

## ¿CÓMO VER AL DERECHO AQUÍ Y AHORA?

**Eduardo Hernando Nieto\***

*Abordar la interminable discusión acerca de la definición de lo que es el Derecho es quizás una de las cuestiones más problemáticas y aun así más elementales para todo abogado. Encontrar el verdadero sentido del Derecho fue quizás el mayor móvil durante muchos años de iusnaturalistas y positivistas durante el siglo XIX y, posteriormente el propósito también de otras corrientes. Sin embargo, ¿qué tan consistente resulta, hoy en día, observar el Derecho como una abstracción teórica apartándonos de la realidad y de las relaciones entre sujetos?*

*El autor realiza en el siguiente artículo una revisión de los distintos conceptos de Derecho que han surgido en el mundo moderno, rescatando la importancia de ubicar a éste como una herramienta y un elemento en construcción que en base a la argumentación debe armonizar las relaciones del hombre en sociedad.*

\* Abogado. Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Ciencia Política por la Universidad de East Anglia, Inglaterra. Magíster en Sociología por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP.

Basta solamente plantearse la posibilidad de escribir, por ejemplo, un artículo sobre pluralismo jurídico o sobre epistemología del Derecho para tomar nota de lo complejo que puede resultar el dar una definición sobre lo que es el Derecho; es decir, si nos olvidamos de nuestros amigos los positivistas –que, en todo caso, trataron en buena onda de darnos una definición aparentemente concreta de lo jurídico a partir de la identificación de una norma fundamental o una regla de reconocimiento– es más lo confuso que lo claro. Conceptos, por ejemplo, como el de “justicia viva” que acuñó el teórico austriaco y pionero de la sociología jurídica, Eugen Ehrlich, a fines del siglo XIX y comienzos del XX, para definir el Derecho “verdadero” en contraposición con el llamado Derecho oficial<sup>1</sup> o la visión radical de los pluralistas que invocaban “otras” fuentes normativas como la costumbre, no nos sirven de mucho si se trata de definir con precisión nuestro objeto de estudio<sup>2</sup>. Peor aun, si optamos por definir la realidad del Derecho a partir de las nuevas epistemologías como las del constructivismo, la teoría crítica o la autopoietica que nos llevan a tesis –algo extrañas para muchos me imagino– como que el Derecho se construye asimismo (autorreferente) y que inclusive produce a sus autores<sup>3</sup>.

Y claro, la pregunta por la identidad siempre –aunque muchos no lo crean– resulta esencial. A fin de cuentas, si no sabemos qué es el Derecho, cómo podemos saber qué significa o qué puede ofrecernos o, finalmente, para qué puede ser útil. Es por esto que puede resultar interesante plantear un ejercicio al respecto; es decir, ver qué es lo que nos ofrece la teoría, hoy por hoy, respecto al concepto y sentido del Derecho y cómo es que éste ha sido concebido o entendido en nuestro contexto, que de una u otra forma siempre ha estado vinculado con los centros de la elaboración teórica y ha ido recibiendo a lo largo de los años distintos enfoques o teorías jurídicas, siendo también en muchas ocasiones mal interpretado o distorsionado.

Asimismo, podría resultar original el preocuparnos por estos temas en un entorno que por, diversas razones, ha carecido de una tradición y de un espacio de discusión importante en el campo de la teoría legal, a diferencia de varios países vecinos que sí la han tenido. Sin embargo, mi interés al escribir este texto no solamente se encuentra en plantear las distintas maneras de como se ha ido entendiendo el Derecho sino sobre todo el poder inducir a aquellos que tengan cierta vocación por la teoría a fin de transmitirles todas las múltiples posibilidades del pensamiento jurídico, advirtiendo especialmente lo complejo de la tarea. Por otro lado, y creo que este es el sentido de los textos que animan esta publicación, se trataría de demostrar claramente las estrechas relaciones que existen entre la teoría y la práctica; es decir, que no se encuentran disociadas como lo habrían propuesto los enfoques científicos del derecho que, paradójicamente, decían que estaban lidiando con la realidad cuando en el fondo nos habían conducido a un universo extremadamente abstracto o exageradamente conceptual.

Así pues, lo que pretendo hacer aquí será en primer lugar una definición de las distintas epistemologías jurídicas que hemos encontrado en la modernidad y también una crítica de las mismas, para poder pasar luego a observar cómo han influenciado o cómo siguen haciéndolo en nuestro contexto siempre dentro de una mirada bastante crítica y polémica.

## I. LAS EPISTEMOLOGÍAS JURÍDICAS DE LA MODERNIDAD: EL DERECHO COMO CIENCIA TEÓRICA

Se suele señalar que en la modernidad existen dos concepciones de Derecho como ciencia, que parten de supuestos epistemológicos diametralmente opuestos: las concepciones idealistas y las sociológicas del Derecho, o el Derecho como ciencia formal o como ciencia fáctica, según la terminología acuñada por el filósofo de la ciencia argentino Mario Bunge.

<sup>1</sup> EHRLICH, Eugen. “Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia”. Madrid: Marcial Pons. 2005. Lo que sostiene Ehrlich concretamente es que nosotros estábamos acostumbrados a ver al derecho como “normas de decisión” que resuelven determinados conflictos (el positivismo) sin embargo, más real y concreto que esto son las llamadas “normas sociales” que permiten la integración de los grupos humanos y que pueden ser constatadas de manera empírica, en este sentido, el llamado “derecho vivo” sería aquél que no responde a la producción estatal sino que se encuentra en la misma sociedad. Más adelante, veremos como éste es el punto de partida del llamado pluralismo jurídico.

<sup>2</sup> Al respecto se puede leer la crítica interesante que plantea Brian M. Tamanaha al pluralismo jurídico y la vaguedad de la propia definición de derecho popular o consuetudinario. Ver: GRIFITHS, John y Brian M. TAMANAHA. “La insensatez del concepto científico social del pluralismo jurídico”. En: ENGLE FERRY, Mary. “Pluralismo Jurídico”. Bogotá. Siglo del Hombre editores-Universidad de los Andes. 2007.

<sup>3</sup> Para un desarrollo muy claro de estas nuevas corrientes epistemológicas del derecho se recomienda sobremanera el texto de Teubner. TEUBNER, Günther. “El derecho como sistema autopoietico”. En: “El Derecho como sistema Autopoietico de la Sociedad Global”. Lima: ARA Editores. 2005.

