

# 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.

P R E S E N T A C I O N

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* Nº 6.

El presente volumen concluye con una parte reservada a *Revisiones*, 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* Nº 9, correspondiente a 1991, está abierta la recepción de estudios y revisiones que deseen publicarse en sus páginas. Las colaboraciones para este Nº 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

16. H. Kelsen, op. cit., p. 20.
17. M. Manson, "Deontic, many-valued and normative logics" (abstract), *The Journal of Symbolic Logic* 46, 1981, p. 186 (Fe de erratas: vol. 47, 1982, p. VI).
18. M. Manson, *Kelsen y la lógica jurídica formal*, Edeval, Valparaíso, 1984, p. 46.
19. H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, cit., p. 121.
20. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (trad. de la edición en francés de 1953), cit., p. 132.
21. H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, cit., p. 237.
22. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (trad. de la 2ª edición en alemán), cit., p. 199.
23. H. Kelsen, op. cit., pp. 198-199 y 199.
24. H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, cit., p. 119.
25. H. Kelsen, op. cit., p. 121.
26. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (trad. de la 2ª edición en alemán), cit., p. 130.
27. M. Manson, *Kelsen y la lógica jurídica formal*, cit., pp. 102-103.
28. H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, cit., p. 115.
29. H. Kelsen, op. cit., p. 115.
30. A. Pedraza, "La teoría general del derecho: un cuadro de discrepancias", *Revista de Ciencias Sociales* 25 (*Alf Ross. Estudios en su homenaje*), 1984, pp. 389-424.

## EL JUS, LA JURISPRUDENCIA, EL JURISTA Y NUESTRA FACULTAD DE DERECHO

JOSE LLOMPART S.J. \*

Para discutir lo que *debiera ser* nuestra Facultad de Derecho, hace falta antes saber lo que *es* el Derecho (jus), la *Jurisprudencia* y ese hombre que teniendo una idiosincrasia especial se cuida de ambas cosas y se llama el *jurista*. Pero antes de pensar en el futuro de nuestra Facultad, también hay que conocer bien lo presente, y el presente no se conoce si ignoramos el pasado, pues al fin y al cabo todo lo que ahora sabemos sobre el derecho, la jurisprudencia, los juristas y las facultades de derecho es cosa que nos lo ha dado el pasado y la historia<sup>(1)</sup>.

No creo que haya ningún superdotado que tenga capacidad suficiente para conocer a fondo la historia de todo lo relacionado con el derecho y que por tanto pueda creerse apto para valorar el *presente*. Si esto es así, dar consejos para el *futuro* de nuestra Facultad de Derecho, no cabe duda que es una pedantería que indica falta de responsabilidad científica e incluso humana. Y, sin embargo, continúa siendo un hecho innegable, el que nosotros nunca estamos satisfechos con lo presente y siempre soñamos en algo mejor. Claro

---

\* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Sophia, Tokyo. Este artículo fue escrito directamente en japonés por el autor y publicado en un volumen conmemorativo de los 75 años de la fundación de dicha Universidad. Luego fue traducido al inglés por el profesor Cyril Veliath S.J. y publicado en "*The Future Image of Sophia University*", edit. by Mutsuo Yanase S.J., Tokyo, 1989. El artículo que hoy presentamos en nuestro *Anuario* es una traducción libre al castellano hecha por el mismo autor conservando las ideas básicas del original japonés.

1. Según el proverbio chino-japonés "*onko-chishin*", que traducido literalmente al castellano significa: "calentando" (*on*) lo antiguo (*ko*) sabrás (*chi*) lo nuevo (*shin*)".

está que generalmente ni siquiera somos capaces de explicar nuestro sueño, pero yo creo que antes de soñar, hay que empezar analizando las causas de nuestro descontento. Este es el primer paso que hay que dar y lo único que intento hacer en este trabajo, sin meterme siquiera a dar recetas para curar los males presentes.

Se dice que el jurista —tanto el teórico como el práctico— es en general una persona muy conservadora en su modo de pensar. Me acuerdo que estando todavía estudiando derecho en Bonn, un compañero mío jesuita que estudiaba sociología en Colonia me repitió muchas veces algo así: “Vosotros los juristas soís tremendamente conservadores. Nosotros somos progresistas y tenemos más libertad, pues no estamos atados por vuestras ‘leyes’. En el seminario nos reímos muchas veces de los juristas que parece que siempre están empeñados en que nada cambie”. O sea, que los juristas tienen que ocuparse *ex officio* con las leyes como son, con la realidad jurídica, y no tienen que ser ni idealistas ni progresistas. Confieso que creo que nosotros los juristas tenemos la culpa de que se piense así. Es más. Admito plenamente que en cierta manera es obligación nuestra *ex officio*, el ser conservadores en el sentido de que no podemos jugar ni hacer experimentos progresistas con las leyes, pues esto podría tener consecuencias fatales. Mucho menos se puede jugar con el “Derecho”, que como tal no es ni “conservador” ni “progresista” sino sencillamente *Derecho*, sin ningún adjetivo (hablar de Derecho “justo” ya es una redundancia).

Sin embargo, yo diría que un jurista que está satisfecho con “sus leyes”, no tiene una visión *realista* del mundo del Derecho como tal. Puede ser que para el no-jurista el mundo del Derecho parezca un mundo muy complicado, pero no hay que olvidar que el mundo como tal es todavía mucho más complicado que el jurídico y esto es una cosa que todo jurista debe ya saberlo. El verdadero jurista sabe muy bien que las leyes existentes no son fórmulas mágicas capaces de solucionar todos los problemas. Es una persona que sabe muy bien que aunque uno se meta de lleno en el mundo del Derecho, nunca puede sentirse satisfecho en él. Siempre busca algo nuevo que no tiene y que está obligado a dar. Las soluciones del jurista no son meras especulaciones sociológicas —que en sí pueden ser muy progresistas y atractivas— sino que deben ser muy

*realistas*, aunque él nunca las encuentre prefabricadas en la realidad. Y si su descontento un día se convierte en pesimismo, podrá seguir viviendo como jurista, pero ya no sirve para nada.

## EL JUS.

Ya desde tiempos antiguos se dijo que donde hay una sociedad de hombres, allí encontramos también el Derecho: *ubi societas, ibi jus*<sup>(2)</sup>. Esto es claro e indiscutible, y, sin embargo, el explicar lo que es el derecho, ya no es tan fácil. De hecho, cuando intentamos explicarlo, ya nos hemos pasado sin darnos cuenta al siguiente tema de este trabajo, o sea, al campo de la *Jurisprudencia* o *Ciencia del Derecho*. Por tanto parece que no podemos decir nada sobre el derecho como tal sin salirnos de tema y sin acudir sobre todo a los libros de Filosofía del Derecho, que suelen tratar ampliamente este tema.

Sin embargo, no voy a meterme aquí a aclarar ese difícil problema de la iusfilosofía ni tampoco callarme y pasar inmediatamente —aunque esto sería lo más lógico— al segundo tema de nuestro trabajo, sin aclarar por lo menos una cosa: ¿Qué es lo que se investiga y enseña en nuestras facultades o escuelas de derecho? ¿Es el *Derecho* como tal o es más bien la *ley*, o mejor las *leyes* que un país tiene en gran número, y cuyo número se puede multiplicar por el número de todos los países si es que queremos estudiarlas todas? Eso son dos cosas que no pueden confundirse y una prueba de ello la encontramos ya en la misma terminología.

