ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1998

EL DERECHO COMO CIENCIA Y COMO PROFESION

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:
Agustín Squella

Asistentes del Editor
Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

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
1998

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 16
1 9 9 8

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Austral, Adolfo Ibáñez, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, Central, de Concepción, de Chile, del Desarrollo, Diego Portales, La República, y de Valparaíso.

©
Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881
Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1998

EL DERECHO COMO CIENCIA Y COMO PROFESION

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

D I R E C T O R I O
(1997 - 1999)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle Acevedo.

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 presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* Nº 16, correspondiente a 1998.

En su primera parte, esta obra contiene la tradicional sección *Estudios,* en la que se presentan diversos trabajos de interés en el campo de la filosofía jurídica y social.

Una segunda sección, llamada *Ponencias,* reproduce la versión escrita de las comunicaciones que fueron presentadas, en 1998, en la Tercera Jornada Chilena de Filosofía del Derecho. Dicha Jornada, que fue organizada por nuestra sociedad y que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, estuvo dedicada al tema "El derecho como ciencia y como profesión".

Seguidamente, la sección *Informe* contiene un texto de Manuel Manson acerca de las fuentes bibliográficas de la filosofía jurídica en nuestro país.

Por último, en la sección llamada *Traducción* se incluye la versión castellana de "El enfoque económico de la conducta humana", de Gary S. Becker.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social se encuentra preparando su Anuario Nº 17, correspondiente a 1999, que aparecerá en el primer semestre del año 2000.

Nuestra sociedad agradece a los autores que colaboraron con este Nº 16 del Anuario, así como a las distintas Facultades de Derecho que contribuyeron a su financiamiento.

consumo y servicios del Estado" ([58]). Y este exhorto de don Raúl ya no se inscribe, a mi ver, en las narraciones utópicas de la juventud latinoamericana, castigada como fue y es por el indiscreto engaño propinado por políticos e intelectuales de todo género: "La transformación no es una operación técnica y política, sino que debe ser esencialmente moral, y tiene que buscarse la compatibilidad entre el interés personal, que tiene un gran sentido dinámico, y el interés colectivo, entre decisiones colectivas en materia de ritmo de acumulación y distribución y decisiones individuales en el mercado. El Estado debe ser el regulador fundamental pero sin estorbar el crecimiento de la economía"... ([59]). Una exhortación ética reminiscente de los "incentivos morales y psicológicos" que la revolución cubana predicó en los sesenta; sin embargo, Prebisch nunca los difundió ni en su entorno institucional inmediato ni en las prédicas a la sociedad latinoamericana ([60]).

Debe ser materia de futuras incursiones si este hálito utópico prebischiano es un producto de la desesperanza o de su inquebrantable optimismo. Y si al cabo constituye una floración extemporánea del "discurso a la juventud" que pensadores decimonónicos gustaban enhebrar ([61]) o si es un ingrediente que todavía será reclamado por la modernización enajenante y la cultura de la impunidad que hoy caracterizan a la condición regional.

---

58. Ibid. pág. 311.

59. Ibid. pág. 86.

60. Obsérvese otro ardid de la dialéctica hegeliana que de ninguna manera almacena un reproche personal o una infidencia. El hijo único de don Raúl es hoy un ciudadano norteamericano que está forjando su carrera pública y profesional en California. Tal es el peso de la enigmática razón histórica.

61. Véase al respecto J. Hodara, *¿El fin de los intelectuales?*, op. cit., especialmente el ensayo dedicado a la sociología del "pensador".

PONENCIAS *

---

* En esta sección se incluye la versión escrita de las ponencias que fueron presentadas en la Tercera Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales el 23 de octubre de 1998. La Jornada estuvo dedicada al tema "El Derecho como Ciencia y como profesión".

LA CIENCIA JURIDICA COMO CIENCIA PRACTICA

FERNANDO QUINTANA BRAVO *

La practicidad del saber jurídico ha sido siempre reconocida, sobre todo porque se le asocia a la actividad práctica del jurista. Kant recuerda a este respecto en su *Metaphysik der Sitten,* en la parte dedicada a la *Rechtslehre,* que la pregunta ¿qué es Derecho? puede resultar embarazosa para el jurista, en cambio si se le pregunta *quid sit iuris,* esto es cuál es el derecho de tal persona en tal situación, lo puede responder fácilmente; pero establecer un criterio para determinar si eso es correcto o incorrecto, es decir, justo o injusto, eso sería una tarea muy diferente ([1]). La observación kantiana recae sobre un tema del máximo interés: el saber del jurista práctico le habilita para señalar en una situación determinada cuál es el derecho de una persona. Pero cuando el saber tiene como objeto principios universales generales, la posibilidad de relacionar el principio con la situación es mucho más dificultosa. No se está planteando aquí todavía una ruptura entre dos dominios, el de lo universal y el de lo particular singularizado, el de los principios y el de las situaciones. Lo que sí en cambio sugiere es que en el saber jurídico hay dos partes, una relativa al conocimiento de los princi-

---

* Profesor Investigador, Departamento de Estudios Humanísticos Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile.

1. Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten,* pág. 336, Kant Werke, ed. de W. Weischedel, Insel Verlag, Berlin, 1956.

pios, y otra que concierne a las legislaciones positivas en relación con situaciones determinadas.

En el origen de la constitución del saber científico está dada una dirección. Se organiza un aparato conceptual, se delimitan las categorías y se diseñan los métodos. Todo esto asegura demostraciones y un conocimiento cierto. La ciencia natural y las matemáticas han podido desarrollarse enormemente, desde la época moderna hasta nuestros días. No es lo que ocurre en las disciplinas morales, políticas y jurídicas. Aquí el tema de los conceptos y los métodos pasa a ser extensamente debatido. Se discute el origen de los conceptos, cómo se definen y cómo se validan. La cuestión metodológica ha ocupado también largamente la atención de los estudiosos.

Fue el pensamiento griego, en realidad, el que llamó la atención sobre los factores de incertidumbre en el conocimiento de las disciplinas prácticas. El texto de la *Etica Nicomaquea,* en el cual Aristóteles señala la incertidumbre cognoscitiva, será central en los estudios de Gortius y Pufendorf, quienes estaban movidos por el afán de constituir una ciencia jurídica comparable con la exitosa ciencia natural y matemática. En la época moderna es recogido el dictum aristotélico de que la ciencia sólo recae sobre lo universal, lo que permite indagar acerca de las conexiones necesarias. Universalidad y necesidad se convierten así en conceptos capitales de la ciencia moderna. No se sustrajeron a estos los iniciadores de la ciencia jurídica moderna. Una primera etapa lo forma el derecho natural, o mejor, los principios o leyes naturales, que son aquellos componentes de la ciencia que recogen esa exigencia de universalidad y necesidad. La ciencia natural podía exhibir la regularidad de los fenómenos expresada en leyes naturales. Estas leyes son formulaciones de un principio regulador de un fenómeno natural. La "ley" como tal, sigue una larga evolución: surge en el ámbito moral y humano, se recepciona en el mundo natural exterior, pero en el mundo moderno se inicia una distinción, que va a conducir a plantear una ley natural del mundo físico y una ley natural del mundo moral y jurídico. Lo que nos interesa de esta larga e interesante evolución es el punto en que la ciencia de la Naturaleza comienza a desarrollar métodos de observación y cuantificación de fenómenos, y cuando alcanza este método de cuantificación un grado suficiente de desarrollo, se ins-

tala la *medida* como una categoría conceptual del método científico natural, y se da nacimiento a la moderna ciencia experimental. En esta nueva ciencia natural la formulación del principio regulador se hace en símbolos matemáticos. Se hace realidad lo que alguna vez advirtió Galileo: la naturaleza está escrita en lenguaje matemático. La matematización de la ciencia natural es un fenómeno que se acentúa y prolonga hasta nuestros días. El positivismo lógico del primer tercio de este siglo podrá encontrar en este estado de cosas una importante razón para exaltar la primacía de los lenguajes formalizados. La precisión y la simplicidad que procuran estas fórmulas se convierte en uno de los grandes logros intelectuales de la ciencia moderna. No ocurre lo mismo en la esfera moral y jurídica. Los largos debates que culminaron con la separación de la ciencia, la teología y cierta manera de entender la metafísica, en el campo moral y jurídico se prolongan, de tal manera que el concepto de "ley natural" pasa a ser un tema vivo aún mucho tiempo después que el otro debate se había extinguido.