Así pues, se puede decir que en las concepciones idealistas las normas son postulados abstractos que se infieren de principios universales o eternos (Derecho Natural) o son la manifestación de la voluntad racional de quien los ha formulado (positivismo). En este sentido, su validez dependerá de la afinidad que tengan con los principios superiores y su contenido se definirá en función a su interpretación al interior del sistema jurídico.

Para precisar un poco mejor, respecto a la concepción idealista y desde el punto de vista material, se diría que en las concepciones idealistas las normas son postulados abstractos que se deducen de principios universales y eternos, o son expresión de la voluntad racional de quien las formula, dependiendo su validez de su congruencia lógica con los postulados de jerarquía superior, y su contenido se determinarían interpretándolas al interior del ordenamiento jurídico mismo.

Respecto a la llamada concepción sociológica, se puede considerar que el Derecho será básicamente una herramienta de la autoridad destinada a satisfacer sus fines políticos, sociales y económicos que responden también a una coyuntura histórica; en este sentido, su validez sustantiva se da a partir de la afinidad de sus fines con la realidad social, teniendo también muy en cuenta su eficacia, la que se manifiesta en la adecuación de sus medios al logro de estos fines.

En este sentido, hace algún tiempo, Manuel Atienza, –profesor de la Universidad de Alicante y uno de los difusores de la teoría de la argumentación jurídica– se refería a los enfoques científicos del Derecho como aquellos que definían concretamente al Derecho como estructura, sea el caso de una estructura formal (positivismo), ideal (iusnaturalismo) o, finalmente, como una estructura funcional (realismo)<sup>4</sup>; es decir, todos ellos tomaban al Derecho como un objeto para ser descrito al mismo tiempo que se le iban agregando algunas especificaciones, pero en general el enfoque epistemológico de la modernidad trató de modo explicativo al Derecho (más tarde se pasaría también al plano de la comprensión).

Sin embargo, lo que resulta hoy claro es que aparte de las propuestas citadas habrían todavía otras opciones de definición del Derecho. Empecemos entonces por ver qué es lo que ofreció la modernidad en el Derecho.

## II. LA PRIMERA CONCEPCIÓN IDEALISTA: EL DERECHO NATURAL

Si bien es cierto que en una época como la actual, caracterizada por la secularización y por el individualismo, parece bastante difícil que se pueda expresar una adhesión a un conjunto de principios que se decían que emanaban de una revelación y que eran descubiertos por la razón humana; sin embargo, aun es posible encontrar diversos trabajos que han desarrollado y todavía proponen esta perspectiva del Derecho.

De esta manera, se empezaría a señalar que el Derecho en la visión iusnaturalista es el arte de lo justo, así:

“Lo que llamamos orden de justicia, exigencias o normas de justicia, no es otra cosa que el derecho natural. Y los llamados principios de justicia no son cosa distinta a los principios y preceptos propios de ese Derecho. Lo que preexiste al derecho positivo no es la justicia, sino el Derecho natural”<sup>5</sup>.

La perspectiva iusnaturalista se fue construyendo desde el pasado con los aportes de la filosofía aristotélica o la de Cicerón (esto, en el contexto de la filosofía antigua) y en el mundo de la teología, con los aportes de Santo Tomás de Aquino, fundamentalmente. Es decir, primero se definió a través del concepto de naturaleza justificada por la razón (filosofía) y luego esta naturaleza se justificó a través de una voluntad que sería la de Dios expresada a través de una revelación<sup>6</sup>.

En esta época contemporánea puede ser interesante, por ejemplo, revisar el trabajo del profesor australiano John Finnis<sup>7</sup>, quien sostiene que el

<sup>4</sup> ATIENZA, Manuel. “Derecho y Argumentación”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005.

<sup>5</sup> HERVADA, Javier. “Introducción crítica al Derecho Natural”. México: Editorial Minos. 1999. p. 27.

<sup>6</sup> Justamente, esta segunda variante del iusnaturalismo (el voluntarista) sería el punto de partida ya en un mundo secularizado del positivismo puesto que bastará que la voluntad divina sea transformada en voluntad del legislador para que pueda convertirse en la tradición positivista. Esto explicaría entonces los lazos entre el iusnaturalismo moderno y el positivismo jurídico. Para un desarrollo de esto véase mi texto. HERNANDO NIETO, Eduardo. “Deconstruyendo la Legalidad, ensayos de teoría legal y teoría política”. Lima: PUCP. 2000. Capítulo 1.

<sup>7</sup> FINNIS, John. “Natural Law and Natural Rights”. Oxford: Oxford University Press. 1980. Como dice Manuel Atienza, “La tarea central del iusnaturalismo consistiría en explorar las exigencias de la razonabilidad práctica en relación con el bien del ser humano, en identificar los principios y los límites del Estado de Derecho (el rule of law) y en mostrar de qué manera el Derecho válido (sound) se deriva de ciertos principios inmodificables.” ATIENZA, Manuel. “El Derecho como argumentación”. Barcelona: Ariel. 2006. p. 45.

objetivo de su enfoque iusnaturalista no es otro que el de identificar cuáles son los bienes que los hombres requieren y la manera como las instituciones jurídicas pueden protegerlos, bienes por ejemplo como el conocimiento y otros bienes importantes como la vida, el juego, la experiencia estética, la religión, etcétera. Así pues, como dice Carlos Santiago Nino:

“La concepción jusnaturalista puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente dos tesis: (i) una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana, (ii) una tesis acerca de la definición del concepto de Derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificadas de “jurídicas” si contradicen aquellos principios morales o de justicia. Si alguien rechaza alguna de estas tesis, aun cuando acepte la otra (aun cuando esto no sea posible) no será considerado iusnaturalista”<sup>8</sup>.

Por cierto, las críticas al iusnaturalismo no se harían esperar dentro de la modernidad comenzando por ejemplo por cuestionar el origen de los principios que ordenarían este discurso o también considerando la posibilidad de que exista también una multiplicidad de principios lo cual haría difícil su identificación en el fondo<sup>9</sup>.

Críticos como Kelsen, Bobbio o Ross (positivistas) destacaron algunos de estos aspectos además de resaltar que el iusnaturalismo no es propiamente un discurso de derecho sino de moral, también a menudo se señalaba la dificultad que tendría el iusnaturalismo para poder brindar un conocimiento empírico u objetivo de la realidad lo que haría de éste un discurso meramente especulativo.

Además, se podría considerar que no es del todo claro el aguardar del Derecho Natural fines tan propios al Derecho como el orden y la paz. Por último, el argumento más empleado por aquellos que se oponen al iusnaturalismo sería la dependencia de éste con respecto al concepto de naturaleza humana –que precisamente sería indispensable para evitar caer en el relativismo<sup>10</sup>– considerando entonces que no existe eso que se llama naturale-

za humana y que, por lo tanto, tampoco habrían fines que corresponden a esa naturaleza.