Solamente el inglés carece de dos palabras distintas para expresar el *Derecho* y la *ley* y para ambos conceptos no queda más remedio que usar la misma palabra, aunque podamos decir “this law is not the Law as such”. Sin embargo, en todas las otras lenguas modernas —por lo menos en las que yo conozco— vemos que *Derecho* y *ley*, *Droit* y *loi*, *Recht* y *Gesetz*, *Diritto* y *legge*, *Direito* y *lei*, “*hoo*” y “*hooritsu*” (en japonés), y desde luego el *jus* y la *lex*,

2. La formulación latina de este proverbio sigue siendo de autor desconocido aunque su contenido ya se encuentra en Cicerón (*De legibus*, 1, 28 sq. y 42; *De officiis*, 1, 20 - 22 y 3, 21 - 28; *De finibus*, 3, 66).

son palabras que no se usan en el mismo sentido. Ya los romanos sabían que el *jus* está íntimamente relacionado con la *justitia* y nosotros también sabemos que el *Derecho*, *Droit*, *Recht*, etc., significa lo que está "recto" y "no torcido", pero según una norma y criterio que no siempre se encuentra en la *ley* (3).

En general se puede decir que cuando en una lengua hay palabras distintas, es porque al formarlas se quería expresar algo distinto, algo que necesariamente había que distinguir. En efecto, una vez que se ha dictado una *ley*, nadie puede negar que tenemos una *ley* nueva y que antes no existía, aunque a veces podrá discutirse si es *justa* y conforme al *Derecho* como tal. Para aceptar esto, no hace falta hacer profesión de fe iusnaturalista, pues nadie puede negar que un "Estado de Derecho" (*Rechtsstaat*) no significa solamente un Estado que tiene *leyes* (*Gesetzesstaat*). Si esto fuera así, podríamos decir que todos los estados de este mundo son y han sido y no pueden ser sino "Estados de Derecho" (4).

Aunque en inglés la palabra *law* como tal no connota necesariamente la *justicia*, esto no significa que en los países de habla inglesa los juristas puedan prescindir de ella. También en estos países el "Ministerio de Justicia" se llama "*Ministry of Justice*" y no simplemente el "Ministerio de *las leyes*" (5) y un juez ha sido lla-

3. Sobre la diferencia entre *jus* y *lex* son muy interesantes las observaciones del profesor Alfredo di Pietro, en su artículo "La prudente tarea de interpretación", que en traducción japonesa acaba de aparecer en *Hoo no riron 10* (Teoría del Derecho, vol. 10), edit. por J. Llompарт y Y. Mishima. Tokyo, 1990, y cuyo original en castellano —según información recibida del autor— también será publicado dentro de breve tiempo.

4. En este sentido y tomando las palabras como suenan, creo que hace falta precisar un poco más el proverbio que también nosotros hemos citado y que dice, "donde hay una sociedad, allí (también) hay derecho" (*ubi societas, ibi jus*). Tendría que entenderse "allí hay *ley* (o *leyes*)" o bien, "allí debe haber *derecho*".

5. Una excepción lo constituye en este respecto el Japón, en donde el "Ministerio de *Justicia*" se llama "*Hoomushoo*", que traducido literalmente significa "Ministerio de *Asuntos Jurídicos* (*Legal Affairs*)" y no precisamente "*de Justicia*". Sin duda, esto se debe a que el Japón ha tenido otra tradición cultural, como luego explicaremos.

mado también "a *Justice*", o sea, que no es solamente el hombre que aplica las leyes, el hombre cuadrulado y articulado como el código de la ley, sino más bien el hombre "que hace justicia". Un "*Lawyer*" no es solamente "a man of the *law*", lo mismo que el "*Jurist*" no es solamente el hombre que conoce el *jus* y desconoce las *leyes*. Tampoco hay que olvidar que en inglés la palabra "*right*" es de uso indispensable y lleva la connotación de lo "recto" y "derecho" y no de la pura *ley*.

Siendo esto así, no cabe duda que una facultad, llámese "Facultad de Derecho" o llámese "Facultad de Leyes", debe enseñar e investigar *ambas cosas a la vez*. Esto es así, si es que queremos estar al día para responder a las demandas de nuestra sociedad que siempre ha pedido ante todo y sobre todo *justicia* y *Derecho*, y a la cual se le ha dado muchas veces solamente *leyes*. Ciertamente es que nuestra sociedad ya está sobresaturada de leyes y con todo todavía no ha perdido el hambre de la justicia y el Derecho.

Sin meternos para nada en la "filosofía" del Derecho y en plano puramente histórico-sociológico, creo que se puede afirmar que en la cultura europea del *jus*, ese *jus* incluía en la manera de pensar y sentir de la gente tanto el *derecho* como la *moralidad*. Fueron los *teóricos* o *científicos* los que a partir de los siglos 17 y 18 (recuérdese sobre todo a Christian Thomasius, 1655 - 1728) hicieron el gran descubrimiento y nos avisaron de que no solamente hay que distinguir sino incluso separar el derecho (lo jurídico) de la moralidad. No voy a discutir si esto fue un gran adelanto de la cultura europea y de los países que han recibido su influencia, pero sí quiero advertir que ya más de mil años antes, en otros países ya se había hecho este descubrimiento. Me refiero a China, en donde desde los tiempos más primitivos ya se consideraba como cosa muy distinta (no sólo teóricamente, sino sobre todo en la práctica) lo *moral* ("*ri*") y lo *jurídico* ("*fa*"). Lo ideal era que la sociedad y las relaciones humanas se rigieran no por normas impuestas desde arriba por el que tiene el poder y puede castigar, o sea, no por el *fa*, sino más bien por las normas innatas y espontáneas de la convivencia humana y respeto mutuo, es decir por la moralidad o *ri*. Solamente en caso extremo y cuando la moralidad perdía su fuerza, se recurría al *fa*, cuyo significado más primitivo fue el de *castigo*.



*penal* y ciertamente muy duro. Es por esto que en el Japón —que durante muchos siglos absorbió la cultura china— todavía hoy el recurso a la ley y a los tribunales, lo mismo que “el luchar por sus derechos”, se considera como algo inhumano y que a ser posible hay que evitar a toda costa (esto también es una de las causas de que en el Japón haya un número tan pequeño de jueces y abogados comparado con otros países).

En la tradición europea-occidental del *jus* se ha considerado, en cambio, tanto la lucha por el derecho como tal como la lucha por los derechos propios (incluidos los *derechos humanos*), como algo muy humano y no como algo que deba evitarse. Por esto se entiende que el profesor Takeyoshi Kawashima, muy conocido aquí como sociólogo del derecho, haya afirmado que en la mentalidad y modo de sentir japonés (*Rechtsgefühl* de los japoneses) los “derechos” (*kenri*) no han ocupado un puesto importante en la tradición de este país o han estado prácticamente ausentes<sup>(6)</sup>. Teniendo en cuenta la influencia del confucianismo, que más que una religión es una *moral* adaptable al budismo y sobre todo al shintoísmo, y que acentúa la sumisión a la autoridad y la armonía social (*wa*), se comprende muy bien que lo jurídico y el pensar en sus derechos se haya considerado como algo inhumano, y casi podríamos decir inmoral o por lo menos escandaloso. En plano puramente histórico-sociológico se puede afirmar que eso ha sido una de las consecuencias de una cultura europea-occidental que desde sus comienzos unió en el *jus* ambas cosas, pues tampoco puede ignorarse el *hecho* de que la sociedad actual japonesa, siendo una sociedad fuertemente industrializada y moderna, tiene también un número mucho menor de crímenes y un grado muy alto de seguridad pública que no puede compararse con otros países (por ejemplo, España y Estados Unidos).

