

Abdón Mauricio Rojas

Universidad Icesi
amrojas@icesi.edu.co

**Metafísica, esencialismo y panrelacionismo en la
filosofía del derecho**

*Metaphysics, Pan-relationism and Essentialism in the
Philosophy of Law*

*Metafísica, pan-relacionismo, essencialismo na filosofia do
Direito*

Artículo de reflexión: recibido 04/12/2013 y aprobado 23/05/2014

Resumen

En lo que sigue de estas líneas, se pretende establecer las consecuencias que se desprenden para la filosofía del derecho, específicamente para el concepto de derecho y para el concepto de interpretación jurídica, una vez se adopta el argumento panrelacionista y antiesencialista que proponen los filósofos pragmatistas como forma de eludir la metafísica como punto de partida en la iusfilosofía. Para ello, se iniciará con unas breves reflexiones sobre la metafísica en filosofía, sus consecuencias y algunos de los ejemplos más paradigmáticos de ella. Luego se presentarán algunos de los modelos iusteóricos más sobresalientes y disponibles en nuestro contexto jurídico -y que tienen desde la interpretación defendida en el texto un claro punto de partida metafísico-, así como las consecuencias que se siguen de ello en cuanto al concepto de derecho y de interpretación. Hasta acá no encontrará el lector nada más que nuevas descripciones sobre temas conocidos. Su objetivo no es otro que ubicar al lector en el contexto de discusión. Finalmente, se abordará la alternativa panrelacionista junto con los rendimientos que tiene para nuestra disciplina. La idea que subyace a todo el texto es que el Panrelacionismo es la mejor explicación disponible de nuestras prácticas operativas.

Palabras claves: filosofía del derecho, panrelacionismo, metafísica, antiesencialismo.

Abstract

This work has the objective of establishing whatever consequences will have on law philosophy ~specifically for the concepts of law and legal interpretation~ the adoption of the “pan-relationism” and “anti-essentialist” conceptions, proposed by pragmatist philosophers as a means to avoiding metaphysics as a starting point in iusphylosophy. The document instigates some brief reflections on the role of metaphysics in philosophy and its consequences, and includes several of the most paradigmatic examples. Also, some of the most outstanding and available models of law theory known on our legal context –which have a substantial metaphysical fundament, according to the interpretation argued in the text– are described along with their impacts onto what is understood as law, and interpretation concepts. This is an account of well-known topics that will accomplish the objective of introducing the reader into the discussion context. Finally, we talk about the pan-relationist alternative concept and its advantages for our discipline; the main perception behind the whole text is that pan-relationism attests to be the best explanation available for our legal operational practices.

Keywords: Law philosophy, pan-relationism, metaphysics, anti-essentialism.

Resumo

O objetivo deste trabalho é estabelecer quais as conseqüências para a filosofia do direito -em particular para os conceitos de “lei” e “interpretação jurídica” -decorrentes dos argumentos “panrelacionista” e “anti-essencialista” que foram propostos por filósofos pragmatistas que tenderam a desconhecer a metafísica como o ponto de partida da iusfilosofia. Destarte, apresentam-se algumas breves reflexões concernentes à metafísica na filosofia, suas conseqüências, bem como alguns dos exemplos mais relevantes. Logo a seguir se descrevem alguns dos modelos das teorias do direito mais sobressaídos e disponíveis em nosso contexto jurídico, juntamente com os seu impacto dentro do marco dos conceitos de “direito” e “interpretação”. Salieta-se, no entanto, que desde a óptica da interpretação defendida no texto, estes modelos têm uma clara fundamentação na metafísica. O documento, então, apresenta algumas exposições sobre tópicos conhecidos que preenchem o objetivo de pôr o leitor no contexto da discussão. Por fim, se traz a colação o conceito alternativo de “panrelacionismo” e os rendimentos da sua inclusão para a nossa disciplina. O que se pode deduzir ao longo de todo o texto é que o panrelacionismo constitui-se na melhor ferramenta de que dispomos para dar explicação de nossas práticas operacionais.

Palavras-chave: Filosofia do Direito, panrelacionismo, metafísica, anti-essencialismo.

Introducción

He defendido en otro lugar que la filosofía de los *pragmatistas* ha generado un importante cúmulo de rendimientos en el contexto iusteórico americano a lo largo de todo el siglo XX¹. De hecho, según como veo las cosas, gran parte de las teorías jurídicas producidas en los Estados Unidos durante el pasado siglo pueden ser explicadas como una consecuencia de la conversación entre filósofos pragmatistas y filósofos del derecho. Para poner un ejemplo de ello, en el seno de lo que se conoció como el *metaphysical club* de principios de siglo XX, y a partir de las observaciones de Charles Sanders Peirce, William James o John Dewey, entre otros, el pragmatismo prestó un importante insumo a personajes como Oliver Wendell Holmes para proyectar potentes propuestas iusteóricas. En efecto, el *experimentalismo* de James, la *psicología motivacional*² de Dewey, Peirce y Alexander Bain, el *evolucionismo* de Chauncey Wright, o el *empirismo* y el llamado a la práctica común a todos ellos, me mueven a pensar que no existe una mejor manera de explicar el realismo jurídico de Holmes más allá de una especie de pragmatismo jurídico temprano.

Y esto ocurrió, desde mi perspectiva, no sólo con Holmes, sino también con Cohen, Pound o Llewellyn, así como con varios movimientos iusteóricos a lo largo del siglo XX, tales como *Law and Society*, el *Feminismo* y el *Análisis Económico del Derecho*, sólo por nombrar algunos; y con varios de los movimientos de principios del siglo que cursa, principalmente el *legal pragmatism*. Ahora bien, sostengo además que una significativa porción de esa conversación interdisciplinar se filtró en nuestro contexto jurídico a partir del segundo giro antiformalista de los años 90's³, y a través de la ampliación

1 Este artículo se construye a partir del trabajo desarrollado por el autor como Disertación Doctoral dentro del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes (Colombia), bajo la dirección del profesor Diego Eduardo López Medina. Véase, Rojas Marroquín, Abdón Mauricio, *Pragmatismo, Neopragmatismo y sus Rendimientos en Teoría Jurídica*. Disertación Doctoral, Universidad de los Andes, Bogotá, Diciembre de 2012.

2 La idea según la cual existen dos estados mentales con contenido intencional que motivan a actuar (creencias y deseos), fue tomada por Peirce de Alexander Bain, en los textos *The Fixation of Belief* y en *How to make our ideas clear*. A partir de ahí concibió a las creencias como hábitos de acción, y a las creencias verdaderas como hábitos de acción exitosa.

3 En este punto sigo la lectura que el profesor Diego López hace en su libro (López Medina, Diego Eduardo, *Teoría Impura del Derecho*, Editorial Legis, Bogotá, 2006).

masiva y sistemática en el acceso a la literatura de corte anglosajona. Hoy día, el pragmatismo filosófico sigue generando importantes rendimientos en nuestra cultura jurídica.

Dando por descontado que la filosofía de los pragmatistas ha generado réditos en la filosofía del derecho, y que continúa generándolos, este texto se conduce en esa misma línea de discusión. Quisiera detenerme muy brevemente en un argumento que viene revoloteando, desde hace un poco más de 15 años, en las propuestas de los *nuevos* pragmatistas filosóficos. Se trata de un argumento que el neopragmatista Richard Rorty planteó en el año de 1996 en unas conferencias dictadas en la Universidad de Girona y que, desde mi interpretación, podría nutrir una vez más la conversación entre la filosofía pragmatista y la filosofía del derecho. La pregunta que me planteo, en relación con dicho argumento, es muy concreta: ¿qué consecuencia o qué tipo de rendimientos específicos se desprenden para la filosofía del derecho, especialmente para el “concepto de derecho” y para el concepto de “interpretación”, si tomamos en serio el argumento antimetafísico y antiesencialista de que trata la denominada actitud *panrelacionista* de los nuevos pragmatistas?

Dicho de otra manera: el *Panrelacionismo* fue, en línea gruesa, la reproducción contemporánea de un argumento filosófico orientado a enfrentar, una vez más, no sólo a las posturas metafísicas esencialistas de la filosofía, sino a descontar el fundacionalismo epistemológico. La pregunta que mueve este texto, entonces, se conduce hacia la averiguación de las consecuencias que para la filosofía del derecho se desprenden si sustraemos la metafísica, el esencialismo y el fundacionalismo de nuestra profesión, a través del *Panrelacionismo*. En qué medida lo anterior importa, es algo que más adelante trataré. Pero, si lo anterior es siquiera posible, es claro que varias y drásticas serán las repercusiones frente a la manera en que diseñamos y enseñamos algunas de nuestras asignaturas más teóricas. Para empezar, disolver la metafísica y el esencialismo de nuestra profesión, implica desafiar el elemento *ontológico* del Derecho -que claramente ocupa un lugar preponderante en nuestros programas académicos actuales⁴; y por el mismo camino, significa reformular de manera significativa el problema de *fuentes*, el

62

4 No hay que realizar un estudio empírico para dar cuenta de tal afirmación. Basta con echar una breve mirada a los programas que las facultades de derecho colombianas suben a la web.

de *interpretación*, o el *concepto* mismo de derecho. Más allá de lo interesante que pueda resultar esta discusión en el plano exclusivamente filosófico, el éxito de este escrito, como del argumento mismo, reside en que pueda entregarse al menos algunas razones acerca de por qué tomarnos en serio el Panrelacionismo, explicaría y justificaría de una mejor manera nuestras prácticas operativas.

Metafísica, Ontología y Esencialismo en Filosofía

¿En qué sentido uso las expresiones *metafísica*, *ontología* y *esencialismo*, y de qué manera todo ello resulta útil para nuestras reflexiones como abogados? Para responder, comienzo por advertir que es realmente un embrollo jugarla por una de tantas maneras de ver la metafísica. Robert Alexy, por ejemplo, prefiere adoptar un concepto *negativo* del término, es decir, se detiene más bien en aquello que señalan quienes *no* pueden considerarse como metafísicos. Según este autor:

La forma de la crítica a la metafísica es la negación de la existencia: no hay ningún Dios. No hay ningún principio supremo unificador, del cual todo se deriva. No hay espíritu junto a la materia. No existen entes abstractos como los pensamientos, los conceptos y los números. No hay ninguna verdad. No hay ninguna libertad (Alexy, 2007, p.328)

Esta es una forma particularmente extraña y confusa de ver la metafísica. No veo de qué manera un antimetafísico deba negar la *verdad* o tenga que dejar de defender la *libertad*, cuando justamente su lucha radica en seguir usando estos términos, sólo que desprovistos de compromisos esencialistas u ontológicos. Supongo que es un error bastante generalizado asumir que cualquier ataque al esencialismo metafísico implica de suyo una especie de nihilismo compulsivo. Quien así actuara sería algo así como un irremediable *negador* profesional.

En otro momento, en cambio, sostuvo que la metafísica era más bien aquello que no podía ser derivado de la experiencia⁵, pero con ello no hace más que referirse al idealismo, y no a la ontología como metafísica. Precisamente es esa la razón por la cual el punto de arranque de Alexy no me

⁵ Ibidem, Pág. 245.

resulta atractivo en ningún sentido. Y por eso digo que existe un riesgo al tomar partido por alguna de las formas de ver un término tan dúctil como el de metafísica.

Con todo, sospecho que la mejor forma de empezar sigue siendo el uso propositivo y declarativo del término. De hecho, el uso afirmativo ha sido empleado desde Parménides. Así que, basándome en una definición relativamente estándar, podría decir que la metafísica es la búsqueda y determinación del ser mismo del ente y sus estructuras, vale decir, del ser esencial, de la entidad trascendental. Sin embargo, si de ser concretos se trata, diría que el término *metafísica* puede reducirse o intercambiarse por el término *esencialista*. En otras palabras, para el metafísico es absolutamente importante averiguar el verdadero *ser* de las cosas; esto es, la *esencia* de la cosa que se investiga, la *naturaleza*, la característica *inherente* o *intrínseca* de la cosa sobre la cual tenemos interés. Así, por ejemplo, si queremos saber *qué es* o *cómo es* la entidad o el objeto *x*, el metafísico apartará de *x* los elementos que son accidentales y aparentes, y centrará su atención en las propiedades esenciales; en aquello que define *x* de una manera única y universal, de manera incondicional. El verdadero conocimiento de *x* estará entonces subordinado al éxito que se tenga en el hallazgo de dicha esencia o naturaleza intrínseca. Desde luego que en el lugar de *x* puede el lector situar lo que le plazca. Puede preguntarse, por ejemplo, qué es esencialmente el agua, el amor, el derecho, el fútbol o cualquier cosa parecida, así como preguntarse por la naturaleza intrínseca de todo ello.

64 De manera que la metafísica implica adoptar alguna especie de *esencialismo* y *fundacionalismo*, en la medida en que aquella *esencia trascendental* es el punto a partir del cual puede legitimarse y convalidarse el conocimiento que tenemos del ente. Quien no conozca la regla del gol, sencillamente no conoce la verdadera esencia del fútbol, concluiría el metafísico. Algunos conceptos como *Lo Universal*, *Lo Necesario* o *Lo Incondicional* han jugado históricamente papeles centrales para esa rama de la filosofía. La metafísica ha incluido como fuentes de estudio el pensamiento *ontológico*, el pensamiento *teológico*, el pensamiento *esencialista* o el pensamiento *idealista*, dando lugar a diversos principios fundacionales: el principio increado, el principio *a priori*, lo ontológicamente esencial, lo deontológicamente supremo, las propiedades intrínsecas, o lo lógico o axiomático. Si del juicio ontológico se trata, por ejemplo, el metafísico-ontológico buscará hallar la esencia del ente, es decir, su naturaleza intrínseca, por medio de la averiguación de la *realidad*. Es la realidad, en

el mundo real en que vivimos (para usar la expresión de Searle), la que entrega el sustrato incondicional del ente. El fundamento del metafísico ontológico es, por consiguiente, la *realidad* y las partes que la integran (hechos duros); el valor a privilegiar es, desde luego, la *objetividad*. Como consecuencia de lo anterior, el metafísico aspira a revelar las continuidades, las propiedades inherentes, descontextualizadas y ahistóricas que escapan de la contingencia. Como dice Rorty (2001):

El metafísico es una persona que considera la pregunta “¿cuál es la naturaleza intrínseca de, por ejemplo, la justicia, la ciencia, el conocimiento, el Ser, la fe, la moralidad, la filosofía?” de forma literal (p.92).

Repárese, entonces, en que el metafísico puede adoptar, en ajustada síntesis, dos tipos de rostros: la imagen de un *ontólogo* -por antonomasia- o la de un *idealista*⁶. Ambos son claramente esencialistas, al menos desde mi interpretación. Estos últimos pueden decir cosas como la siguiente: que no es la ontología incompleta y volátil del ente u objeto -a la cual accedemos a través de la aprehensión y en virtud de nuestra experiencia sensible- sino la metafísica inmutable de las ideas autosubsistentes, aquello que determina la verdadera esencia del conocimiento. El esencialismo del idealista descansa en la afirmación según la cual la “forma” eterna e inmutable de los objetos materiales está en la *idea* que se tenga de ellos. La *idea* posee una esencia separada e independiente del objeto mismo, aunque lo constituye. Este primer tipo de idealismo, ya lo sabemos, está perfectamente representado en Platón. Platón parte del problema metafísico acerca del verdadero *ser* de las cosas. Como lo expresa Julián Marías, la dificultad está en que una vez Platón intenta localizar semejante *ser verdadero*, observando las cosas del mundo, encuentra que las cosas *no son* absolutamente lo que se supone que son; siempre hay algo, alguna característica accidental, que las aleja del *ser ideal* de la cosa. Así, por ejemplo, dice Julián Marías, si quisiéramos conocer el verdadero ser de una hoja de papel blanca, cada vez que nos topamos con alguna muestra:

6 Lo que quiero decir es que para los propósitos de este escrito podríamos resumir la metafísica en esas dos posturas, haciendo la salvedad de que la teología es también una forma de pensamiento metafísico.

resulta que en rigor no es blanca; es decir, no es del todo blanca, sino que tiene algo de gris o de amarilla; sólo es casi blanca; otro tanto ocurre con su presunta rectangularidad: ni sus lados son total y absolutamente rectos, ni son rectos sus ángulos. Todavía hay más: esta hoja de papel no ha existido siempre, sino sólo desde hace cierto tiempo; dentro de algunos años no existirá tampoco. Por lo tanto, es blanca y no blanca, es rectangular y no rectangular, es y no es; o -lo que es lo mismo- no es plena verdaderamente (Marías, 1964, p.43).

De modo que, para Platón, las cosas del mundo *no son* absolutamente el ser ideal de la cosa, sino simples objetos que procuran allegarse al ser esencial, a lo que verdaderamente *es* la cosa. Si esto es correcto, concluye, las cosas *son* y *no son*. *Son*, en las partes que sí se asemejan al ser ideal de la cosa; *no son*, cuando se apartan de ello, es decir, cuando no son lo que se supone que deberían ser. El asunto reside en que, en tanto se le niega la absoluta rectangularidad o la total blancura a la hoja en blanco del ejemplo, estamos implícitamente aceptando que, por comparación, existe lo que sí es absolutamente blanco y rectangular, sin restricción alguna⁷. La *idea*, a diferencia de la *cosa* -que es volátil y contingente-, contiene la esencia, la naturaleza, la identidad y permanencia del objeto. De ahí que el objeto perfecto, sin restricciones ni accidentes, no existe en el mundo real, sino en el mundo de las ideas. En conclusión, la metafísica idealista de Platón encuentra la *esencia* (el ser verdadero) del ente, por fuera del objeto mismo, lo que explica el que fuera denominada su teoría como *ante rem*. Todo conocimiento del objeto está fundamentado en la idea previa que tengamos del objeto. Y las ideas son, sostiene Marías (1964), “unos entes metafísicos que encierran el verdadero ser de las cosas; son lo que es auténticamente)” (p.45).

Más adelante, como se sabe, Aristóteles negará la separación platónica del ente en relación con la idea, a través del concepto de “substancia”. De acuerdo con Aristóteles, hay términos equívocos y otros análogos, depen-

7 Concretamente dice: “para ver que una cosa no es verdaderamente blanca, necesito saber ya lo que es blanco; pero como ninguna cosa visible -ni la nieve, ni la nube, ni la espuma- es absolutamente blanca, esto me remite a alguna realidad distinta de toda cosa concreta, que será la total blancura. Dicho en otros términos, el ser casi blanco de muchas cosas requiere la existencia de lo verdaderamente blanco, que no es cosa alguna, sino que está fuera de las cosas. A este ser verdadero, distinto de las cosas, es a lo que Platón llama idea” (Marías, 1964)

diendo de si tienen un sentido plural o único, respectivamente. El *ser* de las cosas del mundo no es plural sino análogo, dado que a pesar de que muchas e infinitas cosas del mundo *son*, con todo, tienen una unidad o conexión en razón de la *substancia*. Todos los entes del mundo son *substancia* o *afecciones* de la *substancia*, y de ahí que no pueda separársela del ente como tal. Es por ello que su teoría es conocida como *in re*. El error de Platón habría sido, según Aristóteles, no haber visto que la *substancia*⁸ es un compuesto tanto de *materia* como de *forma*⁹.

Más allá de Platón y Aristóteles, la metafísica idealista también puede indicar que, ciertamente, lo externo a la mente (principio material de *lo dado*) carece de una existencia autónoma, y por el contrario posee una existencia en tanto en cuanto está siendo creada por el sujeto cognoscente (principio formal de *lo puesto*). Sin embargo, agregaría este tipo particular de metafísica,

8 Dice Aristóteles: “Sustancia, según la distinta inteligencia que se le da, tiene si no muchos, por lo menos cuatro sentidos principales: la sustancia de un ser es, al parecer, o la esencia, o lo universal, o el género, o el sujeto. El sujeto es aquél del que todo lo demás es atributo, no siendo él atributo de nada. Examinemos por de pronto el sujeto: porque la sustancia debe ser, ante todo, el sujeto primero (...). Véase, Aristóteles, *Metafísica*, Libro Séptimo, III, (Biblioteca Filosófica. Obras filosóficas de Aristóteles. Volumen 10. Traducción: Patricio de Azcárate); En igual sentido sostiene: “Sustancia se dice de los cuerpos simples, tales como la tierra, el fuego, el agua y todas las cosas análogas; y en general, de los cuerpos, así como de los animales, de los seres divinos que tienen cuerpo, y de las partes de estos cuerpos. A todas estas cosas se llama sustancias, porque no son los atributos de un sujeto, sino que son ellas mismas sujetos de otros seres (...) De aquí se sigue, que la palabra sustancia tiene dos acepciones: o designa el último sujeto, el que no es atributo de ningún ser, o el ser determinado, pero independiente del sujeto, es decir, la forma y la figura de cada ser”. Aristóteles, *Metafísica*, Libro Quinto VIII, (Biblioteca Filosófica. Obras filosóficas de Aristóteles. Volumen 10. Traducción: Patricio de Azcárate).

9 Es, como dice Julián Marías, “*dos momentos ontológicos*” (Op. Cit. Pág. 68) que no pueden separarse, que están destinados a permanecer unidos: “*la materia es aquello de que está hecha una cosa; la forma es la que hace que algo sea lo que es*”: la forma informa la materia, la materia es informada por la forma. En el ejemplo ofrecido por el español, “*el hombre, la especie hombre, no está separada de cada hombre, sino presente en él, como forma humana*”. De modo que tanto *forma* como *materia* son sustancias, sólo que la materia es la sustancia primera mientras que la forma es la sustancia segunda. Ahora bien, cuando se emplea la palabra “el” hombre, “el” árbol, en sentido general, se está haciendo uso de una sustancia universal y abstracta, distinta desde luego de la sustancia individual de la cosa concreta de la que se habla, pero con todo, sustancia existente. Así que, para Aristóteles, la *substancia* es la base, *esencia* o fundamento último a partir del cual se construyen los accidentes, esto es, las particularidades sobre las que tratan las diversas disciplinas. La sustancia es, de esta manera, el ser sobre el cual se predicán los atributos, sobre el cual descansan las propiedades, los accidentes. Lo accidental es, desde luego, lo secundario, lo circunstancial, lo que fluctúa, lo contingente, lo que puede o no puede ser, lo que puede perderse sin perder la esencia. De acuerdo con Aristóteles, el ser tiene cuatro maneras de predicarse: (i) bajo la dualidad esencia-accidente, (ii) bajo el tipo categoría que lo califica (calidad, cantidad, posición, tiempo, lugar, relación, estado, acción, etc), (iii) el ser verdadero y el ser falso, (iv) el ser según la potencia y el acto. La sustancia está presente en todas las categorías.

que como consecuencia de que es el sujeto cognoscente quien impone las formas y las condiciones de todo conocimiento, y como quiera que los objetos de nuestro conocimiento son sólo fenómenos amorfos y sin existencia inteligible propia, es la metafísica idealista y no ontológica, la que, a través de los diversos niveles de conocimiento (sensibilidad, entendimiento y razón), promueve un verdadero conocimiento. Es claro que Kant podría estar en este lugar.

Según como interpreto a Kant, su metafísica parte de la siguiente pregunta: ¿existe algo que *preceda* a la experiencia? Recuerde el lector que en las primeras fases del *empirismo* se daba por descontado que la experiencia era la base de todo conocimiento. Por consiguiente, todo conocimiento resulta *a fortiori*, ya que primero se requiere experimentar el mundo sensible para luego formar las ideas y conceptos sobre él. La dificultad, sin embargo, estriba en que de aceptarse esta imagen, no resulta claro cómo es posible *organizar* la experiencia, sintetizarla y darle coherencia. ¿Cómo es siquiera posible –diría Kant– que podamos relacionar y unir coherentemente experiencias entre sí? Para él, esa circunstancia se explica en la medida en que existen *formas* o esquemas apriorísticos en los sujetos dotados de razón, que permiten la *asimilación* de la experiencia. Si no tuviéramos esquemas conceptuales independientes de la experiencia, todo lo percibido sería un conjunto desordenado, alterado e ininteligible de experiencias situadas al azar, a partir de las cuales no sería posible construir un verdadero conocimiento¹⁰. El *espacio* y el *tiempo*, por ejemplo, son las categorías *a priori* de la sensibilidad. Esa es justamente la diferencia entre lo que es *dado* (sensaciones) y lo que es *puesto* por nosotros (la categoría). Ahora bien, si insistiéramos en que el esquema de organización no es dado, esto es, no es *a priori* sino experiencial, ¿de qué manera podríamos organizar la experiencia de tal forma que nos permitiera construir el esquema en virtud del cual organizamos toda la nueva información y la nueva experiencia? Para Kant no existe otra respuesta sino que deben existir, entonces, principios *a priori* que gobiernan la razón

10 En eso radica la diferencia que hace entre *juicio de experiencia* y *juicio de percepción*. El primero hace referencia a un conjunto de percepciones empíricas organizadas, mientras que la segunda hace referencia a la percepción empírica inmediata hecha por los sentidos, es decir, el mero aglomerado de observación sensorial inmediata, sin organización alguna, ni principio de unificación.

humana, y que trascienden a la experiencia particular¹¹. Ese es el motivo por el cual Kant denomina a la razón como una Razón *Pura*.

