Santiago Castro-Gómez
Editor

La reestructuración de las ciencias sociales en América Látina

Colección Pensar

Pensar

Instituto de Estudios Sociales y Culturales

Pontificia Universidad Javeriana

Reservados todos los derechos

©Walter D. Mignolo, Jesús Martín Barbero, Edgardo Lander, Santiago Castro-Gómez, Oscar Guardiola-Rivera, Guillermo Hoyos Vásquez, Ana María Ochoa Gautier, Carmen Millán de Benavides, Sarah González de Mojica, Diego Eduardo López Medina, Zulma Palermo, Valeria Coronel, Jose Antonio Figueroa, Jaime Humberto Borja, Irene Silverblatt, Freya Schiwy, Oscar Saldarriaga, Mauricio Archila, Zandra Pedraza, Alfonso Torres Carrillo, Camilo Borrero, Gisela Daza y Mónica Zuleta.

©Instituto de Estudios Sociales y Culturales — Pensar —

©Centro Editorial Javeriano

CEJA Centro Editorial Javeriano
Carrera 7 # 40-62 Primer Piso
Santafé de Bogotá

Directora:
Selma Marken Farley
Centro Editorial Javeriano

Coordinación editorial:
Juan Felipe Córdoba Restrepo

Corrección de estilo:
Alfredo Duplat-Ayala

Autoedición:
Ana Lucía Chaves Barrera

Corrección de pruebas:
Liliana Martínez-Sarmiento

ISBN:

Primera edición agosto de 2000

Número de ejemplares: 500

Fotomecánica e impresión: Javegraf

¿Existe una "ciencia jurídica"?

Los modelos de la "cientificidad" del derecho en Colombia

Diego Eduardo López Medina

1. El derecho como "ciencia"

El derecho, desde la consolidación definitiva de sistemas jurídico-positivos en el Estado Constitucional europeo, ha reclamado para sí el estatuto de *ciencia*. Sin embargo, el camino de esta reivindicación no ha sido idéntico al que han recorrido las llamadas *ciencias sociales* en su lucha análoga por lograr amplia respetabilidad. Hay, por supuesto, puntos de contacto en la historia de la construcción del estatuto de cientificidad de las ciencias sociales y del derecho, pero es una equivocación creer que la cuestión de la cientificidad de las ciencias sociales, mejor estudiada por filósofos y científicos sociales, pueda ofrecer una plantilla adecuada de explicación de las transformaciones en el estatuto científico propio del derecho. Así, por tanto, es preciso examinar con detalle los discursos entretejidos sobre la cientificidad de las ciencias sociales y del derecho ya que estas relaciones no son, de ninguna manera, planas o lineares. Así, por sólo mencionar un ejemplo central que luego se desarrollará con mayor detenimiento, es relativamente claro que el sentido que adoptó el *positivismo* en derecho diverge en puntos fundamentales con la forma que ese mismo programa de fundamentación tuvo en las ciencias sociales.

Las razones generales de esta bifurcación entre derecho y ciencias sociales pueden ser explicadas de la siguiente manera: (a) es claro que el derecho nunca se integró plenamente al grupo disciplinar de las ciencias sociales ni estuvo sometido al fuerte enjuiciamiento que sobre su estatuto científico tuvieron que soportar éstas. Esta diferenciación epistemológica y política, sin embargo, no podía esconder por completo los evidente lugares de encuentro que había entre las dos esferas. La ciencia del derecho y las ciencias sociales trataban, al igual que las humanidades, sobre las "cosas humanas" pero ambas pretendían, a diferencia de las humanidades, no

sólo presentar una reconstrucción hermenéutica de productos culturales sino, además, incidir *prácticamente* en el curso presente y futuro de las acciones y relaciones entre hombres (Wallerstein 6). Era, sin embargo, más "fácil" que el derecho justificara su lugar inapelablemente práctico entre las dinámicas humanas. Entre las facultades universitarias clásicas, la de Derecho conservó un lugar esencial porque contaba con un aparato institucional y un circuito concreto de "acciones" (legislación, adjudicación, litigio y asesoría privada) que le aseguraban, independientemente de una reconstrucción metodológica de su quehacer, un nicho profesional respetable y permanente. En el caso del derecho, la existencia efectiva de una práctica política de dominación creó una ciencia paralela. Las ciencias sociales, en cambio, desprovistas de un entorno institucional que las hiciera necesarias en la práctica social, tenían que justificar su cientificidad de manera independiente. En efecto, con el advenimiento de un entendimiento positivista del mundo, las ciencias sociales tenían que justificarse independientemente, por sus resultados, por su capacidad autónoma de permitir entender y dominar el mundo social. Las ciencias sociales, por sí solas, no tenían un anclaje fuerte en dinámicas institucionales concretas que las hiciera indispensables. Para el derecho, en cambio, había leyes, jueces y policías que *obligaban* a la gente a tramitar sus diferencias a través de ese lenguaje jurídico. El derecho, entonces y a diferencia de las ciencias normativas, podía reclamar para sí una realidad profesional efectiva.

Como resultado de lo anterior, el derecho poseía un enclave político suficientemente fuerte que le garantizaba una vida epistemológica más o menos independiente. Por tanto, (b) el derecho apuntó a reconstruir una específica "ciencia jurídica" que no tenía necesariamente las mismas dinámicas o presiones de las "ciencias sociales". Por tanto, la pregunta por el estatuto científico de la "ciencia del derecho" no coincide política o epistemológicamente con la crisis de las ciencias sociales. Tanto así, que el derecho, especialmente a través de la obra del jurista austríaco Hans Kelsen, criticó fuertemente la sociología y la psicología de la época para mostrar que el derecho debía construir su cientificidad lo más separado posible de estas ciencias sociales. Ciencias sociales y ciencias jurídicas no tenían por tanto un destino epistemológico hermanado. El derecho tuvo éxito independiente como ciencia al ganarse el apadrinazgo institucional del Estado liberal constitucional.

Por estas razones, el presente escrito pretende examinar la cuestión de la cientificidad específica de la ciencia jurídica, destacando diferencias y similitudes con el proceso paralelo que vivieron las ciencias sociales. Es preciso insistir en la centralidad política y social de este proceso más o menos autónomo de constitución de la cientificidad de la ciencia jurídica. Este escrito pretenderá ofrecer claves de interpretación al respecto.

2. Dos experiencias sobre la cientificidad del derecho

Antes de entrar propiamente en materia, quisiera invitar al lector a que reflexionara sobre dos experiencias que podrían ayudar a analizar la cuestión de la cientificidad del derecho.