Sin embargo, la mentalidad y modo de sentir de un pueblo

6. Takeyoshi Kawashima, “*Kagaku to shite no Hooritsugaku to sono hatten*” («*La Jurisprudencia como ciencia y su posterior desarrollo*»), Tokyo, 1987, pp. 227, 228. Dicho sea de paso, la palabra japonesa “*kenri*” (derecho subjetivo o “right”) como casi todas las relacionadas con el derecho, son creación del siglo pasado y antes no existían.

no está petrificado y con el tiempo puede cambiar mucho. Pongamos un ejemplo de una cosa ocurrida no hace mucho más de un siglo en el Japón. El 11 de febrero de 1889 se promulgó la constitución *Meiji*, o sea, la primera constitución que tuvo el Japón y gracias a la cual se convirtió jurídicamente en un Estado moderno. El profesor alemán E. Bälz, que invitado por el Gobierno japonés, enseñaba entonces medicina en la Universidad Imperial de Tokyo, cuenta en su diario que quedó sorprendido al ver que en aquel día todo el mundo estaba de fiesta y exultante de alegría. Pero su sorpresa fue mucho más grande al enterarse de que todavía nadie había leído la nueva constitución. También un político japonés que precisamente en aquel mismo día de regreso de Europa desembarcaba en el puerto de Yokohama y que por lo visto traía en su cabeza ideas no-japonesas, dejó por escrito su admiración ante tanta fiesta. Le pareció incluso hasta ridículo de que la gente se alegrara tanto, siendo así que todavía no podían saber de qué se alegraban. Afirmó que “uno tendría que haber leído primero la constitución”. Pero él era japonés y por esto añade a continuación, corrigiéndose a sí mismo: “Sin duda será tal vez porque nadie ha puesto en duda el que nuestro ilustre y esclarecido Emperador, conjuntamente con sus fieles y sabios consejeros ha hecho bajar del cielo una constitución perfecta. Siendo esto así, yo tampoco tengo nada que objetar”<sup>(7)</sup>.

No cabe la menor duda de que *ahora* ningún japonés se alegraría por una constitución que todavía no ha leído y por mucho que le dijeran que “ha caído del cielo”, o sea, que ha sido dada por el Emperador. Eso demuestra que la manera de pensar y sentir en cuestiones relacionadas con el derecho ha cambiado radicalmente. Actualmente existe también la opinión de que la constitución actual, la de la postguerra y la segunda que ha tenido el Japón, fue impuesta por los americanos y debe ser reformada (volviendo en parte a lo antiguo). Pensadores más moderados indican y no sin razón, que el pecado original de la democracia japonesa

7. Jun'ichi Murakami, *Einführung in die Grundlagen des japanischen Rechts*, Darmstadt, 1974 (no consta el nombre del político japonés del cual se citan sus palabras).

es que no nació espontáneamente del pueblo, sino que fue sencillamente impuesta "desde arriba". Con todo, la *opinión general* es que, sin poder negar este hecho histórico, la constitución que ahora tiene el Japón y de la cual nunca se le ha cambiado o añadido una letra (lo mismo pasó a la constitución *Meiji*), es la mejor que pueda tener el Japón, y que los problemas que todavía quedan por solventar, son debidos sencillamente a que no es observada debidamente. En mi opinión la fe absoluta de antaño en el Emperador se ha convertido ahora en lo que podríamos llamar la fe absoluta en la constitución. Con esto tenemos el interesante contraste de que aunque todavía continúa la aversión por todo lo *jurídico* (por ejemplo, el apelar a los tribunales), con todo la constitución como tal —me refiero a la constitución *escrita*— goza de más "veneración" que en ningún país del mundo. Es algo así como la Sagrada Escritura, que hay que interpretarla y aplicarla debidamente, pero que no se puede cambiar en absoluto.

No cabe duda de que la *realidad* y todas las *leyes* que después de la promulgación de esta constitución se han ido dictando, no están conformes con el espíritu de esta constitución. Lo mismo puede decirse de las decisiones del poder judicial que no pocas veces ha evadido claramente el pronunciarse sobre el problema de la anticonstitucionalidad de ciertas leyes. En este sentido es muy comprensible la queja de que muchos males provienen de no observar debidamente la constitución. Con esto se plantea el problema de la fuerza mágica que pueda tener una constitución —que al fin y al cabo es una *ley*, aunque sea la más importante de todas— para solucionar todos los problemas. Pero al hablar de la "fe absoluta en la constitución" no me refería a este problema, sino más bien en la "creencia" de que una constitución (una *ley*) pueda ser tan *perfecta* como el mismo Dios. Si esto fuera así, con solo observar la constitución todo estaría arreglado y el trabajo de los juristas solamente sería romperse la cabeza en *interpretarla*, pero sin pensar ni añadir nada más en absoluto.

Sin embargo todas las *leyes* están hechas por los hombres y no son perfectas al ciento por ciento y por tanto siempre pueden mejorarse. Y esto es una labor reservada sobre todo al jurista. El que darse satisfecho con el presente, significa desinteresarse por el pro-

greso o ignorar el futuro. Si intentamos usar la *ley* como medio para actualizar —aunque sea de una manera imperfecta, pero más perfecta— la justicia y el Derecho, hace falta meterse en el mundo de la *Jurisprudencia* y con esto ya hemos entrado en el segundo tema de este trabajo.

## LA JURISPRUDENCIA.

Para saber lo que es el *Derecho* y cómo se aplican las *leyes* hace falta estudiar lo que los ingleses llaman "Jurisprudence", los alemanes "Rechtswissenschaft" y en castellano lo llamamos —muchas veces indistintamente— "Jurisprudencia" o "Ciencia del Derecho". Para simplificar usaré yo también ambas denominaciones como si fueran sinónimas, aunque no lo son, como revelan sus etimologías que proceden de raíces culturalmente diversas. Sin embargo, antes quiero hacer una acotación sobre el uso de la palabra "Ciencia del Derecho". Los alemanes son sin duda los primeros que proclamaron la *autonomía* de la "ciencia" del Derecho, pero también los que convirtieron la *prudencia* del Derecho en pura *ciencia*. Esto conviene no olvidarlo, aunque no voy a discutir aquí si con este cambio de perspectiva se perdió de vista algo muy importante. Lo único que quisiera decir, es que para expresar el contenido de esta "ciencia" es mucho mejor usar la palabra japonesa "*gakumon*" y no "ciencia". Esta palabra tiene un sentido que no puede expresarse con una sola palabra en ningún otro idioma. Si miramos su terminología, "*gakumon*" no es lo mismo que "ciencia" (*scire*) o "*Wissenschaft*" (*wissen*), o sea, no es sencillamente "*saber*". Es más bien un "interrogante" o una "búsqueda" ("*mon*") encaminada a "*saber*" ("*gaku*") algo que todavía no sabemos perfectamente" (8).

8. Muy interesantes son a este respecto las dos interpretaciones que se dan al antiguo proverbio confucionista "si por la mañana consigues abrir el camino, por la tarde ya puedes morirte". Una interpretación es que si por medio del *gakumon* consigues saber la verdad, ya lo tienes todo y puedes morirte. La otra interpretación relaciona este proverbio con la moralidad del pueblo (el *ri* de los chinos) y entonces significa algo así: "Si por la mañana

La "investigación científica" es precisamente esto: la búsqueda de lo que todavía no sabemos perfectamente, o sea, que no es un puro saber. Si ya supiéramos todo lo relacionado con el Derecho y las leyes, todavía tendría sentido y sería muy meritorio el enseñar a "los que todavía no han estudiado bastante", pero el *investigador* se quedaría sin trabajo. En Tokyo hay un templo del dios *Gakumon*, al cual acuden muchos candidatos antes de presentarse al difícil examen de entrada en la universidad, pero Dios, precisamente por *saberlo todo* no es ni un "científico" ni un "investigador".