La pretensión de constituir un saber jurídico encuentra su origen en la naturaleza humana, y las formas en que se manifiesta es múltiple, y nunca cumplida totalmente. Con Bacon se vuelve nuevamente al intento de pensar "científicamente" el Derecho. Pero aquí también se renueva el antiguo problema de la "certidumbre" cognoscitiva. Mientras la ciencia físico-matemática podía exhibir relaciones universales y necesarias, expresadas en fórmulas constantes, en la materia de estudio del Derecho se presentan elementos de incertidumbre, inherentes a la acción humana misma, pues entre lo que se quiere y lo que se logra como efecto final no hay conexiones necesarias. Fue la preocupación de Grotius y Pufendorf buscar una solución al problema, y constituir una ciencia del Derecho comparable en cientificidad a la ciencia físico-matemática. Uno de los elementos que podía satisfacer las exigencias de universalidad y necesidad estaba en la "ley natural". Por aquí comienza a forjarse un modo de pensar, que va a privilegiar la búsqueda de elementos constantes como lo constitutivo del saber jurídico. Inicialmente el énfasis recayó fuertemente en los principios y conceptos jurídicos, pero la crítica iniciada por el positivismo y las corrientes historicistas, prepararon el terreno para que se erigiera un fuerte bastión que proclamó como lo único dotado de suficiente certidumbre la "forma ju-

rídica constante". La ciencia jurídica, si la hay, tiene que ocuparse de estas formas constantes, las normas o proposiciones jurídicas. Pero si se gana este aspecto del problema de la cientificidad, se pierde en el otro relativo a la practicidad.

En nuestro tiempo hay reacciones frente a ese modo de pensar que pone a las formas jurídicas constantes como el objeto de la ciencia jurídica. Uno de los aspectos donde se advierte una reacción es el elevado interés en el estudio de problemas relativos a la aplicación del Derecho. Como quiera que se entienda este difícil concepto de aplicación, se desplaza el foco de atención de las formas jurídicas (normas jurídicas) hacia la actividad que hace cobrar realidad al Derecho en cada caso o situación concretas. No voy a tratar aquí en detalle las múltiples manifestaciones de esta tendencia, que en parte busca apartarse del positivismo jurídico, y me limitaré más bién a señalar algunas direcciones importantes.

Una manifestación importante de esta tendencia a buscar otros derroteros para una ciencia jurídica, destacando su eminente función práctica, lo constituye el pensamiento tópico que desarrollara Viehweg en la década de los 50. El propósito de este nuevo desarrollo teórico está dirigido a una revisión de los *modos* de hacer ciencia. Es útil, y aún necesario, tratar de explicar qué se quiere decir con esto de "modos de hacer ciencia". Un buen punto de partida para aclarar estas cosas lo constituye Aristóteles. En los Libros centrales de *República* dejó planteado Platón algo que es de la máxima importancia: el conocimiento humano, como algo ya constituido y organizado lógicamente, tiende a desvincularse de las condiciones históricas en que surgió, por lo mismo, la cuestión de los métodos se deja de lado, no porque no sea importante, sino porque ya adquirió el conocimiento, está ahí, como una posesión objetiva, que puede contemplarse y sirve de base para desarrollos teóricos diversos. Pero hay otra dimensión, no menos importante, que tiene que ver con las múltiples formas en que el científico busca con ahínco dilucidar problemas y dificultades de todo orden que surgen en el camino a la adquisición del conocimiento. Es la otra cara del tema. La célebre alegoría de la caverna lo ilustra bellamente. Una cosa es el conocimiento ya adquirido, otra es la búsqueda del conocimiento. En este último caso, la metodología refleja el esfuerzo del científico como hombre, que

enfrenta desde distintos lados y probando de muchas maneras cómo llegar a un conocimiento seguro y cierto. Aristóteles vio lúcidamente la doble dimensión del tema. El conocimiento ya adquirido, se organiza como ciencia; hacerse cargo de esto es exhibir la lógica de desarrollo de los sistemas científicos. Es la idea de la Analítica y la teoría de la demostración científica. Aquí están ya presupuestos los principios que sirven de base al establecimiento del conocimiento; este conocimiento recoge su fuerza en los principios que le sirven de apoyo. Se forman así los sistemas de conocimientos. Por eso, la relación del científico con la ciencia-sistema la considera Aristóteles en la *Etica Nicomaquea* como una virtud intelectual, es decir con el hábito demostrativo. Es decir, el científico es el que busca demostrar las afirmaciones esenciales que hace. Pero cuando salimos del campo de las demostraciones, cuando tenemos que tratar con afirmaciones que no pueden demostrarse, porque no hay principios indubitables desde los cuales producir la demostración, no puede darse esa situación característica de los procedimientos científicos, es decir la ciencia demostrativa. Hay, en cambio, lugar al debate, a la confrontación de pareceres. Por este lado visualizó Aristóteles el estatuto epistemológico del saber ético y, por generalización, el saber jurídico. El saber ético y el saber jurídico no es un saber demostrable, por lo mismo no puede compararse en su metodología con el saber científico demostrable. Con esto, ciertamente, hay que considerar otras posibilidades lógicas para sostener este saber, distintas de la lógica demostrativa. Esta fue la idea de la Dialéctica clásica, que es el antecedente de la teoría del discurso y no sólo de la Tópica de Viehweg, sino de la Teoría de la Argumentación de Perelman. En esta otra dimensión de la formación del conocimiento, adquiere importancia la actitud del investigador, los procedimientos que efectivamente emplea, de qué manera influyen en él las dudas y los prejuicios. El hábito demostrativo cede lugar al hábito reflexivo, que consiste aquí en ponderar y sopesar las diferentes alternativas; como no cabe la demostración, hay que hacerse cargo de diferentes posibilidades de pensamiento, esto es opiniones distintas sobre un mismo asunto, produciéndose discrepancia y controversia sobre ello.