El abogado y el economista

Cuando un economista y un abogado conversan, es evidente que existe una importante convergencia en cuento a los temas a discutir. Ambos, por ejemplo, están preocupados por cuestiones de diseño social o institucional, por la creación de incentivos y desincentivos a la conducta humana y por la implementación de acciones remediales a problemas o disfuncionalidades de la sociedad. Abogados y economistas frecuentemente se entrecruzan en la creación compartida de *políticas públicas*. A poco de empezar la conversación, pronto se hacen notar las diferencias fundamentales que separan el razonamiento del abogado del razonamiento del economista. En la creación e implementación de políticas públicas el abogado frecuentemente obra sobre la base de una metafísica defectuosa. Su comportamiento recuerda al del ingenuo idealista:[1] embebido en el problema de la *vigencia* o *validez abstracta* de la ley, presupone que existe un mecanismo automático de transmisión entre legislación abstracta y realidad concreta que le asegurará eficiencia al diseño social pensado por el derecho. El economista, en cambio, se muestra frecuentemente incrédulo frente a la eficacia práctica de normas jurídicas abstractas y posee una teoría más compleja sobre la creación de incentivos y desincentivos como manera de influenciar la conducta de los individuos en sociedad. Los abogados, como fruto de una suposición no examinada, usualmente igualan la validez de la norma a su eficacia real y esta transposición los hace lucir como científicos sociales apegados insalvablemente al fetiche de la legalidad. El estribillo constante del abogado ("es que la Ley dice que...") le parece al economista completamente incomprensible.

El cliente y el abogado

Imaginen ahora la relación del cliente con su abogado, en el marco de las situaciones más o menos críticas o límites en las que se le consulta en busca de su consejo profesional. Se trata, por ejemplo, de demandas o procesos legales que implican amenazas a la libertad individual (en una denuncia penal), a la capacidad económica y al disfrute y posesión de los bienes propios (en un embargo de bienes) o amenazas a la estabilidad y armonía dentro de la sociedad familiar (en un proceso de divorcio). En estos contextos extremos el cliente no tiene la impresión de estar frente a

un mal filósofo (el ingenuo metafísico del que se hablaba más arriba), ni frente a un charlatán o un chamán. El economista que descree del abogado como generador de políticas públicas, sin embargo, parece depender completamente del juicio profesional del abogado cuando se trata de cuestiones concretas de derecho penal, de familia, civil o laboral. En estos campos específicos, la credibilidad del abogado frente a su cliente es tan alta como la que posee la figura del médico. Aquí la relación de poder entre cliente y abogado es distinta: se trata de un micro-conflicto donde existe afectación personal del consultante, y, además, pende sobre él el poder temible del Estado canalizado a través de un litigio.

Le ruego al lector que conserve estas dos experiencias radicalmente contrarias del "saber" del abogado: la "cientificidad" de su saber parece oscilar entre los extremos de lo mágico (consistente aquí en una metafísica confusa sobre el engranaje entre ideas y realidades, entre deber ser y ser o entre validez y eficacia) o lo científico jurídico (mediación racional de reclamos a partir de normas y a través de procedimientos complejos, ritualizados y sometibles a control que resulta en la confiada entrega del cliente en las manos del saber profesional). No trataré, por ahora, de dar explicación a estas experiencias divergentes frente al saber del abogado. En vez, trataré de dar una explicación teórica de las diferente formas de legitimación de la cientificidad del derecho. Lo que sigue no es tanto una presentación histórica de etapas superadas, sino más bien la elaboración de los diferentes sustratos acumulados detrás de la práctica del derecho y cuyas señales específicas continúan compitiendo por la adhesión de abogados y estudiosos del fenómeno jurídico.

3. El derecho como ciencia "representacional": derecho y naturaleza en la versión iusnaturalista

La "objetividad" del derecho ha dependido a veces de la existencia de conexiones fuertes entre las proposiciones jurídicas (las reglas) y la naturaleza. Algo es objetivo, según se dice, si se trata de una proposición jurídica o regla que refleja o expresa un estado de cosas, o como dice el Código Civil italiano, si refleja "la naturaleza de las cosas". A esta fundamentación científica del derecho en la naturaleza se le ha llamado "iusnaturalismo" y su progenie histórica es larga y compleja. Lo interesante y específico del iusnaturalismo parece ser lo siguiente: los objetos o individuos del mundo natural parecen traer consigo mismos (ínsitos en su naturaleza) la regla o proposición jurídica que los debe regular. Los juicios de valor sobre la licitud o ilicitud del objeto natural no dependen por tanto de ninguna articulación simbólica humana sino que son atribuidos por los hechos mismos. Los hechos, objetos o personas contienen sus propias reglas jurídicas. El des-

crédito contemporáneo del que parece sufrir el iusnaturalismo no debe, sin embargo, movernos a engaño. Hay muchas proposiciones en derecho actual que todavía conservan su "objetividad" o "cientificidad" sobre la base de una epistemología iusnaturalista. Los ejemplo que de ello se citarán a continuación no son estrambóticos o extraordinarios: a varios de ellos el lector prestará su aprobación reflexiva.

Dentro de la fundamentación naturalista de la cientificidad de proposiciones jurídicas distingo los siguientes tipos:

1. La forma más fuerte del naturalismo podría ser denominada "naturalismo de personas": por "naturalismo de personas" me refiero a que las *personas*, sus atributos o sus inclinaciones personales parecen venir por sí mismas con una calificación jurídica de su mérito o demérito, o lo que es lo mismo de manera general, de los derechos sociales y políticos que de entrada les corresponde por ser ese tipo de persona natural.[2] Dentro del iusnaturalismo de personas pueden distinguirse, a su vez, dos clases de proposiciones jurídicas:

1.1. Proposiciones sobre el estatus global de la persona dentro de los circuitos políticos y sociales. Esta forma de iusnaturalismo, a su vez, ha servido en la construcción de derechos naturales personales de los poderosos (1.1.1.) como de derechos y obligaciones (aunque especialmente obligaciones) de los desposeídos (1.1.2.).