Tampoco en el campo de la Jurisprudencia todavía los especialistas no lo saben todo y es por eso que no podemos convertirnos en puros "docentes". Ni Aristóteles ni Rawls han dicho la última palabra sobre la justicia; todavía discutimos si existe o no el Derecho Natural y sobre la manera cómo hay que entenderlo; y aunque sepamos que existen muchas leyes hechas según un acuerdo, luego no estamos de acuerdo en el modo de interpretarlas y aplicarlas. El usar en vez de "Ciencia del Derecho" la denominación "*Jurisprudencia*", o sea, la *prudencia* jurídica, tampoco nos saca de apuros. Si ya tuviéramos realmente esta prudencia —lo mismo que si tuviéramos ya toda la *ciencia jurídica* —no habría ningún problema, pero el arte de la prudencia no tiene reglas que puedan aprenderse de memoria ni siquiera formularse de una vez para siempre. Si en la "Ciencia del Derecho" siempre tenemos la *ignorancia* al acecho, aquí es la *imprudencia* la que siempre nos puede engañar y ambos males pueden tener exactamente los mismos resultados.

Hay otra cosa que conviene tener en cuenta. Aunque lo que nos queda por saber en el campo jurídico es mucho, no se puede negar que lo que sabemos ha ido aumentando a través de los siglos de tal manera que incluso lo hemos "objetivizado". Es por eso que

---

ves que está restablecida la moral de los hombres, por la tarde ya puedes morirte" (o sea, ya no hace falta nada más, ni siquiera "derecho", pero esto último ya es interpretación mía). Comparándolo con el pensamiento griego, creo que el *gakumon* no es "*episteme*" (lo que ya sabemos y no discutimos) sino más bien "*dialexis*" (lo que todavía por no ser claro tenemos que discutir).

un estudiante puede decir "yo estudio *Derecho y leyes*", y también puede decir sencillamente "yo estudio *Jurisprudencia*". Ciertamente el Derecho y las leyes son el *objeto* de la Jurisprudencia, y, sin embargo, aunque sepamos *completamente* lo que es esta ciencia, todavía no podemos decir que sabemos *completamente* lo que es el Derecho como tal y cómo deben aplicarse todas las leyes. O sea, que aunque la ciencia se haya "objetivizado" completamente, todavía no puede enseñarnos por completo su "objeto". Esto confirma de nuevo de que no se trata aquí de pura "ciencia", sino de "gakumon", no de "prudencia" ya adquirida, sino más bien del esfuerzo continuo en adquirirla y en dominar este "arte" tan difícil de dominar.

¿Pero, *qué clase* de *gakumon* es la Jurisprudencia? ¿Cuál es *su método*? ¿Puede ella darnos información *objetiva* sobre el Derecho y las leyes de nuestra sociedad sin intromisión de la "subjetividad" de los que se ocupan de una manera profesional de ella?

Es cosa sabida que el método depende en gran manera del objeto que se investiga. Si queremos analizar un virus usaremos el microscopio y si queremos observar un cometa el telescopio; aquí estos medios no pueden invertirse. Sin embargo, en la Jurisprudencia, ni los microscopios ni los telescopios sirven para nada. No estamos en el campo de las "ciencias naturales" sino en el campo de las llamadas "ciencias del espíritu". Aquí lo que queremos *ver*, es solamente lo que está relacionado con el hombre como tal, el mundo de las normas, de la valoración, de lo que se debe hacer y lo que se debe evitar, del orden que debe reinar y de la justicia que debe verificarse. No cabe duda que aquí la experiencia, incluso la sensible (no solamente *Erfahrung* sino también *Empirie*) y los datos más o menos exactos ("objetivos" en este sentido) y presentados incluso bajo fórmulas matemáticas irreprochables, nos pueden ser de una ayuda indispensable para el "planteamiento" del problema, pero todo esto no nos da su "solución". La busca de la solución requiere, quieras no quieras, otro "método", otra clase de "objetividad".

Sin embargo, es una falsa ilusión, el creer que por lo menos en el mundo de las ciencias naturales existe una *objetividad* al ciento por ciento. Incluso concediendo que los datos recogidos por la experiencia y las formulaciones matemáticas o simbólicas sean perfec-

tamente correctos, no todos los *científicos* interpretan eso de la misma manera y por eso formulan *diversas* "teorías", aunque la realidad física es indudablemente *una*. Esto lo saben muy bien los que trabajan en esta clase de ciencia y por eso ni siquiera ellos pueden creer en la pura *objetividad*, pues se dan cuenta plenamente de que trabajan en los andamios de las *teorías* y la realidad como tal no tiene esos andamios.

Pero este problema se agrava cuando pasamos al campo de las ciencias del espíritu (*Geisteswissenschaften*)<sup>(9)</sup>, y sobre todo en el caso particular de la *Jurisprudencia*. Lo que intenta aclarar esta ciencia no es sencillamente "lo que es", sino "lo que debe ser" y con esto ya trabajamos con un presupuesto de *valoración* que está más allá de todo lo que nos puedan decir y enseñarnos las ciencias naturales.

Con esto creo que está claro que la *Jurisprudencia* tiene necesariamente un *objeto* y un *método* distinto del de las ciencias naturales, y sin embargo también existe la opinión contraria. La opinión contraria se ha llamado "*cientifismo*" y exige de la *Jurisprudencia* no solamente una *objetividad* al ciento por ciento, sino también un *método* fundamentalmente igual a la de las ciencias naturales bajo la (falsa) creencia de que por lo menos ahí reina la objetividad. Cuando yo empecé mi docencia en la Universidad de Sophia, el *cientificismo* era predominante en el Japón, tanto en el campo de la Filosofía del Derecho como en el del Derecho penal (los dos campos que yo mejor conozco)<sup>(10)</sup>. Se sabía muy bien que la *ciencia* todavía se encuentra en estado de desarrollo y quedan muchas cosas que aclarar,

9. Téngase con todo en cuenta que aunque esta clase de ciencias, para distinguirlas de las "ciencias naturales" y por influencia alemana, se llamen "ciencias del espíritu", el *hombre* no es un *espíritu puro* como puede serlo Dios, los ángeles e incluso el demonio. En este sentido esa denominación puede ser causa de confusión si se cree que el mundo del hombre es un mundo aparte del mundo de la naturaleza y sus leyes. Instructivo sobre la formación del término alemán es la obra de Theodor Bodamer, *Philosophie der Geisteswissenschaften*, Freiburg-München, 1987.

10. Sus representantes más conocidos son Jun'ichi Aomi en Filosofía del Derecho y Ryuuichi Hirano, en Derecho Penal.

pero se "creía" que la *ciencia en sí* nos lo puede aclarar todo, y si todavía no ha conseguido esto, nosotros tenemos la culpa al no usar todavía un método completamente "científico" y estar enredados con especulaciones filosóficas o metafísicas (¡ya Franz von Liszt dijo en su tiempo que "donde empieza la *metafísica*, allí acaba la *ciencia*"!). Es interesante observar de paso que generalmente los abogados del *cientifismo* no suelen usar en el Japón la palabra *gakumon* sino más bien la palabra "*kagaku*" que como tal connota las ciencias naturales (también en japonés el *cientifismo* se llama "*kagaku-shugi*").

En alguna de mis publicaciones en japonés he afirmado que un tal *cientifismo*, más que "*ciencia*" es "*fe en la ciencia*" ("*kagaku-shinkoo*"), y que —como ya hemos indicado antes— resulta curioso el observar que este *ismo* no lo han propagado precisamente los que se ocupan de las ciencias naturales, sino más bien los que se ocupan de las cosas directamente relacionadas con el hombre como tal, incluidos no pocos juristas. Sea lo que sea, yo tengo para mí, que si es verdad que el mero *subjetivismo* es cosa acientífica y que en lo posible debemos evitar, también el *objetivismo* no deja de ser un *-ismo* que el "*sujeto*", o sea, el hombre, ha pegado a la realidad, o sea, al "*objeto*", olvidándose por completo después de lo que ha hecho. Debo añadir también que después de los años de euforia del *cientifismo* jurídico también vino en el Japón la desilusión, pues el *cientifismo* no dio lo que había prometido y todos esperaban de él. Desde hace ya unos cuantos años se nota muy poco aquí el viento *cientifista* y reina la calma que durará hasta que sople otra clase de viento.

