

¿ES EL DERECHO CIENCIA?*

David Mercado Pérez¹

RESUMEN

En Colombia los estudios de Derecho se hacen con la certeza de ser él una ciencia y que ese status es indisputable. Hace mucho tiempo se desbarató el concepto cartesiano de ciencia y por ende, el de ciencia jurídica basada en el método de Descartes, ya que el “principio de incertidumbre” de Heisenberg, deducido de la teoría cuántica y la relatividad de la verdad ontológica, consecuencia de la teoría de la relatividad de Einstein, nos dicen que es el sujeto el que previamente determina como quiere y que quiere conocer del universo fenoménico y que la “verdad” como un absoluto dada una sola vez y para siempre no existe, puesto que ella resulta de las mediciones que hace el sujeto dentro y a partir de las coordenadas espacio-temporales que ocupe.

No existe una definición universal de lo que es ciencia, ello es imposible, ya que como es a partir de la incertidumbre y la relatividad como debemos abordar los fenómenos, ello implica aceptar que jamás podremos saberlo todo, así ¿Cómo fijar en un concepto único lo mutable que resulta el mundo conocido y el conocimiento mismo?

Saber si el Derecho es una ciencia depende entonces de ubicar el haz de fenómenos que solemos llamar “Jurídicos” en estas nuevas coordenadas del pensamiento humano.

PALABRAS CLAVE

Ciencia, conocimiento, derecho, sujeto cognoscente, verdad.

ABSTRACT

In Colombia law studies are made with the certainty that law is a science and that that status is incontrovertible. Long time ago, the Cartesian concept of science was debunked and therefore that of juridical science based on the method of Descartes since the “principle of uncertainty” of Heisenberg deduced from the quantic theory and the relativity of the ontological truth, consequence of the theory of relativity of Einstein, tells us that it is the subject the one who previously determines how he wants and what he wants to know of the phenomenological universe and that the “truth” as an absolute given just once and forever does not exist, for it is the result of the measurements that the subjects makes within and from the space-time coordinates that it occupies.

There is not a universal definition of what science is, that is impossible, since it is from the concepts of uncertainty and relativity that we need to broach the phenomena, this implies accepting that never will we know everything, so, How should we set a unique concept on this mutating world and knowledge? To know if law is a science depends on locating the range of phenomena that we call “juridical” in this new coordinates of human thought.

KEYWORDS

Science, knowledge, law, cognisant subject, truth

Depositado en febrero 17 de 2015, aprobado en mayo 21 de 2015.

* “Artículo derivado del Proyecto “El Lenguaje Como Constructor de la Realidad Jurídica” del grupo “Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional” que se ejecuta en el Centro de Investigaciones de la Universidad Libre, Sede Cartagena, institución que avala al grupo en mención”.

¹ Abogado de la Universidad de Cartagena, Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado. Líder del Grupo de Investigación Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. Correo electrónico: davidmercadoperez@yahoo.com.

INTRODUCCIÓN

En Colombia los estudios de Derecho prosiguen con la certeza de ser él una ciencia y que ese status es indisputable, lo más grave radica en el lamentable hecho de que el “stablishment” jurídico integrado por magistrados, jueces y profesores, ignora lo que ha acontecido al respecto, en eso que llamamos Filosofía del Derecho, en particular y, Filosofía, en general. Hace tiempo colapsó el concepto cartesiano de ciencia y, por ende, el de ciencia jurídica fundamentada en el método de Descartes. Tanto el “principio de incertidumbre” de Heisenberg, fundamentado en la teoría cuántica y la relatividad ontológica de la verdad, consecuencia de la teoría de la relatividad de Einstein, nos dicen que es el sujeto el que previamente determina como quiere y que quiere conocer del universo fenoménico y que la **“verdad” como tal, como un absoluto dado una sola vez y para siempre no existe**, puesto que ella resulta de las mediciones que hace el sujeto dentro y a partir de las coordenadas espacio--temporales que ocupe.

En las condiciones antes dichas: ¿Qué es ciencia?

No se ha elaborado una definición universal de lo que es ciencia, quizás por ser imposible, ya que si es a partir de la incertidumbre y la relatividad como debemos abordar los fenómenos, según explicamos en varias de nuestras publicaciones de la Facultad de Derecho de la U. De C. tales como la colección Mario Alario y la Revista Jurídica, ello implica aceptar que jamás podremos saberlo todo, así, ¿Cómo fijar en un concepto único lo mutable que resulta el mundo conocido y el conocimiento mismo? Frente a la majestad de la Sofía nunca necesitó el ser humano, más que nunca, la humildad socrática.

Saber si el Derecho es una ciencia depende entonces de ubicar el conjunto de fenómenos que solemos llamar “Jurídicos” en estas nuevas coordenadas del pensamiento humano.

Una cosa es indiscutible, la “cientificidad” del Derecho de la modernidad cartesiana, solo pudo ser factible **centrando el IUS solo en la ley**, porque si no, no podía ser objetivado, ya

que la base del método científico en la modernidad es la separación total del sujeto que conoce de la realidad cognoscible por lo que **lo “objetivo” es la ley**, la norma, nada más. **Esa es la realidad cognoscible del “Derecho” en la modernidad.**

Sujeto al dominio de la teoría de la ciencia imperante desde el S. XVII nace y se desarrolla rápidamente el positivismo jurídico que dice que *el Derecho es ciencia* porque todos los casos que debe solucionar se subsumen en la ley y la subsunción es una inferencia lógica (la apoteosis del cartesianismo) por medio de un silogismo construido según el **modus Bárbara** de la primera figura, donde la premisa mayor es la ley, la premisa menor es lo probado acorde a los supuestos de la norma y la conclusión es la aplicación de la solución ordenada por el legislador al caso planteado por las partes. La **“cientificidad”** solo sería el proceso usado por el juez para hacer la subsunción.

Hoy sabemos que no es así, la aplicación del Derecho no es solo, ni lo es principalmente, una mera operación silogística. Es la operación de un método llamado “método jurídico” grosso modo. El pretencioso dogma de la subsunción, sostenido por muchos, se asemeja, según ARTHUR KAUFMANN al cigarrillo y a sus defensores, los fumadores; lo primero ya no es causa de placer y los segundos son unos parias socialmente marginados por el aviso de “prohibido fumar”.

