

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1990

HOMENAJE
A NORBERTO BOBBIO

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 8 / 1990



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

1990

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 8
1990

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de
la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de
Concepción, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho
de la Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de
Derecho de la Universidad Central y Facultad de
Derecho de la Universidad de La República.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual
bajo el número 79.432.

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.
Impreso en
EDEVAL

Errázuriz 2120 — Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1990

HOMENAJE A NORBERTO BOBBIO

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1989 - 1991)

Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Andrés Cuneo Macchiavello, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Hugo Tagle Martínez.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Sección Nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR), presenta su Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 8, correspondiente a 1990, y que sigue a los números anteriores que de esta misma obra han venido publicándose desde 1983.

A este N° 8 se le ha dado el título de *Homenaje a Norberto Bobbio*, en atención a que una de las secciones en que parece dividido está dedicada, precisamente, a reproducir la versión castellana de los textos que fueron leídos en el homenaje que la Universidad Degli Studi, rindió al jurista y pensador político italiano, en 1989, con ocasión de los 80 años del maestro de Torino. La traducción de estos textos fue hecha por el profesor de Derecho Romano e Historia del Derecho de la Universidad de Valparaíso, Aldo Topasio Ferretti.

Norberto Bobbio, con ocasión de la visita que efectuó a Chile en 1986, fue designado entonces Socio Honorario de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. Como resultado de esa misma visita, *Edeval*, sello editor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, y de su Escuela de Derecho, publicó la versión castellana de la conferencia que Bobbio ofreció en dicha Universidad, en abril de 1986, con el título de *Fundamento y futuro de la democracia*.

Por su parte, en la sección *Estudios* del presente Anuario se publican diversos trabajos inéditos de interés, en tanto que en la parte llamada *La filosofía jurídica chilena en la primera mitad del siglo XX*, se publica la segunda parte de la selección de textos preparada por Manuel Manson Terrazas. En cuanto a la primera parte de esta selección de textos, ella fue incluida en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 6, de 1988, titulado, por ello, *Lecturas*

de *Filosofía Jurídica Chilena del Siglo XX*. En cuanto al criterio empleado por el antologista para la selección de tales textos, el lector puede remitirse a lo que el propio Manuel Manson expresa, en la "Presentación" de su antología, en el ya mencionado *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 6.

El presente volumen concluye con una parte reservada a *Recepciones*, en la que se publican comentarios sobre diversas obras de interés.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social deja expresa constancia de sus agradecimientos a las distintas Facultades de Derecho del país que han colaborado en la publicación de este nuevo número de su *Anuario*, en especial a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, y a su Escuela de Derecho, en cuyo taller de imprenta se llevó a cabo la impresión del volumen.

En cuanto al *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 9, correspondiente a 1991, está abierta la recepción de estudios y reseñas que deseen publicarse en sus páginas. Las colaboraciones para este N° 9, así como los pedidos de ejemplares de cualquier número del *Anuario*, deben dirigirse a la Casilla 211-V, de Valparaíso.

Cabe consignar, por último, que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social cumplirá, en el mes de diciembre de 1991, diez años de existencia, puesto que fue ella constituida, en la ciudad de Valparaíso, en similar mes del año 1981.

Valparaíso, junio de 1991.

E S T U D I O S

con el análisis del término y concluir con el análisis de la definición, como rezaba nuestro subtítulo. Y no es el menor mérito de este *approach* el que refiriéndose, de suyo, a la lógica y a la semántica, haya podido, en último término, llevarnos, como de la mano, al análisis existencial de la democracia o, por lo menos, a las puertas del mismo. Todo lo cual no obsta, ciertamente, para que terminemos estas líneas recordando, una vez más, el aforismo tantas veces evocado, a éste como a otros propósitos: "Omnia definitio periculosa est".

ALGO MAS SOBRE EL SENTIDO DEL DERECHO

(Nota acerca de *Sobre el Sentido del Derecho*, de Jesús Ballesteros) (1)

FERNANDO QUINTANA BRAVO *

I

La obra que me propongo comentar desde su título apunta a la situación de la filosofía en nuestro tiempo, de cuyos temas y problemas se nutre en definitiva. Pues, "sentido del Derecho" no es ciertamente una expresión que quiera recabar la significación semántica de la palabra "Derecho", sino que pretende un planteamiento filosófico sobre el Derecho. La obra busca hacer explícitos aquellos supuestos y problemas que sólo es posible dilucidar en una perspectiva filosófica. Es un interesante intento de reinsertar el Derecho como tema de filosofía práctica. Procuraré presentar el argumento general que sustenta la obra, para añadir después las observaciones que me parecen pertinentes. Tres son, en realidad, las partes en que es posible presentar la discusión de esta obra: la primera, relativa a la ciencia moderna; la segunda, el positivismo; y la última, sobre el tema de la ontología. La obra intenta articular estos tres grandes rubros, mostrando explícitamente los nexos que

* Profesor en el Centro de Estudios Humanísticos de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile.

1. La obra de Jesús Ballesteros lleva por título *Sobre el sentido del Derecho*, y como sub-título *Introducción a la Filosofía Jurídica*, publicada por Tecnos, Madrid, en 1984, 2ª edición.

conducen desde la ciencia en los tiempos modernos hasta los actuales esfuerzos por renovar la ontología.

a) *La Ciencia Moderna*. La ciencia natural moderna —que comienza a tomar cuerpo en los escritos de Galileo y alcanza su madurez en la mecánica de Newton— surge por un cambio en el modo de pensar, que le hace abandonar la ontología clásica de Aristóteles y Platón, para buscar nuevas bases y fundamentos. Siguiendo a Zubiri (*La Nueva Física*), Heidegger (*La época de la Imagen del Mundo*) y también, en parte, a Husserl (*La Crisis de la Ciencia Europea*), la Ciencia Moderna instaura una nueva forma de hacer ciencia, en cuanto ya no se preocupa de los principios primarios, sino vuelca todo su afán al estudio del fenómeno, cuantificación, observación y medición, es decir, *cómo* ocurren los fenómenos y no *por qué* ocurren —esto último sería la característica del saber epistémico griego (Zubiri). La matematización que buscaría la ciencia moderna se expresa en términos de exactitud medible, de ahí el reinado de la fórmula matemática para expresar el principio o ley de la naturaleza (Husserl). La raíz de este modo de entender el saber científico estaría, conforme lo plantea el autor siguiendo a Heidegger en el *antropocentrismo*, que rompe con la concepción griega y la humildad ontológica del *ens creatum* de la teología medieval. Pérdida de la humildad ontológica, porque a ese antropocentrismo se le asocia la pretensión de convertirse el hombre en la medida de todas las cosas, en amo y señor de la naturaleza. Hay aquí una base voluntarista, es decir, se vuelca el interés hacia lo que se puede hacer, para llegar a ese estado de cosas que resume la frase "sólo se conoce lo que se hace".

Lo que a Ballesteros interesa enfatizar es que la Ciencia moderna surge por un cambio en el modo de pensar, es decir, una nueva filosofía que impugna la ontología clásica, y con ella el pensar de principios y causas, propio del pensar teórico, para sustituirlo por otro pensar, acudiendo a una expresión acuñada, el pensar de la *razón calculadora* (Heidegger) o *razón instrumental* (Adorno, Horkheimer). Este pensar crea las condiciones para el desarrollo de la técnica, en cuyo quehacer confluyen las dimensiones del voluntarismo, el pensar calculante (la cuantificación), y la primacía del artefac-

to por sobre lo contemplativo. El auge de la técnica impone el mundo artificial, la *poiesis* griega, el quehacer productivo.

Esta misma filosofía moderna contribuye a la devaluación de las llamadas *cualidades*, el pensar cualitativo, con lo cual el mundo de la acción humana, donde tiene allí su campo de acción la cualidad, (la intensidad de la acción: lo mejor, lo peor, etc.) queda en una situación de indeterminación frente al pensar calculante, y al conocimiento. Escribe:

"Estamos ante la manifestación más nítida del pensar calculante, que niega realidad objetiva a aquello que no es susceptible de ser medido y contado de forma rigurosa, de forma matemática..." (ob. cit., pág. 26).

Aparece así esa familiar contraposición entre dos modos de determinar el mundo de objetos de conocimiento. De un lado, el mundo de las cosas físicas, sujetas a leyes, con comportamientos observables, medibles y predecibles, de otro, el mundo de la acción humana, incierto, con indeterminación, sujeto a la contingencia, no predecible con el mismo rigor del fenómeno físico. Esta contraposición, que ha sido examinada ampliamente en el pensamiento contemporáneo, desde diferentes ángulos, está a la base de las consideraciones que llevan al planteamiento del difícil problema de la distinción entre *es* y *debe*.

b) *Orígenes y auge del Positivismo*. El positivismo científico, como doctrina, tiene una larga historia en sus múltiples manifestaciones. No está en cuestión rehacer ahora esa historia, sino destacar algunos aspectos que al autor le parecen esenciales. Hay, en efecto, piensa, un antecedente en Maquiavelo, que en su obra más conocida destaca que es preciso estudiar lo que efectivamente ocurre y no lo que debiera ocurrir, por lo cual, para el teórico de la política, la virtud ya no es perfección sino dominio de medios para lograr mejor el fin (*Príncipe*, cap. XV). Esto influye en la concepción del Derecho que se inserta como medio al servicio del poder del gobernante (*Príncipe*, cap. XVIII).

Esta noción de Derecho como medio o instrumento es después llevada por Hobbes al terreno del pacto social, el cual con ser un recurso metódico que reproduce el método galileano de la *risoluzione-composizione*, logra que el Estado se descomponga en

sus integrantes fundamentales, los individuos, para después recomponerlo en el contrato. Por eso el Estado es un hombre artificial, es un ente artificial, y la vida política y social es un artificio. El Derecho es el instrumento que el Estado, este ente artificial, dispone para sus fines. La vieja *ragione di stato* de Maquiavelo resurge aquí como el interés del Estado (*Leviathan*, 2ª parte, cap. XXVI).

Este descomponer un todo en sus partes para recomponerlo nuevamente como un todo es el ejercicio de la Razón calculante (Hobbes recuerda precisamente en su *Leviathan* que Razón proviene de *ratio* y ésta de *rationes*, partes del cálculo). La Razón calculadora recurre metódicamente a este ejercicio de descomposición analítica y recomposición sintética, manteniendo claro que el Derecho se pone al servicio del poder del Estado, por lo que la voluntad estatal pasa a ocupar una dimensión decisiva.