La Tópica de Viehweg adopta esta característica actitud problematizante, y desde ahí trata de mostrar la cientificidad del De-

recho, no como un sistema ya constituido descrito en sus propiedades formales, sino como lo que se está haciendo, que vive de los puntos de vista que se invocan y entran en juego. No se trata de tomar premisas indiscutidas y mediante procedimientos deductivos desarrollar un sistema lógicamente coherente, sino de adoptar puntos de vista "tópicos" que son directrices argumentales. Lo que se busca aquí es mostrar que la ciencia es forma de discurso, que su soporte es la actividad del científico, que como forma de discurso puede seguir un curso de determinadas conexiones lógicas, como también otras, en suma, que la ciencia es esencialmente investigación, por tanto, proceso discursivo, que hay que estructurarlo paso a paso. Es posible que por esta vía la ciencia jurídica se aproxime a la casuística. En todo caso, lo que importa retener aquí es que se ha desplazado por completo el interés científico a la actividad misma de hacer la ciencia: la ciencia jurídica es, entonces, la actividad discursiva del jurista. Esta actividad, ciertamente, hay que detectarla en el trabajo mismo que se realiza para la búsqueda de soluciones a problemas jurídicos específicos. Esto abre paso a una consideración importante y distinta de la aplicación del Derecho.

De modo similar, en la Teoría de la argumentación se trata de centrar la cientificidad en la actividad discursiva, que se expresa argumentalmente. Los diferentes puntos de vista que existen en la sociedad se encuentra en forma de diálogos, debates o confrontaciones argumentales. Ocurre lo que la Retórica clásica había señalado. Sobre cosas importantes, que "nos concierne a todos", hay opiniones discrepantes; es preciso confrontarlas, y así surge el concepto de auditorio, para dar paso al mecanismo de la aceptación racional de parte del cuerpo social. Tanto la Tópica como la Argumentación exploran sobre bases similares las raíces discursivas en que se asienta la ciencia jurídica. El Derecho cobra realidad como disputa, controversia, como confrontación de pareceres, y la acción del Tribunal aparece entonces como la necesaria decisión imparcial, que se sitúa "más allá" de los intereses controvertidos.

Además de la Tópica y la Argumentación, son también manifestaciones de interés por la practicidad del Derecho, los estudios sobre la concreción del Derecho, incluyendo el tema de los tipos. Bien puede ilustrar esta tendencia los estudios iniciados por Engisch sobre

este interesante tema de la concreción. Aquí el Derecho es puesto en la perspectiva de principios que tienen que relacionarse con casos determinados, en donde no cabe lo que se ha calificado como "aplicación mecánica", esto es un procedimiento de subsunción tal que haga de modo automático que cada caso se incluya en las regulaciones generales. La concreción puede describirse como el proceso mediante el cual lo general se hace particular. Esta es la forma como se entiende la practicidad del Derecho. No es lo mismo que el paso de lo general a lo particular que, en sentido lógico, se emplea en los sistemas deductivo y clasificaciones científicas. El tema de cómo lo genérico se manifiesta y exhibe en la especie ínfima fue investigado ya por Aristóteles. En Derecho, en cambio, la concreción significa el modo como se hace realidad, lo cual ocurre no sólo por operaciones lógicas, sino también valorativas. De ahí que la figura del silogismo jurídico, como modelo de raciocinio y también como método de solución de casos, no sea admisible como la forma específica en que el Derecho cobra realidad. Hablar de concreción es hablar en verdad, de realización del Derecho, es decir de llevarlo al mundo práctico que regula. Pues, en definitiva, el mundo práctico, ese mundo que se distingue del mundo natural sometido a una cierta legalidad, porque está sometido a una legalidad por completo diferente de la natural, tiene la realidad que el propio ser humano le confiere con sus obras y actividad.