1.1.1. El derecho personal/natural de los poderosos es evidentemente una de las formas más criticadas de naturalismo dentro de la configuración política del liberalismo democrático. Para el liberalismo, nadie posee por naturaleza, de nacimiento o de entrada *derechos* personales a cierta ubicación social, prestigio, bienestar o respeto preferentes en la sociedad. Todos estos bienes sociales se ganan en competencia abierta entre individuos libres y autónomos y cada cual responde, de acuerdo con sus habilidades, por su suerte final. El iusnaturalismo de personas aceptaba, por supuesto, desigualdades iniciales de habilidad pero las convertía inmediatamente en títulos jurídicos que permitían reclamar esos bienes. El liberalismo jurídico, en cambio, positiviza el análisis y reconoce, por supuesto, la existencia efectiva de diferencias fácticas de entrada entre individuos pero no las convierte en título para reclamar ningún derecho. El igualitarismo e individualismo liberales son la crítica central al iusnaturalismo de personas. Los notables por nacimiento, las aristocracias, convertían sus ventajas sociales *fácticas* en reclamos jurídicos normativamente *válidos*. El constitucionalismo liberal/republicano, desde finales del siglo XVIII, ha venido reemplazando monarquías por repúblicas, pero el iusnaturalismo de perso-

nas no es de ninguna manera una realidad constitucional agotada en el mundo contemporáneo. Todo lo contrario: si rompemos la fijación del análisis jurídico con el mundo occidental es claro que nuevas formas de naturalismo de personas se han activado dentro de proyectos enérgicos y dinámicos de cambio social. Así, por ejemplo, la revolución iraní ha articulado, conforme a la teología *shiita*, un renacimiento de la conexión legal-constitucional inmediata entre el Gran Líder religioso y la interpretación religiosa auténtica de los textos religioso-legales sagrados. El *Imam* del *Shiismo* duodecímano y el Consejo de Guardianes establecidos ambos en la Constitución iraní de 1979 son figuras legales y políticas contemporáneas que desmienten la idea del agotamiento definitivo e irreversible, en proyectos concretos e incluso creíbles de emancipación humana, del naturalismo de personas. El naturalismo, en cambio, nunca llegó a afirmar como cuestión jurídica la existencia de obligaciones por parte del poderoso. Su posición privilegiada de "liderazgo" político no implicaba una obligación correlativa fuerte de "cuidado" o "solidaridad" hacia los hermanos menores. Por esta razón, la categoría "solidaridad" fue relegada a un catálogo de obligaciones menores, en realidad no obligatorias sino meramente optativas. Gran parte de la historia contemporánea del derecho ha consistido precisamente en mover el concepto de "solidaridad" hacia contenidos legal-obligacionales más fuertes.

Debe insistirse que el naturalismo de personas no es, ni mucho menos, un vestigio de antiquísimas teorías del derecho divino de los reyes o de los gobernantes que ya nadie recuerda. Hoy en día, por ejemplo, el derecho permite la propietización y monetización de diferencias naturales: el camino que abrió el seguro que compró Marlene Dietrich para proteger sus piernas se ha desarrollado hoy en un frondoso sistema de aseguramiento de imágenes, cuerpos y rostros que es pagado por las primas de los clientes regulares de las aseguradoras. En ese mismo orden de ideas, Alasdair McIntyre ha iniciado un análisis del valor moral que los estudios actuariales de las compañías de seguros dan a diferentes "vidas". Finalmente, en Colombia, Gustavo Quintero ha mostrado los diferentes valores que tienen vidas individuales mediante un estudio comparativo de la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano. Nuevas formas de aristocracia de la imagen parecen estar abriéndose y el derecho parece estar transformando "naturalezas" en "derechos". Los contratos y condiciones laborales y las primas monetarias que las "celebridades" parecen tener derecho a cobrar tienen mucho que ver con este proceso de naturalización de pretensiones jurídicas. Se trata de "datos naturales", de "ventajas comparativas" que son inmediatamente "propertizadas" en normas jurídicas que le dan valor. Para algunos, por supuesto, estas formas de "propiedad" tienen valor pre-

cisamente porque el derecho las protege; para el iusnaturalismo, en cambio, estas posiciones de ventaja (como la belleza, por ejemplo) tienen valor por sí solas y el derecho lo único que hace es reconocer dicho valor.

1.1.2. El iusnaturalismo de personas, por supuesto, servía tanto para perpetuar el derecho natural al gobierno como para cimentar la obligación natural de obediencia por parte de los desposeídos. El derecho, en ese orden de ideas, no sólo crea a notables, sino que también construye el estatus jurídico de los sectores "bajos" del mundo social sobre el modelo del iusnaturalismo de personas: así, por ejemplo, el esclavo del constitucionalismo del siglo XIX, la supervivencia continuada del paria dentro del legalismo tradicional hindú y, para desexotizar los ejemplos, las diferentes formas de servidumbres no laborales contemporáneas. Todas estas construcciones de estatus personal son conceptos constitucionales que se apoyan sobre calificaciones naturalistas respecto del valor global y de la ubicación social de un determinado individuo.[3] Aunque el naturalismo de los desposeídos determinaba casi siempre sus obligaciones, es preciso señalar que también en algunos casos, se trató de proteger algunos derechos de los desposeídos, casi siempre bajo una óptica paternalista. Esta protección de tipo paternalista luego se convertiría en uno de los principales mecanismos de dominación social en contra de los "incapaces", como el derecho los denominaba. Por "incapaces" en derecho se conocen a todas aquellas personas que por razones "naturales" no parecen poder regir sus asuntos civiles por ellos mismos, razón por la cual el derecho les adjudica un tutor o representante que vele por sus intereses: el listado tradicional incluye a niños, dementes y pródigos, pero también incluía a mujeres e indígenas (en la forma especial de "incapacidad" que trae el derecho penal). Los problemas de dominación política de niños y "locos" vuelven a estar al orden del día, pero este aspecto rebasa el objetivo de esta ponencia.

1.2. Hay, sin embargo, otra forma de naturalismo de personas que merece mayor crédito en el discurso político contemporáneo (general, aunque no necesariamente de centro-derecha). Aquí no se deduce un derecho global de la personalidad a cierto estatus o posición social, sino que se analiza en cambio alguna característica o inclinación concreta e individual de la persona natural, y de ella se predica sú licitud o ilicitud. Así, las inclinaciones o características de las personas parecen contener grabado sobre su facticidad el juicio jurídico que les corresponde: por ejemplo, el *nasciturus* tiene la impronta, desde la concepción, de su personalidad y de su derecho a la vida. Igualmente, la inclinación homosexual (en el antiguo delito de Sodomía), por ejemplo, puede ser castigada desde el fundamento único que le presta la aparente elocuencia moral y jurídica de los hechos que constituyen el acto.[4]

Esta estrategia de fundamentación naturalista de los juicios jurídicos muestra de entrada que su contenido "natural" es más bien metafórico y que detrás de él se abre una resignificación moral y legal del mundo desde perspectivas religiosas y tradicionales, en sentido amplio. Aquí, por tanto, la "naturaleza" que presta objetividad a la norma consiste en esto: los hechos son autoexplicativos, esto es, cargan y explicitan la calificación moral y legal que merecen. La fundamentación de esta auto-explicación es frecuentemente religiosa-tradicional pero estas dos expresiones usualmente esconden la razonabilidad que estos reclamos de derecho *pueden* tener: simplemente piénsese en que todavía hoy decimos sin sonrojarnos que es "natural" que los niños sean jurídica y políticamente representados por sus padres.