Aun cuando Ballesteros cede a la terminología del *esprit de geometrie* que muchos autores emplean para caracterizar la época moderna, hay que entender más bien la actitud metodológica que subyace en la geometría, que hace uso de las demostraciones y de métodos analíticos y sintéticos. De manera que cuando escribe:

"La conexión entre geometría y voluntarismo tan genialmente intuitiva y desarrollada por Hobbes, va a estar en la base del pensamiento jurídico de los autores posteriores, aquellos que forman... la escuela "imperativista", cuya importancia es capital dentro del movimiento del positivismo jurídico..." (op. cit., pág. 33).

Quiere dirigir la mirada hacia una de las experiencias básicas de la época moderna, cual es el Código, el cual no sólo es un medio de fijación del Derecho en una época y momento determinados, sino expresión de un modo metódico de pensar, conforme el esquema metódico de supuesto y consecuencia. Es decir, es lo propio y característico del pensar moderno que el jurista en su trabajo no considere la finalidad como importante o simplemente la desconozca, pues para él lo primario es asentarse en premisas claras, lo que se denomina *ratio*, la cual puesta en esquemas metódicos del tipo supuesto-consecuencia, cumple el ideal demostrativo de la ciencia exacta, pero también pone el centro de gravedad en esas razones o nociones *positivas*, esto es *dadas*, de las que se deriva el tramado de

preceptos legales. Este es el trabajo propio de la razón calculadora, es decir, el tipo de raciocinio y operación metódica de la razón en la materia jurídica. Recogiendo la afirmación defendida por Gómez Arboleya, el Estado moderno quiere mandar con *razones*, constituyendo su territorio tan solo el ámbito material en que rige la ley. En este aspecto, el Derecho no vale *per se*, sino como emanación del Estado, su *razón* de ser se encuentra en éste. Se produce así una confusión entre la *ratio* y la voluntad de este ente artificial que es el Estado. Este paso de la *ratio* a la voluntad es el que permite fundar el imperativismo, como lo señala Ballesteros en la cita.

En otro aspecto, este paso de la *ratio* a la voluntad sirve de marco teórico para la exposición de la figura del pacto social, que impulsan Hobbes y Rousseau, y en un sentido especial Spinoza. Pues, si se quiere resolver cómo ordenar los asuntos públicos, partiendo de las pasiones humanas, habría dos caminos: el uno, marcado por el temor y la imposición, el otro, construido por el acuerdo de las voluntades (acuerdo de pareceres o *dictamen*). Esta segunda vía es la que preconizan esos autores. Por eso, antes del acuerdo, antes del Estado, no puede haber delito. En otro orden de cosas, es la idea de la Alianza bíblica que aquí se seculariza, de modo que la política sustituye la religión. Esto conduce inevitablemente a la exaltación del individuo y la voluntad.

Todas estas reflexiones llevan a Ballesteros a sostener que en los orígenes del positivismo jurídico está la idea del Estado moderno, por lo cual uno de los primeros rasgos de este positivismo es lo que él denomina el "estatalismo", en el que todo gira en torno al individuo convertido en ciudadano, sus derechos y deberes, conforme el reconocimiento estatal.

Pero junto a esta visión, que podríamos llamar clásica, del hombre político moderno como ciudadano, hay que admitir también la noción de *bourgeois*, que sobre todo es un *homo faber*, es decir, un creador de herramientas y origen de la actividad económica. Para comprender esto es preciso tener en cuenta la siguiente reflexión ética. En la concepción clásica, las *pasiones* son importantes en la vida humana, como lo atestigua, por ejemplo Séneca, y por ello la tarea humana es la obtención del dominio de las pasiones en su conjunto. A partir del Renacimiento, la desontologización que se

opera en el pensamiento teórico, conduce a la idea de que con ser la pasión constitutiva de la vida, su dominio total es tarea imposible para el hombre. Hay pasiones que excluyen a otras y sirven de contrapeso. Entramos a un mundo en donde los ideales de vida se edifican no para el control de la totalidad de las pasiones sino para el fomento de algunas y el sojuzgamiento de otras. Es la idea muy importante de la *pasión benéfica*. Participan de este carácter las pasiones que están dotadas de estabilidad, requieren de cálculo y son pacíficas. Un buen ejemplo lo ofrece Hobbes, que en su *Leviathan* (cap. XIII), al establecer los principios del pacto social, señala la necesidad de eliminar las pasiones violentas y destructivas de la vida, y por otro lado la conveniencia de fomentar aquellas pasiones que inclinan a los hombres hacia la paz, como el temor a la muerte, el deseo de las cosas necesarias para la vida y la esperanza de obtenerlas mediante trabajo. Por caminos similares, autores modernos como Spinoza, Hume, Mandeville, Stewart, llegan a concebir el afán de lucro como positivo, pues sirve de contrapeso y anula uno de los defectos capitales del ser humano, cual es su volubilidad, convirtiendo así la búsqueda del lucro en el mejor medio de lograr la estabilidad social. El escenario en que tiene lugar el ejercicio de esta pasión benéfica es el *mercado*, lugar en el cual se cumple la naturaleza productiva humana. De aquí partió A. Smith para la elaboración de su teoría económica.

En un mundo instrumentalizado, el Derecho es un instrumento más, que se pone al servicio de fines instrumentales. De aquí nace, añade Ballesteros, la conexión entre utilitarismo y formalismo jurídico, que comenta así:

"El economicismo conduce a una vaciamiento en el contenido del Derecho, que quedará reducido a instrumento al servicio de la clase que representa el desarrollo de la economía, esto es la burguesía" (*El Sentido del Derecho*, op. cit., pág. 41).

Esto quiere decir que el llamado formalismo jurídico como modalidad del positivismo entrega la determinación de los contenidos de los instrumentos jurídicos a la vida económica, a sus agentes y procesos. En los orígenes del positivismo estaría ya en ciernes la idea del Derecho como dimensión formal de la vida económica. Por eso añade Ballesteros una segunda característica: el "eco-

nomicismo". En suma, el formalismo recogería la estabilidad que el juego de las pasiones y especialmente la volubilidad humana harían imposible para la convivencia humana. El Derecho, con su estabilidad, permitiría el desarrollo de las pasiones benéficas, facilitando el progreso económico.

Hechas estas precisiones, entra el autor a especificar las nociones capitales del positivismo jurídico. Los temas que es preciso reseñar, sobre los cuales el positivismo jurídico tiene posiciones características, son los relativos al concepto de Derecho, la idea de una Ciencia del Derecho, y el significado de la Filosofía del Derecho.

1) *El Concepto de Derecho*: Como el positivismo jurídico ha nacido como consecuencia del esfuerzo para transformar el estudio del Derecho en *ciencia*, con caracteres similares a los de las ciencias naturales exactas, uno de los rasgos de estas ciencias que adopta la ciencia jurídica es el de la ausencia de valor. Esta noción lo formuló, entre otros, M. Weber (la *Wertfreiheit*) como el rasgo propio de las disciplinas científicas. La ciencia es tal en la medida en que prescinde de juicios valorativos. Trasladar esta actitud al estudio científico del Derecho significa que lo que cae en el ámbito de la ciencia jurídica es el estudio del Derecho que es y no el Derecho que debe ser. Una de las consecuencias importantes de la *Wertfreiheit* es la identificación del Derecho con el ordenamiento positivo del Estado nacional, lo que se traduce, a su vez, en la supremacía de la ley promulgada, en cuanto producción estatal. En esta perspectiva, el Derecho es la herramienta al servicio del Estado, en lo que concordaría incluso el realismo anglosajón (Roscoe Pound, por ejemplo). La noción de fin pierde importancia. En esta concepción, fácilmente se une a un principio voluntarista, mediante el cual la producción de normas es acto de voluntad y no de conocimiento.

La caracterización anterior se combina a su vez con dos notas más: primeramente, el llamado *formalismo*, que consiste pensar una estructura formal sin un contenido determinado, como la norma jurídica de Austin o de Kelsen; en seguida, la *coacción*, sin la cual, se dice, no habría Derecho. Una de las obras más importantes en este sentido es la de Ihering, *El Fin en el Derecho*: la coacción del Estado es el criterio único y absoluto para la juridicidad

de un ordenamiento. Esto convierte en un problema la juridicidad de las normas de Derecho Internacional.

Las relaciones entre Derecho, coacción y Estado constituyen el núcleo del concepto de Derecho en el positivismo. Por eso, lo característico de nuestro tiempo es que el uso legítimo de la fuerza pertenece al Estado (M. Weber).

2) *El sentido de la Ciencia del Derecho*: En este acápite se trata de definir con algún rigor la orientación que puede tomar una disciplina que se pretende constituir sobre un objeto como el Derecho. Este empeño está marcado primeramente por el debate suscitado por el positivismo contemporáneo en torno a la posibilidad de un conocimiento objetivo y válido en la metafísica y la ética; en seguida, la agudización de la separación entre ser y deber ser, aun cuando no sea planteada metafísicamente sino como formas proposicionales, cumple la aspiración de la neutralidad axiológica, la *Wertfreiheit* de que habla Weber, y que debe poseer toda disciplina científica en cuanto tal. Si el Derecho, entonces, deja a un lado toda fundamentación ética y se confina a una neutralidad axiológica, la orientación que puede adoptar esta disciplina bien puede caracterizarse, como lo hace Habermas, como una técnica de aplicación del Derecho positivo vigente en cada país. Por eso, escribe Ballesteros:

“El problema de la cientificidad de la jurisprudencia se convierte por tanto en el problema capital desde el punto de vista metodológico. En ello coinciden los dos científicismos que surgen desde el desarrollo de la ciencia galileana: el racionalismo y el positivismo. En efecto, las pretensiones de cientificidad han seguido un doble camino: o el formalismo matematizante que ve al Derecho como un puro deber ser formalizable (iusnaturalismo racionalista) o simplemente formal, o bien el realismo que sigue las ciencias empíricas como la sociología o la psicología...” (*El Sentido del Derecho*, op. cit., pág. 52).

En cuanto al primer camino, anota Ballesteros que se puede constatar una continuidad metodológica fundamental que parte de Grocio, sigue con Puffendorf, Leibniz, pasa por la pandectística alemana y remata en la *dogmática*, esto es en la exaltación del *texto de la ley escrita* (o literalidad). Aquí se prescinde de toda consideración moral, religiosa, política, económica, histórica, etc. Se repi-

te así la misma situación de Justiniano frente al Digesto: el carácter intangible del texto escrito. Por lo cual, resulta comprensible que esta concepción racionalista haya sido la dominante en la medida que se ha conservado la fe en la justificación racional del ordenamiento legal, cediendo si desaparece esa convicción, por ejemplo, frente a la crítica ideológica, etc.

