Artículo: La tradición de cultura o razón en la filosofía jurídica de Ross
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 210
Año LXIX
Julio-Diciembre 2001
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION[MR]

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: La tradición de cultura o razón en la filosofía jurídica de Ross
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LA TRADICION DE CULTURA O RAZON EN LA FILOSOFIA JURIDICA DE ROSS*

JESUS ESCANDON ALOMAR
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad de Concepción

Para Alf Ross (1899-1979), filósofo del Derecho danés de amplia y reconocida trayectoria, la tradición de cultura o razón es una de las fuentes del Derecho, tal como lo expone en su principal obra intitulada Sobre el Derecho y la Justicia[1]. Específicamente se trata de una fuente no objetivada o libre, distinguiéndose por esto de las demás fuentes que en opinión suya poseen un mayor grado de objetivación. Por este motivo, se hace necesario antes de considerar a la tradición de cultura propiamente tal, efectuar un breve alcance a la manera como concibe a las fuentes del Derecho y al modo que propone de clasificarlas.

La concepción de Ross sobre estas fuentes pretende ser una superación de los planteamientos que, sobre ellas, han formulado las doctrinas tradicionales. La propone a partir, y como una consecuencia, de sus propias ideas básicas sobre lo jurídico, de acuerdo a las cuales el Derecho consiste en un hecho social que debe ser estudiado con el método propio de las ciencias, que no es otro que el de verificación empírica. Se trata ésta, como nuestro propio iusfilósofo lo dice, de una concepción realista sobre el Derecho, que pretende elaborar una ciencia jurídica siguiendo el modelo de las ciencias físico-naturales exactas. Conforme a ella, por fuentes del Derecho ha de entenderse el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que éste basa su decisión; con el agregado de que esta influencia puede variar desde

* Este artículo se inscribe en el marco del proyecto de investigación Nº 99.55.02-1, de la Dirección de Investigación de la U. de Concepción. Fue también presentado como ponencia en al V Jornada Chilena de Filosofía del Derecho.
[1] Ross, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia. Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1953.

Artículo: La tradición de cultura o razón en la filosofía jurídica de Ross
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

aquellas fuentes que proporcionan al juez una norma jurídica ya elaborada que simplemente tiene que aceptar, hasta aquellas otras que no le ofrecen nada más que ideas e inspiración para que el propio juez formule la norma que necesita. Así las fuentes se dividen en objetivadas, la legislación; parcialmente objetivadas, el precedente y la costumbre; no objetivadas o libres, la tradición de cultura o razón.

Aproximándonos al concepto de lo que entiende por tradición de cultura, nuestro autor sustenta la tesis que afirma que el Derecho en tiempos muy remotos en la historia, lo que podríamos llamar el Derecho arcaico, nace originariamente de una costumbre indiferenciada, a la que denomina costumbre de la tribu. En opinión suya, la vida de un pueblo primitivo se encuentra regulada por la costumbre hasta en sus ínfimos detalles. Es vivida como obligatoria, suscitando cualquiera infracción a ella la desaprobación de la tribu, la que puede expresarse en diversas formas de castigo. A partir de estos hechos surge una especie de autoridad dentro de la comunidad primitiva, que puede ser, por ejemplo, un caudillo, un grupo de ancianos u otros, que en caso de dudas deciden si se han de aplicar o no sanciones. De este modo, nos dice, se origina el poder judicial. Un poder judicial primitivo desde luego, pero poder judicial al fin, que más adelante se desarrollará en los Estados modernos. Es el primer germen de autoridad pública que pretende monopolizar el uso de la fuerza. Nace así el Derecho como Derecho consuetudinario, consistente en el ejercicio de la fuerza llevado a cabo por el poder a que estamos haciendo referencia. Alcanzado este punto conviene que hagamos presente el concepto de Derecho (o regla jurídica vigente) propuesto por Ross. Nos dice que éste no es otra cosa que el ejercicio de la fuerza que practican los tribunales. Por ello también señala que Derecho vigente es aquel que aplican los jueces (ejerciendo la fuerza), porque consideran que es obligatorio. Nos agrega que en el concepto de Derecho a que estamos haciendo referencia es posible distinguir dos partes, por una el Derecho en acción o fenómeno jurídico y, por la otra, la norma jurídica. En el Derecho en acción, a su turno, se diferencian dos dimensiones o aspectos. Ellos consisten, en primer término, en una acción realizada por los tribunales y, en segundo lugar, en la convicción que tienen los jueces que esa acción es obligatoria. La norma jurídica, por su parte, es un conjunto de ideas abstractas, o si se quiere extraídas del fenómeno jurídico, que posibilitan entender a éste como un todo coherente de significado y motivación y, en cierta medida predecirlo. Así entonces, pensamos que en la doctrina de Ross es la norma jurídica la que permite entender al fenómeno jurídico como Derecho.