En cierto modo, la metafísica kantiana fue un recio golpe en contra de la metafísica ontológica así como contra el empirismo. El método trascendental, en contraposición al empírico cuyo propósito inicial fue la constatación experimental *a fortiori* del conocimiento, consiste en la averiguación de las condiciones racionales *a priori* de todo objeto cognoscible¹². La primera consecuencia, evidente por demás, es que al trascender la experiencia, el método se vuelve universal y necesario. Y es universal, justamente, porque trasciende las particularidades de la experiencia, conminando la labor del nuevo filósofo metafísico (idealista y no ontólogo) hacia la realización de una síntesis teórica y procedimental de los juicios experimentales. El metafísico sintetiza, compendia, reduce todo a su verdadera esencia, hacia esquemas -o más propiamente dicho hacia *categorías* incondicionales-. La razón, dice Kant, “es el poder que nos suministra los principios del conocimiento *a priori*” (2010, p.64), abreviando a través de unidades o categorías absolutas las experiencias particulares. Como señala Rojas Amandi:

La razón es la función superior sintética del intelecto que lleva a la unidad sintética que se piensa en categorías hasta lo absolutamente incondicional, esto es, libre de todas las limitaciones que las condicionan, incluidas las condiciones impuestas por la experiencia. De

11 Con todo, Kant no llega a restar importancia al empirismo, y tampoco concluye que exista un *conocimiento* que preceda propiamente a la experiencia. Lo que la precede son esquemas o categorías independientes tanto del conocimiento como de la experiencia. La sucesión sería básicamente esta: categoría-experiencia-conocimiento. Así que un conocimiento verdadero y completo necesita de la realidad y de la experiencia, pues de lo contrario se caería nuevamente en la metafísica especulativa totalmente ajena a la experiencia. Concretamente en su introducción sostiene: “*Que todo conocimiento empieza con la experiencia, esto no ofrece la menor duda. En efecto, ¿por qué nuestro poder para conocer podría ser despertado y puesto en acción, a no ser por objetos que impresionan nuestros sentidos y que, por una parte, producen por sí mismos representaciones y, por otra, ponen en movimiento nuestra facultad intelectual, con objeto de que compare, ate o separe estas representaciones, y trabaje de este modo la materia bruta de las impresiones sensibles para sacar de ello un conocimiento de los objetos, que es lo denominado por la experiencia? De este modo, cronológicamente, ningún conocimiento precede en nosotros a la experiencia y es con ella con lo que todo comienza. Pero si todo conocimiento debuta con nuestra experiencia, ello no prueba que saque todo de la experiencia (...)*”. Kant, Immanuel, *Critica de la Razón Pura*, Editorial Aguilar, primera edición, Madrid, 2010, pág.49-50. En este texto se discrimina la introducción que tuvo la primera como la segunda edición del texto. La cita hace referencia a la segunda edición.

12 Dice Kant: “*Llamo trascendental a todo conocimiento que, en general, se ocupa menos de los objetos que de nuestros conceptos a priori de los objetos. Un sistema de conceptos de este género se llamaría filosofía trascendental*”, *Ibidem*, pág. 65.

esta forma, el pensamiento tiende al esclarecimiento completo de las condiciones bajo las cuales cada generalización particular de la razón puede considerarse absolutamente correcta (s.f., p.170).

Las categorías racionales son entonces esquemas *a priori* y universales que *condicionan* la posibilidad misma de experimentación, fijando formal y procedimentalmente principios incondicionales del entendimiento. Estos principios o formas necesarias e incondicionales del pensamiento, representan la verdadera esencia cognoscitiva del objeto, pues es la forma necesaria en que éste debe ser pensado. Los principios *a priori* kantianos reciben el nombre de *leyes* o *máximas*.

Hay otros pensadores, como John Searle (1997, p.24), que intentan ingeniosamente emplear la metafísica ontológica (de la realidad) como la única metafísica posible, a través del argumento según el cual basta con diferenciar entre la ontología de los hechos *reales* y la ontología de los hechos *sociales*. La ontología primera, esto es, la de los hechos físicos y naturales del mundo, es definida por el lenguaje de la biología, la física y la química. Empero, existiría una ontología “especial” y característica de las construcciones sociales, que también se contraería a la categoría de *hechos*, sólo que se evaluaría más por las funciones socialmente definidas (Searle, 1997, p.24). Así, entonces, un “billete” (distinto a la ontología del papel), la “bañera” (distinta a la ontología de la “concavidad de hierro esmaltado que contiene agua”) y el “automóvil” (distinta de la ontología del acero de la carrocería, o del motor de combustión, etc.) sólo se entienden en razón de una metafísica de la realidad construida mancomunadamente a partir de la asignación de funciones, y de una intencionalidad colectiva, para cumplir propósitos previamente determinados. Una vez desaparece la función, dice Searle, nos cuesta trabajo identificar la ontología de esos objetos a través de sus rasgos intrínsecos. Sin embargo, la ontología de lo social depende sustancial y fundamentalmente de la ontología de lo real¹³ (Searle, 1997, p.25-26). Esta forma de descender al mundo real la metafísica idealista, descansa en una especie de naturalización por doble vía. De un lado,

13 Esta afirmación la basa Searle en dos teorías para él irrefutables: la teoría atómica de la materia y la teoría biológica evolucionaria. Según este punto de vista, sería una especie de ingenuidad o tontería negar que el mundo consiste en particulares o entidades, organizados en sistemas o campos de fuerza.

dice Searle, los seres humanos somos seres vivos, evolucionados, con un rasgo biológico bastante específico: aparte de nuestra estructura física, tenemos consciencia. Con la consciencia, inicia la intencionalidad. No obstante, repárese en que la consciencia y la intencionalidad hacen parte del mundo físico de la biología humana. Por el otro lado, la consciencia y la intencionalidad se refieren a (hablan de) cosas *reales* del *mundo*.

Recapitulación

El metafísico encuentra la averiguación de la esencia o naturaleza del ente como algo ineludible. Por consiguiente, todos los objetos o entes tienen una *esencia* o naturaleza intrínseca. Si la esencia o naturaleza intrínseca del ente radica en su *realidad*, se suele asumir un compromiso ontológico con los *hechos*. Generalmente, los ontólogos asumen, como sus valores principales, a la objetividad y la neutralidad del conocimiento, generados por la realidad de la *esencia*, de manera que el conocimiento verdadero del ontólogo lo proporciona la indagación de la realidad. Ese es su principio fundacional. Por su parte, el metafísico idealista, orientado hacia la reivindicación del sujeto cognoscente y de la idea de que existe algo más allá de la simple existencia física, dispone que la realidad considerada en sí misma no debe ni puede funcionar como principio fundacional, en tanto que no resulta cognoscible para el hombre.

En otras palabras, no es posible capturar, de modo racional, la “cosa en sí” de los objetos, toda vez que a la razón le está vedado trascenderse a sí misma para llegar a la esencia del ente. Una vez se captura la cosa, deja de ser “en sí” (*noúmeno*) y pasa a ser “en mí” (*fenómeno*), llena de subjetividad. La realidad, dice Kant, puede pensarse pero no conocerse. De manera que la esencia o naturaleza intrínseca de las cosas debe estar en otro lugar, en algún principio ajeno a la realidad misma, en alguna categoría abstracta, en un concepto *a priori*. Las categorías, o principios del entendimiento, permiten el conocimiento de todo objeto, razón por la cual es tarea del filósofo la averiguación de dichos principios metafísicos. Sólo de esta manera puede entenderse lo que es homogéneo a la propia categoría. El esencialismo del idealista radica en la suposición del principio metafísico que gobierna el entendimiento de la realidad *fenoménica*. Desde luego, como dije, este es un duro golpe a la metafísica ontológica, a pesar de que se conserva todavía tanto la metafísica como el esencialismo.

Consecuencias de la Metafísica

Hecha la anterior recapitulación, debo agregar unas breves observaciones. Al momento de acoger el esencialismo, resulta natural adoptar una serie de dualismos filosóficos que para los metafísicos resultan fundamentales. Si se acepta la división entre lo que es *esencial* y lo que es *accidental*, se concede, por pasos contados, la diferencia entre lo que *es* y lo que *debe ser*, entre el *objeto* y el *sujeto*, entre el *hecho* y el *valor*, entre *describir* y *prescribir*, entre lo *objetivo* y lo *subjetivo*, entre lo *analítico* y lo *sintético*, etcétera. De hecho, este tipo de posturas alimentan teorías epistemológicas como, por ejemplo, la de la Teoría de la Verdad como Correspondencia. En lo que a mí respecta, tanto la metafísica idealista, incluso la kantiana, así como la metafísica ontológica, adoptan una fuerte necesidad de adecuación entre el pensamiento y el ente metafísico esencial. La diferencia estriba en que el ontólogo lo hace basándose en un realismo externo, en tanto que el metafísico idealista opera a través de un método trascendental.

Así que esa ha sido, básicamente, la consecuencia natural de adoptar la metafísica como punto de partida de la investigación filosófica. Repárese en el siguiente ejemplo: si puedo identificar lo que es esencialmente el objeto *x*, esta identificación es *objetiva* y no depende de mis inclinaciones o creencias: la esencia del agua, que para los químicos ontólogos se reduce a la fórmula H₂O, es objetiva y ajena a cualquier tipo de pensamiento. Así desaparezca la raza humana de la faz de la tierra, la esencia del agua seguirá siendo H₂O, diría el metafísico ontólogo. Con ello puede diferenciarse entre lo que el agua *realmente es*, de *hecho*, de lo que podemos pensar sobre ella (que moja, que es cristalina o que calma la sed). Lo primero hace referencia a una *descripción objetiva* de su realidad; lo segundo a una *valoración* subjetiva por parte del hablante. Una interpretación *correcta* u *objetiva* de lo que el agua *es*, debe acercarse o dar cuenta de la esencia del agua, pues ocurre que, respondiendo al conocido principio realista, “nada se da en la mente que no estuviese previamente diseñado en la realidad”. Una interpretación que no se acoja a ello, sino que simplemente verse sobre aspectos valorativos, será simplemente subjetiva e incorrecta. La epistemología depende absolutamente de la ontología. Es parasitaria. La Física y la Química, en ese orden de ideas, estarían más cerca de las interpretaciones correctas del mundo pues disponen de una

fuerte ontología de la realidad (realismo externo) sustentada en una teoría representacionista del conocimiento y una teoría correspondentista de la verdad. De modo que otra de las principales consecuencias de adoptar un punto de partida metafísico, reposa en la suposición según la cual podemos extraer conclusiones epistemológicas a partir de premisas metafísicas, pero no al contrario. Lo que es válido afirmar sobre algo, responde a la realidad/esencia de lo que se describe cuando se afirma. Esa es básicamente la manera de pensar de buena parte de la filosofía.

En su lugar, el metafísico idealista dirá que lo que conocemos del agua depende de la categoría incondicional de *espacio, sustancia y forma* -o cosas por el estilo-. Sin la idea de la sustancia líquida no es posible concebir o entender el agua. Esa es su condición de posibilidad, su categoría *a priori*. Todo conocimiento válido del agua debe partir de esa categoría como quiera que constituye el objeto *agua*. Quien parta de la *refrescadura* del agua, por ejemplo, asumirá una categoría no esencial ni incondicional al objeto, de suerte que su interpretación será incorrecta¹⁴ (Laserna, s.f.). Con todo, suena realmente extraño que Kant adopte una teoría de la verdad como correspondencia/adecuación, que como vimos es antonomásticamente ontológica y no idealista, después de que ha dicho que cualquier proceso de conocimiento se contrae a la conciencia y, por consiguiente, que ningún conocimiento es externo al sujeto. Ello sonaría contradictorio si entendemos que dicha teoría de la verdad sostiene, en cambio, que la verdad de nuestros juicios depende del nivel de adecuación que tengan estos y el mundo como tal.

Para dar una breve explicación de por qué esto ocurre, recuerde el lector que Kant diferencia entre *juicios analíticos* para los cuales el predicado hace parte del significado del sujeto, y *juicios sintéticos*, esto es, juicios cuya verdad no se establece teniendo en consideración solamente el significado de los términos empleados. Así, por ejemplo, la expresión “todas las madres son mujeres” puede ser fácilmente catalogada como verdadera a base de observar su estructura analítica, y a partir de ahí concluir que el predicado

14 Particularmente iluminadores resultan los escritos de Mario Laserna y Adolfo León Gómez sobre este punto. Véase Laserna, Mario, La Teoría de la Verdad en Kant, Revista Ideas y Valores, Volumen 34, número 66-67, págs. 21-36; León Gómez, Adolfo, Lógica y Criterios de Verdad en Kant, Revista Ideas y Valores, Volumen 34, número 66-67, págs. 65-86.

hace parte del significado del sujeto. Negar ello tornaría lógicamente auto-refutatorias las expresiones “todas las madres no son mujeres” o “todas las madres son hombres”. Con ello no hay mucho lío. El gran dilema está en cómo plantea Kant el tema de la verdad para los juicios sintéticos, es decir, los no-analíticos. Y, como sostiene Mario Laserna, no solamente para los juicios no analíticos *a priori* sino *a posteriori*, pues un criterio de verdad debe funcionar para toda clase de juicios. El punto es que Kant se desliga del realismo externo o trascendental que plantea la “cosa en sí”, con propiedades, categorías y clases propias, independientemente del sujeto cognoscente, y de acuerdo con la cual las representaciones mentales son sólo un espejo de lo que está ya previamente diseñado en la realidad. Por el contrario, dice admitir la existencia de la materia sin que ello implique restar importancia a la conciencia. Lo que hace entonces es *variar* los términos de la adecuación de la teoría. Voy a tomar prestada la explicación de Laserna sobre este punto.

La primera censura que plantea Kant radica en que, en principio, para comparar dos términos, estos deben al menos compartir ciertos rasgos comunes que los hacen precisamente “comparables”. Lo que evidentemente se encuentra, en cambio, es que mientras la *proposición* no es un hecho espacial o temporal, el *evento* sí lo es. El idealismo, por oposición, sale rápidamente al paso de semejante censura, toda vez que considera que tanto *proposición* como *evento* son actividades del entendimiento. Ninguna de las dos escapa a la conciencia. O dicho en una palabra, ambos son eventos de la conciencia, es decir, contenidos de ella. Desde luego que se dan de manera diferente, pero con todo, son productos del entendimiento. ¿Cómo se plantea este salto argumentativo? *Pensamiento*, por un lado, y *sensibilidad* o *percepción*, por el otro, son eventos distintos, pero que llegan a lo mismo. Recuerde el lector que más arriba se dijo que para Kant la primera función del entendimiento es producir conceptos y esquemas, categorías unificadoras del entendimiento. El objetivo es organizar coherentemente percepciones en principio inconexas, arbitrarias y aprehendidas al azar. Con esto en mente, el sujeto plantea proposiciones. La sensibilidad, en cambio, contempla y representa el mundo a través de la intuición sensible. Sin embargo, contemplar el mundo y sus objetos es algo demasiado vago y abstracto, abstruso e ininteligible. Para no sólo contemplar los objetos sino además pensarlos, es necesario aprehenderlos a través de ca-

tegorías y conceptos. Vale decir que la única manera de pensar un objeto es por conducto de las categorías unificadoras del pensamiento. La categoría es el fundamento de posibilidad de la experimentación.

Así las cosas, el evento es *interno* a la conciencia; y debe serlo, además, si lo que se quiere es realizar la mencionada adecuación, toda vez que antes de que el evento sea incorporado a la conciencia, nada sabemos de él. Dicho esto, la consecuencia surge inmediatamente. Si saber algo significa haberlo incorporado a la conciencia, entonces lo que se compara no es finalmente la proposición con el evento en sí, sino la proposición con otra proposición acerca de la percepción del evento. Existe, sin embargo, otro corolario, contundente, de lo anterior: la diferencia concreta entre el realista trascendental y Kant estriba en que mientras el evento es el espacio en el que se da la externalidad para el realista, para Kant hace parte de las categorías de espacialidad y temporalidad, y estas dos categorías son internas al entendimiento. El tercer argumento es también una consecuencia de lo anterior: es diferente el Yo-psicosomático que plantea la proposición del Yo-epistemológico que decide sobre la adecuación entre las proposiciones que plantea aquél. Este último plantea una relación de adecuación de validez general. Para ello se vale de la actividad sintética del intelecto y de la lógica formal. Con ambas, el yo-epistemológico sigue reglas y principios de unidad y permanencia. Como estas categorías, reglas y principios de unidad son universales e incondicionales, el conocimiento es objetivo¹⁵.

Así que, en lo que para nuestros propósitos interesa, la epistemología kantiana es clarísimamente parasitaria de su propuesta metafísica. La lógica formal nos ayuda a entablar las relaciones veritativas de correspondencia entre distintas proposiciones por conducto de principios formales. El verdadero conocimiento, de cualquier disciplina, surge sólo a través de juicios de experiencia objetivos, proporcionados por el yo-epistemológico cuando entabla la adecuación.

Por fortuna, lo anterior es todo lo que tengo que decir sobre metafísica antes de continuar con mi argumento. Tengo la suerte de que éste no es un escrito sobre metafísica sino, justamente, acerca de un argumento antimeta-

15 Esa es la diferencia entre el juicio de *experiencia* y el juicio de *percepción*. La primera organización de la percepción a través de proposiciones la realiza un juicio de percepción. El juicio de experiencia, si quiere ser objetivo, debe además organizarlas mediante categorías de unidad, incondicionales y universales, esto es, de validez general.

físico. Así las cosas, basta con que se comprenda, a través de las explicaciones ofrecidas, la idea general de que la metafísica, en cualquiera de sus dos modalidades, ontología o idealismo, implica un radical *esencialismo*, sin necesidad de seguir explicando los ejemplos de otras importantes metafísicas¹⁶. También importa entender que la asunción de un punto de partida metafísico suministra el soporte para el resto de dualismos filosóficos fundamentales tales como ser-deber ser, objetivo-subjetivo, esencia-accidente, hecho-valor, describir-prescribir, etc. De igual modo, resulta cardinal comprender que para el metafísico la epistemología resulta claramente parasitaria, como quiera que sólo pueden extraerse conclusiones epistémicamente válidas una vez tengamos un punto arquimédico de corte metafísico. Ahora bien, este tipo de discusiones tan aparentemente extrañas para los abogados, en ningún sentido han sido ajenas al estudio de disciplinas como el Derecho. De hecho, no lo han sido para ninguna disciplina. Todo lo contrario. En los cursos tradicionales de filosofía del derecho se *asume*, más implícitamente, por supuesto, una postura metafísica. Voy a detenerme un poco para ilustrar este punto.

Metafísica, Ontología, Esencialismo y Fundacionalismo en Filosofía del Derecho

En este pequeño capítulo intentaré presentar muy brevemente algunos de los más importantes rasgos metafísicos de la filosofía de cuatro grandes filósofos del derecho: Kant, Kelsen, Hart y Alexy¹⁷.

76

16 Podría el lector reprocharme que sostenga que el idealismo de Kant pueda intercambiarse por el calificativo de esencialista, en la medida en que el mismo Kant indicó que la esencia de las cosas resulta incognoscible. Pero ello, desde mi interpretación, sería un error. Como veo a Kant, es un declarado esencialista. Lo que más bien está diciendo es que esa esencia resulta incognoscible si nos detenemos en el fenómeno, vale decir, que no podemos conocer la esencia simplemente viendo empíricamente el mundo, pues una vez lo asumo, es un mundo “en mí”. Por ello creo que negar el esencialismo fenoménico u ontológico no implica necesariamente negar todo tipo de esencialismo. De hecho, en Kant la esencia está en otro lado, en la *idea*, tal y como lo he señalado líneas atrás.

17 Se preguntará el lector por qué excluyo a Dworkin cuando parece ya pacífico aceptar que, junto con los iusfilósofos que he nombrado, hacen parte del elenco de los más influyentes pensadores en nuestro medio. La razón es que, como lo he sostenido *in extenso* en mi disertación doctoral, no considero a Dworkin, a pesar de sí mismo, un pensador metafísico sino un claro exponente del neopragmatismo filosófico. De igual manera, se preguntará el lector por qué escojo a estos autores y no a otros. La respuesta, muy concreta, es que en este punto sigo lo dicho por Diego López en su texto *Teoría impura del Derecho*, en el sentido de que son estos autores los que mayor recepción han tenido en nuestro contexto jurídico en

La filosofía del Derecho de Kant

He dicho que este tipo de discusiones también se ha desplazado hacia el campo jurídico. Y es cierto. Repárese en que, por ejemplo, la filosofía del derecho kantiana propone un elenco de principios metafísicos para nuestra profesión. En su libro *Metafísica de las costumbres*, Kant presenta el capítulo *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, en el que se pretende formular las categorías incondicionales a través de las cuales es posible entender y asimilar la praxis jurídica. Según señala, debemos ver al derecho en su forma *pura*, conceptual, incondicional, *a priori*.

Kant parte de un supuesto que para él resulta cardinal: si el derecho desea ser *ciencia*, debe partir de un conocimiento *a priori* y no *a posteriori*. El conocimiento fundado en la experiencia no es universal ni necesario, pues se encuentra limitado a la experiencia particular del momento (*aquí y ahora*). La ciencia del derecho, como toda ciencia, debe asentarse en categorías, esquemas y principios apriorísticos cuya funcionalidad reside en que permiten a los sujetos cognoscentes la *asimilación* de la experiencia. No son entonces la metodología empírica positivista y su comprobación experiencial los recursos idóneos para dar cuenta de la esencia del derecho. Como en todo conocimiento, dice Kant, son el método trascendental y la indagación de las condiciones racionales *a priori* los que pueden cumplir con esa tarea.

La síntesis metafísica entrega las principales categorías incondicionales, las condiciones de posibilidad y de experimentación del objeto pensado, su real esencia cognoscitiva, la forma necesaria en que debe ser pensado. De ahí que Kant sostenga que “una doctrina jurídica únicamente empírica es (como la cabeza de madera en la fábula de Fedro) una cabeza, que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene seso” (Kant, 1993, p.38). O, como dice Rojas Amandi en la lectura que hace sobre Kant, que “una teoría puramente positivista del Derecho es incapaz para exponer en su real magnitud la esencia del Derecho” (s.f., p.192). Así, dado que el método empírico resulta insuficiente en la determinación de la esencia del derecho, no es la ontología sino el método trascendental el que fija procedimentalmente los principios metafísicos del derecho.

las últimas décadas. Véase López Medina, Diego Eduardo, *Teoría Impura del Derecho*, op. cit. capítulos 5 y 6. Al único que incluyo por fuera del cuarteto Kelsen, Hart, Alexy y Dworkin es a Kant, por la obvia razón según la cual el pensamiento kantiano está en varios de ellos.

En este punto cabe preguntarse cuál es el principal principio metafísico del derecho. Desde una perspectiva kantiana este sería la *Libertad*. Ésta –y junto con ella la autonomía de la voluntad– es una categoría *a priori* de la razón pura, un concepto trascendente a la realidad empírica. Y no sólo para el derecho, sino casi que para cualquier ámbito en el que se desenvuelva el ser racional. La Libertad es, después de todo, el principal principio metafísico sobre el que descansa toda la filosofía de Kant.

La libertad es una presuposición fundamental para el derecho debido a que éste se encarga finalmente de los principios metafísicos que usan los seres racionales libres y autónomos para relacionarse entre sí, bajo leyes universales. Dicho en una palabra “el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad” (Kant, 1993, p.39).

Obsérvese que la libertad como principio metafísico *a priori* condiciona el entendimiento mismo del derecho, al punto que una acción será *conforme a derecho* si permite la coexistencia de las diversas libertades de acuerdo a una ley universal. ¿Cómo podría formularse una de tales leyes o máximas universales? Kant da el siguiente ejemplo para responder a esa pregunta: “obra externamente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal” (Kant, 1993, p.40).

