ISSN — 0716 — 7881

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1992

FILOSOFIA JURIDICA CHILENA. SIGLOS XVI AL XVIII

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 10 / 1992

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:
Agustín Squella

Asistentes del Editor:
Aldo Valle y Joaquín García-Huidobro

Comité Consultivo:
Albert Calsamiglia (Barcelona), Elías Díaz (Madrid), Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo), y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:
Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo, Jorge Iván Hubner, Máximo Pacheco y Eugenio Velasco.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1992

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL.
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 10
1 9 9 2

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades y Escuelas de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Universidad Católica del Norte, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Universidad de Valparaíso, Universidad de Concepción, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Diego Portales, Universidad Andrés Bello, Universidad La República, Universidad Finis Terrae y Universidad de Talca.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual
bajo el número 88.153.

ISSN — 0716 — 7881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,
Errázuriz 2120 - Valparaíso.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1992

FILOSOFIA JURIDICA CHILENA. SIGLOS XVI AL XVIII

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1991 - 1993)

Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Andrés Cuneo Macchiavello, Jesús Escandón Alomar, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci, Juan Enrique Serra H. 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 presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* Nº 10, correspondiente al año 1992.

Como se sabe, nuestra Sociedad opera en Chile desde el año 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que data, por su parte, de 1906.

El primer número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* apareció en 1983 y desde entonces ha continuado editándose y publicándose en forma ininterrumpida, gracias, sobre todo, a las distintas Facultades de Derecho del país que nos colaboran para tal efecto.

En su parte principal, el presente Anuario reproduce una antología de filosofía jurídica chilena de los siglos XVI, XVII y XVIII, preparada por Manuel Manson, y que corresponde a una línea de investigación seguida por éste de la que nuestra publicación ha dado cuenta, respecto del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, en otros de sus números anteriores a éste.

El lector encontrará también, en nuestra tradicional sección de *Estudios,* diversos ensayos de interés. Otras secciones, con materiales diversos, completan un volumen que ponemos al alcance de nuestros socios, estudiantes, especialistas y público interesado.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Agosto de 1993

ESTUDIOS

mo de Tierno se va a moderar en su actividad como parlamentario-constituyente (moderación que no altera el núcleo de su tesis: la dialéctica realidad social-Estado, en la transformación). Tierno valora positivamente el texto del anteproyecto de Constitución española y el doble pacto que expresa el de la sociedad y el Estado en un "sistema democrático" y el de las fuerzas políticas para lograr la estabilidad y la continuidad ([66]). Así, ante el texto de anteproyecto, Tierno valorando el Estado de Derecho y el Estado Democrático de Derecho, dice: "El Estado de Derecho se aplica, y es tradición larguísima, a los supuestos de justicia, y hemos agregado..., que el Estado tenía que ser de derecho y democrático y democrático significa, en este caso, abrir el camino para que todas las posibilidades que surjan de la voluntad del pueblo puedan realizarse..." (...). "Y un Estado democrático de derecho, si es democrático, no debe entenderse que lo sea sólo por sus instituciones parlamentarias. Es democrático porque la voluntad del pueblo puede llevar tan lejos el proceso que queda abierto el camino a cualquier ideología, incluida, claro es, la socialista" ([67]). La Constitución y el Estado Democrático de Derecho abren una vía, para organizar el poder en orden a la transformación social profunda, configurando así un extremo de esta dialéctica (realidad-Estado-Derecho).

Tierno Galván pensó en España, primero desde el pasado, para críticamente enfrentarse a su presente; su integración a Europa y su organización democrática del poder, como pasos previos en el "larguísimo" proceso de transición a la "sociedad socialista". El profesor, con sus contradicciones, ha contribuido a abrir caminos de "utopía", otorgándole sentido a la filosofía de la praxis.

---

66. En Diario de Sesiones Congreso. Comisión de Asuntos Constitucionales y libertades públicas Nº 59, de 5 de mayo de 1978, pp. 2.057-2.058. La moderación de Tierno, es un juicio que formuló en relación a su artículo de 1972 sobre el Derecho Constitucional para una fase de Transición; que es una ponencia para una Conferencia a dictar en C.E.R.E.N., Santiago de Chile, 1973; probablemente su contenido está muy influenciado por la original "vía chilena al socialismo", impulsada por el gobierno popular.

67. Diario de Sesiones Nº 59, p. 2.060.

LOS CONCEPTOS DE SER Y DEBER SER Y LA OPOSICION MITIFICADORA ENTRE "LO NATURAL" Y "LO ETICO"

PAULINA GOMEZ BARBOZA *

1. *Planteamiento del Problema.*

Para entrar en el análisis muy fundamental, de los conceptos de ser y deber ser, lo primero que hay que hacer es patentizar la existencia de dos especies de realidades complementarias la una de la otra: una que denominamos "realidad natural" y otra que llamamos "realidad humana, cultural o histórica".

Tal como lo explicita el jurista brasileño Miguel Reale, "en el universo hay cosas que se encuentran, por así decir, en estado bruto y cuyo movimiento no requiere ninguna participación de nuestra inteligencia o de nuestra voluntad. Al lado de estas cosas puestas originariamente por la naturaleza, hay otras sobre las cuales el hombre ejerce su inteligencia y su voluntad adaptando la naturaleza a sus fines. De esta suerte —continúa el autor— se constituyen dos mundos complementarios: el mundo de "lo natural" y el de "lo cultural", el de lo dado y el de lo construido..." ([1]).

---

* Magister en Derechos Humanos. Profesora de Introducción al Derecho, de la Universidad Católica de Valparaíso.