En mi modo de ver la *Jurisprudencia* tiene que empezar su trabajo con el "derecho viviente" (*lebendes Recht*) y no con la "idea" del derecho. Por esto, y como el derecho actual no es una cosa que la hemos creado nosotros, hay que estudiar también su historia. También la historia es "*magistra vitae juris*". También debemos estudiar la lógica, incluida la jurídica, y familiarizarnos con lo que los ingleses han llamado el "*legal mind*". Pero sin olvidarnos de que ni la realidad ni la historia nos enseñarán por completo lo que debe ser el derecho de hoy y el de mañana, y tampoco la *lógica* nos dará el *contenido* del derecho ni el *formalismo* la *forma*

que deben tener nuestras leyes, si queremos realizar por su medio la justicia. ¿Pero, desde qué punto de vista debemos empezar esta ardua tarea? Eso creo que depende de nuestra voluntad e incluso de nuestra afición; pero si lo miramos todo *desde un solo punto de vista*, nunca podremos verlo todo, y confundiremos la parte por el todo, lo trivial con lo importante.

Incluso las ciencias naturales están "hechas" no por el mundo físico sino por el *hombre*. Es el hombre quien "descubre", por ejemplo, leyes que antes desconocíamos, pero que para expresarlas no tiene más remedio que usar un medio tremendamente humano como es el lenguaje. Con esto hay *intercambio* —aunque sea inconsciente— entre el investigador y lo que se investiga. Para nosotros es muy "objetivo" decir que el agua es H<sub>2</sub>O, pero el agua que corre por el río Bío-Bío, se reiría si se enterara de que nosotros la llamamos así. El agua, para correr, no necesita ningún nombre. Este *intercambio* es más profundo en la Jurisprudencia cuyo objeto como tal es el hombre, sus acciones y todo lo relacionado con él, pero solamente en cuanto relacionado con él. Por eso antes de meternos en el último tema de este trabajo conviene decir algo sobre los *juristas*, pues ellos son los que al fin y al cabo han creado la Jurisprudencia y le han dado la forma que hoy tiene.

### LOS JURISTAS.

Para no ofender a mis colegas en lo que voy a decir a continuación, debo confesar que yo me considero jurista, aunque muy mediocre. Por *jurista* puede entenderse el hombre que sólo se ocupa de la práctica jurídica (jueces, abogados, legisladores o "lawmakers" aunque sean improvisados), el que sólo se dedica a la investigación y enseñanza jurídica (el profesor de derecho), y también el que combina ambas cosas. Aquí voy a prescindir de esas distinciones y de todo lo que podría decirse sobre estos tres tipos de juristas, para decir una cosa que creo que ya es conocida. Esos hombres llamados juristas puede que sean respetados, a veces por puro miedo como el juez del cual se espera la sentencia, pero nunca han sido considerados como tipos simpáticos. Se mira con cariño y simpatía al médico que trata de curar un desarreglo intestinal, pero no

se mira de la misma manera a los juristas que trabajan por arreglar toda clase de desarreglos.

Lo mismo pasa con los juristas "teóricos". La anécdota nos la cuenta el mismo Erik Wolf, un eminente jurista alemán de la postguerra. Viajando un día en tren, entabló conversación con una señora —según él "muy inteligente"— que estaba en su mismo departamento. Al final se le ocurrió a ella preguntarle qué oficio tenía. Y esto fue el fin de la amena conversación, pues ella replicó con sorpresa: "¿Ud. jurista?, ¡ay, qué pena!"<sup>(11)</sup>. La cosa parece que viene de muy antiguo, pues ya en el siglo XIV era conocido en Alemania el dicho "juristas, malos cristianos" (*Juristen, böse Christen*) y también recuerdo haber leído no sé dónde, que "para ser un buen jurista hace falta tener mala conciencia" (?).

Hay más todavía. No solamente parece que la gente no muestra especial cariño por los juristas, sino que también los mismos juristas tampoco están —así parece— muy entusiasmados con la profesión que escogieron. El ya citado Wolf declaró que todos los juristas, tarde o temprano, quedan descontentos de su trabajo y Gustav Radbruch, mucho más famoso que Wolf, confesó que había empezado a estudiar derecho con desgana y que nunca consiguió encariñarse por completo con él<sup>(12)</sup>. Anselmo von Feuerbach, considerado el fundador del Derecho penal moderno, alentaba una vez por carta a su hijo que había perdido las ganas de seguir estudiando derecho y le contaba que a él en su juventud le gustaba mucho la historia y la filosofía, pero que nunca había conseguido superar su aversión por la Jurisprudencia<sup>(13)</sup>.

Cambiando de párrafo y bajando mucho de tono también diré que a mí nunca se me había ocurrido estudiar derecho. Al en-

11. Erik Wolf, *Der unbeliebte aber unentbehrliche Jurist*, publicado como manuscrito por la editorial Vittorio Klostermann, pág. 1 (se trata de una conferencia que dio en el pueblo donde vivía no muy lejos de Friburgo).

12. Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*, Bd. 1 (edit. por Arthur Kaufmann), Heidelberg, 1987, pág. 9 (véase también pp. 16, 17, 22, 40, 41 y 58).

13. Paul J. Anselm von Feuerbach, *Anselm Ritter von Feuerbach's biographischer Nachlass*, 2. Aufl., 2. Bd., 1853, pág. 137.

trar en la Compañía de Jesús soñaba en ser filósofo, y una vez en el Japón pedí a mis Superiores el poder estudiar la Teología en Alemania, cosa que me fue concedida. Al despedirme del P. Pedro Arrupe, entonces Provincial del Japón, me preguntó de repente: “¿No te gustaría especializarte luego en Derecho?”. Mi sorpresa fue tan grande que no pude contestarle nada y recuerdo que él me dijo, “bueno, eso ya lo pensaremos después”. El hecho es que volví al Japón después de haber sacado un doctorado en Derecho en Bonn, pero ahora —para decirlo todo— no me arrepiento lo más mínimo.

Todo el mundo admite que hace falta tener especialistas en el campo del derecho, y es verdad que cada profesión tiene en sí algo de desagradable. El cirujano, si no es un sadista, no sentirá mucha alegría al cortar con su bisturí el cuerpo vivo de su paciente, pero se alegrará luego al comunicarle que ya puede salir del hospital y continuar su vida normal. El ayudar a una persona víctima de la injusticia, reprimir abusos y mejorar el bienestar social de nuestra sociedad, es también una cosa agradable, aunque no fácil. Pero, con todo, ¿por qué será que el jurista es considerado como un ser desagradable y que vive en un mundo distinto del normal?

Una de las razones es, sin duda, que siendo la Jurisprudencia un campo muy especializado del saber y de la práctica, uno no tiene más remedio que volverse “especialista”, o sea, algo “especial” para dominar el trabajo escogido. Pero como esto se puede decir de cualquier profesión, creo que en el caso del jurista todavía hay algo más.