De esta manera, la libertad es un principio racional *a priori* toda vez que no necesitamos de la experiencia que nos arroja la legislación externa y positiva para poder conocerla y aceptarla. La sola razón nos conduce a ella. Por tanto, el derecho no puede ser entendido como aquello que establecen las leyes de un país en un momento determinado, pues de ser así, indica Kant, permanecerán ocultos los fundamentos mismos de aquellos juicios empíricos.

Otro de los grandes principios metafísicos del derecho es “la facultad de coaccionar”. Las condiciones del entendimiento del Derecho están igualmente condicionadas de manera inexorable a dicha facultad, como quiera que es ésta la que puede remover los obstáculos a la libertad de acuerdo a leyes universales¹⁸.

18 La cuestión, sin embargo, está en que en principio todo aquello que limite u obstaculice la libertad (la coacción, por ejemplo) es por ese mismo hecho contrario a derecho, así que la facultad de coaccionar sólo debe entenderse como un obstáculo que se pone a los obstáculos frente a la libertad. Vale decir: es

Como puede observarse, Kant no tuvo algo así como una teoría de la interpretación jurídica, y menos todavía una teoría de la argumentación jurídica. De ahí su limitada influencia en los abogados si lo comparamos con otros autores. Lo que Kant hizo fue más bien proporcionar una metafísica idealista para el *concepto* de derecho a través de las categorías o condiciones de posibilidad del derecho.

Una epistemología jurídica hubiera sido, además, tremendamente compleja debido a que el conocimiento científico del derecho debe estar expresado en proposiciones objetivas, dentro del proceso de adecuación que realiza el Yo-epistemológico. El intérprete debe entonces formular en cada caso tales proposiciones y establecer juicios que superen los datos empíricos de la percepción directa hasta alcanzar un contenido de validez general. A este respecto Laserna plantea que:

El problema del conocimiento está en lograr establecer estas proposiciones objetivas, es decir válidas para cualquier sujeto. Tal validez no se refiere a su verdad sino a su significado, o sea que ellas tienen un contenido que se refiere al mundo de los eventos y no al del sujeto

el límite a los límites de la libertad. Entendida de esta manera, la facultad de coaccionar concuerda con la libertad según leyes universales y por esa razón resulta conforme al derecho (véase Kant Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Op. Cit. Pág. 40 y 41). Las tres razones de la *coacción* como principio esencial al derecho residen, de acuerdo a como interpreto a Kant, en lo siguiente: en primer lugar, si bien es cierto que *“obrar conforme al derecho es una exigencia que me hace la ética”* (ibidem), no obstante ello, el derecho tiene por objeto lo que es *externo* a las acciones. Por consiguiente, dado que escapa al fuero interno de las motivaciones éticas, el derecho debe encontrar sus propios fundamentos externos de determinación del arbitrio. Como consecuencia de ello, el derecho se conserva *puro* y ajeno a la ética, sin estar *“mezclado con prescripciones referidas a la virtud. Por lo tanto, sólo puede llamarse derecho estricto (restringido) al derecho completamente externo”*. Si el derecho en sentido estricto es *externo* y no posee una fundamentación ética, es inevitable la facultad de coacción para limitar los actos que no estén conformes al derecho, esto es, aquellos que no respeten la libertad bajo leyes universales. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, lo que establece este principio es entonces una coacción recíproca universal con la libertad de todos. Finalmente, en tercer lugar y como corolario de las dos premisas anteriores, el derecho externo, sostiene, *“se fundamenta en la conciencia de la obligación de cada uno según la ley; pero, para determinar el arbitrio conforme a ella, ni le es lícito ni puede, si es que debe ser puro, recurrir a esta conciencia como móvil, sino que se apoya por tanto en el principio de la posibilidad de una coacción exterior, que puede coexistir con la libertad de cada uno según leyes universales. Por consiguiente, cuando se dice: un acreedor tiene derecho a exigir el pago de la deuda a su deudor, esto no significa que pueda persuadirle de que su propia razón le obliga al pago, sino que una coacción, que obliga a todos a hacer esto, puede muy bien coexistir con la libertad de cada cual, por tanto, también con la suya, según una ley externa universal: derecho y facultad de coaccionar significan, pues, una y la misma cosa”* (Ibidem, pág. 41 y 42).

que profiere la proposición. Por consiguiente, si la proposición que anuncia algo objetivo es verdadera o falsa, ello depende de la experimentación. Empero su forma de objetividad depende de la manera como ella se constituye. Y es este proceso de constituir objetividad lo que solamente se logra a través de las categorías y demás principios a priori. Principios y conceptos que pertenecen al entendimiento en cuanto este crea o constituye la posibilidad de experimentación y por lo tanto no se pueden provenir de ella” (s.f., p.28)

Sospecho que la ardua labor de plantear juicios sintéticos y elaborar categorías incondicionales que sirvan, junto con la lógica formal, como reglas de validez universal orientadas a alcanzar el carácter veritativo de las distintas proposiciones jurídicas, tornaría la labor de cualquier intérprete en dispendiosa, prolija y demasiado restrictiva.

La Filosofía del Derecho de Kelsen

Con todo, la metafísica de corte kantiano no se limitó a la filosofía del derecho de Kant. Hans Kelsen también se propuso desarrollar una teoría del derecho de corte kantiano, concebida en su forma *pura* e incondicional¹⁹. Que Kelsen sea un metafísico puede resultar paradójico si consideramos que tuvo una significativa influencia de la escuela neopositivista del Círculo de Viena.

19 Esta afirmación no desconoce que existe justamente un debate acerca de si Kelsen era o no un kantiano. Algunas lecturas y muchos apartes de sus textos así lo dejarían entrever. En lo que a mí respecta, veo a Kelsen mucho más del lado de la metafísica de Kant, sobre todo en punto de su norma fundamental, y más si consideramos las expresiones de Kelsen, en sentidos como el siguiente: “*En tanto sólo mediante la presuposición de la norma fundante básica se hace posible interpretar el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir, interpretados como normas jurídicas objetivamente válidas, puede designarse a la norma fundante básica, tal como es representada por la ciencia del derecho, y si cabe recurrir per analogiam a un concepto de la teoría kantiana del conocimiento, como la condición lógico-transcendental de esa interpretación. Así como Kant pregunta cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formuladas por la ciencia natural, la teoría pura del derecho pregunta: ¿cómo es posible la interpretación, que no eche mano de autoridades metajurídicas, como dios o la naturaleza, del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas válidas objetivamente, describibles en enunciados jurídicos? La respuesta gnoseológica de la teoría pura del derecho es: bajo condición de que se presuponga la norma fundante básica “uno debe comportarse como la constitución lo prescribe”, es decir, como corresponde al sentido subjetivo de los actos de voluntad que establecieron la constitución, conforme a las prescripciones del constituyente*”. (Negritillas ajenas al texto original). Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, Traducción de Roberto Vernengo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1982, págs. 209-210.

Resulta extraño si concedemos que el proyecto filosófico positivista, lógico y empirista del círculo de Viena descansaba justamente en la refutación de la metafísica, en el sentido de tener que basar el resto de las disciplinas en una concepción científica del mundo. Es justamente por ello que Kelsen dispuso explícitamente su *Teoría Pura del Derecho* como un camino para refutar la metafísica en el Derecho.

No obstante, según como veo las cosas, la crítica de Kelsen se enfocaba prioritariamente hacia la metafísica naturalista y teológica, no así frente a todo tipo de concepción metafísica. Voy a detenerme un poco en algunas de las ideas de Kelsen, no sin antes advertir que todas ellas se refieren más bien al tema de la “norma fundamental”, y muy concretamente a lo expresado sobre ella en su libro más central e influyente, *Teoría Pura del Derecho*, tanto en la versión de 1934 como en la de 1960. No quisiera desconocer que a partir de 1962 el propio Kelsen se retractó de mucho de lo expresado inicialmente sobre su norma básica²⁰.

Es bien sabido que Kelsen desarrolló una teoría *pura* del derecho en el sentido de que planteó las características formales y estructurales que determinan una doctrina jurídica que estuviera conforme a “los principios fundamentales de la pureza metodológica del conocimiento jurídico-científico” (Paulson, 1992, p.13), vale decir, “purificada de toda ideología política y de todo elemento científico-natural” (Paulson, 1992, p.9). Para ello, procedió depurando a la disciplina de cualquier aproximación psicológica, ética, sociológica, o política.

Una de las consecuencias de defender una perspectiva metafísica del mundo reside en sostener un elenco de dicotomías tales como ser-deber ser, hecho-valor, describir-prescribir, entre otras, muy acogidas todas por el pensamiento positivista. Para empezar, las divisiones ser-deber ser o hecho-valor permiten discriminar entre la descripción pura del lenguaje estrictamente jurídico, y los juicios de valor psicológicos, sociológicos, económicos o morales que puedan sobrevenirle.

20 Sobre el desmonte de la Norma Fundamental y de la misma Teoría Pura del Derecho por Kelsen, véase la obra Paulson, S., L., *Kelsen Legal Theory: The final round*, en *Oxford journal of legal studies* 12 (1992), págs. 265-274.

Las anteriores polaridades remiten a mundos y usos del lenguaje claramente diferenciables -como diría luego Hart a través de la presentación de algunos ejemplos de los rasgos característicos en uno y otro campo-. Repárese, dice Hart mucho después, en que las normas morales son invariables e incondicionales, lo cual claramente no puede ocurrirle a las normas jurídicas. Del mismo modo, la coacción de la norma moral es diferente a la coacción de la norma jurídica²¹.

Empero, al decir *pura*, quiso significar también que la suya es una teoría que no se ocupa de un ordenamiento jurídico particular, o de un área concreta dentro de ese ordenamiento, o de una disposición jurídica particular, sino que le interesa apoyarse en “la comparación de todos los fenómenos calificados como “derecho”, con el fin de “investigar la esencia del derecho, su estructura típica, independientemente del contenido variante que ha tenido en las diferentes épocas y países”²² (Kelsen, 1998, p.8).

La esencia del derecho, es decir, su fundamento último, reside en la categoría *a priori* del entendimiento. No hay manera de pensar el derecho, según Kelsen, si no es a través de su categoría incondicional. Y a esta categoría la denomina “norma fundamental”. Vistas las cosas desde esta perspectiva Kelsen propone una metafísica de orden trascendental para la disciplina jurídica.

21 Pero la dicotomía hecho-valor que resulta de asumir una posición metafísica, también hace de las suyas en el positivismo jurídico cuando plantea la tesis *reduccionista* del derecho a partir de la cual el derecho se contrae a hechos, en contraposición con la tesis de la *normatividad* para la cual el derecho no se reduce necesariamente a hechos sino a categorías morales, según plantea el iusnaturalismo. Según Stanley Paulson, Kelsen está de acuerdo con la tesis de separación entre derecho y moral, así como entre derecho y hecho, en cuya razón se desmarca del positivismo clásico que afirma la primera pero no la segunda. Véase sobre ese punto, Paulson, S., L., *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, serie de teoría jurídica y filosofía del derecho N. 17, Universidad Externado de Colombia, traducción de Luis Villar Borda, Bogotá, 2000, págs. 98 y ss.

22 Este pasaje es particularmente oscuro, porque no es claro si emplea un método empírico o trascendental. Sospecho que a pesar de que “comparar todos los fenómenos” puede estar en cualquiera de los dos extremos, es claro que Kelsen promueve la teorización de la esencia *trascendental* de todo tipo de derecho. No de otra manera puede entenderse el que, paso seguido, indique que resulta necesario “*precisar el método específico y los conceptos fundamentales con los cuales es posible describir y concebir cualquier tipo de derecho; de esta manera, proporciona la fundamentación teórica de toda consideración que tenga por objeto un derecho o institución jurídica especial*” (Kelsen, 1992, p.8)

Dicha metafísica se basa, a su vez, en el concepto de “norma fundamental”²³, la cual funcionaría como la categoría incondicional que hace posible *pensar* el derecho de cualquier país (condición de posibilidad), así como también entender y asimilar la praxis jurídica²⁴. El concepto de *norma fundamental* hace posibles las proposiciones sobre deberes y derechos jurídicos²⁵. En un sentido similar, Robert Walter (1999) indica que:

Importantes posiciones fundamentales adoptadas por la Teoría Pura del Derecho se pueden atribuir a determinadas doctrinas de la filosofía de Kant, como por ejemplo la admisión de un mundo del ser y un mundo del deber ser, y la construcción de una norma fundamental como supuesto lógico-trascendental, para poder explicar un orden coactivo eficaz como sistema válido de normas. Kelsen calificó esto cautelosamente como aplicación análoga de la teoría del conocimiento kantiana (p.43-44).

El argumento de la *norma fundamental* lo entiendo de la siguiente manera. El derecho es, según Kelsen, una disciplina que trabaja prioritariamente con enunciados de lenguaje²⁶, con actos de habla *imputados*²⁷ por hombres. Estos enuncia-

23 Para muchos autores no sólo la “norma fundamental” sino también la “estructura piramidal” del sistema jurídico constituyen las condiciones a priori del conocimiento jurídico. En lo que a mí respecta, creo más bien que la estructura piramidal es una consecuencia lógica de la norma fundamental, pero es sólo ésta la categoría incondicional del derecho. Es más, la estructura piramidal sólo tiene sentido una vez se plantea el problema de la regresión *ad infinitum* en la justificación intrasistémica, la cual tiene que detenerse en la norma fundamental. De otro lado, también se suele considerar que la eliminación de las dualidades es parte de la esencia de una teoría del derecho para Kelsen. Sobre ese particular tengo el mismo comentario que en relación con la estructura piramidal.

24 Concretamente sostiene: “*La Teoría Pura del Derecho investiga (lo que antes de ella no había sido investigado) la estructura lógica de los órdenes jurídicos dados y llega de esta manera a la concepción de la construcción escalonada del orden jurídico, concepción que es de fundamental importancia para el conocimiento esencial del derecho. Por último, la teoría pura del derecho estudia la relación que lógicamente es posible entre dos o más órdenes jurídicos, como por ejemplo, entre los órdenes jurídicos de un mismo estado, y entre estos y el orden del derecho internacional. De esta manera llega al postulado metodológico de la unidad de la concepción jurídica*”. (Kelsen, 1998, p.20-21)

25 *Ibidem*, pág. 9. Como bien me lo hizo notar el Profesor Andrés Botero, fue justamente el esencialismo de la Grundnorm, lo que le generó a Kelsen la crítica de Ross de ser un iusnaturalista lógico.

26 Los desarrollos positivistas posteriores diferencian entre *formulación normativa* (enunciado de lenguaje) y *norma* o *significado*, producto de la interpretación de la formulación.

27 De ahí la diferencia que plantea entre el mundo natural y el mundo social. Mientras que el primero se desenvuelve con base en el principio de causalidad, el segundo lo hace con base en la imputación consciente y voluntaria del hombre.

dos integran “normas”, en el estricto sentido *normativo* de disponer que algo *debe ser* de una determinada manera. De modo que debemos diferenciar entre, por un lado, el *ser* de los enunciados (existen efectivamente enunciados jurídicos), y el *deber ser* como contenido normativo o prescriptivo de esos enunciados (esos enunciados de hecho no *describen* sino que *prescriben* un deber ser).

Si el derecho se redujera a un conjunto de enunciados descriptivos todo sería muy fácil, y la metodología empirista tendría todo aclarado²⁸. El tema es que, precisamente, esos enunciados son claramente prescriptivos, pues nos indican *cómo debemos comportarnos conforme* al derecho. En la misma línea de muchos positivistas, Kelsen sostiene que los enunciados descriptivos tienen un carácter veritativo (está sujeto a verdad o falsedad el que una pared sea blanca, por ejemplo), mientras que el contenido prescriptivo de una afirmación carece de tal carácter, pues únicamente expresa un sentimiento de aprobación o desaprobación²⁹.

Sostienen los positivistas que, como cuando alguien expresa prescriptivamente un sentimiento del tipo “¡que viva el aborto!”; o, en su defecto, “¡abajo el aborto!”, así mismo ocurre con las prescripciones jurídicas. Ninguno de ellos podría aceptar que la afirmación “es verdadero «¡que viva el aborto!»”, o “es falso que «¡abajo el aborto!»” tenga sentido.

Por tanto, una Teoría Pura del Derecho tendría que ocuparse del derecho que realmente *es* (es decir, de establecer cuáles son realmente los enunciados normativos que dispone un ordenamiento), y de justificar el contenido prescriptivo del deber ser, es decir, de esclarecer por qué es válido el contenido normativo del enunciado.

28 Ésta es justamente la aclaración que Kelsen le hace a Alf Ross, cuando dispone que una teoría realista empiricista del derecho tiene que fracasar: “Admitamos que es correcto afirmar que solamente los hechos del ser pueden ser objeto de una ciencia como conocimiento empírico y que el objeto de lo que se llama ciencia del derecho es el derecho. Pero si el derecho, tal como lo sostiene la Teoría Pura del Derecho, es una norma o un sistema de normas, entonces no puede haber ciencia del derecho realista alguna. Pues una norma no es un hecho del ser sino una prescripción del deber ser; es el sentido de un hecho del ser, esto es, de un acto intencionalmente dirigido a la conducta de otros, es decir, el sentido de que los hombres deben conducirse de una manera determinada”, (Kelsen, 1998, p.11)

29 Esta simple afirmación puede ser entendida de muchas maneras, según se adopte un subjetivismo o un emotivismo. Sobre el subjetivismo y sobre el emotivismo de Stevenson véase a Rachels, James, El Subjetivismo, en Singer, Peter, Singer, Peter (ed), Compendio de Ética, Alianza Editorial, Madrid, 2005, Págs, 581-592.

La cuestión, sin embargo, reside en que esto debe hacerse de una manera plenamente independiente si no se quiere caer en la falacia naturalista³⁰. Para justificar lo primero basta el juicio de *validez*, pues descansa en el reino del ser. Para fundamentar lo segundo necesariamente se tiene que echar mano de algún concepto trascendental a cualquier experiencia empírica que sirva para que el derecho se fundamente normativamente en sus propios términos.

Y ahí es donde la metafísica trascendental de Kant hace de las suyas, pues resulta claro que Kelsen no es en este punto un ontólogo sino un metafísico trascendental³¹. La categoría incondicional es, insisto, la norma fundamental. Ahora bien, ¿cómo se fundamenta el *deber ser*, esto es, el contenido prescriptivo de la enunciación normativa? La mayoría de las normas lo hacen a través del resguardo intrasistémico que otorgan otras normas de mayor envergadura.

No obstante, como es apenas evidente, la cadena de justificación debe detenerse en algún momento. El principio fundacional en Kelsen está en aquel lugar:

Donde, sin autorización jurídica, una persona o un grupo de personas “toma el poder” –de manera típica luego de una revolución o un golpe de Estado– y convoca, por ejemplo, un consejo o asamblea constituyente. Si se quiere interpretar como sistema válido de normas un sistema de mandatos (órdenes) que se ha vuelto efectivo tendrá que suponerse entonces que el primer acto –puramente fáctico– se apoya en una autorización.

Este supuesto es la norma fundamental. Ese es uno de los principales sentidos de dicha norma tal y como lo plantea Paulson, al hablar de ella como base última de validez de normas jurídicas *qua* pertenencia³².

30 La falacia naturalista básicamente indica que no puede derivarse un *deber ser* a partir de un *ser*, pues ambas cosas se mueven en planos de justificación distintos. Por ejemplo, del hecho de que en la práctica no se aplique el principio constitucional de la igualdad (la igualdad *no es* en la realidad), no es razón suficiente para sostener que teóricamente este principio *debe* desaparecer. De lo que *es* no puede derivarse un *deber ser*. En el caso propuesto ocurre justamente ello: como no se aplica, no debería estar.

31 Agradezco al profesor Andrés Botero por hacerme notar que a partir de 1962 la norma fundamental como hipótesis trascendental, se convierte luego en “ficción”, lo que en estricto sentido la sacaría de la filosofía idealista.

32 Paulson extrae de los textos de Kelsen 10 distintas formulaciones de la norma fundamental. Véase, Paulson, S. (2000). Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen Op. Cit. Págs. 133 y ss.

Ahora bien, ya es sabido que Kelsen dispone que en la mayoría de los estados contemporáneos la Constitución funciona como norma fundamental (a veces bajo la regla “lo que diga el Constituyente a través de la Constitución es válido”). Sin embargo, la dificultad estriba en que, como reconoce Kelsen, para justificar a su vez la norma fundamental (el punto fundacional de las demás normas), que es sencillamente un *hecho*, no puede echarse mano del *factum* indicado.

Esto sería inevitablemente caer en la falacia naturalista. De ahí que debe diferenciarse entre la Constitución en *sentido jurídico-positivo*, es decir, la Constitución como hecho positivo, de la Constitución en *sentido lógico-trascendental*, es decir, el presupuesto no empírico que valida el contenido normativo de los enunciados jurídicos. Es este sentido de Constitución el que Kelsen parece entender como *Grundnorm*.

Empero, Kelsen rechaza que el fundamento de la norma fundamental en sentido lógico-trascendental sea un orden moral, natural o divino; y acepta que “nadie puede invocar para su justificación final al derecho positivo”, y que “queda a la consciencia de cada hombre la decisión moral de seguir el derecho positivo o rebelarse contra él”³³. De este modo guarda cierta coherencia con su relativismo ético.

Kelsen genera entonces una potente teoría metafísica trascendental en cuanto al *concepto* de derecho. Pero, además de ello, y he aquí el punto de diferencia con Kant y tal vez la parte más discutida y polémica de su producción, dispone también de una interesante teoría de la interpretación de las normas jurídicas.

Algunos autores califican la teoría de la interpretación de Kelsen como totalmente incongruente con su teoría general del derecho. Autores como Pérez Lledó³⁴ plantean que Kelsen es un escéptico radical más cercano al realismo jurídico, lo que tornaría innecesario el punto de partida metafísico trascendental³⁵.

¿Cómo podría explicarse lo anterior? Recuerde el lector que más arriba se dijo que el objeto específico de estudio de la teoría pura son las normas jurídicas y no

33 *Ibidem*, pág. 37.

34 Véase Pérez Lledó, J.A., *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá.

35 Estas apreciaciones son auspiciadas por manifestaciones del propio Kelsen como las siguientes: “El derecho no puede ser separado de la política, pues es esencialmente un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas, es decir, funciones determinadas por juicios de valor” (Kelsen, 1998, p.29).

la realidad natural. Dado que Kelsen quiere escapar de la metafísica naturalista, acoge la postura del idealismo trascendental al pensar la condición de posibilidad o presuposición indispensable e hipotética de todo conocimiento jurídico.

La norma fundamental funciona como razón o condición de *validez* de todo ordenamiento jurídico y no hace referencia a su *contenido*. Para Kelsen la realidad específica del Derecho la constituyen los enunciados de lenguaje imputados por seres humanos, he dicho. El *sentido* de esos actos de habla (para usar la expresión de Austin) es un sentido *normativo-prescriptivo*, y no descriptivo.

De manera que existiría para Kelsen una diferencia entre la realidad jurídica basada en la existencia, de hecho, objetiva, de ciertos enunciados, y el *sentido* de tales actos lingüísticos. Para lo primero, la teoría pura examina la estructura lógica de los enunciados, y constata que esos actos efectivamente sean válidos, y por ende obligatorios.

Una vez estudia la estructura lógica del enunciado, entiende que posee una lógica prescriptiva y no descriptiva. Como es prescriptiva y no descriptiva, debe acudir entonces a una teoría de la interpretación que permita dar con el sentido o significado, con la norma incorporada al enunciado válido. Pero esto es ya algo que no puede escapar a la subjetividad, ni goza de carácter veritativo. Es por ello que Kelsen adopta un relativismo moral, que defiende incluso en sus obras no jurídicas (Cfr. La esencia y el valor de la democracia).

Puede resultar paradójico adoptar la metafísica trascendental de la norma fundamental para justificar la validez y la realidad específica del derecho, y luego acoger una especie de escepticismo emotivista³⁶ en cuanto al contenido significativo de dicha realidad. Aquí, la paradoja estaría en la incompatibilidad aparente entre el universalismo kantiano y el relativismo del no-cognitvismo que plantea el emotivismo.

Que exista contradicción entre lo uno y lo otro es, no obstante, una pregunta que escapa a este escrito y a mis intereses. Lo único que diría es que, justamente al elegir el idealismo trascendental para el *concepto* de derecho, y el emotivismo en cuanto al *significado* no veritativo, Kelsen diferencia dos

36 Agradezco al profesor Botero por alertarme, en este punto, del hecho de que si bien compartiría con el emotivismo o subjetivismo moral la necesidad de restarle el carácter veritativo a los enunciados valorativos y prescriptivos, lo que definiría más su postura sería un “voluntarismo” político.

niveles del discurso justificativo en derecho: el mundo del ser y del deber ser, el mundo objetivo y el subjetivo. Con ello escapa de la falacia naturalista que tanto le preocupaba.