METODOLOGÍA

Este Ensayo se inserta en los campos de la Filosofía del Derecho y del derecho Constitucional, condensa contenidos de Marcos Teóricos de Proyectos de Investigación pendientes de ejecutarse. Reconoce que solo es a partir de lo Filosófico como se puede abordar el estudio del derecho y se basa en justificar una tesis mediante argumentación dialéctica válida en una racionalidad práctica y no meramente técnica.

CONTEXTO

El Derecho cambió en el mundo en su manera de concebirse desde que terminó la 2ª. Gue-

rra mundial, está cambiando en otras partes de América Latina, pero en Colombia existe una resistencia férrea y hasta militante que se refiere con desprecio a lo que han dado en llamar el “Nuevo Derecho” y a sus cultores. Son adoradores de la exégesis basada en que la “verdad” del derecho solo está en la Ley, por lo que añoran el retorno a la Carta de 1886. Empero, las teorías que sirvieron de fundamento a la práctica jurídica durante muchísimo tiempo, están sometidas hoy a un proceso amplio y franco de crítica y de reformulación.² En efecto, las ideas del positivismo Kelseniano se tornaron en algo “natural”, y varias generaciones de abogados las aprendimos como algo “implícito” y “constancial” a lo que se tenía como fenomenología del IUS.³

Pero la colosal y extensísima labor de pensamiento y discusión sobre la TEORÍA GENERAL DEL DERECHO y del propio “Concepto” de Derecho, destruyen el optimismo dogmático de ese inmenso grupo de sacerdotes de Kelsen, generándose una discusión capital: *La de la coherencia interna del Derecho y si la aplicación del mismo en la actividad judicial es neutral; o bien, si el Derecho es ontológicamente indeterminable, con lo que su aplicación es totalmente subjetiva y completamente ideológica.*⁴ Esto significa que la coherencia interna del derecho viene dada por la calidad de la estructura argumentativa de cada operador jurídico; a su vez, tal argumentación debe ser en sí misma coherente por el único modo posible, construyendo silogismos conforme la lógica lo prescribe. Esta y solo esta es la fenomenología de lo judicial ya que **no existe derecho sin un pretor o juez que lo declare.**

PROBLEMA TEÓRICO

En su obra *“El Imperio Retórico—Retórica y Argumentación”*, CHAIM PERELMAN en la

introducción nos narra su encuentro con la “Retórica”, cuando en los años cuarenta del siglo XX da inicio a un estudio sobre la justicia desde una postura positivista y termina estableciendo un concepto básico para toda su teorización posterior, que él llama la “REGLA DE JUSTICIA”, este dice: *“Seres semejantes han de ser tratados semejantemente”*.

El problema a que se enfrentaba, una vez postulada esa regla, era el de **diferenciar de un modo funcional lo que es semejante de lo que no lo es**, problema se convirtió en algo esencial ya **que solucionarlo inevitablemente implica el uso de juicios de valor.** Ahora bien, estos juicios según el positivismo son arbitrarios e indemostrables, luego, ¿Es posible razonar sobre valores a partir solo de valores?, conforma al positivismo No. Lo llamativo del planteamiento Perelmaniano reside en que la afirmación positivista sobre los juicios de valor carece de cualidad o de valor cognoscitivo al no sustentarse en un juicio de demostración, por lo que es en sí otro juicio de valor, toda una paradoja. El positivismo no puede pretender ser “científico”, partiendo de una premisa indemostrable “científicamente” que, además, nos conduce a una inevitable consecuencia, la descalificación de la razón práctica.

KELSEN en 1934 publica una obra que es, por sí misma, una etapa en la historia de la filosofía y la teoría del Derecho, la *“Teoría Pura del Derecho”*. En ella el maestro vienés dice que el Derecho ES ciencia solo si se tiene como objeto de conocimiento un sistema de normas jurídicas válidas existentes en un Estado, **excluyendo cualquier consideración a lo que el derecho debe ser o no, ya que entonces deben elaborarse juicios de valor.** Es más, el derecho debe definirse a sí mismo solo desde el sistema normativo para no confundirse con la moral

2 El profesor DIEGO LOPEZ MEDIDA, dice: *“Las ideas teóricas fundacionales que nuestro padre Kelsen expuso no concitan hoy la tan cerrada unanimidad que congregaban hace unos pocos años”*.

3 Cuando se aprende Derecho de ese modo, dice LOPEZ MEDINA, se **“endurece este con la naturaleza de lo obvio, hasta convertirse casi en un reflejo automático”**.

4 Eso explica que todos los abogados terminan siendo en Colombia, dogmáticos y que el nivel cualitativo de nuestros operadores jurídicos al aplicar o ignorar nuevas teorías no sea el mejor. **El bastión de la fortaleza de la “academia del Derecho” lo formaban los profesores dogmáticos que solo enseñaban un “Saber Hacer” y un “Saber Decir” intuitivo que terminaba por convertirse en una “teoría” desvertebrada del derecho**, precisamente por ser dogmática, ya que así no se podía cuestionar—Era esa la “Verdad Jurídica” producto de la cientificidad del Derecho—

y el llamado “Iusnaturalismo”. Los sistemas normativos positivos son, según KELSEN, simultáneamente jerárquicos y dinámicos. Son lo primero porque la validez de sus actos jurídicos nace por estar conformes a normas jurídicas de orden más elevado. En este orden de jerarquías normativas llegamos a la Constitución, Ley de Leyes que da validez a todas las normas del sistema; pero, otra vez la paradoja, la norma de normas, en sí misma, **no tiene** un criterio “positivo” de validez. **Justifica todas las normas del sistema, es decir lo crea, pero el sistema NO la justifica a ella, porque no la antecede.** Así, ¿Es o no Positiva la Constitución?