En conclusión, se considera que el iusnaturalismo no es compatible con el conocimiento científico (positivo) y que sus fundamentos son de muy difícil justificación (la naturaleza por ejemplo) por lo que no podría ser muy útil en el intento de definición del derecho. En todo caso, veremos luego que no es tan sencillo descartar de plano la presencia de principios o valores en la configuración del Derecho moderno, como se pretendía.

### III. LA SEGUNDA CONCEPCIÓN IDEALISTA: EL POSITIVISMO JURÍDICO

De acuerdo a lo ya señalado, el positivismo jurídico representa otra manifestación del llamado idealismo jurídico en el sentido que se elabora a partir de la determinación de una estructura normativa denominada sistema jurídico, el mismo que aparece como algo objetivo y capaz de ser descrito; así, Kelsen señala que por positivismo jurídico “debe entenderse toda teoría del Derecho que concibe o acepta como su exclusivo objeto de estudio el derecho positivo y rechaza como derecho cualquier otro orden normativo, aunque se le designe con ese nombre, como es el caso del Derecho natural”<sup>11</sup>.

De esta forma, la función de la ciencia jurídica no sería otra que la de describir las relaciones que se dan entre las normas positivas. Así, de acuerdo a lo señalado por Bobbio, existen tres formas de definir al positivismo, a saber, el positivismo como teoría, como ideología y como metodología<sup>12</sup>. El primero se sustenta en la tesis de la voluntad del soberano y la obediencia a sus mandatos así como también la separación entre el Derecho y la moral. El segundo se trata básicamente de obedecer al Derecho positivo en tanto es un Derecho válido aun cuando contravenga principios o valores. Finalmente, en el tercero se considera que uno se puede identificar con el positivismo si considera que puede hacerse un estudio serio del derecho a partir del análisis de los conceptos jurídicos.

Es importante tener en cuenta que lo que caracteriza al Derecho positivo es que éste se crea y

<sup>8</sup> NINO, Carlos Santiago. “Introducción al análisis del Derecho”. Buenos Aires: Astrea. 1980. pp. 27-28.

<sup>9</sup> De hecho, se podría decir que los contenidos podrían ser muy variados y por ende dependientes de los cambios históricos.

<sup>10</sup> Para una defensa del argumento de la naturaleza humana ver STRAUSS, Leo. “Natural Right and History”. Chicago: Chicago University Press. 1971.

<sup>11</sup> Citado por SCHMILL, Ulises. “El Positivismo jurídico”. En: GARZÓN VALDÉS, Ernesto y J. Francisco LAPORTA (editores). “El derecho y la justicia”. Madrid: Trotta. 2000. p. 68.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. “El problema del positivismo jurídico”. Buenos Aires: Editorial Universitaria. 1965. pp. 39-40.

se aplica, deductivamente, a partir de los postulados generales que constituyen el contenido de un determinado orden jurídico. Igualmente, si una norma no coincide con el contenido material de dichos postulados, debe ser excluida del ordenamiento jurídico, por ser inválida.

Justamente, se va a señalar que lo que importa para el Derecho positivo es que se pueda identificar la norma de acuerdo a su pertenencia o no al sistema jurídico, es decir, se trata de pasar un test o examen de *pedigree* (origen) mientras que en el caso del Derecho Natural se decía que la validez de la norma dependía finalmente de la corrección o justicia de la misma<sup>13</sup>, es decir, que la norma se pueda adecuar al Derecho ideal que lo sostiene.

Ciertamente, una de las cosas que hemos visto ya en el positivismo del siglo XX ha sido el identificar al derecho con un sistema normativo<sup>14</sup> (Kelsen) o con la unión de reglas primarias con secundarias<sup>15</sup> (Hart), que se justifican en función a la existencia de un punto de origen que se llama "Norma Fundante" en el caso de Kelsen, o "Regla de Reconocimiento" si es que hablamos de Hart. La clave en esta perspectiva, como dijimos, es que gracias a estas Normas (Fundante o de Reconocimiento) es posible identificar las normas que pertenecen al sistema a partir justamente del llamado test de su origen o *pedigree* que se sustenta en los puntos de partida ya mencionados y a través de los cuales se va deduciendo su contenido. Por ejemplo, en el caso de Kelsen, sabemos que la "Norma Fundante" es un presupuesto necesario para que exista el sistema de reglas mientras que la característica de la "Regla de Reconocimiento" corresponde más bien a una práctica social que señala que las normas que puedan satisfacer determinadas condiciones pueden ser consideradas como válidas<sup>16</sup>.

Hart señalaba que, como consecuencia de la indeterminación o falta de certeza de las reglas primarias (aquellas que establecen obligaciones por ejemplo), la Regla de Reconocimiento podía acabar con esta situación de incertidumbre:

"Esta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce"<sup>17</sup>, tales reglas pueden ser en principio simples o complejas. Así la legislación, la constitución, las decisiones de los tribunales serían reglas de reconocimiento pues nosotros las obedecemos porque las reconocemos como reglas de derecho<sup>18</sup>.

El Derecho positivo surgió a partir de la distinción entre hechos y valores, o entre el plano del ser y el plano del deber ser durante los inicios de la modernidad. Esta distinción se hizo necesaria porque el proyecto de la ciencia moderna (empírica) se ajustaba a la descripción de hechos concretos mientras que, por ejemplo, el iusnaturalismo aparecía en todo caso como un discurso especulativo (desde la óptica positivista, dicho sea de paso).

Pero, no sólo se trataba de un proyecto que buscaba hacer "científico" al Derecho, sino que también se podía encontrar algunos aspectos que respondían a otro orden de cosas, en este caso al plano social y político. Así por ejemplo, en Inglaterra, el Derecho común (*common law*) y el Derecho Natural eran más bien percibidos como vinculados a los sectores más ricos de la sociedad. Precisamente, por su carácter tan "gaseoso" y tan poco claro podían ser utilizados de forma más bien discrecional por los jueces que pertenecían a los sectores con más poder en la sociedad, esto es, que amparados en la oscuridad y dispersión normativa en último término podían actuar como legisladores parcializados, legislando en su favor o de sus allegados al momento de resolver un caso.

Es ante esta situación que uno de los forjadores del positivismo jurídico en el mundo anglosajón, Jeremías Bentham (1748-1832)<sup>19</sup>, trató de acabar con esta situación al buscar un control judicial por medio de su sometimiento a la norma escrita, la misma que sería la expresión de la voluntad popular. Es decir, Bentham se adhiere a la tesis demo-

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. "El Positivismo Jurídico". Madrid: Debate. 1993. p. 146.

