

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 20 / 2002

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA



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 Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2002

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 20
2 0 0 2

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

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a efecto la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(2001 - 2003)

Antonio Bascañán Rodríguez, Antonio Bascañán Valdés,
Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo,
Joaquín García-Huidobro, 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 correspon-
dencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

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

Este número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* corres-
ponde a 2002 y aparece a comienzos del segundo semestre de 2003.

En su primera parte, como es habitual en todos los números del
Anuario de Filosofía Jurídica y Social, este volumen contiene una
sección *Estudios*, donde se reproducen diversos trabajos de interés
en el campo de la filosofía política y de la teoría y filosofía del
derecho.

Seguidamente, la sección *Ponencias* reproduce la versión escrita
de las comunicaciones que fueron presentadas en las V Jornadas
Chilenas de Filosofía del Derecho, que tuvieron lugar en octubre
de 2002 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Univer-
sidad de Valparaíso. Las mencionadas Jornadas estuvieron dedicadas
al tema "La cultura jurídica chilena", y en ella participaron más
de 20 ponentes de distintas Facultades y Escuelas de Derecho del
país.

A continuación, se incluye el discurso que pronunció el Vice-
presidente de la corporación, Antonio Bascañán Valdés, con ocasión
de haberse otorgado a los profesores Jorge Iván Hubner y Máximo
Pacheco Gómez la distinción de Socios Honorarios de la Sociedad
Chilena de Filosofía Jurídica y Social. El acto correspondiente tuvo
lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el
mes de diciembre de 2002.

Este y los anteriores números del *Anuario de Filosofía Jurídica
y Social* pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

*Sociedad Chilena de Filosofía
Jurídica y Social*

140. Dato caduco se encuentra definido en el artículo 2 letra d) como el que ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que con-
signa.
141. Conviene advertir, sin embargo, que, al menos en el caso de la modifi-
cación, los costos de acreditar que los datos personales son erróneos,
inexactos equívocos o incompletos recaen sobre el titular de dichos datos.
Así se desprende de la lectura del inciso 2° del artículo 12.
142. En la práctica ambos mecanismos dejan un amplio espacio de maniobra
a quien solicita la información para recolectar direcciones de correo elec-
trónico y luego utilizarlas para enviar comunicaciones comerciales no deseadas.
143. No obstante ello, no existe ningún problema para un proveedor de ser-
vicios de Internet chileno en contratar los servicios de uno de estos ser-
vicios extranjeros.
144. Según un informe publicado por ACUI en junio de 2000, el 70% de
los sitios web que operan en Chile no cuentan con políticas de priva-
cidad. El 100% de los sitios analizados recogen datos y los utilizan para hacer
marketing a través de Internet. Ver [http://www.acuicertifica.org/noticias/
noti3.shtml](http://www.acuicertifica.org/noticias/noti3.shtml). Visitado 04/04/2002.
145. Según El Mercurio los mensajes electrónicos comerciales costarían a los
chilenos actualmente US \$ 36.000.000. Ver *Mensajes electrónicos comer-
ciales cuestan US \$ 36 millones a los chilenos*. 13 de mayo de 2002. Disponible
en [http://www.emol.com/noticias/detalle/detalle
noticia.asp?idnoticia=85140](http://www.emol.com/noticias/detalle/detalle_noticia.asp?idnoticia=85140).
Visitado 13/05/2002.

P O N E N C I A S *

* En esta sección se incluyen las ponencias presentadas en la V Jornada
Chilena de Filosofía del Derecho, precedidas del discurso inaugural del
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de
Valparaíso, Antonio Pedrals, leído en la sesión inaugural, el 18 de octubre
de 2002.

