

Filosofía del Derecho: construir certeza¹

FABIÁN ANDRADE NARVÁEZ
Universidad San Francisco de Quito

RESUMEN. Alcanzar certeza en los criterios que iluminan la actividad de los operadores jurídicos debería ser el propósito fundamental del filósofo del Derecho que, desde una perspectiva pragmática, priorice los problemas regionales (y locales) sin perder de vista el enfoque más general de su oficio de pensador. La certeza que se postula no se funda en ninguna relación entre el «conocimiento» y la «verdad». El problema del contenido normativo y el límite material y control de validez de las disposiciones jurídicas dentro de un sistema dado, resulta de la convergencia de creencias colectivas de lo justo que se insertan en el sistema jurídico a través de sus propias reglas.

PALABRAS CLAVE — certeza — creencia — convergencia — conciencia colectiva de lo jurídico — mundo latino — filosofía del Derecho —

1 Planteamiento

1. Se nos ha propuesto la cuestión: ¿qué filosofía del Derecho para el mundo latino?

La pregunta principal incorpora las palabras «filosofía», «Derecho» y «mundo latino» y exige, por ello, la asunción de una postura en relación con el significado de los términos involucrados y una orientación hacia la búsqueda de las diferencias relevantes que justifique una «filosofía del Derecho para el mundo latino».

Así, por una parte, la determinación de las tareas de un filósofo que se ocupa del objeto «derecho» y la caracterización del espacio-tiempo que representa el «mundo latino» condicionan cualquier respuesta a la interrogación. Por otra, la pregunta implica, por oposición, la posibilidad de proposiciones que deben ser descartadas porque no corresponden a la filosofía —que serían propias de otros saberes—, son enunciados de la filosofía que no se refieren al objeto específico «derecho» —aunque puedan ser aplicados a este objeto, como los de la filosofía del lenguaje— o se refieren a un pensamiento iusfilosófico que no corresponde al «mundo latino».

¹ Ponencia presentada en el I Congreso de filosofía del Derecho para el mundo latino, realizado en Alicante, entre el 26 y 28 de mayo de 2016.

2. En estas líneas no pretendo atender cada uno de estos temas. En términos generales se refieren a aquellos asuntos problemáticos que son usuales en la filosofía del Derecho.

Me concentraré exclusivamente en aquel que hace referencia a un espacio determinado, al «mundo latino», a partir de los criterios ofrecidos por el profesor Atienza en varios de sus trabajos.² Es de esperarse que quienes concurren a este llamado, hagan una referencia similar de este autor al proponer una respuesta a la pregunta principal. No pretendo glosar los criterios para la construcción de la propuesta; no obstante, algunos de ellos me causan cierta perplejidad cuando los contemplo en funcionamiento en mi propio contexto espacial y temporal y que sintéticamente compartiré.

En respuesta a la cuestión propongo tres criterios generales para una filosofía del Derecho del mundo latino y un propósito inmediato. Los tres criterios:

- (a) Pensar lo local, sin perder de vista lo general que caracteriza el oficio del filósofo.
- (b) Una preferencia por la filosofía de hoy que explique la realidad y nos permita enfocarnos en cualquier proyecto de mejora con bases ciertas.
- (c) Una visión pragmática, en la que ¿para qué? y ¿cómo? sean las cuestiones iniciales a ser contestadas, dentro de un contexto espacial y temporal dados.

El propósito inmediato: construir certeza.

2 Lo universal, regional y local

3. El derecho vigente puede ser contemplado como la representación, en clave normativa, de las relaciones humanas de una comunidad:³ un orden dado que se presenta como la amalgama entre la descripción de episodios de la realidad y la proclamación de un proyecto. Como descripción de la realidad, hay normas que simple y llanamente reflejan hechos (conductas) dados o queridos; como declaración de un

² Vid. M. Atienza, «Una propuesta de filosofía del Derecho para el mundo latino», *Doxa* [Cuadernos de Filosofía del Derecho], núm. 30, 2007, pp. 661-663; «Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca» [en línea], disponible <<http://dfddip.ua.es/es/documentos/una-filosofia-del-derecho-para-el-mundo-latino-otra-vuelta-de-tuerca.pdf>>, [Consulta: 14/04/2016].