El iusnaturalismo de personas juega, con alto precio para su coherencia interna, con la construcción del ser humano entre la moralidad y la legalidad: la legalidad está, de una parte, constituida por una moralidad individual de ascepcia corporal y sexual, esto es, un mecanismo que hace legalmente obligatorios ciertos arreglos naturales sobre individualidad, sexualidad o jerarquización social. En cambio, el mismo naturalismo es capaz de separar nítidamente entre moralidad y legalidad, mediante la "desnaturalización" de ciertas otras obligaciones que parecerían poder ser clasificadas en el mismo lugar: así sólo se mantienen como obligaciones legales, aunque de fuerza descendiente, las formas más estrechas de solidaridad, entre madre e hijo, por ejemplo. La solidaridad por fuera del vínculo materno-filial es desnaturalizada y reducida a categorías no obligatorias tales como la de "caridad".

2. Junto con el naturalismo de personas, viene un naturalismo que podríamos llamar de situaciones o relacional. El argumento que lo sostiene es poderoso y no es fácil descartarlo en un examen meramente normativo del asunto. A diferencia del naturalismo de personas donde son las personas las que parecen poseer en su conjunto o en algunos aspectos de su "naturalidad" cierta calificación jurídica, en el naturalismo situacional o relacional, en cambio, se cree que conjuntos de hechos, sin referencia inmediata a personas, poseen *a priori* una calificación legal y moral de licitud o ilicitud. Esta *experiencia* humana de ver de entrada la licitud de un patrón de hechos ha empujado a filósofos de muchas vertientes a reconstruir la objetividad del juicio ético mediante la implementación de metodologías apriorísticas de valoración del mundo conductual. Estos intentos filosóficos (como los articulados en la filosofía de valores de Scheler, Hartman y Frondizi) nunca han logrado mayor credibilidad dentro de las ciencias sociales. Sin embargo, tratan de articular un argumento legal poderoso, explicado en tono más realista mediante la idea de *hunch* ("corazonada") judicial. Cercano a este concepto figura la noción, todavía atractiva, de *delito natural.*

Según esta forma de ver la decisión jurídica, el juez forma su convicción no a través de deducciones lógicas, ni de estudios detenidos de la doctrina preexistente sino a través de la formación instantánea de una "corazonada" que le dice el sentido concreto que debe tener su decisión. Esto, por supuesto, no lo exime para que con posterioridad el juez tenga que *justificar*, mediante argumentos, la decisión judicial. Lo que es cierto, en todo caso, es que el sentido de la decisión se determina mediante una apreciación en conjunto de los materiales legales y probatorios y que, frente a su complejidad, hay una "intuición" de contenido moral que les da forma e inteligibilidad. Ahora bien: ¿en qué puede consistir esta corazonada judicial?

> Algunos la llaman "intuición", algunos "imaginación", esta sensibilidad a nuevas ideas, este poder de explorar cuando no hay camino, este poder para buscar en círculos cada vez más amplios para encontrar una salida, en vez de quedarse quieto allí donde se ha perdido la dirección (Hutcheson 280).

Esta teoría de la "intuición" judicial, aunque parece difusa e incierta, no deja de poseer atractivo en el terreno de la reflexión práctica. Joseph Hutcheson, el primer juez que habló de ello en forma cándida, la compara con las "intuiciones" desarticuladas y no necesariamente lógicas que tiene el científico al comienzo del proceso investigativo y que le sirven para formular hipótesis que luego someterá a verificación. Gran parte de los cambios paradigmáticos en ciencia tienen este origen que, por falta de mejor expresión, se ha denominado "intuición" o "imaginación.[5] La idea de "intuición" judicial le permite al juez Hutcheson hacer una comparación todavía más arriesgada:

> Y no solamente dejo establecido, "como lo hacen el resto de los grandes", que invoco y empleo corazonadas (*hunches*) en decisiones, sino que además afirmo y trato ahora de demostrar, que es esa sutil facultad de la mente mediante la cual se siente y se sigue una corazonada es la que constituye no solamente a los mejores jugadores, a los mejores detectives, a los mejores abogados, a los mejores jueces, cuyas profesiones son las más azarosas ya que son las más humanas, y el resultado de cuyas actividades es, por la misma causa, el más sujetos a incertidumbres y el mejor logrado mediante aproximación (Hutcheson 279).

Esta teoría intuicionista de la decisión judicial está también presente, aunque con importantes diferencias, en el jurista francés François Gény, quien a su vez tomó como fuente la obra del filósofo francés Henri Bergson.[6] La oscuridad de la doctrina no debe anular la observación, poderosa y común, según la cual la "justicia" y la "equidad" de una decisión son frecuentemente descritos como una revelación no-racional del sentido del fallo y que, con diferentes propósitos filosóficos, este punto de vista tuvo gran credibilidad en la indagación ética de la época, no sólo a través de Bergson, sino también en la corriente analítica de Moore en Inglaterra y en la escuela axiológica de M. Scheler, N. Hartmann y R. Frondizi en Europa.

4. El significado específico de "positivismo" en teoría del derecho

El principal enemigo del naturalismo en derecho ha sido el positivismo. Todo el mundo habla todavía de la oposición entre iusnaturalismo y iuspositivismo como el principal conflicto en teoría del derecho. Es evidente, de la sola formulación de la antinomia, que el concepto de *positivismo* en derecho tiene un significado diferente al que tuvo en la reconstrucción de las ciencias sociales ya que, entre otras cosas, el llamado del *positivismo* (en economía y sociología, por ejemplo) consistía precisamente en un regreso empirista al mundo de la causalidad natural. El iusnaturalismo en derecho parecía precisamente ofrecer una teoría natural del derecho: las normas se resolvían en la indagación de ciertas cuestiones fácticas y en ello, increíblemente, el iusnaturalismo parecía más cercano al positivismo de las ciencias sociales. Claro, el naturalismo jurídico parecía ofrecer pura teología política (sus conclusiones afectaban de manera fundamental las jerarquías sociales) en vez de análisis de estricta causalidad (que se suponían debían ser políticamente indeterminados), pero esto podría ser considerado como un defecto meramente metodológico y no como la ruina definitiva del proyecto del naturalismo. Es evidente, sin embargo, que el naturalismo clásico (de personas y situaciones) estaba realmente interesado en su contenido teológico-moral, más que en una conexión entre proposiciones y realidad que garantizara su objetividad. Esto se demuestra por el hecho evidente de que uno de los principales enemigos de las nuevas formas de naturalismo de comienzos del siglo XX (empirista y causal) fue el viejo naturalismo apriorístico y religioso.