Ahora bien, con el surgimiento del Derecho como Derecho consue-

Artículo: La tradición de cultura o razón en la filosofía jurídica de Ross
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tudinario comienzan a distinguirse dos tipos de costumbres. Por un lado, la costumbre ancestral indiferenciada, que abarca muy diversos aspectos de la vida del hombre. Por otro, la costumbre jurídica, es decir el Derecho, que nace a partir de la anterior. De este modo, de manera gradual el Derecho, únicamente al modo de costumbre jurídica en un comienzo, se va diferenciando de la costumbre no jurídica. La costumbre jurídica (Derecho) comienza a caracterizarse como el ejercicio de la fuerza organizada que aplica la autoridad, distinguiéndose con ello de la otra clase de costumbre que halla su respaldo en reacciones que no consisten en el uso de la fuerza de la manera recién indicada.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto nuestro autor nos expresa que, en el tiempo, o si se quiere históricamente, el poder judicial precede siempre al poder legislativo. El juez originariamente formula un juicio de acuerdo a las reglas tradicionales de la costumbre. La costumbre es el punto de partida natural de la evolución jurídica. Históricamente, el problema consiste en aclarar la génesis del poder legislativo. La pregunta es, ¿cómo y por qué llegó a formarse un poder legislativo? Sin entrar en estas importantes e interesantes cuestiones, aquí simplemente damos como un hecho el origen y desarrollo del poder que acaba de mencionarse. Puede suponerse que el grueso de la legislación, en un principio, consistió en plasmar en leyes el Derecho consuetudinario ya vigente. Sólo en forma lenta y gradual la legislación pasó a ser un instrumento jurídico y social de importancia. Originariamente, la costumbre (jurídica) determinó, o si se quiere fijó el marco en que operaba, la legislación. Con el tiempo, la legislación pasó a determinar a la costumbre (jurídica). Esta, con el correr de los años ha ido perdiendo relevancia, son pocas las áreas del Derecho que actualmente la recogen con cierta amplitud. Asimismo, sólo de manera excepcional la costumbre suele tener el poder de imponerse por sobre la ley.

Esta sola historia del surgimiento del Derecho ya nos está mostrando que no se trata de un fiat arbitrario que emana únicamente de la pura voluntad del legislador. Pero hay algo más que esta sola historia, que nos lleva analizar la clase de poder que tiene el legislador. Al respecto, comenzaremos haciendo presente que todo poder para Ross consiste en una capacidad de ejercer influencia sobre los demás hombres. Ahora bien, específicamente el poder del legislador es un poder sobre los espíritus de los hombres que se basa en la conciencia jurídica institucional o formal. El hacer referencia al legislador y a la conciencia jurídica formal nos lleva a efectuar un alcance a la importante pregunta que nuestro iusfilósofo se formula sobre, ¿por qué los hombres actúan legítimamente?, ¿por qué los hombres obedecen el Derecho? Dos serían los motivos que los impulsan

Artículo: La tradición de cultura o razón en la filosofía jurídica de Ross
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a obrar en este sentido: 1°) Impulsos fundados en necesidades que surgen de un cierto mecanismo biológico y que son vividos como intereses. 2°) Impulsos inculcados en el individuo por el medio social, que son vividos como un imperativo categórico que lo obliga sin referencia a sus intereses e incluso en conflicto directo con éstos. Esta segunda clase de impulsos son, de acuerdo a nuestro autor, fácilmente interpretados en términos metafísicos y con ello en opinión suya carentes de valor cognoscitivo. En efecto, pueden interpretarse como una especie de validez superior, como valores, etc., es decir, como seudoobjetos que no son empíricamente verificables. Pero teniendo en consideración a estas dos clases de impulsos que llevan a los hombres a obrar, veamos de manera más específica qué los lleva a obedecer el Derecho. Con esta finalidad distingue entre qué lleva a los jueces a obedecer las normas jurídicas y qué lleva a los hombres comunes a obedecer estas normas.

