

Derecho y Ontología Jurídica

de **Francisco Carpintero**

Actas, Madrid,

1993

Julio Alvear Tellez

Profesor Titular de Ética y Filosofía Jurídica

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE

Siguiendo la línea de estudios del iusnaturalismo racionalista, el autor plantea en esta obra una contundente crítica a lo que denomina "Modernidad Jurídica", rótulo con el cual quiere abarcar las distintas corrientes que a partir de dicha ideología postularon un nuevo modo de pensar y practicar el Derecho, que se extendiera, con la Revolución Francesa, desde ciertos ambientes intelectuales europeos a toda la vida y actividad del Estado y sus instituciones.

La Modernidad Jurídica nace, grosso modo, como una proyección en el campo del Derecho, de los postulados básicos del racionalismo ilustrado de los siglos XVII y XVIII, y ha ido perfilando sus rasgos sobre los ejes históricos, políticos, culturales y antropológicos de dicha ideología. Si se hizo "positivista" en el siglo XIX fue porque necesitaba ser estatista, normativista y securitario; si en parte volvió a ser "iusnaturalista" en la segunda mitad del siglo XX, con sus teorías de los derechos humanos, fue porque en desmedro de la auténtica realidad, quiso diseñar derechos desde la abstracción y el igualitarismo. Pero en uno y otro caso, más allá de las apariencias, es el mismo espíritu y la misma actitud frente al Derecho: miedo a la realidad y a las cosas; fundamento pactual del Estado; afirmación de que la esencia del hombre es la "libertad" entendida como mera indeterminabilidad; consideración de lo jurídico a partir de un ficticio mundo de individuos aislados que se yuxtaponen para relacionarse jurídica y moralmente; reducción del deber jurídico a una cuestión de fuerza; ausencia de criterios objetivos para fundamentar decisiones de derecho, las que a lo más quedan hoy reducidas a las exigencias de una justicia procedimental y democrática.

Carpintero desarrolla su obra en tres partes. La primera la denomina "*Parte Crítica y, por ello, Molesta Para Todos*". La segunda está dedicada a la "*Ciencia Jurídica, la Moral y la Política*". La tercera la destina a la relación entre "*Derecho y Ontología Jurídica*". El autor finaliza su obra con un apéndice titulado "*El Espíritu de la Modernidad*". Revisaremos en este mismo orden lo que cada parte tiene de sustancial.

En la "*Parte Crítica y, por ello, Molesta para Todos*", Carpintero analiza, uno por uno, los presupuestos de la mentalidad jurídica moderna, mostrando cómo cada uno de ellos se han construido de espaldas a la realidad social, a lo que es el hombre, y a lo que constituye el dinamismo propio de toda operatividad jurídica. Esto ha sido bastante perjudicial, sobretodo para la sociedad contemporánea que, por un lado, muestra una sed infatigable de justicia, y por otro, ella misma se dice incapaz de encontrar su sentido.

Definitivamente, la crisis de la Modernidad ha dejado caer su guadaña también sobre el Derecho. En este punto, todos los referentes de la Modernidad Jurídica se encuentran tambaleantes:

(i) La filosofía de la Modernidad, desde Descartes y Hume, *problematizó* hasta tal punto la *verdad* que hoy se ha llegado al extremo de considerar "autoritario" a cualquiera que la afirme. Todos hablan de verdad y de justicia, exigiendo su imperio y sintiendo su necesidad, pero al mismo tiempo se enseña a los hombres que estos términos nada significan, en la misma medida que desde los niveles teóricos se ha socavado toda posibilidad de llegar a alcanzar esa verdad y esa justicia que tanto se busca. Carpintero recorre aquí las negaciones más usuales de los filósofos modernos en torno a la verdad, resaltando al mismo tiempo las aporías con que el razonamiento práctico va resquebrajando las afirmaciones racionalistas.

(ii) Un malentendido fundamental hace de columna vertebral a todo el cuerpo de doctrinas político-jurídicas y morales que el racionalismo y sus herederos contemporáneos han ido explicitando a partir de los conceptos de Vázquez de Menchaca, Hobbes y Grocio, y que llega a autores como Heidegger o Sartre. Es la teoría del *pacto social*, con sus fórmulas canónicas referentes a los *individuos aislados* y a los *estados de naturaleza o posiciones originales*, que tienen como corolario la afirmación de la autonomía o independencia como único fundamento posible del Derecho. El autor centra su crítica en la noción de derecho que se desprende del diseño liberal de la libertad: poder meramente físico y coto del arbitrio ajeno. Todo ello no es más que una construcción *geométrica*, hecha para hombres abstractos, y en donde se niega la realidad jurídica más elemental, tan cara a la jurisprudencia romana: (a) que el punto de encuentro entre los hombres está en las cosas; (b) que el punto de apoyo de todo derecho se encuentra en los títulos concretos.