El otro camino propuesto por el positivismo está vinculado al empirismo, en el sentido de que el Derecho no se concibe como norma formalmente válida, sino validable como “hecho”. Ocurre con el llamado *realismo*, ya en la versión psicologista (Frank, Hägerström, Olivecrona) que sitúa el origen del Derecho en datos psicológicos, ya en la forma del sociologismo de Duguit, Ehrlich, Ross, que presentan el Derecho como fenómeno social.

Se llega así en el positivismo a una diversidad de posiciones no sólo heterogéneas sino discrepantes, situación que en opinión de Ballesteros marcaría el comienzo de la decadencia, y que los esfuerzos de Bobbio por conciliarlas y superar sus discrepancias no son exitosos en último término.

3) *La Filosofía del Derecho en el positivismo*. Piensa el autor que la posición del positivismo jurídico frente a la Filosofía del Derecho no hace excepción a la situación de la filosofía y la metafísica en el positivismo científico. Norma, hecho y valor son cuidadosamente separados y organizados en una ordenación de saberes distintos. La norma es el objeto de estudio de la Ciencia y corresponde también al punto de vista interno para el estudio del Derecho en la nomenclatura de Hart, cuya influencia se hace sentir en la década de los 80. El hecho, que corresponde al punto de vista exterior, es materia de la Sociología del Derecho. A la Filosofía del Derecho le cabe el valor. Pero como el valor es metajurídico y problemático en su objetividad (intereses, subjetividad, emotivismo.) la filosofía del Derecho queda cuestionada en su cientificidad. La Ciencia propiamente se engarza a esa tradición “racionalista”, pero la Filosofía del Derecho si no quiere convertirse en ideología, en sentido negativo, sólo puede justificarse como historia de las doctrinas jurídicas y políticas (*El Sentido del Derecho*, op. cit., págs. 56-59).

c) *La recuperación de la Ontología.* En esta parte, la más extensa, intenta Ballesteros destacar todos aquellos aspectos que considera positivos para una reconstrucción de la ontología, menoscabada por la ciencia moderna. Es la ciencia Física la que inicia el cambio de actitud respecto de tres dimensiones de la Ciencia de los tiempos modernos: la primacía de la geometría, enlazada con la idea de razón calculadora, un cierto determinismo expresado en la afirmación de la necesidad natural y leyes de la naturaleza, y el mecanicismo propio de la ciencia natural moderna (el mundo como un mecanismo material perfecto). La Física busca explícitamente sustituirlo por una actitud que busca ahora explorar el mundo en una perspectiva realista o neo-realista, y que por lo mismo se interesa por lo accidental y contingente, y no descuida en modo alguno la presencia del que hace la ciencia.

El realismo de que se habla ahora no es ingenuo "mirar a las cosas mismas", sino surge de un nuevo concepto de espacio, que ya no se determina en función del espacio geométrico de tres dimensiones (espacio euclídeo), sino de n dimensiones, incluso curvo (Einstein), que se asocia de modo fundamental con el concepto de materia. El mecanismo de la modernidad piensa el espacio como el lugar donde suceden los fenómenos, ahora la nueva Física piensa el espacio y la materia como co-determinados (por lo cual no es posible pensar la noción de infinitud o finitud del espacio prescindiendo de la materia que contiene). Esto trae consecuencias para el método (el método *mos geométrico* de la modernidad), pues ahora toma primacía el *objeto*, en cuanto *dado*, no construido, concreto y no abstracto o puramente ideal. Al tomar primacía lo *dado*, la indagación científica debe adaptarse al dato, por lo cual se favorece el surgimiento de diferentes métodos conforme las características de los objetos investigados. La tendencia al monismo metodológico, cede en favor del pluralismo metodológico.

El interés por lo accidental y lo contingente importan, en realidad, un cambio en el concepto de tiempo. La idea moderna de necesidades inmutables en el tiempo, cede a la ley estadística o probabilística que termina imponiéndose (así, la indeterminación de Heisenberg). De este modo el mundo fenoménico está regido no por

la causalidad necesaria, sino por la posibilidad y contingencia, medidas en términos de probabilidad.

Por último, el interés por el sujeto de la ciencia, por el hombre que conduce la indagación, viene dado por la reacción hacia todo intento de sustituir al sujeto pensante por la máquina pensante (cibernética, inteligencia artificial, etc.). Pero en este interés confluyen otros motivos que realzan la humanidad del hombre de ciencia, su rol en la sociedad y su responsabilidad frente al progreso.

Todo esto, en opinión de Ballesteros, aproxima la Ciencia a la Filosofía (*El Sentido del Derecho*, op. cit., págs. 65-70).

Esta no es una aproximación tangencial. Hay tres corrientes filosóficas importantes, anota el autor, la fenomenología, la filosofía analítica, especialmente post-Wittgenstein, y el neo-aristotelismo, que no sólo pretenden la superación del cienticismo de corte positivista, sino plantean abiertamente la necesidad de la filosofía. Todas esas corrientes, por sobre sus enormes diferencias, coinciden en un punto: comparten por igual el respeto a lo real en su diversidad y pluralidad. La consecuencia metodológica es la de potenciar la *descripción* por sobre la *explicación* (propia del positivismo).

La primacía de lo ontológico es el intento de toda la fenomenología. Husserl plantea en su obra prostrera, *La Crisis de la Ciencia europea*, que el origen de la pérdida de la ontología radica en la ciencia moderna, debido a la doble reducción de la física primero a la geometría y luego de ésta al álgebra, para lograr mayor exactitud. Con ello se perdió el sentido del ser. En esa dirección se mueve Heidegger, la pregunta por el ser y el sentido.

Una recuperación de la ontología en círculos ajenos a la fenomenología se encuentra en muchos cultivadores de la filosofía analítica. Mientras la primera generación de filosofía analítica buscaba aproximarse a Hume (Russell, Carnap, Stevenson, Ayer), la nueva generación (Anscombe, Strawson, Hare, e incluso Searle) quieren volver a Kant y muy especialmente a Aristóteles, produciendo con ello una verdadera restauración de la filosofía práctica (por ejemplo, en Estados Unidos, Arandt, Strauss, Voegelin), que permite replantearse viejos temas de la ética clásica en sentido ontológico (Spaeman, Riedel, en Alemania).

Lo que justifica el resurgimiento del pensamiento práctico

aristotélico gira en torno a la acentuación de la diferencia de la *praxis* como distinta de la *poiesis*. Es decir, la diferencia definida en la *Ética Nicomaquea* por Aristóteles, entre una acción que tiene su fin en sí misma (la acción ética) y la acción productiva o poietica, que tiene un fin en una obra exterior a ella misma como su resultado, sirvió para que en un momento se produjera una exaltación de la actividad productiva en la técnica, contrariando el pensamiento aristotélico. Luego, manteniendo la distinción, pero volviendo la atención y el valor a la acción ética, como ocurre en muchos autores contemporáneos, se generan condiciones para retomar temas y líneas de reflexión iniciadas por Aristóteles. Esto lleva a una valoración general del *ethos*, lo que se advierte en importantes círculos filosóficos actuales, asimismo la revalorización de la *prudentia* o *frónesis* tanto en la acción propiamente ética como política y en toda actividad en que importe la acción como tal.

La Redefinición de los Temas de la Filosofía del Derecho.

Llegamos así a la parte conclusiva del trabajo: la redefinición de los temas de la Filosofía del Derecho. La restauración de la ontología trae consigo una nueva configuración de las tareas de la Filosofía del Derecho, las que van a girar ahora en torno a la búsqueda de la estructura ontológica del mundo jurídico, de lo que el Derecho es como *Realidad*. La tarea es plantearse la cuestión del sentido del Derecho en relación con los datos existenciales del ser del hombre, como su libertad, la alteridad o relación con otro, su temporalidad, etc., para indagar el porqué de la presencia del Derecho en la vida del hombre, junto a otras formas regulativas de la convivencia o de la vida espiritual (antropología, historia, arte, etc.). La Filosofía del Derecho no se limita a entregar una taxonomía de disciplinas o tópicos, se compromete con la cuestión del ser del Derecho, no como una entidad puramente ideal, sino enraizada en la vida humana. Hay una ontología del Derecho y, en consecuencia, una fundamentación metafísica.

El positivismo se dedicó a sacarle partido a la distinción entre ser y deber, tomadas éstas como las dos dimensiones fundamentales del mundo. La Ciencia del Derecho sólo podía estudiar lo que

debe ser, dejando lo que es a otras disciplinas, como la historia, la antropología, la sociología, en suma, las otras disciplinas sociales. La distinción que formulara Hume se insertó en el positivismo como principio fundamental, con la característica de que ambas dimensiones son mutuamente irreducibles entre sí. Esta fundamentación teórica del campo de operaciones de cada ciencia, se completa en seguida con la idea de la pureza axiológica (o neutralidad), o *Wertfreiheit* en la terminología de Weber. Esto abre camino al estudio de determinadas estructuras formales que garanticen la neutralidad axiológica y recaigan sobre el deber (o la formulación normativa del deber).

Este positivismo es el que Ballesteros se propone impugnar en su base. Por eso adquiere tanta importancia para él la reducción del *es* al *debe*, la reconstrucción del nexo entre hecho y valor, como lo denomina, pues, la nueva Ciencia del Derecho no se reduce al solo estudio del *ought*, dejando de mano el estudio del ámbito del *is* a otras disciplinas científicas. La solución de la *falacia naturalista*, que según Moore se produce en todo intento de aproximar el *es* al *debe*, el *is* al *ought*, es el presupuesto básico de esta nueva Ciencia del Derecho. Esto se lograría, según Ballesteros, en dos frentes: 1) el primero, de carácter ontológico, ampliando lo real más allá de lo fáctico; y 2) el segundo, de carácter lógico-metodológico, negando al método deductivo toda exclusividad en la materia científica.

