

CONGRESO i-LATINA. Rio de Janeiro. Julio 2018

NUESTROS CLÁSICOS

*Relatoria apresentada por Prof. Henrik López Sterup
(Universidad de los Andes)*

Intentar hacer una reseña de los textos sobre nuestros clásicos que me ha correspondido el honor de hacer ha resultado en una tarea compleja. Para el panel se han presentado seis ponencias que tienen distintos niveles, pues hay presentaciones que van desde la biografía académica de un filósofo del derecho hasta quienes propone un cuestionamiento de un postulado específico de otro.

Dado que se trata de sólo seis ponencias, he tenido que desechar el modelo que adoptó MANUEL ATIENZA en la relatoría de este panel en el congreso celebrado en Alicante en 2016, pues en dicha ocasión había un sinnúmero de trabajos con el objetivo de presentar una amplia diversidad de autores. En esta ocasión, cada texto se refiere a un autor distinto.

Dado ello, intenté identificar un hilo común a los seis textos, que permitiera organizar la relatoría. La primera opción fue por el origen de los autores. Sin embargo, me encontré con dos autores nacidos en América del Sur, dos nacidos en Europa y que terminaron trabajando en América y dos autores nacidos y que trabajan en Europa. Este camino, claramente, no ofrece un medio razonable de relacionarlos.

Otro camino fue el de considerar la temática de los textos presentados al panel. Me encontré con dificultades similares, pues dos textos hacen un análisis a obras puntuales de los profesores investigados, dos textos analizan un aspecto central de la obra teórica de sus autores estudiados, otro presenta las tesis centrales de la propuesta del autor analizado y el último hace una semblanza de su vida intelectual.

El criterio cronológico tampoco me aportó un medio de relacionar los autores, los textos y sus ideas, pues se desarrollan en momentos distintos. Así, si bien algunos textos de los autores se construyen en la primera mitad del siglo XX, aspectos centrales de sus tesis son elaboradas en los finales de los años sesenta o de los setenta y, otros, presentan las tesis analizadas en el siglo XXI.

Así, opté por hacer una presentación de cada una de las ponencias, siguiendo un criterio desde la abstracción hacia la concreción y, si fuere posible, una reflexión final unificadora.

Comienzo por el texto de Diego LUNA sobre la obra del iusfilósofo argentino Carlos COSSIO. Este texto, como lo presenta el propio profesor Diego LUNA, “en gran medida... reproduce el texto presentado” en el I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino y justifica la presentación de nuevo del texto para este congreso “en la necesidad de garantizar la mención de un clásico que no debe estar ausente en el ámbito latinoamericano” (1).

No es objeto de esta relatoría entrar en discusiones sobre si el cubrimiento dado a un ilustre iusfilósofo fue o no suficiente en la pasada edición de este congreso. Baste al respecto, primero, presentar de nuevo lo reseñado por el profesor ATIENZA en dicha oportunidad:

Y llegamos finalmente al país latinoamericano que ha conocido el mayor desarrollo de la filosofía del Derecho en el pasado reciente: La Argentina. Diego LUNA, en su contribución “Carlos COSSIO: pinceladas iusfilosóficas y biográficas de uno de los más eminentes representantes de la cultura latinoamericana”, tiene mucha razón al recordarnos que “por lo que se refiere a la filosofía del Derecho en Argentina”, pero seguramente no sólo en Argentina, “todo empezó con COSSIO”. Carlos COSSIO (1903-1987) fue probablemente el primer filósofo del Derecho latinoamericano que creó una teoría y una escuela iusfilosófica con amplia repercusión fuera de su país. Una teoría que interesó a algunos de los más grandes filósofos del Derecho de la época, como KELSEN, o como el propio BOBBIO; este último consideraba (en la temprana fecha de 1939) a COSSIO como “un filósofo del derecho con el cual es posible entenderse. Tiene nuestras mismas preocupaciones y entre ellas, principalmente, la de no hacer de la filosofía del derecho el uso de los teóricos abstractos, ajenos a la experiencia jurídica e inmersos en estériles elucubraciones.

Aun sabiendo que una cosa es la filosofía del derecho y otra es la ciencia jurídica, y que los juristas esperan inútilmente que de la filosofía provenga la solución a sus problemas, que son exclusivamente científicos (...), COSSIO está convencido que nuestra disciplina deba aproximarse a la vida concreta del derecho, si quiere vencer la batalla contra la indiferencia y la hostilidad de los juristas”.

Probablemente el rasgo más característico, más valioso, de la teoría egológica fundada por COSSIO haya sido su insistencia en señalar que el Derecho no consiste únicamente en la norma jurídica y en ver el Derecho como un fenómeno social. Una aproximación al Derecho que le permitió darse cuenta de la importancia de ciertos temas que luego han adquirido un gran protagonismo: la trascendencia de la función judicial, la imposibilidad de un estudio puramente neutral del Derecho o la necesidad de ocuparse de las relaciones entre el Derecho y la ideología (que le llevó a aproximarse al marxismo). Todo lo cual está en la base de la crítica que efectúa a los jueces argentinos por incurrir en formalismo, aunque ello no supusiera tampoco una llamada al activismo judicial, sino, diríamos, una exhortación a los jueces para sumir una actitud más activa: “¿Por qué –se preguntaba COSSIO en 1961- los jueces argentinos, en general y en forma permanente, están poseídos de una timidez jurídica que llega, con frecuencia, a una verdadera cobardía jurídica? Nos referimos –aclaraba- al agudo fetichismo gramatical hacia la ley advertible en nuestros jueces”.