Si el especialista en derecho fuera realmente un especialista en *todos* los problemas referentes al Derecho y a la ley, tal vez no habría este “algo más” que hay en el jurista. Un tal especialista sería por necesidad una persona equilibrada, conocedora e interesada por todo, pues al fin y al cabo no hay nada que no esté relacionado de alguna manera con el derecho, incluida nuestra libertad. Recordemos también que los antiguos romanos ya definieron la Jurisprudencia como “el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y lo injusto” (*Inst.*, libro I, tít. I). Sin embargo, ya han pasado muchos siglos desde que se dijo esto y el jurista de nuestros días debe ser un *especialista*, pero ya no puede ser un *especialista en todo lo jurídico*. Si quiere realmente especia-

lizarse, tiene que escoger solamente una rama del árbol del derecho —sea derecho constitucional, civil, penal, Filosofía del Derecho o lo que sea— y al tener esta rama en sus manos se dará cuenta que está otra vez ante otro árbol no menos frondoso y con ramas muy complicadas. Si tiene talento y un poco de suerte, se hará famoso al descubrir o poner de su parte una nueva hoja en el árbol de la Jurisprudencia, pero esto le habrá costado toda su vida de especialista.

Es, incluso, natural que cuando uno usa *toda* su energía para dedicarla a “su” trabajo, no tiene ni tiempo ni humor para preocuparse por el trabajo de los otros juristas, aunque por convención social sean sus “colegas”. Todos son juristas, pero cada uno en su parcela. Con esto tenemos el *especialista perfecto* en el sentido que sabe todo lo que se puede saber dentro de su especialidad, pero que no ha tenido tiempo para nada más. Eso nos recuerda la definición que ha dado Schattschneider del especialista: “El especialista es una persona que escoge el ser ignorante de muchas cosas, para poder saberlo todo sobre una” (14). Definición ciertamente exagerada, pero que contiene su grano de verdad, lo mismo que la expresión alemana “*Fachidiot*” (un idiota especializado) es también demasiado dura a nuestros oídos, pero contiene el mismo grano de verdad y se usa en un país que puede gloriarse de haber producido especialistas muy eminentes.

Sobre este problema me parece muy acertado lo que ha dicho Arthur Kaufmann sobre Radbruch, que fue su maestro. “El hecho de que Radbruch fuera un jurista muy eminente, se debe sobre todo a que no solamente fue un jurista” (15). Ciertamente, para ser un buen jurista hay que ser un buen especialista, pero sin perder el bosque de vista quedándose plantado para siempre delante del mismo árbol.

14. E. E. Schattschneider, *The Semisovereign People*, New York, 1960, pp. 136-137.

15. Arthur Kaufmann, en la *Gesamtausgabe*, de las obras de Radbruch, ya citado, pág. 58.

Finalmente digamos algo sobre las relaciones mutuas de los juristas. Forman un grupo de tipo distinto de las demás personas, tienen un modo muy particular de pensar y difícilmente se ponen de acuerdo con los no-juristas. Es conocido, por ejemplo, que los médicos y los juristas no piensan de la misma manera (por lo menos aquí en Japón) sobre el reconocimiento de la muerte cerebral como condición previa para hacer “conforme con la ley” un trasplante de corazón, sobre el notificar al paciente el cáncer que tiene incurable y sobre el peligro de la operación, para la cual necesita el consentimiento del interesado, etc. En todo eso parece que *todos los juristas piensan de la misma manera*, pero de un modo *distinto del resto del mundo*.

Visto “desde fuera”, puede ser que demos la impresión de que todos pensamos de la misma manera y hay mucha unidad. Visto “desde dentro” la cosa cambia mucho. Si el señor A es especialista, digamos en derecho penal, y el señor B en derecho comercial o administrativo, se tratarán sin duda de “colegas” por pertenecer a la misma facultad, pero no por hacer el mismo trabajo. Y si los dos hacen el mismo trabajo —digamos por ejemplo los dos son penalistas y filósofos del Derecho— lo más probable es que no piensen igual y entonces la cosa se complica mucho más. También los hombres de negocios hacen la misma clase de trabajo y se tratan mutuamente con amabilidad, pero saben muy bien que sus “colegas” son también sus “rivales”. Esto no es de lamentar, pues gracias a esta “rivalidad” bajan los precios, para consuelo y alegría del pueblo consumidor. Es más bien lamentable que los hombres de negocios se unan demasiado con los lazos de la amistad y de los intereses económicos, y para prevenir los males que se siguen de tal amistad, cada país tiene sus leyes contra el monopolio.

El mundo de la investigación científica no es lo mismo que el mundo de los negocios y el dinero, pero no se puede negar que un cierto espíritu de competición y el discutir los “negocios científicos”, ayuda mucho a que luego se pueda vender la mercancía de la verdad. Yo no conozco la situación de todos los países, pero sé por experiencia que en Alemania —sobre el Japón y España no puede decirse lo mismo— los juristas *de la misma especialidad* pueden discutir muchísimo y ser al mismo tiempo muy buenos amigos, ene-

*migos* irreconciliables en el mundo de la ciencia y *amigos* íntimos en el mundo profesional y humano. Puedo afirmar, y creo que no ha sido pura coincidencia, que entre los profesores de lengua alemana con los cuales he podido entablar una amistad humana-académica más profunda, han sido precisamente aquellos sobre los cuales en mis escritos he manifestado no estar completamente de acuerdo con su manera de pensar<sup>(16)</sup>. Y aunque no hace falta decirlo, también diré que esto ha sido mi mayor alegría en mi vida no siempre fácil de jurista.

Incluso en Alemania —como en todas partes del mundo— se dice que tal jurista es de la “escuela” del famoso profesor X. Eso significa que fue discípulo suyo, pero no que su manera de pensar es una fotocopia de la del profesor X. Por ser demasiado sabidos y porque podría olvidarme de algún nombre, no voy a citar aquí a los famosos *iusnaturalistas* de diversos países que se sentaron en las aulas del más famoso *positivista* de nuestro siglo, Hans Kelsen. En este sentido no hay nada que objetar sobre el hecho de que en el mundo de la ciencia jurídica haya también “escuelas”, pues antes de investigar y enseñar hace falta realmente “ir a la escuela”.

El problema surge cuando la “escuela” se convierte en un

16. Algunos de estos profesores son muy conocidos como Werner Krawietz,

Hermann Klenner, Alois Troller, Hans Ryffel y sobre todo y ante todo Hans Welzel, a quien debo no solamente la buena nota que me dieron al presentar mi tesis doctoral en la Universidad de Bonn, sino también la cátedra que tengo en la nuestra Universidad Sophia. El fue uno de los examinadores de mi tesis que luego se publicó íntegra sin cambiar una sola palabra (*Die Geschichtlichkeit in der Begründung des Rechts im Deutschland der Gegenwart*, Frankfurt-Berlin, 1968) y en la cual hay 3 páginas y media bajo el título “La respuesta (o sea opinión) de Welzel” y luego 12 bajo el título “Crítica de la concepción de Welzel”. A los pocos días de haber leído mi tesis recibió una carta del Decano de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad en que le pedía informes sobre mí. Hace unos años y después de haber fallecido Welzel, llegó a mis manos la carta que Welzel escribió sobre mí y quedé avergonzado de los encomios que hizo en tal ocasión sobre mi persona (¡a pesar de mi “crítica”!), y que fueron decisivos para ser aceptado como docente en el sitio donde estoy.