En las tres grandes corrientes que buscan restaurar la ontología, la fenomenología, la filosofía analítica y el neo-aristotelismo, se advierte la posibilidad de reducir el *es* al *debe*. Así, en la analítica post-wittgensteniana de Anscombe, por ejemplo, se distingue entre *hechos institucionales* y *hechos brutos*; los primeros son los que se dan en un sistema de reglas a partir de las instituciones; los segundos son los materiales de que se hacen los hechos institucionales: así, el hecho bruto de decir "prometo" en una situación o texto adecuados equivale al hecho institucional de prometer, con valor vinculante. La promesa, entonces, es vista como un ejemplo suficiente de cómo a partir de un hecho (ser) se deriva una obligación (deber). A esto habría que agregar las consideraciones que hace J. Searle en su *Cómo derivar debe de es*. En la fenomenología, por

su parte, Hartmann es un buen ejemplo de cómo se produce la aproximación del ser al valor. En *El Problema del ser espiritual* plantea Hartmann que en el espíritu todo lo que se refiere al mundo aparece con referencia a un valor y esta referencia a un valor es su propia toma de posición, luego esta conciencia valorativa no es un añadido posterior. Por último, Aristóteles no implicó nunca una contraposición tajante entre ser y deber, pues dividió la *areté* en dianoética (verdad) y ética (*mesotés*).

En el plano metodológico, la reducción del ser y deber se logra ampliando el tema de los procedimientos válidos de raciocinio, y no confinando el tema de la metodología a la sola deducción practicada conforme ciertas pautas. Es el caso, señala Ballesteros, de la teoría de la argumentación de Perelman y también de Toulmin. Según el primero, entre lo racional formal y lo emotivo está la razón práctica, que opera por medio de la argumentación, la que apela al criterio de la aceptación por parte del auditorio universal.

De acuerdo con estas ideas, los temas de la Filosofía del Derecho pasan a ser los siguientes:

1. *El Concepto de Derecho*. La pregunta por el ser del derecho implica la superación de toda forma de positivismo, y pone a la vista puntos de partida diferentes de los que emplea este último. La indagación etimológica sobre *ius*, *lex*, *Diritto*, *right*, *directum* y otras expresiones, ponen de manifiesto una rica trama de conexiones entre la rectitud en sentido moral y la ordenación de la vida humana. Por eso el *orden jurídico* tiene que ser pensado básicamente como una ordenación de la praxis humana, que tiene sentido, entonces, en relación con el ser del hombre. Es, como decía Bergson, un *orden vital*, y no estático, como el orden geométrico. Por lo mismo, conectado con las ideas de libertad y *ethos*, en cuanto quehacer vital humano. De aquí se sigue una serie de consecuencias en el orden ético. Mientras el positivismo reduce la ética a *lo que se hace*, como hecho, en la nueva perspectiva ontológica la ética examina el existir humano, del cual brota el Derecho como la dimensión de constancia y firmeza de propósitos de la existencia humana. De ahí la *buenafé* en las relaciones que unos tienen con otros en las transacciones y promesas, imposible de concebir sin ese rasgo de fijeza que aporta el Derecho. Otro tanto habría que decir de la *iustitia*, en la

definición de Ulpiano, como voluntad constante de dar a cada cual lo suyo, que el Derecho encarna y hace posible. Estas mismas nociones conducen a las ideas básicas de respeto mutuo, reciprocidad, el tener cosas en común, tan indispensables para caracterizar la vida regida por el Derecho.

En cuanto a la clase de vinculatoriedad, es válida la reflexión de Tomás de Aquino, en el sentido de que el Derecho exige un acatamiento de tipo exterior, dejando libre la intención, es decir, permite el *quocumque animo*. Este es el punto de separación del Derecho y la moral.

El tema de la coactividad es entendido acá de la siguiente manera: Se reconoce que la coacción interviene como elemento diferenciador entre Derecho y Moral, ya desde los tiempos de Tomás de Aquino. Pero lo esencial no es la posesión efectiva de la fuerza sino la licitud ética del recurso a ella, a diferencia de la vida ética que al exigir perfección personal no puede imponerla por la fuerza. La licitud del uso de la fuerza radica en el carácter imperativo-atributivo de los preceptos del Derecho (estructura simétrica), en cambio la moral sólo posee estructura imperativa. Esto significa que frente a un deber hay un derecho, y para mantener esa simetría es preciso del recurso a la coacción. Por eso, asimismo, la necesidad del Tribunal, que dirime efectivamente la validez de las pretensiones de las partes en conflicto. La ética occidental, al menos, está regida por el principio de la donación y el perdón: no juzguéis para no ser juzgados, o bien, ser juzgado como se juzga a otros, etc., en suma, es la idea de reciprocidad.

2. *El Derecho Natural como Fundamental Ontológico del Derecho*. Hay dos grandes corrientes del Derecho natural: la clásica, que va desde la filosofía griega hasta la escolástica, y la racionalista de los siglos XVII a XIX. Esta última oscureció la anterior. En el mundo actual hay intentos de superar la influencia de esta corriente racionalista, con vistas a restaurar la clásica, especialmente la vertiente aristotélica. Ello ocurre mediante la reintroducción del concepto de *Natur der Sache* (*rerum natura*) del iusnaturalismo clásico. Esta "naturaleza de las cosas" corresponde a una estructura originaria de la vida social y jurídica, que se enlaza con un auge de la filosofía práctica.

Los motivos que se ofrecen para la recuperación del iusnaturalismo clásico son de dos tipos: a) el carácter práctico del iusnaturalismo clásico, especialmente el aristotélico, abierto a la historia; y b) la disolución del falso problema creado por el iusnaturalismo de los siglos XVII a XIX en torno a la existencia de dos órdenes normativos contrapuestos, el orden natural y el orden positivo. Ambos motivos, con ser distintos, concurren en su propósito común de recuperar el iusnaturalismo clásico. La reflexión general que hace Ballesteros en esta parte es la de que los principios metafísicos poseen validez incondicional, pero los principios éticos o prácticos presuponen ciertas condiciones para su aplicación, y así, el principio "no matarás" admite excepciones, como la legítima defensa, guerra justa, por lo que su aplicación es variable. Se exige de una *verdad práctica*. Esto mismo impidió que el iusnaturalismo clásico se convirtiera en sistema como el iusnaturalismo de la época moderna.

Para Ballesteros, el Derecho natural no pretende ser un orden distinto y separado del Derecho positivo, sino mantener con éste la misma relación que la raíz en el árbol. Cita la opinión de Dworkin, en cuanto a que un sistema jurídico comprende no sólo las fuentes formales sino también los principios implícitos y presupuestos, los cuales son la materia de una teoría general. No hay, entonces, dos órdenes, sino uno solo. En los defensores del Derecho natural pasa a ser dominante la llamada "concepción no normativista" (por ejemplo, Gómez, Arboleya, Villey). La vida humana tiene primacía ontológica, por lo cual desde ésta se sigue la elección del principio aplicable. Incluso en Coing, sostenedor de los Principios de Derecho como estructuras constantes de la experiencia jurídica, el Derecho natural no puede ser más que un repertorio de ciertos principios generales y no un sistema jurídico cerrado y acabado aplicable sin mediación a cada situación concreta. (*El Sentido del Derecho*, op. cit., págs. 102-110).

3. *El Tema de los Derechos Humanos*. En el tema de los Derechos humanos importa, aparte de su contenido, que ha variado a lo largo de la historia, su universalidad necesaria. Por eso, al autor interesa destacar una línea que él divisa desde Panecio de Rodas, pasa por Séneca, Agustín, Tomás, y llega a Vitoria, Vico e incluso Kant, y que de una u otra forma afirma el carácter irreduc-

tible del hombre al ciudadano. Es decir, para hablar de derechos humanos es necesario afirmar la consistencia de la dignidad humana, no cualquiera dignidad, sino la dignidad radical u originaria, como algo previo a su pertenencia a cualquier grupo social o histórico. El ciudadano es el hombre ya convertido en miembro de un grupo en el Estado. De lo que se trata es que los derechos humanos no sean en su origen concesión del Estado, como reconocimiento o atribución de éste. Y fue Panecio quien planteó de modo más claro la conciencia de la dignidad humana en términos de *igualdad* de todos los hombres, de modo de constituir una *humanitas*. Esta noción del estoico Panecio se conecta luego con la otra noción esencial en la teoría de los derechos humanos, la de *respeto*, que va a ser retomada después por Kant como uno de los conceptos centrales de su ética. Este respeto es más que la *pietas* o piedad. Para Séneca, por ejemplo, señala Ballesteros, lo decisivo no es tanto el cumplimiento de los deberes del ciudadano, es decir, ser buen ciudadano, sino el cumplimiento de los *deberes de conciencia*, que son propios del hombre en cuanto hombre y no en cuanto ciudadano. Es lo que van a señalar después Agustín y Tomás de Aquino al defender que la vida espiritual se margina del Estado, bien que en el orden político (del Estado) el bien común prima sobre el bien particular. Esta separación del hombre y del ciudadano es la que tiende a romper la época moderna, al centrarlo todo en el ciudadano, e influye en la doctrina social y política contemporánea. (Incluso en Marx, por ejemplo, en *La Cuestión Judía* y *La Sagrada Familia*, sostiene que el hombre tiene que convertirse en ser genérico y social y sólo así se emancipa, y que el reconocimiento de los Derechos humanos por el Estado moderno tiene el mismo sentido que el reconocimiento de la esclavitud por parte del Estado antiguo). (*El Sentido del Derecho*, op. cit., págs. 111-118).

4. *La Antropología Jurídica*. Un paso importante es el paso de la ciencia moderna a la ciencia contemporánea, y paralelamente de la Filosofía moderna (en cuanto origen del positivismo) a la Filosofía contemporánea, es lo que el autor ha destacado varias veces y es "la recuperación del sujeto", lo cual facilita el desarrollo de la antropología, en todas sus vertientes. La antropología del siglo XIX se constituyó conforme el modelo de las ciencias naturales, que

sacrificaba el sujeto, pero con la fenomenología, la filosofía analítica y el neor aristotelismo el hombre y su existencia adquiere relevancia, estudiados según la nueva metodología. Nace así la antropología filosófica, y con ello la posibilidad de conectar el Derecho y la Realidad de manera novedosa.

Fuertemente influido por la analítica existencial heideggeriana, el autor busca en esta nueva antropología, no antropologista, bases para proseguir indagando relaciones importantes, como la *alteridad* y la *temporalidad*, en conexión con el Derecho.