Ahora bien, las normas de jerarquía solo delimitan marcos válidos de aplicación (Criterio de validez) pero no es posible, por simple deducción, extraer de ellas normas de jerarquía inferior; por esta razón, afirma KELSEN, el **legislador y los jueces** en forma y niveles distintos, tienen la autoridad necesaria acorde al marco constitucional, de crear leyes (Los legisladores) y de concretar el sentido y alcance de las normas al aplicarlas a cada caso (los Jueces). Aquí encontramos algo esencial en el pensamiento Kelseniano: ambos, **Legislador y Juez, “crean” Derecho.**⁵ Algo que los positivistas criollos no tienen en cuenta. ¿Cómo es esto posible?

Pues así: cuando el legislador aprueba leyes, no interpreta la constitución, solo expresa su “voluntad política” en el ámbito constitucional y, cuando el Juez aplica la Ley, no decide sobre el sentido correcto de esta, sino que **“escoge”** entre varias interpretaciones posibles la que a su juicio es la más idónea por encontrarla “Ajustada a Derecho”.⁶ Luego, **la decisión judicial es un acto de voluntad.** Es despliegue de una rama del poder estatal. Las motivaciones de una Ley y de una sentencia judicial, en esta perspectiva Kelseniana, nada tienen que ver con la teoría del derecho al ser meros asuntos decisio-

nistas. Si bien es cierto que el Derecho persigue propósitos sociales (Conservar un orden y solucionar conflictos a partir de dicho orden), como “Ciencia”, su objeto solo viene dado por el estudio de un sistema normado específico: Las Leyes del Estado, por lo que las consideraciones teleológicas no hacen parte y no pueden hacerlo, de una TEORIA PURA del mismo.

PERELMAN va a enfrentarse al dualismo tácito en la teoría de KELSEN, al oponer realidad a valor y ser a deber ser (En el entendido que el único deber ser es el de la norma) por medio de limitar el conocimiento como racionalidad y reconocer la voluntad en la forma de considerar y aplicar los valores, ya que KELSEN no aquilató que su **“Teoría” depende de elementos no racionales ya que los actos de voluntad se sustentan, no se demuestran** en cuanto tales, por medio de estudiar el derecho positivo con los elementos teóricos Kelsenianos. El derecho positivo de un país se constata y el maestro de Viena no lo niega, al inquirir cómo funciona el sistema jurídico del mismo en sus tribunales. Luego, **la práctica judicial está indisolublemente basada en juicios de valor.**

A partir de esta constatación, PERELMAN plantea una **“Lógica de juicios de valor”** que le dé a estos una base racional, para ello sigue el método de GOTTLOB FREGE, un lógico matemático, que se basa en el modo como los matemáticos razonan al hacer matemáticas. Con la colaboración de LUCIE OLBRECH—TYTECA publica su célebre y fundamental obra *“Tratado de Argumentación-La Nueva Retórica”*, donde ellos investigarán en varias fuentes los mecanismos por los cuales los hombres valoran la realidad y *concluirán que tal lógica es inexistente.* Empero, esos procedimientos se estudiaron en la época clásica por medio de lo que ARISTOTELES denominó “el arte de la persuasión” o RETÓRICA.⁷ En su obra *“Retórica”*, él nos dice que esta es **una “técnica”**

⁵ KELSEN pensó su teoría en el sistema Romano—Germánico, por lo que la exégesis casuística del Código de Napoleón le era ajena. Él se educó bajo la égida del B.G.B. Alemán. El positivismo de la exégesis del sistema Romano-Francés, que Colombia imitó incondicionalmente, **siempre ignoró este aspecto.**

⁶ En ninguna parte KELSEN dijo que estaba de acuerdo con la ficción de que “el Juez es la boca de la Ley” tácita en el Código Civil de 1804. En Francia se inventó el recurso de Casación para asegurarse que así sería.

⁷ El estagirita afirma que la Retórica tiene por **objeto estudiar los modos de persuasión y esta es a su vez, una manera de demostración,** ya que una persona se considera persuadida cuando piensa que algo le ha sido demostrado.

de argumentar en una asamblea o en un tribunal, haciendo uso de todos los modos de persuadir con la palabra hablada.

Estos modos son:

Los que dependen del carácter de quien habla. Los que sitúan a los oyentes en un cierto estado de ánimo.

Los que están vinculados a la prueba misma (Real o Ficticia) expresadas en los discursos.

Estos modos son en sí mismos factores de persuasión que **buscan que el auditorio al que nos dirigimos nos crea, nos “De la Razón”**. Para que seamos creídos, el auditorio debe “aceptarnos” y, para ello “debemos provocar” en él un estado favorable a nuestra tesis que le permita aceptar la “verdad” que pretendemos “Probar”, por medio de pruebas **reales o aparentes** que “sustenten” nuestra tesis. Ahora bien, la retórica y la dialéctica están estrechamente unidas, tanto que no las podemos separar, ya que la segunda es en sí una técnica de dialogar donde se disierne el silogismo real del aparente. La primera busca los medios de persuasión más idóneos, al proporcionar los instrumentos que suministren argumentos adecuados para la “verdad” de la cual queremos persuadir al auditorio. De allí que ARISTÓTELES nos diga que **los argumentos para persuadir provienen de asuntos o cosas admitidas y en la forma como se presenten o hilvanen en razonamientos dialécticos**; las premisas son así “verdaderas” y “primarias”, o bien, se caracterizan porque el conocimiento que tenemos de ellas proviene de otras premisas que “tenemos” como “verdaderas” y “primarias”, aunque ontológicamente no lo sean.

Luego, la diferencia entre un silogismo demostrativo o científico y uno retórico o dialéctico **reside en la calidad de las premisas**; en el demostrativo al ser las premisas “verdaderas” en un sentido ontológico, la conclusión es una “verdad”; mientras que en el retórico las pre-

misas son “Probables”, es decir, son opiniones aceptadas, por lo que la conclusión carece de certeza. Por lo tanto, *la argumentación retórica se refiere siempre a lo contingente, aunque esto no significa que una proposición intrínsecamente “verdadera” sirva de punto de partida.* De lo expuesto por el estagirita, surge una consecuencia fundamental, que **del hecho de argumentar con proposiciones posibles es por lo cual en la retórica y en la dialéctica es posible “probar” conclusiones contrarias.** Esto, para el Derecho es algo esencial y clave ya que *la interpretación jurídica es dialéctica al basarse en proposiciones posibles por lo que siempre caben varias conclusiones.* Los sistemas que nacen de este concepto de “Verdad”, tal como el “Derecho”, se caracterizan:

1. Por ser su fin el de conseguir el acuerdo (Admisión) del auditorio universal.
2. Los “Hechos” y las “Verdades” de las cuales se parte, son meras premisas de la argumentación.
3. La “verdad” en relación con los “hechos” puede ser una certeza producto de un acuerdo o, bien, una probabilidad.

