

# ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

## 2011

### PONENCIAS EN VALPARAÍSO I



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



**ANUARIO DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL  
2011**

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 29  
2011

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, 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 cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

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

# ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2011

## PONENCIAS EN VALPARAÍSO I

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO  
(2011 - 2013)

Daniela Accatino, Fernando Atria, Flavia Carbonell,  
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón, Joaquín  
García-Huidobro, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín  
Squella, y Luis Villavicencio.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social  
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La  
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,  
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico  
rcoloma@uahurtado.cl

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, presenta el número 29 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 2011.

La obra reproduce las ponencias hechas en sesiones plenarias de la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el mes de noviembre de 2011, coincidiendo con la celebración del centenario de dicha unidad académica. Contiene, asimismo, parte de las ponencias que fueron presentadas en comisiones de dicha jornada.

Las ponencias presentadas en comisiones que no se incluyen en este número del Anuario lo serán en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social número 30, correspondiente a 2012, que aparecerá en los primeros meses de 2013.

Cabe señalar que la primera de estas jornadas binacionales tuvo lugar en 2004 en Buenos Aires, la segunda en Santiago en 2006, la tercera en Mendoza en 2009, y la cuarta en Valparaíso en 2011. En cuanto a la quinta jornada, tuvo lugar en Mendoza en el mes de octubre de 2012.

Durante el período 2011-2013, el Directorio de nuestra Sociedad es el que aparece en la página 6. Presidente del Directorio es Rodrigo Coloma, Secretaria General Flavia Carbonell, y Tesorera Daniela Accatino.

*Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*

## PONENCIAS EN PLENARIAS

se impone que los teóricos afronten con éxito un trabajo de configuración de nuevos conceptos que permitan entender, justificar o criticar la realidad, y entre esas nuevas teorías está en un lugar destacado la de proponer una teoría de las fuentes del derecho que resulte funcional al EDC. Sin duda, que a la luz de lo señalado arriba ya hay elementos que se han proporcionado por los neoconstitucionalistas a esos fines, pero no podemos ignorar que esos aportes poca proyección han logrado sobre el resto de las ramas del derecho y en el corazón de las Facultades de Derecho, y por otra parte, tampoco podemos ignorar que el mismo trabajo de los neoconstitucionalistas lejos está de ser pacíficamente entendido, y como ejemplo de ello vaya la acusación que le formula Fernando Atria a la teoría de Ferrajoli en el sentido que finalmente el profesor italiano estaría auspiciando un retorno al Estado de Derecho pre-moderno y a su iusnaturalismo.

A los fines de mostrar la esquizofrenia que denunciábamos al comienzo sobre la distancia que constatamos entre el aparato conceptual de las fuentes del derecho configurado en el marco del EDL y la realidad de nuestros EDC, hemos escogido el siguiente texto de Robert Alexy que revela y sintetiza buena parte de las notas indicadas arriba, las que resultan absolutamente extrañas para un jurista que piensa y opera el derecho desde aquella matriz decimonónica: “La vida diaria del derecho está llena de casos difíciles que no pueden decidirse simplemente con base en lo que ha sido expedido autoritativamente. Los ejemplos más conspicuos son las decisiones contra legem. Sin embargo, los juristas también han tenido que recurrir a razones no-autoritativas en casos de lagunas, de conflictos entre normas que sólo pueden resolverse por medio del sopesamiento o ponderación, y —la constelación más frecuente y menos espectacular— en casos de vaguedad del lenguaje del derecho o indeterminación de las intenciones del legislador. Si las decisiones jurídicas deben basarse en razones, entonces, allí en donde se agotan las razones autoritativas, las razones a favor de las decisiones jurídicas tienen que incluir razones no-autoritativas. Entre éstas razones no-autoritativas, la clase más importante consiste en razones que se refieren a la justicia. No obstante, los asuntos relativos a la justicia son asuntos morales” (“On the Concept and the Nature of Law”, en “Jus et Lex”, Warsaw, 2006).

## DE CÓMO LOS CÁNTAROS SE VOLVIERON FUENTES

DIEGO J. DUQUELSKY GÓMEZ \*

### Introducción

Resulta llamativo advertir, tras más de veinte años de docencia en el campo de la filosofía jurídica, más específicamente en una asignatura denominada “Teoría General del Derecho” —que forma parte del ciclo inicial de la carrera de abogacía— que nunca había dado ~~siquiera una~~ clase dedicada a las “fuentes del derecho”.

Y puesto a aventurar una explicación, no se me ocurre otra que reconocer que el concepto de “fuente” es uno de los tantos que la iusfilosofía ha abandonado a los profesores de las disciplinas dogmáticas, particularmente al derecho civil, producto de una “naturalización” que lo convierte inconscientemente en un tema menor<sup>1</sup>.

Ello representa un serio problema, con múltiples aristas. Si hay un defecto del que adolece la teoría jurídica, es que no ha logrado transmitir sus “avances” a las disciplinas dogmáticas. Las discusiones

\* Universidad Nacional de Buenos Aires.

1. Esta suerte de “desprecio” no parece ser propia sólo de la típica pedantería argentina. Una sensación análoga describe Josep Aguiló Regla en la presentación de su obra “*Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*”. Ariel Derecho, Barcelona, 2000. Pág. 13.

—fundamentalmente las de naturaleza epistemológica— que se dan en el seno de la iusfilosofía, rara vez influyen en los juristas que se dedican al estudio de ramas específicas del ordenamiento jurídico, quienes siguen enseñando derecho civil, comercial, administrativo, penal y hasta constitucional con las mismas herramientas conceptuales que hace cien años. En el caso de las “fuentes del derecho” esto se manifiesta con particular crudeza y vemos que, por ejemplo, la principal fuente bibliográfica de los dos mayores tratadistas de derecho privado argentinos continúa siendo Geny<sup>2</sup>.

En igual sentido, pero desde la perspectiva opuesta, advertimos que la obra que seguramente ha tenido mayor difusión como bibliografía básica para los cursos de introducción o teoría general del derecho en la Argentina, “Introducción al análisis del derecho” de Carlos Santiago Nino, sólo le dedica al problema de las fuentes cinco páginas (sobre más de cuatrocientas cincuenta) en el apartado correspondiente a “La estructura de los sistemas jurídicos y los procedimientos de creación de normas”, como parte del capítulo dedicado a la noción de “sistema jurídico”<sup>3</sup>.

Y las consecuencias de esta suerte de abandono, decíamos, son altamente problemáticas porque se priva a los estudiantes —futuros operadores del derecho— de un espacio para la reflexión sobre la complejidad y multidimensionalidad del fenómeno jurídico. Pero también lo es para quienes nos perdemos la oportunidad de abordar el análisis de una materia que lleva implícitas las principales preocupaciones de la filosofía del derecho: su fundamento, su caracterización, la noción de sistema u ordenamiento, la tensión entre creación y aplicación, su papel en la vida social, etc.

El primer paso para abordar desde la iusfilosofía la cuestión de las “fuentes del derecho” —marcando la fuerte influencia de la filosofía

2. Véase BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil —Tomo I (10ma. edición)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006 y LLAMBIAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil — Parte General (20ma. edición)*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003.

3. NINO, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1992. Págs. 148 y sgtes.

analítica aun en quienes no adscribimos a esa corriente— parece ser la de discernir los distintos sentidos en que dicha metáfora es utilizada<sup>4</sup>.

En ese entendimiento, observamos que la idea de “fuente” tiene al menos tres sentidos claramente identificables<sup>5</sup>:

- a) como origen o fundamento externo del orden jurídico;
- b) como criterio de validez normativo;
- c) como elementos que influyen o determinan efectivamente las decisiones judiciales.

También sería fácil establecer una relación directa entre estos sentidos y las perspectivas tradicionales de orientación iusnaturalista y positivista en los dos primeros casos. El tercer sentido, por su parte, sería propio tanto de las posiciones realistas como las de orientación “sociológica”. Sin embargo, la cuestión no es tan lineal y los límites distan mucho de ser claros.

A lo largo de este trabajo intentaremos demostrar cómo esas tres dimensiones no sólo han tenido mayor o menor preponderancia a lo largo de la historia, sino que también se han imbricado recíprocamente, lo que ha puesto en crisis las categorías propias de las visiones tradicionales y obligan a dar cuenta del fenómeno jurídico desde nuevas concepciones.

## 1. La evolución de las fuentes desde el Barroco

Está claro que sólo a quienes tenemos una cierta formación/deformación jurídica nos resulta natural pensar que “el régimen de

4. Nótese que no se trata de la única metáfora “hídrica” que atraviesa la ciencia jurídica. El concepto de “laguna del derecho” está también altamente internalizado. También es común hablar, por ejemplo, de la idea de “cascada normativa” para referirse a construcciones escalonadas de justificación o validez.

5. Josep Aguiló Regla comienza identificando siete “sentidos” para terminar agrupándolos en tres enfoques típicos que denomina “explicativo o social”, “justificativo o valorativo” y “sistemático o formalista”. Ver. AGUILÓ REGLA, Josep, op. cit. págs. 22-26.

alimentos” es fijado por el juez y no por un nutricionista, que las costas “están a cargo” de la vencida y no de la Prefectura Naval y que Robert De Niro o Al Pacino no son “actores” a menos que hayan interpuesto una demanda.

Sin embargo, a más de un iusfilósofo la palabra “fuente” todavía le seguirá trayendo a la mente en primer lugar a La Fontana di Trevi y, si tiene cierta edad —o cierta cultura cinematográfica— a Anita Ekberg invitando a bañarse en ella (y junto a ella) a Marcello Mastroianni.

Lo curioso es que durante el mismo período en que fueron diseñadas y construidas buena parte de las fuentes más famosas del mundo<sup>6</sup> —entre otras La Fontana di Trevi, las fuentes de los jardines del Palacio de Versalles o La Cibeles<sup>7</sup>— los desarrollos en el campo de la filosofía jurídica, moral y política repercutirían en modo determinante sobre el nacimiento del derecho positivo y la noción moderna de fuentes del derecho.

Para comprender adecuadamente este fenómeno transformativo, corresponde tener presente las características de lo que Habermas denomina la estructura trimembre del orden jurídico medieval<sup>8</sup>, que durante ese período se derrumba.

Ese esquema, con algunas variantes según la tradición jurídica de que se trate, comprende: a) un derecho sacro, administrado por expertos en teología y derecho, cuyo aura legitimatoria alcanza a los demás; b) un derecho “burocrático”, es decir un derecho dictado por el rey o emperador— que es a la vez autoridad política y juez supremo; y c) un derecho consuetudinario con las características propias de cada sociedad.

Señala Habermas, asimismo, la influencia del derecho romano en ese esquema, tanto por la alta técnica jurídica heredada por la Iglesia,

6. Nos referimos, sin entrar en subclasificaciones también bastante difundidas, al movimiento conocido como “barroco” situado en términos generales durante el siglo XVII y buena parte del siglo XVIII, entre el período renacentista y el neoclásico.

7. Esta última para muchos ya con rozando el neoclásico.

8. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, págs. 571 y sgtes.

como así también por el mantenimiento de la idea romana de *Imperium* que apoyaba el derecho burocrático.

Adviértase que ni la idea de fuente, ni el concepto mismo de derecho tienen todavía como rasgo definitorio el monopolio estatal de producción normativa.

En dicho esquema, siguiendo la tradición iusnaturalista teológica, el derecho sacro de origen divino constituye el núcleo indisponible para el príncipe y “fuente de validez” de todo ordenamiento positivo. Esquema que inexorablemente entraría en crisis a partir del 31 de octubre de 1517, cuando Martín Lutero clavó en la puerta de la iglesia del Palacio de Wittenberg sus 95 tesis, dando así origen a la Reforma.

Se inicia entonces un complejísimo proceso que marca el comienzo del largo camino de secularización de occidente y pondrá en crisis los fundamentos del conocimiento tanto del mundo natural como social, básicamente a partir de cuestionar la autoridad hasta entonces incólume, de Aristóteles.