grupo cerrado (“*clique*” en inglés y “*gakubatsu*” en japonés)<sup>(17)</sup>, que tiene su “*padre*” (“*oyabun*” en japonés; los japoneses son muy respetuosos y no usan términos despectivos como podría ser ‘vaca sagrada’) y todos sus miembros son sus “*niños*” o “*hijos*” (“*kobun*”), y la cosa se empeora cuando un solo “*gakubatsu*” domina de hecho toda la actividad académica y científica de un país. Puede ser que dentro del *gakubatsu* se discuta mucho, pero sin salirse de la manera fundamental de pensar del grupo, del *oyabun*, pues esto sería un pecado imperdonable de herejía y quedaría excomulgado del grupo quien intentara hacer tal cosa. Si todos los *gakubatsus* tuvieran la misma potencia (la potencia de un *gakubatsu* se determina en el Japón por el prestigio de la Universidad a la que pertenece o pertenecía el *oyabun* y por el número de *kobunes* que ha podido reunir), sería posible por lo menos una discusión entre los diversos *gakubatsus*. Sin embargo, se ha dicho que la sociedad japonesa ha sido y continúa siendo todavía una “sociedad *vertical*” (“*tate-shakai*”), y esto significa en nuestro caso que el *gakubatsu* que está en la cumbre de la pirámide es el número 1 y tiene una fuerza e influencia que no pueden tener los que están “debajo”. Para decirlo todo, hay que añadir que esto ya ha empezado a cambiar bastante, pero todavía tendrá que soplar más viento para que la “pirámide académica” quede completamente erosionada. Los efectos de una tal situación son evidentes no solamente para el progreso de la ciencia como tal, sino también para muchos jóvenes, que aunque capacitados, no han tenido la suerte de empezar su carrera académica perteneciendo a la cumbre de la pirámide. Los que han conseguido desde un principio meterse en la cumbre, podrán en el futuro influir más, pero no hay que olvidar que aunque la cumbre sea muy alta y pueda tener mucho prestigio dentro del país, no deja de ser una cumbre y como tal es muy “estrecha” en el mundo científico (y puede ser que “acabe en punta”).

17. La palabra “*gaku-batsu*” es de formación similar a la palabra más conocida en el extranjero “*zai-batsu*” (las poderosísimas empresas industriales y comerciales que estaban en mano de una *familia* y lo dominaban todo y por esto fueron abolidas por los norteamericanos durante la ocupación del Japón).

Y este problema nos lleva ya al último que es lo que debe ser nuestra Facultad de Derecho. Si una universidad no debe ser torre de marfil, tampoco sus diversas facultades deben estar dominadas por un grupo cerrado que pone en peligro la libertad académica de sus profesores. En nuestro caso esto también significa que cada rama especializada del saber jurídico no debe ser monopolio exclusivo de un *gakubatsu*.

#### NUESTRA FACULTAD DE DERECHO.

Con esto entramos en el tema más espinoso de este trabajo y sobre el cual solamente puedo dar mi opinión personal. Es verdad que ahora ya no podemos pedir a ningún jurista el que sea un especialista *en todos los campos* de la Jurisprudencia, tanto teórica como práctica. Pero lo que no podemos pedir a ningún ser humano, lo que podemos pedir y esperar de una “*facultad de derecho*” como tal. Por facultad de derecho entiendo no solamente el profesorado que enseña e investiga, sino también los estudiantes que estudian y aprenden a investigar, y toda clase de empleados que a veces en sitios muy ocultos hacen que eso sea posible, sin olvidar tampoco una buena biblioteca que tenga sobre *cada* rama del saber jurídico muchos más libros de los que cada *especialista* pueda tener en su casa, *etc.* (en este *etcétera* va incluido todo lo que hace que tanto profesores como estudiantes y empleados se encuentren “en su casa”). Desde luego, tampoco hay que olvidar que así como la Jurisprudencia es solamente una rama del saber humano, la facultad de derecho es solamente una facultad entre muchas y no la universidad como tal (no es la *universitas studiorum*).

La fundación de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad Sophia parece que fue cosa del mero *azar*. Cuando ya hace más de 75 años se fundó nuestra Universidad, nadie pensó en tal cosa (sin duda porque entre los fundadores no había ningún *jurista*). Fue en el año 1955 cuando el entonces Rector de la Universidad Sophia, P. Oizumi S.J., en viaje hacia Alemania, pasó por Roma y el Superior General de la Compañía de Jesús le indicó que le parecía cosa extraña que nuestra Universidad no tuviera una facultad de derecho. Por fin llegó a Colonia y el Cardenal Frings le re-



pitió exactamente lo mismo. El P. Oizumi mencionó —me imagino que en plan de disculparse— el problema económico, pero el Cardenal insistió y le prometió pagar con su diócesis la mitad de los gastos, incluyendo la construcción de un nuevo edificio. Después de esto la cosa fue rápida: tres años más tarde empezaban las clases en nuestra Facultad de Derecho.

Precisamente por ser nuestra Facultad todavía muy joven, se puede decir que tiene grandes posibilidades de desarrollo y mejoramiento. Esto quisiera que se entienda en sentido *cualitativo* y no precisamente *cuantitativo* (aumento del número de alumnos). Como parte integrante de nuestra Universidad, nuestra Facultad de Derecho debe dar no solamente una formación humanista e integral (no formar solamente *especialistas* "deformados"), sino que también debe tener el espíritu típico de nuestra Universidad. Pero además tiene que tener su *razón específica* de ser *respecto a las demás facultades de derecho* y no ser "una facultad más de derecho" de las muchas que ya existen en el Japón. La razón de ser *respecto a las demás facultades de nuestra Universidad* es clara y no ofrece dificultad. Nuestra Facultad no debe limitarse solamente a la pura *ciencia* jurídica, sino también a formar buenos juristas que en su *práctica* realicen el Derecho y la Justicia. Como la situación en el Japón es distinta a la de otros países, tampoco puede decirse que la razón específica y única de nuestra Facultad, sea el convertirse en una escuela preparatoria para pasar con éxito el difícil examen de Estado<sup>(18)</sup>. El formar de un modo especial por medio del estudio del derecho, es cosa indispensable en la sociedad humana y esto es cosa que solamente lo puede y debe hacer una facultad de derecho. Por esto se explica, que tanto en Roma como en Colonia, hubiera sorpresa y extrañeza al saber que nuestra Universidad carecía de una facultad de derecho.

Sin embargo, todo lo dicho hasta aquí se puede decir sobre cualquier facultad de derecho. Pero tratándose sobre todo de una universidad privada, también nuestra Facultad debería tener además

18. Para información del lector diré que cada año se presentan a este examen cerca de 30.000 candidatos y solamente menos de 500 son aprobados. Los que aprueban tienen ya un promedio de 27 años o más de edad.

de todo ese algo peculiar y distintivo *respecto a las demás facultades de derecho*, o sea, como facultad de derecho. Desde luego nos podemos alegrar de que nuestra Facultad tenga un número muy alto de docentes comparado con el número de nuestros estudiantes y no tengamos una "mass production", que es lo más corriente en el Japón. Esto puede ser un distintivo nuestro y la razón del gran número de candidatos que cada año intentan entrar en nuestra Facultad<sup>(19)</sup>. Sin embargo, esto es todavía cuestión *cuantitativa* y no *cualitativa*, y esto no puede ser todo. Debemos poseer las características distintivas de nuestra Universidad, o sea, el espíritu del catolicismo<sup>(20)</sup>, de abertura y verdadera internacionalidad, etc., pero además —para repetirlo otra vez— *algo específico como facultad de derecho*.

Si se me pregunta en qué consiste o puede consistir ese algo específico que deberíamos tener, confesaré francamente que no puedo dar en seguida una respuesta concreta. Pero yo creo que lo característico de nuestra Facultad como facultad de derecho un día

19. Nuestra Facultad de Derecho tiene dos departamentos con un total de 300 nuevos estudiantes por año. En el último examen de ingreso (febrero de 1990) para cubrir estas 300 plazas se presentaron al examen 9.759 candidatos. Nuestra Universidad es relativamente pequeña (un poco más de 10 mil estudiantes) y el número total para cubrir las 2.000 fue de 31.602, o sea, que en las otras facultades la competición no es tan grande, pero sí grande comparado con otras universidades. Si un candidato no consigue pasar el examen, o bien intentará hacerlo en otra universidad en donde sea más fácil, o bien —y esto es lo común— continuará uno o más años preparándose para el difícil examen hasta que lo consiga o se conforme con una universidad de menos categoría. Esos estudiantes que se quedan sin poder entrar en una universidad, se llaman "*roonin*", nombre que antiguamente se daba a los vasallos que se quedaban sin samurai.