1. REALE, Miguel: *Introducción al Derecho.* Ed. Pirámide, Madrid, 1982, pp. 37 y ss.

El mundo de lo natural, de lo dado, está formado, entonces, por todos los elementos que son presentados al hombre sin su participación, tanto en lo que se refiere a su aparición como en lo tocante a su desenvolvimiento.

El mundo de lo construido, por su parte, incluye todo aquello que sobreañadimos a la naturaleza a través del conocimiento de sus leyes en orden a obtener un determinado fin. Así, el conjunto de todo aquello que, en los planos material y espiritual, el hombre construye sobre la base de la naturaleza, ya sea para modificarla a ella, ya sea para modificarse a sí mismo, recibe el nombre de Cultura, constituye el mundo de lo cultural. Sabemos que dentro de este ámbito de la realidad es donde primeramente encontramos situado el Derecho.

La cultura, en tanto conjunto de todo lo que construye o produce el hombre, incluye cuatro tipos diferentes de producciones, a saber: la producción instrumental, la producción teórica, la producción práctica y la producción artística. Hay que decir, sin embargo, que ésta es una clasificación que sirve únicamente de orientación general puesto que ninguno de los productos de los grupos mencionados pertenece exclusivamente al grupo dentro del cual lo presentamos primariamente.

Conforme lo establecido por el filósofo español José Ferrater Mora ([2]), producción instrumental es básicamente todo objeto físico (herramientas, enseres, etc.) que el hombre construye con el fin de dominar la naturaleza. Ello sin perjuicio de que ciertos elementos de lo dado, como los animales o el propio ser humano, pueden usarse —y por desgracia se han usado— también como instrumentos. Producción teórica, por su parte, es toda creación humana que tenga por finalidad principal la de proporcionar alguna idea acerca de lo dado, que tenga por fin conocer la realidad natural y/o humana (teorías, creencias, etc.). Producción práctica, en cambio, es toda creación humana que tenga por fin regular la conducta del hombre de modo explícito o implícito (las costumbres, el Derecho, la Moral, etc.). Y, finalmente, producción artística, que es el conjunto de ornamentos, artificios, obras de arte, etc.

2. FERRATER MORA, José: *De la Materia a la Razón*. Alianza Editorial, Madrid, 1979, pp. 78 y ss.

Ahora bien, en tanto todo lo que el hombre construye sobre lo dado, sea instrumental, teórico, práctico o artístico, lo hace para modificar la naturaleza o para modificarse a sí mismo, es decir, lo hace para la conclusión de un fin, es necesario reafirmar la idea de que es, precisamente la existencia de un fin la que caracteriza el mundo de la cultura y lo diferencia del mundo de lo natural. Por tanto, la idea de fin es también característica del Derecho en cuanto objeto cultural.

En efecto, lo dado simplemente existe y existe sin participación del hombre. Este puede observar y describir las cosas "naturales". No las puede regular ni mucho menos crear toda vez que lo que le sobreañade, deja de ser natural y pasa a ser cultural. Lo cultural, en cambio, también existe pero no de un modo natural sino por obra del hombre y en razón de la consecución de determinados fines. Lo cultural coexiste con lo natural. Así, el hombre no sólo puede observar y descubrir las cosas culturales sino que ha de crearlas y regularlas constantemente según sean los fines y valores que quiera alcanzar.

Pues bien, hasta el momento llevamos dicho que existen dos especies de realidades: la realidad natural y la realidad cultural; que ambas realidades coexisten, y que respecto de la primera, la natural, el hombre sólo puede observarla y describirla, no regularla ([3]) ni crearla, y que en relación con la segunda, la cultural, es el hombre el que la moldea históricamente.

Llegados a este punto, corresponde plantear la cuestión fundamental que orienta este trabajo, a saber: la utilización de un lenguaje equívoco y tendenciosamente confuso, a partir de la distinción entre las dos facetas de la realidad de las que hemos venido hablando y a propósito de las nociones de ser y deber ser, que se efectúa, en lo que al Derecho se refiere principalmente en el seno de doctrinas de corte positivista, con miras a potenciar la faceta positiva del

3. Es obvio que el hombre regula la realidad natural cuando la modifica o la transforma, pero entendemos que si ello ocurre, el producto resultante ya no es un objeto real sino un objeto cultural. Lo que se afirma cuando se dice que el hombre no puede regular la naturaleza es que éste no puede intervenir en las relaciones constantes que se dan entre los fenómenos físico-naturales de modo de alterar sus términos.

mismo en desmedro de sus facetas axiológica y sociológica, y con el propósito también, de propiciar un statu quo de la legalidad vigente o, en última instancia, una actitud acrítica frente al derecho positivo ([4]).

En nuestra propia comunidad de estudiosos del Derecho se manifiesta esta misma actitud de poca clarificación conceptual aunque, ya no en virtud de un positivismo propiamente científico, sino en razón de un positivismo ideológico, o como diría el profesor Pablo Ruiz-Tagle, en razón de una suerte del "legalismo" opuesto a toda creación doctrinaria de nuevo Derecho que él estima es preponderante en nuestra comunidad. O, lo que en cierto modo es lo mismo, en razón del dogmatismo reinante que impide el desarrollo de otras formas de conocimiento jurídico que ayudarían a develar las no pocos mitos, oscuridades y, sobre todo, rigideces que aporta el conocimiento dogmático como dificultades o trabas para la aprehensión cabal del Derecho en todas sus dimensiones ([5]). Pensemos

---

4. Se debe tener presente, sin embargo, que similar utilización del lenguaje a propósito de un planteamiento separatista y opositor entre las nociones ser y deber ser, y en relación con la noción de derechos subjetivos, se realiza también en sentido contrario. Esto es, potenciando la faceta axiológica del Derecho, en desmedro de su faceta positiva y fáctica. Principalmente, en el seno de doctrinas sobre los derechos individuales, particularmente la que defiende la existencia "derechos morales", derechos de carácter fundamental que asisten al sujeto independientemente de su consagración positiva, postura que no es más que un planteamiento neoinsnaturalista. Para ver cómo incide este discurso de separación entre un supuesto "mundo del ser" y un supuesto "mundo del deber ser" en las doctrinas en pro o en contra de la existencia de Derechos Fundamentales o "Derechos Humanos", puede consultarse GOMEZ BARBOZA, Paulina: *"Juridicidad y Fundamentación de los Derechos Humanos"*, en Revista de la Escuela de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, año 1992.