20. En *Derecho, cultura y sociedad* (Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2001), hemos expresado (pp. 219, 222, 223, 226, 228-229, 233 y 234):

El derecho que no cuenta con el respaldo del pueblo común constituye, más bien, un ritual de funcionarios e intelectuales. [...] Un derecho cuyas interpretaciones y aplicaciones oficiales se desentienden de las necesidades generales, del conveniente ajuste de los intereses encontrados y del dar a cada uno lo que es suyo no puede ser vivido con aceptación por los sectores afectados. [...] Todavía son esgrimidos argumentos que se compendian en los tópicos 'razón de estado' y 'seguridad del estado'. Pero los pilares del estado de derecho son la seguridad y la libertad de sus habitantes. [...] Los operadores jurídicos letrados —jueces, abogados, profesores de derecho— deben comprender que su función es, básicamente, de servicio. Aunque detentan poderes jurídicos, su autoridad descansa, en definitiva, en la adecuación de sus actuaciones con el sentido del derecho. Este no puede convertirse en patrimonio exclusivo suyo. [...] Una actitud renovadora y crítica debe manifestarse en las investigaciones y estudios jurídicos, en la jurisprudencia de la Corte Suprema y en la del Tribunal Constitucional, e igualmente en el quehacer de las autoridades legislativas y administrativas. [...] Los hombres de derecho han de esforzarse por ser espíritus libres. [...] El jurista debe convertirse en el intérprete y también en el crítico de las disposiciones legales.

EL SABER JURIDICO: Recuerdo o Diálogo

ALDO VALLE *

Sumario:

I. Exordio; II. Norma y proposición normativa; III. Construcción social del derecho y realismo externo; IV. Consecuencias del saber jurídico como recuerdo; V. El saber jurídico como diálogo. 1. Conocimiento jurídico y razón comunicativa; 2. Una dogmática dúctil; VI. Consideración final.

I. Exordio

Con la expresión "saber jurídico" me refiero a la ciencia jurídica, esto es, a esa disciplina que se ocupa del derecho como fenómeno normativo, de su estructura, de los criterios de validez u obligatoriedad, de su interpretación y de las reglas de aplicación del mismo.

A mi juicio, en nuestra cultura jurídica, el saber jurídico, en el sentido señalado, está concebido predominantemente como el acto de conocer o aprehender ciertas entidades: *normas o principios que contienen el derecho*; puestas, las primeras, por una voluntad humana o, en el caso de lo segundo, deducidos por la aprehensión racional.

Una vez reconocidos los principios o localizadas las normas, el saber jurídico deviene básicamente en un acto de transmisión o reproducción de aquellos.

* Universidad de Valparaíso.

En uno y otro caso, el derecho se hallaría concluido en la obra del legislador o contenido en ciertas entidades que se debe conocer o descubrir.

Estas dos predisposiciones tienen unas manifestaciones históricas muy conocidas: el positivismo legalista y el iusnaturalismo moderno o racionalista, entre los cuales existe una continuidad intelectual no siempre destacada.

En ambos casos, la labor del jurista termina, matices más o menos, en cuanto conoce la obra del legislador o en cuanto identifica o accede a los principios en que se halla contenido el derecho.

II. Norma y proposición normativa

En esta relación está comprometida la distinción entre razonamiento jurídico de carácter teórico o práctico.

Se afirma que el razonamiento jurídico que llevan a cabo los juristas —en tanto estudian el derecho— tiene un carácter teórico, en cuanto su finalidad es aumentar el conocimiento que se tiene acerca del derecho y facilitar la difusión de ese mismo conocimiento. En cambio, el razonamiento jurídico de legisladores y jueces tiene un carácter práctico, puesto que está orientado a la toma de decisiones ⁽¹⁾.

También se puede sostener que la distinción entre normas y proposiciones normativas no es excesivamente clara o, por lo menos, que el derecho y la llamada ciencia jurídica no constituyen esferas de fenómenos claramente distinguibles entre sí ⁽²⁾. Con esto se está diciendo que no parece posible establecer la diferencia entre las normas —el derecho positivo— y las proposiciones normativas elaboradas por la ciencia del derecho, esto es, por los juristas.

Tanto una como otra tesis conducen a una pregunta básica para resolver la cuestión que aquí nos interesa, es decir, qué determina que el razonamiento del jurista sea teórico o práctico. En el caso de Squella, al hacer la diferencia, el criterio es la finalidad del agente. En Atienza lo relevante es el método: el jurista dogmático no busca

1. Squella, Agustín: Introducción al derecho, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pág. 393.

2. Atienza, Manuel: Introducción al derecho, Barcanova, Barcelona, 1985.

analizar las normas desde un punto de vista causal, explicando por qué una determinada norma está vigente en lugar de otra, o qué efecto producen las normas en el sistema social. Su análisis lo hace desde un punto de vista normativo, suministrando criterios para el desarrollo y funcionamiento del derecho ⁽³⁾.