Por lo demás, COSSIO se planteó también –como muy oportunamente señala Luna- aproximadamente el mismo tema central de este Congreso, la pregunta de si es posible una filosofía del Derecho regional, latinoamericana, a la que daba esta respuesta:

“El requisito primordial para poder hablar de una filosofía del derecho latinoamericana es que en esta área geográfica se haya ‘estrenado’ por lo menos un planteamiento nuevo de absoluta ‘universalidad’ filosófica sobre algo ‘fundamental’ concerniente al derecho”.

Y, en fin, como muestra de la universalidad que tanto anhelaba COSSIO, quizás no pueda aducirse un mejor testimonio que el de Kelsen, un autor cuya obra COSSIO contribuyó sin duda a introducir en el mundo latinoamericano, a pesar de que nunca dejara de manifestar algunas discrepancias de fondo. El texto de KELSEN es este:

“En mis conferencias he puesto de relieve de un modo absolutamente inequívoco las diferencias básicas entre la teoría pura del derecho y la teoría egológica (...)

COSSIO es un hombre de gran talento, imbuido por un interés verdaderamente apasionado por la filosofía del derecho. Es una personalidad fascinante y sus contribuciones a la teoría del derecho deben ser tomadas en serio, aunque yo no pueda aceptarlas” (p. 9).

Segundo, a lo reseñado por el profesor ATIENZA cabe añadir lo siguiente. La semblanza que hace el profesor LUNA recoge una faceta que se torna central hoy en día. COSSIO no sólo fue un significativo iusfilósofo, sino que tuvo un rol activo en la discusión en torno a la función de la universidad y la enseñanza del derecho. En esa línea cabe destacar su afán por que la enseñanza del derecho (y, al parecer, la universitaria en general) no se quedara en lo que llamaba la “propaganda personal puramente verbalista” (9), sino que debía reconducirse hacia un análisis científico sobre la realidad, sobre los hechos y a partir de los hechos, de manera que trascienda del puro hecho de decir hacia el hecho de hacer, ya que “la realidad está en lo que se hace y no en lo que se dice”(9), con lo que se reafirma su talante cercano al marxismo, tal y como lo había reseñado el profesor ATIENZA en la pasada conferencia.

Finalmente, si bien es indudable que falta ahondar en el pensamiento de COSSIO, al igual que sobre muchos otros iusfilósofos que hablan desde las lenguas latinas, la ponencia del profesor LUNA es apenas un abrebocas, que claramente se corresponde al título de la ponencia: pinceladas iusfilosóficas y biográficas.

El segundo documento por reseñar es la presentación de Miguel Angel CIURO CALDANI. Su documento se titula “Comunicación: Werner Goldschmidt” y consiste en una sucinta exposición sobre la vida pública de Werner GOLDSCHMIDT y su teoría en torno al tridimensionalismo jurídico. En cuanto a su vida pública, CIURO CALDANI relata cómo GOLDSCHMIDT, luego de que el nacional socialismo subiera al poder, salió de Alemania hacia España, donde ejerció como abogado desde 1945 y llega a la Argentina en 1948, comenzando una carrera como profesor de diversas universidades. En ese país, en 1956 su labor como docente se vio interrumpida por razones ideológicas, pero logró reanudarlas a partir de 1959. Según CIURO CALDANI dicho “desarraigo forzoso y la falsedad de muchas declamaciones de derechos que no llegaban a concretarse en la realidad” (2) tuvieron un profundo impacto en la obra de GOLDSCHMIDT.

CIURO CALDANI se dedica, luego, a una larga exposición sobre la teoría tridimensional, mostrando no sólo su influencia en otros teóricos, en particular en el profesor Miguel REALE en Brasil, sino, y, sobre todo, su actualidad. Según el expositor, GOLDSCHMIDT buscó superar las limitaciones que identificaba en la teoría de Kelsen y, en algún momento, se apoyó en y coincidió con los planteamientos del profesor Carlos COSSIO. Al parecer, el distanciamiento se produce por “su deseo de un desarrollo más firme de la teoría de la justicia” (3), lo que lo llevó a la publicación de su texto “La ciencia del derecho (DIKEOLOGÍA)” en 1958, que sentaría las bases para la formulación de la teoría trialista en el texto Introducción al Derecho de 1960 y de manera definitiva en su

obra “Introducción Filosófica al Derecho” de 1967, teoría que consiste en, según el propio GOLDSCHMIDT, en un desarrollo del tomismo.

Pues bien, la teoría trialista, según la exposición de CIURO CALDANI, tiene como eje la justicia y busca la comprensión de lo jurídico a partir de la integración de la teoría de la norma, la realidad social y el sistema de valores. El objetivo de dicho planteamiento es lograr el “desenmascaramiento de la realidad social que los poseedores del poder suelen tratar de ocultar en las normas o en consideraciones valorativas”, lo que nos lleva de pleno a la anticipación (de alguna manera) de los actuales planteamientos del movimiento del *Critical Legal Studies* a partir de su lectura de FOUCAULT y DERRIDA.