Y así como los científicos —a partir de observar la naturaleza— habían demostrado que las concepciones aristotélicas sobre física o astronomía eran erróneas, surge un movimiento filosófico que pretende cuestionar el planteo de Aristóteles en cuanto a la imposibilidad de lograr en el campo de la determinación de lo justo e injusto las mismas certezas que en el razonamiento lógico-matemático.

Así, durante los siglos XVII y XVIII, se desarrolla el iusnaturalismo racionalista, cuya meta es trabajar “more geometrica”, vale decir a la manera de los geómetras y “reducir derecho, moral y política a ciencia demostrativa”<sup>9</sup>.

Conforme señala Norberto Bobbio, la unidad de esta corriente no es ideológica ni ontológica, sino metodológica. Lo que permite integrar como parte de la misma escuela a autores tan distintos y con intereses tan diversos como Grocio, Hobbes, Locke, Kant, Leibniz, Pufendorf, Thomasius, Wolff, Spinoza, Rousseau es que todos comparten la idea de un derecho racional.

9. Véase para un desarrollo exhaustivo el exquisito trabajo de BOBBIO, Norberto, *El modelo iusnaturalista*, en *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*, Fondo de Cultura Económica, México, 3ra. reimpresión 1996.



Mientras que el conocimiento matemático está libre de disputas y controversias, dice Hobbes, en el dogmático no hay nada que no se pueda discutir (...) “*porque compara a los hombres y trata de sus derechos y beneficios; de forma que tantas veces como esté la razón en contra de un hombre, otras tantas estará el hombre contra la razón*”<sup>10</sup>.

De este modo, la actividad principal de jurista dejará de ser la *interpretatio* que tanto se asemejaba a la actividad del teólogo, ni la *argumentatio*, a través del manejo de tópica, retórica y dialéctica, disciplinas pertenecientes a la lógica de lo probable, sino la *demonstratio*.

No se trataba de interpretar normas ya dadas, ni buscar en la tradición o en la historia leyes comunes a distintos pueblos, como había propuesto la tradición historicista con asiento en Aristóteles o Cicerón. Por el contrario, lo que el iusnaturalismo racionalista pretende es descubrir leyes universales de la conducta más allá de la historia, remontándose a la naturaleza misma del hombre.

Si Descartes o Newton lograron hallar un orden racional en el cosmos, por qué no afrontar la empresa de construir un sistema universal del derecho, válido para todo tiempo y lugar, cuya fuente fuera la Razón (adrede con mayúsculas).

Como es sabido, los principales desarrollos del iusnaturalismo racionalista se dieron en el campo del derecho público, en su concepción sobre el origen y fundamento del poder estatal. De ahí que sus principales exponentes también formen parte de otra clasificación o calificativo. Hobbes, Locke o Rousseau son frecuentemente considerados antes que iusnaturalistas o racionalistas, como “contractualistas”.

No es propósito de este trabajo analizar en forma exhaustiva —ni siquiera someramente— los rasgos del modelo contractualista, pero resulta indispensable señalar para comprender la evolución del moderno concepto de fuente, como cambia radicalmente el fundamento del poder estatal.

El Estado ya no es la prolongación de formas primitivas de sociedad, como la familia, la tribu o la aldea —donde, además, el poder del soberano no es otra cosa que la extensión del poder del *pater*

10. HOBBS, Thomas, *Elementos de Derecho Natural y Político, Epístola dedicatoria*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pág. 91.

*familiae*— sino que es el producto del consenso de individuos racionales que deciden constituirse como sociedad civil. El propósito es salir de un estado de naturaleza donde rige simplemente la ley del más fuerte y garantizar uno o más derechos<sup>11</sup>.

Nótese que, al igual que en el caso del derecho sacro donde la fuente era divina y el cántaro la ley positiva, las normas jurídicas nuevamente serán el cántaro con el que recoger el producto de la Razón.

Más allá de la simplificación que siempre supone una presentación como la que venimos realizando, resulta prudente destacar dos detalles que resultarán significativos para comprender cabalmente el proceso de positivación del derecho y, particularmente, la transformación de la ley de cántaro a fuente de derecho.

El primer señalamiento interesante de formular, consiste en el hecho de que amén de padre del modelo iusnaturalista racionalista de justificación del origen del poder estatal, Hobbes puede (y suele) ser tomado al mismo tiempo como precursor del positivismo jurídico, en virtud de la falta de límites al poder estatal una vez celebrado el pacto<sup>12</sup>.

Por otro lado, no nos olvidemos de la relevancia de los cambios sociales y políticos acontecidos durante los más de cien años que separan la publicación de los *Elementos de Derecho Natural y Político* (1640), *De Cive* (1642) o el *Leviathan* (1651) de Hobbes del *Contrato Social de Rousseau* (1762).

Sin lugar a dudas, el problema de la anarquía que desvelaba a Hobbes se había transformado en el problema del despotismo que primero preocupó a Locke y luego, con sus propias particularidades, a Rousseau, con la consecuente transfiguración de una Razón “con mayúscula” en una “Voluntad General”, también sacralizada<sup>13</sup>.

11. El “contenido” del pacto, es decir, los derechos a los que se renuncia o son conservados diferirá entre los distintos autores iusnaturalistas, conforme puede verse en la obra de Bobbio precedentemente citada.

12. Ver, HABERMAS, op. cit., pág. 570 y RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, *Teoría del Derecho*, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2008, págs. 109-110.

13. Un capítulo aparte también merecería la diferencia entre el concepto de libertad “negativa” manejado por la mayoría de los racionalistas, de la idea de libertad política o libertad positiva sostenido por Rousseau, para quien el hombre es libre cuando obedece las normas que él mismo se ha dado, al participar de la formación de esa Voluntad General.

De más está decir la influencia que el iusnaturalismo racionalista —propio de la etapa revolucionaria e ilustrada del pensamiento liberal, a decir de Luigi Ferrajoli<sup>14</sup>— tuvo como ideología fundante de las revoluciones burguesas europeas, como así también del proceso independentista en toda América<sup>15</sup>.

La gran paradoja de este movimiento resulta del hecho de que su triunfo es, simultáneamente, la principal causa de su muerte: el proceso codificador. La codificación, que responde acabadamente al modelo de un derecho racional, sistematizado, ordenado deductiva y jerárquicamente, que a su vez pone fin a la selva de fuentes del orden jurídico premoderno, genera tal devoción entre los juristas que opera una transformación definitiva en su rol.

Esos “descubridores” de las reglas que han de guiar la conducta humana a través de la Razón pasan a ser unos simples “repetidores” de un código que se supone una coherente, completa y sistemática expresión de la Voluntad General. El siguiente escalón, será la cristalización del Código como exclusiva fuente de derecho, como modo de garantizar el triunfo de los ideales de la Revolución.

Para François Ost<sup>16</sup>, el modelo del código —al que asocia con la figura de Júpiter— conlleva cuatro corolarios:

a) El monismo jurídico. En oposición a la dispersión de las fuentes del derecho de la Edad Media, el material jurídico adopta en lo sucesivo la forma dominante de la ley, acoplada en códigos que refuerzan su sistematicidad y autoridad.

b) El monismo político. La codificación supone el resultado de un proceso de identificación nacional y centralización administrativa que culmina en la figura del soberano.

14. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 890.

15. En el caso argentino, se observa claramente como el argumento esgrimido para la destitución del Virrey Cisneros y la proclamación del Primer Gobierno Patrio, no es otro que la “ruptura” del pacto con Fernando VII, preso por Napoleón y el consecuente retorno de la soberanía al pueblo del Virreinato del Río de la Plata.

16. OST, François, *Júpiter, Hermes, Hércules: Tres modelos de juez* (en Doxa-14, Alicante, 1993).

c) Una racionalidad deductiva y lineal. Es decir, que las soluciones particulares son deducidas de reglas generales, derivadas ellas mismas de principios aun más generales, siguiendo inferencias lineales y jerarquizadas. En caso de controversias interpretativas, la técnica elucidatoria apela la racionalidad del legislador, “garante jupiterino” —al decir de Ost— de la coherencia lógica y de la armonía ideológica del sistema<sup>17</sup>.

d) Una concepción del tiempo orientado hacia un futuro controlado. La empresa de la codificación descansa sobre la creencia, eminentemente moderna, del progreso de la historia: la idea de que la ley —anticipando un estado de cosas posible y considerado preferible— puede hacer llegar un porvenir mejor. Esta concepción se opone a la temporalidad de larga duración, que por sobre todo mira al pasado y que caracteriza al derecho consuetudinario.

## 2. De las napas subterráneas al cielo de los conceptos jurídicos

Sostiene Boaventura de Sousa Santos que el proyecto de la modernidad es fértil en dicotomías, lo que en última instancia debe atribuirse al modelo de racionalidad cartesiana que le subyace. Y si bien se trata de un modelo que no es monolítico, puede advertirse que en cualquiera de sus lógicas de racionalidad encontramos principios organizados en polarizaciones dicotómicas.

En tal sentido, señala el teórico de Coimbra, “en la racionalidad instrumental-cognitiva, las dicotomías sujeto/objeto y cultura/naturaleza; en la racionalidad estético/expresiva, las dicotomías arte/vida y estilo/función; en la racionalidad moral-práctica, las dicotomías sociedad/individuo y público/privado. Subyacente a todas estas dicotomías y presente

17. El rol del magistrado sufre una notable transformación a partir de las revoluciones burguesas, la consolidación de los estados nación y el proceso codificador. En palabras de Montesquieu, el juez asume el rol de un poder neutral, “la boca que pronuncia las palabras de la ley”. Y al tener las leyes un origen democrático, este sería transmitido al magistrado a través de una suerte de propiedad transitiva. Ver MARI, Enrique, *La interpretación de la ley. Análisis histórico de la escuela exegetica y su nexa con el proceso codificador de la modernidad*, en A.A.VV. *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.

en ellas de varios modos está la dicotomía formal/informal, o sea, la distinción polar entre construcción conceptual autorreferenciable y contenido empírico desorganizado<sup>18</sup>.

Como parte de esas oscilaciones dicotómicas, frente al formalismo implícito en el modelo iusnaturalista y su “desembocadura” en el proceso codificadorio, surgirá en Alemania, a principio del siglo XIX una corriente antagónica, tendiente a cuestionar el universalismo racionalista, reivindicando lo histórico y particular de la cultura jurídica: la escuela histórica del derecho, cuyo principal exponente fue Savigny<sup>19</sup> para quien el derecho y la justicia son manifestaciones del “espíritu del pueblo” (*volksgeist*).

Y si el derecho es una manifestación cultural, la escuela histórica es también sin duda alguna una fiel expresión del espíritu de su época, el Romanticismo.

Claro que no es sencillo, ni tendría mayor sentido, reseñar los puntos centrales del pensamiento de la escuela histórica sin hacer referencia al contexto político de su surgimiento y los propósitos —teóricos pero también políticos— perseguidos por su fundador.

La obra de Savigny se desarrolla principalmente con un objetivo concreto, liderar —frente al proceso codificadorio que desde Francia y de la mano de Napoleón, amenaza expandirse sobre el resto de Europa— lo que Bobbio denomina como un “contramovimiento”<sup>20</sup>.

Del mismo modo que un lenguaje no puede ser creado artificialmente, sino que se va desarrollando como manifestación cultural, el derecho no puede ser impuesto por un legislador sino que es el resultado de un proceso histórico que desarrolla la comunidad. La

18. SANTOS, Boaventura de Sousa, *El estado y el derecho en la transición posmoderna*, en AAVV *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, pág. 273.

19. Muy “simpáticamente” Alf Ross sostiene que “la concepción tradicional ve en Savigny al San Jorge de la ciencia jurídica alemana que derrotó al dragón del derecho natural”. ROSS, Alf, *Teoría de las Fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, pág. 185.

20. BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Ed. Debate, Madrid, 1998, pág. 133.

justicia de un ordenamiento viene dado por el respeto a la tradición, lo que explica la pervivencia de ciertas instituciones, valores, etc.