³ Cfr. B. Santos, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Nueva York, Routledge, 1995, p. 458.

proyecto, hay normas que configuran el modelo de justicia que se busca alcanzar institucionalmente.

Sin embargo, los enunciados normativos considerados aisladamente no proveen alguna precisión espacial o temporal. De modo que hay, por supuesto, cuestiones del ordenamiento jurídico que no pueden ser abordados únicamente desde lo local.

Por ejemplo, la disposición «ninguna persona puede ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la Ley»⁴ refleja la concepción de la autonomía de la voluntad que ha sido obtenida de la tradición jurídica en la que se inserta la disposición, el estado de una libertad reconocida hoy y, en su función típica, fija la situación del sujeto, como titular del derecho, y del tercero frente a eventos futuros que afecten el derecho.

Como se puede apreciar, lo temporal atraviesa, desde distintos ángulos, cualquier disposición. Sin embargo, de la observación del enunciado no hay modo de definir el lugar en que se aplica y, por tanto, no es posible describir el contexto en que debe ser interpretado.

4. El criterio que permitiría definir el «mundo latino» estaría en la afinidad de los sistemas jurídicos y de sus lenguas. En los países del mundo latino, el «Estado constitucional opera como un ideal regulativo para el desarrollo del Derecho y la cultura jurídica», nos dice Atienza.⁵ Y reclama, «¿cómo explicar entonces que la producción iusfilosófica se limite en buena medida a comentar o discutir ideas y teorías surgidas en otros ámbitos culturales y destinadas también muchas veces a tratar con problemas característicos de otros ámbitos?». Si ello es relevante para la construcción de una filosofía para el mundo latino, esto es, regional, el planteamiento deja las cosas en un nivel intermedio que exige, por ello, revisarlo también desde una perspectiva incluso estrictamente local.

La tarea del jurista latinoamericano —y, en mi caso, ecuatoriano—, filósofo, científico o práctico, parece haberse limitado a recrear el pensamiento ajeno, en una suerte de

⁴ [Ecuador] Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial núm. 449, de 20 de octubre de 2008, art. 66, numeral 29, d).

⁵ *Cfr.* M. Atienza, «Una propuesta de filosofía del Derecho para el mundo latino», *op. cit.*, p. 662.

asimilación defectuosa de un modelo teórico-práctico que se dice verdadero o correcto; que es fuente de «civilización». ¿Es esta la misma crítica del profesor Atienza con relación a los filósofos del mundo latino y el «paradigma anglo-americano»? Parece que sí, con la diferencia de los referentes que se emplean: desde nuestra perspectiva —la estrictamente local— el problema está en un vigente eurocentrismo,⁶ con algunas variaciones contemporáneas principalmente en lo que respecta a las relaciones con contenido económico, en las que empiezan a primar instituciones de la tradición del *common law*⁷ e, incluso, soluciones que, bajo el paraguas de un Derecho internacional, son en realidad condiciones originadas en formas de organización empresarial de carácter transnacional.

Atender los problemas de una comunidad, en un espacio y tiempo dados, no significa perder la orientación hacia las formulaciones de carácter más general. Únicamente lo que se requiere es priorizar lo cercano, sin abandonar el contexto, cada vez de mayor extensión: lo local, lo regional y lo mundial; el pasado, presente y futuro. Alguien se refería al concepto que inspira este propósito como «universalidad situada», es decir, un cambio en el punto cero del eje de coordenadas, sin más variaciones que la perspectiva.

Del músico que conoce su lenguaje universal se esperaría, no sólo la interpretación de cualquier pieza de un repertorio, sino, fundamentalmente, aquello que es expresión de su propia cultura: si un albazo o un yaraví caracterizan al Ecuador, esto es lo que se aspira de un músico ecuatoriano que declare en sí los dos atributos en lo que hace.

