

1

EN 1982, con ocasión de preparar en Chile la edición del *Anuario de Filosofía jurídica y Social*, N° 1, correspondiente a 1983, y que estaría dedicado al tema «La filosofía del derecho en Chile», la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Sección Nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR), distribuyó entre sus asociados un cuestionario bastante similar al que propone la revista *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, aunque tal cuestionario se hizo también extensivo a la asignatura de Introducción al Derecho.

2

En dicha ocasión ensayé una respuesta acerca de los problemas que considero más propios de la Filosofía del Derecho, que son, también, aquéllos a los que he dedicado mis esfuerzos preferentes como investigador. Como pienso hoy a este respecto lo mismo que entonces, creo pertinente reproducir meramente, a grandes trazos, la respuesta que di en la oportunidad ya señalada.

3

Cualquiera que sea el éxito que pueda atribuirse a los filósofos del derecho en su intento de dar una respuesta satisfactoria a la pregunta por el ser del derecho -seguramente escaso, atendidas las graves discrepancias sobre el particular-, me parece que no queda más que continuar formulando y reformulando dicha pregunta, cuantas veces sea necesario, puesto que el tipo de reflexiones a que da entrada son, en verdad, propias de toda Filosofía del Derecho.

En nuestro tiempo, particularmente en nuestro tiempo, este tipo de preguntas suele provocar en determinados auditorios un mohín de descontento, y a veces hasta un gesto de despectiva impaciencia, como si se tratara de acometer con ellas un asunto enteramente imposible de resolver, puesto que -se dice- lo más que podría conseguirse a este respecto sería determinar, convencionalmente, qué vamos a entender por derecho, lo cual no es sino otra forma de dar una respuesta a la misma pregunta que se trata de objetar.

Si filosofar es, a fin de cuentas, preguntarse seriamente por las cosas, y, dentro de éstas, por las más definitivas, o bien, por lo más definitivo de las cosas, filosofar acerca del derecho tiene que pasar -¿cómo no?- por una indagación igualmente seria sobre el derecho, y, ante todo, sobre lo que el derecho sea realmente; y todo esto, como se dijo, aunque debamos comprobar, con desconsuelo, la grave diversidad de pareceres que este tipo de cuestiones provoca en quienes se ocupan permanentemente de ellas.

Por lo demás, siempre cabe pensar que la filosofía, antes que consistir en una determinada clase de respuestas, tiene que ver más bien con un cierto modo de preguntar, de donde se sigue que abandonar este tipo de preguntas, o bien dejar libradas sus respuestas a una pura convención, puede equivaler, ni más ni menos, que a hacer dejación de la propia filosofía -en nuestro caso, de la filosofía del derecho-, lo cual, desde luego, no entrañaría nada particularmente grave, si es que, al hacerlo, no estuviéramos renunciando a la posibilidad de instalarnos ante las cosas del modo más exacto e intenso posible (después del arte, tal vez), a fin de preguntarnos por ellas hasta el límite de lo posible.

De otra parte, el deseo de conocer puede constituir un cierto indicio -reconfortante, sin duda- de que, además, es posible conocer, aunque, en definitiva, el saber sobre las cosas no sea algo que se nos dé al modo súbito y completo de una revelación, sino a través de una especie de interminable constelación de esfuerzos, en la que cada hombre de ciencia y filósofo va dejando un rastro mínimo, aunque visible.

Con todo, este deseo de saber acerca del derecho, y concretamente de saber qué es el derecho, en cuanto exige una suerte de relativo aislamiento de este objeto de entre los muchos otros que comparecen también ante nosotros y reclaman igualmente nuestra atención, cuenta ya, por lo mismo, aun antes de ser satisfecho, con un pronóstico o conjetura acerca de este determinado objeto, puesto que para desplegar sobre el derecho cualquier esfuerzo cognoscitivo es menester, previamente, que el agente de este acto de conocimiento haya decidido, al menos en forma provisoria, qué es y qué no es derecho en el contorno de la experiencia o realidad que cae bajo su observación.