La alteridad surge en la relación con el otro. El autor asume la distinción heideggeriana de los planos ontológico y óntico. En el primero la estructura esencial del ser humano muestra la exigencia del otro (el *Mitsein*), y en el plano óntico se muestra el modo efectivo de realizarse aquella exigencia (el *Fürsorge*, esto es el cuidado debido a los otros). Ambas dimensiones entretienen toda la trama de la vida humana, que tiene que servir de base para la comprensión del Derecho. Escribe, resumiendo su pensamiento:

“El contraste entre la realidad ontológica del *Mitsein*, la necesidad que el hombre siente del hombre, y la ausencia de la auténtica *Fürsorge*, en el trato concreto que le ofrece justifican colmadamente la presencia del Derecho en la vida de los hombres. Su fórmula... viene a ser la del respeto universal al otro...”. (*El Sentido del Derecho*, op. cit., pág. 128).

Este principio de respeto en el Derecho no puede alcanzar el nivel de la caridad, de la donación de sí mismo y el perdón, pero impone al menos estas dos exigencias: a) la exclusión de toda discriminación, en lo relativo a la extensión del vínculo con los otros; y b) la exclusión de la violencia en sus diversas formas, en lo que se refiere a la intensidad del mismo. Por eso,

“Esta universalidad del respeto incondicionado al otro, como fundamento del Derecho, ha estado presente con todo vigor allí donde el *Urphänomen* de lo jurídico no ha quedado disuelto en otro tipo de realidades, especialmente la realidad del poder”. (*El Sentido del Derecho*, op. cit., pág. 128).

El Derecho viene a impedir todo intento de marginar o excluir a ningún otro o grupo atribuyéndole todos los males, al establecer como principio la presunción de inocencia, mientras no se

pruebe la culpabilidad en juicio dotado de las condiciones mínimas de objetividad procesal.

La temporalidad, a su vez, es importante, porque la valoración del Derecho en relación con la vida depende de ella. El Derecho comparte con la Ética la idea de perseverancia de la voluntad como fenómeno fundamental de la vida práctica. El Derecho, como lo vieron los romanos y repite la tradición posterior está al servicio de la seriedad y estabilidad de la voluntad. Esto se manifiesta en la totalidad de la experiencia jurídica, desde la exigencia de requisitos formales al establecimiento de plazos. No sólo en el ámbito de la vida institucional, como el matrimonio, la adopción, el testamento, que expresan la dimensión de lo permanente, más allá del paso del tiempo, y aún más allá de la muerte, sino también en la vida contractual, en la que el principio de la autonomía de la voluntad debe aceptar como criterio regulador del comportamiento la fidelidad, la veracidad y la lealtad. Pero no sólo en el ámbito del Derecho Privado, sino también en el Derecho Público, pues la fundamentación última del Estado de Derecho radica en la sustracción de la voluntad cambiante de los gobernantes un conjunto de principios e instituciones, que están en la base del sistema legal y político y que giran en torno a la idea de dignidad de la persona humana.

El Estado de Derecho, en opinión del autor, es la superación del Estado en sentido moderno, que se inspira en la “razón de Estado”, es decir, en las razones que se tienen en un momento dado en atención a la situación peculiar del Estado en ese momento histórico. La “Razón de Estado” corresponde, en realidad, a una razón de situación. En su raíz el Derecho es *duración*, diacronía, ajeno a lo momentáneo, que se preocupa de dar estabilidad a las creaciones humanas.

Mientras Nietzsche defiende el instanteísmo, la ética del olvido y del juego, encarnado en “el niño”, Ballesteros, con el apoyo de Bergson, Kierkegaard, Husserl y Heidegger, insiste en la idea de permanencia, duración, como lo que se mantiene en el tiempo y ofrece fijación. Escribe a este respecto:

“El carácter liberante y personalizante del Derecho queda por tanto plenamente establecido a partir de la existencia entendida

“ precisamente como Ex-sistenz, como memoria y proyecto, ya que
 “ el Derecho en cuanto fundado en la *fides*, es la constancia de que
 “ la voluntad ayuda a la realización de la libertad propia. Pero es
 “ que además sólo desde tal apertura a los tres momentos del tiempo
 “ se logra comprender otra nota esencial del orden jurídico: la
 “ reciprocidad, la paridad ontológica entre el yo y el otro, ya que
 “ en la reducción instantánea del tiempo, el otro se evapora como
 “ tal, “*Penfer c'est les autres*”. Por ello tenía razón Spranger al
 “ afirmar en *Formas de Vida*, que la fidelidad es la ley de la comu-
 “ nidad”. (*El Sentido del Derecho*, op. cit., pág. 136).)

5. *Derecho y Sociedad*. Como lo señalara ya Hegel, el estudio antropológico requiere de otro complementario, el de la sociedad, pero sin absolutizar ninguno en desmedro del otro.

El estudio de la Sociedad da lugar a una diferenciación de tres aspectos o dimensiones: 1) el plano de las fuerzas productivas o dimensión económica; 2) plano del autogobierno o dimensión política; y 3) plano de las estructuras normativas, tradiciones e instituciones o dimensión cultural. En la época moderna, según Habermas y Bell, que cita Ballesteros, hay un predominio de lo cultural, por lo que las dimensiones políticas y económicas se le subordinan; en cambio, en la sociedad post-moderna, lo político y económico adquieren plenitud y autonomía, al punto de poner en tela de juicio el esquema de creencias, lo que refuerza el surgimiento del estatalismo y el economicismo. El asunto hoy día es cómo superar el economicismo y el estatalismo, sobre todo si se enfrenta una cierta ambigüedad del lenguaje cultural (Habermas). Apartándose de la posición de Habermas, por considerar que la sociedad de la comunicación libre que propugna, puede conducir a negar toda autoridad a la institución, es decir, lo que significa duración y estabilidad, Ballesteros cree que el debate de nuestro tiempo sobre el sentido de la cultura le asegura una primacía.

Concluye la obra de Ballesteros con un planteamiento sobre las relaciones de la Filosofía del Derecho y la Ciencia del Derecho.

La Filosofía del Derecho tiene carácter filosófico, ontológico, necesitada de la antropología filosófica, por oposición al positivismo, que precisamente excluye toda consideración ontológica o metafísica. Pero esta Filosofía del Derecho no es filosofía aplicada de una

filosofía general. Le basta a Ballesteros considerar que el principio de la pluralidad metodológica que impone el reinado “de las cosas mismas”, permite reconocer a la Filosofía del Derecho autonomía sobre su propia materia de estudio, a lo cual agrega el principio del *continuum* filosofía-ciencia, a diferencia del positivismo que las opone.

La Ciencia del Derecho no se entiende con el concepto de la *Wertfreiheit* de Weber. La Ciencia jurídica contribuye precisamente a alumbrar la existencia de esos principios de validez permanente que subyacen en los conceptos técnicos que utiliza el jurista práctico. Hay un iusnaturalismo implícito (Capograssi), que ya fue señalado por Savigny, y que recoge la noción de *Natur der Sache*, en el cual aparece el destino del hombre unido a la libertad y dignidad. Pero este iusnaturalismo no es el Derecho natural de la época racionalista, sino el Derecho Natural entendido como raíz y fundamento del orden jurídico positivo. Escribe:

“Como ha indicado Capograssi, “la filosofía que la ciencia
 “ implica es ‘inexpresa, tácita’”, se trata de algo análogo a las
 “ creencias en sentido orteguiano, algo implícito y, sobre lo que
 “ no se reflexiona, aunque tenga una influencia decisiva en su ac-
 “ tividad. Por ello, labor de la filosofía del Derecho será, precisa-
 “ mente, tomar conciencia de tales verdades implícitas en la cien-
 “ cia, así como ayudar a los juristas a tomar plena y exacta con-
 “ ciencia de su intuitiva fe en el significado ontológico de las
 “ relaciones y de las instituciones que estudian”. (*El Sentido del
 Derecho*, op. cit., pág. 151).

La tarea básica de la Filosofía del Derecho es, entonces, plantearse el tema del *sentido* del Derecho en general para la vida del hombre. Ciencia y Filosofía se complementan, son dos formas de conocimiento que se ayudan mutuamente.

II

Quisiera comenzar los comentarios de esta interesante obra, que he resumido *in extenso*, con una breve observación sobre la expresión *sentido*. Hay un *sentido semántico* y un *sentido ontológico*. El primero concierne a los significados en general, y por eso puede

sustituirse sentido por significado y viceversa. En cambio el sentido ontológico abre a cuestiones de complejidad creciente que conectan con los núcleos centrales de la metafísica contemporánea. En el alemán se distingue entre *Sinn* (sentido) y *Bedeutung* (significado) y sobre ello construye su teoría sobre referencia y significado Frege; en el inglés se distingue entre *sense* (sentido) y *meaning* (significado), como lo hemos aprendido de Odgen y Richards en su célebre obra sobre el particular; y en el francés como en nuestro idioma distinguimos también entre sentido y significado. Las razones son difíciles de rastrear. Por eso llegamos a una convención cómoda de emplear como equivalentes, al menos en un ámbito de significaciones, sentido y significación. Pero hay que dejar aparte el tema del *sentido* cuando éste apunta a cuestiones relativas al ser y la realidad.

Cuando nos paseamos por el parque y divisamos un viejo y enorme árbol, bajo el cual hay asientos para el transeúnte, ese árbol es árbol en su ser propio. La palabra árbol puede llevarnos a explicaciones en otras palabras de que árbol significa como vegetal y su inserción en el extenso mundo de las especies arbóreas, todavía más, en este nivel de palabras, el origen de su denominación. Otra cosa es preguntarse acerca de qué es árbol como ente en el mundo, como un trozo de la realidad. Aquí dirigimos la interrogación que busca hacer explícita la clase de ser que es el árbol, la cual admite diferentes respuestas. El científico podrá responder, también en la perspectiva ontológica podrá explicarse la clase de ser que es. Pero todavía es posible pensar que para el acalorado o cansado transeúnte, el poeta que busca ritmos y melodías, el pintor que adivina en sus sombras contrastes y colores jamás vistos, en suma, que para un espectador ese árbol puede mostrarse diferente. Los enamorados que inscriben en su rugoso tronco sus nombres para dejarlos en recuerdo de ese sentimiento que les invadía entonces, ven el árbol como diferente que una simple especie vegetal. Por aquí comienza la cuestión del sentido. Ser y sentido son dos dimensiones, por llamarlo así, de la realidad, que van juntas, que no se sustituyen la una a la otra, pero que de algún modo se copertenece. Son distintas pero están íntimamente unidas.