Está claro que el pensamiento de esta escuela es fuertemente conservador y puede explicarse como un sólido intento de resistir el avance de las ideas liberales de la revolución francesa que intentaban introducirse en Alemania a través del Código de Napoleón. Precisamente sobre este punto recuerda Atienza las palabras utilizadas por Marx para referirse lapidariamente a ella como “una escuela que legitima la infamia de hoy con la infamia de ayer, una escuela que declara rebelde todo grito del siervo contra el látigo cuando éste es un látigo antiguo”<sup>21</sup>.

A esta oposición dedica expresamente buena parte de su obra Savigny en trabajos como “De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho” o “La codificación civil en Alemania”, auténticos manifiestos (por no usar términos como libelos o panfletos, cuya carga emotiva tiende a ser negativa)<sup>22</sup>.

Como puede verse, la auténtica fuente de derecho es “el espíritu del pueblo”. Pero, ¿cuál es entonces el cántaro? Entendemos que corresponde dar la respuesta en dos etapas.

En su Teoría de las Fuentes del Derecho, Alf Ross propone sintetizar el enfoque básico de la escuela histórica a partir de negar el valor práctico de una renovación del derecho aplicando principios abstractos de la razón. Sólo se podría innovar —explica Ross— en la medida que la experiencia histórica haya sacado a la luz una necesidad. Esas transformaciones o innovaciones —siempre que sean imprescindibles— se tratarán de efectuar “de abajo a arriba”, mediante

21. Citado en ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, Ed. Barcanova, Barcelona, 1985, pág. 136.

22. Para una recopilación de sus principales obras ver: LAQUIS, Manuel (comp.), *Savigny*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1993. Allí podemos ver por ejemplo (págs. 100 y sgtes.), como horroriza a nuestro autor la posibilidad de que “empleados judiciales de las instancias inferiores lleven las listas de los nacimientos y las muertes”, o que se critique “como restos de barbarie la diferencia que se quiere hacer entre propios y cristianos, entre cristianos y judíos”, señalando que “la destrucción de toda distinción sería totalmente antinatural. Es verdad que los judíos son y quedarán para nosotros, de acuerdo a nuestra íntima esencia, extraños (...)”.

la tácita y constante transformación orgánica operada por su aplicación, ejerciéndose entonces una opción no sólo descriptiva sino también valorativa y política a favor del derecho consuetudinario. Hasta aquí, la costumbre aparece como el cántaro contenedor de ese “espíritu del pueblo”. Pero esto no termina allí, veamos.

Dice Savigny: “*El derecho progresa con el pueblo, se perfecciona con él y, por último, perece cuando ha perdido su carácter. Pero este interior progreso, existente también en los tiempos de mayor cultura, es en ellos muy difícil de estudiar*”<sup>23</sup>.

Como podemos notar, el propio Savigny advierte que en su evolución el derecho va adquiriendo —diríamos en palabras de hoy— una mayor complejidad, que no puede ser comprendida con suficiente profundidad y en todas sus dimensiones y detalles por “el pueblo”.

Por otra parte, como señala Bobbio<sup>24</sup>, aun opiniéndose al proceso codificadorio, la escuela histórica también persigue la unificación y sistematización del derecho alemán.

Sólo que, en lugar de visualizar al legislador como el actor adecuado para alcanzar estos objetivos mediante la elaboración de un código, Savigny y sus seguidores asignan ese rol a la ciencia del derecho. Serán los juristas los que, mediante el desarrollo científico remediarán los defectos del derecho existente de un modo más eficaz. Será entonces la ciencia jurídica el cántaro que albergue la juridicidad.

Lo curioso es que el derecho científico alemán identifica como representativo de esa realidad social al derecho romano, de allí que durante la primera mitad del siglo XIX se desarrolló la llamada “pandectística”<sup>25</sup>. La explicación brindada por el propio Savigny para otorgarle ese lugar se encuentra en que “*se trata del único derecho de un pueblo grande, de larga vida, que tuvo un desenvolvimiento perfectamente*

23. SAVIGNY, K.V., *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* en LAQUIS, op. cit., pág. 66.

24. Op. cit. pág. 133.

25. En alusión al estudio de las Pandectas, recopilación también conocida como Digesto que forma parte del Corpus Iuris Civilis.

*nacional y no interrumpido, y que, por otra parte, fue administrado con celo verdaderamente religioso en todos los períodos de su historia*”<sup>26</sup>.

Como puede verse, el papel asignado por la escuela histórica al “espíritu del pueblo” y al derecho consuetudinario empieza a diluirse. O quizás siempre tuvo un carácter más simbólico que real. El camino seguido por la ciencia del derecho, primero como pandectística y luego a través de la llamada “jurisprudencia de conceptos” muestra como el péndulo se ha movido nuevamente hacia el polo formalista/ racionalista. Y el hilo conductor es precisamente el derecho romano.

Podemos encontrar en el primer Ihering<sup>27</sup> el punto culminante de este proceso. El error del iusnaturalismo fue no haberse dado cuenta —al darle la espalda a la historia— que la racionalidad y universalidad que aspiraba alcanzar a través de principios abstractos, ya había tenido una manifestación concreta. “*La importancia del derecho romano para el mundo moderno no consiste en haber sido en un momento la fuente del derecho, ya que ello fue pasajero; su autoridad reside en la profunda revolución interna, en la transformación completa que hizo sufrir a todo nuestro pensamiento jurídico. El derecho romano, como el cristianismo, se ha convertido en elemento de la civilización del mundo moderno*”<sup>28</sup>.

Sobre ese material jurídico, que es simultáneamente cántaro de la cultura occidental y fuente para el estudio de las instituciones jurídicas, se irá formando el modelo de ciencia dogmática que dominó —y en buena medida aún domina— el estudio y la enseñanza del derecho.

Según este modelo —sostiene Norberto Bobbio<sup>29</sup>— la operación más importante a la que debe dedicarse el científico consiste en la “simplificación” cuantitativa y cualitativa de los materiales jurídicos.

26. Op. cit. pág. 70.

27. Como es por todos conocido a partir de “*La lucha por el derecho*” se produce en la obra de Ihering un importante giro, abandonando la tradición del historicismo y la jurisprudencia de conceptos, para dar origen a la escuela conocida como “jurisprudencia de intereses”, a partir de la influencia ejercida —entre otras— por la teoría evolucionista darwiniana. Ver SIPERMAN, Arnoldo (comp.) *Ihering*, CEAL, Buenos Aires, 1992.

28. IHERING, Rudolf, *El espíritu del derecho romano*, en SIPERMAN, Arnoldo (comp.). Op. cit. pág. 34.

29. BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, op. cit. págs. 135 y sgtes.

La primera de ellas se lleva a cabo mediante el análisis jurídico —descomponiendo el material jurídico complejo en sus elementos más simples—, la concentración lógica —vale decir, la reconstrucción del material previamente descompuesto, pero ahora bajo la forma de principios que hasta ese momento estaban latentes— y su ordenamiento sistemático.

La compleja operación propia de la simplificación cualitativa se denomina *construcción* y consiste en la caracterización y aislamiento de los “institutos —también llamados cuerpos— jurídicos” para a partir de allí desarrollar su teoría, vale decir: su definición, su evolución, su relación con otros institutos y su inserción en el sistema.

Como puede observarse, el jurista dogmático se aleja cada vez más del sustrato social del material jurídico y elabora un edificio teórico más preocupado por los aspectos lógicos que por sus consecuencias prácticas<sup>30</sup>. Así, resulta cada vez más difícil seguir pensando a la doctrina como cántaro. La ciencia del derecho se va tornando fuente.

### 3. Mientras tanto, cruzando el canal...

No hay dudas que la influencia del pensamiento jurídico anglosajón en nuestros países ha sido sensiblemente menor a la ejercida por la tradición continental europea y que, al mismo tiempo, el modo de concebir y practicar el derecho se mantuvo al menos “poco contaminada” en los países provenientes de esa cultura.

Sin embargo, para completar el cuadro de situación que venimos presentando no podemos soslayar en este recorrido algunos señalamientos —o quizás simplemente algunos “hitos”— de la teoría jurídica acontecidos durante fines del siglo XVIII y principios del XIX al otro lado del Canal de la Mancha.

Alf Ross sostiene que si quisiéramos resumir los rasgos de la “jurisprudencia”<sup>31</sup> inglesa en comparación con la continental,

30. Para una crítica original sobre estos aspectos, nada mejor que apelar al propio Ihering, cuando en su segunda etapa escribe la genial *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1987, particularmente el capítulo “*En el cielo de los conceptos jurídicos*”.

31. Nótese que la voz “jurisprudencia” —como traducción de “jurisprudence” tiene en este caso un sentido muy distinto del usualmente utilizado en la

deberíamos poner de relieve dos rasgos: su carácter práctico-realista y su pureza metódica.

Al primero atribuye paradójicamente su fuerza y su debilidad. Fuerza, en la medida en que ha logrado mantener un estrecho contacto con la realidad jurídica que pretende explicar. Debilidad, en la medida que resulta difícil alcanzar algún conocimiento relevante “*si no se tiene el valor de mirar más allá de lo inmediatamente práctico y real*”<sup>32</sup>.

La pureza metódica invocada por Ross se refiere a que la teoría jurídica inglesa ha logrado, sobre todo a partir de Austin, mantener por carriles separados las reflexiones sobre el derecho, la moral y la política<sup>33</sup>.

Son tres los autores y las visiones que, por distintas razones, nos interesa —aunque más no sea suscitadamente— poner de relieve en esta instancia: Blackstone, Bentham y Austin.

La relevancia de William Blackstone consiste, básicamente, en ser el representante arquetípico del pensamiento jurídico anglosajón dominante durante la transición entre el auge del iusnaturalismo racionalista y el positivismo austiniano.

Los cuatro tomos de los “*Commentaries on the Laws of England*”, que habían sido escritos entre 1765 y 1769 a partir de sus clases en Oxford son considerados como la primera exposición sistemática del common law y fueron material bibliográfico fundamental para los estudiantes de derecho tanto en Inglaterra como en Estados Unidos hasta un largo tiempo después de su muerte en 1780.

Si Hobbes podía ser presentado tanto como el padre del iusnaturalismo racionalista como un precursor del positivismo<sup>34</sup>, podemos encontrar una ambigüedad parecida en Blackstone, quien reproduce en sus “*Commentaries*” la oposición entre ley natural y ley

tradicón continental europea y latinoamericana. Hace referencia a la ciencia jurídica y no a los precedentes judiciales.

32. ROSS, Alf, op. cit. págs. 132-133.

33. De más está decir que esta “pureza”, si bien celebrada por Ross, bien podría ser cuestionada desde otras perspectivas.

34. Ver nota al pie N° 12.

positiva, invoca un derecho superior obligatorio en cualquier tiempo y lugar, pero a la hora de definir la regla de derecho, ésta no aparece limitada por ningún poder superior al estatal.

Yendo directamente al tema que nos atañe, el punto de partida de la teoría de las fuentes de Blackstone es la clásica distinción entre *lex scripta* y *lex non scripta* propia de la tradición romano-germánica. La primera es dictada de manera expresa por los órganos legislativos estatales y se manifiesta bajo la forma de la ley. La segunda, en cambio, bajo la forma de derecho consuetudinario, recibe su aprobación tácita producto de su uso inmemorial.

Como puede observarse, la costumbre adquiere para Blackstone el carácter de una auténtica fuente de derecho, en un absoluto pie de igualdad con la producción legislativa derivada de órganos designados para tal fin. Es más, destaca Ross que el hecho de que buena parte del derecho haya surgido de la propia aceptación del pueblo, manifestada por la costumbre, es invocado por nuestro autor como un ejemplo más de la libertad del pueblo inglés<sup>35</sup>.

Podríamos encontrar en este punto algunas analogías con el planteo de la escuela histórica del derecho y el papel asignado a la costumbre como expresión del “espíritu del pueblo”. Sin embargo existirá una diferencia fundamental entre ambas concepciones.

Las condiciones para que una costumbre sea considerada “a good custom” consisten en que los afectados por ella la consideren obligatoria, que sea cierta, razonable y que haya gozado de una antigüedad inmemorial e ininterrumpida. Pero, ¿quién determina el cumplimiento de tales requisitos? A diferencia de la escuela histórica, que asignaba un papel clave a la ciencia jurídica, en el esquema de Blackstone ese rol es cumplido por el juez.