5. No se trata, por supuesto, de promover un aislamiento intelectual ni mucho menos crear frentes en una batalla ilusoria. Lo primero —bien se ha dicho—⁸ es inviable por efecto de la globalización —que en muchos aspectos nos coloca como integrantes de una comunidad total que trasciende el hoy— e indeseable, por la relevancia de la comparación como instrumento (eficiente) para la adopción y exclusión de respuestas

⁶ Como ejemplo de las visiones críticas al eurocentrismo, *vid.* H. Busso, «Crítica al eurocentrismo como obstáculo epistemológico. Perspectiva de la filosofía latinoamericana», *Solar*, núm. 5, 2009, pp. 59-80.

⁷ Por ejemplo, la relevancia actual en el financiamiento y gestión privadas de proyectos públicos que tiene el modelo internacional de asociación público-privada promovido por las instituciones financieras multilaterales, basadas en el *Project Finance Initiative* inglés. *Vid.*

⁸ *Vid.* C. Rodríguez [coord.], *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011.

con base en la experiencia ajena: nadie espera sufrir una guerra para arbitrar los medios que podrían evitar su horror. Lo segundo, quizás muestra la frustración que produce el éxito de la propaganda⁹ y la estrategia de divulgación de la producción intelectual de ciertos lares o de lo que conviene a las organizaciones supranacionales, públicas o no: la «globalización de un localismo» y la imposición externa de condiciones que superan de hecho la capacidad de decisión nacional, responde al modo en que operan las «cajas de resonancia» de las ideas en el Orbe, sean estas sujetos o medios.

3 Filosofar también para hoy

6. Cuando se revisa el tipo de filosofía que en América Latina podría ser concebida como propia, se encuentra una que pregona una especie de *liberación*, como efecto dialéctico de la opresión y la dependencia.¹⁰ Busca desprenderse del discurso dominante, que homogeniza y excluye o minimiza cualquier otro pensamiento según sus propios estándares de racionalidad teórica o práctica. El latinoamericano ha sido principalmente un discurso que, entre la analogía y la dialéctica, se construye de binomios con connotaciones contrapuestas (Norte-Sur, centro-periferia, riqueza-pobreza, etc.), pero, al mismo tiempo, se ha construido como vocería de postulados con aceptación popular, principalmente marxistas.

Los discursos tienden a comunicar un eterno presente en términos negativos y un inalcanzable futuro en términos positivos: «el buen vivir está allí, en el horizonte; procura alcanzarlo».

La filosofía para mañana, la que únicamente prescribe e idealiza, nos presenta el mundo como se quisiera que sea. Parece estar pensada para el no-nato.

La filosofía del presente es la que nos ayuda a entender la vida, tal como es. Nos provee herramientas para hoy y potencia nuestras capacidades para modelar cambios. Esta corresponde ser acogida por quien debe asumir el rol de líder, en cualquier ámbito.

⁹ Vid. E. Haba, «El Bluff Dworkin. Su rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho (Retorno al realismo ingenuo y apogeo del efecto Vicente, lanzados por una reencarnación más del Prof. Beale), *Criterio Jurídico*, v. 9, núm. 1, 2009, pp. 155-258.

¹⁰ Vid. J. Scannone, «La filosofía de la liberación: historia, características, vigencia actual», *Teología y Vida*, v. I, 2009, pp. 59-73.

Me parece que el filosofar desde lo regional (y lo local) en el ámbito de lo jurídico requiere más explicaciones que orienten la acción en el hoy (quizás por la juventud relativa de nuestras naciones), más que preparar recetas para mañana, sin que ello signifique que la idea del «derecho correcto» deba ser desechada.

4 Visión pragmática

7. No se busca originalidad sino «participar cooperativamente con otros en la mejora de esta práctica [la del Derecho]», nos dice el profesor Atienza.¹¹ Se espera un trabajo colectivo de los filósofos del mundo latino que facilite la acción social en lo jurídico. Estoy de acuerdo.