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. "Teoría Pura del Derecho". Buenos Aires: UBA. 1979. También ROSS, Alf. "Sobre el Derecho y la Justicia". Buenos Aires: EUDEBA. 2005.

<sup>15</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. "El Concepto del Derecho". Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2007.

<sup>16</sup> Por cierto, es bastante conocida la crítica que efectuara el profesor Ronald Dworkin al considerar que los modelos positivistas solamente incluyen reglas pero no otro tipo de normas como los principios o las directrices y ciertamente esas normas no se identifican en función a un test de origen sino por su fuera argumentativa o su contenido. Cfr. Albert Calsamiglia. "Ensayo sobre Dworkin". En: DWORKIN, Ronald. "Los Derechos en Serio". Barcelona: Ariel. 1999. p. 9.

<sup>17</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. Op.cit. p. 117.

<sup>18</sup> "Cuando la gente afirma que esto o lo otro es una ley "porque el Parlamento lo ha dicho así" demuestran que la aceptan como regla de reconocimiento". RIDDALL, J.G. "Teoría del Derecho". Barcelona: GEDISA. 1999. p. 69.

<sup>19</sup> Ibid. pp. 105-129.

crática y antielitista –que se dice podía encontrarse en las concepciones del Derecho común y del iusnaturalismo– y buscaba así reducir al mínimo la discrecionalidad. Al mismo tiempo, la idea de ordenar, sistematizar y codificar las normas, además de presentarlas bajo un lenguaje muy sencillo y asequible a cualquiera, pretendía convertir al Derecho en una herramienta útil al servicio de lo que él pensaba que era el fin de los seres humanos, esto es, la maximización de la felicidad del mayor número de personas (utilitarismo). En este sentido, Bentham intentó una simplificación del Derecho a fin de que pueda ser aplicable sin mayores inconvenientes. Es de esta forma como se empieza a introducir esta vieja idea que muchos aún asocian con el positivismo: el sometimiento de la voluntad del juez a la voluntad popular expresa en la norma creada por el legislador. El juez, como diría Montesquieu, se convertía en la “boca que pronunciaba la palabra de la ley”<sup>20</sup>, quitándole así a éstos cualquier manifestación de poder. Por cierto, tal visión decimonónica sería rápidamente dejada de lado por los exponentes del positivismo del siglo XX, aun cuando en muchas ocasiones todavía se seguirá pensando de acuerdo a este positivismo inicial (ideológico).

No obstante lo señalado por Bentham, ya en los mismos inicios del positivismo se había percibido la estrecha relación entre el Derecho y el lenguaje y, así como encontramos muchos problemas de carácter semántico y sintáctico<sup>21</sup> en el lenguaje, estos mismos problemas podían hallarse en el derecho y nos podían conducir hasta los llamados problemas de interpretación y de relevancia<sup>22</sup> que le devolverían necesariamente a los jueces la discrecionalidad que habían perdido dentro del modelo positivista decimonónico, esto es, el positivismo del siglo XX –a diferencia de lo que se planteó en los orígenes en todo caso– sí le devolvía a los jueces la capacidad creativa.

Finalmente, por más discrecionalidad o por más que la Regla de Reconocimiento sea más concreta que la Norma Fundante de Kelsen y que el mismo profesor Hart considerara su proyecto a caballo entre el formalismo kelseniano y realismo jurídico

–que veremos a continuación– el positivismo en general no se salvaba de ser considerado como un discurso idealista considerando que su contenido de alguna forma se sostenía en las conciencias individuales (al igual que lo ocurriría con el iusnaturalismo); es decir, en una creencia que además se había nutrido de la ideología liberal e ilustrada del siglo XVIII y del paradigma de la ciencia moderna.

#### IV. LAS CONCEPCIONES SOCIOLÓGICAS DEL DERECHO

Considerados como los enfoques críticos de las tradiciones idealistas del Derecho, aun cuando se trata de perspectivas que igualmente se identifican con la epistemología moderna y su proyecto de ciencia explicativa, las corrientes sociológicas tienen sin duda su antecedente más claro en el denominado realismo jurídico, especialmente en su vertiente norteamericana. Este realismo tiene por cierto una larga data en la cultura de Norteamérica donde se generó una suerte de revolución contra el formalismo y defensa del instrumentalismo desde fines del siglo XIX inclusive<sup>23</sup>, incluyendo nombres como los de Roscoe Pound, Oliver W. Holmes, Frank. N Llewelyn, Herman Oliphant o Jerome Frank.

Estos académicos consideraban, entre otras cosas, que el Derecho se caracterizaba fundamentalmente por su dinamismo, igualmente, se lo podía considerar como un instrumento o herramienta –carácter instrumental– orientada a satisfacer intereses sociales, económicos o políticos; por otro lado, también tenían una percepción móvil de la sociedad. Además, junto con estas características, también podían incluirse otras como la clara separación (por razones metodológicas) entre los planos del ser y el deber ser (concentrándose en el plano fáctico, evidentemente), escepticismo normativo e incluso fáctico, es decir, el foco de atención del Derecho se traslada de los textos a los contextos, en este caso los tribunales, con lo que el peso de los mismos resulta relativizado.

<sup>20</sup> MONTESQUIEU. “El Espíritu de las Leyes”. Madrid: Tecnos. 1980.

<sup>21</sup> Uno de los primeros en advertir esta situación fue John Austin, más adelante H.L.A Hart seguiría esta tesis al referirse a la vaguedad de muchos enunciados normativos y los problemas de penumbra que existirían. Cfr. BOBBIO, Norberto. Op.cit. HART, Herbert Lionel Adolphus. Op.cit.

<sup>22</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA. “La Argumentación en el Derecho, algunas cuestiones fundamentales”. Lima: Palestra. pp. 169-170.

<sup>23</sup> “...del realismo y el naturalismo en la novela del pragmatismo en la filosofía, del sentido práctico en la ciencia de la oposición al escolasticismo en la jurisprudencia y en las ciencias sociales. La preocupación de la era por el logro práctico proporcionó un clima más hospitalario para el científico tecnólogo que para el científico teórico, en filosofía, animó a los pragmatistas a reflexionar más seriamente de lo que jamás lo habían hecho los filósofos occidentales acerca de las relaciones entre la teoría científica y la práctica experimental”. WHITE, Morton. “Prologue: coherent and Correspondence in American Thought”. Citado por PEREZ LLEDÓ, Juan Antonio. “El Instrumentalismo jurídico en Estados Unidos”. Lima: Palestra. 2008.