Sin embargo, en contra de estas tesis actuales, según se desprende del planteamiento de CIURO CALDANI, la teoría trialista de GOLDSCHMIDT no parte de la imposibilidad del derecho o de su negación. Por el contrario, al integrar las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica, el derecho se comprende en relación con el resto del mundo (5). La dimensión sociológica está construida en torno a la distribución bien sea natural o por la acción humana. Estos, al parecer, son el centro de atención. En torno a la distribución interesa a GOLDSCHMIDT lo que llama repartos, que es aquello que se distribuye, los repartidores y los beneficiarios. Los repartidores son aquellos que formal o materialmente distribuyen las potencias o impotencias. Se trata no sólo de los repartidores formales, que actúan mediante canales institucionales y cuyas razones son públicas, sino también aquellos que actúan soterradamente, los poderosos, cuyas razones son ocultas. Estos son quienes deben ser desenmascarados (6). Ahora, el objeto de la distribución no sólo se limita a aquellos beneficios y cargas explícitas, sino también aquellos beneficios o cargas que vienen acompañadas para la persona o, por ejemplo, sus allegados (7). CIURO CALDANI ilustra esta situación con la privación de la libertad que viene acompañada (y que es silenciada), al menos en América Latina, con el sufrimiento derivado de las condiciones de las cárceles. Esto sugiere una anticipación a las teorías distributivas, que están en la base de algunos actuales estudios feministas desarrollados a partir de planteamientos anglosajones.

Estos repartos pueden ocurrir bien sea de manera autoritaria o mediante acuerdos autónomos. Este punto es central, pues, señala CIURO CALDANI, para la teoría trialista la autonomía “es jurídica por sí misma, sin necesidad de alguna referencia a la autoridad” (9), lo que marcaría una significativa distancia frente a otros autores.

En cuanto a la dimensión normológica, GOLDSCHMIDT considera que la norma es “la captación lógica de un reparto proyectado hecha desde el punto de vista de un tercero”. Así, el objeto de la norma sería el cumplimiento del reparto. Planteado de

esta manera, y alejándose de las teorías tradicionales, en particular la kelseniana, la concepción de GOLDSCHMIDT de norma “no es esencial a la teoría” (9).

Respecto de las fuentes de las normas, CIURO CALDANI señala que GOLDSCHMIDT distingue entre fuentes reales y las de conocimiento. Estas últimas constituyen la doctrina jurídica. Las fuentes reales dividen en materiales, compuestas por el reparto mismo, y las formales, compuestas por “las autobiografías (relatos) de los repartos” (10). Esto, *prima facie* nos lleva a los Critical Legal Studies y movimientos posteriores, que han identificado en la construcción de relatos o narrativas una forma distinta de aproximarse a las relaciones entre derecho y sociedad y, más que todo, para la construcción u ocultamiento de identidades y de relaciones de dominación.

El funcionamiento del derecho depende, en buena medida, de la identificación de esos poderes reales, a fin de que se impida que los repartidores manipulen la normatividad. Así, GOLDSCHMIDT se aleja de los realistas, los CLS y demás movimientos contemporáneos en que no relega el Derecho a un lugar secundario, sujeto a los poderes reales y la manipulación de los repartidores. Muestra, mas bien, el riesgo de las tesis normativistas en tanto que reduccionistas.

Las anteriores dimensiones están íntimamente relacionadas con la dimensión dikeológica, que reconoce valores naturales, sean estos absolutos, relativos y fabricados. En este punto interesa destacar que el valor absoluto justicia es dependiente de las circunstancias, en clara inspiración aristotélica.

Como punto final de esta relación, cabría señalar que GOLDSCHMIDT reclama un régimen humanista y no totalitario. Esto se advierte tanto en la demanda de trato digno (el individuo como fin en si mismo) como en el valor de la autonomía como fuente de la justicia de los repartos. En otras palabras, democracia. Pero dicha democracia, lo que releva una interesante postura política, debe conducir a la protección de la persona “en todos los frentes: contra los demás como individuos y como régimen, respecto de sí mismo y contra todo ‘lo demás’ (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, desempleo, etc.)” (13), que no son más que las demandas consagradas en los tratados de derechos humanos universales, europeos y americanos.

El tercer documento para reseñar es el de Jorge Alonso BENITEZ HURTADO. Su documento nos trae el pensamiento del jurista ecuatoriano Jorge VILLAGÓMEZ YÉPEZ. La ponencia se centra en los planteamientos que, en 1946, hiciera el jurista en su obra “Introducción a la filosofía del derecho”. Según relata BENITES HURTADO, Jorge VILLAGÓMEZ YÉPEZ no solo fue jurista, sino que también estuvo vinculado a la vida pública ecuatoriana, siendo diputado, senador y canciller, así como embajador ante diversas instancias internacionales. Si bien BENITES HURTADO no lo menciona,

VILLAGÓMEZ YÉPEZ fue presidente del Instituto Indigenista Interamericano y, en 1953, actuando en calidad de presidente del consejo directivo de dicha entidad señaló que celebraba las actuaciones del instituto en pro del “redescubrimiento del indio americano”. Este punto se trae a colación a fin de comprender más hondamente el sentido humanista que RECASENS SÍCHES reconocía en la propuesta teórica de VILLAGÓMEZ YÉPEZ.

El punto de partida para comprender dicho sentido humanista es la manera en que, según el ponente, VILLAGÓMEZ siempre vinculó el Derecho y sus problemas filosófico- jurídicos con la realidad (2), ubicando el conocimiento del Derecho en un debate sobre el quehacer del iusfilósofo. Comienza el ponente por presentar una idea, al parecer central en la obra de VILLAGÓMEZ, referido a lo que este autor denomina gnoseología jurídica. Según entiende, la filosofía del derecho no tiene como tarea aventurarse en disquisiciones sobre el conocimiento, tema propio de la disciplina filosófica. Antes bien, a partir de las distintas líneas que desde la filosofía se ofrecen en este punto, la filosofía del derecho se aproxima a su objeto de estudio. Así “lo que hace la filosofía del derecho es escoger esa teoría del conocimiento que la filosofía le entrega como verdadera” (4). Así, aprovechando la discusión filosófica, VILLAGÓMEZ advierte que la gnoseología jurídica “ha dejado de ser perífrasis ornamental”, pero se enfrenta al riesgo de que, al superar el “molde aristotélico” se termine en el “supino del neokantismo” (5), en particular del kelseniano.