La dogmática jurídica también es normativa por su función, ya que contribuye de diversas formas a moldear el material normativo que constituye, al mismo tiempo, su objeto de estudio. Esta es una forma de anular la distancia entre actividad del jurista y su objeto de estudio. Estas consideraciones conducen a la conclusión de que las normas jurídicas no están terminadas sino en manos del intérprete teórico o práctico.

¿En qué sentido se afirma que existe una norma o que es válida? La respuesta puede resumirse del siguiente modo: una norma existe en cuanto es un sentido o significado objetivo de un enunciado prescriptivo. Sabemos que la "objetividad" de este sentido se obtiene en cuanto interpretamos dicho enunciado de conformidad con otro enunciado prescriptivo que, al interior de un sistema o conjunto normativo, tiene la calidad de superior.

Pues bien, las normas y las proposiciones normativas, esto es, los enunciados acerca de normas se obtienen conforme a una actividad intelectual que considerada en sí misma no presenta diferencias sustantivas. La finalidad del agente interpretativo no cambia, a mi juicio, el carácter práctico y cognoscitivo de la actividad que lleva a cabo. En caso contrario, se podría afirmar que la actividad del jurista tiene sólo un carácter cognoscitivo o descriptivo de contenidos normativos que se hallarían depositados objetivamente en los enunciados que pretenden describir.

La relación entre el sujeto que conoce y lo conocido no cambia según se trate de un razonamiento jurídico teórico o práctico, la distancia o proximidad es la misma. El juez, por ejemplo, busca también el sentido objetivo de la norma que debe aplicar, en esto no se

3. Ob. cit., pág. 277.

distingue de la operación que realiza el jurista. Ambos, según Atienza, no describen externamente, sino que interpretan desde un punto de vista interno. Esto quiere decir que los juristas teóricos y los jueces al interpretar parten del presupuesto de la aceptación de las normas vigentes como criterio exclusivo de la regulación del comportamiento social (4).

El criterio de verdad de lo que dice uno y otro tampoco presenta diferencias metodológicas relevantes. La conclusión a que llega el juez o el jurista es un juicio de deber ser y no un juicio de hecho; en consecuencia, la diferencia está en el efecto, pero no en la calificación de la actividad intelectual que ambos llevan a cabo. La interpretación de una norma ya establecida, sea con miras a su explicación o a su aplicación, supone una actividad valorativa orientada a lo que debe ser y no a lo que es. El juicio que emite el teórico del derecho al interpretar una norma jurídica no es descriptivo de un hecho, lo mismo acontece al juez, entonces, la explicación del primero no es sustancialmente distinta de la que hace el segundo. Ambos pretenden comprender a partir de una misma cultura jurídica el sentido que tienen las normas del derecho en un momento histórico dado, el objeto de trabajo para uno y otro es una entidad normativa y el carácter de la conclusión es también un juicio normativo, no demostrativo. En qué sentido habría de ser más demostrativa la conclusión del teórico que la que hace el juez; es indudable que la motivación del juez no es por sí misma menos objetiva o justificable que la que aquella que determina al jurista cuando interpreta y explica una norma jurídica.

El enunciado del jurista, lo mismo que aquel que emite el juez cuando interpreta una norma, no refiere a un estado de cosas, no es una aserción acerca del mundo. Por esto su pretensión de validez racional no se resuelve de una manera distinta en uno y otro caso. En otras palabras, no hay una verdad teórica y una verdad práctica, según estemos en presencia de un razonamiento del juez o de un jurista.

El derecho, entonces, aún aquel que proviene de conocimiento teórico y aquel que emana del razonamiento del juez no constituye

4. Ob. cit., pág. 275.

un saber científico inmutable, respecto del cual sólo quepa reproducirlo sea por la vía de la docencia, de la doctrina o la aplicación judicial. La corrección, en consecuencia, de los enunciados y conceptos del saber jurídico tiene como últimas formas de validación el diálogo, la discusión, la argumentación con otros.