Por cierto, la mayoría de los realistas eran, más bien, juristas y jueces antes que filósofos o académicos, por lo que sus afirmaciones buscaban una descripción de lo que ellos denominaban la realidad del Derecho antes que elaborar una propuesta racional sobre lo que debería ser el derecho. En este caso, se decía que el Derecho no era sino la predicción sobre la decisión del Tribunal (Holmes), que era efectivamente lo que el hombre común, que caía en las manos de la justicia, se interrogaría. Había que investigar entonces respecto a cual podría haber sido la trayectoria del Tribunal, estudiando sus decisiones previas en casos similares, entre otras cosas. Igualmente, podía ser útil indagar en torno a la biografía de los magistrados, ya que desde la óptica realista se consideraba que los prejuicios, corazonadas, estados de ánimo y convicciones morales o ideológicas podían jugar un rol muy importante en la decisión final.

Con el correr del tiempo y el avance de la modernidad el realismo norteamericano, entonces, empezaría a generar una serie de propuestas dentro del Derecho que comenzarían con las denominadas corrientes sociológicas y pragmáticas del Derecho, como el caso del llamado "Derecho y Sociedad", y continuaría con perspectivas como los "Estudios de Crítica Legal" (*Critical Legal Studies*) y el "Análisis Económico del Derecho" (*Law & Economics*)<sup>24</sup>, que tienen en común el considerar al Derecho como instrumento al servicio de intereses políticos (sociedad igualitaria) en el caso de la "Crítica Legal" o económicas (sociedad eficiente) en el caso del Análisis Económico del Derecho.

El enfoque realista, entonces, va a poder incorporar actores nuevos en la dinámica jurídica como el poder, los intereses personales, la racionalidad instrumental etcétera, frente a lo que había sido el monopolio de la ley y del denominado monismo jurídico, que podríamos encontrar en las perspectivas iusnaturalistas y iuspositivistas, amén del carácter racional de la conducta humana que, si bien podía exhibir conductas egoístas, también podía actuar contemplando los intereses de los demás y no solamente el suyo (razonabilidad).

En este sentido, la perspectiva realista del Derecho no sólo servirá para ir perfilando las críticas a la

modernidad en el Derecho (especialmente a partir de los desarrollos de la crítica legal y la identificación del derecho con el poder por ejemplo), sino que también generará la corriente denominada sociología jurídica, que concluiría también con las críticas al monismo jurídico y la reivindicación de un derecho informal que se diferencia expresamente del derecho estatal.

Así, un autor contemporáneo de Kelsen como Eugen Ehrlich podría ser considerado como el padre de la sociología jurídica y del pluralismo jurídico al referirse en extenso a lo que vendría a ser el verdadero Derecho, esto es, el que se manifiesta a través de "normas de organización"<sup>25</sup> y que se distinguen de las "normas de decisión" que son las que aparecen cuando se trata de solucionar un conflicto pero que no pueden esconder la realidad de estas normas de organización que son las que identifican a una colectividad y permiten su existencia, ciertamente, estas normas no serían siempre percibidas o visibles porque nosotros tendemos a percibir al Derecho solamente en los casos de conflictos y no cuando no lo existen, de alguna manera, este "sería el derecho vivo" que también sería calificado como "derecho consuetudinario" o derecho informal.

Esta tesis de Ehrlich, sin duda, serviría para poder hablar luego del pluralismo jurídico en sus múltiples facetas; sin embargo, condenará cualquier forma de monismo jurídico (positivismo), así como también el etnocentrismo que exhibiría el Derecho positivo moderno, reivindicando más bien otras manifestaciones del Derecho que juegan al margen de lo positivo y que tienen que ver con las distintas normas –por ejemplo, derecho consuetudinario– que puedan existir incluso dentro de un mismo Estado, llegándose a afirmar entre otras cosas que, en la práctica, "el pluralismo jurídico es un hecho mientras que el monismo es un mito"<sup>26</sup> (es decir, reiterando el carácter idealista del Derecho).

Los enfoques sociológicos, realistas o pluralistas tendrán entonces impacto en el pensamiento jurídico de la modernidad aun cuando inserten ciertos elementos de irracionalidad e incertidumbre en el Derecho, que lo colocarían más bien cercano a las epistemologías de la postmodernidad. Ya volveremos sobre este punto al final del texto.

<sup>24</sup> Cfr. FRANK, Jerome. "Derecho e Incertidumbre". México: Fontamara. 1993; PEREZ LLEDO Juan. "El Movimiento de Critical Legal Studies". Madrid: Tecnos. 1996; KENNEDY, Duncan. "Libertad y restricción en la decisión judicial". Bogotá: Ediciones Uniandes. 2002; POSNER, Richard. "Análisis Económico del Derecho". México: FCE. 1998; CALSAMIGLIA, Albert. "Justicia, Eficiencia y Optimización de la Legislación". México: Fontamara. 1997, entre otros trabajos.

<sup>25</sup> EHRlich, Eugen. Op.cit.

<sup>26</sup> GRIFFITHS, John. Op.cit. p. 152.

## V. LAS CORRIENTES POST POSITIVISTAS Y POST MODERNAS DEL DERECHO

Sin duda, el positivismo ha sido la gran corriente del pensamiento jurídico moderno, el mismo que definía al Derecho como un sistema de normas generales dirigidas a los funcionarios públicos y cuyo cumplimiento no sólo garantizaba la paz y el orden social sino que también afirmaba la defensa de los derechos fundamentales (Kelsen)<sup>27</sup>.

Esta adhesión hacia los principios liberales (derechos individuales) ha sido, entonces, la nota característica de la modernidad jurídica a pesar de que el positivismo se había definido a partir de la tesis de la **separación entre hechos y valores** (cosa que lo diferenciaría del iusnaturalismo). Hoy, sin embargo, es común hablar de corrientes post positivistas del Derecho, entre las cuales podría pensarse en varias posibilidades distintas. Por un lado, aquellos enfoques que, identificándose con los principios de la modernidad, consideran que el Derecho moderno debería mostrar más claramente su compromiso con estos valores –los liberales obviamente– sugiriendo así una nueva tesis que sería la de la **vinculación entre el derecho y la moral**<sup>28</sup>. Así pues, a través de la obra de autores como Ronald Dworkin o Robert Alexy<sup>29</sup>, se reconocería ahora la participación de los principios y las directrices junto con las reglas<sup>30</sup> en el ordenamiento jurídico. Por otro lado, también por este término –post positivismo– podría referirse a las nuevas epistemologías que si cuestionan claramente las bases de la modernidad y proponen un discurso jurídico distanciado de conceptos como el de sujeto autónomo o realidad objetiva, por ejemplo, que han sido los fundamentos epistemológicos tanto de las corrientes idealistas como de las sociológicas. De hecho, estas corrientes encajarían dentro de la llamada filosofía postmoderna<sup>31</sup>. Finalmente, el post positivismo también podría hacer referencia a los enfoques de autores como Neil MacCormick y Ota Weinberger<sup>32</sup> (Positivismo

jurídico institucional), Luigi Ferrajoli<sup>33</sup> (Positivismo crítico) entre otras corrientes contemporáneas del Derecho.