5. Es importante relacionar estas afirmaciones con las "Hipótesis" que plantea el profesor Agustín Squella en la obra colectiva *La Cultura Jurídica Chilena*. C.P.U., Santiago, 1992, pp. 9-48. Principalmente con la hipótesis decimoprimera, letras c y d, en las que señala que en nuestro medio "prevalece la idea de que está plenamente justificado, y de que posee pleno sentido, que los juristas circunscriban su tarea cognoscitiva a las normas jurídicas vigentes que se articulan en un ordenamiento jurídico dado, dejando de lado o a lo menos sin confundirlos con la anterior las tareas que se refieren a indagaciones históricas sobre el origen de las normas, o indagaciones sociológicas que busquen verificar los efectos de las normas en la vida social, y, por último, a las pesquizas de tipo evaluativo y crítico en torno a esas mismas normas. Independencia, en suma, y tal vez aislamiento, de la ciencia jurídica en sentido estricto, o dogmática jurídica, de la Historia del Derecho, la Sociología del Derecho y la Política Jurídica. Así, "si la dogmática jurídica desenvuelve por referencia a su objeto tareas de localización, interpretación, reconstrucción sistemática y explicación comprensiva de las normas jurídicas de un ordenamiento históricamente dado, lleva a cabo lo anterior, por lo que hace a nuestro medio proveyendo a una suerte de aislamiento de su objeto respecto de cuáles pueden ser el original histórico de las normas, sus condicionamientos de tipo social y la apreciación estimativa o crítica de las mismas".

por ejemplo, en las oscuridades relativas a las formas lingüísticas y conceptuales que se emplean, las referentes a los conceptos jurídicos. Es fácilmente constatable en nuestro medio la utilización, consciente o inconsciente, de un lenguaje equívoco, impreciso, oscuro e incluso, no pocas veces, tendencioso, que distorsiona la comprensión plena de la realidad del Derecho ([6]). La acertada comprensión de la realidad plena del Derecho exige trabajar en torno a la utilización equívoca y tendenciosa del lenguaje en nuestro medio o en su repetición acrítica, y no sólo en torno a las nociones de ser y deber ser. Sólo así, a partir de una constante reconstrucción racional de los conceptos, es posible que el estudioso del Derecho tienda con su trabajo a la existencia de un Derecho justo, a la plena vigencia y efectividad de ese Derecho y a la creación de nuevo Derecho, cuando ello es necesario, no constituyéndose, por el contrario, en un me-

---

6. No debemos olvidar la ya antigua enseñanza del destacado jurista Jeremy Bentham de que el estudio analítico de los conceptos jurídicos, el estudio del significado del vocabulario propio del Derecho, tarea que contemporáneamente podemos designar como "reconstrucción racional de los conceptos", es tan vital para nuestra comprensión de la naturaleza de éste como los estudios históricos y sociológicos, aunque por supuesto no puede reemplazarlos. Esta doctrina de la necesidad del estudio analítico de los conceptos jurídicos forma parte la tradición utilitarista de la teoría jurídica y se encuentra explicitada por Bentham en sus manuscritos, publicados por Herbert HART, bajo el título *Of Laws in General*, The Athlone Press, University of London, 1970. A la posibilidad de identificación entre esta doctrina y la modernamente designada reconstrucción racional de los conceptos se refiere Herbert HART en su obra *Bentham of Legal Rights*. Essays in Jurisprudence, Second Series, ed. by A.W.D. Simpson, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 171.

ro divulgador y expositor analítico de conocimientos jurídicos dogmáticos.

En efecto, pues, es común entre los autores, principalmente positivistas extremos y utilitaristas a ultranza, el uso de una simbología conscientemente equívoca que utilizando las expresiones "mundo del ser" y "mundo del deber ser" pretende identificar con la primera la faceta natural de la realidad, pero entendido "lo natural" exclusivamente como la naturaleza física y excluyendo todo lo cultural, así como referir con la segunda, indistintamente, y como si tales expresiones fueran todas sinónimas, lo cultural, lo ético, los valores o, las normas de conducta, en oposición a lo natural o los hechos. Así, entonces, identificando mundo del ser con lo natural y mundo del deber ser con lo ético, se plantean ambas como partes diferentes de la realidad, separadas e independientes la una de la otra, provocando con ello, no pocas disfunciones en la comprensión cabal de la realidad del Derecho.

Denominamos esta forma de entendimiento como concepción mitificadora de las nociones de ser y deber ser. La misma es la que interesa describir para poner en evidencia la confusa e inexplicada utilización que se hace de tales nociones para sostener una separación, muchas veces tajante, entre un supuesto "mundo de lo real" o de los hechos y un supuesto "mundo de lo ético" o de los valores.