20. El "espíritu del catolicismo" también consta en el acta de fundación de nuestra Universidad, aprobada por el Ministerio de Educación, pero no significa que para ser profesor, y mucho menos para ser alumno, haya que ser uno católico. Algunas universidades protestantes, budistas, etc., exigen que sus profesores sean todos de la misma religión. Las universidades del Estado no pueden pertenecer, como es obvio, a ninguna confesión religiosa, pues la nueva Constitución manda la separación de "religión y Estado".

tomará forma concreta, si se cumplen ciertas condiciones. Intentaré explicarme.

Lo característico debe ser algo "único" en buen sentido, y que como tal no se encuentre en ninguna otra facultad. Si consideramos, por ejemplo, solamente una de las características de nuestra Universidad como es el espíritu de internacionalidad, vemos que eso no surgió debido al azar. En el año 1909 (41 de la Era Meiji) desembarcaban en el Japón tres jesuitas con la misión de fundar una universidad. El P. Dahlmann era alemán, el P. Boucher francés y el P. Rockliff inglés, y en el año 1913 (2 de la Era Taisho) se fundaba nuestra Universidad. Su intención no fue el imitar ninguna universidad japonesa, ni siquiera la famosa y entonces llamada "Universidad Imperial de Tokyo" (la actual Universidad Estatal de Tokyo), llamada generalmente "Toodai"). Si lo hubieran intentado no lo hubieran conseguido y ciertamente nuestra Universidad no tendría ahora nada característico. Lo que podemos tener de característico nosotros y nuestros "*Sophian's*" (los antiguos alumnos de Sophia) ya esparcidos casi por todos los países del mundo, no es algo que hayamos importado o imitado, sino más bien una cosa que ha salido espontáneamente de las convicciones básicas de los fundadores y primeros profesores.

Toda institución es algo así como un ser viviente que tiene vida propia, y es de esta vida de donde salen sus características principales. Para que la institución tenga realmente vida propia, tiene que poder propagar su "especie". Una facultad de derecho tiene por tanto que poder conferir el doctorado<sup>(21)</sup> y poder formar sus futuros profesores. Una facultad que para continuar viviendo se ve obligada a "importar" su personal docente, todavía no tiene vida propia. En este sentido creo que nuestra Facultad ya tiene vida propia y es de esperar que en el futuro irá aumentando todavía más.

Con todo, tampoco el extremo opuesto es ideal. El extremo opuesto es la facultad que no admite a ningún docente nuevo que

21. En el Japón existen no pocas facultades de derecho que carecen de "*dai-gakuin*", o sea, que no pueden conferir el título de maestro o doctor en Derecho.

no sea "de casa", cosa que también se da en el Japón. En la facultad en donde intentamos formar a nuestros estudiantes, tiene que reinar ciertamente un espíritu de familia entre profesores y alumnos, pero una facultad de derecho no es solamente una familia. Como centro de investigación científica debe tener las ventanas abiertas a los cuatro vientos y esto supone también un intercambio de profesores e incluso de alumnos con otras universidades de otros países. Se puede decir que todavía hoy el Japón está importando en gran cantidad la cultura jurídica sobre todo alemana, pero todavía no ha importado el sistema alemán para crear tal cultura y que consiste en un fuerte intercambio académico. En Alemania el que escoge la profesión docente universitaria, al acabar sus estudios debe ejercerla en otra universidad *distinta* de la universidad en que se ha formado. Está obligado a ejercer sus funciones docentes durante tres años en la universidad que le ha contratado, pero luego puede cambiar de universidad (incluido el volver a su *alma mater*) si recibe un "*Ruf*", o sea, si se le "llama" y ofrece una cátedra, cosa que, claro está, también puede rechazar. No hace falta explicar lo provechoso que es este sistema para el progreso de la ciencia y de la investigación.

En el Japón, en cambio, el ser admitido como docente en una universidad es lo mismo que ser admitido a trabajar en una empresa. Es un casarse para siempre con una universidad (o empresa) determinada, aunque, claro está, también en esto el "divorcio" (pasar a otra universidad o empresa) no está prohibido, pero se considera como un caso lamentable, bien sea para el interesado o para la entidad que lo "pierde" si es realmente una persona que vale. Debido a la presencia de grupos académicos cerrados —los *gakubatsu* como ya hemos explicado antes— hay facultades que no admiten en su profesorado a "gente de fuera" y hay otras de inferior categoría que como no pueden formar a sus futuros profesores, dependen de hecho de otra facultad "famosa" para poder sobrevivir. En cuestión de personal docente (pero no solamente en esto) unas facultades son completamente independientes, pero al mismo tiempo torres de marfil herméticamente cerradas, y otras son sencillamente puras "colonias" de las primeras. Cosa común a ambas es con todo, el estar dominadas por un *gakubatsu*.

A esto hay que añadir el típico sistema japonés llamado "*amakudari*". Como los profesores de las universidades estatales tienen que retirarse más jóvenes que los profesores de las universidades privadas, lo normal es que luego sean recibidos como docentes en las facultades de inferior categoría. Son recibidos con los brazos abiertos, pues al fin y al cabo son personas conocidas por haber estado en la cumbre de la pirámide académica, y porque allí se encuentran no pocas veces con sus *kobunes*. O sea, que son profesores "bajados del cielo" (eso es lo que significa literalmente "*amakudari*"). Con esto cambian ciertamente de universidad; lo único que no cambia, es el dominio del *gakubatsu*.

Los inconvenientes de este sistema ya se han hecho cada vez más sensibles en las últimas decenas de la postguerra. Actualmente las mejores facultades de derecho de universidades privadas no admiten a ningún *amakudari*, y las facultades que todavía no pueden prescindir de su ayuda, procuran escogerlos de *diversas* universidades, tanto estatales como privadas. En diciembre de 1988 di una conferencia en una universidad privada de Hokkaido con ocasión de los actos conmemorativos de la fundación de su facultad de derecho, cosa ocurrida hacía pocos años antes. Tuve la agradable sorpresa de ver que en dicha facultad no había dos profesores procedentes de la misma universidad y luego me pidieron que recomendara a algún doctorante de nuestra Universidad Sophia —cosa que hice con gusto— y la razón que me dieron, fue sencillamente el no tener todavía ningún profesor procedente de nuestra Universidad (ahora lo tienen).

Ya he sobrepasado en mucho el espacio que se me había permitido para escribir este trabajo y no tengo más remedio que *interrumpir* este tema, ya que no puedo *acabar* de tratarlo. Me he reducido a indicar solamente algunos problemas relacionados con el personal docente de una facultad, pero creo que esto es lo más importante, por no decir lo único importante. Si esto va bien, todo lo demás tiene que ir necesariamente bien.

Si nuestra joven Facultad tiene juristas eminentes y al mismo tiempo realmente dedicados a la formación de nuestros estudiantes, no tenemos nada más que desear para el futuro. No me ha sido posible expresar concretamente lo que será o debería ser el dis-

tintivo característico de nuestra Facultad de Derecho, pero poco importa. Esto nos lo enseñará sin duda el futuro. Lo importante es que hagamos todo lo posible para una mejor realización de la *Justicia* y el *Derecho* por medio del estudio y la aplicación de las *leyes*, pero tampoco esto puede ser cosa exclusiva de nuestra Facultad. Careceríamos del verdadero espíritu de universalidad e internacionalidad, si creyéramos que nosotros somos los únicos en el mundo que podemos hacerlo.