(iii) Los modernos sustentan que la *ética* y la *moral* requieren de una discusión pública, pues no son el resultado de una ley natural susceptible de ser captada por todos los hombres, sino de un diálogo consensual de sujetos

autónomos, cada uno de los cuales nace sin ningún tipo de deber previo para con los otros. Carpintero demuestra a este respecto cómo el consenso real o empírico suele ser el resultado de un simple juego de fuerzas que, con mucha frecuencia, es ajena a cualquier forma de racionalidad. Analizando la postura de Habermas y de Rawls, precisa la manera en que éstos proponen unos métodos que no se ajustan al hombre histórico y real, cayendo en el absurdo de prescindir de las "cosas" y de los "bienes" para satisfacer hipótesis diseñadas en laboratorios racionalistas.

(iv) La *ideología* de los *derechos humanos*, fundada en el mito moderno que articula afirmaciones jurídicas sin contemplar personas u hombres, sino sólo *individuos*, es otro presupuesto en cuestión. Lo erróneo de esta teoría radica en su pretensión de reducir los derechos a manifestaciones de igual libertad y comprimir el mundo jurídico a las distintas manifestaciones del arbitrio de los individuos autónomos e independientes. Es una doctrina de los derechos *defensiva*, porque considera únicamente la libertad negativa, la libertad "contra" o "frente a". Es además un concepto puramente "histórico", porque la teoría de los derechos humanos no puede ser comprendida más allá de los contextos histórico políticos de su formulación, quedando reducida en la actualidad a declaraciones de buenos deseos, manipuladas a satisfacción de objetivos ideológicos particulares.

Entrando al fondo del problema, el autor analiza detalladamente las razones de por qué no puede explicarse bien el derecho desde la categoría del *derecho subjetivo*. Esta conceptualización, tan cara a la modernidad, se acerca más a un academicismo que a una realidad humana concreta.

(v) Diseñado doctrinalmente en los siglos XVII y XVIII, surge el *Estado*, forma de convivencia –y ordinariamente de dominación– propia de la Edad Contemporánea, que se hizo realidad viva en los siglos XIX y XX. Su base ideológica está en que la Unidad de la razón, propia del movimiento racionalista, reclamaba un solo Derecho, a ser posible universal: Bentham redactó más de un conjunto de leyes para países que no conocía; fueron abolidos todos los Derechos particulares, le *droit coutumier* francés o los fueros españoles. Junto al monopolio del Derecho, vino también el monopolio del Poder, suprimiéndose toda competencia política y jurídica propia a los cuerpos intermedios.

De este binomio de monopolios se constituye el Estado, y aparece la sociedad invertebrada. Para justificarlo se necesitó toda una ideología en el plano de la Filosofía del Derecho, que se denominó *positivismo jurídico*. Su fundamento: separación estricta entre las normas estatales y las normas morales, de forma que el Derecho obliga porque sí. En los momentos en

que el Estado entra en crisis, toda su justificación histórica e ideológica también lo hace.

(vi) La *teoría política* moderna y contemporánea ha girado en torno a la libertad, pero que no es una libertad real, la libertad concreta del hombre que vive en un tejido social, manifestándose cuantitativa y cualitativamente en él. Permisivismo anárquico y libertad abstracta son los dos extremos en que han concluido, por lógica consecuencia, las tesis del racionalismo político. En el segundo caso, se ha imposibilitado el ejercicio real de la participación social y de la representación política material, particularmente con el asentamiento del principio de intervención estatal, por la que el Estado, durante gran parte de su historia moderna, no ha querido ciudadanos libres, sólo *administrados*.

(vii) La *actitud racionalista* ha perjudicado el desarrollo de la ciencia y la praxis del Derecho en la Edad contemporánea. Se le ha visto como algo *deducible*, sin considerar, como dice Toulmin, que la lógica deductiva poco sirve en el Derecho, puesto que el único discurso verdaderamente científico es el de los juristas, que más que deducir desde un principio, *inducen* muchas reglas, normas y principios desde la realidad que observamos. El autor sostiene en este punto la imposibilidad de una lógica pura en el campo jurídico, y siguiendo a Montaigne, muestra cómo, dado que el racionalismo corresponde a una de las tendencias del hombre por la que busca creerse dueño del mundo, es más sagaz burlarse de sus propuestas irreales que refutarlas.

La segunda parte del libro denominada "*Ciencia Jurídica, la Moral y la Política*" tiene como objeto describir lo que se conoce impropia y erróneamente como "Derecho objetivo", esto es, el Derecho como conjunto de normas. Para el autor, el "derecho", en este sentido, es una masa abigarrada de normas y principios, y no un ordenamiento normativo sistémico, perfectamente diseñado desde una instancia previa de naturaleza estatal y explicado con las dotes de plenitud y coherencia por la ciencia jurídica dogmática.