En otras palabras: al recortar el derecho entre otros fenómenos de la experiencia con el propósito de constituirlo en objeto de sus esfuerzos cognoscitivos, el agente del conocimiento jurídico no procede, por decirlo así, de una manera enteramente aséptica, puesto que la sola selección del objeto se efectúa ya bajo algunos presupuestos que condicionan esta misma elección.

Por lo tanto, puede decirse que al momento incluso de seleccionar el derecho como objeto de conocimiento -precisamente para llegar a conocerlo-, el agente de este conocimiento sabe ya algo de este objeto, en cuanto puede identificarlo como tal y aislarlo relativamente de otros objetos o fenómenos que se le muestran ante sí.

A esto se refiere Heidegger, por ejemplo, cuando se pregunta, en la obra *¿Qué es metafísica?*: «¿No debemos nosotros, para encontrar algo, saber ya que ello está ahí? ¡En efecto! Inmediata y regularmente, entonces, el hombre sólo puede buscar si ha aprehendido por anticipado el estar ahí presente de lo buscado». Y más gráficamente, Ortega, en sus *Apuntes sobre el pensamiento*, afirma sobre el particular que «buscar es una extraña operación: en ella vamos por algo, pero ese algo por el que vamos, en cierto modo, lo tenemos ya. El que busca una cuenta de vidrio roja entre otras de vario color, parte ya con la cuenta roja en su

mente; por tanto, anticipa que hay una cuenta roja y *por* eso la busca».

De otra parte, hay que advertir, y advertirse, que nunca es posible, tampoco, llevar a cabo un aislamiento total de un determinado objeto de conocimiento, porque los objetos comparecen a nuestra atención en un haz de relaciones con otros objetos. Por tanto, la exigencia metodológica de aislar un objeto con fines de conocimiento, posee únicamente el sentido de fijar un dato inicial y próximo a partir del cual pueda luego llevarse a efecto la tarea de conocer sobre bases más útiles y seguras, y no el de provocar una incomunicación del objeto escogido dentro del complejo espectro de relaciones en que aparece desenvolviéndose su existencia.

Pero, a la vez, hay que convenir en que estas relaciones, metodológicamente omitidas o pospuestas al momento de llevar a cabo la selección y relativo aislamiento de uno determinado de ellos, se revelan o muestran verdaderamente a propósito del objeto escogido sólo una vez que dicha selección y aislamiento han tenido lugar. Así, es la propia selección del objeto, que se lleva a efecto, como se dijo, desconociendo momentáneamente las múltiples y complejas relaciones que éste guarda con otros fenómenos, la que, de modo quizá paradójal, facilita luego la comprobación de estas mismas relaciones: la primitiva indigencia del objeto, producto del corte arbitrario que el investigador introduce en la realidad, se transforma, entonces, en el primer rastro que este mismo investigador encuentra para llevar a cabo posteriormente la verificación y análisis de las relaciones que, una vez descubiertas, devolverán al objeto toda su abundancia y atavio.

4

Pero, a fin de cuentas, ¿qué es el derecho?

Sobre el particular, y recordando lo que dice Kant en su *Lógica*, en el sentido de que «no todos los conceptos ‘pueden’ ser definidos, pero tampoco todos ‘necesitan’ serlo», de modo que «hay aproximaciones a las definiciones de ciertos conceptos y éstas son en parte ‘exposiciones’ y en parte ‘descripciones’», pienso que una *exposición* del derecho, sustitutiva de una definición de éste, debe intentar dar cabida a todos los aspectos o elementos que muestra la realidad de ese determinado dato o fenómeno, a la vez empírico e histórico, que se denomina «derecho».

Ahora bien, el derecho -según creo-, sin perjuicio de algunos hechos y conductas, que conforman lo que podemos llamar el elemento fáctico del fenómeno jurídico, y de ciertos valores o valoraciones, que por su parte integran el elemento valorativo de este mismo fenómeno, se presenta, ante todo, como una específica normatividad reguladora de la conducta humana, lo cual quiere decir que lo que nuestra mirada devuelve cuando la hemos dirigido con fines de información o de conocimiento hacia ese determinado objeto que denominamos «derecho».

cho», es, por lo mismo, un conjunto de normas, o sea, de prescripciones obligatorias de conducta.