Pues bien, identificado el problema, el paso siguiente es explicar por qué se utilizan esas expresiones para designar esas realidades, averiguar cuál es la confusión conceptual que se introduce y hacer patente las importantes disfunciones que ello produce o puede producir en la comprensión cabal de la realidad del Derecho.

2. *Bases lógico-formales de la identificación.*

Frente a la pregunta por qué se utilizan las expresiones "mundo del ser" y "mundo del deber ser" para designar, respectivamente, la faceta natural de lo real y aquella parte de lo real-cultural que es la normatividad, cabe decir que básicamente ello ocurre en virtud de la estructura lógico-formal de los juicios que el hombre emplea, tanto para referirse a lo real, cuanto para construir el objeto real cultural reglas de conducta.

La expresión "mundo del ser" se utiliza entonces, en virtud de las formas lógicas que el hombre emplea para describir lo real. La expresión "mundo del deber ser" se utiliza en virtud de las formas lógicas que el hombre emplea para construir las reglas de conducta.

Las formas lógicas que el hombre emplea para describir la realidad, tanto la fenomenología físico-natural, cuanto la fenomenología cultural, son los llamados juicios ónticos, juicio de ser o juicios enunciativos: sean estos juicios de realidad que expresan lo que las cosas son o juicios de valor que expresan el valor de las cosas que son. Juicios enunciativos que se fundan en la realidad que describen. Las formas lógicas que el hombre utiliza para crear el objeto cultural reglas de conducta, y dentro de ellas, las reglas éticas, donde se sitúa el Derecho, son los llamados juicios deónticos, juicios de deber ser o juicios prescriptivos, que expresan lo que las cosas deben ser y que se basan o fundan en valores.

Esta es la estructura lógico-formal que en principio permite sostener válidamente una suerte de identificación entre las expresiones "mundo del ser" —en el sentido de mundo que describen los juicios ónticos— y "mundo de lo real", de todo lo real. Y a su vez, entre las expresiones "mundo del deber ser" —en el sentido de mundo creado por los juicios deónticos— y mundo de las prescripciones o reglas de conductas.

3. *Elementos de confusión conceptual que introduce la concepción mitificadora de las nociones de ser y deber ser. Principales disfunciones generadas para la comprensión cabal de la realidad del Derecho.*

Existe, entonces, una correcta distinción entre juicios ónticos y juicios deónticos. Es también correcta la identificación de los primeros con la descripción de la existencia o el valor de la realidad, tanto en su fenomenología físico-natural cuanto en su fenomenología cultural y, por tanto, con lo real en general. Y de los segundos, con la prescripción de conductas, entre otras, con las prescripciones de carácter ético que se fundan en valores y a las cuales pertenece el Derecho y, por tanto entre otras, con la normatividad. Sucede, sin embargo, que los sostenedores de la concepción que criticamos in-

troducen ciertos elementos de confusión conceptual y terminológica que oscurecen el correcto sentido de esta identificación. En virtud de ellas resulta una asimilación incompleta entre los juicios ónticos, o mundo del ser, no con lo real en general sino sólo con los fenómenos reales de carácter físico-natural, excluyéndose toda consideración sobre la existencia o el valor de la fenomenología cultural, humana, histórica. Y deviene, en lo que a los juicios deónticos o mundo del deber ser se refiere, una identificación distorsionada, no con el mundo de las reglas de conducta o prescripciones en general, sino que con los valores que fundan las reglas éticas, o con el mundo ético en general.

En efecto, en primer lugar, en lo que respecta a la noción ser, son dos las confusiones que se introducen. A saber: primero, se reduce su operatividad sólo a una parte de lo real, aquella representada por los fenómenos físico-naturales, que no incluye lo cultural, las creaciones humanas y la vivencia individual y colectiva de las mismas. Parcela incompleta de la realidad que se designa con el término genérico y equívoco de "naturaleza". Así, se habla de mundo del ser como mundo de la naturaleza, haciendo sinónimo de la expresión ser la expresión reductiva de lo real, "naturaleza". Esta noción de naturaleza se plantea, además, como opuesta a la noción genérica de ética, moral o mundo de los valores. Aunque también existen versiones más cuidadas de la teoría de la separación entre el ser y el deber ser que plantean la oposición entre términos más específicos, a saber, entre "hechos" y "normas", versión que no por usar expresiones más concretas deja de ser distorsionadora de la realidad. Segundo, el concepto ser, además, pasa a ser expresión de la naturaleza o de la fenomenología físico-natural misma, y no de las formas que el hombre utiliza para describir la existencia o el valor de esa "naturaleza", no como forma de enunciación de lo real, que es lo que verdaderamente es. Así, se concibe el mundo del ser, o mundo de las enunciaciones sobre lo real, como sinónimo de la realidad misma, reducida ésta sólo a la fenomenología físico-natural.

Operan pues, tres oscuridades conceptuales que producen o pueden producir disfunciones muy concretas para la aprehensión cabal de la realidad o del ser pleno del Derecho: primero, opera la reducción de la expresión lógico-formal ser sólo a los fenómenos

reales de carácter físico-natural. Segundo, consecuentemente opera la negación implícita de la posibilidad de hacer juicios ónticos o descriptivos acerca de la existencia o el valor de objetos culturales. Respecto del Derecho ello implica, la negación implícita de la posibilidad de decir no tanto lo que es el Derecho sino cómo es el Derecho. Verbigracia, si es o no justo, si es o no eficaz, si es o no eficiente, etc. En última instancia ello significa una postura contraria, si no negadora, de la posibilidad de hacer, por ejemplo, Filosofía, Sicología, Sociología del Derecho o Política Jurídica. Y tercero, opera también la identificación inaceptable entre los términos ser y naturaleza, la que aparte de ser reductiva de lo real como ya explicamos, implica también un paso no explicitado ni debidamente fundamentado, más bien un paso subrepticio sino tendencioso, desde el discurso lógico-formal al discurso metafísico, que hace una sinonimia incorrecta entre estos términos ser y naturaleza olvidando que el término ser tiene esencialmente un sentido lógico como forma de enunciación de lo real, y que por tanto, es como tal la expresión de un objeto, y no el objeto mismo que se describe o expresa. Cualquier otro contenido que se asigne a la noción ser implicará un planteamiento metafísico que como tal debe ser explicitado y suficientemente fundamentado.