El *positivismo* jurídico, en cambio, abandona por completo el mundo de la causalidad natural y se empeña en la construcción de un mundo inteligible en el plano exclusivamente normativo. El *positivismo* jurídico, por tanto, podría ser denominado de manera equivalente como *normativismo*. Condena, en conjunto, todo intento (proveniente tanto del antiguo derecho natural como de las modernas ciencias sociales positivas) de creer que el estudio de la naturaleza (el ser) pueda ser relevante para la estructuración del mundo de los deberes y las obligaciones humanas (el deber ser).

En primer lugar, el normativismo condena al iusnaturalismo antiguo por dos razones, una epistemológica y otra política. Epistemológicamente el naturalismo antiguo es mala ciencia social (por ejemplo, la sociología de Montesquieu). Y políticamente, el antiguo naturalismo es pura ideología, pura arma de dominación política que permite una fundamentación fuerte, extrapolítica del derecho: le evita al dominador el tener que discutir y triunfar políticamente con sus reglas ya que ellas poseen de antemano valor por fuera de los canales parlamentarios y liberales de discusión política .

Igualmente, el positivismo jurídico condena también el programa del nuevo positivismo científico, pero esta vez mediante un argumento lógico: es posible que las nuevas ciencias sociales lleguen a conclusiones buenas, causalmente justificadas, a diferencias de las ciencias sociales antiguas. Sin embargo, y sometiendo aquí a las ciencias sociales a sus propios estándares de rigor, las vinculaciones de causalidad ofrecen meros hechos y de los hechos no pueden deducirse normas. Los mismos analíticos que están construyendo el programa de la ciencia unificada son los que anuncian, en labios de Moore, la falacia naturalística que consiste, precisamente, en la impermeabilidad de los mundos del ser y del deber ser. En ese orden de ideas, entonces, la nueva ciencia social no puede ofrecer respuesta alguna a la actividad normativa del derecho: del mejor entendimiento causal del mundo social no se puede seguir una mejor regulación normativa del mundo social, no por lo menos desde el punto de vista de la decisión jurídica con arreglo a normas previamente existentes.

Aunque mucho se ha hecho de la idea de que América Latina es, por filiación, católica y iusnaturalista, lo cierto es que muy pronto el positivismo/normativismo se convirtió en la teoría jurídica dominante. Aquí podrían distinguirse dos formas de teorizar los derechos y la jerarquización social: mientras la teoría "pop" de los ciudadanos latinoamericanos mantiene importantes trazas de naturalismo de personas (en las distintas formas de clasismo, sexismo y racismo que permanecen en nuestros países) también es cierto que la teoría oficial del derecho pronto se ubicó en la tradición jurídica francesa, construida alrededor del Código Civil. *Dura lex, sed lex*, siempre y cuando la ley que se fuera a cumplir estuviera generalmente modelada conforme a los intereses de los grupos dominantes. El Código Civil (esta figura arquetípica de Bello, Vélez y Texeira en la América Latina del siglo XIX) ofreció precisamente los contenidos políticos aceptables que hicieron del positivismo formalista una teoría adecuada y oficial del derecho (lo que sigue siendo por mucho dominante). Los contenidos del Código Civil eran y son: persona, propiedad, obligación, contrato y sucesión por *mortis causa*. Por sus contenidos, eran evidentemente un derecho del propietario. No era necesario afirmar ahora el derecho divino de los grupos dominantes. El positivismo del Código Civil, sin aparente naturalismo, ahora establecía los mismos privilegios mediante categorías burguesas de "derecho abstracto", como las denominaba Hegel.

La positivización en derecho concentraba el poder de construcción social en un *fiat* del Estado. Su versión progresista garantizaba la existencia de este nuevo *Deus ex machina* siempre y cuando su vida institucional fuera parlamentaria y pluralista. Un buen ejemplo de ello lo ofrece la "desnaturalización" del oro que se efectúa en la teoría económica y jurídi-

ca de los años 30 en todo el continente latinoamericano. El oro no tiene ningún valor en sí: la naturaleza no da valor a nada. Todo el valor es normativo, creado por *fiat* legislativo del Estado y en eso se resume la nueva teoría jurídica que aporta el positivismo en derecho.

La cientificidad del positivismo jurídico normativo no estaba asegurada por ningún tipo de vinculación a la naturaleza. El derecho era específicamente un sistema de normas. Su "cientificidad" ya no se basaba entonces en su "objetividad" (entendida como correspondencia frente a cosas) sino que su "cientificidad" se convirtió en una función del sistema: a esta forma de cientificidad no naturalista de sistemas normativos la llamó Weber "racionalización" y "formalización" del derecho. Este proceso, adelantado por la mayoría de Estados-Nación occidentales hacía del derecho una "ciencia" en un sentido sistémico y lógico (no-representacional de la naturaleza): el derecho estaba ahora contenido en normas positivas legisladas (no en el maremagnum inconexo de costumbres locales), estas normas se concentraba en matrices jurídicas unitarias, que poseían la coherencia, sistematicidad y aspiración a completud del género llamado Código (frente a la masa indiferenciada y dispersa de normas), se creo un entrenamiento profesionalizante y roles definidos y profesionalizados de manipulación del derecho, y se separó con claridad el fundamento positivo, válido y verificable de la ley de sus justificaciones moralizantes o filosofantes en sistemas religiosos o políticos. Este último rasgo de cientificidad (neutralidad entre formas de vida y creencia) era también el presupuesto básico de la tolerancia liberal.

Así las cosas, un trozo de oro, un cuerpo sangrante tirado en la calle, un movimiento de un bolígrafo sobre una hoja de papel no poseen en derecho ningún sentido o significado normativo. Sólo el derecho, mediante la tipificación de hechos y la atribución de responsabilidades en leyes vigentes y válidas, puede convencional o normativamente fijar el sentido de una acción. Esta forma de articulación positivista del mundo se mantiene fuertemente en las teorías clásicas y neoclásicas del derecho penal, por ejemplo. Estas teorías se oponen al *positivismo penal* de los años 30, basado en el ideal de la nueva ciencia (otra vez un uso equívoco de la palabra):[7] para el *positivismo penal* la persona que tuviera ciertas características craneanas (foceta occipital) era un criminal o al menos tenía una fuerte propensión a serlo. El derecho, como las otras ciencias positivistas, no tenía que limitarse a castigar al delincuente y a reaccionar frente al ilícito sino que, además, podría predecir la posible ocurrencia del ilícito. El derecho penal, entonces, dejó de hablar de la culpa de delitos ya acaecidos y empezó a hablar del riesgo de ocurrencia de delitos futuros. Este naturalismo biológico en derecho penal ha perdido mucha de su credibilidad en su forma más cruda, pero continúa siendo operante en algunos casos. Así, por

ejemplo, existen formas de diagnóstico psiquiátrico que coinciden con la calificación jurídica de "criminal": el "sociópata" es una categoría psiquiátrica que opera simultáneamente como categoría jurídico-penal. Algunos ordenamientos, por tanto, justifican la pena de muerte como forma no de "castigo" al criminal, sino como política pública destinada a librarse de "sociópatas" intratables.

