Derecho y académico de la Universidad de Valparaíso, es también, desde su fundación en 1981, Presidente de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, y autor, en este mismo sello y colección, del libro *Introducción al Derecho,* publicado en el año 2000, que lleva ya dos ediciones.

Estamos en presencia de una obra novedosa, completa, accesible y amena, que enriquece el catálogo de nuestra Editorial en un área del conocimiento jurídico donde hace ya tiempo no se producía un nuevo texto de estudio en nuestro país.

Editorial Jurídica de Chile