La perspectiva por la que se aboga no es la de la sofisticación de los conceptos y juicios que en un círculo cerrado dirija el debate entre expertos, muchas veces, teniendo como base preguntas inútiles. Se trata de privilegiar soluciones prácticas a problemas comunes. «Soluciones prácticas» son las que orientan la acción por sus efectos, ya como hechos constatables y que corresponden a la experiencia, ya por los queridos o finales. La noción de «problemas comunes» no corresponde al caso de dar respuestas correctas en los supuestos marginales, sino más bien, a los problemas que resultan de las creencias que se concretan en acciones que afectan masivamente la vida de las personas en el mundo de lo jurídico.

Las cuestiones fundamentales que han de guiar el esfuerzo es ¿para qué? y ¿cómo?, pese a las preguntas que se les siguen: ¿por qué?, ¿qué? o ¿quién?

La versión pragmática de una filosofía para el mundo latino (y local) debería permitir resolver lo cotidiano y —ahora agrego— reconstruir un proyecto de justicia para la comunidad, prefigurar su futuro, a partir de ciertas creencias firmes que sirvan de base (que no de fundamento) para el cambio, incluso de ellas mismas.

8. Consideremos un ejemplo del alcance de la visión pragmática desde lo local: la clasificación de las normas jurídicas en principios y reglas, su procedimiento de aplicación diferenciado, el potencial derogatorio de los primeros respecto de las segundas y la concepción de la única solución correcta.

¹¹ Cfr. M. Atienza, «Una propuesta de filosofía del Derecho para el mundo latino», *op. cit.*, p. 662.

Estos son algunos de los elementos de la «corriente principalista» que se conecta con la idea de cierto objetivismo moral fundado en la corrección del argumento. La construcción de un objetivismo moral en el sentido de que «los juicios morales pueden estar o no justificados en términos racionales»¹² y, por tanto, ser correctos e incorrectos, en lugar de verdaderos o falsos, puede ser bien aceptada por quien está dispuesto a formular una teoría prescriptiva y está convencido de que la prefiguración del futuro de una comunidad debe asentarse en una idea de justicia correctamente justificada: una que en el caso concreto es la única solución correcta, en lugar, de la posible.

Si la visión pragmática propuesta nos exige referirnos a los efectos reales o potenciales de las proposiciones que se nos presentan, más que en la bondad teórica de los planteamientos y las convicciones individuales, cualquier debate en relación con la «corriente principalista», a la que se refiere el ejemplo, nos obliga a estimar qué ocurre en el espacio y tiempo en el que se la quiere aplicar o se la ha aplicado.

Si el lector es, además de un estudioso de la filosofía del Derecho, un jurista practicante en Latinoamérica —yo hablo por el Ecuador y mi propia experiencia— habrá tenido la oportunidad de percibir la conducta ordinaria de un juez o tribunal y evaluar la posibilidad de que el ideal del Hércules (estándar de referencia que cualifica al decisor) y la justificación interna y externa del razonamiento (criterio de evaluación de la corrección de la decisión) puedan tener éxito en su contexto.

La objeción a la corriente principalista está en los efectos que ya se pueden constatar. Así, en el Ecuador, la derogatoria de una regla en aplicación de un principio que admite respuestas distintas en los casos concretos, ya no se pena por la comisión del delito de prevaricación, sino que se aplaude en nombre de un «neo-constitucionalismo» que no provee límites. Ya no es el legislador el que, en representación de sus votantes a quienes ha de rendir cuentas, produce las normas de carácter general. La responsabilidad y el control se han socavado. Es cada autoridad (administrativa o judicial) la que, invocando la aplicación directa de una norma constitucional, en su formulación de principio y

¹² M. Atienza, «Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca» [en línea], disponible: <<http://dfddip.ua.es/es/documentos/una-filosofia-del-derecho-para-el-mundo-latino-otra-vuelta-de-tuerca.pdf>>, [Consulta: 14/04/2016], p. 12

luego de ponderarlo con otros en artificial disputa, produce reglas para —según dice— se puedan hacer efectivos los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en el caso concreto, cuando en realidad los restringe o limita. No importa luego, habrá la oportunidad de establecer alguna diferencia que justifique una decisión de signo contrario.