Así, termina por proponer lo que, en términos actuales sería una especie de constructivismo, pues vincula claramente el conocimiento con una experiencia social. En efecto, VILLAGÓMEZ señala que “el conocimiento no puede ser, ni será nunca, cuestión unilateral de una sola razón o de exclusiva experiencia, sino de cooperación y síntesis” (6).

Dicho conocimiento, en particular en el caso del Derecho, es producto de la transformación social, lo que remite a una lectura histórica del derecho o, al menos, a reconocer en su historia la construcción de sus conceptos esenciales. En esa medida, se trata de una teoría del derecho que la entiende a partir de sus vivencias pues “todo lo que ha sido o es real, ha tenido alguna efectividad o ha alcanzado su expresión en materia jurídica... será dominio de la Morfología” (6). De ahí que condene el que los estudiosos del Derecho lo traten como una abstracción o exclusivamente desde sus elementos empíricos. A partir de lo anterior, la morfología del Derecho, esto es, “la doctrina de las vivencias del derecho” (6) depende de comprender e integrar el conocimiento sobre los fenómenos sociales, que definen la unidad del derecho, sobre la historia, que explican su variedad, y los ciclos de cultura, que dan sentido a la totalidad del derecho.

El último punto que resalta BENITES HURTADO está relacionado con la

fenomenología jurídica. En este punto parece que VILLAGÓMEZ sigue a SCHREIER, identificando el acto jurídico como acto fenomenológico central para axiomatizar el Derecho. Esto le permite apoyarse en KELSEN, en tanto que éste identifica más precisamente la proposición jurídica como dicho acto fenomenológico. El siguiente paso es identificar el objeto del Derecho, el cual es fijado por VILLAGÓMEZ en la norma y que, siguiendo a SCHREIER, debe ser abordado desde lo que llama la Lógica (9).

Ahora bien, es claro que VILLAGÓMEZ, siguiendo la postura que inicialmente se ha reseñado, no asume una tesis definitiva, sino que advierte que faltan desarrollos fenomenológicos sobre el derecho, toda vez que “la tentativa fenomenológica en el campo del Derecho es sumamente vacilante, tanto que de las investigaciones verificadas no se sabe qué advertir si se trata de simple positivismo desusado derecho natural” (9).

Para concluir este apartado, cabe destacar un par de puntos que recalca BENITES HURTADO sobre lo que VILLAGÓMEZ concibe como esencia del derecho. De una parte, el reconocimiento del carácter humano del derecho. Esto, por oposición a las tesis que, desde la escolástica, pretenden un vínculo jurídico entre Dios y las personas. Por otra, el carácter bilateral del derecho, idea esta concebida a partir del derecho privado (civil se diría en la época), pues el Derecho acerca “los individuos mediante la reducción de sus pretensiones”, generando igualdad. Finalmente, el carácter regulador del derecho, consistente en que se proyecta de manera práctica sobre los individuos, proporcionando “un principio de acción que estimula todos los órdenes de la vida”. Este principio de acción o razones para la acción en línea con RAZ, en todo caso, ha de responder a las exigencias sociales de cada momento (12). Ámbito este en el que ha de revelarse la justicia, el cual es el principio por el cual “el derecho arraiga en la voluntad del hombre y de los pueblos para unirlos y emplazarlos a cumplir sus mandatos”. Por esto rechaza que los problemas de la justicia y el ideal jurídico que lo encarna se hayan relegado “con todos los problemas anexos a un campo de concentración *metajurídico*” (13).

Continuando con el criterio antes mencionado, sigue el texto de Marcela NERY y Mariana MUSSE, que trata de una reseña de la obra de Manuel ATIENZA, “Filosofía del Derecho y transformación social”. La razón que las autoras tienen para incluir a Manuel ATIENZA entre nuestros clásicos no es clara, pues ellas indican que han seleccionado el texto que analizan por su actualidad y por proponer una filosofía del derecho para el mundo latino. No corresponde al relator entrar a debatir este punto. La presentación que se hará intentará seguir de la manera más fiel posible la aproximación de las profesoras NERY y MUSSE al texto del profesor ATIENZA. La ponencia no pretende abarcar los 10 capítulos del libro, sino centrarse en aquellos puntos que ellas consideran centrales. Estas ideas están marcadas por la idea de una continuidad entre

derecho y moral y la insuficiencia explicativa del positivismo. El primer punto que consideran es la comprensión del derecho como una práctica social. Según las autoras, la dimensión finalista o valorativa del derecho se corresponde al derecho como práctica social (3). Entienden que ATIENZA acusa al normativismo de proponer una visión externa sobre la sociedad (el derecho como organización externa), dejando de lado “la noción de que el Derecho también es, al mismo tiempo, un sistema de fines” (3). Esto estaría vinculado a la idea del Derecho como práctica social pues, al tratarse de un artefacto social complejo inventado para cumplir ciertos propósitos sociales, en contraposición de los objetos naturales. Esos propósitos explican la primacía de la dimensión axiológica o finalista sobre la organizativa o autoritativa del derecho, lo cual lleva a vincular la práctica jurídica con valores morales objetivos (4). Una caracterización así del derecho permitiría que la filosofía del derecho no se centrara exclusivamente en conceptos abstractos alejados de la realidad, sino que permitiera un acercamiento a los no filósofos y, más aún, lleve la filosofía al plano práctico. Tanto el normativismo, como la falta de una teoría argumentativa del derecho, dificultarían esta transformación.