Las reglas constitucionales entran en conjugación con las reglas de tipo político, que son siempre, quiérase o no, de naturaleza moral. Girando en torno a la noción de "utilitas", el autor moderniza y aplica la teoría tomista de la derivación (por vía de conclusión y de determinación de la ley natural) de la ley positiva.

Las reglas constitucionales y políticas, más que jurídicas, son de estructura, organización y administración del bien público y del bien común. Lo

jurídico normativo sigue estando radicado principalmente en las reglas de jurisprudencia, que dan a cada uno lo que es suyo, a través de una decisión fundada en una opinión probable y justificada, impuesta por vía autoritativa.

La tercera parte del libro se titula "*Derecho y Ontología Jurídica*" y está dedicada, por un lado, a refutar la visión moderna del Derecho que ancla lo jurídico o en la medida reguladora (*norma*) o en la cualidad del individuo entendida a modo abstracto (*derecho subjetivo*); en uno u otro caso con absoluto desprecio a la realidad normada.

Para comprender de que modo el Derecho se asienta en la *realidad* (lo real ontológico, no sólo lo real empírico), es importante destacar, en primer lugar, el vínculo entre Derecho e *Historia*. La modernidad olvida frecuentemente en sus teorizaciones que lo jurídico ha de aparecer siempre en un contexto histórico concreto y circunstanciado. El derecho se define por la concreción.

Pero no es sólo historia. En segundo lugar, el Derecho es también *naturaleza*. Esto significa que el Derecho siempre es referible a un titular, con consistencia ontológica de autopresencia, con realidad propia, que no ha sido concedida ni por el Estado ni por acuerdo de los otros hombres. El hombre, este hombre, es el titular de este derecho, porque es hombre.

Pero la historia y la naturaleza no bastan. Todo hombre (*naturaleza*) concreto (*historia*) es titular de algo también concreto, que es una "cosa", algo objetivo. Esa cosa se llama "*bien jurídico*". El bien jurídico puede tener un origen natural –como la vida, o la salud– o positivo –como una casa– o algo mixto de ambos, pero en todo caso es lo que permite configurar las relaciones jurídicas en su entera realidad y concreción.

Los bienes jurídicos constituyen una realidad plural irreductible e inabarcable por una ciencia jurídica meramente especulativa, deductivista y dogmática. Sólo una ciencia de carácter especulativo práctico, cercana al problema y al caso, puede hacerse cargo de este pluralismo jurídico.

La *libertad* humana está en la base de esta pluralidad. Es la auténtica libertad, una libertad real, del hombre concreto, con contenidos concretos, que se articula en el ámbito de las relaciones sociales históricas. Es una libertad que se objetiviza con los bienes jurídicos y con el ajuste que entre ellos corresponde hacer a la justicia. Pero de ningún modo es la libertad de la modernidad jurídica, que es más bien un subjetivismo jurídico sin límites palpables.

El autor concluye su obra con un apéndice que titula "*El espíritu de la Modernidad*", expuesto en 99 breves principios. El último termina afirmando algo muy sintomático: "He escrito –dice– una serie de cosas que todos deben saber. Pero nunca preguntar. Y, mucho menos, exponer".

Es claro que lo analizado en este libro rompe los lugares comunes. Es más destruye nuestros hábitos reflexivos en torno al Derecho, como realidad ya dada y conformada por el Estado. En este sentido, la obra se lee a modo de desafío intelectual y de provocación conceptual respecto de lo que por muchos años, y de un modo dogmático, hemos dado por sentado, probado y consagrado.

La modernidad ha *nominado* muchas cosas –incluso cosas que no existen– con el término "*Derecho*". La facultad de hacer realidad lo que se denomina con las palabras es, sin embargo, un privilegio que sólo la literatura sagrada concede a Dios. El racionalismo en su afán de abarcar, para todo y siempre, toda la realidad con el lenguaje humano, se sintió muchas veces tentado a nominar al modo sagrado. Es hora de despertar de este sueño y comenzar a analizar críticamente lo que la modernidad racionalista nos ha legado en el campo jurídico.

Derecho no es sólo un conjunto de normas. Menos es un conjunto de normas establecidas o "reconocidas" (no se sabe cómo) por el Estado. Mucho menos es aquel conjunto de normas que regulan las relaciones sociales y que provienen del Estado, dotado de potestad coactiva. Si el lector cree que el Derecho es esto, significa entonces que la enseñanza equívoca de la modernidad jurídica ha inoculado sus dogmas dentro de él. El libro de Carpintero es, en este aspecto, un valioso antídoto.