Con respecto al juez, debemos recordar que en su sentido primero y propio las normas jurídicas son directivas destinadas al juez, que le ordenan ejercer la fuerza en contra de los infractores del Derecho. Para Ross, el juez en forma definitiva se encuentra motivado a obedecerlas, primera y principalmente, por impulsos desinteresados, por un puro sentimiento del deber y no por temor a las sanciones jurídicas o por cualquier otro interés. Sólo en segundo lugar los jueces obedecen el Derecho por esos otros impulsos que se viven como intereses, como es el caso del temor a una sanción, de hacer carrera funcionaria, etc.

La cuestión se responde de manera distinta cuando se trata ya no de los jueces, sino de los ciudadanos comunes. Debemos tener presente en este caso que para nuestro iusfilósofo el hombre o ciudadano común no es el destinatario de las normas, sino que, como se dijo, son los jueces. Por ejemplo, una norma penal como la que sanciona el homicidio no va dirigida al ciudadano común ordenándole que no cometa este delito, sino que va dirigida al juez a quien le ordena, para que, en el caso que alguien incurra en el mismo, lo sancione aplicándole la fuerza. Los ciudadanos comunes, entonces, obedecen el Derecho en primer término por temor a la sanción. Sólo en segundo lugar lo obedecen por motivos desinteresados, es decir por el solo respeto al Derecho. A este componente desinteresado, de naturaleza ideológica, lo denomina conciencia moral. Ahora bien, dentro de ésta nos señala que es posible distinguir dos tipos, por un lado, la que llama conciencia jurídica formal o institucional y, por el otro, la conciencia jurídica material o moral (en sentido estricto). La primera nos indica que debe obedecerse el Derecho simplemente porque es Derecho. La segunda señala que debe obedecerse el Derecho por un motivo ideológico

Artículo: La tradición de cultura o razón en la filosofía jurídica de Ross
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sustantivo, porque se percibe como moralmente correcto, como justo, etc. En el caso en que estas dos clases de conciencias sean coincidentes, o la distancia entre una y otra sea pequeña, no se presentan mayores problemas a los ciudadanos para la obediencia al Derecho. Los problemas surgen cuando tal distancia aumenta. Se tornan graves cuando es muy amplia. Cuando se da esta última situación, cuando un régimen jurídico se percibe como muy injusto, se tiende a sustituirlo por la fuerza. Es la hora de la revolución.

Así entonces, tras todo Derecho positivo, puesto por los hombres, ya sea en la forma de Derecho legislado, de precedente o de Derecho consuetudinario, existe algo más, una fuente todavía más profunda, que será la que en definitiva lleve a un pueblo a aceptar o no un determinado Derecho, especificando también la manera en que lo acepta o rechaza. Se trata de la tradición de cultura o razón. De acuerdo a estos planteamientos de nuestro autor se puede observar la gran relevancia que para él tiene la fuente que ahora consideramos, pues en último término es la que fundamenta y orienta a todo el Derecho. Se presenta, de alguna manera, como privilegiada respecto a las demás. Llama asimismo la atención este modo que tiene de entender la tradición de cultura y la función que a ella le asigna. Nos parece que es extraordinariamente coincidente con la forma que tiene Savigny de concebir a su primera y más importante fuente del Derecho, a la que denomina "espíritu del pueblo". Este constituye la esencia de lo que es cada pueblo, se encuentra en sus costumbres, en su lengua, en su sistema de creencias, etc. Es el espíritu del pueblo, nos dice, el que determina lo que es el Derecho en cada comunidad, del cual no debe apartarse, porque si así ocurre o funciona mal, o, simplemente desaparece. Las ideas que ahora comentamos las expone Savigny, entre otras obras suyas, en un famoso ensayo que lleva por título, De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho. Como se sabe, en este texto polemiza con Thibaut, mostrándose contrario, salvo excepciones, a la codificación y en general a la legislación, porque ésta no refleja de manera directa y adecuada el espíritu del pueblo, a contrario del Derecho consuetudinario, que lo refleja mejor. Sostiene el jurista a que hacemos referencia que el Derecho nace, se desarrolla y muere con el pueblo y su espíritu.