El segundo punto que analizan es la idea de una filosofía del derecho para el mundo latino. Esta tarea enfrenta, señalan las autoras, dos dificultades. De una parte, el formalismo arraigado en el mundo latino, que “reduce el derecho a reglas y o aísla de otros fenómenos sociales y culturales” (5) y el neoconstitucionalismo que reduce el derecho a principios y valores. La propuesta de ATIENZA, según lo comprenden las autoras, se centra en rescatar la dimensión argumentativa del derecho (6), a partir de una perspectiva pragmática que, por una parte, no abandone el método analítico. Por otra parte, espera que la filosofía del Derecho no sólo vincule la filosofía universal con los desafíos y desarrollos locales, de manera que logre una “regionalización del conocimiento” más cercana a la cultura existente y funja como mediador entre lo local y lo universal, sino que también contribuya a la transformación social. Esto último, se lograría mediante la atención de los problemas más relevantes, “que estaría fijado por los intereses de la comunidad jurídica” (6). Así, ellas entienden que ATIENZA busca conciliar teoría y práctica, al proponer una aproximación al Derecho que convierta en operativas las construcciones doctrinarias, conecte la filosofía del Derecho con la filosofía general y los demás saberes sociales y, finalmente, se apoye en el método analítico y el objetivismo moral.

En el siguiente acápite se centran en la ponderación y la dogmática. En cuanto a lo primero, recogen la manera en que entienden las respuestas de ATIENZA a los señalamientos de que la ponderación es casuística y que ella se contrapone a la subsunción. Respecto del casuismo, sostienen que la tesis de ATIENZA es el carácter

excepcional de la ponderación, lo que permite asegurar el mantenimiento del principio de universalidad, y frente a la subsunción, que la ponderación no la contradice, en tanto que se ponderan principios para generar reglas que son tratadas mediante subsunción. Ellas destacan que ATIENZA entiende la ponderación como un ejercicio de racionalidad práctica, que más que una cuestión de seguir o no reglas, incorpora elementos como universalidad, coherencia, adecuación de las consecuencias, atención a moralidad crítica y razonabilidad (9).

Respecto de la dogmática inician con la idea de que la dogmática jurídica es una técnica y una praxis. La tecno-praxis se deriva del encuentro, en la dogmática, de la razón instrumental y de la razón práctica.

Finalmente, terminan con un estudio sobre la filosofía de Derecho y transformación social. La sección comienza con el señalamiento de que ATIENZA considera insuficientes los planteamientos positivistas y de la teoría crítica. Frente a los positivistas, ellas entienden que ATIENZA cuestiona su carácter reductor, que impide considerar el derecho como un fenómeno social. Más precisamente, las tesis sobre el análisis del lenguaje impiden ubicar el derecho dentro de un contexto social e histórico y lo aíslan de la filosofía política y la filosofía moral (10).

Este aislamiento afecta la aproximación iusfilosófica de occidente y es evidente frente a las ciencias sociales. En concepto de las autoras, ATIENZA propone una teoría que supera ese aislamiento mediante una “concepción del Derecho más amplia, que sea capaz de percibir la transformación social, es decir, la emancipación social como objeto de estudio” (10).

Respecto de las teorías críticas, ellas también se revelan insuficientes, bien sea por sus insuficiencias teóricas que les impide comprender a la sociedad o de promover la transformación social, bien por que terminan por entender el derecho de manera incompatible con la sociedad o como simple medio para obtener valores jurídicos (11).

Ante este panorama, ATIENZA propone el llamado post-positivismo, en el cual el derecho se entiende “tanto como sistema de normas como práctica social por medio del cual se realizan fines y valores” que, apoyados en razón práctica permiten llegar a una sociedad justa. Como soporte de esta escuela, ATIENZA propondría un sincretismo metodológico, producto de tomar elementos importantes y valiosos de la tradición positivista y la iusnaturalista.

La selección de los puntos analizados no es casual, pues NERY y MUSSE entienden que recogen los elementos que ATIENZA propone como condiciones para que un proyecto de filosofía del Derecho post-positivista prospere.

El texto que nos presenta José CHAVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO trata de la obra del profesor Luis RECASÉNS SICHES. Lleva por título "Luis Recaséns Siches: precursor hispánico de las teorías de la argumentación jurídica". A diferencia de los textos anteriores, dirigidos a tratar a un autor o a un texto de manera general, la ponencia del profesor CHAVEZ-FERNÁNDEZ busca mostrar que en la teoría de RECASÉNS se encuentra elementos precursores de las teorías de la argumentación jurídica y, de manera más precisa, que "es posible encontrar al menos dos elementos de la mayor relevancia que pueden ser de utilidad para renovar las teorías de la argumentación jurídica actuales en orden a su mejor conexión con la realidad". No se entrará, entonces, a hacer una revisión de la vasta obra de RECASÉNS, ni se hará mayor referencia a su biografía, salvo lo que sigue. RECASÉNS se formó en la España de la preguerra civil, con marcada influencia de José ORTEGA Y GASSET. Luego estudió con DEL VECCHIO en Italia, con STAMLER, SMEND y HELLER en Alemania y con KELSEN en Austria. Luego de afincarse en México, dictando clase en la UNAM, estuvo una temporada en la *New School for Social Research* y en la Universidad de Nueva York. Considero que ello es de la mayor relevancia pues muestra cómo sus planteamientos teóricos son expresión de un vastísimo conocimiento de las diversas teorías jurídicas que confluyeron en los siglos XIX y XX. Precisamente algunas de sus obras contienen interesantes presentaciones y críticas a los diversos autores y corrientes a los que tuvo acceso RECASÉNS y que, al margen de la postura que se tenga ante sus teorías, obliga a reconocer en él un elemento valiosísimo en el quehacer del iusfilósofo: el permanente esfuerzo por enfrentar sus ideas a aquellas en boga. Entremos, pues, en la ponencia de CHAVEZ-FERNÁNDEZ.