Kelsen acoge la tesis de la indeterminación lingüística en los enunciados jurídicos, también conocida como la tesis del escepticismo interpretativo³⁷. Más allá de la diferenciación entre los diversos agentes de interpretación (legislador, juez, abogado, o científico del derecho), y de la diferencia entre interpretación auténtica y no auténtica, Kelsen parte de un hecho que para un filósofo del lenguaje resulta una verdad de perogrullo: no existe diferencia, más que de grado, entre crear y aplicar el derecho.

Para él, todo acto de aplicación es un acto de creación, y viceversa. Cuando se crea el derecho se está aplicando la norma que lo permite. Y, dado que no es posible aplicar los enunciados jurídicos sin interpretarlos, cuando se aplican se está creando el derecho simultáneamente.

Ahora bien, cuando la interpretación es científica, lo que realmente hace el jurista es distinguir los diversos significados (normas) atribuibles que pueden tener los enunciados lingüísticos dentro de un marco de posibilidades. Esta labor es para Kelsen inevitablemente conjetural, subjetiva y fundada en la voluntad del intérprete y/o del legislador, pues finalmente el científico del derecho propone una gama de eventuales interpretaciones que puedan ser razonablemente asumibles para un mismo enunciado.

Entre cada una de dichas alternativas no existe primacía epistemológica, pues no gozan de un carácter veritativo. No es verdadero o falso el significado x para el enunciado y , sino que responde a la forma hipotética de “si se asume la interpretación x , el enunciado y significa A ”.

A lo sumo, la interpretación será válida o inválida, obligatoria o no, dependiendo de que quien la realice sea un órgano autorizado o no autorizado. Pero cuando el órgano autorizado es quien interpreta el enunciado, inmediatamente está creando derecho válido sin necesidad de preguntarse por su verdad o falsedad, por su corrección o incorrección, por su bondad o maldad.

37 Sobre el escepticismo interpretativo, véase la obra del profesor López Medina, Diego Eduardo, *La Letra y el Espíritu de la Ley. Reflexiones pragmáticas sobre el lenguaje del derecho y sus métodos de interpretación*, Universidad de los Andes y Editorial Temis, Bogotá, 2008.

Así que la idea de un único significado correcto o verdadero es fuertemente censurada por Kelsen³⁸. El contenido significativo de los enunciados es, entonces, un problema de *elección o voluntad* política³⁹. Este tipo de indeterminación del lenguaje jurídico no es para Kelsen algo que ocurre a nuestras espaldas. Justamente, en no pocas ocasiones, los órganos encargados de crear el derecho dejan márgenes o espacios de ambigüedad intencionalmente, a efectos de que sea el órgano que aplica el enunciado quien decida o delibere acerca de los posibles significados que mejor se ajustan a un determinado contexto. La ambigüedad y las antinomias refuerzan aún más la indeterminación.

Ahora bien, ¿Qué ocurre si una norma jurídica y una norma moral entran en contradicción? De acuerdo con Hart, Kelsen plantea la siguiente disyuntiva: “considerar las normas jurídicas como válidas, ignorando las normas morales contradictorias, o bien considerar a las normas morales como válidas, ignorando cualquier otra norma contradictoria”⁴⁰. Esta elección es también, junto con la anterior, una decisión resueltamente política y no jurídica.

Concluyo y resumo. En la filosofía de Kelsen, *concepto de derecho* e *interpretación jurídica* están radicalmente separados, a pesar de que en su proyecto teórico sean cuestiones coherentes. El concepto del derecho es más una cuestión de la *ciencia jurídica*, objetiva y neutral, que examina lo que de hecho constituye la estructura de cualquier ordenamiento jurídico a través de una categoría general de entendimiento que es la norma fundamental.

38 Concretamente indica: “Decir que un fallo judicial que existe jurídicamente o que ha sido realizado con fuerza jurídica es falso, tiene jurídicamente tanto sentido, como decir que un delincuente ha sido condenado inocentemente”. Kelsen, Hans, *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, Op. Cit. Pág. 26. Más adelante sostiene: “Desde el punto de vista de la ciencia del derecho no puede afirmarse que sólo una de estas interpretaciones sea la “correcta””. *Ibíd.*, pág. 28. Además de aceptar entonces un alto grado de discrecionalidad judicial, Kelsen acepta sin ningún reparo que los jueces crean derecho. Al respecto señala: “La teoría pura del derecho no ha sido la primera en afirmar que las cortes de justicia frecuentemente con el pretexto de interpretar el derecho existente, es decir, de dilucidar su sentido mediante el conocimiento, crean nuevo derecho. La teoría pura del derecho constata solamente que la llamada interpretación de la autoridad jurídica implica siempre, con la aplicación de una norma superior, una creación del derecho y por lo tanto, no es una función pura de conocimiento”, *Ibíd.*, pág. 27.

39 Al respecto señala: “(...) la teoría pura del derecho destaca la casi siempre existente y más o menos amplia, pluralidad de significaciones del material a interpretarse. Ella reconoce como la única tarea de la interpretación científica el señalar las posibles significaciones y el confiar a las consideraciones políticas, la elección definitiva entre las igualmente posibles interpretaciones”, *Ibíd.*, pág. 28.

40 Hart, H.L.A., *Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho*. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/21/est/est8.pdf>, pág. 121.

Esta es una metafísica de corte kantiano. La *interpretación*, que es decididamente política, subjetiva, y relativista, no distingue entre creación y aplicación del derecho, sino que discrimina entre la simple formulación y el significado atribuible, y reconoce amplios e inevitables márgenes de discrecionalidad política a la hora de elegir uno de varios significados posibles. Esto es algo ajeno a cualquier metafísica de valores trascendentes o de ideas autorreferentes⁴¹.

Es claro entonces que Kelsen planteó un concepto de derecho así como una teoría escéptica de la interpretación. En su pensamiento no estuvo, en cambio, algo así como una teoría de la argumentación jurídica. Aunque no lo dijera expresamente, la razón salta a la vista: ¿Para qué disponer una teoría que regle o explique lo que es decididamente subjetivo y valorativo?

Si no puede existir una interpretación correcta, menos aún puede existir una manera adecuada de argumentar. No obstante, Paulson sostiene que la norma fundamental trascendental impone, como consecuencia lógica, una argumentación trascendental, en la que, básicamente, se sigue este proceso:

Primero, se introduce la adecuada categoría trascendental y por cierto la categoría kelseniana de la imputación normativa; segundo, se aduce un argumento trascendental en el cual se explica esa categoría. Luego -pero sólo al margen- se reduce el concepto “norma fundamental” simplemente a un terminus technicus con el que puede determinarse esa clase de argumentación trascendental (esto es un “argumento-norma trascendental”⁴².

90

Dicho en otras palabras: (i) la categoría incondicional del derecho es la norma fundamental. Pero la categoría incondicional de la ley, es la formulación

41 El siguiente párrafo puede resultar esclarecedor: “En su *“Lógica del conocimiento puro”* (Pág. 587) dice el fundador de la escuela de Marburgo, el filósofo kantiano Hermann Cohen: **“Solo lo formal es objetivo, y por lo tanto, cuanto más formal es un método, tanto más objetivo puede ser. Y cuanto más objetivamente, en toda la profundidad de la cosa, se formule un problema, tanto más formal deberá ser su fundamento”**. Quien no comprende esto no sabe qué es lo que le interesa al conocimiento científico. La aspiración de la teoría pura del derecho de que el material a ella suministrado sea encerrado dentro de un sistema de conceptos lo más preciso y exacto posible, es la aspiración de todo conocimiento con relación a su objeto (...) Evidentemente, **otra cosa es la creación y aplicación del derecho**. Estas no apuntan a los conceptos; tienen que crear normas jurídicas, son funciones de la voluntad, no del conocimiento; tienen ante todo que crear el material que la ciencia del derecho se ocupa de concebir”. Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Op Cit. Págs. 47-48

42 Paulson, S., Op. Cit. Pág. 111.

normativa o, en palabras de Paulson, la *proposición jurídica*; (ii) debe conocerse, como intérprete, esta proposición; es decir, debe experimentarse. De hecho, experimentar la existencia de una formulación o proposición jurídica en un texto, por ejemplo, es algo que hasta un escéptico tendría que aceptar.

Una vez se constata que existen formulaciones normativas, (iii) se ha comprobado automáticamente la categoría incondicional de la ley. Ahora bien, (iv) al examinar el *contenido* de la formulación en el intento de descifrar la norma dentro de esa proposición se acude a otra premisa trascendental llamada *imputación normativa*, la cual permite entender esa nueva experiencia.

Acá el intérprete enlaza los hechos a través de la imputación, uniendo con la cópula *deber ser* la condición jurídica (hecho condicionante) con la consecuencia jurídica (consecuencia condicionada). Cualquier argumento normativo debe ir dirigido hacia esa premisa de imputación, con lo cual el intérprete imputa, asigna o atribuye significados posibles a la formulación.

Es más, la misma formulación, en la mayoría de los casos, trae consigo la formulación de las correspondientes consecuencias imputadas (sanción o componente coactivo de la formulación). Con todo, este proceso parece ir un poco lejos de lo que actualmente conocemos como argumentación, y se centra no tanto la relación del sujeto cognoscente y el objeto de conocimiento, como en la relación entre los distintos intérpretes y/o su auditorio⁴³. Sin embargo, sigue dejando a la epistemología como parasitaria de la metafísica trascendental.

La Filosofía del Derecho de Hart

A pesar de que Hart es también un declarado positivista, son varias las diferencias que mantiene con Kelsen. En primer lugar, es realmente difícil catalogar a Hart como un metafísico kantiano; y, en segundo lugar, es sabido que descarta por completo la categoría trascendental kelseniana de la norma fundamental.

43 Esta aclaración no desconoce que cada vez con mayor fuerza se pretende diluir las diferencias entre *interpretación* y *argumentación*, en tanto que son actividades interdependientes e interrelacionadas. Según esta postura, siempre que interpretamos lo hacemos en función de lo que exige la comunidad de hablantes, vale decir, de lo que encuentra justificado; en tanto que siempre que argumentamos lo hacemos en razón de interpretaciones que consideramos válidas. De ahí que se condense la *persuasión* sobre las proposiciones o afirmaciones realizadas por los agentes jurídicos, junto con la *justificación* de dichas proposiciones.

Según dice, la norma fundamental no puede ser una categoría *a priori* del conocimiento jurídico sino un hecho real; con lo cual le devuelve a la metafísica ontológica un lugar en el pensamiento iusfilosófico. Hart, estando influenciado por la filosofía analítica, presta clara atención a los usos regulares del lenguaje, a las prácticas entrelazadas a dichos usos, y a sus criterios de aceptación social.

En otros términos, para poder conocer nuestra disciplina, que por demás es claramente un fenómeno lingüístico, lo que debe hacer el teórico del derecho, antes que construir abstractas categorías, es examinar en la práctica real la manera en que es usado el lenguaje específico de los abogados. A partir de ahí se procedería a definir el derecho, explicando sus conceptos centrales, así como la forma en que dichos conceptos reglan efectivamente las conductas sociales.

Los seres humanos, siguiendo a Austin y Searle, actúan en la realidad cuando usan el lenguaje, de modo que lo que debe preguntarse el teórico es qué tipo de lenguaje se está usando por una determinada comunidad de hablantes, cómo se está usando, y qué se quiere significar cuando se emplea. Esto para los analíticos es claramente un asunto de observar usos y prácticas reales. En resumen, Hart busca la clarificación lógica de la estructura de su objeto de investigación a través del análisis de la forma lógica del lenguaje jurídico.

Examinando los usos lingüísticos de los abogados percibiremos la realidad fenoménica de la práctica social efectiva de nuestra profesión. Es en ese sentido que la propuesta de Hart es sociológico-lingüística.

Sin embargo, podría parecer injusto describir a Hart como un metafísico esencialista si concedemos que en buena parte de su texto seminal, *El Concepto de Derecho*⁴⁴, intenta demoler la tesis esencialista, específicamente cuando reprocha fuertemente a aquellas categorías que se desconectan por completo de la realidad, y que no hacen justicia de la enorme variedad de situaciones que contempla el ejercicio práctico del abogado. Según Hart, “nada lo suficientemente conciso como para ser considerado una definición, puede proporcionarle una respuesta satisfactoria” (Hart, 1998, p.20) a

44 Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

la pregunta acerca de qué es derecho, dado que “las cuestiones subyacentes son demasiado distintas entre sí y demasiado fundamentales para ser susceptibles de este tipo de solución” (Hart, 1998, p.20).

Sin embargo, no debe entenderse este esfuerzo de refutación de la metafísica trascendental como una renuncia a todo esencialismo, toda vez que, después de todo, es posible identificar las características recurrentes en el uso regular del lenguaje de los abogados. Esto se hace a través de la noción de *regla*, y a partir del establecimiento de las diferencias con otros usos y juegos de lenguaje.

Dicho esto, lo primero que hace Hart es plantear las tres formas básicas de entender el derecho. La primera de ellas echa mano del concepto de derecho como un conjunto de reglas. Esta es, sin embargo, una forma demasiado inconveniente de ver nuestra profesión, en el sentido de que casi cualquier situación comunicativa entraría dentro del marco de esa definición.

Sólo con este rasgo, no habría forma de diferenciar el derecho de la cortesía, la costumbre, la moralidad, por nombrar algunas regulaciones sociales que también suponen el seguimiento de algunos estándares de comportamiento. Por consiguiente, la mera convergencia de un comportamiento resulta bastante insuficiente (Hart, 1998); y, adicionalmente, no explica en manera alguna *aquello* con base en lo cual se obliga en la regla jurídica de una manera notoriamente diferente a como lo exige una regla social de otra naturaleza.

Por su parte, las otras dos formas tradicionales de entender el derecho, bien sea como un sistema de órdenes respaldadas por sanciones, o bien como predicciones de lo que harán los funcionarios encargados de aplicar las reglas, no se compadecen con la práctica real del derecho. En el primer caso, porque no podría diferenciarse la orden de un delincuente con la orden del parlamento, a pesar de que exista la intuición general de que hay algo que las diferencia⁴⁵ (Hart, 1998).

Adicionalmente, existen innumerables ejemplos de situaciones catalogadas evidentemente como jurídicas, que lejos están de ser mejor entendidas como órdenes respaldadas con amenazas de castigo. Repárese, por ejemplo,

45 Si bien ambos casos tratan con comportamientos no optativos, la diferencia concreta, para Hart, descansa en el hecho de que frente al delincuente la persona *se vio obligada* a actuar de determinada forma, mientras que frente a las órdenes jurídicas la persona *está obligada* a actuar de determinada forma. *Ibíd.*, pág. 8 y 9.

en el caso del contrato matrimonial, o del testamento; o en el caso de reglas que permiten modificar situaciones jurídicas anteriores de manera voluntaria o deliberada, tal como ocurre con la regla que permite la adopción. Sólo bajo un extraordinario esfuerzo argumentativo, podríamos entender la naturaleza de esas reglas como mandatos u órdenes respaldadas con amenazas de sanciones, dice Hart.

En el segundo caso, esto es, en el caso de la noción de derecho como predicción del comportamiento judicial, la cuestión resulta un poco más compleja. En primer lugar, porque desconoce el carácter normativo de las reglas, es decir, el componente obligatorio del “tener que” o “deber” que implica el seguimiento de éstas. Según indica Hart, centrar la mirada exclusivamente en el carácter predecible del castigo es sustraer del derecho el importante lugar que ocupa la perspectiva interna de quien actúa conforme a la regla, aceptándola voluntariamente como guía de acción⁴⁶. Esta versión predictiva, dice, deja sin explicación el hecho de que:

El juez, al castigar, toma a la regla como guía y a la transgresión como la razón y justificación del castigo al transgresor. El juez no ve en la regla un enunciado que expresa que él y otros probablemente castigarán las transgresiones (...) El aspecto predictivo de la regla (aunque totalmente real) es irrelevante a los fines del juez, mientras que el status de ella como guía y justificación es esencial (Hart, 1998, p.13).

94

Claramente podríamos pronosticar que los jueces reaccionarán frente a una transgresión de una regla jurídica, cuando sea puesto a su consideración el caso respectivo. Sin embargo, esta idea deja de lado no sólo fenómenos que los abogados entienden ciertamente como “jurídicos”, y que están por fuera de la reacción judicial, sino que, con todo, deja sin explicar la regla misma que le permite a un funcionario reaccionar frente al caso puesto a su conocimiento, y que también es una regla jurídica.

⁴⁶ Expresamente indica: “Claro está que la predictibilidad del castigo es un aspecto importante de las reglas jurídicas; pero no es posible aceptar esto como una explicación exhaustiva de lo que se quiere decir con el enunciado de que existe una regla social, o como explicación exhaustiva del elemento de “tener que” o de “deber” encerrado en las reglas”. Hart, Op. Cit. Pág. 13.

Así que incluso antes de que el juez opere, existe ya el derecho a través de una regla que le permite justamente operar, y esto resulta desechado por la teoría predictiva. Finalmente, dice Hart, para los abogados lo importante no es saber únicamente si los jueces van a reaccionar, sino también, y en porción significativa, qué regla es la que guía el caso, y qué interpretaciones están justificadas por ella. De esta manera, “decimos que censuramos o castigamos a un hombre porque ha infringido la regla, y no simplemente que era probable que lo castigaríamos o censuraríamos” (Hart, 1998, p.13).

De modo que Hart derrumba las tres nociones de Derecho que han funcionado en la teoría jurídica tradicionalmente. Sin embargo, concede que al menos las dos primeras hacen bien en abordar el problema a partir de la noción de *regla*, incorporando la idea de conductas no optativas a tal noción.

Hart también censura que estas aproximaciones a la problemática del derecho no hayan tomado en consideración los diversos usos específicos de semejante noción; y que se hayan limitado a plantearla en la forma de categoría trascendental del entendimiento, y no como algo totalmente ligado a la realidad concreta de los usos del lenguaje.

Antes de clarificar los usos concretos del lenguaje jurídico a propósito de la noción de regla, Hart debe, sin embargo, lidiar con un problema filosófico importante, que se remonta a las lecturas escépticas que hacen autores como Saúl Kripke (2006) sobre la imposibilidad de seguir reglas⁴⁷. Según dice este autor, la paradoja Wittgensteiniana pone en duda la posibilidad de seguir reglas. De ser esto correcto, poco sentido tendría detenerse en su depuración lógica y analítica, al estilo de Hart.

Las lecturas escépticas surgen a partir de dos conclusiones que Wittgenstein hace en su texto *Investigaciones Filosóficas*. La primera de ellas, que se encuentra en la sección 201, sostiene que:

Nuestra paradoja era ésta: ningún curso de acción podía estar determinado por una regla, porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla. La respuesta era: si todo puede hacerse concordar

47 Kripke, Saul A., Wittgenstein. A propósito de reglas y lenguaje privado. Editorial Tecnos, traducción de Jorge Rodríguez Marqueze, Madrid, 2006.

con la regla, entonces también puede hacerse discordar. Donde no habría ni concordancia ni desacuerdo⁴⁸ (Wittgenstein, s.f., p.203).

La segunda indica que:

Seguir la regla es una práctica. Y creer seguir la regla no es seguir la regla. Y por tanto, no es posible obedecer una regla privadamente; porque de lo contrario, creer seguir la regla sería lo mismo que seguir la regla (Wittgenstein, s.f., p.203) .

Para muchos de sus connotados lectores, esto es sencillamente una nueva y poderosa versión del escepticismo filosófico, un reto que se plantea a cualquier uso del lenguaje que tenga significado y contenido proposicional, y que no es posible resolver. Lo que, en ajustada síntesis, plantea el reto, es la imposibilidad de ofrecer una explicación convincente de la manera en que las personas pueden autodeterminar la respuesta correcta para una cantidad indefinida de nuevas situaciones, jamás puestas en consideración previamente.

Se supone que cuando una persona comprende una regla y ajusta su comportamiento conforme a lo que la regla indica, tiene la posibilidad de determinar la respuesta futura para diversas e indefinidas situaciones, simplemente ajustando las circunstancias sobrevinientes a las intenciones pasadas (Kripke, 2006) .

El problema reside en que, si bien podría hacerse un buen número de cálculos en el pasado acerca de la regla, es imposible que esos cálculos comprendan un número infinito de nuevas posibilidades. Parece entonces que no es la regla la que determina el curso de una acción presente.

48 Wittgenstein, Ludwig, Investigaciones Filosóficas, Editorial Crítica, sección 201. Pág. 203. La sección 201 completa indica: "Nuestra paradoja era ésta: ningún curso de acción podía estar determinado por una regla, porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla. La respuesta era: si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. Donde no habría ni concordancia ni desacuerdo. Que hay un malentendido se muestra ya en que en este curso de pensamientos damos interpretación tras interpretación; como si cada una nos contentase al menos por un momento, hasta que pensamos en una interpretación que está aún detrás de ella. Con ello mostramos que hay una captación de una regla que no es una interpretación, sino que se manifiesta, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos "seguir la regla" y en lo que llamamos "contravenirla". De ahí que exista cierta inclinación a decir: toda acción de acuerdo con la regla es una interpretación. Pero solamente debe llamarse "interpretación" a esto: sustituir una expresión de la regla por otra".

En el ejemplo planteado por Kripke, un escéptico reta a una persona que ha realizado la operación “68 + 57” es igual a “125”, a que justifique por qué es “125” y no “5”. Debe hacerlo no tanto en el sentido aritmético, sino bajo el entendido de que está completamente seguro de que está interpretando correctamente las intenciones lingüísticas pasadas a propósito del signo “+” (más). El reto consiste en que, para el escéptico, lo que realmente quería significar con “+” no era “más” sino la función “cuás”, así que lo exhorta a que, si es falsa su apreciación, indique el hecho en virtud del cual el uso pasado del lenguaje puede citarse para refutarlo. En palabras de Kripke (2006):

El punto básico es éste: de ordinario, supongo que, al calcular “68+57” del modo como lo hago, no estoy simplemente dando un salto injustificado al vacío. Sigo indicaciones que me di a mí mismo anteriormente y que determinan unívocamente que en este nuevo caso debo decir “125”. ¿Cuáles son esas indicaciones? (p.25).

La dificultad emerge cuando, según dice, es claro que las personas no se dicen a sí mismas que tendrían que decir “125” si alguna vez llega a ser planteado el caso. Pues entonces se estaría dentro del campo finito de cálculos pasados. El ejemplo justamente plantea una suma que el interlocutor jamás había hecho.

Adicionalmente, no podría sostenerse que sencillamente se está haciendo lo mismo que en los casos pasados de uso del signo “más”, en tanto que de lo que se trata es de hacer uso del signo *conforme* a la regla ordena, y no en forma intuitiva. De manera que el escéptico pone a prueba la tesis de que existe algún hecho o estado mental en razón del cual pueda tenerse tanta confianza a la hora de responder “125” y no “5”, vale decir, la confianza de que los usos del lenguaje sean los mismos para los casos pasados, presentes, y futuros. De este modo se pone a prueba el hecho de que estemos seguros de seguir las intenciones lingüísticas del pasado.

El segundo gran reto del escéptico es mucho más conocido para los abogados, y descansa en la radical indeterminación del lenguaje, esto es, en la cadena interminable de reglas que interpretan otras reglas. Por poner un ejemplo, supóngase que se dicta la regla “para la próxima clase todos deben venir en jean”. Desde luego puede ocurrir que nadie increpe la orden y al día siguiente todos crean haber cumplido la regla así expresada.

Sin embargo, al momento de “aplicar” la regla, así como luego de su “aplicación”, existe un inevitable margen lógico de indeterminación que puede generar dudas que requieran de la existencia de nuevas reglas interpretativas de la regla principal. Alguien puede preguntarse si se refería a “blue jean” o a cualquier color de jean; o si, estando aclarado que era blue jean, se refería a los oscuros o desteñidos, con rotos o sin rotos, cortos o largos; y así sucesivamente hasta el infinito, o hasta que la comunidad desista de hacerse preguntas al respecto. Como plantea Kripke (2006):

Resulta tentador responder al escéptico apelando, desde una regla, a otra más básica. Pero el paso escéptico puede repetirse igualmente en el nivel más básico (...) Al final, el proceso debe detenerse -“las justificaciones tienen un final en alguna parte”- y lo que me queda es una regla que está enteramente sin reducir a ninguna otra. ¿Cómo puedo justificar mi aplicación presente de dicha regla cuando un escéptico podría fácilmente interpretarla de modo que arroje uno cualquiera de entre un número indefinido de resultados distintos? Parece que mi aplicación de la regla es un injustificado palo de ciego. Aplico la regla a ciegas (p.32).