Al respecto, GADAMER en su obra *“Verdad y Método”* considera que en los campos del saber que usan este concepto de “Verdad”, el trabajo consiste en la **“reconstrucción del nexo espiritual de los valores y contenidos de sentido”**, de allí que lo único que podemos hacer es COMPRENDER, vale decir, reconocer y conferir un sentido. La filosofía hermenéutica o de la interpretación de GADAMER establece que el sujeto y el objeto tienen en sí el mismo modo de ser, al estar incluidos en un mismo y único proceso de movilidad histórica, de esto se desprende que **no existe** la neutralidad del investigador dado que **no puede evitar ser parte del objeto de investigación**, al ser un “ser histórico” su objeto solo puede tener sentido como objeto histórico. De allí su afirmación de que *no existen los hechos puros o los hechos en sí, solo las interpretaciones de los mismos.*⁸

⁸ Esto porque los “Hechos” ya acontecieron, son parte del pasado y este “pasado” debe ser reconstruido, reconstrucción que se efectúa en el Derecho por medio de las PRUEBAS que por sí mismas nada “prueban”, sino que su “sana crítica”, vale decir, su “interpretación”, es la que en sí nos dice que es lo que ellas “prueban”.

ENTONCES, ¿ES O NO CIENCIA EL DERECHO?

Frente al tema de si el Derecho es o no ciencia plantearemos una tesis, la de que no podemos decir SI LO ES O NO puesto que no existe una TEORIA DEL DERECHO que lo defina. Su confección es el mayor de los desafíos del pensamiento Iusfilosófico actual.

“No se ha elaborado una definición universal de lo que es ciencia, ello es quizás imposible”, dijimos en la Introducción. Saber si el Derecho es una “ciencia” depende entonces de ubicar el haz de fenómenos que “aseguran lo jurídico” en las nuevas coordenadas del pensamiento humano explicar antes. Luego, ¿QUÉ ES EL DERECHO?⁹

JOSEPH RAZ encuentra, al tratar de contestar esta pregunta que *los filósofos han sido incapaces de crear una respuesta a ello al tener múltiples diferencias sobre cuál es la naturaleza de los problemas que esconde la pregunta*, no se han formulado problemas precisos y no se comparte el mismo punto de partida. Él se centra en describir y analizar las tres tesis más conocidas que han hecho para contestar la pregunta y, al mismo tiempo que las analiza, manifiesta que **“aventurará algunos señalamientos hacia una teoría de la naturaleza del Derecho, que serán, en este contexto incompletas e incidentales”**, por lo que no pretende contestar la pregunta sino esclarecer el planteamiento del problema, al estudiar dichas tesis.

Comienza por el denominado “Método lingüístico”, primera tesis, el cual “descalifica”, según dice, de entrada, por tener *“imperfecciones y defectos que le son inherentes”* ya que el problema no radica en la gran ambigüedad de la palabra “Derecho” o “Law” sino que cualquier teoría de base lingüística debe basarse en una condición del lenguaje: *“Todos los enunciados jurídicos son establecidos por el uso de oraciones de la forma jurídicamente P”*. Sin embargo, **filosofar sobre el derecho es estudiar su lenguaje.** ¿Entonces, en qué quedamos?

Sigue con la segunda, a la que llama la **“Perspectiva del Jurista”** que se sustenta en un **enunciado de un principio básico, de tipo intuitivo**, que no se explicita por estar subyacente o tácito, que dice: *El Derecho son las consideraciones que se tienen por apropiadas para que los tribunales se basen en ellas al justificar sus decisiones.*

Los que siguen este enfoque emplean una teoría que *identifica la naturaleza del Derecho como una elaboración construida a partir de la citada intuición*; empero, en el sistema anglosajón, existen “reglas” de derecho que los tribunales nunca aplica en sus decisiones, tales como las convenciones constitucionales”, con lo cual se estaría frente a la paradoja de que tales convenciones no son “reglas” o “normas” de Derecho. Luego, este enfoque teórico **tiene al derecho como el conjunto de consideraciones apropiadas para que los tribunales basen en ellas sus decisiones.**

Pero la intuición básica expuesta no solo está presente en la segunda tesis, sino también en la tercera, llamada por RAZ, *“método institucional”*, antes de explicarla hace un análisis de Kelsen y su teoría pura, que es “pura” porque está “descontaminada” de argumentos morales y de hechos sociológicos, sobre lo que el Derecho es; **El Derecho que está escrito en libros, ya sean en los “Law reports” (precedentes) o en los “statute Books” (códigos) es todo el derecho.** Prima así la perspectiva del jurista, ya que la “pureza” radica en que todo el Derecho está legislado, ya fuere positivamente, ya por los precedentes o es consuetudinario; sin embargo, *la separación entre derecho y moral que Kelsen hace no se da en la práctica y el mismo está consciente de que los tribunales basan sus decisiones en consideraciones morales que no están en la legislación, en los precedentes o en la costumbre.*

Por otro lado, Kelsen olvida que si se legisla, necesariamente se crean precedentes o, nacen y se consolidan costumbres, siempre, desde una base moral. Así, la “perspectiva del jurista”,

⁹ La filosofía del Derecho la crea HEGEL, para pensar a este y establecer su naturaleza, pero establecer los límites de lo que es jurídico o no, es algo que no se ha podido hacer.

como teoría, desborda lo que Kelsen pretende, **es imposible separar Derecho de moral.**¹⁰

¿Qué es el “método institucional”?