III. *Construcción social del derecho y realismo externo* (5)

El saber jurídico, entendido como una serie de actos de aprehensión intelectual, en la medida que se acumula o desarrolla se va constituyendo en una suma de verdades establecidas a partir de la voluntad legislativa expresada en el derecho positivo o a partir de los principios ya descubiertos por la razón.

Luego, la relación que tiene el jurista, y mucho más los estudiantes, con el saber jurídico es —ciertamente— la única que podemos tener con las verdades: es decir, recordarlas o reconocerlas, volver a conocerlas, pero las mismas, que ya han sido antes identificadas. En la medida que han sido descubiertas, esto es, develadas, deducidas o desprendidas de un acto de conocimiento y de sistematización, y contienen el derecho, aunque sea en partes, éstas partes no están disponibles para la intervención del jurista, ni del profesor, menos del juez.

Esta simplificación conduciría a concebir el saber jurídico como un acto de recordación de entidades esenciales, previas e independientes a la acción humana y práctico social. El saber jurídico no está asociado a una cultura jurídica ni a una construcción social del derecho. En consecuencia, el objeto del conocimiento jurídico no está vinculado a prácticas sociales ni a operadores jurídicos que, históricamente determinados, producen unos estándares jurídicos mediante los cuales crean y modifican conceptos, principios, instituciones y modos de argumentar jurídicamente.

5. Por cierto, esta expresión "construcción social" la he tomado de la obra, ya clásica, de Peter Berger y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad*, Amorrotu, 1984, pues el saber jurídico no puede escapar a la sociología del conocimiento.

El saber jurídico como recuerdo desconoce u olvida que quienes piensan el derecho y lo explican en sus discursos teóricos o prácticos, al realizar esas actividades de pensar y explicar, al mismo tiempo hacen o construyen el derecho. En consecuencia, lo que llamamos discurso teórico o conocimiento del derecho no es una pura descripción de un mundo de significados distantes del que los aprehende o intenta comprender.

No se trata de caer ingenuamente en los brazos del antirrealismo, tal como lo presenta Searle (6), esto es, como aquella concepción que afirma que las cosas del mundo están necesariamente constituidas por nuestras representaciones y que no existirían independientemente de éstas. Como se sabe, en la contrapartida, el realismo sostiene que la realidad existe al margen de nuestra conciencia, fuera de nuestras representaciones. Pero una concepción realista como la que propone Searle, no conduce necesariamente a afirmar que el derecho sea de una determinada manera verdadera. Por lo mismo, señala que es posible adherir al realismo externo y rechazar, a la vez, la teoría de la correspondencia (7). Coherentemente, este mismo autor, señala que las tesis del realismo externo no son incompatibles con el argumento de la relatividad conceptual (8). El hecho de que esquemas conceptuales alternativos permitan diferentes descripciones de una misma realidad y de que no haya descripciones posibles fuera de los esquemas conceptuales no afecta la verdad del realismo.

El derecho podemos entenderlo como una realidad normativa, construida socialmente en el sentido que antes indicamos, pero de allí no se sigue que exista un único esquema conceptual verdadero, mucho menos que el nuestro coincida —precisamente— con el que casa con dicha realidad.

En consecuencia, si el derecho se construye y se constituye en una realidad normativa externa, para conciliar a Berger y Luckmann

6. *La construcción de la realidad social*, Paidós, 1997, Barcelona, pág. 166.

7. *Idem*, pág. 163. Un ejemplo de esto lo sería Peter Strawson. Nota al pie del mismo Searle.

8. *Idem*, pág. 169 y ss.

con Searle, a propósito del conocimiento del derecho, entonces, se puede señalar que no cabe sostener la idea de un derecho susceptible de ser captado y aprehendido en unos conceptos objetivos, cuya validez no dependa, finalmente, de una tarea compartida con otros. Por esta misma condición no tiene sentido, creo, enseñar, estudiar y aplicar el derecho como que ya estuviera terminado en las formas ideadas por juristas, legisladores o jueces.