El juez es concebido como un mero “aplicador” de normas ya dadas, generadas consuetudinariamente. La circunstancia de que sea el propio magistrado el encargado de determinar, no sólo la aplicabilidad, sino la propia existencia de una costumbre dotada de validez jurídica por el pueblo, no pone en crisis esta noción. Las decisiones judiciales no son más que la evidencia de la existencia de la norma.

35. ROSS, Alf, op. cit. pág. 136.

Antes de pasar a la concepción de Austin, que representa la respuesta directa a la tesis de Blackstone sobre el vínculo entre el juez y la costumbre, haremos un breve paréntesis para dedicarle unos pocos párrafos a otro de sus contradictores, Jeremy Bentham.

¿Por qué referirse a Bentham en esta instancia? Una doble razón lo justifica: de un lado, porque la propuesta codificatoria de Jeremy Bentham para Inglaterra precisamente tenía como objetivo desterrar el modelo de juridicidad que venimos describiendo. Por otro, por la simpatía que despiertan los “perdedores” ya que como señala Enrique Marí: “Ni Inglaterra, ni ningún Estado, de Portugal a Estados Unidos y de España a Rusia, avaló sus propuestas”<sup>36</sup>.

Las razones de Bentham para impulsar la codificación son claras. Si el sistema del common law se basaba en costumbres inmemoriales, no era el camino adecuado para transformar la realidad en un sentido más democrático y que permitiera alcanzar “la mayor felicidad al mayor número” conforme su célebre máxima utilitarista.

El utilitarismo de Bentham explica el criterio de cientificidad con que aborda su propuesta codificatoria. La letra del código está destinada a traducir “placer” y “dolor” en términos de castigos o recompensas. Como puede advertirse —y este es un dato relevante para futuras concepciones jurídicas— el derecho es visto como una herramienta de transformación social.

Podemos encontrar, asimismo, un punto de contacto directo entre las metas de Bentham y los objetivos perseguidos tanto por el modelo francés como el modelo alemán de ciencia de derecho descriptos hasta aquí: la búsqueda de orden y sistematicidad del ordenamiento jurídico.

Si la selva de fuentes premodernas pretendía ser “domesticada” por el código de Napoleón, si la jurisprudencia de conceptos pretendía hacer lo propio con el derecho germánico, idéntico objetivo persigue Bentham en relación con el common law, que aparece como un conjunto

36. MARI, Enrique, op. cit. págs. 276-277. Para algún desprevenido, nótese el carácter irónico con que utilizo el término “perdedor” toda vez que es innegable la influencia ejercida por Bentham en el pensamiento jurídico (como precursor del positivismo) y político (sobre el proceso independentista latinoamericano) y sin lugar a dudas la relevancia de sus tesis utilitaristas el plano de la filosofía moral.

de reglas oscuras, indisponibles precisamente para los súbditos que son sus destinatarios<sup>37</sup>.

Por ello, resultará clave para el éxito de la codificación la utilización de un lenguaje claro y preciso, producto de un refinado conocimiento por parte del legislador de la gramática y la lógica.

Integralidad, completitud, claridad, sistematicidad. La recopilación de las virtudes reseñadas por Bentham nos eximen de justificar la inclusión del autor por este recorrido entre los forjadores de la imagen del derecho y de sus fuentes propia del Siglo XIX:

Estamos en condiciones, finalmente, de recortar algunos rasgos centrales del pensamiento de John Austin, quien en sólo cuatro años —entre 1828 y 1832— produjo una obra que si bien recién se conoció unos años después de su muerte, en 1859, transformó para siempre el concepto de derecho, no sólo en el ámbito anglosajón.

Es que, más allá de los antecedentes que puedan encontrarse en Hobbes o en el propio Bentham, Austin es presentado, tanto por defensores como por detractores como el iniciador de la tradición iusfilosófica positivista.

Entre sus virtudes se encuentran, fundamentalmente, haber elaborado el esbozo de una teoría general de la norma, haber determinado criterios para reconocer y clasificar diferentes tipos de normas y establecer una estricta separación entre derecho y moral<sup>38</sup>.

El punto de partida de Austin para determinar el concepto de derecho es establecer a qué tipo de juicio corresponden las normas y lo que advierte es lo que podríamos traducir como “leyes propiamente dichas” o “en sentido estricto” (*law properly so called*) no son otra cosa que “órdenes” o “mandatos” (*commands*).

Dos características más serán necesarias para terminar de caracterizar la concepción austiniana. Por un lado, la amenaza de infligir un daño asociado al incumplimiento de ese mandato. Además,

37. Son muy ilustrativas las citas recopiladas en ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1994, pág. 342, en especial cuando compara el modo en que los jueces hacen las reglas del common law con el modo en que los hombres educan a sus perros.

38. ROSS, Alf, *Teoría de las fuentes del Derecho*, op. cit. págs. 140 y sgtes.

la de disponer del poder necesario para, en caso de incumplimiento, hacer efectiva dicha amenaza.

Como explica Dworkin al reseñar críticamente los rasgos centrales del positivismo jurídico: “*En cada comunidad política, pensaba Austin, se encuentra un soberano, una persona o grupo determinado a quien habitualmente obedecen los demás, pero que no está habituado a obedecer a nadie más. Las normas jurídicas de una comunidad son los mandatos generales que ha emitido su soberano*”<sup>39</sup>.

Ya retomaremos esta conceptualización en un par de apartados. Por ahora, y para finalizar nuestra excursión británica, nos centraremos en reconocer en que punto se diferencia la visión de Austin de la planteada por Blackstone en relación al papel asignado a los jueces frente a la costumbre en el common law.

Como señalábamos unos párrafos atrás, Blackstone sigue sosteniendo que, aun en el caso del derecho consuetudinario, el juez no crea derecho sino que lo aplica, limitándose a reconocer los rasgos que permiten considerar una práctica como jurídica.

Por el contrario, Austin sostendrá que las normas consuetudinarias, es decir aquellas a las que ninguna autoridad les haya otorgado otro carácter, forman parte de lo que denomina “moralidad positiva”. Sin embargo, esa positividad no puede ser considerada en modo alguno “jurídica” aunque podrá adquirirla por dos vías.

El primer caso, si una costumbre es elevada al rango de ley, mediante su aprobación mediante los mecanismos legislativos institucionalmente previstos. El segundo, que aquí nos ocupa, cuando haya sido efectivamente adoptada como fundamento de decisiones judiciales. En síntesis, la regla implícita en la costumbre por sí sola todavía no es derecho. Recién lo será cuando efectivamente sea aplicada por los tribunales. Otro cántaro, ahora la sentencia, se ha vuelto fuente.

#### 4. Pateando cántaros

A medida que durante el siglo XIX las principales ciudades europeas avanzaron progresivamente en la construcción de redes de

39. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993. Pág. 66.

agua corriente, bajó significativamente el riesgo de ruptura de cántaros, toda vez que las fuentes fueron llegando a los propios patios de los hogares. Asimismo, se perfeccionaron los sistemas de filtrado y fue posible separar claramente el circuito del agua potable y de aquella que no lo era.

De igual modo, en el campo jurídico se fue desarrollando una concepción normativista en la que confluyeron la tradición francesa y la alemana, dando origen a una visión formalista del derecho, sin lugar a contaminación alguna proveniente de la vida social.

Siguiendo a Carrió<sup>40</sup> podríamos sintetizar los principales rasgos de la posición formalista en cuatro características básicas:

a) El derecho es visto como un sistema cerrado, completo, del que pueden deducirse soluciones para todos los casos posibles.

b) El sistema jurídico no se identifica con la voluntad histórica del legislador, sino que una vez dictada la ley adquiere vida propia y su significado va evolucionando.

c) La ciencia jurídica es la encargada de reconocer y fijar en conceptos dicha evolución. Los juristas a través de sus abstracciones y conceptualizaciones logran que el derecho sea un sistema coherente.

d) La tarea del juez se limita a reconocer la norma aplicable al caso concreto, prescindiendo de toda actividad creadora y absteniéndose de utilizar cualquier tipo de material que no sea puramente normativo.

Conforme esta concepción, entonces, la actividad del juez consiste fundamentalmente en subsumir el caso a la norma. La subsunción sería el sucedáneo jurídico del silogismo lógico.

Por otra parte, en caso de duda, siempre será posible recurrir al “método adecuado” que nos permita conocer el “verdadero” sentido de la norma. Así, se han propuesto el método gramatical, el exegético, el sistemático, etc.<sup>41</sup>.

40. CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979. Págs. 62 y sgtes.

41. Para un interesantísimo desarrollo del vínculo entre métodos interpretativos e ideología, véase COSSIO, Carlos, “*La crítica de la jurisprudencia dogmática*”

Como era previsible —retomando la figura del péndulo a la que hacíamos referencia unos párrafos más arriba— ante este reductivismo normativista hubo a fines del siglo XIX y principios del XX una fuerte reacción frente al formalismo y el positivismo dominantes.

Y así como en el campo de las “ciencias del espíritu” Wilhelm Dilthey rompe con las tendencias causalistas o physicalistas dando origen a la tradición comprensivista<sup>42</sup>, la teoría jurídica no podía estar ajena a la necesidad de enfrentar a esa ingenua visión dominante.

Cuentan Jorge Luis Borges y Alicia Jurado, recorriendo la historia del budismo zen que “*el número de discípulos de Po-Chang fue tan considerable que tuvo que fundar otro monasterio. Para hallar quien lo dirigiera, los reunió a todos, les mostró un cántaro y les dijo: «Sin usar la palabra cántaro, díganme qué es». El prior contestó: «No es un pedazo de madera». El cocinero, que iba a la cocina, le dio un puntapié al cántaro y prosiguió. Po-Chang lo puso al frente del monasterio*”<sup>43</sup>.

Del mismo modo, en el campo del derecho, para saber qué había detrás de esa prolija cáscara formal sería necesario patear con fuerza los cántaros. Y eso harían, por un lado, la “escuela del derecho libre” y la “escuela del derecho vivo” en Alemania y, por otro, el realismo jurídico norteamericano<sup>44</sup>.

Tanto el movimiento del “derecho libre” como el del “derecho vivo” —cuyos principales exponentes son Hermann Kantorowicz<sup>45</sup> y

como crítica de nuestra época” en Revista La Ley, Tomo 108, Sección Doctrina, págs. 1.088 y sgtes., ponencia leída en sesión plenaria del IV Congreso Nacional de Filosofía celebrado en la ciudad de Fortaleza, Estado de Ceará, Brasil, 4 a 10 de noviembre de 1962.

42. Una clara descripción de la misma podemos ver en SCHUSTER, Federico, *El oficio de investigador*, Fac. de Filosofía y Letras, Bs. As., 1995.

43. BORGES, Jorge Luis y JURADO, Alicia, *Qué es el budismo*, en *Obras completas en Colaboración*, EMECE, Barcelona, 1997, pág. 773.

44. Alf Ross, en su *Teoría de las fuentes* (op. cit., págs. 108 y sgtes.), incluye entre las reacciones anti-positivistas a la Teoría de la libre investigación científica desarrollada por Génay, aunque reconociendo que la misma presenta un fuerte rasgo iusnaturalista, lo que la separaría de las visiones desarrolladas en este apartado.

45. Muchas veces bajo el pseudónimo de Gneus Flavius.



Eugen Ehrlich, respectivamente — compartirán la idea de la existencia de otras fuentes, además de la ley, formando parte del derecho. La diferencia sustancial entre ambas posiciones entendemos que pasa fundamentalmente por la perspectiva adoptada.

En el caso de la escuela del derecho libre, el punto de vista central es el del juez. Vale decir, los criterios tenidos en cuenta por los magistrados para la solución de los casos sometidos a su consideración.

Se trata, a decir de Carlos Cossio, de una escuela que sostiene la concepción interpretativa que él denomina “voluntarismo amorfo”<sup>46</sup>, toda vez que rechaza cualquier idea de método interpretativo y deja librada la sentencia a la conciencia del juez.