El punto de partida del análisis de CHAVEZ-FERNÁNDEZ es lo que denomina las tesis fundamentales sobre interpretación jurídica. En este punto, destaca la idea de RECASÉNS sobre la relación entre la lógica formal y el derecho. Señala cómo el autor rechazó el intento por reducir el derecho a la lógica de lo racional o la científica y, en igual medida, la sentencia judicial a un silogismo. El derecho sería para RECASÉNS un fenómeno práctico, ligado a "un proceso eminentemente valorativo – sobre todo ético o moral – de adecuación de medios a fines y de consideración de los diversos intereses en juego" (5), de manera que el Derecho no se agota en la Constitución o en la ley, sino que culmina en la norma individual, la sentencia. Debido a ello, la lógica formal no tiene mayor utilidad, pues la atención ha de fijarse en el "hallazgo y justificación de las premisas fácticas y normativa correctas" (5). Esta

corrección se entendería en clave de justicia, de suerte que la lógica de lo razonable apuntaría en dicha dirección y justificaría que, más que un determinado método de interpretación, el juez se enfrenta a la tarea de seguir el método que le lleve a la solución más justa. Sólo esta aproximación puede enfrentar los dilemas cotidianos y las realidades concretas propias del quehacer judicial. Esto le lleva a decantarse por un método aporético, donde el problema, antes que el sistema, sea el camino metodológico que seguir, el cual estaría "bajo la guía de la prudencia, entendida desde su sentido principalmente aristotélico como virtud no sólo intelectual, sino también moral" (5). Esta sería la base para reconocer a RECASÉNS como precursor hispánico de las teorías de la argumentación.

Pasa a seguir con las ventajas de las teorías actuales. Identifica tres elementos que considera claves. En primer lugar, las distinciones entre el contexto de descubrimiento y el de justificación y los aspectos internos y externos de la justificación, que permiten prestar atención a los aspectos de lógica formal y material de la argumentación jurídica. En segundo lugar, la conversión de los criterios clásicos de interpretación, "a manera de razones o formas de argumentos que operan dentro del razonamiento jurídico justificatorio" (8). Finalmente, el esfuerzo por "traducir la razón práctica en una metodología global con pretensiones de sistematicidad" (8).

Frente a estos desarrollos, CHAVEZ-FERNÁNDEZ considera que las tesis de RECASÉNS ofrecen algunas ventajas sobre teóricos como ALEXY o MACCORMICK. De una parte, el autor analizado tiene, siguiendo a Aristóteles, un asidero sociológico o social directo y de carácter experiencial, frente al modelo procedimental-ideal que ALEXY, siguiendo a Kant, propone. Esto, se infiere del texto de CHAVEZ-FERNÁNDEZ, permite una conexión más estrecha con la realidad de la experiencia jurídica.

Por otra, en la ponencia se asegura que RECASÉNS fortalece el vínculo con la realidad mediante el llamado "del recurso a la virtud moral e intelectual de la prudencia" (9), entendida a partir de la tradición aristotélica, "que se caracteriza precisamente por su ejercicio en contacto constante con la contingencia de las realidades sociales en las que la argumentación jurídica se concreta".

El último texto es de Juan Pablo ALONSO y tiene como título "La clasificación cuatripartita de las normas jurídicas de Ferrajoli". El documento trata de un punto específico de la obra de Luigi FERRAJOLI, a manera de observaciones. El profesor ALONSO considera que la tesis de FERRAJOLI sobre las normas jurídicas va en vía contraria a las agendas iusfilosóficas en materia de estructura lógica de los

principios. Para apoyar esta idea, presenta primero las distinciones que FERRAJOLI hace entre normas tética e hipotéticas y las deónticas y las constitutivas. Luego propone una estructura lógica de los cuatro tipos de normas, pues, señala, FERRAJOLI no las ofrece. A partir de ello analiza lo que considera son situaciones complejas en la teoría de FERRAJOLI.

En primer lugar, el que, según FERRAJOLI, a las normas téticas deónticas les es aplicable el silogismo deóntico. La dificultad estriba en que este tipo de normas han sido reconstruidas como normas categóricas, las cuales son el resultado del silogismo. De allí que es a la norma hipotético deóntica a la que le es aplicable el silogismo. Ahora, el mismo ALONSO señala que esta es una cuestión de “refinamiento semántico” (5).

El punto central de su ponencia está en que FERRAJOLI considere que los derechos fundamentales tienen estructura tipo tético deóntica. Señala que los derechos fundamentales provienen de principios, que no tienen ejecutoriedad inmediata. De ahí que sean objeto de ponderación frente a otros principios en pugna. Para enfrentar ello, señala ALONSO, la iusfilosofía, salvo FERRAJOLI, “ha articulado modos debilitados de estructura lógica de principios” (5).