No se trata de tender a creer que todo está por hacer o decirse en la ciencia jurídica ni en el derecho, sino de impedir la inercia que produce la convicción contraria, la de que el derecho puede ser conocido en términos definitivos y almacenado en la ley o en ciertas racionalizaciones superiores. El objetivo de estas observaciones es animar la idea de que los juristas están ante todo llamados a deliberar y ponderar razones y argumentos, que estas tareas no pueden quedar reservadas al investigador de la dogmática, sino que deben orientar constantemente la inteligencia jurídica en la docencia, la creación y la aplicación del derecho.

IV. *Consecuencias del saber jurídico como recuerdo*

1. La enseñanza del derecho.

Los planes de estudio y el método de enseñanza del derecho responden a un modelo intelectual que concibe al saber jurídico como recuerdo. Las escuelas de derecho y los profesores deben ante todo enseñar las instituciones y los conceptos jurídicos tal y como han sido extraídos desde las verdades o esencias jurídicas, desde las entidades previas, o tal como han sido puestas por el legislador.

La resistencia a modificar los planes de estudio o los métodos de enseñanza no obedecen a una falta de interés ni al desgano de los juristas, sino a un modelo intelectual del que no siempre están conscientes.

2. Los jueces deben aplicar las leyes o las verdades jurídico-dogmáticas.

Es cierto que los jueces deben aplicar la ley, pero qué quiere decir “aplicar”: intervenir lo menos posible en el sentido que el le-

gislador ha dado a esa norma, es decir, someterse lo más pasivamente posible al legislador.

Esto supone, claro está, que el derecho viene completamente elaborado, terminado, en la ley. Con esto ocurre, desde luego, que los principios y la argumentación jurídica salen de vacaciones indefinidas, llevándose con ellos, también la necesidad de justificar las sentencias.

3. Derecho y teoría de la verdad.

La verdad jurídica aparece como una relación de correspondencia entre un enunciado y un objeto del mundo, que en este caso es una norma o un principio, es decir, una entidad jurídica. En este contexto, los enunciados de la dogmática se presentan como descripciones cuya validez se decide en una relación de concordancia entre enunciado y objeto del mundo jurídico —positivo-social o natural— y no como expresiones de un discurso entre sujetos sociales.

El juicio del jurista, entonces, se presenta como descriptivo o cognoscitivo y no como un juicio práctico normativo.

Así, por ejemplo, se dirá que interpretar es determinar el correcto sentido y alcance de la ley. Lo que debe estudiarse son las reglas de interpretación como cánones intelectuales indiscutibles que conducen al derecho.

4. La inefable naturaleza jurídica.

Las instituciones y los principios contienen una “naturaleza jurídica” íntima o intrínseca que no está disponible para su crítica, sino sólo para ser reconocida o descubierta.

Esta naturaleza jurídica, con todo, es una especie de *tu-tú*, según la expresión de Alf Ross, cuando analiza la expresión derecho subjetivo y se empeña en hallar la esencia conceptual de la expresión “derecho subjetivo”. Es decir, una creencia que por colectiva que sea no podemos entenderla como parte de la realidad, y que Ross entiende como una reminiscencia del animismo en el lenguaje jurídico.

Con todo, y de paso, debo decir, que aunque la expresión es pintoresca, su ironía no resulta del todo convincente, si es analizada a la luz de posteriores desarrollos de la teoría del significado.

Pero lo cierto es que las llamadas naturalezas jurídicas, que abundan en el mundo de los significados jurídicos resultan muy útiles para sustraer al derecho y a las instituciones del tráfico social y práctico, entre otras razones, porque la naturaleza jurídica de cada institución, concepto o categoría del derecho no se ofrece a la vista fácilmente, se oculta y suele presentarse sólo ante los juristas.

5. Expropiación del derecho.

El derecho lo ha hecho el legislador, el único que puede hacerlo, o está contenido en unos principios universales de moralidad y de justicia. En ambos casos la crítica y la deliberación práctica no están disponibles para el juez, ni otro operador jurídico, debiendo éste aplicar las racionalizaciones contenidas en el derecho positivo, que casi siempre coincide en lo fundamental con el derecho natural.

Lo que se ha logrado al imponer aquella concepción es que el derecho, de ese modo, queda privatizado o reservado a los expertos del poder, dentro de los cuales no siempre están los jueces. Así, lo pensaron los burgueses revolucionarios iluminados que convirtieron en derecho positivo los altos axiomas del derecho natural racionalista.