Este parte de dos consideraciones:

- A. El “método lingüístico” y la “perspectiva del jurista” son compatibles en las teorías de Kelsen y de Dworkin.
- B. Los tribunales y los juristas no actúan solos o aislados, *sino dentro de la perspectiva amplia de las instituciones políticas y de la organización social.*

Ya BENTHAM había establecido que para **estudiar la naturaleza del derecho se debía estudiar primero la naturaleza del sistema político donde aquel opera**, y hoy, HART es un seguidor ilustre de este método. Debe decirse que JOHN AUSTIN, combinó el método lingüístico, como precursor, con el institucional, por lo que la filosofía jurídica inglesa ha sido la más coherente en la historia de la filosofía del derecho sobre la búsqueda de una respuesta a cuál es la naturaleza del Derecho. Mientras HART examina el Derecho desde la perspectiva del nacimiento de nuevos tipos de instituciones políticas, tanto legislativas como judiciales dentro de contextos de necesidades sociales y políticas, que a su vez solo se pueden expresar lingüísticamente.

RAZ, opina así, que el “método institucional”, aún sometido a las limitaciones del lingüístico, es superior a las dos expuestas ya que el lingüístico nunca llega a conclusiones definitivas y el de la “perspectiva del jurista” es arbitrario, *aunque parte de una intuición correcta*. Pero el Método Institucional, parte de una intuición básica: que **el Derecho es lo que el sistema judicial establece como tal**. Es esta una innegable situación social de partida para hacer una inmensa reflexión crítica ya que políticamente los tribunales ofrecen tres (3) características:

1. Conocen las controversias de los asociados para resolverlas.
2. Pronuncian decisiones validas (del estado) para resolver las controversias.
3. En sus procedimientos se obligan a guiarse (parcialmente a lo menos) por consideraciones positivas tenidas como válidas.

Las “*consideraciones positivas tenidas como válidas*” **“son aquellas cuya existencia, contenido o materialidad se pueden determinar sin recurrir a argumentos morales”**, de allí que el derecho se entiende por este tercer enfoque teórico, como aquel que consiste solo en consideraciones positivas válidas. RAZ, ilustra lo expuesto con la analogía de cómo las personas realizan sus acciones, donde distingue entre una fase o estado deliberativo y otra fase o estado ejecutivo, pero, en lo que a las organizaciones respecta, siempre se delibera lo que debe ejecutarse o hacerse por medio de una actividad planeada y eficiente; en esta actividad planeada se busca sustentar la decisión a satisfacción de la institución y luego el órgano competente de la instrucción válida.

Así las cosas, lo moral queda circunscrito a la fase deliberativa y la ejecución siempre será positiva, es decir, desprovista de argumentos morales. Las consideraciones ejecutivas son consideraciones positivas válidas y el derecho pertenece siempre a la fase ejecutiva de la institución política, por lo que RAZ afirma que **“El derecho consiste en consideraciones positivas validas aplicadas por los tribunales”**. Obsérvese, empero que no profundiza en la filosofía general de lo que dice y, su enfoque es heredero directo del utilitarismo de BENTHAM.¹¹

Siempre que **la doctrina de la naturaleza del derecho se identifique con una doctrina de la decisión judicial, se convierte en una teoría moral**; por ejemplo, dice RAZ, *“la cuestión de si un tribunal inglés está facultado para de-*

¹⁰ Es por esto que DWORKIN propone una teoría del derecho construida a partir de la decisión judicial, donde se acepta que los jueces usan consideraciones morales para justificar el empleo del Derecho legislado y de los precedentes, tales consideraciones morales hacen parte de una teorización moral que es en sí misma la ideología del Derecho. Además, todos los juristas han identificado a lo largo de la historia del derecho, a la “teoría del derecho” con una teoría de la decisión judicial.

¹¹ Empero, RAZ se cuida de decir al final que la filosofía del derecho no está libre de valores y dice: **“La teoría de la decisión judicial es una teoría moral”**; por ello, varios iusnaturalistas de prestigio aceptan que las consideraciones jurídicas son solo “positivas y válidas” por lo que la polémica se centra en lo inapropiado del planteamiento del asunto, al no hacer la distinción entre las fases deliberativa y ejecutiva.

clarar nula y sin efectos una resolución ministerial sobre la base de que viola los Derechos Humanos, es claramente una cuestión moral y política”.

Necesariamente, para defender la doctrina de la naturaleza del derecho se deben emplear argumentos evaluativos (no morales necesariamente) ya que se debe valorar la importancia relativa de varias características de la organización de la sociedad y dichas características siempre serán reflejo de nuestros intereses y de nuestras preocupaciones intelectuales y morales. RAZ se limita a constatar la existencia de una situación, sus argumentos no son de la filosofía, ni general ni del derecho, sino pragmáticos (Bentham) donde se filosofa a partir de la constatación de realidades.

Para ALEXI, en cambio, la filosofía en sí es solo general por lo que la filosofía del derecho es una particularidad dentro de ella. *La filosofía es reflexiva porque implica razonar sobre el razonar, porque al estudiar al hombre y a su acción analiza su concepción del mundo y este conocer es una actividad racional.* Así, la filosofía es reflexión sistemática sobre lo que existe, lo que debe hacerse y sobre cómo es posible el conocimiento de todo, específicamente, de las dos cuestiones anteriores. La Filosofía del Derecho es reflexión sobre lo que es la norma, el “deber ser”, la persona, la acción, la sanción y las instituciones y la necesidad de unir todo ello en un todo coherente, vale decir, razonar sobre la naturaleza del Derecho.

ALEXI afirma que la filosofía del Derecho no ha podido definir la naturaleza de este por existir un “problema de circularidad” ya que no podemos definir que es derecho sin filosofar sobre él y a la vez, no podemos filosofar sobre él sin definir que es el derecho. Estamos frente a una circularidad que no es viciosa, sino “virtuosa”, dice ALEXI, porque es una versión del “círculo hermético”, que exige para su resolución una pre comprensión hermética a partir de la práctica y luego se hace la conceptualización de que es derecho por medio de una reflexión crítica; vale decir, filosofamos sobre el ser del derecho a partir de una idea preconcebida deducida de su práctica.

En esto coinciden RAZ y ALEXI, ya que la “pre comprensión” de ALEXI es la “intuición básica” de RAZ. Ahora bien, para ALEXI, **no existe** una sola pre comprensión, sino varias, por lo que todas deben separarse. Por ello agrupa los argumentos sobre la naturaleza del derecho en lo que llama tres problemas, que son:

1. ¿Qué clase de entidades conforman el derecho y como se conectan entre sí? o, que es la “norma” y que es un “sistema normativo”.
2. Cuál es la dimensión real o fáctica del Derecho.
3. Cuál es la legitimidad del derecho o su pretensión de corrección; es decir la relación entre derecho y moral.