Este segundo reto, entonces, plantea la pregunta sobre aquello que determina que un curso de acción concreto pueda ser entendido como ajustado o no a una regla establecida. De la misma manera, se pregunta por aquello que define, entre dos cursos de acción incompatibles o en desacuerdo, cuál de ellos sigue correctamente la regla.

En otras palabras, se trata de establecer cómo se explica simultáneamente el seguimiento de las reglas y el desacuerdo entre quienes dicen seguir la regla. Por supuesto que no voy a entrar en detalles sobre la manera en que los positivistas -quienes claramente parten del hecho de que nuestra disciplina es prioritariamente una cuestión de seguir reglas- contestan. Algunos autores simplemente evaden el reto⁴⁹ y otros contestan detalladamente ofreciendo algunas soluciones.

49 Controversias jurídicas y seguimiento de reglas. Pablo E. Navarro y Hernán Bouvier, disponible en <http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCo-QFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.accionfilosofica.com%2Fmisc%2F1117331921jrnDoc.doc&ei=xy-PU5XJEIrnSQTzzIHACA&usg=AFQjCNFbFKS9QCFy24GIns-RU4biBFqkzA>

El mismo Wittgenstein parece contestar a través de un comunitarismo lingüístico, consistente en la efectiva apropiación del uso de un determinado juego de lenguaje al interior de una comunidad específica de hablantes, con quienes se comparte una forma de vida concreta.

De ahí su postura de la imposibilidad de los lenguajes privados, y de la imposibilidad del seguimiento de reglas en forma privada, de manera introspectiva, como siguiendo instrucciones que las personas se dan a sí mismas. Sencillamente, para Wittgenstein, los participantes hablantes de una comunidad aprenden los usos que una comunidad hace de las palabras, y asocian dichas palabras con ciertas conductas. De acuerdo a su famosa conclusión, *simplemente siguen las reglas*, sólo que supeditado ello al seguimiento de los demás participantes.

Hart, por su parte, cuestiona la utilidad y la falta de sentido común del escéptico, pues al parecer estaría desconociendo lo que la misma realidad muestra de forma inequívoca. Según este autor:

En cualquier grupo social grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como derecho (Hart, 1998, p.155).

99

Desde luego que con ello no quiere negar Hart los márgenes de indeterminación del lenguaje, sino simplemente sostener la evidente necesidad de detener el proceso de regreso *ad infinitum*, si lo que queremos es comunicarnos efectivamente. Adicionalmente, sostiene que:

No cabe duda de que los tribunales estructuran sus decisiones como para dar la impresión de que ellas son la consecuencia necesaria de reglas predeterminadas cuyo significado es fijo y claro. En casos muy simples puede ser así, pero en la amplia mayoría de los casos que se ventilan ante los tribunales, ni las leyes ni los precedentes

en los que, según se pretende, están contenidas las reglas, permiten un único resultado. En los casos más importantes hay siempre una elección. El juez tiene que optar entre posibles significados alternativos de las palabras de una ley, o entre interpretaciones discrepantes de qué es lo que “expresa” un precedente (Hart, 1998, p.15).

Dado que no podría negarse la existencia real de las reglas, así como la posibilidad de seguirlas (concediendo algunas restricciones, claro está), Hart plantea su famosa discriminación entre los diversos tipos de reglas. Para hacer más cómodo su entendimiento, propongo retomar el ejemplo de la regla del jean. La regla que ordena vestirse para la siguiente clase en jean es una regla primaria, en tanto que ordena o dispone el curso de acción que se espera del destinatario. Las reglas que interpretan esa regla inicial son por definición reglas secundarias, cuya existencia depende de la regla principal. La regla interpretativa “*hablaba de un pantalón, blue jean, largo, oscuro y sin rotos*” es una regla subordinada de la regla primaria. Es primaria, como su nombre lo indica, porque está primero en el orden.

Nótese, sin embargo, que es una regla de distinta naturaleza. Supongamos ahora que no podemos llegar a acuerdos sobre la regla primaria, y que surgen constantes preguntas y dudas al respecto. Podría admitirse que algunos de los estudiantes, ante el conflicto y con algo de enfado, disponen que sea entonces el profesor quien, después de haber fungido como legislador al expedir la regla, sea ahora el encargado de responder y aclarar las dudas sobre la regla; y, en un momento determinado, de cerrar la discusión sobre qué significa el jean para el caso del que están hablando. La regla que le permitiría al profesor definir el significado de la expresión “venir en jean”, contenida en la regla primaria, es una regla secundaria de “adjudicación”, según la denomina Hart. Sin esa regla los conflictos serían indefinidos.

Ahora bien, si por algún motivo el profesor dispone que “*aquellos quienes hayan sacado una nota superior a 4.0, tienen la libertad de aplicar la regla del jean, y disponer el tipo de ropa a usar*”, es claro que se trata de un tipo distinto de regla, a pesar de que sea también secundaria porque sigue dependiendo de la existencia de la primaria.

Ésta una regla distinta a la regla de adjudicación porque no tiene el mismo destinatario. En segundo lugar, es distinta porque el objetivo es otro, y consiste en ofrecer la posibilidad de variar la regla primaria según deseen los estudian-

tes; o de crear una nueva situación, definiendo el tipo de ropa a usar. A esta regla Hart la llama regla de cambio.

Hasta acá creo que no hay mayores problemas. El gran asunto a resolver por Hart es la pregunta por la *validez* y el *alcance* tanto de las normas primarias como de las secundarias. En cuanto a lo segundo podríamos imaginar una sociedad primitiva en la que sólo existieran reglas primarias, y el seguimiento de ellas no generara problemas de interpretación ni conflicto alguno.

En esa sociedad no necesitaríamos las reglas secundarias. Empero, eso parece bastante difícil de ocurrir en una sociedad compleja y heterogénea como las actuales. El problema está, entonces, en que:

Si surgen dudas sobre cuáles son las reglas, o sobre el alcance preciso de una regla determinada, no habrá procedimiento alguno para solucionar esas dudas, ya sea mediante referencia a un texto con autoridad o a la opinión de un funcionario cuyas declaraciones sobre el punto estén revestidas de ella. Porque, obviamente, tal procedimiento y el reconocimiento del texto o personas con autoridad, implican la existencia de reglas de un tipo diferente a las de obligación o deber (Hart, 1998, p.115).

Para ello necesitamos de la *regla de reconocimiento*.

Repárese, entonces, en que las dudas pueden surgir básicamente de tres maneras diferentes: ¿existe una regla primaria para este caso? ¿Cuál es? Y, ¿cuál es su alcance? Para contestar la primera pregunta, que hace referencia a la *validez* del sistema jurídico, la regla de reconocimiento definirá los rasgos o características que deben tener las reglas para ser tenidas como reglas primarias de un sistema determinado (Hart, 1998, p.117).

La validez de las reglas secundarias es, en cierto sentido, un tema pacífico. Sencillamente desprenden su validez de las reglas primarias. Una norma encuentra refugio de validez en normas más generales. El tema, por supuesto, es cómo se identifican las reglas primarias. De ahí que, como dice Hart, necesitamos de “una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación” (Hart, 1998, p.118).

Por su parte, para contestar las dos preguntas siguientes, que hacen referencia al *alcance* y *certeza* de las reglas, la regla de reconocimiento plantea el

procedimiento a través del cual se cierra o define el regreso *ad infinitum* de reglas interpretando otras reglas. En ese sentido, la regla de reconocimiento es una regla última (Hart, 1998).

Más allá de lo anterior, y estando clara la función de la regla de reconocimiento, subsiste la pregunta por la naturaleza de ella, es decir, por el tipo de regla que es una regla secundaria de reconocimiento. ¿Es, como dice Kelsen, una categoría a priori del entendimiento del derecho? Ya sabemos que Kelsen, según vimos, echa mano de una categoría incondicional, acogiendo con ello una metafísica esencialista de orden trascendental.

También he dicho que Hart no acepta dicha categoría. Para solucionar el problema, este último autor introduce la metafísica ontológica como forma de justificación de la regla última del ordenamiento. La regla de reconocimiento es un hecho real de aceptación, por parte de los participantes de una comunidad específica, de los criterios de identificación del resto de las reglas.

Las personas aceptan como válida la regla y la siguen voluntariamente, pues para ellos satisface los requisitos de identificación de las demás reglas. Para nuestro caso del jean, una vez los estudiantes aceptan como válida la regla dictada por el profesor, existirá una regla que reconoce que lo dicho por el profesor es una regla primaria de obligación que debe acatarse. Este enunciado interno, es decir, del estudiante participante de la clase, es un enunciado fáctico, empírico, susceptible de constatación y prueba.

La regla de reconocimiento es la regla última que otorga validez al resto de las reglas jurídicas. Ésta, como es apenas evidente, no puede echar mano de otra regla superior que le otorgue validez. A diferencia de Kelsen, Hart sí acude al *factum* de aceptación social, y desdeña de la idea de que la regla sea simplemente “dada por admitida” o “postulada” hipotéticamente a través de una categoría no empírica (Hart, 1998). En sus propias palabras:

Si se pusiera en duda la verdad de esta presuposición, ella podría ser establecida por referencia a la práctica efectiva: a la forma en que los tribunales identifican lo que ha de tenerse por derecho, y a la aquiescencia o aceptación general frente a esas identificaciones (Hart, 1998, p.135).

De manera que la regla de reconocimiento “no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de esta manera” (Hart, 1998, p.135).

El problema de la categoría kelseniana es que:

Se oculta el carácter esencialmente fáctico de la segunda presuposición que está detrás de los enunciados de validez hechos por los juristas. Sin duda que la práctica de los jueces, funcionarios y otras personas, en que consiste la existencia efectiva de una regla de reconocimiento, es una cuestión compleja (...) Una vez que la existencia de las reglas ha sido establecida como hecho, sólo confundiríamos las cosas, afirmando o negando que ellas son válidas, o diciendo que “damos por admitida” su validez, pero que no podemos demostrarla (...) **Su existencia es una cuestión de hecho**” (Hart, 1998, p.136-137).

Ahora bien, ¿de qué manera esta metafísica ontológica supedita la interpretación del derecho?

Las reglas primarias son formulaciones del lenguaje. El lenguaje jurídico, y el lenguaje en general, tienen márgenes de indeterminación, que justamente dan lugar a las dudas y conflictos sobre su existencia, alcance y certeza⁵⁰. Después de todo, estas dudas y conflictos no permanecen eternamente ni son irremediables, pues ya se dijo que Hart no acepta la indeterminación radical que plantea el escéptico.

Simplemente, habrá casos fáciles en donde las dudas no se presentarán, pues el uso regular del lenguaje ha arrojado significados relativamente indiscutibles sobre ciertos enunciados. En nuestro ejemplo, ocurre ello cuando la regla interpretativa dispone que el jean debe entenderse como “azul oscuro”.

Puede existir un relativo acuerdo sobre lo que es un jean azul y lo que es el color azul oscuro, y por ello el proceso interpretativo se detiene en ese momento. Desde luego que subsistirán ciertos márgenes de incertidumbre si todavía quisiéramos plantearnos qué entendemos por oscuro, y si existen niveles de oscuro. Pero ello no implica sostener que en ningún caso podríamos llegar a acuerdos sobre el uso de las palabras.

50 Sobre este punto véase el texto de Diego López, La Letra y el Espíritu de la Ley. Op. Cit. Capítulo 2.

Sin embargo, claramente existirán reglas cuya redacción deliberadamente general o ambigua (textura abierta) hacen que la zona de incertidumbre sea mucho mayor, y con respecto a las cuales el problema del significado atribuible no se solucione acudiendo a un acuerdo verificable en el uso del lenguaje. Estos son casos en los que el juez tendrá necesariamente que elegir entre distintas alternativas en juego⁵¹.

Así que la Teoría del Derecho de Hart es, a mi parecer, no sólo una teoría metafísico-ontológica en cuanto al concepto de derecho, sino además una potente teoría de la interpretación, la cual indica que las palabras pueden tener un significado *preciso* dentro de las conversaciones ordinarias; esto es, un núcleo duro de significado; aunque también pueden generar espacios de *textura abierta* en sus proposiciones.

En consecuencia, la precisión general de la estructura gramatical del lenguaje ordinario puede perderse significativamente en muchos casos. En el lenguaje jurídico es natural, entonces, encontrar vaguedad gramatical toda vez que sus palabras son demasiado generales y abstractas, precisamente para que puedan ser empleadas por periodos largos de tiempo en situaciones disímiles, imprevistas en el momento de su creación.

De suerte que, para Hart, es posible tropezarnos dentro del sistema jurídico con palabras con un significado preciso, así como con otras de textura abierta, decididamente imprecisas. Por tanto, propone discriminar un núcleo semántico de una *zona de penumbra*.

El núcleo semántico genera una fuerza de atracción sobre el intérprete, quien debe acogerse a él. En la zona de penumbra, dado que no hay un significado claro ni preciso (ni tampoco un criterio único para determinarlo) Hart propone aceptar la discrecionalidad judicial, pues resulta claro que en tal espacio hacen de las suyas las consideraciones morales y políticas.

La diferencia con Kelsen, en este punto, descansa en que para Hart no toda interpretación cae en la indeterminación radical, ni tampoco dispone de una argumentación jurídica, pues ésta sería algo bastante trivial. Si el caso es fácil no es necesario un proceso de argumentación, dado que sencillamente todos estamos de acuerdo. Si el caso es difícil, no sirve ninguna argumentación para juicios valorativos.

51 *Ibidem*, Pág. 15.

La Filosofía del Derecho de Alexy

Robert Alexy es otro de los más notables iusfilósofos con una marcada influencia en nuestro contexto. Creo que no resulta difícil sostener que adopta y promueve una metafísica de manera explícita y pormenorizada. Sólo por nombrar dos pequeños ejemplos de su producción, sus artículos *La Naturaleza de la Filosofía del Derecho*, y *¿Derechos Humanos sin Metafísica?*, hacen una defensa rigurosa de la necesidad del esencialismo metafísico en nuestra disciplina⁵². Una vez plantea un concepto metafísico del derecho, desemboca en una epistemología totalmente dependiente de tal punto de partida.

En su texto “*La Naturaleza de la Filosofía del Derecho*”, indica que la pregunta por “la metafísica en cuanto ontología⁵³” (Alexy, 2008, p.35) es uno de los interrogantes *generales y fundamentales* no sólo de la filosofía en general, sino de la filosofía del derecho como parte especial de aquélla. Sin embargo, la pregunta *ontológica* debe estar luego acompañada de una epistemología que responda al tipo de *entidad* previamente establecida.

Así las cosas, después de la pregunta ontológica debe inmediatamente plantearse “la pregunta de cómo justificar nuestras creencias sobre lo que existe y sobre lo que debe hacerse o es bueno” (Alexy, 2008, p.35). Dicho de otra manera, se establece primero la entidad que existe y luego la validez de las creencias que podemos tener sobre tal entidad.

Posteriormente, Alexy establece una tercera pregunta fundamental y consubstancial a las anteriormente señaladas. Una vez se identifique el tipo de entidad que constituye el derecho, y en tanto estemos en la necesidad de solventar la pregunta epistemológica, caemos en la cuenta de que resulta indispensable lo que desde la misma ontología se exigiría: la fundamentación ética y racional de las proposiciones jurídicas como método para alcanzar el objetivo último del derecho.

Allí están, en línea gruesa, los tres temas centrales de la filosofía del derecho de Alexy; y, por lo demás, de la mayoría de cursos que se imparten

52 En igual sentido, véase Alexy, Robert, *La institucionalización de la justicia*, Editorial Comares, Granada, 2005.

53 Alexy, Robert, *La Naturaleza de la Filosofía del Derecho*, en Alexy Robert, *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Marcial Pons, Barcelona, 2008, pág. 35. Existe una versión impresa publicada en *Associations* 7 (1), 2003, páginas 63-75 y una versión on line en la página web de la Universidad de Alicante: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10070/1/doxa26_08.pdf. Las siguientes citas se harán sobre esta última versión.

en nuestras facultades de derecho. Las tres *preguntas fundamentales* que la componen son: (i) ¿Qué es el Derecho? (ontología) (ii) ¿De qué manera son verdaderos o válidos nuestros juicios y afirmaciones jurídicas? (epistemología); y (iii) ¿Cuál es la finalidad o propósito último del derecho? (teleología). En el marco de esas tres preguntas los filósofos del derecho han tomado infinitas direcciones⁵⁴.

Con ello creo que es perfectamente claro el compromiso metafísico de Alexy y, sobre todo, la manera en que juiciosamente sigue la primera de las conclusiones naturales que se desprenden de un punto de partida metafísico. Para él la epistemología y la teleología son dependientes de la ontología.

En primer lugar, debe adoptarse una *ontología* que indague sobre el tipo de “entidades” que constituyen el derecho; y sobre la manera en que, en cualquier tiempo y contexto posible, están interconectadas unas con otras⁵⁵.

En términos generales, Alexy cree que la metafísica positivista de corte kantiano-kelseniana es acertada en tanto que la *norma* constituye, ciertamente, la dimensión *real* o *fáctica* del derecho⁵⁶. La única censura que le endosa a dicho concepto es que resulta francamente insuficiente para dar cuenta del derecho en su totalidad⁵⁷. Según indica este autor, “el concepto de norma o

54 Alexy define la filosofía como “la reflexión general y sistemática sobre lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, y sobre cómo es posible el conocimiento acerca de estas dos cosas” (Alexy, 2008, p.36). En Alexy, estas tres preguntas fundamentales demuestran que el derecho tiene una serie de *dimensiones* metodológicas. Una dimensión *crítica*, que es la resolución de los tres dilemas indicados: qué existe objetivamente, qué es verdadero o correcto, y qué está justificado. La cuestión es que, una vez se tenga que definir lo que es bueno o correcto, automáticamente se está asumiendo una dimensión *normativa*, dice Alexy, en la que se hace uso de distintas categorías *conceptuales* (norma, deber ser, acción, etc.). Por consiguiente, la dimensión crítica implica tanto la dimensión normativa como la analítico-conceptual. Adicionalmente, sostiene, dado que unas y otras se implican de manera sistemática y sintética, surge una cuarta dimensión *holista* que vuelve coherente la reflexividad filosófica. Esa es la “finalidad última” de la filosofía del derecho, esto es, auscultar la verdadera naturaleza del derecho, en el marco de sus preguntas fundamentales y sus distintas dimensiones metodológicas.

55 Desde luego, el problema ontológico no es el único problema fundamental para Alexy. Como he dicho, el problema epistemológico y el problema ético también son centrales. Empero, existen otro tipo de problemas que se trazan en otras dimensiones. Por ejemplo, dice que existiría, respetando la división positivista entre el ser y el deber ser, una dimensión real o fáctica en la que el problema de la validez o eficacia es cardinal.

56 Con esto el derecho tiene una dimensión real o fáctica, una dimensión crítica, una dimensión normativa y una dimensión analítico-conceptual.

57 De hecho, en ese artículo Alexy critica a Kart Olivercrona por negar el concepto de norma fundamental, y por indicar que las reglas de derecho son una causa natural de las acciones de los jueces

de “deber ser” es por lo menos un candidato para ser el concepto más abstracto de la filosofía del derecho” (Alexy, 2008, p.154). No obstante, tendría que incorporársele a su contenido, tanto las *reglas* como los *principios*: En este sentido, afirma que “si el derecho contiene los dos tipos de normas, entonces el razonamiento jurídico inevitablemente combinará la subsunción con la ponderación” (Alexy, 2008, p.154).

Creo que ya puede el lector advertir lo paradójico que resulta que Alexy denomine dimensión “real o fáctica” del derecho a la *norma fundamental* cuando ya vimos que tanto para Kant como para Kelsen constituye todo menos que una dimensión fáctica o empírica. Lo que Alexy llama *ontología* es más una metafísica *idealista* que, en lo que tiene que ver con el concepto de derecho, lo acerca mucho más a Kant (y parcialmente a Kelsen) que a Hart.

Al margen de lo anterior, Alexy expresa que la norma (reglas y principios) debe estar acompañada de otra propiedad esencial y necesaria al derecho⁵⁸: la *coerción* o *fuerza*. Una norma que no pueda ser exigida no puede llamarse jamás jurídica, sostiene. Esta es una exigencia tanto conceptual como real y práctica de todo ordenamiento jurídico. Al respecto, el mismo autor señala que

Parece ser natural argumentar que un sistema de reglas o normas que en ningún caso autoriza el uso de la coerción o de sanciones –ni siquiera en caso de defensa propia– no es un sistema jurídico, y que esto ocurre debido a razones conceptuales basadas en el uso del lenguaje (Alexy, 2008, p.155).

El uso del lenguaje de cualquier ordenamiento jurídico tomaría, de acuerdo con el autor, al derecho como una práctica social que tiene por finalidad defender los valores de la *certeza* y la *eficacia* jurídicas. Así que si dentro del uso mismo del término está incluida la eficacia, no puede existir entonces

cuando se presentan litigios.

58 Una propiedad natural o esencial es, para Alexy, lo mismo que una propiedad necesaria. De hecho, según dice, la pregunta por la naturaleza es una pregunta por sus propiedades necesarias; y una pregunta por la propiedad necesaria, es una pregunta por la esencia del derecho. A este respecto manifiesta que “mediante el concepto de necesidad (y sus afines: los de analítico y lo a priori), esta pregunta conduce al carácter específico del derecho. Cuando se conecta con la pregunta de qué es necesario, la pregunta de qué es específico se convierte en la pregunta de qué es esencial” (Alexy, 2008, p.155).

un ordenamiento jurídico que violente tan elemental exigencia de nuestras prácticas cotidianas.

La explicación que ofrece Alexy para concluir que la corrección moral es una propiedad esencial e inherente al concepto mismo de derecho, reside en que al observar la práctica del Derecho, advertimos que es una práctica social que consiste principalmente en concebirse ella misma, cada vez más, como una empresa que cumple sus funciones de la mejor manera posible (Alexy, 2008, p.156).

Esta práctica de mejoramiento constante está claramente ligada a la *corrección moral*, pues resulta necesario preguntar “¿mejor en qué sentido?”. Con lo cual tenemos que preguntarnos cuál es el propósito del derecho, de la adjudicación, y de la argumentación jurídica. La corrección así entendida plantea el elemento teleológico último del derecho, que surge de una *necesidad práctica*. Empero, en segundo lugar, la corrección del derecho es una *necesidad conceptual* que plantea el concepto mismo de derecho, en el sentido de que un derecho desprovisto de la pretensión de corrección, resulta una autorrefutación performativa.

En el ejemplo que propone Alexy para sostener esto nos pide imaginar una

Constitución que incorpora un artículo primero ficticio que establece lo siguiente: “X es una república soberana, federal e injusta”. Es difícil negar que este artículo es absurdo en algún modo (...) Es el resultado de una contradicción entre lo que implícitamente pretende el acto de establecer una Constitución –es decir, que ésta es justa- y lo que se declara explícitamente –o sea, que es injusta-. (Alexy, 2008, p.157).

De aceptarse que existe una contradicción, dice Alexy, debe aceptarse entonces la relación esencial del *Derecho* con la *Justicia* y con la moral.

Adicionalmente, la práctica jurídica y la historia misma del derecho dan cuenta de un catálogo bastante grande de metodologías disponibles que resultan útiles para resolver la validez de los pasos desde proposiciones empíricas a proposiciones normativas, y luego a decisiones judiciales.

Pero, con todo, no existe un criterio que las ordene jerárquicamente. La ordenación de estos cánones metodológicos depende nuevamente de lo que

entendamos por “meta” de interpretación, por meta o función de la adjudicación, y por argumentación racional. Todas estas preguntas obedecen, de nuevo, a lo que se entienda por el concepto de derecho, pues es claro que en todas ellas subyace la indagación acerca de lo que hace mejor una aproximación.

Vale decir, planteada la necesidad de decidir entre las distintas alternativas metodológicas disponibles, es menester una valoración sobre lo que es mejor, preferible, o digno de ser elegido. Entonces, es necesario solventar el problema acerca de cuál es la mejor metodología para dar cuenta de la validez de nuestros juicios jurídicos. Esto requiere echar mano de un concepto normativo sobre lo que es mejor o preferible. Y ello es claramente una discusión normativa y moral, pues se trata de determinar la valoración moralmente correcta. Por consiguiente, una decisión es racionalmente fundamentada si puede basarse en un criterio de lo preferible. De eso depende el carácter científico, y en ello descansa la legitimidad del derecho⁵⁹.