Evidentemente, todas estas propuestas tienen en común el cuestionar ácidamente el paradigma del Derecho formal y en algunos casos pueden mostrar cierta inclinación por las corrientes sociológicas aunque ahora expresadas de manera radical (post modernidad).

En realidad, para ponerlo claro yo diría que existen dos líneas claras; a saber, aquellas que se adhieren al proyecto de la modernidad y aquellas que lo rechazan. En el primer caso podría señalarse a la **Teoría de la Argumentación Jurídica** (TAJ) y el **Neoconstitucionalismo** y en el segundo por ejemplo a la **Autopoietica** (Luhmann, Teubner).

Veamos brevemente estas posturas para poder después trazar la línea que conectaría nuestra práctica jurídica con todos estos discursos.

En primer lugar, lo que caracteriza a la argumentación jurídica es la forma como percibe al Derecho. Así pues, ya no se trata de definirlo en términos de un objeto o estructura –como hacía, por ejemplo, el positivismo al referirse al derecho como una estructura normativa–, sino que ahora se identifica al derecho con una **actividad o práctica**<sup>34</sup>, vale decir, que se ubica al Derecho dentro de las ciencias prácticas y por ende tiene sentido el considerarlo como una herramienta que se orienta a la solución de problemas prácticos.

Asimismo, se reconoce que el razonamiento lógico deductivo no es la única forma de razonamiento jurídico, pues en los casos difíciles (por ejemplo, cuando existen problemas de interpretación normativa o de prueba de hechos) se podría apelar a otras formas de razonamiento como, por ejemplo, el dialéctico o discursivo buscando la persuasión de un auditorium<sup>35</sup> o el procedimental, tratando

<sup>27</sup> Para una explicación de esta afirmación Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "Representación y Democracia". En: "Tolerancia, dignidad y democracia". Lima: Universidad Inca Gracilaso de la Vega. 2006.

<sup>28</sup> Para un desarrollo en extenso de esta tesis de la vinculación entre el derecho y la moral, Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. "Principios y positivismo jurídico". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1998.

<sup>29</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald. "Los Derechos en Serio". Barcelona: Ariel, 1989; ALEXY, Robert. "Teoría de los Derechos Fundamentales". Madrid: CEC. 1993. Respecto a las denominadas corrientes postpositivistas del derecho se puede revisar PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. "Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía y Teoría del Derecho". Lima: Palestra. 2005; también FARRALI, Carla. "La Filosofía del Derecho contemporáneo". Madrid: Universidad Complutense. 2007.

<sup>30</sup> Esta tesis es suscrita por las corrientes argumentativas del derecho y el neoconstitucionalismo. Cfr. HERNANDO NIETO, Eduardo. "Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes?". En: *Ius et Veritas - Revista de Derecho* 36. 2008.

<sup>31</sup> Que sería el pensamiento que a la larga niega la posibilidad de afirmar una verdad o un punto fijo por lo que a la larga descartaría la idea de ideología o gran relato y deslegitimaría también cualquier forma de jerarquía, es decir, relativiza el conocimiento.

<sup>32</sup> MAC CORMICK, Neil y Ota WIENBERGER. "An Institutional Theory of Law". Dordrecht: Reidel. 1986.

<sup>33</sup> FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal". Madrid: Trotta. 1995.

<sup>34</sup> ATIENZA, Manuel. "El Derecho como argumentación". Capítulo 1.

<sup>35</sup> ATIENZA, Manuel. Op.cit. p. 48.

de seguir lo que señalan las reglas de la razón práctica<sup>36</sup>.

La Teoría de la Argumentación irrumpe entonces como una propuesta que se centra en devolverle al Derecho su carácter activo partiendo de la identificación del problema y procurando su solución apelando a las reglas, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera, con el propósito de justificar la decisión adoptada, todo esto dentro de un espacio abierto lo cual también garantizaría contar con decisiones más aceptables y legítimas. Esta propuesta no se entendería si no fuese por el contexto favorable para su desarrollo que no solamente tiene que ver con la llamada crisis del positivismo o la influencia de la cultura jurídica anglosajona en Europa continental (*case studies*)<sup>37</sup>, sino también con la dinámica constitucional contemporánea que a diferencia del “viejo” constitucionalismo no sólo aspira a organizar el Estado y el poder, sino que hoy la Constitución contiene un conjunto de derechos que regulan la producción, aplicación e interpretación del mismo Derecho, ejerciéndose entonces un control claro a los poderes estatales (control de constitucionalidad) y obligándolos a ellos a justificar sus decisiones, en otras palabras hay un sometimiento del poder al derecho<sup>38</sup>.

Esta es por cierto una de las más importantes características que encontramos en el Estado Constitucional y ha dado lugar a que se hable ya de una nueva teoría constitucional, el “neoconstitucionalismo”<sup>39</sup> que como ya mencioné, ha contribuido de manera directa al desarrollo de la teoría argumentativa (y viceversa).

El neoconstitucionalismo es entonces la corriente legal contemporánea que junto con la teoría de la argumentación estarían ocupando el lugar que anteriormente tuvo el positivismo jurídico (a tenor de lo expuesto por Atienza, entre otros) y que se basa en la tesis de la vinculación entre el Derecho y la Moral. De esta manera, el orden jurídico aparece como un conjunto de valores, principios, directrices y reglas; es decir, normas que se muestran como mandatos definitivos (reglas), pero también normas que se presentan como mandatos de optimización (principios), siendo el caso que tanto

los principios como las directrices (que buscan la satisfacción de los intereses económicos o sociales) podrían entrar en el terreno de lo opinable o discutible (lo cual iría muy bien con el desarrollo de la teoría de la argumentación).