Los dos últimos hacen referencia a la validez del derecho y los tres problemas enunciados definen o delimitan el problema central: ¿Cuál es la naturaleza del derecho?

RAZ dice que históricamente *no se ha contestado la pregunta sobre que es el derecho* porque se ha formulado mal. ALEXI, con rigor la delimita y se propone responderla, procediendo con el rigor inveterado de los filósofos alemanes, encontrando cuatro tesis creadas para ello, que son:

Primera, la que señala que la filosofía del derecho **no está confinada** a ciertos problemas especiales relativos al derecho ya que todos los problemas de la filosofía pueden presentarse en la filosofía del derecho. En este sentido, la filosofía del derecho incluye sustancialmente los problemas de la filosofía en general. De allí que puede llamarse la “*tesis de la naturaleza general*”. La *Segunda* sostiene que existen problemas específicos de la filosofía del derecho generados por el carácter específico del derecho. Tal carácter resulta del hecho de que el derecho es necesariamente autoritativo o institucional y al mismo tiempo crítico o ideal. Se le conoce como la “*tesis del carácter específico*”. La *Tercera* señala que existe una relación especial entre la filosofía del derecho y otras áreas de la filosofía práctica especialmente las de la moral y la filosofía política. De allí que se le denomi-

ne la “*tesis de la relación especial*”. La Cuarta tesis engloba las primeras tres. En concreto, no se limita a unirlas sino que expresa una idea que se sitúa en su trasfondo, cual es el que la filosofía del derecho solo puede tener éxito si alcanza el nivel no solo de una o dos de estas tesis, sino el de todas tres de modo simultáneo.

De lo dicho se desprende que ALEXI propugna por demarcar la filosofía del derecho así.

- A. Que la filosofía del derecho solo se ocupe del derecho y no de problemas generales de la filosofía.
- B. Que la filosofía del derecho se concentre en el carácter institucional o autoritario del derecho.
- C. Que las preguntas normativas sean solo para la filosofía Moral y Política, por lo que deben estar por fuera de la filosofía del derecho.

El punto B supone que ALEXI acepta que el único modo de operar que tiene la filosofía del derecho es con argumentos, argumentos que en sí son filosóficos, por ello “comprender” la naturaleza del derecho es responder las preguntas filosóficas fundamentales y, a partir de ellas, establecer las propiedades necesarias, tales propiedades son en sí la naturaleza del derecho. El derecho tiene dos propiedades esenciales:

- 1. La coerción o fuerza, es decir su eficacia social.
- 2. La pretensión de corrección o rectitud, es decir su dimensión crítica o ideal.

De la respuesta a como son estas propiedades y como se interrelacionan, depende el concepto de “DERECHO”, máxime cuando estas propiedades se presentan como opuestas, **ya que no puede haber una reestructuración del razonamiento jurídico sin la pretensión de corrección, dado que el derecho tiene una estructura deontológica (moral).**

ALEXI va mucho más allá al destacar los problemas que se solucionan al incluir la moral en

el derecho y que los “inconvenientes” se superan el seguir la tesis positivista (Kelsen) de la decisión, plano de aplicación de la norma y nada más (explicitación de la decisión y no el de la pre comprensión hermética). Pero NO EXISTE una respuesta o una teoría sobre lo que es el derecho porque la inclusión de la moral genera los siguientes problemas:

- A. La incertidumbre general del razonamiento moral, que el derecho “supera” con una decisión de autoridad.
- B. ¿Existe o no el conocimiento moral o la justificación moral de algún modo?, esto en razón a que entonces la pretensión de corrección se encontraría cargada a sí mismo con los problemas del conocimiento y el de la justificación moral (algo muy complejo).

ALEXI va mucho más allá que otros pensadores pero termina “confundiendo” filosofía del derecho con filosofía general, algo que se propuso “deslindar” de entrada al “delimitar el problema” por lo que acaba declarando que responder todo esto “*parece ser algo superior a lo que una sola persona puede alcanzar*”. RAZ abre una línea que es más prometedora, a nuestro criterio, la de considerar al derecho como una expresión de una razón pura-- práctica kantiana, que está implícita en BENTHAM, AUSTIN y HART y además en KELSEN, que es aplicada a una concepción del hombre y de la actividad política humana liberal, laica y racional, como aprendimos al estudiar la temática de los “Derechos Fundamentales” en Derecho constitucional. Ahora bien, *esto supone renunciar a una concepción universal del derecho y centrarla en la cultura occidental* dado que en culturas como la islámica, donde el derecho se infiere del CORÁN, la moral solo se deduce de lo que ALAH prescribe para el hombre a él sometido, igual a como sucedió en la edad media con el Iusnaturalismo católico.

CUÁL ES EL OBJETO DE ESTUDIO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

¿Cuál es el carácter “especial” de la Filosofía de Derecho? Este es el problema cuya solución enfrenta a ALEXI con los partidarios de una

Teoría del Derecho que para nada se base en la filosofía.

Para abordarla, ALEXI empieza por definir que es filosofía desde la perspectiva de su naturaleza, encontrando que esta es esencialmente reflexiva ya que consiste en “razonar acerca del razonamiento” dado que su objeto es “permitir” al hombre “Concebir al mundo por uno y por los demás”, vale decir, que es lo existente. También es “acción” en cuanto que dicha concepción del mundo permite reflexionar sobre lo que debe hacerse o no (Lo bueno), en este aspecto es ÉTICA y en el primero es ONTOLOGÍA. Cuando se “justifican” las creencias, ya que al “justificar” el obrar, nos adentramos en la EPISTEMOLOGÍA o conocimiento de lo bueno que convalida la práctica humana.