La postura del Ehrlich y su escuela del derecho vivo, por el contrario, adopta una perspectiva de naturaleza eminentemente sociológica<sup>47</sup>. El punto de partida del autor consiste en reconocer que junto a las normas positivas formalmente creadas por la autoridad estatal, coexisten en la comunidad un sinnúmero de reglas sociales, que nada obsta para que sean consideradas jurídicas.

La propia experiencia vital de Ehrlich, como profesor universitario en Czernowitz —su ciudad natal— por entonces parte del Imperio Austrohúngaro<sup>48</sup>, le había hecho distinguir entre las normas formales —a las que llama “de decisión”, toda vez que son las invocadas para resolver conflictos ante las autoridades— y el “derecho vivo” —presente en las múltiples instancias de la vida social donde lo que prima es la cooperación.

En el mundo anglosajón la reacción antiformalista está representada por el denominado “realismo jurídico norteamericano”. Suele reconocerse a Oliver Wendell Holmes como el padre de esta corriente, cuyas bases están sentadas en una serie de conferencias luego publicadas en un libro conocido como “La senda del derecho”<sup>49</sup>.

46. COSSIO, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967, págs. 124 y sgtes.

47. Ver por ejemplo COTERELL, Roger, *Introducción a la Sociología jurídica*. Ariel, 1991.

48. Actualmente Ucrania.

49. HOLMES, Oliver W., *La senda del derecho*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1975.

Así Holmes plantea con toda vehemencia y crudeza que para conocer lo que el derecho es en realidad, hay que mirarlo con los ojos del mal hombre, aquél que quiere conocer las efectivas consecuencias materiales de sus actos.

Sostiene nuestro autor que “(...) si aceptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a este le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales (...)” y finaliza planteando “Yo opino de manera bastante parecida. Entiendo por ‘derecho’ las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos”<sup>50</sup>.

Como podemos ver, el realismo da un salto copernicano centrando a la actividad judicial como el centro del concepto mismo de derecho y mostrando una actitud radicalmente escéptica.

Ese escepticismo tiene, sin embargo, algunos matices. Autores como Llewellyn son particularmente escépticos frente a las normas —a las que califica de simples juguetes vistosos— por lo que proponen dejar de poner interés en las *paper rules* y prestar atención a las *real rules*, es decir las normas que efectivamente se aplican (otra dicotomía muy difundida es la de *law in books* y *law in action*, es decir el derecho de los libros y el derecho en acción).

Otros, como Jerome Frank incorporan un grado más de perplejidad al problema ya que son también escépticos frente a los “hechos”. Lo que advierte Frank —que al igual que Holmes además de como abogado y filósofo del derecho se desempeñó como juez— es que buena parte de las disputas judiciales no se refieren a cuestiones normativas sino fácticas. El gran problema de la actividad judicial pasa por la necesidad de reconstruir hechos a través de testimonios, documentos, pericias, etc.

Lo que intenta demostrar Frank es que contrariamente a lo que plantean las tesis tradicionales, a todas las dificultades que presenta la subsunción en el plano normativo se agregan las fácticas. Y en esa instancia, además, aparecerán una serie de factores “externos” que influirán en la decisión final del juez<sup>51</sup>.

50. HOLMES, Oliver W., *op. cit.*, págs. 20-21.

51. Ver CUETO RUA, Julio C., *Prólogo a FRANK, Jerome, Derecho e incertidumbre*, CEAL, Buenos Aires, 1968.

Al mostrar lo que hay dentro del cántaro —rompiéndolo—, la crítica radical del realismo jurídico diluye la posibilidad de seguir manteniendo el concepto de fuente con un uso normativo o valorativo. No parece existir nada como “juridicidad” o el “fundamento” del orden jurídico y sólo podemos concebir al derecho inductivamente, a partir de la singularidad de las decisiones.

### 5. La flecha de Siddharta

No es difícil advertir en la dicotomía formalismo/realismo, como una vez más asistía la razón a Gaston Bachelard cuando planteaba su tesis sobre la bipolaridad del error<sup>52</sup>. En este caso, de la pura aplicación a la pura creación, de la pura norma al puro hecho, del puro conocimiento a la pura voluntad.

Veremos en este apartado como los dos más significativos exponentes del positivismo jurídico del siglo XX, Kelsen en el mundo continental y Hart en el mundo anglosajón, presentan posiciones intermedias que intentan superar esta dicotomía.

Sin embargo, el punto de partida del razonamiento planteado por ambos, tiene un antecedente común al que ya nos hemos referido en este trabajo, la noción austiniiana del derecho como mandato del soberano.

Quienes hayan leído el famoso “Kim” de Rudyard Kipling recordarán el punto de partida de la novela. La búsqueda de un río. Un río sagrado que no sólo limpia toda mancha de pecado sino que es también fuente de sabiduría.

Cuenta la historia que, siendo todavía joven Siddhartha —quien luego sería Buda— participó de un concurso de arquería. Luego de romper el primer arco que le dieron, pidió otro que nadie fue capaz de armar. Superando todos los otros blancos, la flecha siguió en el aire, alejándose hasta perderse de vista. Pero cuando al fin cayó, al tocar tierra, surgió allí una fuente, un arroyo que se transformaría en ese río sagrado.

52. Para las tesis centrales de Bachelard ver CARCOVA, Carlos. “Bachelard y la noción de obstáculo epistemológico”, Revista “Metodología de la Enseñanza del Derecho”. Universidad de Morón. Nº 3.

Del mismo modo, en el esquema propuesto por Austin —y seguido con sus variantes por Kelsen y Hart— la noción de fuente se vincula directamente con “quien lanzó la flecha”. En tal sentido, Ricardo Entelman<sup>53</sup> ha señalado como las reglas básicas de producción del discurso jurídico son reglas de designación. Vale decir, aquellas que individualizan a aquellos quienes están en condiciones de “decirlo”.

Como adelantáramos, la tesis de Austin —conocida como imperativismo— se limita a establecer el criterio de identificación de aquello que denominamos “derecho”, que se encuentra entonces en el hábito de los ciudadanos de obedecer a un soberano, ante el riesgo cierto de sufrir el mal con que nos amenaza en caso de incumplimiento. Tanto Kelsen como Hart compartirán en líneas generales el punto de partida de Austin, pero intentarán superarlo.

Para Kelsen<sup>54</sup> una pluralidad de normas constituye un sistema jurídico si la validez de las mismas reposa en última instancia en una norma única, entendiendo que una norma es válida —y en consecuencia existe e integra el sistema jurídico— si ha sido creada conforme estaba previsto en una norma superior.

El paso que da Kelsen en relación a Austin pasa por advertir que la norma no se agota en el acto de voluntad del soberano. O para ser más precisos, en que amén del sentido subjetivo de dicho acto de voluntad, una norma superior otorga al mismo el sentido objetivo que le asignará carácter normativo.

La búsqueda del fundamento de validez común consistirá en ir subiendo río arriba hasta encontrar el lugar donde cayó la flecha de Siddhartha. Vale decir, donde encontramos la primera norma jurídica positiva, cuya validez sólo podrá derivarse de la presuposición por parte de los juristas de la existencia de una norma (supuesta) que asigna carácter normativo a esa primera constitución.

53. ENTELMAN, Ricardo, *Discurso normativo y organización del poder* en VV.AA., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

54. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 2ª Ed., Unam, México, 1982. Págs. 201 y sgtes.

Durante mucho tiempo, esa norma fundamental fue presentada como una hipótesis gnoseológica. Sin embargo, el propio Kelsen terminará por reconocer el carácter ficcional de la norma que sirve de base a toda su construcción: “*El objetivo del pensamiento en el caso de la norma básica es: fundamentar la validez de normas que configuran un orden moral o legal positivo, o sea, interpretar el sentido subjetivo de los actos que establecen estas normas como su sentido objetivo; pero esto significa: interpretarlas como normas válidas y a los actos como normativos. Esta meta se alcanza únicamente por medio de una ficción. Nótese, por lo tanto, que la norma básica en el sentido de la filosofía del ‘como si’ vaihingeriana no constituye una hipótesis —como yo mismo la he caracterizado algunas veces— sino una ficción, que se diferencia de una hipótesis por el hecho de que la acompaña, o debería acompañarla, la conciencia de que no responde a la realidad*”<sup>55</sup>.

A partir de allí, todo acto de creación es un acto y aplicación y viceversa, habida cuenta que la única forma de crear normas válidas es aplicando normas superiores y, asimismo, la forma de aplicar normas es creando una nueva norma de nivel inferior.

De este modo, el juez crea una sentencia (norma individual) aplicando la ley, el legislador aplica la constitución al crear la ley, el poder administrador aplica la ley al crear una norma reglamentaria, etc.

Esta regla general conoce sólo dos excepciones. En la base del sistema, el que ejecuta una sentencia, por ejemplo el verdugo del rey, sólo aplica la norma. En la cima del sistema, el acto puramente creador del primer legislador, es decir aquel que dicta la llamada primera constitución histórica, cuyo carácter normativo es atribuido por la norma básica fundamental.

55. KELSEN, Hans, *La función de la constitución*, en *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales ‘Ambrosio L. Gioja’*, Facultad de Derecho, UBA. Traducción del texto alemán: Enrique Bein. Corrección técnica: Enrique E. Marí. Artículo originalmente publicado en alemán en *Forum*, año XI, 1964., fasc. 132, p.583-586. Este texto estaba destinado a ser pronunciado como discurso central en la Segunda Jornada Austríaca de Juristas, pero una indisposición del autor lo impidió. Está agregado en las Actas de esa Jornada, Viena 1964, V/7. págs. 67 y sigs.

Si esto es tan sencillo como lo plantea Kelsen ¿por qué tanto debate en torno al papel del juez? Porque toda norma jurídica es parcialmente indeterminada en cuanto al contenido de la norma inferior.

Esa indeterminación puede ser voluntaria o involuntaria. Será voluntaria cuando la norma expresa y deliberadamente deja la tarea al órgano inferior, por ejemplo cuando el Código Penal deja a criterio del juez elegir entre 8 y 25 años de prisión. Está claro que en el marco de la norma será el magistrado quien, a través de un acto de voluntad, decidirá que pena aplicar. . . .

Pero muchas veces la indeterminación es involuntaria, la norma ha sido sancionada por el legislador de forma tal que por los propios problemas del lenguaje no se sabe “qué quiere decir”, circunstancia en que las concepciones formalistas tradicionales solían apelar a los métodos interpretativos.

Kelsen va a ser profundamente crítico con la idea del método de interpretación, toda vez que para él, pensar que existe una respuesta verdadera o correcta es un resabio del pensamiento iusnaturalista. Por otra parte va a denunciar el carácter ideológico de los métodos de interpretación, resaltando que los juristas pretenden hacer pasar por científico lo que en realidad es político.

Como es sabido, Herbert L. A. Hart y su obra “El Concepto de Derecho”<sup>56</sup> representan para el mundo anglosajón lo que Hans Kelsen y su “Teoría Pura del Derecho” para nuestra tradición de origen continental europea, la versión standard del positivismo jurídico<sup>57</sup>.

En el caso de Hart, la intención de superar las limitaciones del imperativismo austiniano son explícitas y lo hace siguiendo dos grandes líneas<sup>58</sup>: analizando la relación derecho/coerción —a través de la conocida distinción entre punto de vista interno y punto de vista

56. HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

57. Así es visualizado no sólo por sus seguidores sino también por sus críticos, véase por ejemplo DWORKIN, Ronald, op. cit., págs. 65 y sigs.

58. No incluimos en esta enumeración las otras dos grandes líneas de trabajo de Hart —la separación entre derecho y moral y la cuestión interpretativa— por no encontrarlas directamente vinculadas a la superación del imperativismo de Austin.

externo— y mediante su teoría de las reglas - distinguiendo reglas primarias de secundarias y dentro de éstas, la regla de reconocimiento<sup>59</sup>.

Nuevamente, la pertenencia de una norma al sistema jurídico será una cuestión de linaje o *pedigree*. En las sociedades modernas los sistemas jurídicos están jerárquicamente organizados. Por lo tanto, el modo de verificar si una norma es válida será examinar la cadena jurídica de derivación.