José Ferrater Mora, en su *El Ser y el Sentido* (Rev. Occidente, Madrid, 1967), ha tratado de abordar el difícil tema del ser y

el sentido, y tomando por base la noción de realidad, como lo que hay, señala que ser y sentido son dos *disposiciones* de la realidad (págs. 270 y ss.), es decir, no se trata de dos tipos de realidades. Toda realidad es a la vez ser y sentido. Ser y sentido son dos nociones límites, que indican que la realidad tiende al ser y tiende al sentido, sin que se agote exclusivamente en uno de ellos. Disposición significa aquí una tendencia de la realidad, que sin dejar de ser tiende en un caso a ser y en otro a ser sentido.

Sin dejar a un lado totalmente esta observación de Ferrater, es preciso considerar, bien que de modo breve, la reflexión con que inicia Husserl sus *Investigaciones Lógicas*, cuya Primera Investigación la dedica precisamente a la *Expresión y Significación*. Pocas obras merecen en verdad un estudio acabado como ésta. En estas páginas puede leerse por anticipado largos desarrollos que han seguido en este siglo doctrinas filosóficas y científicas y especialmente puede adivinarse la evolución de la situación del lenguaje en el conocimiento y la realidad. Husserl se manifiesta receloso en cuanto a mantener la distinción entre sentido y significación, no sólo por razones históricas, sino porque en el uso ambos aparecen mezclados al punto de hacer imposible toda separación estable. Una de las ideas notables que podemos tomar de esta importante meditación sobre el sentido es la de que la significación es sobre todo un proceso, en el cual es posible distinguir partes separables para el efecto de efectuar análisis. Lo que es preciso tener en cuenta que la *expresión* —término que emplea Husserl para toda forma significativa y en cuanto significativa— abre un haz de relaciones significantes. Quien se vale de una expresión da cuenta del hecho de querer significar algo, y lo que dice significa lo que aquél quiso significar, a su vez, quien le oye o lee entiende lo que significa, pero otra cosa es entender *a qué se refiere*. En suma, la significación cubre desde la intención significativa, hasta la adecuación de lo que se significa con lo que efectivamente hay o existe (*sentido impletivo* o cumplimiento significativo).

Esta meditación husserliana muestra que los deslindes entre ser y sentido son en verdad difíciles y tan tenues que ojos avezados suelen divisar borrosas separaciones. Pues, en efecto, la función cognoscitiva del lenguaje, tema de arduos debates actuales,

nos vuelve a la cuestión central planteada ya por la filosofía griega: qué valor tiene el nombrar algo para el ser constitutivo de lo nombrado (véase por ejemplo la discusión notable de las paradojas en el *Cratilo*, y en otro sentido, en el *Filebo*, ambos de Platón, posición que prosigue con fuerza sistemática Aristóteles en su *Perí Hermeneías*). El asunto merece un desarrollo arduo y largo, que no es posible ahora. Para el tema que me mueve, baste recordar que mantengo la distinción entre un sentido semántico o meramente lingüístico y un sentido ontológico de modo correspondiente a la distinción entre lenguaje y ser. De esta forma, cuando Ballesteros plantea una discusión filosófica sobre el *sentido* del Derecho entiendo que él quiere significar el sentido ontológico en mi distinción, aun cuando por la influencia que confiesa de Heidegger y otros fenomenólogos el paso del lenguaje al ser a veces no es posible discernir. Mantengo esa distinción entre lenguaje y ser en un sentido clásico de una "cierta distancia" del lenguaje respecto del ser, por lo cual el "sentido del Derecho" exige una dilucidación relativa al ser propio del Derecho. En buenas cuentas, qué es el Derecho, cuáles son sus características y estructura ontológica. A eso remite la indagación.

El positivismo, especialmente el positivismo forjado en el primer tercio de este siglo, hizo uso de un argumento que a muchos ha parecido convincente, cual es el de declarar inútil toda indagación acerca de un objeto sobre el cual reina incertidumbre derivada del carácter inestable de los significados de lo que se dice acerca de ese objeto. Pero ya el famoso argumento de San Anselmo sirvió para mostrar al menos en esta parte que dos personas pueden disputar agriamente sobre la existencia de Dios, entendiendo el uno y otro perfectamente lo que se dicen recíprocamente, sólo que el uno negando la realidad y objetividad de lo que el otro afirma, y viceversa. Con ese positivismo sucede lo mismo. Aunque Carnap y quienes le siguen extiendan una mirada escéptica sobre la realidad y objetividad de las proposiciones sobre objetos morales cuya significación es disputable, habría que señalarles que una cosa es discutir los significados y otra muy distinta es la afirmación o negación de realidad, es decir, la cuestión del ser o valor objetivos de aquello que se discute. Hay, en verdad, una enorme confusión,

pues una proposición sobre el ser o la justicia puede dar lugar a largas disquisiciones de significaciones y también a su objetividad o realidad objetiva. El propio Kant se planteó en su *Crítica de la Razón Práctica* el problema de la *realidad objetiva* de la idea de libertad, pues, en sentido inverso al que discute el positivismo del primer tercio de este siglo, el género humano, la humanidad tiene un anhelo, una idea perfilada y clara de la libertad, pero ve su realidad como posible, como un ideal por alcanzar, no como una experiencia histórica de la cual esa idea derive inductivamente. El argumento del maniqueo que pedía le mostraran un santo para creer en la santidad no cabe en esta parte. Estas y parecidas razones me mueven a mantener separados o distanciados los ámbitos del lenguaje y sus significaciones propiamente lingüísticas, hasta donde sea posible mantenerlas, y las cuestiones relativas a la realidad, el ser, la justicia, por tanto, el Derecho. La palabra Derecho es algo que puede examinarse como tal y desplegar su rico significado, pero la cuestión de su sentido ontológico, su clase de realidad objetiva, da origen a un estudio distinto, que conviene y aun es necesario mantener aparte del otro.

Aclarado lo anterior, puede entenderse mejor la pretensión y magnitud de la obra de Ballesteros. Es una obra de filosofía en el sentido pleno del término filosofía. Es un discurso filosófico que surge de una necesidad metódica de la filosofía de nuestro tiempo. No sólo una autognosis, sino sobre todo proyecto y camino a seguir. Se trata de rastrear hasta llegar al punto donde se produjo el abandono de un modo de pensar, el ontológico, para rescatar de esos restos un renovado interés por ese modo de pensar. De ahí el sentido o rol de la Ciencia moderna, que ya presupone un cambio en el modo de pensar, y que lo potencia aún más por el desarrollo espectacular de sus consecuencias. Una de esas consecuencias es la Razón instrumental, tantas veces alabada, que se une a una expansión sin igual de la técnica, inundando el mundo actual con su organización, con su capacidad de distribución y producción, y haciendo crítico el tema energético.

La obra de Ballesteros pone en movimiento una gran cantidad de temas, cuyo comentario detallado exigiría un libro de no menos extensión del que ha escrito. Por eso, como no es posible

tal cosa, me inclino a formular en sus líneas generales ciertas pautas para compararlas con ese trabajo.

a) *Derecho, Ciencia y Filosofía.*

Tiene razón Ballesteros cuando ve en la concepción de la Ciencia moderna un cambio de actitud que contribuye a la formación del positivismo dominante en la teoría del Derecho de nuestro tiempo.

El positivismo se nos aparece como una doctrina que ha alcanzado gran desarrollo y dotada de coherencia, por lo que su impugnación no es tarea fácil. Son muchos los temas y conceptos enlazados. Quisiera profundizar algunos aspectos. Uno de ellos es el relativo al *saber*. El positivismo envuelve una concepción del saber acerca del mundo, de la realidad, de los asuntos humanos, distinta de la concepción del saber en sentido clásico. Si se recuerda, por ejemplo, ese notable esfuerzo por estructurar y fundar el saber que encontramos en *República*, Libros VI y VII, y *Teetetos*, de Platón, así como el despliegue de la doctrina de la *sofía* en la *Metafísica*, Libros A y Gamma, de Aristóteles, se advierte que la concepción de saber se inserta en una metafísica. Hay principios desde los cuales se conoce lo que se conoce, hay principios desde los cuales las cosas que se conocen se conocen en la forma en que se conocen y tal como se conocen, hay principios, en suma, conforme a los cuales las cosas del mundo se estructuran y jerarquizan, sufren modificaciones y alteraciones de distinta manera, y constituyen un todo armónico en que consiste el mundo que nos rodea. Todo en él es orden y armonía, conceptos éstos que resumen la cosmología clásica. Si se habla de causalidad, no debe olvidarse que ella es la manifestación de los cambios en el modo ordenado que la constitución del mundo exige y hace posible. La causalidad es un principio inherente de la naturaleza. Este último es otro concepto cardinal del pensamiento antiguo. Naturaleza, *physis*, no sólo es estructura material, es principio genético. Me interesa anotar un aspecto relativo al cambio profundo que introduce la filosofía moderna en la concepción de la naturaleza y el mundo.

Mientras para el mundo clásico conocer el mundo era estar

en posesión de un saber de principios, en el mundo moderno saber es tener un conocimiento de conceptos y principios, pero que en cierto modo son contruidos por quien los conoce. Mucho se ha hablado del "realismo ingenuo" de la antigüedad, por presuponer principios anteriores a su percepción e independientes de ésta, en suma *a priori* e incondicionados frente a toda forma de percepción e intuición. El mundo moderno cambia esto de modo fundamental. Lo que se conoce es lo posible de conocer para la estructura cognoscitiva humana, ya en el ámbito de la percepción sensorial, ya en el nivel de la percepción intelectual sin nada empírico. Es la estructura cognoscitiva humana la que determina no sólo el rango y campo de lo cognoscible sino también la calidad de lo conocido. Mientras en la metafísica de Aristóteles, por ejemplo, las categorías son propiamente modos de decir y pensar el ser por razones inherentes a éste, en el mundo moderno las categorías son modos de pensar inherentes al sujeto que piensa. El *Je suis une chose que pense* adquiere el valor de principio fundamental. El sujeto que piensa y en cuanto piensa ve aparecer frente a él un mundo cuyos límites y caracteres él mismo contribuye a perfilar. Este giro copernicano, como suele llamársele, determina una diferente estructura del saber humano, la índole de sus principios, su validez y verdad, en suma, se trata de otro saber.