Por su parte Ross nos dice que "en todo pueblo vive una tradición común de cultura que anima todas las formas manifiestas de vida de aquél, sus costumbres y sus instituciones jurídicas, religiosas y sociales"[2]. Agrega que es difícil señalar o describir la naturaleza y esencia de esta tradición. Pero no obstante esta dificultad,

[2] Ross, Alf. Ob. cit., pág. 95.

Artículo: La tradición de cultura o razón en la filosofía jurídica de Ross
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

se puede sostener que ella se trata de un espíritu que expresa una filosofía de vida, constituida por una íntima combinación de valoraciones (actitudes valorativas) y de una cosmogonía teorética, la que incluye una teoría social más o menos primitiva. Se expresa en la vida social de un pueblo en forma de mito, religión, poesía, filosofía y arte. Se trata de valoraciones y de creencias teoréticas. El mito pareciera ser, en opinión de Ross, la forma más importante en que se expresa la tradición de cultura. El mito es un credo (creencia teorética cuya función principal es expresar una filosofía de vida, nos dice este autor), sobre la creación y la naturaleza del mundo, el poder de los dioses y sus vidas, los orígenes de un pueblo, su historia, destino y misión, la lucha entre el mal y el bien, el origen de la vida y su significado, el lugar de la humanidad respecto de los dioses y de la naturaleza. La religión, la poesía, la filosofía y el arte se ocupan en formas diversas de los mismos objetos. Todos ellos son la expresión de ideales de formas de vida y de creencias teoréticas. Ante estos planteamientos no podemos dejar de hacer presente que Ross hable de describir una "naturaleza y esencia" de la tradición de cultura, usando un lenguaje filosófico muy tradicional, al que reiteradamente rechaza desde sus posiciones antimetafísicas.

Agrega nuestro autor que la tradición de cultura no es inmutable. El factor del cambio pareciera encontrarse en cierta captación racional (del mundo) de tipo más o menos científico que va surgiendo lentamente de la experiencia. De la misma proviene, por una parte, un cambio en la técnica en todos los aspectos de la vida. Y por otra, una revisión crítica de los mitos fundamentales. Ambos influyen en el cambio de la tradición de cultura.

Todo lo anterior hace que nuestro iusfilósofo rechace por poco realista ese positivismo jurídico que limita el Derecho a las normas puestas por las autoridades y que piensa que la actividad del juez consiste en una aplicación mecánica de ellas. No, no es así, pues el Derecho surge, vive, se sostiene y posee un curso en la sociedad, esto es, opera en ella, sólo dentro de la tradición de cultura. Es decir, sólo dentro de los mitos, creencias y filosofía de vida que la conforman. Fuera de ella simplemente no existe. Una concepción del Derecho que no lo entienda dentro de la tradición de cultura del respectivo pueblo no es una concepción realista sobre el mismo. Compara el Derecho que se encuentra en una tradición de cultura con los cristales que se han depositado en una solución saturada. Subsisten mientras se encuentran en ese líquido; si se colocan en uno diferente, se disuelven y desaparecen. Lo compara también con las plantas que subsisten sólo mientras se hallen unidas al suelo que las nutre. Mueren cuando se las arranca de él.

Artículo: La tradición de cultura o razón en la filosofía jurídica de Ross
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Las normas jurídicas, al igual que toda manifestación objetiva de la cultura, no pueden ser entendidas si se las aísla del medio cultural que las ha originado.

El juez, de acuerdo a Ross, aplica el Derecho y con ello le da vigencia, pues para nuestro iusfilósofo regla jurídica vigente es la que aplican los tribunales con la convicción de que es obligatoria. Ahora bien, el magistrado no se limita a efectuar una aplicación mecánica del mismo, en que su intervención nada aporta o agrega. No es así, cuando lo aplica siempre coloca algo más, pues el juez no es sólo un fenómeno biológico, sino que también cultural, con sus creencias y modo de pensar, forma parte de la tradición de cultura de su pueblo. Así cuando aplica el Derecho, interpretándolo para llevar a cabo dicha aplicación, introduce por esta vía la tradición de cultura en el Derecho vigente. De tal modo que ésta es al menos una fuente indirecta, vía interpretación. Pero también lo es directa, en los casos de vacíos o lagunas. Sobre la base de la argumentación anterior Ross pretende haber refutado al positivismo jurídico. Ambiguo, impreciso, engañoso, errado. Una versión débil del idealismo, pero con todos los defectos que éste presenta.