Igualmente, autores como Dworkin, Zagrebelsky, Alexy, Garzón Valdés, Prieto Sanchís, entre muchos otros se muestran muy afines a considerar que existe un espacio de derechos no negociables “coto vedado”<sup>40</sup> y que deben ser defendidos por los jueces frente a las presiones del poder. Igualmente, se evidencia una inclinación por aplicar formas de razonamiento particulares como la ponderación entre principios (cuando se produce una colisión entre ellos mismo) antes que la típica subsunción –que funciona con las reglas mas no con los principios–, esto como resultado de la visión pluralista (valorativa) que sostiene. Por último, el neoconstitucionalismo parece mostrar la firme adhesión de ideología liberal (de la cual es deudor finalmente) entre la gran mayoría de académicos del Derecho.

Al inicio de este texto mencioné lo difícil que puede ser hoy en día identificar al Derecho, lo cual resultaría indispensable si es que se quiere llegar a alguna parte. El Positivismo hizo un intento interesante en este sentido, pero las perspectivas idealistas sufrieron también los embates de todo tipo de críticas (sociológicas, argumentativas, pluralistas, principistas, etcétera,) por lo que la visión neoconstitucionalista y argumentativa parecen más adecuadas no sólo para los tiempos (democráticos y liberales) sino porque efectivamente parece ser más correcto definir al Derecho como una actividad antes que como una estructura (argumentación jurídica). Sin embargo, su clara asociación con el liberalismo lo puede hacer vulnerable frente a las críticas.

Por otro lado, si bien las propuestas argumentativas y neoconstitucionales están de moda y parecen brindarnos una identidad más real del Derecho (sin caer en el extremo sociológico), pueden ser también cuestionadas a partir de las nuevas epistemologías que se han originado con la crítica a la dualidad sujeto/objeto planteada por la metafísica

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. “Teoría de la Argumentación Jurídica”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989.

<sup>37</sup> En este sentido por ejemplo se aprecia siempre el interés permanente de los académicos norteamericanos por el tema del razonamiento jurídico. Cfr. POSNER, Richard A. “How judges think”. Cambridge: Mass. Harvard University Press. 2008; o ALEXANDER, Larry y Emily SHERWIN. “Demystifying Legal Reasoning”. Cambridge: Cambridge University Press. 2008.

<sup>38</sup> ATIENZA, Manuel. Op cit. p.17.

<sup>39</sup> Cfr. CARBONELL, Miguel. “Teoría del Neoconstitucionalismo”. Madrid: Trotta. 2007; CARBONELL, Miguel. “Neoconstitucionalismo(s)”. Madrid: Trotta. 2005; BERNAL PULIDO, Carlos. “El neoconstitucionalismo a debate”. Bogotá: “Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita”. 2006.

<sup>40</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Tolerancia, dignidad y democracia”.

cartesiana, es decir, el binomio sujeto que conoce y la realidad que es conocida por éste. Este binomio se expresó en el idealismo jurídico a través de la relación “sujeto autónomo” y “estructura normativa” por ejemplo. Enfoques como el postestructuralismo de Foucault, la teoría crítica de Habermas o la autopoietica de Luhmann, podrían ser una muestra de esta nueva epistemología que deshace al sujeto en nuevas formas como el poder (postestructuralismo), la comunicación intersubjetiva (teoría crítica) o el sistema autorreferencial (autopoietica), desapareciendo también la idea de que existe fuera una estructura objetiva que puede ser materia de conocimiento. El Derecho, entonces, puede convertirse ahora en un sistema autorreferencial. Como señala Teubner:

“el Derecho se define como un sistema social autopoietico, esto es, como una red de operaciones elementales que recursivamente reproduce operaciones elementales. Los elementos básicos de este sistema son comunicaciones, no normas: El Derecho no es un sistema de normas, tal y como lo pretenden las teorías analíticas - normativistas”<sup>41</sup>.

Así, el Derecho sería una red comunicativa que produce entonces comunicaciones jurídicas y en esta definición no tiene nada que ver el ser humano, ya que lo que existiría en todo caso sería un sistema psíquico, (lo más cercano a lo que en el modelo moderno sería el ser humano) así como existe el sistema jurídico, o el sistema científico, pudiendo haber ahora verdades psíquicas, jurídicas o científicas entre muchas otras.

La sola referencia a la existencia de tantos sistemas que coexisten en conjunto lleva a Teubner a considerar que es posible que exista un elevado nivel de tensión entre los diferentes sistemas, esto puede observarse a lo largo del tiempo a través de la relación del sistema jurídico con otros sistemas como el económico (Análisis Económico del Derecho, por ejemplo), el sociológico (jurisprudencia de intereses) etc., introduciendo en este caso la duda respecto a la identidad del Derecho. Por ejemplo, si dentro del neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación encontramos que se dan ciertas prácticas que pueden vincularse con la “sociología” como por ejemplo la ponderación

entre principios<sup>42</sup>, entonces podría ser discutible el poder determinar claramente si el neoconstitucionalismo es o no Derecho teniendo en cuenta que lo que hace la ponderación es “pesar” los intereses en pugna y optar por la solución “menos gravosa”.

Por otro lado, el análisis sistémico o funcionalista podría también destacar otro tipo de tensiones mucho más complicadas como el caso de la famosa “cosa juzgada” que es, finalmente, una verdad jurídica (responde a la autoridad del discurso jurídico), pero que podría perfectamente ser desafiada por otro forma de autoridad, como el caso de la “verdad científica”. Es cierto que aquí se preferirá la autoridad jurídica simplemente porque le damos más valor a la certidumbre jurídica, por ejemplo<sup>43</sup>, aunque esto podría ser tildado de arbitrario y, dentro de lo que se suele estilar en el discurso postmoderno tal jerarquía podría ser “deconstruida”<sup>44</sup>, dejándonos un sabor de incertidumbre bastante grande. Sin embargo, hay que reconocer que todo este discurso post moderno resulta siendo hartamente especulativo y poco práctico en muchos aspectos.

## VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

La idea de presentar los diferentes enfoques que se han empleado para definir al Derecho tenía un propósito concreto, a saber, el poder conocer como es que el Derecho podría relacionarse con aquello que denominamos “realidad”<sup>45</sup> y cuál podría ser entonces su uso en nuestro contexto. En este sentido, es posible señalar, en primer lugar, que en los últimos años se han dado varios giros o cambios en el paradigma del Derecho a partir de lo que a inicios de la modernidad se denominó el idealismo jurídico –que incluyeron tanto al positivismo como al iusnaturalismo– destacándose, como he mencionado, la presencia de las corrientes argumentativas y neoconstitucionales que muestran una relación más directa con el plano práctico y empírico que las propuestas idealistas. En medio de ambas encontramos las siempre atractivas y polémicas corrientes sociológicas del derecho que en sus versiones más radicales han promovido un Derecho instrumentalizado y al servicio de una multiplicidad de intereses llegando

<sup>41</sup> TEUBNER, Günther. Op.cit. p. 42.