En segundo lugar, en lo que respecta al concepto de deber ser, la confusión conceptual más importante que se introduce es que, de nuevo, en razón de un subrepticio paso del discurso lógico-formal al discurso metafísico, no se identifica esta noción con las prescripciones en general, sino sólo con las prescripciones éticas o normas, y a partir de allí, en virtud de nuevos saltos conceptuales, se pasa a identificar mundo del deber ser con mundo ético o mundo de los valores, e incluso con "lo cultural" en general, como si tales expresiones fuesen todas sinónimas. Planteando, además, una oposición entre todas ellas y el mundo de lo real.

De este modo, al menos son dos las oscuridades de sentido y comprensión que se introducen, y no son poco graves las disfunciones que ellas provocan o pueden provocar en la comprensión cabal del Derecho. A saber: primero, se oscurece el sentido del Derecho como una forma de regulación de la conducta que es creada y ha de ir siendo modelada constantemente por los propios hombres como producto cultural e histórico que es, y consecuentemente, se po-

tencia la idea del Derecho positivo vigente como un valor en sí mismo, con lo cual implícitamente se está defendiendo la vigencia de un statu quo en el ser del Derecho: el statuo quo de la legalidad positiva vigente cualquiera sea su grado de justicia, vigencia o efectividad sociales. Esto es, el Derecho que existe, en tanto constituye un valor en sí mismo, debe preservarse con independencia de su relación con el mundo del ser, con independencia de los hechos sociales, de su vigencia y efectividad. Segundo, se oscurece también el sentido del Derecho como una forma de regulación de la conducta que se basa en valores determinados históricamente, y que como tal debe estar en permanente confrontación con ellos, de modo de averiguar si la ley positiva vigente se ajusta o no a esos valores fundamentales del Derecho. Así, entonces, sostener una identificación entre mundo del deber ser y mundo de lo ético o de los valores a partir de un salto conceptual no explicitado ni fundamentado desde el discurso lógico-formal al discurso metafísico, implica sostener en el análisis de la realidad o del ser del Derecho: primero, una concepción reificada del Derecho en su dimensión positiva vigente. Segundo, implica también negar la dimensión axiológica o valórica de todo Derecho como expresión de valores fundamentales que se desea hacer efectivos en la sociedad a través del ordenamiento jurídico, cuando no supeditar esta dimensión valórica al statu quo vigente. Y tercero, implica en consecuencia con lo anterior, sostener una posición acrítica, sino desconocedora, de la dimensión sociológica del Derecho.

4. *Reafirmación del correcto sentido lógico-formal de los conceptos ser y deber ser.*

Dentro de la conformación de los juicios, el nexo es aquello que une sujeto y predicado, y puede estar constituido por la expresión verbal ser, o por la expresión verbal deber ser. Ser y deber ser, entonces, desde este punto de vista lógico-formal, son sólo dos tipos de nexos entre sujeto y predicado.

Ahora bien, si el sujeto se une al predicado mediante el término ser puede ser para expresar la existencia de cualquier cosa real o el valor de cualquier cosa real. He aquí ya una razón en virtud de la cual no es posible asimilar ser a "lo natural" sólo en sentido fenoménico-físico, en oposición a "lo ético".

Por otro lado, si el sujeto se une al predicado mediante la expresión verbal deber ser no se está simplemente describiendo la existencia o el valor de lo real, sino que se está prescribiendo, preceptuando algo, en última instancia, se está creando un nuevo ser, un objeto cultural, llámese Derecho, Moral, normas de trato social o reglas técnicas que, en tanto objetos reales, pueden también ser objeto de juicios ónticos sobre su realidad o valor. De ahí que no sea posible plantear una oposición entre lo real y lo ético, además de la razón última anteriormente expuesta, en tanto el lenguaje prescriptivo, el lenguaje de deber ser, no expresa sólo la regulación ética de la conducta sino también la regulación técnica. Y en última instancia, si se considerara la expresión deber ser en un sentido estricto sólo como prescripción normativa, subsiste aún la imprecisión conceptual de asimilar el término norma con el término valor, y confundir así la prescripción misma con su fundamento.

Conviene tener presente, entonces, que si bien el mundo de la regulación ética, de la normatividad, del Derecho en definitiva, se construye en virtud de juicios deónticos o prescriptivos que tienen carácter obligatorio, ello no es óbice para que el hombre pueda también hacer juicios ónticos o enunciativos sobre la existencia o el valor de las normas: su existencia o valor pasado, presente o futuro. Bien puede el hombre describir lo que el Derecho es, ha sido o podría ser, bien puede describir cómo funciona, ha funcionado, o cómo podría funcionar, bien puede describir cómo se relaciona, ha relacionado o podría relacionarse el hombre con él, tanto desde el punto de vista individual como desde el social. Planteamientos que sólo son posibles por medio de la Historia, la Sociología, la Sicología del Derecho, la Política Jurídica, etc., y que exigen traspasar los límites de la Ciencia Jurídica en sentido estricto, los límites de las formas dogmáticas del conocimiento jurídico.