Pero hay todavía otra manifestación del interés por la practicidad del Derecho, que se ve destacada en los desarrollos, que podríamos llamar neotomistas. Ejemplo de esta línea de estudios encontramos en Martínez Doral y Massini ([2]). En estos autores la ciencia jurídica se inserta en la concepción del saber práctico. Para simplificar mi exposición tomaré el primero. Aquí el tema es más amplio, se trata del objeto del conocimiento jurídico, y esta indagación ha permitido a los autores que defienden posiciones derivadas del pensamiento tomista formular la gradualidad del conocimiento práctico en tres estadios: la prudencia, la ciencia y la filosofía. Es interesante destacar que estos tres grados se construyen en analogía con

---

2. José Martínez Doral, *La estructura del conocimiento jurídico*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1963.

los grados del saber que formula Aristóteles en el Libro A de la *Metafísica:* experiencia, ciencia y filosofía. El conocimiento jurídico es una forma de conocimiento práctico. Un primer grado lo constituye la prudencia jurídica, que tiene una función análoga a la experiencia como forma de conocimiento empírico en la mencionada gradualidad. La prudencia es un conocimiento que recae en la actividad o acción misma, aunque recoge principios y conceptos generales. El siguiente grado está dado por la ciencia jurídica, que trata del Derecho en cuanto asunto práctico. El objeto de conocimiento de la ciencia jurídica no es lo puramente inteligible como en la ciencia teórica (ciencia natural), sino que es lo realizable. Pero la ciencia jurídica no estudia su objeto para realizarlo inmediatamente, que es en cambio la tarea de la prudencia jurídica, sino que trata de analizarlo teóricamente, para buscar sus razones explicativas y causales. La ciencia jurídica examina y analiza su objeto, y lo relaciona con los conceptos y los principios. Como la filosofía trata también con conceptos y principios, la distinción y separación entre la ciencia jurídica y la filosofía se constituye según la clase de principios de que trata cada una. La ciencia jurídica es un saber que se constituye por principios y causas de carácter próximo, en cambio, la filosofía es un saber a partir de principios y causas supremos y últimos. Ahora bien, lo que surge como tema tanto en la ciencia jurídica como en la filosofía jurídica es el Derecho en sentido amplio, es decir el Derecho natural y el Derecho positivo. Utilizando aquí la célebre distinción escolástica de un objeto formal y un objeto material, estos autores pueden decir que el objeto material es el mismo tanto para la ciencia como para la filosofía. El objeto llamado formal corresponde a la perspectiva que se asume en la conceptualización del objeto, y en este caso, la ciencia jurídica se distingue de la filosofía jurídica por el objeto formal. La ciencia jurídica considera la solución de casos, pero no de ese modo inmediato, pues se ocupa de los principios, aunque no son de la generalidad de los principios que se ocupa la filosofía. De este modo, la ciencia del Derecho, aún cuando no está dedicada de modo inmediato a la solución de casos, procura las bases para ello. Por eso, la ciencia jurídica posee una practicidad en este específico sentido.

Las exposiciones de estos autores refleja bien la complejidad de la practicidad del conocimiento jurídico, pues se desenvuelve en

dos niveles, el de lo general y abstracto de los conceptos y principios, y en el de lo singular y concreto de las situaciones factuales mismas. La solución que se busca es recurrir a la gradualidad del saber al modo aristotélico, esto es experiencia, ciencia y filosofía, que exhiben una estructura de grados de generalidad creciente. A mi juicio no puede plantearse un conocimiento práctico en analogía a esos grados del saber, de tal manera que la prudencia sea el grado inferior, correspondiente con la experiencia, la ciencia jurídica el grado siguiente correspondiente con la ciencia natural y la filosofía del Derecho el grado superior, correspondiente con la filosofía general y la metafísica. Más bien el problema del saber práctico consiste en el paso del dominio de los principios y conceptos generales, que se pueden aprehender en cierto modo en forma puramente teórica, a las situaciones concretas y determinadas en las cuales esos principios y conceptos se realizan. Cómo ocurre eso, es la tarea de la prudencia. Lo característico de la prudencia es la deliberación sobre cómo en una acción por hacer cobra realidad un determinado principio y si se trata de una acción ya hecha, cómo al aplicar tal principio se logra una decisión correcta.