Una vez diseñada la necesidad de fundamentar moralmente las decisiones jurídicas (problema tanto ontológico como epistemológico) empieza Alexy a desestimar una por una las diversas aproximaciones metodológicas que existen. En ese sentido señala que, por ejemplo, tomar como punto de partida los *principios generales* como criterios de ordenación no resulta concluyente, toda vez que sigue abierta la pregunta acerca de cómo es que pueden derivarse, a partir de ciertas formulaciones normativas, principios generales; y de éstos, decisiones judiciales. Es decir, sigue sin contestarse cómo puede pasarse válidamente de una proposición a otra.

De la misma manera, Alexy desestima la idea holista de ver al sistema jurídico como un “todo”, o la idea de un “sentido general” del ordenamiento jurídico. Según plantea, los sistemas jurídicos incorporan puntos de vista diferentes y contradictorios, lo que hace inviable esta aproximación.

Alexy se ve entonces en la necesidad de anclar un aparato epistemológico fundacional que, ante todo, da cuenta de la pretensión de corrección moral enquistada en lo más profundo de su filosofía. Para ello acude a una clásica diferenciación (que existe en filosofía moral) entre las teorías éticas cognitivistas y las no-cognitivistas.

59 Alexy sostiene que aunque acepta que existen casos ciertamente fáciles, no por ello puede indicarse que entonces son casos con una solución infalible y no sujeta a posteriores dudas. Así que incluso para aquellos casos fáciles la racionalidad y fundamentabilidad científica debe funcionar.

Podría decirse que la diferencia concreta descansa en que para las primeras existe la posibilidad de plantear legítimamente pretensiones objetivas y universales de verdad o falsedad acerca de los juicios morales. Las segundas descartan tal posibilidad. Algunas de ellas no lo hacen porque no puedan llamarse verdaderos o falsos determinados juicios morales, sino porque no podría hacerse esto de manera “objetiva” y “universal”.

Dado entonces que, como resulta necesario “fundamentar” racional, objetiva y universalmente las decisiones jurídicas, forzosamente hay que concluir que el no-cognitivismo ético es insuficiente. Además, Alexy es de la opinión de que los no-cognitivistas **no** podrían plantear pretensiones de verdad o falsedad en los juicios morales, apreciación que me permito no compartir del todo, como quiera que, insisto, lo que muchos no-cognitivistas no comparten es que dicho carácter veritativo deba realizarse de manera universal, objetiva e incondicional.

Con exactamente el mismo argumento Alexy plantea la necesidad de fundamentación metafísica de los derechos humanos. Según indica en su artículo “¿Derechos Humanos sin Metafísica?”, no habría otra manera de ver o entender los derechos humanos sino como una evidente construcción de orden metafísico. Esta idea la soporta en cinco características de estos que resultan, para él, innegables: *universalidad*, *fundamentalidad*, *abstracción*, *validez moral* (en tanto que deben ser fundamentados frente a todo a aquél que participe en una justificación racional), y *prioridad*.

Es ya característica en Alexy esta forma de argumentar. Pide que admitamos una gigantesca petición de principio, para luego concluir lo que naturalmente implica haberla asumido. Si partimos del hecho de que los derechos humanos deben ser fundamentados moralmente de manera universal, y no justificados contextualmente, no queda otro camino lógico que aceptar un esencialismo metafísico. Una muestra de ello es su afirmación de que, “puesto que la existencia de los derechos humanos en definitiva depende de su fundamentabilidad, sólo la fundamentabilidad determina si los mismos son más que una ilusión” (Alexy, 2007, p.239)

Si aceptamos esto como correcto, resulta relativamente fácil descartar al emotivismo ético, al decisionismo, al subjetivismo, al relativismo, al naturalismo, al deconstructivismo, y a otras teorías similares, sobre las cuales recae el reproche y la acusación de ser insuficientes en la fundamentación de los derechos humanos de manera universal. Todas las anteriores son insuficien-

tes por la sencilla razón de que no comparten el deseo de fundamentar de manera objetiva y universal los juicios morales.

Así que, estando entonces descartadas las teorías éticas no-cognitvistas que no son fundacionalistas ni esencialistas; y dado que, de acuerdo con Alexy, los derechos humanos sí requieren de una fundamentación cognitivista, este autor acude a los siguientes ocho puntos fundacionales que pueden dar cuenta de la esencia de los derechos humanos: (i) fundamento **religioso**; (ii) fundamento **biológico** (la metafísica es equivalente a la observación de la naturaleza); (iii) fundamento **intuicionista** (los derechos humanos no requieren de una fundamentación explícita o elaborada, pues es evidente que están fundamentados, y los asumimos y aplicamos intuitivamente); (iv) fundamento **consensual** (todo el mundo los acepta); (v) fundamento **instrumental** (el fundamento de los derechos humanos descansa en la utilidad general que resulta de tenerlos por tales); y (vi) fundamento **cultural** (los derechos humanos se fundamentan en tanto que son producto del devenir histórico y cultural).

Para Alexy todos los fundamentos anteriores presentan graves falencias. El fundamento religioso sencillamente no es sostenible para ningún estado constitucional actual. El fundamento biológico, dice, es una naturalización excesiva, pues nada hay en la naturaleza ni en el mundo físico que contenga las propiedades de los derechos humanos⁶⁰. El fundamento intuicionista fracasa una vez se verifica que no todos los seres humanos comparten las mismas experiencias sobre lo que es o no evidente e intuitivo.

El fundamento consensual no dice finalmente nada acerca de aquello que mueve a las personas a estar de acuerdo; es decir, las intuiciones no son compartidas, y si los acuerdos son producto de una simple *coincidencia* no es claro para Alexy por qué debemos aceptar ese simple *factum*, en lugar de detenernos en las razones o fundamentos de la convicción coincidente. En este último sentido, un consenso debe ser sustentado en argumentos y no en una acumulación sincrónica de voluntades. Finalmente, el fundamento cultural es desestimado en la medida en que no es cierto que los derechos humanos hagan parte de un desarrollo histórico y cultural generalizado y homogéneo.

60 Esta aclaración refuerza mi argumento, según el cual Alexy se encuentra lejos de una ontología de las propiedades naturales.

¿Qué queda entonces? Alexy sostiene que el enfoque *instrumentalista* podría ser prometedor a la hora de justificar los derechos humanos ajenos a cualquier tipo de metafísica. El problema surge, según dice, una vez se concede que pueden existir situaciones que maximicen el bienestar de varias personas, justamente a través de la violación de derechos humanos. De modo que cuando se exige el respeto de los derechos humanos aún a costa del beneficio de una mayoría, opera algo más allá de lo que puede explicar este modelo instrumental.

Dado que todos los modelos propuestos, metafísicos y no metafísicos, han fracasado a la hora de fundamentar los derechos humanos, Alexy propone otros dos: (vii) la fundamentación **explicativa**; y (viii) la fundamentación **teórico-discursiva**, unida a una fundamentación existencial. La primera de ellas intenta reflejar lo que está implícito en la práctica humana que se examina. La praxis para este caso es la manera en que las personas dialogan y discuten entre sí, en el marco de una deliberación y argumentación. Cada participante supone necesariamente la libertad e igualdad del otro. Libertad sirve para sostener lo que sostiene. La igualdad existe si se acepta al otro como interlocutor.

Que se reconozca la libertad y la igualdad de los participantes en el discurso humano implica que los interlocutores se reconocen como autónomos, pues actúan conforme a sus propias reglas y principios. En este punto Alexy acude al conocido argumento en cadena: al reconocerlo como libre, igual y autónomo, lo reconoce como persona; al reconocerlo como persona, lo reconoce como digno; al reconocerlo como digno, lo reconoce como titular de derechos humanos. Así se fundamentan los derechos humanos para el autor alemán.

Los derechos humanos son, entonces, una consecuencia necesaria para quienes participan “seriamente” en la discusión moral. Y dado que en el derecho es necesaria la corrección moral y la discusión moral si no se quiere arribar a una contradicción performativa; y que también es necesario solventar los conflictos sociales por conducto de “consensos alcanzados y controlados discursivamente” (en los que se presuponen la igualdad y libertad de los participantes), se tiene que el derecho, su discursividad y su universalidad, implican necesariamente a los derechos humanos (Alexy, 2007).

El resto del aparataje epistemológico de Alexy va dirigido a demostrar las bondades de lo que llama una fundamentación explicativa-teórico-discursiva y existencial, dentro de la cual se encuentra lo que a veces denomina una “propuesta analítico-normativa”. Más concretamente, lo que está implícito en la praxis jurídica y en nuestras deliberaciones y argumentaciones como abogados son tres temas o marcos bien definidos, en los que puede plantearse el problema de la corrección moral de las proposiciones normativas: una empírica, una analítica y una normativa. La primera de ellas no reviste especial interés para Alexy por cuanto trata únicamente de:

La frecuencia de determinados argumentos, la correlación entre determinados grupos de hablantes, situaciones lingüísticas y el uso de determinados argumentos, el efecto de los argumentos, la motivación para el uso de determinados argumentos, o las concepciones dominantes en determinados grupos sobre la validez de los argumentos. Una teoría de este tipo es parte de una teoría del actuar jurídico, especialmente del judicial, a desarrollar con los métodos de las ciencias sociales (Alexy, 2008, p.35).

A Alexy le interesa mucho más la perspectiva analítica y normativa, que examina tanto la estructura lógica de los argumentos jurídicos como los criterios de corrección del discurso.

Con esto en mente, se dedica a elaborar una teoría del discurso práctico general del derecho, en la que echa mano de la ética analítica, de la teoría discursiva habermasiana, y de la teoría de la deliberación y de la argumentación perelmaniana, para concluir más de 20 reglas del discurso práctico, y 6 maneras de plantear diversos argumentos.

Lo que me interesa es la manera en que la metafísica del concepto de derecho en Alexy condiciona la estructura epistemológica de su iusfilosofía. En ese sentido, y para seguir justificando el punto de partida metafísico en el derecho, Alexy acoge una particular definición de lo que denomina concepto *empático* de metafísica; y que, aparentemente, tendrían en mente quienes lanzan sus críticas contra ella.

Según indica, los anti-metafísicos piensan que la metafísica es la pretensión omnicompreensiva de conocimiento sobre la *totalidad* del hombre, del mundo, y de todo lo que es significativo de la existencia. De la misma manera, creen que la metafísica ha-

bla de lo *necesario*, lo *esencial*, de lo *incondicional* e *inmutable* en el mar de particularidades y de heterogeneidad que es el mundo. Finalmente, los anti-metafísicos suponen que la metafísica es *normativa*, pero que dicha normatividad recurre a alguna forma de *significado salvífico* o de reconciliación (Alexy, 2007, p.245-246).

Con esta definición, dice Alexy, no es difícil que hayan alertado la necesidad de una cultura posmetafísica, tal y como lo hacen Habermas y Rorty. Sin embargo, aclara, “mucho habla a favor de la hipótesis de que los derechos humanos no presuponen una metafísica empática definida a través de las cuatro notas, es decir, a través de la totalidad, la necesidad, la normatividad y la salvación” (Alexy, 2007, p.246).

Tremenda acusación lanza Alexy. Es posible, ciertamente, que haya visto en su carrera académica a un antimetafísico que piense en las 4 características al mismo tiempo. Empero, hoy día, buena parte de las críticas se reducen al carácter esencialista y, por consiguiente, fundacionalista de la metafísica. Desde el propio Kant, y a partir de ahí, desde la misma modernidad, la metafísica salvífica no es un asunto central, sino, incluso, ingenuo.

Al menos desde mi interpretación, la metafísica teológica se ha visto superada por la metafísica ontológica e idealista. Así que de las cuatro notas características que nombra, Kant sólo aceptaría las primeras tres como ciertas, condicionando fuertemente la primera a que por ella se entienda sólo la incondicionalidad de ciertos juicios, y no la exagerada caracterización que propone Alexy.

De cualquier modo, sin explicar cuál es el concepto que finalmente le sirve de sustento (primero partió de la anti-metafísica como negación de todo; luego, de la metafísica como todo lo que está al margen de la experiencia; para finalizar con la metafísica empática), Alexy se despacha en contra de la ontología (a la que entiende por reducción a datos observables del mundo exterior, del mundo interior, y del mundo social); y en contra de la alternativa fregueana que retoman en parte Habermas y Kelsen.

La crítica que Alexy lanza sobre Frege es que el tercer mundo del lenguaje es la misma metafísica del concepto semántico de norma, que hace parte de la fundamentación de los derechos humanos; lo que quiere decir que finalmente no es una postura antimetafísica, después de todo⁶¹.

61 La otra censura que endosa a Habermas es que la metafísica del concepto semántico de norma es insuficiente para la fundamentación de los derechos humanos, porque no se ocupa del contenido de la fundamentación.

Para concluir, Alexy observa varias consecuencias positivas que se siguen de tener un punto de partida metafísico. De un lado, al tener a la moral como parte esencial del derecho, puede desde el punto de vista epistémico hacer uso de consideraciones morales de manera coherente con el concepto de derecho. Ésta es una mejor forma de ver al derecho más allá de los argumentos de autoridad. De otro lado, teniendo a la moral como esencial al concepto de derecho, se puede resolver más adecuadamente el viejo dilema de si la injusticia extrema es derecho. A este respecto, Alexy se pregunta “¿cómo podría justificarse esta circunstancia sin recurrir a razones morales?” (Alexy, 2007, p.158).

Panrelacionismo⁶²

En las anteriores líneas intenté presentar y explicar los principales rasgos de algunas de las principales posiciones metafísicas en filosofía. Luego intenté plantear algunas consecuencias que se siguen de adoptar la metafísica como punto de partida en la investigación. Entre éstas, destaca el hecho de que la epistemología resulta decididamente parasitaria de la ontología; esto es, que las conclusiones epistemológicas sólo son válidas si se corresponden con la ontología de la disciplina. En derecho, presenté algunas propuestas iusfilosóficas que tienen a la metafísica como punto de partida, y procuré ilustrar las consecuencias de ello en el plano interpretativo y argumentativo.

Ahora bien, el problema que generalmente se atribuye a este tipo de iusfilosofías gravita alrededor de su esencialismo. Cuando se asume un compromiso metafísico, se asume por consiguiente un compromiso esencialista con el concepto de derecho. Ya vimos que la implicación práctica es que la epistemología se vuelve parasitaria del punto de partida metafísico.

Si ello es correcto, toda interpretación y argumentación, según sea el caso, se condiciona necesariamente a dicho concepto. El problema evidente de lo anterior es que la práctica jurídica parece justamente renunciar tanto al esencialismo metodológico e interpretativo así como a todo tipo de fundacionalismo epistemológico, y se resiste a limitarse.

⁶² Una versión más pormenorizada de este acápite se encuentra en mi disertación doctoral. Ut. Supra., 1. De manera significativa este aparte se apoya en lo dicho allí.

La crítica más común de la que siempre parten las teorías jurídicas a la hora de censurar a las teorías rivales, es aquella que se dirige a presentar los ejemplos en donde la teoría reprochada resulta insuficiente o se queda corta. Los positivistas (tanto normativistas como realistas) se cansan de enumerar casos en los que el llamamiento a la perspectiva moral parece exagerado. Los que renuncian a la idea de la discrecionalidad judicial, y acogen más bien la idea de corrección moral, se cansan de señalar a las perspectivas realistas, positivistas o sociológicas, lo ingenuo de negarse a aceptar que en ciertos casos la decisión adoptada era ciertamente la mejor posible, independientemente de la inclinación o preferencia subyacente.

A las teorías realistas y sociológicas se les censura caer en un mismo esencialismo cuando sustituyen la imagen de una estructura esencialmente coherente del derecho, por una estructura esencialmente incoherente, esencialmente política, y esencialmente indeterminada⁶³.

Lo que ello significa es que parece un error claro asumir como punto de partida el esencialismo metafísico, y recurrir al fundacionalismo epistemológico en nuestra disciplina. Todas las teorías jurídicas se limitan a presentar fragmentos o pequeñas explicaciones de modos de operar muy concretos del derecho, que no se dan en todos los casos posibles en los que podremos llamar a un fenómeno como *fenómeno jurídico*.

Le basta a una teoría simplemente señalar otras maneras posibles de operar de los abogados, y otros fenómenos que podríamos denominar como jurídicos, para dar cuenta de cómo el concepto de derecho de la teoría rival no

63 Y esto ha pasado cada vez que se intenta asumir un esencialismo en derecho. Friedrich presenta una interesante narrativa de la manera en que el estudio metafísico del derecho se ha presentado históricamente. Señala, por ejemplo, que para la antigua religión judía –de los tiempos del antiguo testamento– el derecho consistía en la *voluntad de Dios*. De ahí en adelante, cada escuela de pensamiento ha intentado presentar la descripción del elemento *esencial* al derecho. Entre los intentos en este sentido se encuentran: (i) Para Platón y Aristóteles el derecho era una cuestión de *justicia*. Ocurre, sin embargo, que en muchas ocasiones el derecho es injusto. (ii) Para los estoicos, de *naturaleza humana*; pero es claro que lejos está el derecho de responder siempre a ese llamado a la fundamentación naturalista más allá de los derechos humanos. (iii) Para San Agustín, la esencia del derecho lo representaban los ideales de *orden y paz*; (iv) En Santo Tomás el derecho es esencialmente el *espejo del orden divino*. (v) De acuerdo a los humanistas el derecho es esencialmente un *hecho histórico*. (vi) Para Bodino la esencia del derecho es la *Soberanía*. (vii) En Thomas Smith y Hooker el derecho es *tradición constitucional*. (viii) Para Hobbes, se trata de *mandatos del soberano*. (ix) En Locke y Montesquieu el derecho se equipara con la *constitución*. (x) En Spinoza, la esencia del derecho es ser una expresión de la *razón*. (xi) En Rousseau y Kant es expresión de la *voluntad general*. (xii) Para Hegel el es expresión del espíritu. (xiii) Para Marx y Engels el derecho es una *ideología de clase*.

abarca con justicia lo ejemplificado. Esto lo saben perfectamente los abogados, y de manera sobresaliente los jueces, quienes lejos están de poder identificarse con una explicación omnicompreensiva de la teoría jurídica que asuma puntos de partida esencialistas. ¿Qué posibilidad queda? ¿Cuál sería la imagen de una filosofía del derecho desprovista de metafísica? ¿Sería eso siquiera posible?

El pragmatismo filosófico es una filosofía que intenta ofrecer ese tipo de explicaciones. Los nuevos pragmatistas lo hacen con especial ahínco. El argumento que plantea Richard Rorty, palabras más palabras menos, consiste en que no sólo es posible una filosofía posmetafísica, sino que es además deseable. Una de las consecuencias que de ello se deriva es que se invierten las direcciones del problema. Sería posible extraer conclusiones ontológicas a partir de posturas epistemológicas. Lo que Rorty propone es un ejercicio de higiene, de limpieza, orientado a “despejar algunos árboles” y cortar la “maleza filosófica” (Rorty, 1991, p.92), *restaurando* el aspecto del jardín de la filosofía del derecho como lo planteaban los pragmatistas de tiempo atrás, liberando al derecho de todas las cargas filosóficas que impone la metafísica, y desinfectando el terreno para la práctica.

En su libro “*Pragmatismo, una versión. Antiautoritarismo en epistemología y ética*”, Rorty plantea su réplica al pensamiento metafísico esencialista, el cual supone la existencia de una entidad trascendental o “cosa en sí” (según sea el caso) que debe ser capturada por el conocimiento. Pero, por supuesto, es también la manera en que Rorty remueve los dualismos sujeto-objeto, apariencia-realidad, sustancia-propiedad, y esencia-accidente, entre otros.

Rorty llama *Panrelacionistas* a aquéllos que piensan que “las cosas son como son en virtud de las relaciones que mantienen con las demás cosas”⁶⁴; es decir, a quienes creen que “una cosa tiene tantas identidades como contextos relacionales puede ocupar” (Rorty, 1992, p.16). De manera que el panrelacionista tiene una imagen del mundo como “un flujo de relaciones en cambio constante, relaciones cuyos términos son a su vez también disolubles en los nexos de otras nuevas relaciones” (Rorty, 1992, p.140). Desde dicha visión no se distingue entre propiedades intrínsecas –no-relacionales- y

⁶⁴ Rorty, Richard, *Panrelacionismo*, en Rorty, Richard, *El Pragmatismo, una versión. Antiautoritarismo en Epistemología y Ética*, Ariel Filosofía, capítulo 5, págs. 140.

propiedades extrínsecas –relacionales-, o entre propiedades necesarias y contingentes, toda vez que para el Panrelacionismo todo es relacional⁶⁵.

Lo que lleva a Rorty a adoptar este Panrelacionismo es la adopción previa del *nominalismo psicológico* de Wilfrid Sellars, que postula que sólo podemos *conocer* a través del uso del lenguaje y de las descripciones lingüísticas que hacemos. De esta manera, todo el conocimiento de la cosa o del *ente* es producto de los enunciados o descripciones verdaderas que hacemos de él, y es claro que a cada cosa le corresponde un sinnúmero de descripciones posibles⁶⁶.

Así que, para usar un ejemplo, lo que sabemos de la *silla* es que es alta, baja, bonita, fea, negra, café, maciza, curva, recta, etcétera. Repárese, sin embargo, que cada uno de los *conocimientos* que tenemos de la *cosa*, no son más que descripciones nominalizadoras que consideramos verdaderas. Sería del todo extraño preguntarnos, dice Rorty, si la dureza o el color o la altura de la silla es aquello que se encuentra más cerca de su naturaleza intrínseca. Sólo ocurre que son descripciones diversas que servirán a propósitos diferentes.

De modo que el lenguaje funge más como un promotor de relaciones constantes entre unas descripciones con otras, que como un intermediario entre la mente y la esencia o naturaleza intrínseca de las cosas en el mundo. El ejemplo que emplea Rorty es mucho más claro y sugestivo que el de la mesa. Este autor acude al número 17 para plantear no sólo la dificultad de ver ciertas cosas de una manera no-relacional, sino también el inmenso aprieto que surge si intentamos verlas con ojos esencialistas.

65 Rorty atribuye un proto-panrelacionismo a las ideas de Leibniz, Whitehead y Derrida. Respecto a Leibniz dice que las mónadas (unidades o entidades básicas) son sólo el conjunto de todas las mónadas vistas desde un punto de vista determinado; de Whitehead, que las entidades son sólo nexos de aprehensiones físicas; y finalmente, de Derrida, toma su afirmación de que las palabras son nodos (espacios) de “una red infinitamente flexible de relaciones con otras palabras”. Rorty señala que todas estas son concepciones similares al panrelacionismo.

66 Rorty define el nominalismo de la siguiente manera: “es la doctrina según la cual de una cosa tan sólo se puede saber lo que se afirma de ella en las oraciones que la describen. Porque cualquier oración sobre un objeto es una descripción explícita o implícita de las relaciones que éste mantiene con uno o más objetos distintos. Por consiguiente, si no hay conocimiento directo, si no hay conocimiento que no tenga la forma de una actitud oracional, entonces todo lo que se puede conocer de una cosa son las relaciones que ésta mantiene con las demás cosas (...) Para los nominalistas psicológicos ninguna descripción no es más descripción del objeto “real”, en tanto que opuesto al objeto “aparente”, que cualquier otra descripción; como tampoco ninguna descripción lo es, por así decirlo, de la relación del objeto consigo mismo, de la identidad con su propia esencia (...)”. (Rorty, 2000, p.146)

Con el número 17, Rorty nos indica que ninguna *descripción* es, con respecto a la cosa, más esencial o más propiamente suya que las demás descripciones (Rorty, 2000, p.141). Por ello, la cosa será siempre descrita en términos de sus relaciones constantes. A este respecto, Rorty afirma que:

Formúlense la pregunta de cuál es la esencia del número 17, qué es en sí mismo, aparte de las relaciones que mantiene con los otros números. Lo que se pide es una descripción del 17 de clase distinta a las siguientes descripciones: menos que 22, más que 8, la suma de 6 y 11, la raíz cuadrada de 289, el cuadrado de 4,123105 (...) Lo molesto de cada una de estas descripciones es que no parece que ninguna de ellas se acerque más al número 17 que las demás (...) Uno podría ofrecer un número infinito de descripciones distintas del 17 (...) No parece que ninguna de esas descripciones ofrezca una pista siquiera de la intrínseca diecisietidad del diecisiete, la característica única que hace que sea el número que justamente es. Por cuál de esas descripciones optamos es, obviamente, un asunto sobre qué propósito tenemos en mente (Rorty, 2000, p.144).