Para ALEXI la “Idea” de derecho implica reflexionar sobre los conceptos de “norma”, “deber ser”, “persona”, “acción”, “sanción”, etc. Por ello, tal idea es en sí un concepto compuesto dotado de un alto nivel de complejidad, por ser una abstracción que envuelve otras. Ese es el objetivo básico de la Filosofía del Derecho, **el reflexionar del modo más general posible y sistematizado sobre lo que es el derecho**. De lo dicho se desprende que ALEXI propugna por demarcar la filosofía del derecho así:

- A. Que la filosofía del derecho solo se ocupe del derecho y no de problemas generales de la filosofía.
- B. Que la filosofía del derecho se concentre en el carácter institucional o autoritario del derecho.
- C. Que las preguntas normativas se deleguen a la filosofía y por tanto deben la moral y la política deben estar fuera de la filosofía del derecho.

Esto supone que el problema planteado no se ha resuelto y excede la fuerza de un solo hombre. Mientras que los partidarios de una “Teoría del Derecho” a secas, sostienen que “*La identidad de la Filosofía del derecho (FD) es una cuestión controvertida en el seno de la comunidad que practica esta disciplina*”. Así, anuncian que se van a concentrar en la “Identidad de la Teoría del Derecho”, que aun siendo difícil de capturar, “NO PARECE” particularmente con-

trovertida, es más, existe una “línea de división entre la Teoría del Derecho (TD) y la Filosofía”.

Empero, el trazado de esa línea divisoria genera controversia ya que los límites entre la TD y la “DOG MÁTICA JURÍDICA” o “Ciencia Jurídica”, como ampulosamente aún la denominan muchos, no son claros, no porque se ignore que exista, sino en cómo trazarla. Comúnmente se ha entendido que la TD es una parte de la FD y es así como BOBBIO en uno de sus ensayos dice que la FD es: “*la suma de tres líneas de investigación distintas aunque obviamente relacionadas: la teoría del derecho, la teoría de la justicia y la teoría de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva la TD es una parte de la FD, aquella estudia el concepto de derecho y, a la vez, algunos conceptos intrínsecamente relacionados con él (normas, ordenamiento, validez, etc.). Debe observarse que desde este punto de vista, la llamada “teoría de la ciencia jurídica” es una disciplina autónoma, independiente de la TD*”.

TARELLO en su “Filosofía del Derecho” dice que la TD debe estudiar la “*Teoría de las normas, el lenguaje normativo y la Teoría de los sistemas jurídicos desde un punto de vista estructural y de la lógica de las normas*”. Resulta así que la TD es parte de la FD y la “*Teoría de la Ciencia Jurídica (o Dogmática) está por fuera de la TD, esta, a su vez, es parte esencial de la FD*”. A partir de este enfoque y basándose también en BOBBIO, según vimos, el autor en mención presenta esta propuesta: “*hay dos tipos de FD: la FD de los filósofos (el método o estilo “filosófico” en FD) y la FD de los juristas (el método o estilo “jurídico” en FD). La FD de los filósofos es, según mi propuesta, la FD sin ulteriores especificaciones; la FD de los juristas no es otra cosa que la TD*”

Se advierte, eso sí, que esta propuesta sobre la TD no permite hacer una demarcación entre la TD y la FD pero resulta ser un criterio práctico para arrojar luz sobre el problema planteado.

BOBBIO sostiene además que HEGEL, creó el concepto “Filosofía del Derecho”, siguiendo la tradición del pensamiento alemán, a partir de una “visión del mundo” concreta, por lo que las “distintas” concepciones del mundo ya llevan

en sí “todas” las respuestas a la multiplicidad de interrogantes ontológicos, éticos, gnoseológicos, etc. En este orden de ideas, dichas concepciones del “Mundo”, el idealismo en todas sus versiones, el tomismo, el marxismo, el existencialismo, etc. “Ofrecen” una “solución” a los problemas esenciales de la filosofía por medio de erigir un léxico, unos principios y unas afirmaciones preestablecidas que riñen con los Derechos en sí.

Por esto es que no se puede definir lo que es el “Derecho”, **ya que el derecho por sí mismo no lo puede hacer y no existe un “Discurso Externo” que lo haga posible**, por eso los partidarios de una “Teoría” que en sí mismo sea Filosofía. Afirman: *“la FD de los juristas, en cambio no parte de una concepción del mundo preconstituida (normalmente los juristas no están en absolutos interesados en los problemas “eternos” de la filosofía. La FD de los juristas se origina más bien en los problemas conceptuales que aparecen en el interior de la experiencia jurídica”*.

La TD es la FD de los “juristas” en dos sentidos y por dos razones: *“a) en primer lugar no puede ser practicada más que por juristas profesionales (no se puede hacer este tipo de FD sin conocer el derecho); b) en segundo lugar, es un ejercicio filosófico útil para los propios juristas (y quizás solo a ellos): su objeto fundamental es la crítica (y quizás el progreso) de la “ciencia” jurídica”*.

En cambio la FD usada por los juristas contemporáneos es de base empirista y eso hoy se nos muestra con más sentido en la “FILOSOFÍA ANALÍTICA”, por lo que “Filosofar” equivale a hacer un “Análisis Lógico del lenguaje” tal como lo dijo WITTGENSTEIN (El Primero, el del TRACTATUS), por lo que la TD es nada más y, solo eso, “Análisis lógico del lenguaje del derecho”. Existen, en esta perspectiva dos grupos de problemas, los EMPÍRICOS que se

basan en los hechos y, los CONCEPTUALES, sobre el significado de las palabras; los primeros dependen de la observación de la realidad y los segundos sobre el uso de las palabras y las definiciones efectuadas con ellas.

Las controversias sobre los hechos pueden ser siempre resueltas y **las segundas, a veces sí y a veces no, ya que la solución solo surge de la argumentación persuasiva**. Sin embargo, la FD y la TD tienen como objeto al “Derecho” y, así, regresan las dificultades de la delimitación de estas de la mano del debate entre los juristas teóricos y los dogmáticos, debate que se expresa en:

1. Como establecer el carácter de “generalidad” de la TD.
2. Como sostener que el objeto de la TD son las propiedades “Formales” y “estructurales” del derecho.
3. Como hacer que la TD sea un “Meta discurso” respecto al estudio doctrinal de la dogmática jurídica. (DJ).