A mi juicio la practicidad de la ciencia jurídica puede exhibirse mejor en una perspectiva hermenéutica. No quiero con esto dejar de lado las nuevas orientaciones de la dogmática jurídica. Recuérdese, por ejemplo, el ensayo de N. Luhman sobre la dogmática, en que se advierte la intencionalidad de mantener reunidas las dos dimensiones, la teórica y la práctica, en un solo cuerpo inteligible. Pues, en efecto, el Derecho como sistema, se inserta en una sociedad viva e interactúa en ella. Por eso los conceptos y aún los principios resultan adecuados al mundo social ([3]). También preocupado por la conexión de la teoría y la praxis R. Alexy reconoce en la dogmática la tarea del análisis lógico de los conceptos, su reconducción a un sistema y el empleo de sus resultados a la *justificación* de las decisiones ([4]). No se evita el tema de la practicidad de la ciencia jurídica, al contrario

---

3. Niklas Luhman, *Sistema jurídico y Dogmática jurídica,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

4. Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

se la pone en primer plano, como una función insoslayable de la ciencia jurídica. Pero habría que examinar con mayor detenimiento cómo es esa conexión entre el análisis puramente teórico del Derecho y su realización en la praxis jurídica. En todo caso, constituye una manifestación importante para reconocer cómo hoy día el tema de la practicidad es importante y necesario.

Mi presentación, repito, no desconoce estos esfuerzos, pero aborda el asunto desde una perspectiva diferente. Cómo es, en qué consiste, por qué se distingue de otras, es lo que quiero señalar muy brevemente en lo que sigue.

En ocasiones he mencionado la hermenéutica, como un desarrollo doctrinario con cuya ayuda podría esclarecerse la condición epistemológica de la ciencia jurídica. A comienzos de siglo parte con Dilthey el proyecto de la fundamentación de las ciencias del espíritu, entre las cuales está el Derecho. Estas ciencias poseen sus características propias, y aún cuando Dilthey no concluyó su proyecto, dejó varios elementos importantes. Lo que me interesa es retomar la tesis central que el conocimiento en estas disciplinas, visto como proceso, es lo que se denomina interpretación. El conocimiento se constituye en las distintas formas en que se interpreta. Desde este comienzo diltheyano, hasta hoy han surgido diferentes posturas, pero el tema central se ha mantenido. Entre Gadamer, Ricoeur y Eco hay profundas diferencias que brotan de posturas metafísicas discrepantes, sin embargo, en todos ellos asoma la cuestión epistémica, entonces, quiere constituirse en una teoría filosófica del saber en las disciplinas humanas o culturales. Y este motivo es el que inspira asimismo la forma como veo el asunto. En Derecho hay un saber jurídico, que es preciso describir y fundamentar, al igual que cualquiera otra disciplina cultural. Este saber se constituye conforme conceptos y categorías propias de la disciplina cultural. Lo interesante de este intento es que las disciplinas humanísticas, en general, no se separan y contraponen a las ciencias naturales (ciencias experimentales) y las ciencias matemáticas, sino forman un complemento. Así como el ser humano es una totalidad unitaria, en que podemos distinguir para ciertos efectos funcionales distintas partes, de la misma manera el saber es uno sólo, pero en él cabe hacer distinciones. Esta distinción entre las dos formas fundamentales de saber, saber sobre el mundo exterior y saber sobre el hombre y sus obras, no se superpone y coincide axactamente con la distinción entre lo teórico y lo práctico. Esta última dice relación con las operaciones fundamentales del entendimiento o razón humana. En el Derecho se tiene, entonces, de una parte esa característica de ciencia cultural, y de otra, la dimensión práctica.

Como una manera de articular todas estas dimensiones, sugiero recordar aquí el trabajo hermenéutico hecho por F. Suárez. Se podrá estar de acuerdo o en total desacuerdo con su ontología de la ley, pero su planteamiento sobre el conocimiento de la ley sigue siendo válido. Aún cuando habla de la ley, hay que pensar más bien el Derecho en sentido amplio, incluyendo la costumbre. Según Suárez, en toda ley hay que distinguir tres partes: su expresión en palabras, la intención o propósito del autor legislativo y la razón o fundamento de esa ley o Derecho.

Esta tripartición del Derecho me permite replantear el tema del conocimiento gradual, que ya no sigue el esquema prudencia, ciencia, filosofía, sino este otro: el paso de la experiencia del lenguaje al conocimiento de los conceptos y principios generales. Los grados se pueden organizar y nombrar del siguiente modo:

