

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA:

FUNCIÓN DE LA FILOSOFÍA EN EL DERECHO

INTRODUCCIÓN: En el presente informe podrá encontrar, acerca de la Filosofía del Derecho, planeamientos de los autores: FRIEDRICH, GALÁN Y GUTIÉRREZ, KAUFMANN, Carlos José GUTIÉRREZ, FASSO, GARCÍA AMADO, BOBBIO, los cuales se refieren a los postulados de introducción a la Filosofía del Derecho, las tareas de la misma, Chain Perelman citado por García Amado, entre otros.

ÍNDICE DE CONTENIDO

TEXTOS DOCTRINARIOS.....	2
INTRODUCCIÓN.....	2
FILOSOFÍA DEL DERECHO.....	6
LAS TAREAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.....	13
LAS TAREAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.....	14
EL ESTUDIO DEL SER DEL DERECHO. DENOMINACIÓN, OBJETO.....	17
LA NECESIDAD DE LA RACIONALIZACIÓN DEL DERECHO.....	19
LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO.....	21
LA NUEVA RETÓRICA DE CHAIM PERELMAN.....	23
CRECIENTE IMPORTANCIA DEL ANÁLISIS FUNCIONAL DEL DERECHO.....	28
FUENTES CITADAS:.....	31

TEXTOS DOCTRINARIOS

INTRODUCCIÓN

[FRIEDRICH]¹

TODA filosofía del derecho forma parte de una determinada filosofía general, puesto que ofrece reflexiones filosóficas acerca de los fundamentos generales del derecho. Estas reflexiones pueden derivar de una posición filosófica existente, o pueden llevar a una posición de esta clase. Es característico de la historia de la filosofía del derecho –y también muy natural- que los filósofos se hayan inclinado por el primero de estos métodos, y abogados y juristas por el segundo. No obstante, no toda filosofía conduce a una filosofía del derecho. Así, por ejemplo, Descartes filosofaba muy poco acerca del derecho. Por otra parte, muchos juristas se conforman con estudiar la masa de normas legales que se les enfrenta y dejan a los demás toda exploración filosófica general de este mundo, limitándose a los conceptos generales que son comunes a la profesión. El derecho común, tradicional en gran parte, descansa en una visión general de la ley. Incuestionablemente, se puede ser un buen abogado o jurista sin tener clara noción de nuestra filosofía jurídica, así como es verdad que se puede ser un buen filósofo sin haber elaborado una filosofía del derecho. Pero es dudosa la idea expresada con frecuencia por los abogados de tipo más práctico, de que la ley no involucra una filosofía del derecho. Porque la ley consiste en declaraciones o enunciados expresados verbalmente, y tales declaraciones, comúnmente llamadas juicios –que en derecho son, netamente, juicios normativos-, dan lugar a una clase de cuestiones filosóficas generales, de significación para tales juicios. Si, ocasionalmente, los positivistas, los pragmatistas y los formalistas hablan de la ley como si existiese en un vacío, independientemente de valores, opiniones o creencias, semejante punto de vista implica, de hecho, una posición filosófica de otro tipo. Tampoco la filosofía puede declararse ajena a la filosofía del derecho y la circunstancia de que tal o cual filósofo no elabore una filosofía del derecho no impide que otros se dediquen a dar forma a esta filosofía. Así, por ejemplo, tenemos una filosofía cartesiana del derecho, aun cuando Descartes mismo no se ocupara de elaborarla.

En consecuencia, es necesario tomar en consideración dos puntos de

vista al estudiar la filosofía del derecho, para que dicho estudio sea empírico, o "científico" en el amplio sentido de la palabra. Desde luego, en este contexto la palabra "ciencia" no se emplea en el estrecho sentido en que la ciencia se ocupa únicamente de regularidades, normas y hasta "leyes" generales, estas últimas interpretadas como las leyes de la naturaleza de las ciencias naturales. En el curso de este libro emplearemos la palabra "ciencia" en su sentido más amplio y general. Y, de acuerdo con este significado, está en la naturaleza de un trabajo científico – en contraste con las opiniones de los profanos, de los dogmas religiosos, de la poesía, etc.– el que un trabajo así se relacione con un corpus de saber que, si bien va creciendo ininterrumpidamente, se ocupa de un determinado conjunto de experiencia, el cual se ve aumentado por quienes se interesan en este particular campo del saber, ya sean eruditos u hombres de ciencia, con la ayuda de métodos acerca de los cuales están de acuerdo, potencial o realmente, quienes trabajan en dicho campo. De esta noción general de la ciencia se deduce, sin lugar a dudas, que hay esencialmente, como antes se dijo, dos puntos de vista desde los cuales puede tratarse la filosofía del derecho, y ambos se expondrán aquí. En primer lugar, una filosofía "científica" del derecho deberá examinar el desarrollo de las doctrinas filosóficas con objeto de determinar qué problemas han quedado ya declarados sustancial-mente, para que podamos edificar así sobre la base de conceptos anteriores. En segundo lugar, es necesario describir, siquiera someramente, los cimientos filosóficos sobre los que se asientan las diversas aportaciones, es decir, de los que ha nacido la filosofía general. Es nuestro propósito exponer el primero de estos puntos de vista en la parte inicial de este libro, en la cual se ofrece una breve historia de la filosofía del derecho. Pero antes sería conveniente ampliar un poco lo dicho acerca del segundo.