Al igual que en el caso de Kelsen, llegará un punto en que deberemos preguntarnos sobre el criterio para atribuir validez a la norma de mayor jerarquía del sistema (la Constitución). La regla de reconocimiento hartiana cumplirá ese papel, semejante al de la norma fundamental kelseniana.

Algunas precisiones son importantes, sin embargo, para entender las diferencias entre uno y otro concepto.

En primer lugar cabe aclarar que de la regla de reconocimiento no puede predicarse su validez sino su existencia, toda vez que la regla de reconocimiento tiene un carácter social. A su vez, no se trata de una hipótesis (o ficción) supuesta por los juristas, sino de la enunciación de un hecho social concreto: su aceptación práctica de parte de los operadores del derecho.

En el campo de la interpretación, el primer gran aporte de Hart pasa, seguramente, por el especial interés prestado a los problemas del lenguaje, particularmente a partir de la noción de textura abierta del lenguaje<sup>60</sup>.

La textura abierta puede ser definida como la potencial vaguedad del lenguaje. Toda palabra, aun aquella que en un momento dado pueda resultar precisa, puede tornarse vaga a partir del desarrollo científico, cultural, tecnológico, etc.

Esto constituye un obstáculo insalvable para el legislador, ya que aun cuando mediante la utilización del lenguaje técnico-jurídico trate

59. Una buena síntesis de las ideas centrales de Hart puede encontrarse en RODRÍGUEZ, César, *Teoría del derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin*, en *La decisión judicial —El debate Hart— Dworkin*, Universidad de Los Andes - Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997.

60. HART, H.L.A., op. cit. págs. 155 y sgtes.

de ser preciso, no hay garantías de que el día de mañana la palabra mute o aparezca un caso que presente dudas sobre su aplicación.

El segundo ingrediente que hace de la teoría hartiana un punto insoslayable en el análisis de la problemática hermenéutica pasa por una distinción que ha hecho historia, la clasificación entre casos “claros” u “ordinarios” y casos “difíciles”.

Frente a las posiciones extremas que representan formalistas y realistas Hart advierte que no existe una respuesta única y existen casos que dan la razón a uno u otro bando.

Existen casos, los llamados claros u ordinarios donde los hechos constitutivos están comprendidos claramente en el alcance de la norma aplicable. En estos casos, la tarea del juez consiste fundamentalmente en un acto de aplicación y su actividad se parece bastante a la sostenida por el formalismo jurídico. Así, por ejemplo, cuando se trata de computar un plazo o verificar si se han opuesto excepciones en un juicio ejecutivo, difícilmente podamos sostener que haya una gran tarea creativa.

Pero existen otros casos que se encuentran en una “zona de penumbra”, se trata de casos atípicos o marginales que no se encuentran ni claramente incluidos ni claramente excluidos dentro del alcance de la norma. En estos casos, los “difíciles” Hart sostiene que el juez se verá obligado a decidir. Existe en estos casos discrecionalidad judicial. Se trata de adjudicar un sentido a la norma.

Pudimos ver a lo largo de este apartado como para la visión positivista en sus versiones tradicionales el concepto de fuente se identifica exclusivamente con la idea de criterio de validez, asociado a la posibilidad de reconocer siguiendo una línea ascendente de verificación el punto de partida de la normatividad, que se asocia asimismo a cierta persona o grupo de personas que consideramos habilitados a crear derecho.

## 6. Inundados

Del mismo modo que “*al río que todo lo arranca todos lo llaman violento, pero nadie llama violento al lecho que lo oprime*”<sup>61</sup>, podemos atribuir a las limitaciones de los paradigmas tradicionales las reacciones

61. Tomado del famoso *Poema sobre la violencia* de Bertol Brecht.

que desde distintas perspectivas intentan superar el reductivismo normativista en el plano de la teoría de las fuentes.

Así, por ejemplo, un positivista consecuente como Alf Ross, que pretende tomarse en serio el intento de abandonar todo resabio de idealismo en la teoría jurídica, piensa que una doctrina realista de las fuentes del derecho tiene que ocuparse de la ideología que efectivamente anima a los tribunales.

Es muy interesante en tal sentido el valor que Ross asigna a lo que denomina la "tradición de cultura" como fuente de derecho directa, es decir, como factor fundamental de decisión<sup>62</sup>.

Los principales cuestionamientos al positivismo normativista, sin embargo, procederán desde las distintas vertientes del pensamiento crítico que se gestan a partir de los años sesenta, primero en el ámbito de las ciencias sociales en general y luego en el campo específico de la teoría jurídica.

En tal sentido, debemos señalar en primer término como resultarán claves los insumos provistos por la crítica cultural de la Escuela de Frankfurt, las relecturas del marxismo a partir de la revalorización de la obra de Gramsci, los aportes de Althusser o Poulanzas, la arqueología del saber y la genealogía del poder de Foucault, etc.

A partir de allí, será posible el desarrollo de una lectura de lo jurídico que ponga de manifiesto el papel de la ideología y del poder como determinantes en la producción del discurso jurídico<sup>63</sup>.

Por otro lado, los nuevos movimientos sociales surgidos a fines de los años sesenta —Mayo Francés, las luchas por los derechos civiles, hippismo, etc.— no sólo obligan a repensar el papel de las relaciones sociales, políticas y jurídicas sino que impactan en el modo de enseñanza del derecho<sup>64</sup>.

62. ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., págs. 95 y sgtes.

63. RUIZ, Alicia, *Aspectos ideológicos del discurso jurídico*, en *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1991.

64. Ver DUQUELSKY, Diego, *Entre la ley y el derecho. Una aproximación a las prácticas jurídicas alternativas*. Editorial Estudio, Buenos Aires, 2000.

En ese contexto surgen, además, no sólo nuevas corrientes teóricas como Critique du Droit en Francia o los Critical Legal Studies, en Gran Bretaña y Estados Unidos<sup>65</sup>, sino también movimientos motorizados por los propios operadores del sistema judicial.

El ejemplo paradigmático en tal sentido es el movimiento del "uso alternativo del diritto" surgido a inicios de los años setenta, en Italia, a partir de las ideas divulgadas por un conjunto de jueces agrupados en Magistratura Democrática, cuando comienza a teorizarse el carácter político de la actividad del jurista, al tiempo que se reafirma la politicidad del derecho<sup>66</sup>.

Entre los prestigiosos integrantes de este movimiento se destacan autores como Pietro Barcellona, Luigi Ferrajoli, Giuseppe Coturri, Salvatore Senese, Vincenzo Accattatis, Domenico Pulitano, Francesco Misiani, etc. A pesar de sus particularidades, dichos autores coinciden en constatar que el sistema jurídico no es un conjunto compacto de normas, sino una entidad discontinua y llena de grietas. La tarea que consiste en la determinación y constitución de sentidos ya no será, entonces, considerada técnica sino axiológica, valorativa, teleológica. De allí que pueda cumplirse con la finalidad de preservar el statu-quo existente, o en cambio, con la intención de favorecer los intereses de las clases subordinadas, de facilitar la ampliación de la ciudadanía, de luchar contra la explotación.

El trabajo de subsunción del hecho en la norma no es científico ni lógico. En este método, sostienen, hay una grave deformación, en cuanto que la norma se convierte en lo relevante, mientras que lo real —las determinaciones socioeconómicas— resulta irrelevante. Nicolás López Calera destaca que "*la jurisprudencia alternativa rechaza esta primacía de la norma como criterio primario de conocimiento de la realidad y trata de cambiar estas relaciones norma-hecho y sacar de las normas jurídicas los criterios de valoración fácticamente relevantes, es decir, realmente progresivos para la liberación de la clase obrera*"<sup>67</sup>.

65. Ver CARCOVA, Carlos M., *Notas acerca de la teoría crítica del derecho*, en AAVV, *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2001.

66. Cfr. COSTA, Pietro, *La alternativa "tomada en serio": manifestos jurídicos de los años sesenta*, en *Anales de la cátedra de Francisco Suárez* N° 30/ 1990.

67. N. López Calera, *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1978, pág. 17.

En síntesis, puede entenderse por uso alternativo del derecho la propuesta, tanto de carácter práctico como teórico, de utilizar y consolidar el derecho y los instrumentos jurídicos en una dirección emancipadora. Implica, de este modo, la toma de conciencia de la función política del derecho, de su interdependencia con las relaciones sociales, económicas y políticas y —conforme la interpretación de Modesto Saavedra<sup>68</sup>— su idoneidad como factor de cambio social<sup>69</sup>.

El último cuestionamiento al positivismo que queremos poner de relieve en esta instancia es la crítica al monopolio estatal de producción del derecho sostenida por quienes plantean la existencia del fenómeno llamado “pluralismo jurídico”, situación que se da siempre que en un mismo espacio geopolítico rija (oficialmente o no) más de un orden jurídico<sup>70</sup>.

Las investigaciones sobre este fenómeno se remontan a la tradición romántica antiformalista de finales del siglo XIX y principios del XX —básicamente la escuela del derecho vivo de Eugen Ehrlich, ya abordada en este trabajo— y han tenido influencias muy próximas de la antropología jurídica anglosajona.

Pero, sin dudas, la publicación de los trabajos de campo llevados a cabo por Boaventura de Sousa Santos en una favela de Río de Janeiro durante los años setenta, instaló la problemática del pluralismo jurídico como un punto insoslayable de las agendas teóricas alternativas.

Estos estudios, desarrollados con un sentido epistemológico crítico, progresista, intentaban romper con uno de los tabúes de la teoría sociológica del derecho como también del estudio del discurso y de la

68. Cfr. M. Saavedra López, *Interpretación jurídica y uso alternativo del derecho*, en *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1978.

69. Para el impacto del derecho alternativo en Latinoamérica y el desarrollo del movimiento de “derecho alternativo” en Brasil, ver DUQUELSKY, Diego, *Entre la ley y el derecho*, op. cit., especialmente la tercera parte denominada “*Derecho Alternativo y reapropiación social de la función normativa*”.

70. Ver SANTOS, Boaventura de Sousa, *El derecho en la favela. Notas sobre la historia jurídico-social de Pasárgada*, en *No Hay Derecho* N° 6.

argumentación jurídicos: el reconocimiento de una producción jurídica no estatal y la denuncia del ocultamiento (o supresión) de tales órdenes alternativos llevado a cabo por el Estado como forma de dominación.

Sin embargo, el tema se ha complejizado en tal medida que ya no es dable entenderlo tan sólo como propio de aquellas sociedades en que conviven un derecho ancestral y un derecho moderno. Los procesos migratorios, las sociedades multiculturales, la nueva *lex mercatoria* internacional, son todos ellos fenómenos actuales que generan conflictos normativos y exigen la elaboración de nuevas categorías conceptuales para su comprensión.

Un buen modo de clarificar el universo de análisis englobado bajo el rótulo de pluralismo jurídico, resulta la distinción de las fases en que el mismo se ha desarrollado<sup>71</sup>.

La primera de estas fases se da en los años sesenta y es el resultado de los procesos de descolonización llevados a cabo en África. Puede verificarse la coexistencia en un mismo espacio, arbitrariamente unificado como lo fueran las colonias, del derecho del Estado colonizador y de los derechos tradicionales, lo que fue fuente constante de conflictos y reacomodamientos precarios.

A esto cabe agregar nuevos supuestos vinculados, por un lado, con la adopción en países de tradiciones culturales “no europeas”, de modelos jurídicos occidentales como herramienta de “modernización” y consolidación del poder del Estado (como en Turquía, Tailandia o Etiopía); y, por otro, los casos en que a partir de una revolución social, el derecho tradicional entró en conflicto con la legalidad revolucionaria, habiendo sido por ello proscrito, pero sin haber dejado de tener vigor durante largo tiempo. Ejemplo paradigmático en tal sentido son las repúblicas del Asia Central de tradición jurídica islámica, en el seno de la Ex-Unión Soviética.