Así, el derecho es, ante todo, una realidad normativa, aunque esta afirmación no desconoce que en todo ordenamiento jurídico concurren también, en articulación con las normas, y, aun, a veces, redactadas bajo modalidades de expresión propias de éstas, ciertas disposiciones no estrictamente normativas, como son, por ejemplo, las que otorgan competencia para producir normas o las que definen determinados conceptos. Sin embargo, pienso que este tipo de disposiciones no estrictamente normativas, presentes, como se dijo, en todo ordenamiento jurídico, no obstan a una consideración global del derecho como conjunto de normas, establecido, por lo demás, que tales disposiciones sólo poseen un sentido propiamente jurídico por referencia a las normas del respectivo ordenamiento jurídico en que ellas se insertan, careciendo por ello de verdadera autonomía.

Sostengo, por tanto, que, distíngase, como Kelsen, entre normas independientes y normas no independientes, o, como Hart, entre reglas primarias y reglas secundarias, lo cierto es que difícilmente el derecho puede no ser visto, globalmente considerado, como un conjunto de normas, o, cuando menos, como algo que tiene que ver, preferentemente, con normas¹.

5

Seguidamente, y en estrecha conexión con lo anterior, me parece que el tema del saber jurídico, o sea, lo relativo al conocimiento del derecho, es otro de los temas propios e ineludibles de la filosofía jurídica. Esto significa que establecido qué sea el derecho, aunque a la identificación y aislamiento de este objeto se conceda sólo una caracterización relativa e incluso provisoria, se hace luego necesaria la pregunta acerca de sí y cómo es posible el conocimiento del derecho.

En esta parte, la filosofía jurídica, sin perjuicio de inquirir por la posibilidad, modalidades y límites del conocimiento jurídico, esto es, además de constituirse en una teoría del saber acerca del derecho, deberá dar cuenta de cómo se disponen frente al derecho las distintas formas del conocimiento jurídico, intentando demarcar, hasta donde resulte posible, el cometido específico de cada una de las correspondientes disciplinas, con buen cuidado, en todo caso, de proveer a la presentación de un elenco de saberes que, si bien autónomos dentro de ciertos límites, reconocen deslindes algo difusos, campos parcialmente

¹ Para un mayor desarrollo de estas ideas, véase, del autor, *Derecho, desobediencia y justicia*, Edeval, Valparaíso, 1977; *El positivismo jurídico y el problema de los valores en el derecho*, en *Filosofía del Derecho*, varios autores, Edeval, Valparaíso, 1979; y *Una exposición del derecho*, en *Revista de Ciencias Sociales* N° 22, Edeval, Valparaíso, 1983.

compartidos e investigaciones que demandan contribuciones interdisciplinarias, todo lo cual manifiesta una vasta y compleja malla de comunicaciones que el investigador no debe descuidar al momento de dar cuenta de esos mismos saberes, cuyos modos de articularse entre sí resultan a veces decisivos de ser tenidos en cuenta para la debida comprensión de la especificidad de cada uno de ellos por separado.

Cabe agregar que, en esto, o sea, en cuanto teoría del saber jurídico, la Filosofía del Derecho tiene que constituirse también en una reflexión acerca de sí misma -lo que estamos haciendo precisamente en este instante-, puesto que la filosofía jurídica, como la filosofía general, ignora en parte, o no sabe bien del todo, cuáles son sus problemas y cuáles los métodos más apropiados para acceder a ellos, a propósito de lo cual cobra sentido la expresión de Ortega en orden a que «filosofar es embarcarse para lo desconocido».