Se le ha dado la bienvenida al modelo de la arbitrariedad judicial bajo el nuevo paradigma y al ejercicio profesional de las sutilezas y la capacidad de influencia. No es que estas situaciones no existían antes en el ámbito judicial en ese contexto, lo que ocurre es que tales prácticas ahora se justifican con un argumento de autoridad.

Habrà quien me diga que la hipótesis de «única solución correcta» impide decisiones burdas. La respuesta es que tal hipótesis no lo ha impedido en el plano de los hechos. Seguramente, desde la academia habrá voces de protesta respecto de decisiones incorrectas (como siempre ha habido), pero eso es todo.

El defecto no está necesariamente en la teoría ni en el debate que sobre ella se formule. El filósofo no es responsable del uso que los operadores del Derecho en una comunidad le den a sus ideas. En el peor de los casos, el teórico sufrirá alguna afectación emocional o incluso física, cuando llegue a sus manos el producto de los desvíos de cuanto con buenas razones en algún momento ha planteado. El fallo se encuentra en que la coherencia y justificación de los planteamientos no es suficiente: se ha de pensar siempre con la visión pragmática que se defiende en un específico contexto espacial y temporal.

5 Certeza como confianza en la creencia: el juego institucional

9. Tengo la convicción de que los problemas cotidianos en Latinoamérica, y en particular en el Ecuador, resultan precisamente de la crisis de ese «Estado constitucional» que le permite identificar un mundo latino al profesor Atienza.

En este contexto me refiero a «crisis» en el sentido del cuestionamiento generalizado a las teorías y prácticas que el sintagma «Estado constitucional» podría representar en el lenguaje común (o incluso especializado), correcta o incorrectamente. Cuando me refiero a crisis no hago evaluación positiva o negativa alguna; es únicamente la

constatación de que cada cuestión que se plantea con relación al enunciado tiene, de partida, un debate en el que se puede participar desde las más variopintas perspectivas.

El efecto de esta crisis es la inestabilidad. Los participantes en el juego institucional del Derecho socavan las reglas básicas y asumen roles que en principio no les correspondían, pretendiendo modificar el juego mismo. Por ejemplo, por la regla de la democracia (representativa o participativa), no son los jueces los que tienen a cargo innovar el ordenamiento jurídico, con independencia de que los enunciados normativos sean permeables a una intervención más o menos intensa para definir su significado. Al fin y al cabo, en el mismo juego institucional otros jueces o tribunales controlan el criterio (recursos ordinarios) y tienden a uniformarlo (recursos extraordinarios como la casación). Por otra parte, una persona común ordinariamente tiene mayor contacto (diría constante) en la aplicación del ordenamiento jurídico con la Administración pública, más que con la Administración de Justicia: es fácil constatar una creciente intervención de la Administración pública en la vida de las personas y sistemas Presidenciales «fuertes».

¿En los sistemas jurídicos del mundo latino (y local), qué justifica, entonces, que se haya dado tanto énfasis en los estudios al rol de los jueces?

10. Restablecer un grado aceptable de certeza en lo esencial es, pues, una necesidad acuciante de quien debe intervenir a diario en cualquier asunto de contenido jurídico y de quien se propone formular un proyecto.

No hago referencia a «certeza» como se la emplea en cierta línea de pensamiento epistemológico: es irrelevante en el contexto de mi proposición las ideas de «conocimiento» y «verdad».

En este caso, la certeza se refiere a la confianza que cualquier participante tiene sobre la dinámica del juego en el que interviene y, por supuesto, los límites (y controles) de su propia actuación.