La segunda fase, desarrollada a partir de mediados de los años setenta, se caracteriza por los estudios de tipo sociológico que demuestran la existencia —al interior de los grupos marginales urbanos de los países semidesarrollados— de una legalidad paralela, informal o insurgente,

71. Ver, SANTOS, Boaventura de Sousa “*Pluralismo jurídico, escalas y bifurcación*” en “*Conflicto y Contexto*”, Colciencias, Bogotá, 1997.

organizada a partir de la actuación de líderes comunitarios y asociaciones de vecinos o moradores.

La idea dominante en esta etapa es una concepción romántica del pluralismo jurídico. *“Todo lo que no era oficial, todo lo que no era estatal se consideraba bueno de alguna manera. Era el derecho de los grupos oprimidos: un derecho informal, comunitario, autónomo, que trabajaba con la mediación, con la conciliación. Por eso aparecía como una alternativa a lo despótico de la justicia oficial”*<sup>72</sup>.

La tercera fase del pluralismo, que estamos actualmente transitando, nos encuentra inmersos en un contexto más complejo que el hasta ahora analizado, y nos obliga a una revisión de muchos de estos supuestos. En primer término cabe destacar que en los últimos años la justicia oficial ha sufrido procesos de informalización o desestatación (mecanismos de mediación y conciliación, resurrección de los jueces de paz, tribunales de pequeñas causas, etc.) que se confunden con algunas de las formas de justicia informal que aparecían como insurgentes y hoy son cooptadas por el propio Estado.

Por otra parte, se ha verificado en los últimos años como al interior de las comunidades marginales se desarrollan prácticas absolutamente lesivas para los derechos humanos y el espacio retórico es sustituido por la violencia más cruda. *“Privilegiando la violencia y la justicia privada, esta juridicidad alternativa se traduce, cada vez más, en la aplicación de un código penal mucho más arbitrario que el código penal estatal. Ya se trate de la aplicación de un tiro en la mano (o ante la negativa, de un tiro en la rótula), como pena para los pequeños hurtos, o de la aplicación de castigos físicos, obligando a los sancionados a rondar en varios turnos y a trabajar durante el día en obras comunitarias”*<sup>73</sup>.

Adquiere a su vez una importancia central, en esta tercer fase, el desarrollo de un nuevo tipo de pluralismo, de carácter supraestatal, que se manifiesta bajo la nueva *lex mercatoria* internacional. No puede dejar de reconocerse que el núcleo básico de las grandes decisiones ya

72. B. de Sousa Santos, *ibídem*, pág. 65.

73. E. Botelho Junqueira, “Lo alternativo regado en vino y aguardiente” en “El otro Derecho” Vol. 4 N° 3, octubre 1992, ILSA, Bogotá, Colombia.

no es identificable con el Estado-Nación. Existe también un sentido de pluralismo jurídico como proyecto conservador, ya que sin una institución legítima que sea capaz de monopolizar un poder de coacción jurídica efectivo a nivel internacional, son las firmas transnacionales, los organismos multilaterales de crédito, etc., quienes van promulgando el cuadro jurídico, en conformidad con sus intereses, a partir del cual se hará la regulación social<sup>74</sup>.

A ello, deberíamos agregar un nuevo supuesto: los intensos movimientos demográficos a los que asistimos día a día son generadores de nuevas sociedades, plurales, diversas, multiculturales. Particularmente en Europa, pero también en América Latina, la presencia extranjera masiva ha pasado a ser una preocupación constante, tanto a nivel político como teórico. En este plano aparece nuevamente el tema del pluralismo jurídico, sobre todo en los casos en que las prácticas jurídicas “cargadas a costas” por los migrantes, entran en conflicto con el derecho estatal<sup>75</sup>.

Finalmente, las reformas constitucionales vividas en América Latina desde la restauración democrática en el continente, han incorporado el reconocimiento —con mayor o menor amplitud— de diversas formas de derecho indígena, resignificando el fenómeno del pluralismo jurídico de cuño antropológico<sup>76</sup>.

## 7. Construyendo diques

Así como desde las perspectivas críticas la reacción frente al positivismo tradicional apuntó a una tarea de deconstrucción tendiente

74. Ver SANTOS, Boaventura de Sousa, “La globalización del derecho”, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1999. Págs. 104 y sgtes.

75. Un ejemplo paradigmático en tal sentido es la práctica de la “excisión”, término que alude a diversas formas de mutilación de los genitales externos femeninos. Estas intervenciones, que se practican frecuentemente en las niñas recién nacidas, aunque algunas veces también en jóvenes de edad más avanzada, son comunes entre las hijas de inmigrantes africanos en diversos países de Europa.

76. Ver DUQUELSKY, Diego, “Yo Ovidio González Wasorna y el mito de la protección constitucional del derecho indígena”, en “Materiales para una teoría crítica del derecho”, 2da. edición, Lexis Nexis, Bs. As., 2006.

a mostrar lo oculto, lo “no dicho” en el discurso jurídico dominante, desde otras tendencias post-positivistas las críticas principales se dirigieron al abandono por parte de las teorías normativistas de cualquier preocupación por el plano justificativo o valorativo del derecho.

Como es sabido el emotivismo ético asigna a los juicios morales idénticos caracteres que al uso expresivo del lenguaje, se encuentra íntimamente conectada con el positivismo lógico de Carnap y Ayer y va a ser la posición sostenida por buena parte de los iuspositivistas del siglo XX.

Asimismo, el emotivismo ha implicado una concepción irracionalista de la justicia, sosteniendo sus principales defensores un fuerte escepticismo ético.

Ejemplo clásico de esta posición es la famosa expresión de Alf Ross, quien en “Sobre el derecho y la justicia” sostiene: “*invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto*”<sup>77</sup>.

La separación del derecho y la moral será una consecuencia directa de esta concepción, mantenida inclusive por quienes como Hart presentan una versión “suave” del positivismo. Aun reconociendo que puede haber muchas y diversas relaciones contingentes entre derecho y moral, Hart se esfuerza por resaltar que no existen conexiones conceptuales. Vale decir que “*la existencia y contenido del Derecho pueden ser identificados por referencia a las fuentes sociales del Derecho —esto es, la legislación, las decisiones judiciales, las costumbres sociales— sin hacer referencia a la moral, excepto en aquellos casos en que el Derecho así identificado ha incorporado en sí mismo criterios morales para la identificación del Derecho*”<sup>78</sup>.

Frente a esta posición, encontraremos que durante los últimos treinta o cuarenta años desde distintas ópticas, con variados argumentos, por diversas razones y con desigual éxito han surgido fuertes —aunque heterogéneas— corrientes que buscan matizar e incluso disipar esa separación.

77. ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., pág. 267.

78. HART, H.L.A., *Poscriptum*, en *El debate Hart-Dworkin*, op. cit., pág. 131.

Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Robert Alexy, Carlos Nino, Luigi Ferrajoli y Gustavo Zagrebelsky son sólo algunos de los nombres que forman parte de la nómina de autores comparten esa perspectiva que podríamos llamar “no positivista” o al menos “no positivista tradicional”<sup>79</sup>. A ellos cabe agregar a una corriente bastante difundida en los últimos tiempos, el llamado “positivismo incluyente” cuyo rasgo central “*consiste en un intento de hacer compatibles los principios jurídicos y la incorporación de valores al derecho con el positivismo jurídico*”<sup>80</sup>.

Si tuvieramos que señalar los rasgos en común que presentan los autores precitados —con todas las prevenciones del caso— podríamos decir que todos ellos coinciden en algunos puntos tanto descriptivos como valorativos o justificativos del fenómeno jurídico.

En primer lugar, aunque cada uno a su modo, todos reconocen el cambio de paradigma que ha operado en los niveles más altos de los ordenamientos jurídicos contemporáneos —al menos en los países centrales— a partir de la consolidación del modelo del “Estado Constitucional de Derecho”.

Las constituciones han dejado de ser un simple instrumento para la asignación de competencias ejecutivas, legislativas o judiciales y se han convertido en el vehículo por el que valores y principios se incorporan a los sistemas jurídicos.

He aquí otro rasgo relevante. A partir de asignar verdadero carácter normativo a los textos constitucionales, junto a los mecanismos formales para la creación de normas, cobran relevancia los aspectos sustanciales o materiales.

Así, por ejemplo, para superar las aporías a las que se enfrentan las teorías tradicionales en torno a la validez, Ferrajoli propone distinguir

79. No es fácil rotular a estos autores en términos “positivos” y mucho menos con las “etiquetas” tradicionales. Es frecuente escuchar a los “viejos positivistas” afirmando cosas tales como que “Nino se volvió iusnaturalista”, cuando él se definía a sí mismo como “positivista metodológico”. Ferrajoli, por su parte, se auto proclama “positivista crítico” y muchos iusnaturalistas declarados se muestran admiradores de Alexy o Dworkin.

80. ETCHEVERRY, Juan Bautista, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, UNAM, México, 2006.



dos dimensiones de la regularidad o legitimidad de las normas : i) la “vigencia” o “existencia”, que hace referencia a la forma de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales sobre su formación; y ii) la “validez” propiamente dicha que, por el contrario, tiene que ver con los aspectos sustanciales sobre su formación, su significado o contenido<sup>81</sup>.

A partir de esta distinción, reconoceremos que todo sistema jurídico en mayor o menor medida adolece de dos tipos de vicio, las antinomias y las lagunas. El primero de ellos consiste en vigencia de normas inválidas, vale decir que se da cuando se crean normas siguiendo los procedimientos formales cuyo contenido contradice o violenta preceptos contenidos en los niveles más altos de los ordenamientos.

Las lagunas, por su parte, pueden ser caracterizadas como la falta de vigencia de normas válidas. Es decir, cuando por la falta del dictado de ciertas normas, derechos consagrados en los niveles superiores de los ordenamientos no se encuentran efectivamente vigentes. Tal el caso del gran número de derechos sociales, como la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, previsto en el artículo 14 bis de la Constitución Argentina<sup>82</sup>.

Por otra parte, la incorporación de principios altera la concepción positivista tradicional de que el derecho es simplemente un conjunto o un sistema de normas.

En ese sentido es ilustrativa la ya clásica crítica de Dworkin a la teoría de las reglas de Hart. El eje de su propuesta consiste en señalar que, a diferencia de lo que sostiene el positivismo, el derecho no está integrado sólo por normas sino también por directrices y principios<sup>83</sup>.

La diferencia entre las normas y las directrices o principios es fundamentalmente lógica. Las normas funcionan bajo un esquema de “todo o nada”, o son aplicables a un caso o no lo son. Y su validez

81. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, op. cit., págs. 878 y sgtes.

82. Otro ejemplo típico del ordenamiento argentino es la instauración de los juicios por jurados, previsto en el artículo 24.

83. DWORKIN, Ronald, op. cit., particularmente capítulos 2 y 3.

depende de un test de pedigree, es decir, de haber sido creadas conforme un cierto procedimiento.

Las directrices y principios tienen otra naturaleza. Las primeras son estándares que establecen objetivos, metas o propósitos sociales, económicos o políticos que se aspira alcanzar (por ejemplo, proteger la industria nacional) y se suele recurrir a ellos como argumentos que justifican el dictado de ciertas normas.

Los principios en sentido estricto, en cambio, son estándares que establecen ciertas exigencias de justicia, equidad o moralidad objetiva. A diferencia de las normas, que se aplican o no se aplican, los principios dan razones para decidir.

Mientras que las normas explicitan las condiciones fácticas para su aplicación, los principios establecen criterios generales que dan sentido, informan e incluso justifican normas.

Cuando dos normas son contradictorias ambas no pueden coexistir. Una anula la otra conforme criterios del tipo “norma posterior/norma anterior”, “norma especial/norma general” o “norma superior/norma inferior”.

En el caso de las directrices y —sobre todo— los principios, en cambio, no se anulan entre sí. Cuando existen contradicciones se tratará de sopesar el peso relativo de cada uno para el caso concreto<sup>84</sup>.

Así, principios como la libertad de prensa y el derecho a la intimidad si bien pueden colisionar, también pueden coexistir. Y se deberá en cada caso concreto determinar si prevalece uno u otro, por ejemplo privilegiando el acceso a la información por sobre el derecho a la intimidad en el caso de funcionarios públicos y a la inversa en el caso de individuos particulares.