Los partidarios de la TD declaran ser seguidores de la tercera posibilidad y afirman que para “trazar” los límites entre la TD y la DJ debemos concebir la TD como una “META CIENCIA” de la “ciencia del derecho”, vale decir de su Dogmática, **sin decirnos por qué la sola dogmática es científica**; así necesariamente la FD quedaría reducida a algo “Meta Jurídico” entendiéndolo por esto algo en sí “Meta jurisprudencial” ya que el derecho solo es posible encontrarlo en la jurisprudencia. Este replanteamiento del enfoque sobre lo que es el derecho implica que debe dejarse de lado la “FILOSOFÍA DE LA JUSTICIA”, porque es imposible separar el concepto de justicia del de ética y del de Filosofía Política”. En resumen, la DJ estudia al Derecho y la TD estudia a la Dogmática en dos niveles lingüísticos distintos, porque la DJ es discurso y no puede no serlo por lo que la TD es meta discurso del discurso dogmático.¹²

¹² Aquí está la divergencia entre ALEXI y los seguidores de la TD, para el primero la filosofía del derecho no se puede hacer hasta no “DEFINIR” que es este y esa definición es “una tarea titánica” al decir del pensador alemán, mientras que para los segundos siempre que se “Filosofa” sobre lo “Jurídico” al hacer TD, como siempre ha acontecido en la práctica, se deja a un lado el problema por ser improcedente y estar mal planteado puesto que Derecho es sinónimo de Dogmática y nada más. ALEXI proporciona los elementos necesarios para la discusión de lo que es el Derecho mientras los otros sostienen que eso no hace falta, porque por fuera del ESTADO, este no existe, por lo que EL DERECHO ES SOLO DJ Y LA DOGMÁTICA ES LA LEY (DEL LEGISLADOR) MAS LA JURISPRUDENCIA DE LOS JUECES QUE LA APLICAN.

CONCLUSIONES

Al apartar la FD de este modo lo que se está diciendo es que tanto ALEXI como todos los Iusfilósofos están perdiendo el tiempo por la simple razón de que el Derecho no es un objeto filosofante desde la reflexión pura de la razón, sino que SE CAPTA, como un objeto “hallado” en el mundo que debe aprehenderse y comprenderse, NUNCA definirse. Este reparo es muy fuerte, tanto, que **haría imposible un discurso filosófico del Ius que le sirviese de sustento y permitiese racionalizarlo como onticidad.**

Nosotros pensamos que al dejar de lado el concepto de JUSTICIA, los seguidores de la TD están “Escondiendo debajo de la alfombra” el que ha sido siempre el “Objeto en sí del Derecho”, el de la necesidad social o cultural de “*Dar a cada uno lo que le corresponde*” (Aristóteles), ya que por eso nació como religión, para que los pronunciamientos pretorianos fuesen la expresión del “Orden de los dioses para la CIVITA”; en el fondo, la posición de los partidarios de una TD es “NEOPOSITIVISTA” en el sentido del positivismo KELSENIANO; lo que proponen es una TD de objeto “Puro” y “No Contaminado” por otros saberes. Incurren así en lo que tachan a los

Iusfilósofos, **partir de una “Visión del Mundo” que ni ellos ni nadie puede evitar.**

Algo que nunca ofreció problema de comprensión alguno en el pensamiento de griegos y latinos, se volvió un galimatías por acción del pensamiento escolástico que en últimas construyó un discurso “Iusnaturalista” supeditado a la teología y, luego, por la ruptura del cristianismo de la mano del renacimiento y de la modernidad que fue su fruto, en hacer del “Derecho” una “ciencia” sujeta al rigorismo cartesiano; tendencia reforzada y exagerada por el positivismo, que postuló que la “Moral” parte del discurso cristiano y por tanto deducida de lo que Dios Padre prescribe para nosotros—era en sí misma pre moderna y en su lugar se erigió la moral laica o moderna, que quedaba reducida al espacio de lo privado para que en lo público existiese el Derecho cuya “cientificidad” quedaba fuera de toda duda al objetivarse como “Ley”, Ley que solo era posible encontrar en el mundo. *El Positivismo jurídico es heredero directo de la “Ilustración”, pero le hace trampas.* KANT encontró que ningún jurista (Ya en su tiempo) podía responder dos preguntas que juzgaba esenciales: ¿QUIS IUS? y ¿QUIS IURIS?, pues bien, según hemos visto, aún hoy no se pueden responder.

REFERENCIAS

AARNIO, Aulis. Derecho, Racionalidad y Comunicación Social—Ensayos sobre Filosofía del Derecho—2a. Edición, 2000. Distribuciones Fontamara, 113 Páginas. Serie Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política # 40.

ALBERT, Hans. La Ciencia del Derecho como Ciencia Real. 1ª. Edición, 2007. Distribuciones Fontamara, 110 Páginas. Serie Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política # 101.

ALEXI, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica, 1ª. Edición español, 1989, Centro de Estudios Constitucionales, 346 Páginas.

----- Derecho y Razón Práctica, 1a. Edición, 2a. Reimpresión, 2002, Distribuciones Fontamara, 94 páginas. Serie Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política # 30.

----- Teoría del discurso y Derechos Humanos, 2a. Edición 1995, Universidad Externado de Colombia, 136 páginas. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho # 1.

----- Teoría de los Derechos Fundamentales. 1993, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid).

BASTIDA Freixedo, Xacobe. El Derecho como Creencia, 1ª. Edición, 2000, Universidad Externado de Colombia, 303 Páginas. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho # 3.

----- El Silencio del Emperador, 1ª. Edición en Castellano, 2001, Universidad Nacional, 235 Páginas.

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho, Edición sin número Editorial Themis, 1992. Páginas.

----- El Problema del Positivismo Jurídico, 1ª. Edición, 8ª. Reimpresión, 2004, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 116 Páginas. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política # 12.

GARCIA VILLEGAS, Mauricio. La Eficacia Simbólica del Derecho. 2ª. Edición, 2014. Ediciones Universidad Nacional—IEPRI— 308 Páginas.

HART, H.L.A. El Concepto de Derecho, 2ª. Edición (Reimpresión), Abeledo—Perrot, Buenos Aires. 332 Páginas

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia, 1ª. Edición, 1995, Editorial Trotta S.A. 173 Páginas.