Pero este efecto ha ido más allá, el derecho no sólo queda sustraído a los jueces, sino al conjunto de la sociedad en la medida que se presenta como un conjunto de verdades intelectuales dotadas de autoridad estatal.

V. El saber jurídico como diálogo

El saber jurídico como diálogo, en cambio, se dispone a reconocer el carácter práctico de aquél, dicho saber designaría simplemente a aquella actividad que tiene por objeto la juridicidad mediante un proceso intersubjetivo de participación y diálogo entre principios y criterios diversos, cuya fuente no son entidades previas o independientes de la vida práctica.

Este saber jurídico daría lugar a una dogmática discursiva, en términos de Habermas ⁽⁹⁾, o a una dogmática dúctil, según la expresión que utiliza Zagrebelzky ⁽¹⁰⁾.

1. Conocimiento jurídico y razón comunicativa

Un saber jurídico como diálogo, se opone, en otras palabras, a entender el derecho como recuerdo de un conocimiento ya establecido; por lo mismo, supone una dogmática discursiva. Según ésta la conceptualización dogmática y el discurso jurídico tradicionales permanecen ligados a una razón práctica desconectada de la práctica social, y por lo tanto sometida por entero a planteamientos normativos o criptonormativos ⁽¹¹⁾. Pues bien, así como la razón práctica, según el viejo pensamiento europeo, tenía por fin orientar al individuo en la acción, del mismo modo el derecho natural pretendió circunscribir normativamente el único orden social y político que podría considerarse correcto.

En la dogmática discursiva, el lugar de la razón práctica pasa a ocuparlo la razón comunicativa. Esta es posible gracias o en el medio lingüístico en el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida. La racionalidad comunicativa no es como la forma clásica de la razón práctica una fuente de normas de acción. Quien actúa conforme a aquella sólo tiene que asumir ciertos presupuestos pragmáticos como atribuir a las expresiones significados idénticos, asociar a sus elocuciones una pretensión de validez que trasciende el contexto, suponer en sus destinatarios capacidad de responder de sus actos, entre otros supuestos de este tipo ⁽¹²⁾.

La razón comunicativa posibilita, pues, una orientación por pretensiones de validez, pero no da ninguna orientación de contenido determinado para la solución de tareas prácticas, no es ni informa-

9. *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998. Trad. de Manuel Jiménez Redondo.

10. *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1999. Trad. de Marina Gascón.

11. Habermas, J.: *Facticidad...*, pág. 65.

12. *Idem*.

tiva ni directamente práctica ⁽¹³⁾. Sus juicios, entonces, son todos susceptibles de crítica, que por principio resultan accesibles a la clarificación argumentativa.

En la medida que el contenido de una norma siempre es el resultado de un acto de interpretación y éste, a su vez, no es un puro acto de conocimiento, entonces, la dogmática jurídica, constituida por los enunciados que exponen y sistematizan las normas del derecho positivo o de un derecho natural o ideal, no son informaciones objetivas. Tales enunciados están siempre intentando una mediación entre las categorías de validez normativa y realidad social y en este sentido no contienen una mera información. En consecuencia, los juicios de la dogmática, serán no sólo descriptivos, sino también normativos.

Luego, se trata de encontrar la racionalidad jurídica o juridicidad, es decir, el objeto del saber jurídico, no tanto en la concordancia con requisitos objetivos aprehensibles individualmente, o en una racionalidad como correspondencia, sino en la posibilidad del control intersubjetivo del razonamiento.

Así, la tarea del saber jurídico debe también estar inspirada por hallar el fundamento de la racionalidad práctica en los principios de la convivencia social. Los juicios del razonamiento jurídico, teórico o práctico, aunque no cabe reducir el derecho a pura intersubjetividad, pues refieren —claro está— a una realidad normativa externa, independiente de la conciencia del jurista, se emiten respecto de una normatividad que ha sido construida socialmente.