Muestra su punto partiendo de quienes sostienen que existe una analogía estructural entre normas condicionales y los principios. Es decir, entre las normas hipotético deónticas de FERRAJOLI y los principios. En esta línea de argumentación, los principios sería normas debilitadas, bien sea por debilitar el antecedente, el consecuente o la conectiva que los une. De acuerdo con ALONSO, como ejemplo de la primera opción están ATIENZA y MANERO, de la segunda ALEXY y de la tercera y primera, ALCHOURRÓN.

En cuanto a la primera opción, el debilitamiento del antecedente se genera por el carácter abierto del caso y cerrado de la consecuencia. En la opción alexiana, el debilitamiento del consecuente se da por que no es una obligación cerrada, sino una obligación de optimización. Finalmente, la tesis de ALCHOURRÓN es que entender que los principios son condicionales derrotables conduce a ocultar un problema del antecedente del condicional. Así, según ALONSO, ALCHOURRÓN sugiere que los principios introducen “función de revisión en el antecedente” que “selecciona un cierto subconjunto de casos p, los más normales o aquellos en los que no se verifican ciertas excepciones”.

En conclusión, las lecturas y propuestas sobre los principios, señala ALONSO, FERRAJOLI va en contravía de los desarrollos iusfilosóficos sobre la estructura lógica de los principios.

El último texto para relatar es el presentado por Leonel SEVERO ROCHA. Se titula “Parlamentarismo Inglés en Rui BARBOSA”. En el texto se analiza el discurso pronunciado por Rui BARBOSA en 1878, llamado “La situación liberal”. Se ha dejado para el final pues, a diferencia de los otros textos presentados, éste se enmarca en un debate sobre aspectos que relacionan política, derecho y filosofía. Rui BARBOSA fue un político importante en la segunda mitad del siglo XIX en Brasil. Fue una destacada figura que participó activamente en la preparación de un proyecto de constitución republicano y un activista por la abolición de la esclavitud. Fue, además, representante de Brasil ante el Congreso de la Haya de 1907, entre muchas participaciones políticas y jurídicas. El texto que presenta SEVERO ROCHA estudia el discurso de Rui BARBOSA a partir de una explicación del contexto jurídico y político en que se inserta y busca establecer las raíces o fuentes en que se sustenta. La relatoría intentará seguir la línea expositiva.

La primera parte del texto está dedicado a una presentación de la coyuntura política y filosófica del siglo XIX, referida al debate sobre la legitimidad del Imperio, que se agudizó hacia 1870. Según explica SEVERO ROCHA, durante el siglo XIX las ideas de MILL, BENTHAM y del liberalismo europeo, en general, dominaban la discusión sobre el modelo de gobierno. Brasil no era ajeno a las transformaciones del discurso liberal, pasando de las reivindicaciones radicales de la época revolucionaria y los movimientos reformistas, que le siguieron. En particular, señala SEVERO, el debate sobre el sufragio. Igual que en Europa, las élites en el poder temían del sufragio universal, por el miedo a que los trabajadores llegaran al poder y formaran “gobiernos parciales” que se agravaba por “el bajo nivel cultural, que generaría gobiernos irracionales” (2).

En el caso de Brasil el debate europeo se tradujo en diversas lecturas, acomodadas a la realidad política del país, sobre la constitución de 1824. En ella, según se entiende del texto de SEVERO ROCHA, se reconoció una doble soberanía. Una de carácter divino, encarnada en el Emperador y otra, de carácter popular. Esta última, señala SEVERO, era puramente formal. Ello se debió a la existencia del llamado “poder moderador”, en cabeza del emperador, que estaba por encima de los restantes poderes y le permitía, como en efecto lo hizo, gobernar directamente. Esta figura fue una de las causas de la crisis de legitimidad del régimen (5).

El régimen funcionó “sin mayores problemas” durante el periodo anterior a 1870, pues estaba construido por un sistema ideológico, que “se manifestaba a través de un sofisticado juego de imágenes... que buscaba generar en los destinatarios una

sensación de participar de un sistema político liberal moderno”, cuando en realidad el poder estaba en manos del poder Moderador y el parlamento imperial estaba constituido por las élites (6).

Ideológicamente, el período, al igual que en Europa, se caracteriza por un esfuerzo por hacer compatibles las libertades logradas por la revolución francesa y la monarquía hereditaria, bajo la idea de libertad y orden. Esto, entendido a partir del eclecticismo de Victor COUSIN, cuyas ideas se concretaron en diversos proyectos, entre ellos el Código de Procedimiento Penal de 1841, que favoreció una rígida centralización política y administrativa del país, dirigido a proteger el proyecto monárquico. Su influjo decayó hacia 1850, cuando las ideas liberales inglesas emergen como base de la crítica a la legitimidad del Imperio.

Como elemento adicional del contexto se cuentan los partidos políticos existentes que, aunque formalmente diferenciados por razones ideológicas, en la práctica tomaban elementos de uno y otro bando. Sea como fuere, según SEVERO la base social de los partidos era la misma: élite rural y élite intelectual (básicamente conformada por juristas, miembros de la judicatura y de la burocracia imperial). Según si apoyaban la agricultura de exportación y el centralismo o la autonomía de las provincias y a los productores, se ubicaban en los dos extremos del espectro político. Esto se va rompiendo lentamente, a partir de la aparición de intereses urbanos (9) y a la creación del “nuevo” partido Liberal.