Pero rechaza también a la versión fuerte o metafísica de ese idealismo, el iusnaturalismo, al que critica con bastante detalle en los capítulos X y XI de su obra principal. Así como lo presenta, su historia y la idea misma que conlleva constituirían un verdadero desastre epistemológico. A éste le formula todas las críticas que se le suelen hacer a la metafísica desde la perspectiva del neopositivismo lógico, comenzando por la que señala que se ocupa de objetos que no son empíricamente verificables con todo lo que la misma conlleva, con sus virtudes y con sus defectos. Estos últimos tan destacadamente reiterados desde hace ya algunas décadas. Nos señala que la disputa entre el idealismo metafísico y el realismo científico no terminará resolviéndose en el campo del Derecho y de la ciencia jurídica, sino en el de la filosofía en general. Piensa que la metafísica terminará desapareciendo del ámbito de la ciencia del Derecho, así como ha desaparecido, o casi, del de las ciencias naturales. Ello no tanto por virtud de los argumentos que se den en contra de la misma, sino por el curso mismo de los hechos, los que le harán perder vigencia haciendo que nadie la tome en consideración. Al respecto se pregunta, ¿quién se preocuparía hoy de refutar la existencia de la piedra filosofal?, agregando, deja que los muertos entierren a sus muertos. Al expresarse en estos términos, nuestro iusfilósofo apunta a un hecho que en muchas ocasiones se ha dado en la realidad histórica de ciertos pueblos y culturas. Se trata de que en múltiples ocasiones algunas ideologías, como es el caso de ideologías políticas, religiosas u otras, han perdido importancia o

Artículo: La tradición de cultura o razón en la filosofía jurídica de Ross
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

simplemente han desaparecido, porque en los hechos se ha perdido interés en ellas, podría decirse que el curso mismo de los hechos las ha derrotado, porque constituyen en cierto sentido un fracaso. Con todo, no deja de llamar la atención esta actitud de Ross, no sé si de negarse a argumentar, o de ser escéptico ante los argumentos, para resolver o ayudar a resolver una importantísima disputa intelectual. Ello teniendo presente que en otros lugares de su obra principal, específicamente en el capítulo XII, sobre "La idea de justicia", a la que también califica de irracional y metafísica, en un pasaje famoso suyo, aunque además en otros, es un entusiasta partidario de la argumentación en el campo intelectual, como por otra parte, no podría ser de distinto modo. El célebre párrafo, conviene recordarlo, expresa: "Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. Esta no es una manera adecuada de obtener comprensión mutua. Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la "justicia", porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento"[3]. La pregunta que queda abierta es si la justicia o la injusticia, es la que constituye una expresión del afán totalitario, irracional intolerante, oscurantista, etc., que se niega argumentar. Curiosamente en la actualidad encontramos a diversos iusfilósofos, juristas y pensadores que postulan la tesis de la racionalidad de la justicia y de lo correcto, reiterándose así, una vez más, un antiguo debate que se remonta a la filosofía griega clásica. Basta tener presente a los escritos de Platón para constatar que ello es así. En consecuencia, no resulta tan sencillo afirmar que el solo transcurso del tiempo, o el curso mismo de los hechos, son por sí solos suficientes para hace perder vigencia a cualquier doctrina o teoría. Es probable que a algunas sí, pero con seguridad no a todas. Al menos así parece indicarlo una larga experiencia histórica. Por lo demás, parece que no son sólo los meros hechos, sino que los argumentos que puedan fundarse en ellos, los que desplazan o no, dependiendo de las circunstancias, a determinadas teorías, explicaciones o concepciones del mundo. Asimismo, podría preguntársele a Ross si de un estudio profundo y exacto de la realidad, particularmente de la realidad social y de su historia, podemos o no extraer una idea de lo que es justo, o al menos orientarnos en ello. Desde su perspectiva, pensamos, no podría negarse esta posibilidad sobre la base de una distinción entre el ámbito del ser, o si se quiere de los hechos, y el ámbito del deber ser, sosteniendo, al igual que Hume y sus seguidores, que es imposible transitar de uno a otro. Pues para nuestro

[3] Ross, Alf. Ob cit., pág. 267.