También hay que tener presente que los juicios ónticos, por tanto, se hacen no sólo respecto de la fenomenología físico-natural sino también en relación con la fenomenología cultural, humana, e histórica. Pueden ser enunciados sobre cualquier ser u objeto real, sea éste un objeto "natural", como las lluvias, o un objeto "cultural", como el Derecho, y sea que se quiera describir su realidad o

valor pasado, su realidad o valor presente, o se quiera hacer una estimativa sobre su ser o valor futuro.

De ahí entonces, y retomado el tema que nos ocupa de la precisión o clarificación de los conceptos ser y deber ser, hay que decir que si bien, en principio, es correcto relacionar el concepto ser con el de leyes naturales, o proposiciones ónticas que describen el mundo de la naturaleza física, no es correcto reducir tal concepto sólo a la realidad natural, en el sentido de naturaleza física que hemos venido considerando. Así como tampoco es correcto, a partir de tal reducción, oponer el llamado "mundo de lo natural" al llamado "mundo de lo cultural" como si se tratase de dos realidades separadas, independientes la una de la otra. Tales formas de entender el concepto ser no son conceptualmente correctas. De este modo resulta que el concepto ser o la expresión "mundo del ser" no es equivalente al mundo de lo natural en sentido físico, sino que más bien propiamente expresión del mundo de lo real en general, expresión de todo lo que existe o es, pudiendo ser tanto fenómenos u objetos físico-naturales cuanto fenómenos u objetos culturales. En tal sentido hay que entender las expresiones "lo real", "lo natural" o "lo dado". Y por tanto, es obvio que, a propósito de los conceptos de ser y deber ser, no pueden oponerse mundo natural y mundo cultural como si se tratase de realidades separadas, independientemente entre sí. No tener presente estas precisiones nos puede llevar a admitir como válida una concepción mitificadora de la expresión ser que unifica todo lo natural, lo dado, fáctico o real como algo opuesto a lo cultural normativo o valorativo, como si además todas esas expresiones fuesen sinónimas.

En lo que respecta al concepto deber ser, hay que decir que al igual que sucede con el concepto ser, si bien, es correcto relacionar este concepto de deber ser con el de reglas éticas o normas, no es correcto mitificar el mundo del deber ser sólo como mundo de normas o mundo ético, toda vez que ello implica, primero, reducir el mundo de la prescripción a la sola regulación ética y, segundo, considerar las reglas éticas o normas, esto es el Derecho, la moral y las reglas de trato social, como algo opuesto y separado del mundo de los hechos, como si tales normas fuesen un objeto cultural inerte, esto es, un objeto que no se actualizara, viviera y, por tanto, afectara por la realidad humana que rige. Si las reglas

éticas las crea el hombre para regular su conducta individual y social, lo ético se constituye en última instancia como forma de vida social, por tanto, no puede existir sin relacionarse con la vida humana y todos sus condicionamientos.

Así, el mundo del deber ser siempre estará en relación con el del ser. Las reglas éticas, esto es, el Derecho, la Moral y las normas de trato social, no sólo existen en virtud de la formulación de juicios de valor obligatorios sino que, también, en tanto objetos culturales "vivos", pueden ser analizados mediante la formulación de juicios ónticos de realidad o de valor para explicar cómo son "vividas" o cómo son "sentidas" las normas por parte del hombre individual y colectivamente considerado, bien en una perspectiva presente, pasada o futura.

Pues bien, recapitulando, de todo lo dicho se desprende que cuando se habla del ser se está queriendo referir, simbólicamente y desde el punto de vista lógico-formal, todo aquello que es, que existe, sea una realidad natural o una realidad cultural, y sea que se describa su existencia o su valor. Esto es, sea que se diga qué es o cómo es, y obviamente, sea que se diga en una dimensión presente, pasada o futura.

Cuando se habla de ser se está hablando, entonces, de fenómenos u objetos físico-naturales y fenómenos u objetos culturales, y sea que se esté expresando su ser presente, su ser pasado o una estimación de su ser futuro.

Se desprende, asimismo, que cuando se habla de deber ser se está queriendo referir, simbólicamente y desde el punto de vista lógico-formal, a todo aquello que debe o tiene que ser, que debe o tiene que acontecer en las relaciones entre los hombres en virtud de la consecución de un fin práctico o de un valor. Lo que no quiere decir que, por tratarse de juicios prescriptivos, no pueda el hombre a su respecto hacer, también, juicios enunciativos sobre el ser o el valor pasado, presente o futuro de esas prescripciones, en tanto objetos culturales que no son inertes sino que constituyen, a la vez, formas de vida social.

No es correcto, por tanto, a partir de la lógica de los juicios ónticos, hacer una sinonimia simple e inexplicada entre ser y naturaleza porque el término ser expresa la forma lógica de descripción de esa parte de lo real, pero no expresa la naturaleza misma.

Además porque el término naturaleza se emplea con un sentido equívoco que busca presentar la realidad como separada en dos compartimentos estancos, incomunicados el uno con el otro: el de la naturaleza y el de la cultura. Y finalmente, porque a partir de tal separación se admite y sostiene luego, como si tales términos fuesen equivalentes, la separación, también, entre lo real y lo ético, entre los hechos y las normas, o entre los hechos y los valores.