Considero que es ciertamente embarazoso pensar en el número 17 en términos esencialistas, y por esa razón el ejemplo es tan adecuado. Adicionalmente, resulta laborioso pensar que alguna de esas descripciones logra producir alguna imagen que nos permita decir, sin más, que hemos encontrado “la” esencia o la substancia del 17. Lo interesante del asunto está en que, para Rorty, la explicación panrelacionista es acerca del conocimiento general, y no sólo sobre el conocimiento de los números. Los números son sólo un ejemplo.

De ahí que la gran apuesta de Rorty sea hacernos ver que, de ser coherentemente antiesencialistas; y, como corolario de ello, coherentemente panrelacionistas, debería extenderse esta explicación al resto de instituciones humanas. Al respecto el autor dice que “no vale la pena ser esencialistas con respecto a mesas, estrellas, electrones, seres humanos, disciplinas académicas, instituciones sociales o cualquier otra cosa” (Rorty, 2000, p.145).

En relación con el realismo externo que da base a la metafísica ontológica, el Panrelacionismo plantea que es perfectamente admisible obtener conclusiones

ontológicas a partir de tesis epistemológicas, y más concretamente, lingüístico-semánticas⁶⁷.

Así las cosas, el concepto ontológico de “realidad” pasa a ser el de una “realidad-conceptualizada” (Ávila Cañamares, 2005, p.69); o, en un lenguaje más pragmático-sellarsiano, realidad-nominalizada. En este punto, el panrelacionista se acerca mucho al idealista, en el sentido de que las categorías, así como nuestros criterios de individualización, identificación o descripción, implican que la realidad es finalmente una realidad en tanto que asumida por el elenco de nuestras teorías y esquemas de pensamiento.

La razón de lo anterior es relativamente sencilla. Si concedemos que el único acceso que tenemos del mundo es el acceso lingüístico; y si aceptamos que es entonces el lenguaje y el conjunto de nuestras creencias aquello que nos permite individualizar, clasificar, y describir, entonces debe concluirse que la ontología está definitivamente ligada a nuestras perspectivas epistémicas, y no al contrario.

Luego, no parecería acertada la idea del realismo más radical y *robusto*⁶⁸, según la cual se predica no sólo la existencia del mundo⁶⁹, sino la afirmación de que éste viene intrínsecamente “prefabricado”; y, por tanto, que contiene una estructura fija de propiedades y clases naturales, que es absolutamente independiente de nuestras creencias y teorías sobre él.

En consecuencia, el lenguaje clasifica, describe y discrimina objetos, pero sólo porque el mundo tiene una *manera de ser*; es decir, porque ya previamente había determinado, él mismo, la pertenencia de un objeto a ciertas clases naturales. Cuando el objeto que queremos describir contiene las pro-

67 Sobre este particular véase el buen texto Ávila Cañamares, Ignacio: Realismo, Esencialismo y Extensionalismo. En: Hoyos, Luis Eduardo (ed), Relativismo y Racionalidad. Editorial Unibiblos, Departamento de Filosofía, Universidad Nacional. Primera edición. Bogotá, 2005, págs. 67-92, del cual tomo prestadas varias ideas.

68 Ignacio Ávila plantea una interesante diferenciación entre el realismo *robusto*, el realismo *débil*, y el *antirrealismo*, para finalmente lanzarse por una cuarta vía que llama *extensionalismo*. No es éste el lugar para plantear todos sus argumentos, ni para justificar mi disenso en cuanto a su posición final. Y, en cuanto a las diferencias entre el *extensionalismo* y el *Panrelacionismo*, éste último es el que me sigue pareciendo más adecuado. Me limitaré a indicar muy brevemente los puntos que sí comparto con Ávila, sin entrar a considerar los que para mí son argumentos no tan concluyentes sobre la manera en que despacha al realismo débil y al antirrealismo.

69 Esta idea es realmente una perogrullada, pero algunos realistas se toman la molestia de acusar a los antirrealistas de sostener lo contrario. El idealismo lingüístico de Berkeley o la película Matrix podrían ser los únicos ejemplos en los que se plantea la posibilidad de que el lenguaje “construye” literalmente el mundo.

iedades esenciales de la clase natural que lo incluiría, podemos decir que la representación elaborada es acertada.

El problema que enfrenta el realista es que tiene que descifrar cuál es entonces la manera de ser del mundo, y cuando lo haga necesariamente tiene que conceder la intervención de nuestros criterios de individualización, de identificación, y de descripción. Pues, como dice Rorty, “el mundo no habla. Sólo nosotros lo hacemos” (Rorty, 1996, p.26).

El realista tiene que vérselas también con el problema de cómo es que sabemos que una afirmación de adecuación tiene la virtud de corresponder entre las propiedades de la naturaleza y las propiedades del objeto. A este respecto, según Rorty, los realistas todavía tienen que enfrentarse “a la cuestión de si el lenguaje de primer orden que utilizamos ‘corresponde con la realidad’ [él mismo]. Es decir, deberíamos preguntarnos si el hablar de gatos, números o de la bondad es la forma correcta de fragmentar el universo en trozos, si nuestro lenguaje corta la realidad por las articulaciones” (Rorty, 1996, p.115).

Así que lo único que le queda al realista robusto para afirmar es la simple verdad de perogrullo según la cual el mundo existe con independencia de nosotros. Pero al hacerlo, el realista –ahora débil– se compromete con un mundo amorfo, ajeno a nuestras categorías o esquemas conceptuales, todavía sin ser asumido ni aprehendido por nuestra red de creencias. Para Ávila, éste es un mundo “amorfo con entidades carentes de identidad, si es que a éstas se les puede llamar entidades” (Ávila Cañamares, 2005, p.70).

Un mundo así, dice Ávila, es un mundo absolutamente trivial desde el punto de vista epistemológico, pues plantea un sentido demasiado general y huero con el que no es posible trabajar. Dicho mundo sería un mundo insignificante, pues “ciertamente, no perderemos mucho si a un mundo así lo pasamos por alto” (Ávila Cañamares, 2005, p.78).

Si no queremos permanecer en el limbo entre un mundo prefabricado y con propiedades intrínsecas e inherentes (con una verdadera *manera de ser*), y el mundo nominalizado, epistemológicamente relevante, por el otro, debemos reconocer que con esa versión del mundo *sin más* lo que obtenemos es un silencio contundente y absoluto. Esa noción “poco sustantiva del mundo” (Ávila Cañamares, 2005, p.76) transporta al realista más débil a una disyuntiva que Ávila pone de presente en los siguientes términos:

Si el realista débil concede que las condiciones de identidad son intrínsecas a los objetos, entonces –al igual que su pariente robusto– tendrá que negar la relatividad conceptual en su versión más interesante. Si, por otra parte, concede con el antirrealista que las condiciones de identidad de un objeto están dadas por nuestros entramados teóricos, entonces el precio de su respeto por la relatividad conceptual parecería ser la carga del antirrealismo. Ahora el realista débil tendrá que aceptar que la realidad es una realidad genuinamente conceptualizada con su dominio de identidades teóricamente dependientes. Y si esas entidades están atadas de suyo a nuestras organizaciones categoriales, entonces también deberá precisarse el sentido en el que se afirma además que existe un mundo independiente de nuestras representaciones⁷⁰ (Ávila Cañamares, 2005, p.78).

No sé si esta crítica al esencialismo ontológico-realista resulta clara. Lo que pretendo resaltar con la anterior discusión es la diferencia entre tomar una u otra dirección; lo que implica partir de la ontología del mundo hacia la verdad de nuestras interpretaciones, o lo que implica partir de nuestras interpretaciones hacia un mundo nominalizado.

Ahora bien, tratándose de la metafísica idealista, el argumento que acoge el panrelacionismo es mucho más concreto. Después de que el idealismo ha aceptado que son nuestros esquemas conceptuales, nuestras pautas epistemológicas de individuación y descripción, y nuestras ideas y creencias las que constituyen y determinan el objeto, no resulta admisible plantear que esas categorías, esos esquemas, esas pautas y esas creencias responden a formas incondicionales, universales y *a priori* del entendimiento. Mucho menos es posible abrazar una teoría de la verdad como correspondencia. En este sentido Ávila (2005) manifiesta que:

70 Líneas atrás había sostenido que: “Si, fuera de proclamar que existe un mundo independiente de nuestras representaciones, el realista débil sostuviera también que las condiciones de identidad de las entidades que pueblan dicho mundo son condiciones *per se*, entonces su postura se acercaría a la de su pariente robusto y, en sentido estricto, tendría que comprometerse con el esencialismo. Si, por otra parte, el realista débil sostuviera que las condiciones de identidad de un objeto están atadas a nuestros marcos de referencia, su posición tomaría –al menos en este sentido– un cariz cercano al antirrealismo”. (Ávila Cañamares, 2005, p.77).

Aun si contáramos con un único esquema conceptual, seguiría siendo verdad que este esquema determina de forma sustantiva nuestras pautas ontológicas de individuación, y también seguiría siendo verdad que dicho esquema conceptual universal constituye el particular punto de vista de la especie humana y refleja sus particulares intereses y necesidades (p.70).

He dicho que nuestras prácticas jurídicas parecerían rechazar la pretensión esencialista en cuanto al derecho, de la misma manera en que lo hace el pragmatismo. Así las cosas, a pesar de que nadie podría negar, por ejemplo, la importancia de la noción de “regla” al interior de nuestro vocabulario, lo cierto es que difícilmente podríamos sostener, en contra de la práctica misma, que ésta sea la esencia del derecho.

Parece implausible, como lo indicó Dworkin, que el esencialismo positivista a propósito de las reglas deje por fuera a los principios de moralidad política. Así mismo, parece implausible que, a pesar de Dworkin, las reglas y principios dejen por fuera consideraciones consecuencialistas. Y así sucesivamente.

Lo que ocurre es que, sencillamente, cada filósofo del derecho intenta presentar un contexto relacional en el que la descripción del derecho generada explica mejor un determinado propósito previamente diseñado. Para ciertos objetivos, la mejor explicación del derecho será verlo como una cuestión de reglas. En otros casos, como una cuestión de principios de moralidad política. En un contexto diferente, ni lo uno ni lo otro. La tarea del filósofo del derecho, más que intentar presentar el estatuto ontológico del derecho, consistirá en presentar las razones por las cuales una descripción resulta más útil en un contexto determinado, y para unos propósitos previamente diseñados.

Lo que quiero decir es que el esencialismo metafísico hace referencia, para nuestro caso, a un concepto de derecho, y a una epistemología parasitaria, que se presenta como un marco fijo y rígido que impide la intervención y el funcionamiento de diferentes formas de categorizar y describir nuestra disciplina.

Los anteriores son conceptos que, a pesar de que pueden eventualmente no ser inter-traducibles, y que incluso pueden ser inconmensurables, resultan válidos y correctos en el contexto de uso adecuado, dependiendo de los

propósitos concretos de la comunidad de hablantes. En cambio, como lo plantea Ávila (2005):

Si se es esencialista, no habrá lugar para la idea de que múltiples descripciones alternativas e irreductibles entre sí pueden ser correctas. En un mundo de esencias, las descripciones correctas en última instancia sólo serán formas distintas de decir lo mismo y, en estricto rigor, tan sólo habrá a lo sumo una única forma correcta de describir el mundo (...) Y si la relatividad conceptual en su versión más interesante ha de entenderse precisamente como la afirmación de que es posible una multiplicidad de descripciones correctas e irreductibles acerca de un dominio dado de entidades, entonces el realista robusto por fuerza no podrá dar entera cuenta de este fenómeno. Justamente, las esencias se lo impiden. (p.75).

De ser esto correcto, la pregunta por “El” concepto de derecho pierde significativamente el sentido y se libra al filósofo de la necesidad de continuar con las dispendiosas elucubraciones metafísicas. El *Derecho* tiene tantas identidades como contextos relacionales concretos puede ocupar, y de ahí que innumerables descripciones posibles y disponibles en nuestra cosmovisión hagan menos probable la posibilidad de diferenciar entre propiedades intrínsecas –no-relacionales- y propiedades extrínsecas –relacionales-; o entre propiedades necesarias y contingentes del Derecho.

Tampoco es posible aceptar la idea de una “esencia” del derecho que responda al compromiso referencial que exige la pregunta por la ontología, o por la “fuente” del derecho. El Derecho, entonces, sólo puede ser conocido y entendido a través de múltiples oraciones que lo describen; y esto es lo que mejor hacen los abogados que tienen una perspectiva interna de la práctica jurídica.

De modo que a los profesores de filosofía del derecho no les queda otro camino que explicar por qué resulta útil o plausible trabajar con alguna o muchas de dichas relaciones, y en qué sentido se explica de una mejor manera la forma en que actuamos. Igual ocurre con la pregunta teleológica. No existe una finalidad esencial del derecho, sino diversos propósitos que dependen del contexto relacional.

Debemos explicar en qué situaciones la finalidad X resulta plausible, y de qué manera se explica de una mejor forma nuestras prácticas operativas. Pero, con ello, la pregunta teleológica también se ha trivializado significativamente. Todo lo que queda es finalmente lo que, de hecho, saben hacer los abogados perfectamente: el ejercicio interpretativo y argumentativo de identificar el escenario en el que se encuentra el eventual dilema jurídico; y el planteamiento de los contextos relacionales que mejor se acomoden a la necesidad concreta. En cada uno de ellos puede trabajar con un concepto o una finalidad contextual del derecho.

Sin embargo, esta explicación que ofrece el pragmatismo, se aceptaría mejor si contáramos con ejemplos en los que, efectivamente, coexistan dentro de la misma comunidad jurídica decisiones que partan de contextos relacionales de identidad irreductibles entre sí; y con todo, perfectamente válidas e incluso correctas como decisiones jurídicas.

Sería éste el supuesto en que, por ejemplo, un mismo tribunal basara su decisión en consideraciones estrictamente *consecuencialistas*, o de tipo económico para unos casos, pero que en otros adoptara decisiones *minimalistas* a partir de las cuales se concede que no es posible determinar con exactitud, o con buena probabilidad, las consecuencias futuras de un fallo. O se daría en el supuesto en el que para unos eventos, con base en razones prospectivas, se desconozcan principios jurídicos democráticos de procedimiento que, en otras circunstancias, resultarían trascendentales e imposibles de eludir.

De igual manera, sería el caso en que ese mismo tribunal pudiera simultáneamente emitir decisiones basadas sólo en reglas, y después en principios morales, o en acuerdos desprovistos de reglas previas, o en acuerdos que no tienen por qué seguir necesariamente un principio moral; y aun así todas fueran decisiones legítimas y correctas. Ese mismo tribunal podría, igualmente, tomar decisiones difíciles, simplemente acudiendo al uso lingüístico de un término, reduciendo su análisis a una disputa lógico semántica; y días después tomar decisiones acudiendo a teorías morales abstractas.

Dicho tribunal podría también adoptar como fundamento de su decisión una moral universal en la que se plantee la naturaleza universal, intrínseca e inherente de las propiedades morales que defienden los derechos fundamentales. Pero al día siguiente ponderar derechos fundamentales y, con ello,

relativizarlos al máximo. Si existiera un tribunal así, el pragmatismo jurídico tendría la mejor explicación posible de nuestras prácticas operativas.

Algunos ejemplos

I:

Para el caso de decisiones de orden consecuencialista, ese tribunal *pragmatista* podría manejar una teoría de modulación de los efectos de sus fallos, como lo hizo la corte constitucional colombiana, a propósito de la *inconstitucionalidad diferida*, en las sentencias C-109 de 1995, C-221 de 1997, C-112 de 2001, C-442, C-737 y C-141, todas del año 2001; o más reciente en la C-027 de 2012.

En todos estos fallos la corte adoptó un análisis consecuencialista, y realizó un juicio sobre las mejores consecuencias que a futuro se desprenden de tomar una u otra salida interpretativa, atendiendo al pronóstico de éxito o fracaso que una alternativa pudiera tener⁷¹. Así las cosas, en dichas sentencias, a pesar de haberse comprobado la inconstitucionalidad de una ley, la corte se abstuvo de retirarla del ordenamiento jurídico, debido a que su expulsión generaría peores consecuencias a futuro que lo que la misma inconstitucionalidad generaba.

Por tal razón, prefirió otorgar un plazo razonable al legislador para que, a través de su poder de configuración, sustituyera gradualmente el ordenamiento inconstitucional. Particularmente dicentes son las sentencias C-383, C-700, y C-747, todas de 1999, en las que se declaraba inconstitucional el sistema de financiación para la adquisición de vivienda denominado UPAC⁷².

Este sistema de tasación fue declarado inconstitucional por varias razones, dentro de las cuales se destaca la falta de competencia que tenía el Presidente de la República para su regulación, así como la grave situación de inconstitucionalidad, cuyo enorme impacto económico y social, afectaba la posibilidad de adquirir una vivienda en condiciones dignas, en razón al aumento exagerado de las cuotas mensuales que hicieron imposible el pago para cientos de miles de familias.

Sin embargo, a pesar de que el sistema UPAC era claramente inconsti-

71 Sobre el consecuencialismo véase el muy breve y claro artículo de Petit, Philip, titulado “El consecuencialismo”. En: Singer, Peter (ed) Compendio de Ética, alianza editorial, Madrid, 2004, págs. 323-336.

72 El UPAC era una forma de tasar las cuotas mensuales de financiación para la adquisición de vivienda, a través de lo que se conocía como Unidades de Poder Adquisitivo Constante.

tucional para la corte, ésta sostuvo que la expulsión inmediata del ordenamiento del sistema podría tener efectos catastróficos para la economía nacional, razón por la cual decidió mantener su vigencia por varios meses más.

En similar sentido, la sentencia C-737 de 2001, acerca del régimen de distribución de regalías sobre explotación de recursos naturales no renovables -Ley 619 del 2000-, acude a un análisis consecuencialista de manera explícita. En efecto, la Corte constató que se habían violado gravemente varias reglas y principios constitucionales sobre el diseño democrático establecido por la Constitución de 1991 a propósito del proceso de la formación de las leyes.

Durante este proceso se comprobó que en el Senado, y luego en la plenaria del congreso, a través de una comisión accidental de conciliación que tenía por propósito “armonizar” las discrepancias surgidas durante los debates de la ley, se había modificado sustancialmente lo aprobado en la comisión de la cámara de representantes (se pasó de 3 artículos a más de 20).

Sin embargo, a pesar de ello, y después de constatar que los graves vicios de procedimiento eran insubsanables, se realizó un juicio sobre los posibles efectos que se seguían a futuro si se retiraba del ordenamiento jurídico la mencionada ley. En línea gruesa, se indicó lo siguiente:

- En ajustada síntesis, la ley 619 del 2000 cambiaba la tarifa fija del 20% de regalías en la explotación de hidrocarburos, por una tarifa variable que iba del 5% al 25% de acuerdo a los niveles de producción; b.- Con este cambio se pretendía aumentar la inversión internacional, dado que la antigua tarifa fija ahuyentaba a los inversionistas extranjeros y a la posibilidad de mayor exploración y perforación, en tanto que consideraban el régimen de tarifa fija demasiado riesgoso. De hecho, según cifras de Ecopetrol, la ley ya había tenido efectos muy positivos, pues pasó de un promedio de 10 contratos de asociación por cada 5 años, a firmar 48 en tan solo 2 años. Lo que indica esta cifra, decía la corte, es que con nuevos contratos aumenta la probabilidad de nuevos descubrimientos. Si hay más descubrimientos, lo más probable es que el país se autoabastezca e incluso mejore sus niveles de exportación; c.- Ahora bien, si se declara inconstitucional la ley 619, lo que ocurre, entonces, es que se generaría un vacío absoluto en cuanto al régimen de regalías petroleras.

Sin un régimen de regalías, se generaría una inseguridad jurídica para el inversionista, que impactaría negativamente la economía nacional. Y se impactaría de manera dramática la economía, toda vez que el petróleo representa el 35% de todas las exportaciones y un porcentaje significativo en la producción de ingresos fiscales. Si se sustrae ese porcentaje al nivel de ingresos fiscales, se destrozaría el nivel presupuestal nacional y la balanza de pagos, lo cual, dice la corte, comprometería la estabilidad económica del país. Si no hay estabilidad económica no hay un orden económico justo, y no podrían garantizarse el respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales. De manera que, d.- si se retira la ley del ordenamiento jurídico, se le estaría dando un golpe de muerte a este renglón de la economía y, en un futuro próximo, se agotarían las reservas nacionales y se pasaría de un escenario de exportador a importador, lo que nuevamente generaría un impacto económico considerable.

Para justificar el pronóstico de éxito que tenía el mantenimiento de la ley dentro del ordenamiento, y el consecuente pronóstico de fracaso relacionado con su retiro inmediato, la corte usó un análisis económico propuesto por Ecopetrol, en el que se examinaban tres escenarios macroeconómicos posibles, concretamente acerca del déficit en cuenta corriente que se generaría con la declaratoria de inconstitucionalidad⁷³. Una vez fueron examinados estos as-

73 “El primero, que llama escenario P0, es el que muy probablemente ocurriría de no haberse firmado los nuevos contratos. El escenario P80, que tiene una probabilidad de 78%, es el que se desarrollaría si las exploraciones derivadas de estos nuevos contratos conducen al menos al descubrimiento de un campo de importancia. Y, finalmente, el escenario P50, que tiene una probabilidad de 41%, supone el descubrimiento de dos pozos significativos, a partir de estos nuevos contratos (...) El anterior cuadro indica que, por ejemplo, en 2008, el déficit de cuenta corriente sin los nuevos contratos de asociación, sería de 6420 millones de dólares, que representaría un 4.4 del PIB, mientras que en el escenario P80 el déficit representaría únicamente 2.5% del PIB y en el escenario P50 sería de 1.5% del PIB. Esta situación, como es natural, tiene consecuencias sobre las necesidades de financiamiento del déficit de cuenta corriente (...) El anterior cuadro implica que sin los nuevos contratos, en el año 2008, las necesidades de financiamiento del déficit de cuenta corriente se elevarían a 6516 millones de dólares, que representan 4.4.% del PIB, mientras que en el escenario P80 estas necesidades financieras equivaldrían a 2.7% del PIB y en el escenario P50 a sólo 1.6% del PIB. A partir de esos datos, el documento de ECOPETROL concluye que sin esos nuevos contratos de asociación, el déficit de cuenta corriente de la balanza de pagos sería cada vez más difícil de financiar, lo cual podría llevar al país a una crisis cambiaria. En cambio, en el escenario P80, el déficit de la cuenta corriente sería financiable y consistente con una estabilización en la relación deuda externa sobre PIB, mientras que el escenario P50 permite no sólo financiar el déficit de cuenta corriente sino incluso reducir el indicador deuda externa sobre PIB”.

pectos, la Corte decidió mantener la ley por dos años más debido al impacto macroeconómico que tendría su retiro.

Algunos Ejemplos

II:

Sin embargo, para que este tribunal fuera verdaderamente pragmatista también tendría que, dentro del mismo orden constitucional vigente, renunciar a establecer exámenes de tipo consecuencialista, y realizar juicios minimalistas, los cuales aceptan que no es posible identificar, en la mayoría de los casos, las consecuencias que a futuro se desprenden de una decisión⁷⁴.

Lo que pretende el minimalismo es, en ajustada síntesis, promover la idea de que los jueces y tribunales en sus decisiones plantean juicios desprovistos de grandes teorías o análisis omnicomprensivos, como precisamente lo proponen las teorías de lo bueno, o teorías consecuencialistas de lo correcto. El consecuencialismo y el Análisis Económico del Derecho, por ejemplo, son elaboradas teorías completas de lo correcto; es decir, teorías que sostienen que, independientemente del valor o los valores previamente escogidos por una comunidad específica acerca de lo que debe hacerse, lo importante es averiguar las maneras en que tales valores deben ser fomentados por los individuos y las instituciones para responder a ellos⁷⁵.

El minimalismo judicial es, entonces, prioritariamente una respuesta, una tercera vía, frente a teorías completas tanto morales como de lo correcto, las cuales funcionan como justificaciones de última instancia (fundamentos) en las

Por todo lo anterior, dice la corte, *“la intervención de ECOPEPETROL concluye que la expulsión inmediata del régimen de regalías tendría consecuencias macroeconómicas, muy graves, puesto que dejaría sin piso jurídico todos estos contratos de asociación, lo cual colocaría al país en el escenario PO, en donde los riesgos de crisis cambiaría son altos, con el correspondiente impacto que tal situación tiene sobre la estabilidad económica general y el nivel de vida de la población”*.