1. *Ambito de literalidad:* El primer grado de conocimiento en todo proceso interpretativo comienza con la experiencia sígnica, es decir, elementos de fijación del Derecho (textos legales, sentencias escritas, contratos, órdenes dadas mediante signos verbales o de otra forma, etc.). Es decisivo hacerse cargo de esto: el Derecho se manifiesta históricamente en ciertos signos, incluso la costumbre, para ser tal, tiene que tener fijeza. Cuando se habla aquí de fijación, se quiere significar aquellas formas en que una regulación jurídica adquiere una formulación que se expresa en signos. Estos signos son, a su vez, toda forma perceptible o material en que se expresa algo, y tiene por consiguiente una función significativa. La experiencia cognoscitiva en este nivel consiste en la constatación de la estructura sígnica y su carácter significante. Normalmente el Derecho se expresa en palabras, y éstas se fijan en los signos convencionales del lenguaje. Las palabras son significantes, pero su significado no es algo que puede establecerse mecánicamente. Distingo al menos dos

tipos de significados: el significado puramente semántico de palabras, en que una palabra se explica por otras, y el significado axio-ontológico; en este último caso, estamos en presencia de la cuestión de los fines superiores y valores supremos que pensamos encarna el Derecho. En lenguaje corriente "significado" y "sentido" se emplean como equivalentes, y no veo aquí una razón para alterar esa equivalencia. En la teoría de la significación se distingue entre el significado propio o directo de una expresión y su significado indirecto, oculto o aún alegórico (analógico, simbólico, etc.). Además están los significados técnicos o especiales. En este primer estadio de literalidad la experiencia cognoscitiva consiste en aprehender la diversidad de significados posibles que pueden surgir en este dominio de expresiones. Como no es posible decidir cuál significado es el que corresponde escoger, es preciso acudir a consideraciones de principio. Pero antes de ingresar en la cuestión de los principios hay que determinar cuáles son las distintas regulaciones legales que son posibles de aplicar en la situación de que se trata.

2. *Ambito de aplicabilidad.* El conocimiento en Derecho posee una característica propia de todo conocimiento práctico, y es el de su referencia a una situación o caso que se trata de relacionar con regulaciones legales. Empleo aquí la palabra *aplicación* en un sentido diferente de la teoría del silogismo jurídico; en esta aplicación se entiende como la subsunción, es decir la inclusión del caso o situación dentro de la generalidad descrita por la regulación legal. Es así que se abre paso a la curiosa concepción de la aplicación mecánica, y en otra dirección, se explica también la figura del llamado silogismo jurídico. Por mi parte, pienso que la aplicación consiste en el establecimiento de la correspondencia entre el caso o situación de que se trata y el enunciado de la regulación legal que se considera pertinente. Esta relación de correspondencia es, en verdad, más compleja, e implica un ir y venir del caso al enunciado y a la inversa. Esto porque según cual sea el aspecto relevante del caso, puede variar la regulación legal con la que se la puede hacer corresponder. Así, la muerte de una persona, se puede considerar desde varios lados (civil, criminal, como suceso natural, etc.), según sean las circunstancias concurrentes.

Pues bien, la determinación del ámbito de significación literal o gramatical se combina con la posibilidad de referencia a casos ya ocurridos o que son posibles de ocurrir. No se niega un "conocimiento general" de las regulaciones legales, pero la falta de referencia a situaciones determinadas o prácticas, lo convierte en un conocimiento abstracto y por esto mismo problematizable. A este respecto, considérese el análisis dialéctico que hace Sócrates en el Libro I de *República* de Platón del enunciado que se ofrece como definición de la justicia: "dar a cada cual lo conveniente", que se transforma en Ulpiano en la conocida fórmula "dar a cada cual lo suyo" *(suum cuique tribuere).* Uno de los problemas que presenta este enunciado tan general es el que objeta Sócrates: puede referirse tanto al caso de la alimentación especial al atleta, como la devolución del arma al asesino que quiere cometer con ella otro crimen. En estas situaciones es necesario acudir a otros principios para decidir cuál sea lo suyo o lo conveniente en ese caso determinado. El conocimiento práctico exige determinar aquéllo a que se refiere, si esto no sucede, queda como un conocimiento vago e impreciso. Por eso, conocer no es sólo comprender de modo general el significado del enunciado general sino saber a qué casos se refiere.

El problema que reviste especial interés es el que se presenta cuando se considera un caso y éste se somete a distintos puntos de vista. La muerte de una persona, por ejemplo, como suceso de la vida, puede considerarse desde diferentes puntos de vista. Como simple suceso, constituye el objetivo material, pero cada uno de los puntos de vista desde los que puede considerarse es un objeto formal distinto. Además de esto, puede ocurrir que ese suceso aparezca rodeado de circunstancias especiales, cuya consideración puede dar origen a múltiples puntos de vista diferentes. Ese mismo fenómeno, en el que es posible considerar un suceso bajo diferentes ángulos, esto es cuando se pone ese suceso en relación con diferentes enunciados legales, buscando hacerlo corresponder con uno o conjunto de ellos, es lo que determina la aplicabilidad. Cada caso es posible de relacionar con diferentes enunciados legales, los cuales pasan a ser aplicables, esto es posible de corresponder, según sea el aspecto relevante que se considera. En el lenguaje técnico de los juristas se emplea la terminología de "calificación jurídica de los he-