Entonces el saber jurídico no está frente a su objeto como está el biólogo o el químico que examinan un proceso de la vida orgánica, el jurista está frente a hechos institucionales, en cuanto sistemas de reglas constitutivas, para utilizar la expresión de Searle ⁽¹⁴⁾. De esto se sigue que su objeto de estudio es el producto de una práctica social y no de la aprehensión de nociones objetivas o trascendentes a la intencionalidad colectiva. En algún sentido, cuando el jurista conoce el derecho lo que hace es establecer un diálogo con otros

13. *Idem*, pág. 66.

14. Searle, John: *Actos de habla*, Cátedra, Madrid, 1980, págs. 58 y ss.

sujetos, precisamente con aquellos que han dado origen a esas normas, instituciones o conceptos, los cuales ya no pueden ser concebidos como aprehensiones de la razón. Tales instituciones, si bien son previas, no son más que las razones que han tenido otros hombres, y no entidades objetivas captadas o intuitas por el ejercicio de la razón de aquellos.

Este es uno de los sentidos en que entiendo la posibilidad de un saber jurídico, no como recuerdo, sino como diálogo.

2. *Una dogmática dúctil*

El saber jurídico concebido como recuerdo de entidades o naturalezas jurídicas determina o deriva en una dogmática deductiva a partir de conceptos solidificados, en el sentido de conceptos o principios cristalizados que no están en el tráfico social o jurídico.

Una de las manifestaciones más simples es la Escuela de la exégesis que eleva el legislador y los principios universales de la legislación a conocimientos superiores y trascendentes a la vida social. Esta era la convicción —nos dice Zagrebelsky— propia del iusnaturalismo racionalista, heredada después por el positivismo de tradición continental. Sobre esta base se podía perseguir coherentemente una ciencia del derecho construida según demostraciones *more geometrico*, a imagen y semejanza de las disciplinas lógico formales. Sin embargo, el derecho no es un dato, sino un incesante “hacerse” donde confluyen múltiples exigencias planteadas por numerosos y a veces contradictorios principios que pretenden venir realizados en el contacto con la realidad de las experiencias sociales ⁽¹⁵⁾.

El mismo autor señala que los contenidos de tales principios dependen del contexto cultural de que forman parte y que la concepción de los mismos es objeto de inagotables discusiones. Ambas circunstancias hace imposible un formalismo de los principios y, con ello, de una dogmática demostrativa o puramente teórica o cognoscitiva. Entonces, el recuerdo como forma del saber jurídico carece de sentido.

15. Zagrebelsky, Gustavo, ob. cit., pág.

Para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto, esto es, la condición que eventualmente permitiría construir un sistema formal cerrado a partir de uno solo de ellos. Concebidos en términos absolutos, los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí ⁽¹⁶⁾.

El único contenido sólido, según Zagrebelsky, que una dogmática constitucional debería defender es el de la pluralidad de los valores y principios.

Desde luego, una concepción dogmática en que predomine la idea de unos valores absolutos o de unas categorías jurídicas trascendentes es refractaria, finalmente, a la concepción de un saber jurídico como diálogo.

VI. *Consideración final*

Cuando el saber jurídico es concebido ante todo como recuerdo, entonces, prevalece el sistema y los contenidos del mismo; en la misma medida pierden relevancia la cultura jurídica, esto es, el conjunto de creencias que motivan y determinan las conductas y valoraciones de los operadores jurídicos, pues no importan las prácticas sociales de éstos.

Del mismo modo, no son relevantes los argumentos jurídicos y la cadena de discursos en que aquellos tienen lugar. Esto es así porque el derecho es ante todo un dato acerca del mundo, en que los operadores no intervienen sino como receptores, ya que éstos se hallan yuxtapuestos al conjunto de normas, instituciones o principios absolutos que constituyen el derecho, sin confundirse jamás.

Asimismo, la idea del recuerdo, hace que en las escuelas de derecho presentemos al fenómeno jurídico como un ámbito separado de la política y de la moral, también lejos de la economía, finalmente, fuera del espacio público y de la vida social, pues la relación del derecho con esos otros órdenes de la vida práctica exigiría un diálogo, y éste podría conducir al olvido del derecho heredado, el que sólo puede ser profanado por la “razón autorizada”.

16. Zagrebelsky, Ob. cit., pág. 125.