5. La crisis del iuspositivismo

El estatus de ciencia que poseía el derecho en su versión normativa y positivista (kelseniana) pronto perdió credibilidad. Esta pérdida de credibilidad se debe a que el proceso de racionalización y formalización que había descrito Weber no conducía a un sistema normativo en equilibrio permanente. Al tiempo que Weber experimentaba la eficiencia burocrática y racionalizante del derecho, un novelista contemporáneo suyo daba pistas ya claras sobre lo dudoso de las conclusiones weberianas: en "El Proceso", Kafka nos ha dotado del vocabulario que los ciudadanos comunes seguimos utilizando para criticar la incomprensibilidad y la irracionalidad de la burocracia legal. La visión kafkiana terminaría por prevalecer en los corazones de los ciudadanos y el derecho perdió cualquier forma de credibilidad científica *à la* Weber.

Las razones de la muerte temprana de la racionalidad sistémico-lógica del derecho, de la que Kelsen y Weber habían sido heraldos, son dos principalmente. En primer lugar, el Código pronto dejó de ser una obra legislativa única y omnicompresiva y se insertó en contextos plurales de normas donde reaparecieron la ambigüedad y las contradicciones que aquejaban a las antiguas formas consuetudinarias de derecho. El derecho codificado no ofreció un antídoto absoluto a la oscuridad normativa, a la hiper-inflación legislativa o a la contradicción intrasistémica del derecho.

En segundo lugar, la experiencia de la codificación tenía ya más de un siglo cuando Weber escribe su obra. El Código alemán era apenas un recién nacido por aquel entonces, y quizá eso justifique todavía el entusiasmo por sus propiedades "racionalizantes" y "cientifizantes". Por esta sencilla circunstancia, sin embargo, el Código francés se mostraba con importantes desajustes frente a la sociedad y sus nuevas realidades: el maquinismo, la industrialización, la incorporación de las masas urbanas al mercado asalariado, el crecimiento del trabajo femenino e infantil, la urbanización, la producción en masa o en cadena, los cambios en los medios de transporte y la masificación del mismo y el impacto profundo en la vida doméstica de las nuevas tecnologías eléctricas (el menaje doméstico) y químicas (el extendido vademecum). Estas nuevas circunstancias sociales fueron descritas

como "vacíos" normativos: el derecho codificado no pudo haber previsto y no regulaba las nuevas realidades de la vida. Por estas razones, el fracaso de la ciencia jurídica apuntaba a una nueva conexión con las "realidades" de la vida. Josserand hablaría en 1936 de un "derecho vivo", no de un "derecho muerto", esto es, un derecho que se volteara de nuevo a la realidad y que tratara de resolver los desafíos que ella le presentaba. Esta nueva forma de regreso a la realidad, no la tematizaba como "naturaleza". La palabra aquí, fue una y otra vez, "vida", "realidad" y otras por el estilo.

Es importante hacer notar a esta altura un fenómeno de la máxima importancia en América Latina: el derecho que aquí practicamos es, hegemónicamente, *pre-positivista* en el sentido específico de las ciencias sociales. Aquí somos hinchas furibundos del Código y del *tándem* Kelsen-Weber como sus teorizantes principales. El Derecho en América Latina es predominantemente concebido como una ciencia de contenido lógico y sistémico, como pregonaba el normativismo en su versión kelseniana. Al Derecho en América Latina todavía no la ha afectado aún de manera importante el contagio positivista/empirista y aún el derecho, tanto en su creación como en su aplicación, continúa importantemente desvinculado de descripciones más completas de la realidad social y de sus mecanismos de funcionamiento. Esto, a su vez, se ve reflejado en el currículo de los estudiantes de derecho en toda la región.

6. Dos modelos de reconstrucción post-positivista de la cientificidad del derecho

¿Qué hacer frente a los vacíos, ambigüedades y contradicciones del Código? Obsérvese que esta pregunta tenía ya de entrada un claro propósito político. La maquinización, la industrialización y la urbanización sugerían que los llamados "vacíos" normativos eran todas aquellas situaciones que parecían afectar las condiciones, hasta llegar a la pauperización, de los estratos menos protegidos de la sociedad. Los vacíos del Código permitieron la creación de doctrinas jurídicas, e incluso de nuevas subdisciplinas, en las que se sugería una importante modificación del arreglo liberal: el derecho fue instrumental en la aparición de la llamada "cuestión social", de "lo social". Los nuevos derechos eran todos de protección y garantía, y contenían una crítica implícita al formalismo metodológico de los abogados y al liberalismo político: surgen así el derecho laboral y la seguridad social (como ataques frente a la noción de contrato liberal), y en general los así llamados derechos humanos de segunda generación, o socialistas. Surgen igualmente nuevas doctrinas, por ejemplo en derecho civil, que buscaban la protección no formalista de intereses sociales frente a nuevas e impensadas amenazas.

Esta necesidad de reconstruir el derecho llevó a dos formas disímiles de reconstrucción de la credibilidad decisional del derecho (de su objetividad o racionalidad, o en últimas, de cualquier nivel de superioridad cognitiva que pretenda tener).