74 Sobre la recepción del minimalismo de Cass Sunstein véase el artículo de Cajas Sarria, Mario Alberto: El minimalismo judicial de Sunstein: ¿un uso local por la Corte Constitucional?. En: Cajas Sarria, Mario Alberto (ed), Cass Sunstein. Acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional y otros ensayos. Universidad ICESI, Cali, 2010, págs. 231-261.

75 Petit, Philip, El consecuencialismo, Op. Cit. Págs. 323, 324 y 325. Sobre una explicación del porqué el análisis económico del derecho, en pensadores como Richard Posner, es todavía una forma de consecuencialismo, véase: Rojas, Abdón: Pragmatismo, Neopragmatismo y sus rendimientos en teoría jurídica, op. cit. Cap. 3.

decisiones judiciales⁷⁶. De acuerdo con Sunstein, lo que suele ocurrir, no sólo en la vida cotidiana de las personas regulares, sino incluso en los más altos tribunales de justicia, es que frente a desacuerdos y conflictos sobre temas de difícil resolución, las personas renuncian a las grandes teorías explicativas, y acuden más bien a pequeños y muy concretos acuerdos con un bajo nivel de abstracción conceptual (descenso conceptual).

Así las cosas, según Sunstein, los jueces suelen resolver los asuntos que se plantean a su consideración acudiendo a acuerdos desprovistos de teorías explicativas completas y conceptualmente estructuradas, o a grandes teorías que justifiquen completamente la decisión adoptada. Según este autor, “la gente puede ponerse de acuerdo en que cierta práctica es constitucional o no lo es, aun cuando las teorías que subyacen a sus juicios divergen abruptamente”⁷⁷. De ahí que:

El acuerdo sobre las particularidades carece de teoría completa, en el sentido de que los participantes más pertinentes tienen clara la práctica o el resultado, sin estar de acuerdo en la más general de las teorías sustentadoras (...) Con frecuencia la gente puede estar de acuerdo en que una regla (...) tiene sentido, sin estar completamente de acuerdo con respecto a los fundamentos de su creencia (...), sin entender o converger con respecto a un fundamento definitivo⁷⁸.

De manera que en los ordenamientos constitucionales, señala Sunstein, lo que suele observarse es que los jueces resuelvan los casos con una baja densidad teórica, acudiendo más bien a analogías, extrayendo reglas desde los casos decididos previamente, y extendiendo la legitimidad de la decisión anterior al nuevo caso. Esto lo hacen sin necesidad de justificar por qué esa decisión es la mejor desde el punto de vista de una teoría de lo bueno, o por qué es la que genera las mejores consecuencias a futuro, desde una teoría de lo correcto. Simplemente eluden la justificación teórica de estos casos, y resuelven a partir de cuestiones muy concretas y particulares sobre las que sí hay acuerdo.

76 Esa es la manera en la que interpreto el trabajo de Sunstein. Véase: Sunstein, Cass: Acuerdos Carentes de una teoría completa en derecho constitucional. En: Cajas Sarria, Mario Alberto (ed), Cass Sunstein. Acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional y otros ensayos, op. cit. Pág. 205.

77 *Ibidem*, pág. 204.

78 *Ibidem*, pág. 205.

Ciertamente, los jueces deciden en ocasiones de esta manera porque están de acuerdo con una *práctica establecida*, sin parar mientes en las justificaciones que subyacen a esa práctica. Los jueces eluden la justificación teórica de ciertas decisiones porque para resolver las cuestiones que se les presentan simplemente basta con el uso de una analogía o regla predeterminada.

Pero, cuando actúan de ese modo están adoptando un concepto de derecho absolutamente distinto a cuando deciden por conducto de teorías maximalistas amplias y completas; o cuando deciden a través de teorías completas de lo correcto. En ese orden de ideas, si un tribunal es lo suficientemente pragmático, debe también resolver casos de forma minimalista, como lo hiciera la corte constitucional colombiana en las sentencias C-404 de 1998 y C-816 de 2004⁷⁹.

En la sentencia C-404 de 1998, en la que la corte decidió una demanda de inconstitucionalidad sobre un artículo del código penal acerca de la prohibición del incesto, explícitamente se eludieron las discusiones filosóficas y éticas que pretendían resolver una controversia de semejante magnitud.

Lo que hace la corte es más bien sostener que la prohibición del incesto es un límite justificado al libre desarrollo de la personalidad, porque más allá de toda disputa científica o filosófica, “la proscripción de las relaciones sexuales endogámicas aparece como una constante social desde tiempos remotos, en las más diversas culturas”⁸⁰. La corte constató que si bien diversas posiciones antropológicas, psicológicas, psicoanalíticas, psiquiátricas, y biológicas, que fueron remitidas al expediente, divergen entre sí acerca del fundamento teórico sobre el cual debería soportarse la decisión, y adoptan distintos modelos de teorías del bien y de teorías de lo correcto, todas están de acuerdo en señalar que el incesto debe ser prohibido.

Adicionalmente, y dado que es una *práctica establecida* y constante, la corte realizó un descenso conceptual, y acogió un acuerdo que puede ser denominado como carente de una teoría completa⁸¹, como quiera que se llegó a un

79 Este es el ejemplo que ofrece Cajas en su artículo titulado “El minimalismo judicial de Sunstein: ¿un uso local por la Corte Constitucional?”, Op. Cit.

80 Corte Constitucional, sentencia C-404 de 1998, punto 5 “consideraciones generales sobre el incesto”.

81 Como expresa Sunstein, “este fenómeno se presenta cuando las personas se ponen de acuerdo sobre una decisión sin ponerse de acuerdo en algún tipo de explicación que la sustente”. Sunstein, Op. Cit. Pág. 205. También sostiene que “tales acuerdos son cruciales cuando se trata de lograr decisiones efectivas en medio de intenso desacuerdo”. *Ibidem*, pág. 206.

consenso que respalda la decisión como jurídicamente correcta, a pesar de que no se arribara a un consenso sobre la teoría que amparara esa decisión.

Por su parte, en la sentencia C-816 del 2004, la corte tenía que resolver, nada más ni nada menos que la constitucionalidad o inconstitucionalidad del estatuto antiterrorista promovido por un gobierno que gozaba de una enorme popularidad, con amplias mayorías parlamentarias, y que intentaba hacer frente a la exigencia de seguridad y defensa del orden público en un contexto de guerra de más de medio siglo.

La corte constató las enormes dificultades de lograr un consenso acerca de si el estatuto desconocía o no derechos fundamentales, y aún reconociendo ello, no era posible un acuerdo sobre si la limitación a éstos era admisible constitucionalmente. Adicionalmente, como lo indica Mario Cajas, “se trataba de la prueba de fuego del recién inaugurado precedente del juicio de sustitución constitucional” (2010, p.254), lo que hacía todavía más difícil la toma de la decisión.

Sin embargo, la corte optó por eludir toda esta discusión, y se inclinó por un argumento que sí generaba un consenso, sin detenerse a establecer si la reforma sustituía o no a la constitución. Sencillamente declaró la inconstitucionalidad por vicios de forma en el trámite, considerando que se desconocía el diseño democrático e institucional instaurado por la constituyente de 1991.

Es claro que debe existir un concepto de derecho y de interpretación distinto cuando, durante la toma de una decisión, a pesar de que se constata la inconstitucionalidad de una ley por vicios de procedimiento, ésta se mantiene dentro del orden constitucional por razones consecuencialistas (teoría completa), pero luego, en otro caso, la constatación de las mismas transgresiones de procedimiento sí tiene la entidad suficiente para expulsar del ordenamiento jurídico a una reforma, lo que se hizo a través de la elusión del tema teórico central de la sustitución constitucional (teoría incompleta).

De la misma manera, es claro que existe un concepto de derecho diferente cuando un tribunal acoge un enfoque más analítico y una interpretación de corte más lógico-semántica. Esto fue lo que hizo la corte constitucional colombiana en la sentencia C-221 de 1997, en la que el dilema se presentó sobre si la palabra “Estado” empleada por los artículos 80, 334 y 360 de la constitución hacía referencia al conjunto de todas las autoridades públicas, o más bien al concepto de “nación” o al de “gobierno central”.

La resolución de este dilema sobre los usos lingüísticos de un término, en el marco de una comunidad de usuarios específica, era de total trascendencia, dado que se requería determinar si el artículo 233 del decreto 1333 de 1986, que autorizaba a los concejos municipales a imponer un impuesto por la extracción de arena, cascajo y piedra de los ríos, estaba dando vía libre, de forma subrepticia, al pago de *regalías* a favor de un municipio, cuando lo autorizado por la normatividad es que sea únicamente a favor del “Estado” entendido como “nación”⁸².

Más allá de ello, como lo indiqué más arriba, las disyuntivas entre consecuencialismo y minimalismo, o entre teorías completas e incompletas, no son los únicos casos en los que un tribunal pragmatista puede verse envuelto cuando se trata de decisiones que no son intertraducibles entre sí, pero que, aun así, conservan plena validez dentro de un mismo ordenamiento jurídico.

El caso más dicente es, desde mi interpretación, el manejo que se le da a la relativización de los derechos universales por conducto de la ponderación. No hay que ser un genio para darse cuenta de que la universalización de los derechos hace referencia a una fundamentación de corte metafísico, incondicional, mientras que la ponderación es una metodología que parte de un relativismo que por definición no es universal sino contextual.

Así las cosas, adoptar simultáneamente dentro de un mismo orden jurídico tanto al universalismo como al contextualismo en los procesos de toma de decisiones, es otra de las tantas maneras en que una corte pragmatista acoge la explicación panrelacionista. Pero esta explicación sólo será aceptable si somos capaces de encontrar un ejemplo práctico de la manera real en que operaría ese tribunal pragmatista, así como lo ha hecho la corte constitucional colombiana en cientos de sentencias desde que entró a operar el test de ponderación. Simultáneamente, dicho tribunal ha seguido manejando una teoría de derechos inherentes, inalienables e intrínsecos, como parte de una fundamentación universal de derechos humanos naturales.

82 La corte constató que en lo tocante con el artículo 80 constitucional, el uso del término “Estado” hace referencia al uso ordinario a partir del cual se diferencia del “gobierno central” o “nación”, e incluye no sólo a las entidades estatales sino a todo el conjunto de autoridades públicas. Sin embargo, encontró muchos más problemas en el uso que el artículo 360 hace del término “Estado”, pues parecería indicar, *prima facie*, que sí es asimilado al de Nación. La corte también debatió en muchas ocasiones si en el artículo 230 constitucional, al decir que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley, se refería a la ley expedida por el congreso o a todo el ordenamiento jurídico en general.

Ahora bien, surge una pregunta en relación ya no con el concepto de derecho sino con el concepto de interpretación. Si se renuncia al esencialismo metafísico, y si la epistemología no resulta ya parasitaria del punto de partida metafísico, ¿no debería la epistemología también renunciar a su compromiso esencialista?

El pragmatismo acoge también un significado relativo al contexto relacional en el que se emplee la palabra interpretación. Y eso es justamente lo que hacen los abogados en la práctica. Para unos casos, “interpretación” valdrá como el desciframiento del significado de un enunciado de acuerdo con el sentido convencional de empleo de una comunidad específica actual. En otros casos “interpretación” valdrá como el desciframiento del significado de un enunciado de acuerdo al sentido convencional de empleo de una comunidad específica pasada. En un tercer tipo de casos, “interpretación” valdrá como el desciframiento del mejor significado posible de un enunciado, de acuerdo al nivel de conexión o coherencia con otros significados disponibles ya consolidados.

Para otro conjunto de casos, “interpretación” valdrá como la imposición del mejor significado posible a un enunciado de acuerdo al nivel de conexión o coherencia con otros posibles significados abstractos y no consolidados. En otros casos, “interpretación” valdrá como la imposición del mejor significado posible a un enunciado, de acuerdo a las consecuencias futuras de tipo político o económico.

134

Dentro de otro grupo de casos, “interpretación” valdrá no como el desciframiento o imposición del significado de un enunciado, sino como el desciframiento o imposición del significado de una historia interpretativa sobre el enunciado. En un último conjunto de casos, “interpretación” valdrá como la mejor forma de ver un enunciado que merece ser interpretado después. O puede pasar que todo lo anterior se entienda no en relación con enunciados completos sino con palabras concretas dentro del enunciado. En otras ocasiones, “interpretación” será tomada como una actividad, dinámica o estática, mientras que en otra valdrá como el producto o resultado de dicha actividad. Como dice Guastini, a veces “interpretación” será un acto de conocimiento, en el sentido de identificar los significados establecidos de un texto o palabra, mientras que en otro contexto, “interpretación” será

un acto de elección política de un determinado significado atribuible a una palabra o enunciación (Guastini, 2010, p. 80 y 81). Nuevamente, la labor del teórico del derecho descansa en explicar y justificar por qué esos distintos usos resultan más útiles en un determinado contexto que en otro.

En ese orden de ideas, siguiendo la metáfora rortiana del ser humano operando dentro de una red infinita de relaciones entre creencias y deseos; y entendiendo a las creencias como hábitos de acción y como posiciones en dicha trama entretejida, la interpretación será algo así como un proceso indefinido de tejido y retejido de esa red (Rorty, 1996, p.131-135). El fin de la interpretación, desde esta perspectiva, no es otro que presentar nuevas actitudes oracionales (Rorty, 1996, p.131), nuevos comportamientos desplegados, nuevos hábitos de acción.

Y una vez desplegada la acción en el entorno de los intérpretes, surgen nuevas creencias y, sobre ellas, nuevas acciones. En el marco de este proceso, se vuelve más nítida la diferenciación deweyana entre hábito e indagación. Por un lado, dice Rorty (1996), pueden verse:

Aquellas situaciones que precisan un mínimo de retejido –como cuando uno mueve la mano izquierda para coger el tenedor, tiene la creencia de que no está allí sino al otro lado del plato, y muevo entonces la mano derecha. El retejido que comporta asimilar la creencia nueva “el tenedor está en el lado incorrecto” suele ser demasiado mínima para merecer el nombre de “indagación”. Pero en ocasiones, en situaciones especiales, la adquisición de esa creencia provoca el tipo de retejido a gran escala, consciente y deliberado que sí merece ese nombre” (p.131).

Este proceso de tejido y retejido se asemeja mucho a la metáfora de la novela en cadena (el derecho como una novela escrita a varios manos) que planteaba Dworkin, en la que los intérpretes maniobran sobre las creencias y los relatos ya existentes (en forma mínima o masiva, según sea el caso). Las creencias existentes y los relatos disponibles ejercen presión sobre el intérprete, y éste ejerce presión sobre dichos entramados.

Cuando esto ocurre, sostiene Rorty, las interpretaciones toman el rostro de *contradicciones*, *tensiones* o *sinsentidos*. En tal situación suele ocurrir que

(i) desechamos el retejido nuevo por ir en contravía de un buen número de relaciones existentes; (ii) se acepta el retejido forzando la creación de nuevos entramados, con el fin de incorporar “al molesto intruso, reduciendo la presión que las antiguas creencias y deseos ejercen sobre él y que éste ejerce sobre aquellas” (Rorty, 1996, p.131); o bien (iii) se borra -se procede a deshilar- un conjunto de creencias y deseos antiguos, dejando de tener actitudes oracionales frente a determinadas palabras. Como lo planteaba ya con anterioridad:

Ésta es una explicación que se ajusta bastante bien a la explicación kuhniana según la cual a pesar de que algunas creencias funcionan como hitos o paradigmas consolidados, con todo se permite la incorporación de nuevas creencias y nuevos desafíos. El desplazamiento espacial y gradual desde el mero hábito a la indagación, es un correlato proporcional del nivel de retejido incorporado. Lo que dice Rorty es que en algunas ocasiones -como cuando se presenta la ciencia revolucionaria y un nuevo hito o paradigma de significado irrumpe y desafía una parte del entramado existente-, vale la pena empezar a usar el término de “recontextualización”: “Cuantos más amplios sean los cambios, más utilidad tendrá la noción de “nuevo contexto”.

Este contexto nuevo puede ser una nueva teoría explicativa, una nueva clase de comparación, un nuevo vocabulario descriptivo, una nueva meta privada o política, el último libro que hemos leído, la última persona con la que hemos hablado; las posibilidades son ilimitadas” (Rojas, 2012, p.146).

Y este es, desde mi punto de vista, el funcionamiento panrelacionista y kuhniano de la interpretación que realizan los operadores jurídicos.

Conclusión

La práctica de los abogados y los jueces parece desdeñar la posibilidad de ser esencialistas en relación con nuestra profesión. No quiero decir con ello que la pretensión esencialista sea algo así como una enfermedad de la que deben ser acusados cruelmente ciertos teóricos. No creo realmente que ser esencialista sea algo inherentemente bueno o malo. Me limito a afirmar que lo que

nuestras dinámicas muestran es más bien un enfoque panrelacionista, que dista de las clásicas explicaciones metafísicas sobre la manera en que debe concebirse y justificarse nuestra disciplina, al menos en lo que tiene que ver con nuestros conceptos de derecho y de interpretación.

Los abogados y los jueces usan diversos conceptos de derecho, y múltiples interpretaciones que son correctos y válidos dependiendo del contexto relacional en que se opere. Esto que es ciertamente una verdad de perogrullo para los abogados que tienen la perspectiva interna del practicante del derecho, vale decir, de quien ha desarrollado la habilidad para interpretar y argumentar dependiendo del contexto operativo, y de manejar múltiples conceptos de derecho (a veces difícilmente intertraducibles), no resulta tan claro para la iusfilosofía cuando se ensaña en seguir generando explicaciones esencialistas que no justifican las prácticas cotidianas que ya de por sí tienen bastante sentido.

Esto tiene que ver, según como veo las cosas, con la misma manera en que entendemos a la filosofía del derecho. Si la concebimos como el espacio en el que tratamos y examinamos un elenco de problemas esenciales y recurrentes, seguirá siendo algo desconcertante, desconectado, y observado con desdén por los abogados corrientes. Si, por el contrario, la entendemos como la justificación de las prácticas que ya tienen sentido para las personas que operan al interior de una disciplina, entonces la filosofía tiene una mayor utilidad.

Ahora bien, el “rostro” de una filosofía jurídica de corte pragmatista no se limitaría a los pequeños trozos de lo dicho en este texto. Lo acá indicado es apenas el inicio de un proyecto mucho mayor, en el que la epistemología planteada en estos justos términos generaría muchos más rendimientos explicativos. Este ejercicio se limitaba exclusivamente al concepto de derecho y al concepto de interpretación, y a la manera en que ellos se relacionan.

Adicionalmente, y como es apenas natural, un ejercicio de tal magnitud es gradual, detallado, y no puede alcanzarse en el espacio reducido de un artículo de por sí ya bastante extenso. Lo que sigue es explorar el tipo de consecuencias que se derivan para la filosofía del derecho después de adoptar el antiesencialismo, el nominalismo y el panrelacionismo en los conceptos de derecho y de interpretación.

Del análisis aquí realizado se desprende una teoría anti-representacionista del conocimiento y una teoría anti-correspondentista de la verdad. Piénsese en las consecuencias para el derecho probatorio o para el derecho constitucional una vez sustraemos las nociones de “representación” o “correspondencia con la realidad” del primero, o de “fundamentación” esencialista de los derechos humanos y fundamentales para el segundo. Sencillamente, un buen número de discusiones se abren a partir de estas conclusiones.

Referencias

- Alexy, R. (2007). ¿Derechos humanos sin metafísica?.
- Alexy, R. (2005). *La institucionalización de la justicia*. Comares.
- Alexy, R. (2008). En torno al concepto y la naturaleza del derecho. (C. Bernal Pulido) *El concepto y la naturaleza del derecho*, 73-98.
- Alexy, R. (2008). Teoría de la argumentación jurídica. *Centro de Estudios Constitucionales, Madrid*, 214. Segunda edición.
- Aristóteles. (s.f.). *Metafísica*. Biblioteca Filosófica. Volumen 10.
- Ávila, I. (2005). Realismo, esencialismo y extensionalismo. (L. Hoyos) *Racionalidad y Relativismo*.
- Cajas Sarria, M. A. (2010). El minimalismo judicial de Sunstein: ¿un uso local por la Corte Constitucional? En Sunstein, C. R. (2010). *Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional*. Universidad Icesi. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
- Corte Constitucional Colombiana, sentencias C-109 de 1995, C-221 de 1997, C-404 de 1998, C-747 de 1999, C-700 de 1999, C-383 de 1999, C-112 de 2001, C-442 de 2001, C-737 de 2001, C-141 de 2001, C-737 de 2001, C-816 de 2004 y C-027 de 2012.
- Guastini, R., (2010). *Nuevos Estudios sobre Interpretación*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría y Filosofía del Derecho, N. 55., Bogotá.
- Hart, H. L. (1998). *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Kant, I. (1993). *Metafísica de las Costumbres*. Barcelona: *Altaya*.
- Kant, I. (2010). *Crítica de la Razón Pura*. Madrid: Editorial Aguilar.
- Kelsen, H. (1958). *Teoría general del derecho y del Estado*. UNAM.
- Kelsen, H., (1998). *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política N. 11. México: Distribuciones Fontamara, quinta edición.
- Kelsen, H., & Vázquez, E. (1969). *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. Centro Editor de América Latina.
- Kripke, S. A., & Marquezze, J. R. (2006). *Wittgenstein a propósito de reglas y lenguaje privado: una exposición elemental*.
- Laserna, M. (1985). La teoría de la verdad en Kant. *Ideas y Valores*, 34(66-67), 21-36.

- León Gómez, A. (s.f.). Lógica y Criterios de Verdad en Kant. *Ideas y Valores*, 34(66-67), 65-86.
- López, D. (2006). Teoría impura del derecho. *Bogotá Colombia: Legis Editores*.
- López Medina, D. E. (2008). La letra y el espíritu de la ley. *Universidad de los Andes y editorial Temis, Bogotá*, 23.
- Mariás, J. (1964). Historia de la Filosofía. *Manuales de la Revista de Occidente*. Madrid.
- Navarro, P., E. y Bouvier, H. (s.f.). Controversias jurídicas y seguimiento de reglas. Disponible en <http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCoQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.accionfilosofica.com%2Fmisc%2F1117331921jrnDoc.doc&ei=xy-PU5XJEIrnSQTzzIHACA&usg=AFQjCNFbFKS9QCFy24GIns-RU4biBFqkzA>
- Paulson, S. L., (2000). *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Paulson, S. L. (1992). Kelsen's Legal Theory: The Final Round. *Oxford J. Legal Stud.*, 12, 265.
- Peirce, Charles Sanders, *How to make our ideas clear*, *Popular Science Monthly* 12 (January 1878), 286-302. Disponible en: <http://www.peirce.org/writings/p119.html>
- The Fixation of Belief*, *Popular Science Monthly* 12 (November 1877), pp. 1-15. Disponible en <http://www.bocc.ubi.pt/pag/peirce-charles-fixation-belief.pdf>
- PÉREZ LLEDÓ, J. A. (2008). El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos. *Palestra-Temis, Lima-Bogotá*.
- Petit, P. (2004). El consecuencialismo. En: Singer, Peter (ed) *Compendio de Ética*. Madrid: Alianza Editorial, 323-336.
- Rachels, J. (2005). El Subjetivismo. En: Singer, P. (ed). *Compendio de Ética*. Madrid: Alianza Editorial, 581-592.
- Rojas, V., M. (s.f.). *La Filosofía del Derecho de Immanuel Kant*. UNAM. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/242/art/art8.pdf> pág. 170.
- Rojas A., M. (2012). *Pragmatismo, Neopragmatismo y sus Rendimientos en Teoría Jurídica*. Disertación Doctoral. Bogotá: Universidad de los Andes.

- Rorty, R., & Sinnot, A. E. (2001). *Contingencia, ironía y solidaridad*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Rorty, R. (1989). Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice, *The S. Cal. L. Rev.*, 63, 1811. En: Brint, M. (1991). *Pragmatism in law and society*. Westview Pr.
- Rorty, R. (2000). *El pragmatismo, una versión: Antiautoritarismo en epistemología y ética*. Ariel.
- Rorty, R. (1996). *Objetividad, relativismo y verdad*. Barcelona: Paidós.
- Searle, J. R. (1997). *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós.
- Sunstein, C. R. (2010). *Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional*. Universidad Icesi. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
- Walter, R., & Borda, L. V. (1999). *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Wittgenstein, L., Suarez, A. G., & Moulines, C. U. (2008). *Investigaciones filosóficas*. Barcelona: Crítica.