6

Por último, parece también propio de la Filosofía del Derecho el tema de los valores jurídicos, tanto en la dimensión teórica del problema, cuanto en la de carácter práctico que proporciona algunas referencias o criterios estimativos para la crítica, sustitución o modificación del derecho, aspecto este último en el que la Filosofía del Derecho colabora a los fines de política jurídica que cabe también asignar, si es que no se la reduce a una mera exégesis de textos, a la ciencia jurídica en sentido estricto.

Ante su propia obra o producción --el derecho positivo-, los hombres son capaces de formular y mantener apreciaciones estimativas, que se traducen en juicios de valor que verifican si la actividad de quienes aparecen investidos de la facultad de crear normas jurídicas y si el contenido prescriptivo de éstas, son o no son como deben ser, de acuerdo con un determinado ideal de justicia.

Si llamamos a esos juicios de valor «juicios de justicia», tenemos que convenir, primero, en que, pudiendo resultar difícil o imposible a la razón humana la identificación de un criterio de justicia que pueda ser presentado como el único, el mejor o el verdadero, no queda más que optar, en el campo de la organización política, por la democracia, puesto que al otorgar ésta igual estima a las ideas y valoraciones de cada individuo -como ha puesto notablemente de manifiesto Kelsen en su ensayo *Esencia y valor de la democracia*-, establece la base objetiva y necesaria para favorecer y garantizar debidamente la libre concurrencia de las opiniones y el consiguiente debate que, por su parte, preludia o anticipa la búsqueda y adopción razonada del punto de vista que resulte más aconsejable.

Por lo tanto, el relativismo en cuanto al conocimiento de valores absolutos, conduce naturalmente a la tolerancia, y ésta, por su parte, a la democracia, lo cual quiere decir que todas las opiniones y doctrinas

perder com isso, em face à falência internacional de uma ideologia desenvolvimentista pragmática, após 30 anos de vivência.

Suponha-se que se postule, como o fazemos, por indução, a partir da realidade social empírica, histórica ou não «Quanto maior a semelhança, entre pólos sócio-interativos, tal como aferida por eles essa semelhança menor a distância social entre esses pólos sócio-interativos». Tal postulado, pelo seu alto nível de generalidade, poderia ser explicativo, se adequado, de inúmeros processos sociais.

Suponham-se, ainda, dois teoremas, que são dedutíveis do postulado: «Se preponderar a idéia de semelhança sobre a de dessemelhança entre pólos sócio-interagentes, o respectivo sistema de interação social está em equilíbrio ('contrabalançado', 'compensado')»; e «Quanto mais a socialização se faça no sentido da semelhança entre pólos de interação social, tanto maior equilíbrio terá o sistema de interatos sociais correspondente».

Assim, a socialização que afirma as semelhanças fundamentais de todos os homens -por exemplo, em ideologia cristã, sobretudo a primitiva, em ideologias político-econômicas liberais-igualitárias-favorece o equilíbrio dos sistemas sociais. Ocorre o contrário, por exemplo, com a socialização em ideologias que enfatizem processos de afastamento no espaço social (espaço da interação social), como os de estratificação (hierarquização) social. Qualquer processo de afastamento no espaço social, se pode em determinadas circunstâncias prevenir afastamento maior, é de si mesmo dissociativo, desequilibrante. Destarte, na medida em que diminuem as possibilidades de afastamento maior, pela diminuição dos processos de afastamento social, aumentam as possibilidades destes serem apenas dissociativos.

Aíesti, pois, em rude esboço meramente exemplificativo, plenamente provisório e retificável, algo que pode fornecer alguma idéia do poder explicativo da teoria geral do social em relação ao subdesenvolvimento econômico e social. Ou seja, a herança histórica comum dos sistemas sociais subdesenvolvidos, se reduziria, de modo básico, a um processo colonial de socialização enfaticamente não-afirmativa das semelhanças fundamentais de todos os homens. Essa socialização seria, portanto, um dos fatores básicos do subdesenvolvimento, que envolve um processo de agudo afastamento no espaço social por motivo de acentuadas disparidades externas e internas.