El positivismo se alimenta de esta nueva forma de saber, vive de él y lo empuja al límite de algunas de sus posibilidades, como ocurre con el llamado neo-positivismo lógico de algunos miembros del Círculo de Viena. Pues, el positivismo, como tal, más que un cuerpo doctrinario organizado, marca una tendencia cuyo origen es claro: el idealismo moderno y su forma popular racionalista. El mundo antiguo vio la armonía del mundo consonante con una armonía interior del ser humano. Hay un lugar para la razón, y hay también lugar para el sentimiento y la pasión. El problema del filósofo es encontrar un escenario equilibrado en donde razón, pasión y acción se conjuguen para entretejer la vida. Una vida plena de ideales por cumplir, no exenta de amarguras y alegrías pasajeras, rencores y amores, impulsos creadores, pero todo dentro de los límites que impone el todo armónico dentro del cual surgen y al que deben atenerse. El mundo moderno reflexionó intensamente sobre

el tema, y de hecho lo abordó de tantos lados como le fue posible. Por eso tenemos el empirismo de Hume y el criticismo de Kant, irreconciliables en su raíz, pero ambos ocupados de situar el juego de las facultades del alma, de la razón, el sentimiento y la pasión en un escenario justificable filosóficamente. Compárese la gran tragedia griega con el drama shakesperiano. El sentido de lo trágico en uno y otro son diferentes, porque hay un *ethos* sentido distintamente. La tragedia griega anticipa la idea cristiana del sufrimiento como reconciliación del alma consigo misma y apertura al bien. La ética de la felicidad (*eudaimonia*) y de los fines es por completo diferente de la ética de las ideas de la razón planificadora del hombre moderno.

El saber que puede constituirse en el mundo clásico es uno que tiene que adecuarse a la naturaleza del objeto sobre el que recae. En la modernidad el saber que se constituye se ajusta ciertamente al objeto sobre que recae, pero sobre todo se condiciona a la estructura del sujeto cognoscente, la cual se refleja en los diferentes tipos de saberes que el sujeto posee. Por esta vía se debilita y aun desaparece la relación del objeto de conocimiento con el ser de la cosa. Es decir, en el mundo antiguo el ser de la cosa es el objeto de conocimiento; en el mundo moderno basta con la manifestación o apariencia de ser para constituir el saber. La ciencia se satisface con medir el fenómeno. Como lo resumirá Kant en su conocida distinción entre *nóumeno* y *fenómeno*.

En la concepción clásica el saber reconoce una estructura gradual, el tramo inferior representado por la *empeiria* o saber empírico que no es suficiente, aunque necesario, antesala de la ciencia como lo buscará Aristóteles; a ese saber le sigue el saber epistémico que es un saber de principios y causas, un saber pleno, que ofrece el porqué ocurren las cosas como ocurren, y por sobre este saber el saber filosófico que recae sobre primeros principios y causas, en general, sobre el ser en general, base de todo conocimiento posible. La modernidad mantiene esta estructura gradual de saberes, pero sienta condiciones que hacen problemático el último tipo de saber. Pues, como se lo preguntará Kant, ¿qué conoce propiamente la metafísica?, ¿qué clase de conocimiento es ese?, ¿cuál es su condición de posibilidad?

El positivismo tomó esta débil conexión del saber científico con la ontología o saber acerca del ser en general y la problematizó al máximo al punto de mostrarla como imposible desde una perspectiva acotada. Al imponer condiciones formales para la verificación, validez o demostración de las proposiciones científicas, redujo el campo del saber expresable en proposiciones al ámbito empírico o racional, dejando precisamente como un problema el saber filosófico o metafísico, cuando no como un saber imposible.

El mundo que empieza a mostrarse en el teorizar moderno es uno en que el fenómeno, lo único máximamente mensurable, se expresa en leyes de comportamiento en la forma de fórmulas matemáticas, como en la mecánica de Newton. Estas leyes son, entonces, los principios de la naturaleza, que expresan la constancia y regularidad de los fenómenos. El mundo del hombre está también sujeto a leyes o principios, cuya formulación es enteramente inteligible, no en fórmulas matemáticas, pero sí en proposiciones que la razón humana considera aceptables. Sobre estos principios hay también un saber, sólo que un saber hacer. Si la modificación del saber teórico que introdujo la modernidad fue grande, no lo fue menos en el saber práctico. En este último, la preocupación predominante por constituir un saber cierto, lleva la ética por los únicos dos tipos de saber que en el mundo moderno eran posibles, el empírico y el racional. O bien una ética fundada en datos de experiencia (*matters of facts*, como dice Hume), o bien una ética basada en principios *a priori*, intelegidos por actos puramente racionales, como la ética del *deber* de Kant (el imperativo categórico). La ética de los fines del mundo antiguo queda atrás, no sólo porque el *telos* pierde trascendencia, sino porque deja de gravitar en la vida práctica.

En una obra esquemática, bajo el título *La Ciencia del Derecho*, con subtítulo *De la Modernidad a nuestros días* (2), presenté el siguiente esbozo de desarrollo de las cuestiones que suscita la obra de Ballesteros: el período de los iniciadores de la Ciencia del

2. *La Ciencia del Derecho*, de que soy autor, Edit. Univ., Santiago, 1979, es una obra muy esquemática, pero que presenta, creo, válidamente las complejas relaciones entre Derecho, Ciencia y Filosofía, que comienzan un curso de evolución en los tiempos modernos y se prolongan en nuestro tiempo.

Derecho, básicamente Grotius, Pufendorf, Hobbes, el período de los filósofos del Derecho, Leibniz, Kant, Austin, y el período contemporáneo, de discusión y debate sobre el ideal de Ciencia del Derecho. Conviene repetir aquí algunas ideas generales. En el período de los iniciadores, la empresa de los juristas modernos es gigantesca, se extiende casi por dos siglos, por irradiación, en muchos casos, del desarrollo paralelo de la moderna ciencia de la naturaleza. El jurista holandés Grotius, en el primer tercio del siglo XVII ofrece una orientación general de los dos temas que van a ocupar la atención de los juristas posteriores: la necesidad de *constituir* una nueva Ciencia del Derecho y la separación, distinción, e incluso oposición entre el Derecho positivo y el Derecho natural. La constitución de una nueva ciencia se aborda desde la concepción del saber, pero con el instrumental de la ciencia demostrativa, a su vez, una prolongación del sistema deductivo que tan bien expuso Aristóteles en sus *Analíticos* y cuya obra cumbre son los *Elementa* de Euclides. El tema del Derecho natural ha venido ocupando desde siempre la atención de juristas y filósofos, por lo que no es una novedad el interés de los modernos, sino más bien el énfasis particular en una nueva forma de entender el saber humano, que cubre desde el mundo físico hasta el mundo humano y sus producciones culturales, artísticas, religiosas, etc. Esta nueva manera de entender el saber hace del conocimiento de los preceptos de Derecho natural el *quid* de su existencia. La distinción entre un Derecho natural y uno positivo aparece ya con toda claridad en los sofistas griegos. Fueron ellos quienes pusieron en tela de juicio toda justificación moral de la organización social histórica, y pusieron de manifiesto como motivos de la actividad humana el egoísmo y el temor, en una sociedad hostil y desigual. Por eso, a la postre, Derecho, poder o fuerza y justicia terminan confundándose en los proyectos históricos de organización social que conocemos. Fue la gran tarea de la filosofía de Platón y Aristóteles enfrentar ese curso escéptico de reflexiones, pero para quebrar la dirección negativa, tuvo que elaborar una ontología de la acción humana, una metafísica del hombre, la cual estuvo encargada de mostrar esos principios de carácter superior de la bondad humana, que deben primar sobre toda acción individual o social. Las sociedades históricas y sus legislaciones son obra hu-

mana que encuentran su raíz y fundamento en esos principios superiores. Aquí surge la idea de un Derecho *natural*, concerniente a la naturaleza del hombre, inherente a éste, y es la reflexión filosófica la que pone a la vista esas nociones capitales que están a la base de toda sociedad histórica: la igualdad, el bien como valor supremo de la vida moral, la sociabilidad natural, la sociedad como proyecto de realización humana, carácter objetivo y necesario de los principios de Derecho natural y racionalidad de todo comportamiento humano.

Al mantener esta dualidad de Derechos, dos fueron los problemas que tuvieron que enfrentar los modernos: qué relación precisa guarda el Derecho natural con el positivo, es decir, cómo lo funda y genera, y en seguida, qué clase de conocimiento puede obtenerse de ese Derecho natural. Así se entiende el tratamiento inicial de Grotius, que en su conocida *De Jure Belli ac Pacis, Prolegomena* precisamente se pregunta sobre la *certidumbre* del conocimiento moral y del Derecho natural y a continuación el grado de separación de uno y otro Derecho. Los estudios posteriores de Pufendorf y Hobbes sólo continuaron en esa dirección, pues no lograron disipar la duda sobre el carácter incierto de mucho conocimiento moral, dentro del cual veían inserto el Derecho natural. Queda planteado, a mi parecer, el doble polo sobre el que gira toda la doctrina del saber moderno. De un lado, la tendencia egocéntrica, exalta la razón y los mecanismos racionales para la adquisición de conocimiento y formación de convicciones, de otra, la búsqueda de objetividad. De ahí que el tema de la certidumbre alcance al conocimiento moral y esto explica que algunos autores opten por la confianza en los mecanismos racionales, el intuicionismo y evidencia, por ejemplo, otros en cambio recurran a criterios de validación objetiva como demostraciones o derivaciones deductivas, etc. De todo esto se nutrió en definitiva el positivismo posterior, ya tomando la línea egocéntrica, ya entrando en la cuestión de la objetividad.

En el período inmediatamente siguiente a estos iniciadores de la Ciencia del Derecho, aparecen las figuras de los grandes pensadores del Derecho, como Leibniz, Kant, Hegel, Locke, etc. En ellos hay una reflexión penetrante sobre el rol de la filosofía y la ciencia del Derecho. El llamado "iusnaturalismo racionalista" proviene de

esta época, mejor, de la fijación del rol de la filosofía frente a la fundamentación de la Ciencia del Derecho, la cual debe asumir como supuesto de ella la distinción entre un Derecho natural, previamente convertido en proposiciones y conceptos funcionales, y un Derecho positivo generado por el acto humano, *positum*, establecido por el hombre.