Artículo: La tradición de cultura o razón en la filosofía jurídica de Ross
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

iusfilósofo la única realidad es la de los hechos, el presunto campo del deber ser no es más que eso, algo meramente imaginario, un seudoobjeto o, lo que es lo mismo, una entidad metafísica. Ahora bien, una consideración, estudio y análisis de esa realidad sicológica y social que denomina tradición de cultura constituye, en nuestra opinión, una buena base que serviría para indagar si a partir de ella es posible en la sociedad humana obtener algunas ideas o valores que nos proporcionen una pauta para determinar, al menos en sus grandes líneas, lo justo y lo correcto. Es ésta una pregunta que queda abierta, cuya respuesta sería interesante que se proporcione, incluso apoyándose en investigaciones realizadas empíricamente. Pero más allá de estas consideraciones, nos parecen, como se dijo, dignos de tenerse en cuenta algunos esfuerzos contemporáneos en orden a postular una coincidencia entre la justicia y lo racional. Con tal planteamiento toman distancia con lo que sostiene Ross en particular y, en general, el neopositivismo lógico. Por lo demás, este último, como se sabe, en la actualidad ya no goza de la amplia aceptación que tenía algunas décadas atrás. Entre esos esfuerzos vamos a referirnos únicamente a ciertos autores que se inscriben dentro del marco de la llamada teoría de la argumentación jurídica, por tanto no a otros que se insertan dentro de algunas concepciones vinculadas al iusnaturalismo clásico, vinculadas a pensadores como Aristóteles, Tomás de Aquino o Suárez, siempre dispuestos a hacer coincidir, de algún modo, a la racionalidad con la justicia. Como una manera de acotar nuestra exposición, vamos a efectuar una breve referencia a las concepciones acerca de la argumentación jurídica y la racionalidad de Chaim Perelman y Robert Alexy.

Aproximadamente, a partir de la década de 1950 comienza una etapa de gran interés por los estudios de argumentación jurídica, en un proceso que se desarrolla hasta el día de hoy. A nuestro juicio, los autores y tendencias que cultivan esta área o disciplina, que suele conocerse bajo el nombre de teoría de la argumentación jurídica, poseen entre otras características en común a aquella que trata de entender el Derecho como un proceso racional, que de alguna manera se encamina hacia lo justo o correcto. Así entonces, afirman que en cierto modo la justicia y la corrección deben orientar a la totalidad del mundo jurídico. Al plantearse en estos términos, las teorías a que estamos haciendo referencia toman distancia, como ya lo hicimos notar, respecto a las concepciones realistas y empiristas sobre el Derecho, por ejemplo, respecto a la de Alf Ross. Sin negarles su carácter innovador y distinto, estimamos que, casual o deliberadamente, constituyen un reencuentro con algunas doctrinas tradicionales.

Entre los primeros iusfilósofos representativos de la tendencia a que ahora

Artículo: La tradición de cultura o razón en la filosofía jurídica de Ross
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nos referimos se encuentra Chaim Perelman, quien en 1952 publicó, junto con Olbrechts-Tyteca, un libro intitulado Retórica y filosofía. Algunos años después dio a la luz pública otro, con el nombre de La lógica jurídica y la nueva retórica. En éste basaremos nuestra breve exposición en la presente oportunidad. Para comenzar diremos que nuestro autor intenta recuperar a la retórica como una forma racional de argumentar, aunque distinta de la lógica formal. Desde su inicio queda propuesta como una teoría de la argumentación, que se orienta a los problemas prácticos, en que se discuten puntos de vista contrapuestos respecto a ciertos valores en disputa. La retórica, de acuerdo a Perelman, parte del supuesto que afirma que existe una distinción entre el ámbito del conocimiento teórico, en que se utilizan los métodos formales y deductivos, y el ámbito práctico, en que se emplea la argumentación, entendiendo a ésta como el conjunto de técnicas discursivas que tienden a motivar o a acrecentar la adhesión de las personas a las tesis que se les presentan para su asentimiento. Lo que importa entonces, desde la perspectiva de la argumentación retórica, es que el orador persuada a su oyente o, como dice el autor a que estamos haciendo referencia, a su auditorio. Ahora bien, lo que sostiene nuestro iusfilósofo es que no existe un solo tipo de auditorio al que pueda dirigirse el discurso, sino que los auditorios son muchos y muy variados. No se trata sólo del auditorio popular, que por así decirlo se reúne en la plaza pública. Todo aquel a quien llega el discurso constituye un auditorio. Asimismo, para que el discurso llegue al auditorio y lo persuada, es necesario que el orador lo conozca lo mejor posible. Un buen conocimiento de él, en cuanto a sus creencias, opiniones, principios, etc., hará realmente persuasivo a su discurso. Por consiguiente, para lograr esta finalidad el orador deberá adaptar su discurso al tipo de auditorio que tiene delante suyo. Esto lleva también a sostener que el nivel y rigurosidad del argumento retórico vienen dados por la clase de auditorio a que éste se dirige. Mientras de mayor nivel cultural y de conocimientos sean sus miembros, más riguroso deberá ser el discurso. Muchas críticas y observaciones se le han formulado a Perelman respecto a esta tesis suya que afirma que, para lograr adhesión a lo que el orador sostiene en su discurso, éste debe adaptarse en cada caso a los oyentes. Algunas de tales críticas resultan obvias, por ejemplo, se dice que desde un punto de vista ético no resulta aceptable que alguien le diga a sus oyentes sólo lo que éstos quieren escuchar; se le señala también que desde su perspectiva la verdad es algo que no importa lograr, pues lo que se busca es sólo adhesiones, resintiéndose de este modo el conocimiento y la ciencia, a los que siempre el hombre aspira. Para responder a estas críticas y otras similares, nuestro autor formula la propuesta de "un auditorio universal".