Es en el contexto de dicho partido que se presenta el discurso objeto de análisis. SEVERO presenta las principales propuestas de dicho partido que, en general, se resumen en los valores liberales de respeto por los derechos individuales, la demanda sufragio directo (hasta la finalización del Imperio operaba un sistema de democracia indirecta), separación de poderes y autogobierno territorial. Uno de los aspectos centrales de su programa, era la denuncia de ilegitimidad de un gabinete apoyado en el poder moderador del Emperador. Esta situación se volvió contra el partido Liberal en 1878, cuando el Emperador, ejerciendo el poder Moderador, nombra un gabinete liberal, ante un parlamento de mayoría del partido conservador. El discurso de Rui BARBOSA tenía por objeto justificar la situación del partido Liberal, en ese contexto.

Según señala SEVERO, ante la acusación que hicieran los Conservadores, de que los Liberales estaban en la misma situación que ellos cuestionaban, BARBOSA acudió a la tradición de los regímenes parlamentarios europeos. En ellos, en particular en Inglaterra, había situaciones específicas en las que el gabinete era formado sin que se lograra una mayoría en la Cámara (14). En el caso brasileño no había Cámara de

Comunes que representara al país, y el nombramiento de un gabinete minoritario era legítimo ante una Cámara alejada de la opinión pública. Así, “no existiendo elecciones directas”, el Emperador habría escuchado al pueblo, que había manifestado su deseo del retorno del partido Liberal. En concepto de BARBOSA, el parlamento conservador era ilegítimo “pues caracterizaba a una minoría no representativa de la nación” (15).

Así, sigue SEVERO, BARBOSA expresó una idea central en su pensamiento político, el cual es que el parlamento es legítimo en cuanto representa la soberanía popular y, en la medida en que no lo represente, debe ser disuelto. Esta idea tuvo implicaciones en el discurso estudiado. Por una parte, que la Corona, siguiendo el modelo parlamentario inglés, no ostentaba el poder, sino que éste emanaba del pueblo y se ejercía a través de sus representantes. Esta idea chocaba con el texto de la Constitución de 1824, que era interpretado en el sentido de que el Emperador escogería y nombraría libremente los ministros. Ante ello, SEVERO entiende que BARBOSA acusó de dicha interpretación de ser “un judicialismo excesivo” que “se podría refutar si se optara por un análisis en sentido político” (16).

Dicha reinterpretación, por otra parte, estaría soportada en prácticas y teorías inglesas, en particular de Stuart MILL. Su base era la idea de que el derecho constitucional de Brasil debía ser interpretado “a partir de los principios del parlamentarismo democrático” y que la Constitución “no se reduce simplemente a un texto legal” (17). Con base en ello se podría concluir que el derecho del Emperador a nombrar ministros era un “homenaje al papel simbólico de la Corona” (17). Dicha reinterpretación de la Constitución debía ser entendida como una prerrogativa del parlamento.

Finalmente, SEVERO destaca que BARBOSA, en tanto que político antes que un filósofo, supo conciliar su tesis con la necesidad de una transformación paulatina pues, a diferencia del liberalismo radical, sabía que “es condición de la política el ser práctica o no ser nada” (18), por lo que no era posible pretender el cambio total inmediato.

Como señalé al comienzo de este escrito, es bastante difícil identificar un patrón, criterio o elemento común a los textos planteados. Se seleccionó la gradación desde lo más general a lo más concreto. Esta línea cumple una función de organización del texto, pero no elimina preguntas e ideas en torno a los textos reseñados. El primero de todos es ¿qué entendemos por la figura de “nuestros clásicos”? Es posible que “nuestros clásicos” se refiera a autores que, por su impacto, se han tornado en clásicos. Esto que podría justificar, para muchos, incluir a ATIENZA y a FERRAJOLI en este

panel. Otros podrían entender que se trata de problemas de tal magnitud que ya son clásicos, lo que explicaría las ponencias sobre BARBOSA, RECASÉNS y FERRAJOLI. Finalmente, también, y en un sentido más tradicional, como aquellos que, en cierto momento, algo lejano, dejaron una huella importante en la región o en un país en particular, que es el caso de los ponentes sobre BARBOSA, COSSIO, GOLDSCHMIDT y VILLAGÓMEZ.

Al margen de esta dificultad, y luego de revisar cuidadosamente cada ponencia y aproximarme a los autores reseñados, quedan dos ideas. La primera, la riqueza conceptual que es posible rastrear en la iusfilosofía latina. Sin entrar en discusiones sobre si se está ante tesis admisibles o no, si son suficientemente profundas o si son ligeras, si son de avanzada o retardatarias, si son originales o copias, lo cierto es que se advierte, como lo había mostrado en el pasado congreso el excelente documento de relatoría del profesor ATIENZA, que la cultura iusfilosófica del mundo latino es un espacio fascinante, lleno de matices, contrastes y opciones, en buena medida afectada y condicionada por las injusticias presentes a lo largo de estos tiempos. Muchas de ellas quedaron en el olvido, o no se consideraron debidamente en su momento, a pesar de que, y esta es la segunda idea, mantienen una innegable vigencia. Esto en un doble sentido. Por una parte, tempranamente la iusfilosofía latina supo proponer soluciones e ideas que ahora están en boga. En efecto, muchas ideas contenidas en los textos reseñados encuentran paralelo en supuestos novedosos desarrollos provenientes del mundo anglosajón o de la tradición de influencia germana. Por otra, ante los ciclos económicos y políticos y el péndulo de las ideas, estas ideas se presentan nuevamente como respuestas ante problemas o dilemas recurrentes.

Estas ideas confirman la importancia radical de este espacio, pues hoy tenemos urgencia por continuar con esta actividad reconstructiva y arqueológica. No podemos perder de vista que las realidades del mundo Latino demandan una comprensión igualmente Latina a sus problemas y sus soluciones.