La discusión contemporánea, como lo indica Ballesteros, está ciertamente muy influida por el auge del positivismo. Al desaparecer el interés por la fundamentación ontológica del Derecho, los caminos que ha podido transitar el positivismo, y que puede transitar —aunque a mi parecer están agotados—, son los relativos al Derecho positivo y los elementos conceptuales y estructurales que le acompañan, sin ulterior referencia a otros ámbitos o esferas del saber humano. Por eso, una recuperación del interés por el saber en general, por la fundación de *todo* el saber, tiene que volvernos hacia los modelos de saber que transitó la filosofía anterior. El interés de la obra de Ballesteros radica, en último término, en esto: que frente a un positivismo que ha alcanzado el límite de las posibilidades de su desarrollo, hay que volver la mirada hacia la filosofía, tomada ésta en su genuino sentido, como el saber de lo general y fundante de todo lo que hay.

b) *Los temas de la Filosofía del Derecho.*

La pregunta por el *sentido* del Derecho, conforme se ha indicado antes, es la pregunta por el ser del Derecho, pero ésta a su vez no apunta en esa dirección que señaló, por ejemplo Kant, en el *quid sit iuris*, que cae bajo un orden jurídico particular, que eso compete al jurista práctico en un lugar y época determinados, sino cuál es el ser del Derecho en general. El Derecho pertenece al género de los ordenamientos, y es un orden de convivencia posible, que regula externamente las conductas humanas. Todos esos caracteres que ha señalado el positivismo en relación con la eficacia y la coacción son en gran medida ciertos, pero no agotan ni cubren la totalidad del ser del Derecho. El Derecho se inserta en la vida humana como un orden revestido de necesidad. Los seres humanos regulan su convivencia para cumplir mejor su propio quehacer. Hay,

entonces, una raíz ética en el origen del Derecho. Por eso, la primera tarea de la Filosofía del Derecho es examinar esta raíz ética de toda forma de regulación jurídica, y como en la historia de la cultura hemos asistido a una distinción entre un Derecho positivo y un Derecho natural, la búsqueda de eticidad se convierte en la tarea de explicar y justificar esa distinción, su extensión y ámbitos que cubre cada forma de Derecho. En suma, el Derecho natural es un problema filosófico. No es posible asumir la distinción, sin justificarla, para excluir uno de sus términos, procedimiento extraño que emplean algunos defensores del Derecho positivo.

Comprende el Derecho no sólo el Derecho positivo sino también el Derecho natural. En este punto es preciso una breve reflexión. Al insertarse el Derecho en la vida humana, proyecta en ésta sus prescripciones que exigen acatamiento. La necesidad de este orden de convivencia posible está resuelta, pero no su contenido, lo cual debe ocurrir en el escenario político que los propios hombres se den para el gobierno de sus asuntos públicos. Es un orden de convivencia posible en cuanto conlleva un proyecto de vida, que es el proyecto de vida social, de conjunto, que se considera deseable realizar históricamente. Hay, entonces, en el Derecho, un momento de concreción histórica, que representa el Derecho positivo, y un momento de proyecto que nos retrotrae al momento de las decisiones y elecciones, en el cual cabe el Derecho natural. Cabe estudiar el Derecho con la categoría medio-fin, instrumentalizándolo en gran medida, pero eso no debe oscurecer la cuestión central que hay principios y fines de la regulación. La protección de la vida no es una casualidad histórica del Derecho, sino el resultado de elecciones y decisiones que los propios seres humanos han hecho como auto-respeto, en razón de la dignidad de la vida humana. Hay una dignidad del ser humano, de la cual brota ese valor supremo que se acuerda a la vida humana. Este principio se lleva a un orden jurídico determinado, y este llevar significa apuntar en la dirección de un procedimiento de *aplicación* del principio. En este paso del principio o criterio general a la situación que determina la producción histórica de esta o aquella forma legal, se establece un ajuste muy peculiar, en que el orden abstracto y general de los principios adquiere realidad histórica, ajustándose a la situación en que efecti-

vamente opera. Por eso, la protección de la vida es sentida como necesidad, pero las múltiples formas en que ello va mostrando realidad en las legislaciones históricas depende de las distintas situaciones en que se va operando la concreción. Si se concibe el Derecho positivo como un orden dinámico inserto en un proceso histórico de creación, como la forma de abrir curso a la realidad de los principios generales que contiene el Derecho natural que le sirve de base, puede encontrarse una respuesta al tipo de relaciones que concibo entre uno y otro. Al mismo tiempo, una buena base para abordar la cuestión ontológica del Derecho. Pues, en efecto, el Derecho no sólo es prescripción, es también principio y aplicación de éste. El Derecho cubre desde el principio hasta su aplicación, y esto del modo más general posible, tanto en el curso histórico cuanto en la aplicación que los individuos hacen del Derecho como también los Tribunales. Pues en la esfera práctica el medio por el cual se pone en operación un principio general es el mecanismo que Aristóteles denominó por analogía "silogismo práctico", pero que en realidad es un procedimiento intelectual por cuyo medio es posible el paso de lo general abstracto a lo particular concreto en la esfera práctica. Este mecanismo ofrece una justificación de la forma elegida como la más adecuada en las circunstancias en que operó, y desde este ángulo puede ser enjuiciado y calificado como más o menos adecuada o correcta.

Reunimos así la noción de rectitud, que está ciertamente presente en el Derecho, con la de acierto y realización del bien de modo general. El Derecho positivo pasa a ser la forma práctica de enfrentar la resolución circunstanciada de la elección adecuada del principio. Con ello se acentúa la idea de finalidad. Es decir, el Derecho positivo se pone al servicio de fines, los que se forjan a partir de principios y conceptos fundamentales que le sirven de *ratio*. Con esto se quiere buscar una reinsertión moderada de finalismo, evitando los excesos especulativos que provocaron tanta dificultad teórica a la doctrina de la finalidad o teleologismo, muchas de ellas atendibles.

Una breve reflexión sobre la justicia puede servir para ilustrar el punto que pretendo sustentar. No cabe duda que la justicia es un principio de orden superior que en el orden práctico ha es-

tado siempre presente como aspiración y al mismo tiempo como criterio y pauta de enjuiciamiento de los órdenes legales positivos. Esto es así porque enfrentamos dos ámbitos distintos. El uno, teórico, expone la justicia como concepto y principio y justificación de un orden jurídico; el otro, práctico, exhibe la aplicación de la justicia a situaciones determinadas. Así, en el orden teórico puede pensarse en la justicia en conexión con la noción de igualdad ("a todos por igual", etc.), lo que es perfectamente legítimo, pero cuando llevamos ese principio a su aplicación, podemos advertir la necesidad de tener que adaptarlo, y tal vez ocurra que no siempre a todos por igual, sobre todo si estamos frente a desigualdades, pues tratarlos por igual sería mantener su desigualdad. Los análisis que ha efectuado Perelman sobre el tema de la justicia me han persuadido de la necesidad de mantener diferenciados el orden de la concepción del principio y el orden de la aplicación del mismo, como de naturaleza diferente, y el ejemplo que he ofrecido contribuye a aclarar el punto.

Quisiera referirme muy al paso al tema de la certidumbre cognoscitiva y la certeza jurídica postuladas como uno de los aportes del positivismo. En realidad, se trata de una vieja concepción que se encuentra, por ejemplo, en Cicerón y que cita Grotius a propósito de la interpretación, pues, en efecto, dice, tomando el principio de la *buena fe*, nadie podría obligarse a algo ni nadie podría demandar el cumplimiento si no entendiésemos lo mismo; acreedor y deudor necesitan saber que los contenidos de sus derechos y obligaciones son los mismos, y esta certidumbre funda la necesaria buena fe que inunda el mundo pacífico del Derecho. De no ocurrir así cada cual podría acomodar sus deudas y sus derechos a sus conveniencias, creando rápidamente un caos, del todo opuesto a la anhelada certeza. El propio Ballesteros hace un interesante alcance sobre la ética de la transitoriedad como antesala de la convivencia imposible, viendo el Derecho positivo informado por la categoría de la fijeza, búsqueda de estabilidad. Es cierto todo esto. Sin embargo, hay que admitirlo con la siguiente observación: Todo principio en su formulación general puede ser claro y conocido como tal en su generalidad con certidumbre, pero en la esfera práctica requiere ser *aplicado*, esto es, llevado a las diversas situaciones prácticas en las

que el dicho principio debe operar. Puede ocurrir que distintas situaciones terminen exigiendo diversos modos de adaptación. La necesidad del Tribunal no sólo es por razón de una decisión de poder del Estado sino también porque es el único que ajeno a los intereses en juego puede adaptar el principio, es decir, puede aplicarlo objetivamente. Hay, sostengo, una objetividad en el plano teórico, y una objetividad en el ámbito práctico de la aplicación. En esto, no quiero llegar al terreno del realismo, de hacer depender el concepto de su realidad objetiva, es decir, de su aplicación y decir que el Derecho es el que declaran los Tribunales. No obstante, la aplicación que éstos hacen no debe excluirse como momento o parte integrante del Derecho, como si fuera algo ajeno y extraño a su concepto. Tanto el principio general como su aplicación forman parte esencial del Derecho. Un Derecho que no se aplica o no puede aplicarse es como un concepto vacío.

Con estas breves notas ponemos término a este trabajo, guiados sobre todo por el afán de enriquecer un planteamiento profundo, con el cual guardo ciertas reservas, pero concuerdo en lo esencial del mismo: la necesidad de la filosofía, como único modo de clarificar las difíciles cuestiones que debe enfrentar el estudioso de estos temas.

TEORIA GENERAL DE SISTEMAS Y DERECHO

EDUARDO MUÑOZ R. *

Introducción.

El propósito de este trabajo consiste en dar una información acerca de los lineamientos básicos de la Teoría General de Sistemas que en las últimas décadas ha irrumpido en el campo científico. Ello se hará relacionando esta perspectiva con el campo de fenómenos que nos interesa: el del Derecho, para comprobar, una vez más, la capacidad de aplicación general de dicha perspectiva, que puede contribuir a la mejor descripción y comprensión del ordenamiento jurídico.

La Teoría General de Sistemas constituye una perspectiva científica relativamente nueva. Sus fundamentos descansan en la termodinámica, la electrónica y la cibernética, así como en aportes provenientes de las matemáticas modernas y las teorías de la información y de la decisión. En síntesis, esta perspectiva se expande a partir de la segunda guerra mundial. Al comienzo sus aplicaciones se limitan al ámbito de las ciencias físicas. No obstante, con posterioridad sus conceptos y principios se extienden al resto de las ciencias naturales y luego al campo de las ciencias humanas. Hoy día la perspectiva sistémica es básica para las ciencias de la computación, para el estudio de las organizaciones y para los sistemas de información administrativos. La ecología, nueva ciencia que ha adquirido trascendente importancia en la actualidad, se basa fundamentalmente en un enfoque sistémico: no podemos alterar un elemento (vegetal, mineral o animal) sin modificar el sistema ecológico del cual forma parte.

* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.