La pregunta que cabe hacerle a Dworkin en esta instancia es, ¿cómo elegir adecuadamente los principios que permitan la solución adecuada? Si bien reconoce que es una tarea ímproba —a punto tal

84. No podemos obviar una mención en este punto al profundo interés que al tema de la ponderación le ha asignado Robert Alexy, que no sólo ha tenido profunda repercusión sino que ha generado innumerables polémicas. Una presentación sencilla puede encontrarse por ejemplo en ALEXY, Robert, *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*, en *Jueces y ponderación argumentativa*, Unam, México, 2006.

que propone un modelo de juez omnisciente al que llama Hércules— podría caracterizarse como correcta aquella reconstrucción que sea capaz de justificar del mejor modo posible los materiales jurídicos y la moralidad política de la comunidad.

Otra metáfora a la que apela Ronald Dworkin para explicar su concepción es la de la “novela en cadena”<sup>85</sup>. Imaginemos que a un grupo de escritores se les encomienda la redacción de una novela, de modo tal que cada uno de ellos deberá escribir un capítulo.

A medida que vaya avanzando la obra, si su intención es colaborar con la elaboración de la mejor novela posible, cada escritor se verá condicionado por los capítulos previos. Por ejemplo, si llegaran a nuestras manos los primeros diez capítulos del Quijote, sería incoherente que nuestro protagonista subiera a una nave espacial para conquistar Marte.

Del mismo modo, cada juez escribe un nuevo capítulo en la tradición jurídica, pero también moral y política de la comunidad y es su deber encontrar la solución que mejor justifique y represente esa historia previa.

Otra característica compartida —siempre con matices, por supuesto— tiene que ver con el rechazo del emotivismo ético. Ninguno de los autores enumerados rechaza la posibilidad de reflexionar e incluso fundar racionalmente juicios morales.

Lo interesante es que el proceso de incorporación de los derechos fundamentales a los niveles más altos de los ordenamientos diluye en buena medida los alcances prácticos de la disyuntiva derecho natural/ derecho positivo<sup>86</sup>.

Más allá de su origen o fundamento, de lo que se trata es de hacer efectivas conquistas históricas que en la mayoría de los casos si bien están consagradas, no se aplican<sup>87</sup>.

85. DWORKIN, Ronald, *Como el derecho se parece a la literatura*, en *El debate Hart-Dworkin*, op. cit.

86. CARCOVA, Carlos María, *Iusnaturalismo y positivismo: un debate superado?*, en *Derecho, Política y Magistratura*, Biblos, Buenos Aires, 1996.

87. Es interesante en tal sentido la expresión “positivismo de combate” adoptada por el movimiento de derecho alternativo brasileño. Ver DUQUELSKY, Diego, *Entre la ley y el derecho*, op. cit.

El positivismo normativista, con su total indiferencia a los aspectos materiales del derecho y la asunción en mayor o menor medida de la discrecionalidad judicial, representa un doble riesgo, sequía de legitimidad y desborde de decisionismo<sup>88</sup>.

Por ello, el siguiente de los criterios compartidos al que me interesa referirme tiene que ver con la protección brindada por los principios. Así como los diques cumplen simultáneamente la función de contención y reservorio, los principios servirán al mismo tiempo como fuente de legitimación; criterio de interpretación y resguardo de los derechos fundamentales.

Como podrá advertirse, estas reformulaciones sobre el concepto mismo de derecho impactarán en forma directa no sólo en la visión sobre el papel del juez, sino también en el de la ciencia jurídica. Resulta interesante advertir, por ejemplo como autores de tradiciones intelectuales tan diversas como Zagrebelsky<sup>89</sup> y Dworkin coinciden en destacar el carácter práctico tanto de la interpretación como de la ciencia jurídica y —con sus matices— en rechazar la distinción descripción/ justificación.

## 8. La cascada de Escher

Es notable como, ante el panorama descripto, nuevamente tambalea la metáfora fuente/cántaro. ¿Son los principios “fuentes” contenidos en los “cántaros” constitucionales? ¿Es la constitución “fuente” contenida en los “cántaros” legales? ¿O por el contrario, la ley se debilita frente a la jurisprudencia, que se transforma en el “cántaro” por excelencia, en la medida en que la presunción de legitimidad de la ley se ve debilitada por la primacía material de la Constitución?

Por otra parte, acaso la jurisprudencia de los más altos tribunales ¿no se ha convertido en la verdadera “fuente” de este derecho

88. Para esta tensión, ver CARCOVA, Carlos María, *Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada en Derecho, Política y Magistratura*, Biblos, Buenos Aires, 1996.

89. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1999, Págs. 120 y sgtes. y 131 y sgtes.

constitucionalizado"? La proliferación de mecanismos antes considerados de excepción, como el recurso de amparo, las medidas autosatisfactivas en defensa de derechos fundamentales o la aplicación directa de tratados internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, ¿no ha acercado el derecho de nuestros sistemas continentales a la dinámica del "common law"?

Como al observar la famosa cascada de M.C. Escher<sup>90</sup>, una y otra vez nos sentimos presos de un juego de imágenes, ilusiones y representaciones que nos lleva a contradicciones, callejones sin salida, trastoca jerarquías, confunde causas y efectos.

Entendemos que la única forma de superar estas perplejidades, es asumiéndolas. Para ello, el mejor camino es reformular nuestras premisas epistemológicas y nuestro modo de entender el derecho. En ese sentido pensamos que una concepción del fenómeno jurídico como la propuesta por las teorías críticas, resulta la más adecuada<sup>91</sup>.

El derecho ha sido caracterizado desde el pensamiento jurídico crítico como *"una práctica social específica que expresa y condensa los niveles de conflicto social, en una formación histórica determinada. Esa práctica es de naturaleza discursiva, en el sentido que la lingüística atribuye a esta expresión, esto es, como proceso social de producción de sentidos"*<sup>92</sup>.

El discurso al que nos estamos refiriendo, abarca tanto el de la ciencia del derecho, como el de las autoridades y los súbditos. Lo que los magistrados establecen, lo que los legisladores sancionan, lo que los abogados argumentan, lo que los litigantes declaran. Y no queda en las

90. M.C. Escher (1898-1972) es un reconocido artista plástico oriundo de los Países Bajos, famoso por sus figuras imposibles. Buena parte de su obra se encuentra disponible en el sitio web [www.mcescher.com](http://www.mcescher.com)

91. Así como el modelo del código era asociado a la imagen de Júpiter y Dworkin piensa en Hércules para graficar su ideal de juez capaz de reconstruir el derecho como "integralidad", François Ost (op. cit.) va a apelar para describir el derecho actual a la figura de Hermes, mensajero de los dioses, dios de los navegantes y de los mercaderes, pero también de los ladrones, quien conecta a los vivos con los muertos, la trascendencia con la inmanencia.

92. CARCOVA, Carlos, *Teorías Jurídicas Alternativas*, en *Derecho, política y magistratura*, op. cit., pág. 29.

palabras. Esta práctica representativa incluye actos, gestos, ritos, creencias, mitos y ficciones<sup>93</sup>.

A su vez, el discurso jurídico es, por su propia naturaleza un discurso constituyente, carácter que proviene directamente de su relación con el poder. Como afirma Alicia Ruiz, se trata de un discurso constituyente porque asigna significaciones especiales a hechos y a palabras más allá de las intenciones de quienes ejecutan los primeros o pronuncian las segundas. El derecho instituye, dota de autoridad, faculta a decir y a hacer, *"y el sentido con que define éstas prácticas viene determinado por el juego de las relaciones de dominación, por la situación de las fuerzas en pugna en un tiempo y lugar determinado"*<sup>94</sup>.

Concebir al derecho como una práctica de naturaleza discursiva nos permitirá superar las aporías derivadas de la metáfora fuente/cántaro, que no es más que la prolongación de otras falsas dicotomías como aplicación/creación, acto de conocimiento/acto de voluntad, etc.

Ricardo Entelman, uno de los fundadores de la escuela crítica de Buenos Aires, ha propuesto distinguir, al interior del discurso jurídico tres niveles de análisis. Cabe aclarar que los mismos no deben ser entendidos como compartimentos estancos, configurando, por supuesto, una totalidad. Sería un grave error, sostiene Entelman, pensar que los mismos podrían comprenderse por separado o que respondan a distintos fundamentos o finalidades<sup>95</sup>.

El primer nivel, al que podríamos denominar normativo, y sobre el que "pivotan" los dos restantes, está constituido por el discurso producido por los órganos sociales, por los representantes de las instituciones. Es decir, por aquellos a los que el mismo discurso, a través de reglas de distribución de la palabra, autoriza a decir ciertas cosas bajo precisas reglas de autorreproducción: normas, reglamentos, edictos, sentencias, decretos, contratos formarán parte de este nivel.

93. Cfr. RUIZ, Alicia, *Aspectos ideológicos del discurso jurídico*, op. cit., págs. 170 y sgtes.

94. RUIZ, Alicia, *Aspectos ideológicos del discurso jurídico*, op. cit., pág. 173.

95. Cfr. ENTELMAN, Ricardo, op. cit., págs. 307 y sgtes.

El segundo nivel estará integrado por el producto de aquellos que trabajan sobre el primero: por un lado, por la práctica teórica de los juristas (teorías, doctrinas, discusiones); y por otro por las alusiones de su uso y manipulación: el resultado de la práctica profesional de abogados, notarios, liquidadores de impuestos, promotores de seguros, asistentes sociales y demás operadores jurídicos, más o menos cualificados.

Finalmente, el tercer nivel del discurso jurídico es aquel donde se juega el imaginario de una formación social *“Es el discurso que producen los usuarios, los súbditos, los destinatarios del derecho, en un juego de creencias, de desplazamientos y de ficciones”*<sup>96</sup>.

∴ Como sostiene Carlos Cárcova<sup>97</sup> la concepción del derecho como una práctica social discursiva *“permite rescatar la normatividad, sin hipertrofiar su papel; la autoproducción operacional del derecho, sin reducirlo a meras predicciones de los jueces; incorporar las dimensiones de la socialidad y con ello, las cuestiones de la ideología y el poder, tanto como las de la legitimidad, sin abandonar la especificidad teórica que le es propia”*.

Iniciamos estas páginas reflexionando sobre como la iusfilosofía no sólo ha abandonado ciertos temas al dominio de las disciplinas dogmáticas, sino que tampoco ha conseguido transmitir sus desarrollos a otros campos del conocimiento jurídico. Ese es el desafío.

Sólo adoptando perspectivas alternativas y aportando nuevas herramientas conceptuales lograremos superar la triste paradoja de entrenar a los operadores jurídicos del mañana para navegar ríos torrentosos, mientras seguimos chapoteando en agua estancada.

96. ENTELMAN, Ricardo, op. cit., pág. 308.

97. CARCOVA, Carlos, *¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?* En: *Las teorías jurídicas post positivistas*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2009.

## LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES EN EL DERECHO CHILENO: FUENTE ELUSIVA, FUENTE ELUDIDA \*

DANIELA ACCATINO \*\*

### 1. El incierto lugar de la jurisprudencia en el discurso sobre las fuentes del derecho

En el discurso jurídico —tanto en la enseñanza del Derecho, como en textos doctrinales y en escritos o alegatos judiciales— las referencias a la jurisprudencia de los tribunales son frecuentes y habituales. Parece claro que la jurisprudencia es relevante en nuestra práctica jurídica —por algo la enseñamos, la invocamos y la comentamos críticamente—, pero cuando se trata de precisar el alcance de esa relevancia la claridad se vuelve esquiva.

Tradicionalmente ha habido al menos una certeza negativa: la jurisprudencia tiene, en nuestro sistema y, en general en los de raigambre europea continental, una relevancia diferente a la de los precedentes

\* Versión corregida de la ponencia presentada en las IV Jornadas Chileno Argentina de Filosofía del Derecho, que tuvieron lugar en la Universidad de Valparaíso, los días 10 y 11 de noviembre de 2011. Agradezco las diversas observaciones recibidas durante las Jornadas, que me han hecho profundizar y reformular en varios puntos mis argumentos.

\*\* Universidad Austral de Chile, Valdivia.