6 Convergencia de creencias colectivas: breves apuntes sobre la conciencia colectiva de lo jurídico

11. El positivismo jurídico (en su versión original) ha sido tachado, entre otras tantas razones, por haber repelido cualquier intento de que se evalúe la validez material de las normas jurídicas con referentes ubicados por fuera del mismo sistema, esto es, con normas *a priori* reveladas al decisor o descubiertas por la razón. El positivismo jurídico marcó distancia de la moral individual y proclamó un proyecto de justicia en el mismo ordenamiento jurídico.

El proceso de producción de las normas jurídicas, en la dinámica de la originación y derivación, es básico en el positivismo jurídico y, en tal medida, las reglas de la democracia (que son parte de ese mismo ordenamiento jurídico) son fundamentales para definir el contenido de la norma jurídica y, por tanto, los límites materiales y sus controles dentro del propio sistema.

En esta perspectiva el positivismo jurídico reivindicó la importancia de la certeza en las relaciones jurídicas en los términos comentados, con independencia de la problemática que en sí mismo encierra el lenguaje y el lenguaje jurídico en particular.

12. El positivismo jurídico, en el juego institucional del Derecho, no garantiza «un» modelo de justicia, abstracto e ideal.¹³ Permite el proyecto que puede ofrecer la convergencia de las creencias colectivas, en un contexto espacial y temporal dados, según unas reglas de producción del ordenamiento jurídico y otras que incluyen límites y controles concretos.

No intente indagar en qué consiste la convergencia de las creencias colectivas en la pura coyuntura, porque si alguna encuentra, esta resultaría de la versión formal de la democracia, en el sentido de que será la mayoría la que en un momento dado defina la opción elegida mediante su representación o participación directa. A eso se refiere la «dictadura» de la mayoría y la de una generación respecto de la otra.

¹³ Vid. H. Kelsen, *¿Qué es Justicia?*, Madrid, Ariel, 2008.

No se propone tampoco una forma de verdad consensual,¹⁴ precisamente porque esta supone, en cualquiera de sus versiones, un acto de comunicación y dialogo apreciable en un específico tiempo, necesariamente limitado; y porque, simplemente, el fundamento de la acción no requiere ninguna discusión sobre lo verdadero.

Me parece que desde una perspectiva histórica es posible observar en el mismo ordenamiento jurídico el resultado de cómo se ha llegado a la convergencia de ciertas creencias colectivas en lo jurídico, y que ahora se expresan en normas, por ejemplo, como derechos con reconocimiento constitucional. En este sentido la democracia ha adquirido sustantividad en el sentido propuesto por el profesor Ferrajoli,¹⁵ de tal modo que aquello que se ha integrado a la conciencia colectiva de lo jurídico parece constituir conquistas que no admiten regresión en lo sustantivo.

Por ejemplo, en el Ecuador hasta el año de 1929 la mujer no estaba habilitada a votar. Hoy resulta impracticable cualquier reforma en el ordenamiento jurídico (a nivel constitucional o en normas infraordenadas) que supongan diferencias negativas en razón del género.

Finalmente, el juego institucional del Derecho posibilita que algunos de sus participantes (cualquiera de ellos, en realidad, si se consideran la libertades políticas y los derechos de participación) promuevan cambios hacia un modelo distinto (o mejorado) de justicia.

La academia y, en particular, los filósofos del mundo latino (y local) pueden y deben promover un proyecto de justicia, seguramente desde las más diversas perspectivas: son todas, no obstante, personales. Al fin de cuentas, el liderazgo que se requiere implica la habilidad de persuadir sobre las propias creencias de lo que es justo, de modo que si llegan a tener calado en la conciencia colectiva de la comunidad se traducirán en acción y, quizás, se acogerán en la tradición jurídica, más que en la coyuntura de una reforma ocasional.

¹⁴ Comentarios críticos sobre la propuesta de Habermas, *vid.* S. Belardinelli, «La teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas», *Anuario Filosófico*, núm. 24, 1991, pp. 115-123.

¹⁵ *Vid.* L. Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010.