<sup>42</sup> Ibid. p. 56.

<sup>43</sup> Ibid. p. 51.

<sup>44</sup> Deconstruir no es sino alterar el orden de las jerarquías, es decir, si se dice que la autoridad jurídica se impone a la autoridad científica porque no podría modificarse este orden y establecer que la autoridad jurídica este ahora subordinada a la autoridad científica. Esta es una de las ideas centrales de lo que se llama postmodernidad.

<sup>45</sup> Digo esto porque desde la teoría crítica, la autopoietica y el postestructuralismo el concepto de realidad sería muy diferente al que usualmente manejamos.

hasta posiciones radicales en donde el Derecho es más bien confuso e indescifrable y por lo tanto no se entiende su propósito.

Nosotros, en el Perú, hemos estado en contacto con las principales corrientes del Derecho moderno, empezando por las idealistas, en particular el iuspositivismo. Esta corriente se afirmó aquí más bien en su versión ideológica<sup>46</sup>, cosa que en la práctica sirvió para desacreditar a la administración de justicia dentro de la sociedad a pesar de que en teoría el Positivismo supuestamente serviría para reafirmar la voluntad popular sobre los intereses de las élites<sup>47</sup>.

Más adelante y gracias a la labor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú se empezó a avanzar en el terreno de las corrientes sociológicas, primero tomando al Derecho como un instrumento orientado al cambio social (teoría crítica y marxismo), luego considerando al Derecho como un medio al servicio de la eficiencia económica (el Análisis Económico del Derecho), y finalmente por el desarrollo de los enfoques pluralistas del Derecho, también muy vinculados a los planos ideológicos y sobre todo reivindicativos de las demandas de reconocimiento e inclusión de diversos grupos culturales<sup>48</sup>.

También, hemos sido testigos de cómo en los últimos años vienen difundándose las corrientes neoconstitucionales y argumentativas<sup>49</sup> que de seguir la tendencia deberían llevarnos a un cambio de la cultura jurídica implicando modificaciones en la currícula de estudios y en la metodología de la enseñanza pues ahora se tendría que focalizar en la manera como se debería aprender a argumentar por ejemplo (retórica) al margen del estudio de las mismas normas.

Probablemente, sean las perspectivas sociológicas (sobre todo en su vertiente económica) y las argumentativas las más populares entre nuestros académicos más destacados, sin embargo, nuestra realidad es muy compleja y hay que reconocer

que innumerables facultades de Derecho en el país son ajenas a estas perspectivas (mucho menos a las postmodernas) por lo que se siguen manejando las tesis que corresponden al idealismo jurídico (principalmente el positivismo jurídico)<sup>50</sup> y esto da como resultado el que se sigan difundiendo concepciones que ya hace mucho fueron expuestas a un sin número de críticas no pudiendo mostrar una capacidad de respuesta ante éstas.

Ahora bien, tras esta sucinta descripción, es válida la pregunta sobre el sentido de toda esta presentación. Ciertamente, creo que a estas alturas ya podemos considerar que la vertiente argumentativa del Derecho basada en la vinculación entre el Derecho y la moral es la más coherente, persuasiva y por qué no decirlo atractiva de todos los enfoques vistos. Su fortaleza descansa en que el Derecho puede legitimarse más fácilmente dentro de la sociedad y además abandona la dimensión abstracta que ha sido propia de las vías idealistas. Igualmente, se reivindica la actividad jurisdiccional pues ahora es posible desarrollar la creatividad y la habilidad persuasiva lo cual permitirá –si es apropiadamente empleada esta técnica– la recuperación del prestigio de la judicatura. A su vez esa recuperación de prestigio contribuirá sin duda al fortalecimiento del Estado. No estoy tan seguro de la otra propuesta que suele ir de la mano de la argumentación jurídica, es decir, el neoconstitucionalismo que por su adhesión a una moral densa (la de los derechos humanos y el individualismo) podría pecar de idealista al fin y al cabo, observando entonces las mismas limitaciones advertidas en las fórmulas idealistas<sup>51</sup>.

En cuanto a las corrientes sociológicas si bien pueden ser atractivas para muchos en función al carácter instrumental que presenta el Derecho; sin embargo, lo veo demasiado comprometido a intereses que mejor pueden ser llamados económicos o políticos mas no jurídicos. En este caso sí suscribo plenamente la tesis del filósofo del Derecho francés Michel Villey, un defensor del Derecho clásico y que siempre considero que en la

<sup>46</sup> "El Derecho es el Derecho y hay que cumplirlo". El Derecho debe ser obedecido. El derecho es razón suficiente para actuar con toda justificación moral. Cfr. BOBBIO, Norberto. "El Problema del Positivismo Jurídico". Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1965.

<sup>47</sup> Por lo menos así fue planteado por Bentham. Cfr. BOBBIO, Norberto. Op. cit.

<sup>48</sup> Aquí se podría identificar una serie de ONGs interesadas en la defensa del derecho no estatal que es usualmente asociado con las prácticas de las colectividades tradicionales y en nuestro caso con las comunidades campesinas, rondas, etcétera

<sup>49</sup> Esta tendencia neoconstitucional y argumentativa se aprecia en las sentencias del Tribunal Constitucional, por otro lado, la Academia de la Magistratura y diversos postgrados de derecho de universidades públicas y privadas vienen impartiendo cursos de razonamiento jurídico.

<sup>50</sup> Ver al respecto el interesante libro del profesor Gorki Gonzáles. GONZALES MANTILLA, Gorki. "La enseñanza del Derecho o los molinos de viento. Cambios, resistencias y continuidades". Lima: PUCP-Palestra. 2008.

<sup>51</sup> He discutido sobre esto en mi artículo ya citado: HERNANDO NIETO, Eduardo. Op cit.

modernidad había sobredimensionado las tareas o funciones del Derecho que ahora la exigían desde transformar la conciencia de los hombres, hasta mejorar la economía del país, cuando en realidad el Derecho siempre tuvo que ver en torno a las relaciones de los hombres con las cosas y su distribución<sup>52</sup>. En este sentido, las corrientes sociológi-

cas estarían más bien interesadas en transformar la realidad social de acuerdo al gusto del sujeto y esto creo que no es lo que deberíamos esperar del Derecho. En conclusión, la opción argumentativa debe ser la vía para la reconciliación entre el Derecho y la sociedad y para dotar a éste de una identidad clara y concisa.