Basta pensar na política colonial mais freqüente de exploração econômica fundada na ideologia da inferioridade «natural» da colônia em face à metrópole. Não é preciso, por outro lado, insistir em que, ainda atualmente, prossegue, embora de modo menos enfático, a socialização em ideologias da dessemelhança, tendo como efeito altamente provável o reforço da persistência do subdesenvolvimento econômico e social.

Cumpre, pois, que se prossiga da descrição para a explicação teórico-geral. Por mais difícil e incerto seja esse passo, sem a tentativa dele, não se desenvolverão realmente as ciências sociais, inclusive as econômicas. E ciências sociais não-desenvolvidas dificilmente terão algo de mais sério a dizer à *praxis* da organização social para o desenvolvimento, que deve ser,

políticas, impedidas de presentarse como verdades absolutas, tienen necesariamente que coexistir y manifestarse dentro de un cuadro de idénticas posibilidades, con la voluntad consiguiente -como apunta Radbruch- de «otorgar el poder a toda convicción que haya podido ganar para sí la mayoría», aunque esta última deba proceder, por aplicación del mismo principio democrático, con respecto y protección de la o las opiniones de minoría.

Hay que convenir, también, en que los llamados «juicios de justicia» no sólo son posibles, sino necesarios, y que, además, son racionales, si no en cuanto a la posibilidad de que se les compruebe como verdaderos, al menos en el sentido de que es plausible que los hombres se ocupen de su formulación.

Lo anterior significa que la sola pregunta por la justicia no puede ser considerada, en sí misma, irracional, aunque sí pueda calificarse de este modo el esfuerzo consiguiente -lo cual es ya otra cosa- por demostrar que una determinada respuesta a esa pregunta constituye la única, la mejor o la verdadera.

La pregunta por la justicia tiene, pues, en sí misma, un fundamento suficiente, derivado de la necesidad de enjuiciamiento crítico y de valoración que el hombre admite frente a todo derecho, necesidad ésta que, por lo demás, no es de menor entidad que el menester de conocimiento que frente al mismo derecho el hombre reconoce también como tarea ineludible. La racionalidad de esta pregunta, en el sentido de ser ella plausible y de poseer un determinado fundamento o explicación, no puede verse afectada por la circunstancia de que tal vez no resulte luego posible, entre las diversas contestaciones a que conduce la correspondiente investigación, la preferencia racional de una de estas respuestas sobre las restantes.

Por lo mismo, inmersos, como estamos, en una multiplicidad y diversidad de ideales de justicia que no es posible compatibilizar entre sí y que, aun, se contradicen a menudo abiertamente unos a otros, con el entorpecimiento adicional de que podamos estimarnos desprovistos de los medios necesarios para llevar a cabo una elección confiable al interior de ese ámbito tan vasto como heterogéneo, lo cierto es, en todo caso, que siempre tendrá algún sentido la mantención de la pregunta por la justicia, al menos ese mínimo sentido que cabe continuar atribuyendo a toda tarea, aunque infructuosa, a la que, no obstante, sentimos concernir de alguna manera a esa zona de las inclinaciones y nostalgias más profundas e irrenunciables del espíritu humano.

Puede decirse, por último, que, en esto, ocurre algo parecido a lo que, según vimos, acontece con el tema del concepto de derecho. El mayor o menor éxito de la empresa -para decir satisfactoriamente qué es el derecho o para acotar en forma convincente uno o más criterios de justicia- no debe conducirnos al abandono de la empresa, sino, lejos de eso -sobre todo en el caso de considerar escaso tal éxito-, a una continua y obstinada reanudación de esta misma empresa. Nuevamente

aquí, habiendo empezado a preguntar, no tenemos más que seguir preguntando, especialmente si las respuestas no nos parecen satisfactorias; y todo esto aunque se diga que sólo los niños se empeñan en preguntar por cosas que no tienen respuesta. Porque, después de todo, ¿no ocurrirá que hasta el instante dramático y fugaz del último suspiro de humanidad sobre la tierra, nuestra máxima fatalidad consista, precisamente, en preguntar por algo que no tiene contestación, o cuya respuesta la tendremos en un momento en que ésta ya no interese mayormente?