La primera fue el *realismo jurídico*: por *realismo jurídico* se entiende el movimiento teórico en derecho que pretendía utilizar en derecho la versión cientifizante de las ciencias sociales. Los estudios empíricos de la realidad, proveídos por la sociología, la estadística, la sociología, etc. podían ofrecer información básica que condujera a decisiones jurídicas racionales. La racionalidad meramente normativa, fundada en reglas escritas, se consideraba como fallida. El "realismo jurídico" es el nombre que en derecho ha recibido la agenda de positivización de las ciencias sociales. Así, mediante datos, estudios, encuestas, etc., se empezó a fundar las nuevas normas de la sociedad liberal de los años treinta y cuarenta. El giro hacia el empirismo metodólogico permitió la implementación de un Estado intervencionista y regulatorio, por oposición al normativismo kelseniano que no daba armas epistemológicas adecuadas para las nuevas realidades de la vida. Las teorías positivistas/normativistas de Kelsen cuadraban bien con un Estado liberal cuya misión se articulaba en un derecho civil mínimo y una libertad contractual y comercial máximas. La ciencia del derecho, así entendida, podía ser de meras normas. En un Estado intervencionista, en cambio, la actividad del Estado exigía un conocimiento previo de las realidades a intervenir. Ese Derecho, por tanto, ya no puede ser meramente normativo y trata de acercarse de manera importante a otras ciencias sociales con rutas epistemológicas de contenido más empírico. Así, por ejemplo, las cifras alemanas sobre accidentes de trabajo circularon por las Américas y ocasionaron importantes cambios en la legislación sobre accidentes de trabajos y enfermedades profesionales. La Monarquía Social alemana suministró la ciencia social que dio como fruto importantes reformas normativas en todas las Américas, como lo muestras los importantes trabajos de Donzelot. Esta forma de quehacer jurídico *realista* exigía de entrada una interdisciplinariedad que, sin embargo, nunca tuvo mayor eco en América Latina. El contagio empirista del realismo jurídico fue un producto específico de la teoría del derecho en los Estados Unidos y del Estado regulatorio que surgió por aquel entonces. En América Latina, sin embargo, los estudiantes y practicantes de derecho todavía estimaban que su quehacer era más cercano a las humanidades que a las ciencias sociales: tendían (y todavía tienden) a cultivar las habilidades propias de la poesía por encima de los saberes, por ejemplo, de economistas, sociólogos o antropólogos. El derecho era y es, por así decirlo, una extensión práctica de las Humanidades. De hecho, esa era uno de los propósitos del derecho

en la región: recanalizar a las pobres almas literarias y filosofantes dentro de una vocación profesional de acento humano que fuera a la vez prestigiosa y rentable.

La interdisciplinariedad en derecho sigue siendo una fuerza muy importante en la reconstrucción de su cientificidad. Nuevas combinaciones empiezan a surgir con mucha fuerza entre derecho y ciencias tales como la economía o la antropología. Estos nuevos enfoques interdisciplinarios empiezan a construir un *corpus* coherente de principios y metodologías de investigación. Se forman, al mismo tiempo, comunidades académicas que trabajan en estos lenguajes específicos y empiezan a combatir en el terreno más general de la teoría del derecho como contra-versiones de lo jurídico que se oponen al normativismo y formalismos tradicionales. Los ejemplos más notables de esta interacción en la teoría contemporánea puede verse en los movimientos de *Law and Economics* y *Law and Society*, que hasta ahora empieza a llegar a América Latina y ello por razones más políticas que estrictamente metodológicas.

La otra forma de reconstrucción del derecho no acudió a cifrar su credibilidad en las Ciencias Sociales de corte positivista, sino que buscó reconstruir la fibra moral del derecho. Se trataba aquí de la construcción de una moral social, política o económica donde el valor de solidaridad tenía un papel más importante en el entendimiento del derecho. Esta versión de la juridicidad trata de hacer reconstrucciones contemporáneas del sentido preciso de la justicia y la equidad en la adjudicación. Se trata, pues, de reconstrucciones específicamente jurídicas de un Teoría de la Justicia que sean, a la vez, practicables dentro de los contornos, tradiciones y manías propias de una profesión milenaria. Surgen así movimientos como la *libre recherche scientifique* en la Francia de la primera mitad de siglo que permiten la construcción de doctrinas jurídicas específicas como, por ejemplo, la *teoría de la imprevisión*: con ella se derrota el formalismo de las reglas de derecha y se funda una nueva concepción del derecho, fundamentado ahora en principios y no reglas. Los principios son normas de alto contenido moral y situadas en niveles de abstracción más alto que regulan los intercambios de la vida humana, que no están necesariamente positivizados, y cuya función es rondar la aplicación de reglas para impedir que produzcan resultados *ciegos*, injustos o inequitativos. La creación de una principalística jurídica constituye un intento de crear una visión operativa de la *equidad* al interior de una práctica profesional formalista. Los *principios* de derecho son la forma auténtica de la equidad contemporánea, donde el derecho tiene una forma controlable de criticar la aplicación de reglas jurídicas. Estos principios, por supuesto, están cerca del mundo de los valores y han sugerido, por tanto, una reconstrucción ética del derecho.

Las primeras versiones de esta principalística fueron construidas en los dominios específicos del Derecho Privado. Versiones más modernas, frecuentemente inspiradas en filosofía política contemporánea, en especial en la traducción que al derecho hace Ronald Dworkin de la obra de John Rawls, han reubicado la agenda de la principalística en el Derecho Público. Las modernas Cortes Constitucionales, las cuales se han expandido como un contagio en América Latina en los últimos 20 años, han encontrado este mecanismo de crítica interna al derecho más provechoso y expedito.

Bajo el modelo realista/empirista anteriormente examinado, el juez progresista debía, como a veces lo hace, convertirse en un científico social y extraer de la realidad recomendaciones sobre cómo regular adecuadamente la vida social. Bajo el modelo axiológico que ahora se examina, la cuestión es argumentar válidamente dentro de un stock reconocido de principios jurídicos y ver hasta dónde es posible controlar los efectos desmedidos de la racionalidad formal de las reglas. En esta última versión, el Derecho es algo más que la Ley. El derecho expresa una juridicidad en donde se estructuran de manera compleja los mandatos formales de la Ley y los imperativos más amplios de una eticidad colectiva. Esa es precisamente la estrategia que ha situado a la Corte Constitucional Colombiana a contrapelo de la cultura jurídica hegemónica en el país que, como se ha visto, continua siendo normativista.

7. Conclusión

He tratado de argüir que la cuestión de la cientificidad del Derecho tiene características propias muy importantes que requieren de un trabajo cuidadoso de reconstrucción. Dicha cientificidad se ha estructurado sobre cuatro modelos divergentes: iusnaturalismo (en sus diversas formas), iuspositivismo, realismo jurídico (con sus versiones más recientes tales como *law and economics* y *law and society*) y el movimiento teórico hacia la "moralización del derecho".[8] Ninguno de estos modelos parece completamente superado en la discusión transnacional sobre la cientificidad del derecho. Podría decirse que el Derecho contemporáneo al nivel global utiliza eclécticamente estas formas de legitimación de su actividad científica. En América Latina algunas de estas formas de justificación de la cientificidad no han sido importadas con el vigor que tuvieron en otras partes y todavía están por explorarse sus posibilidades. Es de prever que en América Latina, en los próximos años, se intenten agotar estos programas de "cientifización" del Derecho y no se ve en el horizonte formas específicamente regionales de abordar la conceptualización del Derecho. En Brasil, Colombia y Argentina se encuentran hoy por hoy la vanguardia de las nuevas formas de Derecho, en sus dos vertientes: allí se intentan,

con diversos grados de éxito, estudios empíricos sobre la conexión entre Derecho y Sociedad, en una versión que usualmente se denomina como "estudios socio-jurídicos" frecuentemente sostenidos por teorías que comparten, en diferentes grados, postulados provenientes tanto del marxismo como del realismo jurídico. En esos mismos países, bajo el influjo de una jurisdicción constitucional prestigiosa y mediante la dinamización de mecanismos procesales expeditos de protección de los derechos fundamentales (como la acción de tutela, el recurso de amparo y el mandato de *segurança*) se ha iniciado un fuerte proceso de "moralización" de la Ley válida mediante la creación de una extensa principalística constitucional en la que se buscan establecer formas jurídicas de justicia y equidad. Estas vanguardias siguen siendo minoritarias, incluso en los países que llevan el liderazgo regional en el replanteamiento del Derecho.