Tampoco es correcto, a partir de la forma lógica de los juicios deónticos, hacer una sinonimia de iguales caracteres, entre deber ser y cultura como términos opuestos a ser y naturaleza porque el término deber ser expresa la forma lógica de creación de las prescripciones y es, por tanto, un término representativo de sólo una parte de la realidad cultural que, obviamente, no agota el mundo de la cultura. Además, tampoco es un término equivalente a lo ético, o a los valores en general, sino sólo a las prescripciones de conducta que como tales hallan su fundamento en valores éticos de distinta índole: jurídicos, morales o sociales. Por tanto, a partir del término deber ser no es posible plantear una oposición entre un pretendido mundo del deber ser como mundo de lo cultural, ético o valórico y un pretendido mundo de lo natural, lo real o lo fáctico.

5. *Importancia práctica que tiene sostener una postura desmitificadora de las nociones ser y deber ser.*

Conviene recalcar la importancia práctica que tiene manejar conceptos adecuados de las nociones ser y deber ser evitando la mitificación de las mismas que, necesariamente, implica concebirlos como mundos o realidades separadas e independientes entre sí. Si los conceptos ser y deber ser no se entienden correctamente y de modo interrelacionado se corre el riesgo de que el Derecho resulte ubicado en el mundo del deber ser, en el mundo ético, como algo aislado de la realidad cultural, humana e histórica en la que se inserta. El Derecho existirá porque debe existir, porque es valioso que exista, pero lo hará con entera independencia de su efectividad, eficacia y estimativa social. Es decir, con entera independencia de si la legalidad vigente se cumple o no se cumple, o de si produce o no sus efectos en la realidad, y con independencia, también, de la

forma en que las normas son "sentidas" por los sujetos que las viven, con independencia de si ellos las estiman o no justas, igualitarias, ciertas, bastantes, etc.

Este es un riesgo a tener siempre en cuenta, pues como bien explica el filósofo español Ferrater Mora ([7]), tradicionalmente no han sido pocos los autores que han planteado y sostenido una pretendida separación entre realidades y normas, o como se dice con frecuencia, entre el mundo del ser y el del deber ser, entendidos éstos del modo mitificado que ya hemos visto. "En la concepción que ha llegado a ser por antonomasia clásica —nos explica el autor— se ha distinguido entre dos mundos: el mundo natural y el mundo moral. Se supone que el primero está constituido por hechos y que éstos se hayan regido por leyes naturales. Se supone que el segundo está constituido por acciones e intenciones, que son en principio libres y que deben conformarse con ciertas máximas imperativas, prescripciones o normas" ([8]).

Sostener esta idea tiene un efecto distorsionador de la realidad, que es el que interesa destacar, en favor de una comprensión correcta de los conceptos ser y deber ser: cuando se comienza por distinguir entre el ser y el deber ser, o entre el "mundo natural" y el "mundo moral", según la concepción tradicional que se cuestiona, sólo dos posibilidades parecen ofrecerse en cuanto a la posibilidad de relación entre ambas esferas de la realidad: o se mantiene la distinción de un modo tajante insistiendo, entonces, en separar dos mundos que en la realidad de las relaciones humanas coexisten, o bien, si se aspira a eliminarla, se lleva a cabo mediante la reducción completa de un término al otro considerando, por tanto, en cualquier análisis sobre relaciones humanas, o bien sólo los hechos sociales con independencia de normas o valores, o bien sólo las normas y valores con independencia de los hechos sociales.

Así, al adoptarse el punto de vista de la separación entre el ser y el deber ser la dimensión social queda en principio separada de la norma y viceversa. Piénsese en el efecto distorsionador que ello puede acarrear al mundo del Derecho si se intenta la regula-

---

7. FERRATER MORA, ob. cit., (Nº 2), pp. 119 y ss.

8. Ibidem, p. 122.

ción jurídica de hechos sociales como la separación entre marido y mujer, el aborto clandestino, la contaminación ambiental, la cesantía, etc., hechos todos que no podrán ser resueltos de un modo eficaz o satisfactorio si se deja de considerar la dimensión social o la dimensión ética del problema.

6. *Conclusión: Enfoque alternativo de la mano de la realidad.*

Frente a esta visión distorsionadora puede alegarse que hay otra posibilidad: la de admitir de la mano de la realidad que el ser y el deber ser, es decir, que lo llamado "real" y lo llamado "moral" coexisten en un estado de tensión constante. Y la de reconocer, también, que no hay ninguna realidad especial constituida sólo por lo moral (prescripciones, normas, valores, etc.) en la misma forma en que no hay una realidad especial constituida sólo por lo "real" (afirmaciones, hipótesis, leyes naturales, etc.), sino que ambas resultan de actividades del hombre, ambas son productos humanos culturales, y no pueden ser mitificados como "mundos" aparte del uno del otro por medio de la simbología de las expresiones mundo del ser y mundo del deber ser. Tanto lo llamado real como lo llamado moral o ético, son producciones culturales del hombre. Las primeras pertenecen a las llamadas "producciones teóricas". Las segundas a las llamadas "producciones prácticas". Y ambas son creadas en virtud de la consecución de fines y valores que al hombre interesa realizar: las primeras son creadas con un fin cognoscitivo, ellas permiten al hombre entender cómo son o cómo funcionan las cosas; las segundas son creadas con un fin regulador, ellas permiten que el hombre actúe de la manera que socialmente se estima más valioso.

Pues bien, recapitulando, y para fijar las ideas claves de la concepción desmitificadora de las nociones ser y deber ser, que es la que nos parece más correcto retener para evitar posteriores distorsiones sobre el entendimiento de lo que es el Derecho, cabe decir:

1) Que lo real, cuando se hace sinónimo de ser, no es más que la expresión de todo producto cultural humano del tipo teórico que ayuda al hombre a entender tanto la naturaleza física como

su propia realidad individual y social (leyes naturales, teorías, hipótesis, afirmaciones, etc.). Por tanto, no puede ser confundido o identificado con la realidad natural o humana propiamente tal.