chos" o también "tipificación". Pero en todos los casos se trata de hacer corresponder el caso con ciertos enunciados legales, y así la muerte de una persona, por ejemplo pone término a un mandato civil, o da origen a una sucesión testamentaria, o es la condición cumplida para el pago de un seguro de vida, etc. Este mismo fenómeno general de aplicabilidad se produce cuando hay conflicto o controversia entre partes, de manera que una pretende que un mismo suceso considerado de cierta manera le confiere tales o cuales facultades, y otro, por el contrario, se las niega porque considera ese suceso bajo otro aspecto relevante.

En este ámbito de aplicabilidad lo característico es que no es posible todavía decidir la aplicación; la diversidad de posibles regulaciones legales aplicables surge y se hace presente en este estado de conocimiento, pero el sujeto cognoscente, esto es el intérprete no posee todavía el criterio que le permita decidirse por una o por otra opción. Por eso es necesario un tercer grado:

3. *Ambito de los principios.* En este estadio se hace presente en plenitud la importante distinción tripartita recogida de Suárez: *littera, mens* y *ratio.* El conocimiento de la letra, la experiencia del lenguaje es tan sólo el punto de partida y primer grado, es necesario completar ese conocimiento accediendo a las dimensiones de la finalidad y *ratio.* Sólo conociendo el fin y la razón de la ley se comprende plenamente el sentido de ella y en último término el sentido del Derecho. Para destacar este aspecto, empleo de preferencia la palabra *sentido,* más que significado, la que reservo más bien para la dimensión propiamente lingüística o gramatical.

Los conceptos y los principios pasan a ser decisivos en la formación del conocimiento jurídico, pues desde ellos se determina y justifica cuál es la opción que se estima corresponde con una determinada situación o estado de cosas. Los estudiosos de la interpretación jurídica distinguen aquí entre justificación interna y justificación externa. En cuanto esta última, representa la opción interpretativa que se adopta y que tiene que *justificarse,* esto es fundamentarse en ciertas razones que son las que el intérprete adopta. Aquí es donde se presenta el tema de lo razonable (el test de la razonabilidad, que en el fondo es la característica de la universalización de los argumentos y su aceptación racional).

Los conceptos son entidades mentales. En el Derecho hay conceptos que derivan de distinta fuente; tienen especial importancia los conceptos construidos, esto es que no corresponden a algo real perceptible, sino a objetos de otro carácter, por ejemplo, la hipoteca, o la propiedad o dominio. Los conceptos poseen diferente generalidad e integran los principios, los cuales son proposiciones integradas de ciertos conceptos; de estas proposiciones se pueden derivar otras. El principio tiene la función fundamentadora. Como son muchos los conceptos y principios, la organización intelectual de este material corresponde a una de las tareas de la ciencia, pero teniendo siempre presente que esos conceptos y principios son prácticos, esto es tienen que realizarse. Por lo mismo, no puede pensarse que esta parte de la ciencia jurídica, que aparentemente trabaja teóricamente con conceptos y pricipios, abstractamente, se independiza de la parte práctica. Como si hubiese un jurista práctico y otro solamente teórico. En verdad, ello no es posible, la ciencia jurídica es una disciplina práctica. El camino gradual de ascenso a los principios tiene otro camino de regreso a las situaciones o casos determinados. De este modo, el conocimiento de los enunciados legales tienen casos o situaciones a los que se refieren también conocidos o al menos cognoscibles. Esto mismo obliga también a pensar los conceptos y los principios jurídicos en su realizabilidad.

La practicidad consiste, en definitiva, en la necesidad de que los conceptos y los principios jurídicos sean realizables. La realizabilidad que aquí se tematiza consiste en esa peculiar condición que permite que el principio abstracto cobre realidad. La condición de realizabilidad nos lleva a otras consideraciones, que no pueden ser examinadas aquí. Pero, en suma, cada aplicación del Derecho significa que un principio o conjunto de principios cobran realidad. La tarea de los Tribunales es la de dar realidad al Derecho.

Estos principios son múltiples y de distinto grado de generalidad. Pero cuando se consideran los fines y la razón del Derecho, se hacen presente principios de justicia, paz, seguridad y otros de carácter ético. En una perspectiva hermenéutica hay un continuo entre los principios y la realidad social que regula el Derecho.