La típica facultad de derecho vanguardista de América Latina se divide hoy en día entre una facción, situada a la derecha política, que concibe al derecho como una empresa normativista y que usualmente se preocupa por la exposición de la dogmática de las materias del derecho privado; una segunda facción, situada a la izquierda política, se preocupa por la exploración en tono realista/marxista de las relaciones entre derecho y sociedad, con especial preocupación por la defensa de lo que se tematiza como "derechos humanos", especialmente de los contrapoderes sociales tales como sindicatos, por ejemplo. En el centro, una tercera facción construye un discurso constitucional intermedio, de signo reformista, raramente radical, en la que se busca quebrar las desigualdades jurídicas más evidentes contenidas en el "sistema", tal y como la Ley lo articula. La típica facultad de derecho *no vanguardista* en América Latina (y por la tanto la mayoría de ellas) está conformada de manera más o menos homogénea por el primero de estos grupos con total exclusión de los otros dos. Son, sin más, Facultades de Leyes. La principal forma de verificar la existencia de estas formas alternativas de entender el Derecho sería mediante una revisión de los currículos y políticas pedagógicas existentes en la región.

Finalmente, hay que aclarar que estas formas alternativas de "reclamar" estatuto de "ciencia" no significan, ni mucho menos, que el Derecho, al final de cuentas, así lo sea. El Derecho es fundamentalmente una técnica de dominación y, por tanto, la pregunta por el sentido de su "cientificidad", en cualquiera de sus niveles, permanece continuamente abierta.

Notas

1. Cfr: Ihering, Rudolf. *El cielo de los conceptos jurídicos*. En especial su crítica de la metafísica hegeliana como metafísica propia del conceptualismo jurídico.

2. Las categorías morales y las jurídicas parecen ser *generalmente* coextensivas, pero no lo son *necesariamente*: Creo que hay proposiciones jurídicas de contenido iusnaturalista que calificaríamos de "ilícitas" pero que no constituyen violaciones de la esfera de la moralidad religiosa, por ejemplo. Así, las reglas civiles de incapacidad no parecen ser coextensiva con ninguna forma característica de pecado dentro de la tradición cristiana. Frente a ciertas proposiciones de "derecho natural", la moral religiosa parece ser en todo caso indiferente.

3. La constitución colombiana prohibe las relaciones de esclavitud y servidumbre. La manera estándar de someter la capacidad productiva de un hombre a otro adopta las formas ascépticas y profesionalizadas del contrato de trabajo: un acuerdo igualitario entre dos individuos en donde de manera clara y limitada se prescriben tareas en cambio de un salario y fuertemente intervenido por el Estado en salvaguardia de los derechos del trabajador. La servidumbre, en cambio, construye relaciones sociales más espesas entre amo y siervo. En primer lugar, la relación no es contractual, o sólo facialmente contratual. Se asemeja, no a un contrato, sino al proceso de creación de una familia extendida. El siervo tiene obligaciones personales con su patrón que comprometen, de manera más o menos regular, a conjuntos de familias naturales en complejas cadenas de familias extendidas o artificiales. La servidumbre adopta así las diferentes formas de clientelismo social y político que hoy existen en Colombia. Normas legales infraconstitucionales, de alguna forma u otra, definen todavía los derechos de los trabajadores-siervos de manera excepcional, sacándolos de la ascepcia e igualitarismo propios del contrato de trabajo: así, por ejemplo, trabajadoras y choferes domésticos hasta hace poco tenían cesantías disminuidas y para ellos el Código del Trabajo aún permite pago en especie, esto es, pago en bienes o productos aún no monetizados y por tanto de consumo inmediato y necesario.

4. El análisis no tiene asumir la forma fuerte de abierta prohibición penal de la sodomía. Esta forma de control existe pero no es la más interesante de analizar. Más interesantes son los mecanismos sutiles que el derecho igual despliega para controlar la homosexualidad: desventajas patrimoniales que hacen ominosa la vida de pareja homosexual o la aplicación selectiva de los tipos penales y contravencionales contra la moralidad pública.

5. En apoyo de esta analogía con la actividad de las ciencias, Hutchenson cita a Durant, Gregory y Sir Benjamin Brodie. Más recientemente cfr. Kuhn, T. *The Copernican Revolution: Planetary Astronomy and the Development of Western Thought*. Harvard University Press, 1985.

6. Véase al respecto Mayda, Jaro. *François Gény and Modern Jurisprudence*. Louisiana State University Press, 1986.

7. El *positivismo* en derecho penal designa una corriente fundada en el estudio del comportamiento criminal de clara inspiración empirista y cientifista. Su fundamentación epistemológica, por tanto, era la contrario a la del *positivismo normativista*, a pesar de que ambas corrientes utilizaran la misma palabra.

8. La caracterización que aquí ofrezco de este movimiento hacia la moralización es muy incompleta. Este movimiento tiene en América Latina dos momentos fundamentales, uno situado en los años 30 con la llegado del "nuevo derecho civil" procedente de Francia y otro situado a partir de los años 80 y 90 con la llegada de un "nuevo constitucionalismo" en la región. Al respecto, cfr. López-Medina, Diego. *El Derecho de los Jueces*. Por publicar en Editorial Legis, Bogotá, 2000.

Obras citadas

Hutchenson, Joseph. "The Judgment Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision" *Cornell Law Quarterly* 14 (1929): 280.

----------. "The Judgment Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision." *Cornell Law Quarterly* 14 (1929): 279.

Ihering, Rudolf. "El cielo de los conceptos jurídicos". *Bromas y veras en la ciencia jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1987.

López Medina, Diego E. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2000.

Mayda, Jaro. *Françoise Gény and Modern Jurisprudence*. Baton Rouge: Louisiana State UP, 1978.

Wallerstein, Immanuel, ed. *Open the Social Sciences: Report of the Gulbenkian Commission on the Restructuring of the Social Sciences*. Stanford: Stanford UP, 1996.