Lo ético, a su vez, cuando se hace sinónimo del deber ser, también no es más que la expresión de todo producto cultural humano, esta vez de tipo práctico, que permite al hombre modelar su realidad de acuerdo con determinados valores y de un modo obligatorio.

2) Cabe decir también, que tanto lo real como lo ético, entonces, en tanto insertos en una misma realidad humana como elementos creados tanto para entenderla cuanto para modelarlas de un modo obligatorio, no pueden entenderse si no es en una relación dialéctica constante. En virtud de ello, entonces, hay que tener claro que siempre son posibles las interferencias del mundo del ser en el deber ser y viceversa.

Por ejemplo, en relación con el Derecho, ello sucede si una realidad social aplastante de desobediencia logra la derogación de una norma que se ha tornado inadecuada. Piénsese, por ejemplo, en la opinión generalizada y sostenida de los varones jóvenes a la realización del servicio militar obligatorio, opinión que termina con la derogación de la norma que establece esa obligación y el establecimiento de un servicio social sustitutorio en favor de los jóvenes objetores de conciencia.

Así también son siempre posibles las interferencias del mundo del deber ser en el mundo del ser, por ejemplo, si en virtud de juicios de valor generalizados en favor de un determinado estado de cosas se obtiene la dictación de normas jurídicas nuevas que establezcan el estado de cosas deseado. Piénsese, por ejemplo, en el reconocimiento del derecho al divorcio, o el reconocimiento del derecho al aborto en casos calificados, o en la derogación de normas sobre censura cinematográfica, todo ello en virtud de una opinión pública favorable y activa.

De este modo, ha de quedar claro que si bien el Derecho es un producto cultural del tipo normativo que como tal se expresa a través de proposiciones deónticas o de deber ser, y por lo mismo se adscribe al llamado mundo ético o de los deberes, no por ello existe de un modo aislado de los hechos sociales sino que, por el contrario, está en permanente interrelación dialéctica con ellos de

modo que, como veíamos en los ejemplos dados, siempre es posible que el Derecho se vea interferido por hechos sociales, ya sea para crear nuevas normas jurídicas, o para modificar o derogar las existentes. Así como también, siempre es posible que otros valores que aún no constituyen Derecho, que aún no se plasman en normas jurídicas, puedan interferir con el Derecho vigente ya sea para modificarlo o sustituirlo por uno nuevo.

3) Para terminar, y en igual sentido desmitificador, hay que entender que, en definitiva, ser no es más que una expresión que se emplea para ayudarnos a entender la realidad, sea ésta físico-natural, sea cultural; y que deber ser, a la vez, no es más que una expresión que se usa para modelar o moldear la realidad humana en función de valores, tratándose de las reglas éticas, o en función de la consecución de fines prácticos, tratándose de las reglas técnicas.

El ser, entonces, es una proposición óntica o un enunciado que permite al hombre entender la realidad, tanto en su faceta natural como en su faceta cultural, en tanto por medio de ellas se puede describir la existencia o el valor pasado, presente, futuro de las cosas.

Y, el deber ser, por su parte, es una proposición deóntica, o una prescripción que permite al hombre modelar su realidad humana individual o colectiva, en tanto por medio de ellas se ordena el comportamiento humano en función de la consecución de determinados valores o fines prácticos, por medio del establecimiento de reglas de conducta obligatorias, como son las éticas, o meramente necesarias, como son la de carácter técnico.

Cualquier otra conceptualización que se haga sobre la noción de ser o de deber ser implicaría salir del plano de lo lógico-formal y plantear el debate en el mundo de la metafísica. Por supuesto que ello es posible y correcto, pero tal avanzada al discurso metafísico debe ser explicitada y la asimilación de los conceptos ser y deber ser a otros contenidos más allá de lo lógico-formales debe ser suficientemente argumentada.

Lo que no es aceptable es que a partir de una concepción lógico-formal de los términos ser y deber, se haga una derivación no explicitada, no asumida, y por tanto, no fundamentada hacia un

concepto metafísico de las mismas. Y que, a partir de allí, de una derivación conceptual no evidenciada e imprecisa, se sostenga un contenido sustantivo para tales expresiones. A saber, que ellas representan o constituyen "realidades" diferentes y que tales realidades existen separada e independientemente entre sí. Más inaceptable aún, cuando a partir de allí se potencia sólo una de las dimensiones de la realidad jurídica en desmedro de las otras. Por ejemplo, como vimos aquí, si a partir de allí se potencia sólo la dimensión positiva del Derecho con independencia de su dimensión axiológica y sociológica, asumiéndose, en última instancia, una posición acrítica frente a la legalidad vigente.

Conviene no olvidar que de acuerdo con la doctrina de la necesidad del estudio analítico de los conceptos jurídicos, Bentham postula un principio metodológico básico para los estudios jurídicos que, siguiendo una terminología moderna, podría ser englobado en la expresión "principio metodológico de reconstrucción racional de los conceptos". Tal metodología es elaborada por Bentham en torno a la idea de la necesidad de no insistir en la utilización de conceptos que, por ser "ficticios", resultan vagos e imprecisos, y por ende, sólo redundan en la inseguridad jurídica y en el oscurecimiento del sentido del Derecho (9). Obviamente, Bentham hacía estas afirmaciones pensando básicamente en el concepto de derechos naturales, no obstante lo cual, no parece en absoluto incorrecto referir algo semejante de expresiones como "mundo del ser" o "mundo del deber ser", más aún si los términos ser y deber ser se entienden en el sentido mitificador que aquí tratamos.

---

9. BENTHAM, ob. cit. (Nº 5).