Artículo: La tradición de cultura o razón en la filosofía jurídica de Ross
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Este auditorio universal surge de la idea, que constituye un supuesto fundamental en el planteamiento de Perelman, que afirma que al existir distintos auditorios, unos son más rigurosos que otros. Algunos lo son muy poco, pensemos una vez más en el auditorio reunido en la plaza pública. Otros, en cambio, son muy exigentes y rigurosos, pensemos por ejemplo en el auditorio compuesto por los miembros de una sociedad científica. Estos auditorios exigen argumentos cada vez más sólidos desde una perspectiva racional, y mejor fundamentados lógica y científicamente, son mucho menos sensibles a la argumentación emocional. Pero, por sobre todos estos auditorios, a los que podemos llamar particulares, nuestro autor postula la hipótesis de un auditorio universal, cuya existencia antes que real es ideal. Constituye una especie de modelo o parámetro de los auditorios particulares. Se caracteriza por ser exclusiva y totalmente racional; en consecuencia, los argumentos que ante él se presenten con la pretensión de ser aceptados, deben ser, asimismo, totalmente racionales. Con ello, pasan a ser coincidentes con los discursos deductivos del ámbito de la ciencia. Sobre este particular nos limitaremos a recordar que algunos críticos de Perelman han sostenido que esta tesis del auditorio universal, en los términos que acabamos de exponer, es contradictoria con su idea fundamental sobre la retórica, que incluso la refuta. En efecto, si la retórica es un tipo de argumentación que se da en el ámbito de la esfera práctica, diferenciándose con ello del discurso puramente racional perteneciente al campo del conocimiento, no puede terminar guiándose y siendo medida por éste. Pues si esto ocurre, se afirma, la argumentación retórica se elimina.

Robert Alexy es otro de los iusfilósofos contemporáneos que se ocupan de la teoría de la argumentación, lo que hace, principalmente, en una obra suya intitulada Teoría de la argumentación jurídica. En ella expresa que su finalidad es construir un modelo que, "por un lado, permita tener en cuenta las convicciones extendidas y los resultados de las discusiones jurídicas precedentes y, por otro, deje espacio a los criterios de lo correcto"[4]. En otros términos, lo que se pretende es formular una concepción del Derecho que, teniendo en consideración a diversas otras que se han propuesto en el campo jurídico, deje un espacio a criterios valóricos, o a lo correcto, como nos dice. Más específicamente, el autor que ahora estamos analizando ubica a su teoría de la argumentación en el ámbito de la filosofía práctica. Con ello, la inserta plenamente en el campo de la ética, con expresa mención de los derechos fundamentales. Claro está que se trata de una ética de la racionalidad. En conclusión podemos decir que tanto Alexy, como

[4] Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

Artículo: La tradición de cultura o razón en la filosofía jurídica de Ross
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Perelman, se apartan de un modo de concebir el Derecho propio del neopositivismo lógico, por ejemplo el de Ross, para quien ideas como las de los valores y de lo correcto no cumplen función alguna en el plano cognoscitivo.