La comprensión y el conocimiento científicos se basan totalmente en la experiencia. Sin embargo, los sensualistas, llamados también empiris-tas, se equivocaron al tratar de reducir toda la experiencia humana a la de los sentidos. También la vida intelectual y espiritual del hombre forman parte de su experiencia. Pensar es, ya en sí, cierta clase de experiencia, como lo son el sentir, el desear y, más particularmente, la acción creadora.

Para el derecho, todos estos tipos de experiencia tienen importancia.

Sería mucho más fácil lograr la claridad filosófica si se pudieran contemplar estas diferentes clases de experiencia como una unidad coherente y lógica. Ello es, sin embargo, imposible, y todos los esfuerzos realizados hasta la fecha para lograrlo (esfuerzos que constituyen gran parte de la historia de la filosofía) han llevado a la negación de uno u otro campo de la experiencia. Esto necesita mayor explicación. La experiencia de observar una sucesión de impresiones de los sentidos lleva a la hipótesis de la causalidad. Hume analizó el carácter hipotético de la ley de causalidad; a su vez, Kant demostró cuan esencial es esta ley para todo pensar ordenado. Es imposible pensar acerca de la experiencia de los sentidos sin postular causas (lo mismo puede decirse de muchas otras experiencias, particularmente la histórica, que se presenta al observador como informes de hechos que se afirma que han ocurrido). De esta hipótesis de causa y efecto se llega a la posición filosófica conocida como determinismo. Pero la experiencia de la voluntad, de la facultad de adoptar una decisión en una situación que permite dos o más alternativas, nos lleva a la hipótesis de la libertad. Es imposible empeñarse en un acto de la voluntad si no se da por sentado que se puede actuar en una u otra forma. El carácter hipotético de esta libertad fue claramente formulado por Hobbes, aunque también en este caso logró Kant demostrar que la hipótesis de la libertad es necesaria para la persona actuante. El famoso imperativo categórico tiene por objeto demostrar el carácter esencial de todos los juicios normativos. Pero la consecuencia lógica de la hipótesis de la libertad es la filosofía del inter-determinismo¹: Los sistemas filosóficos monistas existentes pueden, por tanto, dividirse en dos clases: los que rechazan la hipótesis de la libertad o, al menos, la reducen en su alcance, los cuales son, por tanto, deterministas, y aquellos que, si bien no rechazan la hipótesis de la causalidad, la han restringido notablemente en su alcance y que son, por consiguiente, voluntaristas. Lo último es válido, en sentido general, aun cuando el rechazar la hipótesis de la causalidad está ligado a cierto tipo de deísmo (sistemas teológicos). Existe, todavía, otra posibilidad que consiste en el intento de lograr la hipóstasis de dos mundos radicalmente separados, es decir, de separar en la naturaleza el mundo de las normas del mundo de los eventos, como lo hizo Kant (sistemas dualistas). No obstante, queda siempre cierto residuo de incoherencia filosófica, dado que, si el componente lógico del comportamiento humano es parte de la humana experiencia, se desprende de ahí que no podemos hacer de la experiencia un todo lógicamente coherente. Hemos desarrollado este concepto con referencia a los problemas de la causalidad y de la libertad, relacionados ambos con los de observar y decidir. Pero

encontramos dificultades semejantes si consideramos los problemas de la experiencia creadora y, también, si nos volvemos a la experiencia sensorial, que es otra que puede equipararse con las experiencias de otras clases sólo por medio de construcciones sumamente artificiales (no obstante lo cual se han hecho frecuentes intentos para lograrlo). Así pues, parece ser que la filosofía radical de la experiencia no es sino un punto de vista general del mundo que acentúa los problemas. A este respecto tiene cierto parentesco con el pragmatismo, si bien los problemas no derivan, como en el pragmatismo, de nociones funcionales y relacionadas, sino que se forman dentro del contexto mismo de la base dada. Son el primer orden del ser. Una filosofía de la experiencia es una filosofía del problema, considerado el término "problema" en el mismo sentido concreto en que la palabra problema se refería originalmente en griego a algo que, como una piedra en la carretera, se atraviesa en nuestro camino. Y el problema que se presenta una y otra vez, es éste: cómo puede la total experiencia humana resultar fructuosa para la progresiva comprensión de determinado objeto de conocimiento. El derecho es uno de esos objetos, y nosotros proponemos desde el comienzo, a la luz de nuestra filosofía de la experiencia, la hipótesis básica de que, sin un conocimiento comprensivo de los problemas de la experiencia total, el derecho sólo puede presentarse de manera artificial y contradictoria. Sólo si se toman en cuenta todos los distintos tipos de experiencia, podemos dar una imagen del derecho que sea adecuada a la realidad y, al mismo tiempo, general. Sólo entonces se podrá desarrollar una amplia filosofía del derecho.

En consecuencia, los capítulos de carácter histórico de este libro forman, en realidad, parte integrante del examen filosófico y sistemático; pues distintamente de los historicistas y positivistas, creo que la historia, y especialmente la historia intelectual, manifiesta un designio, y que las sucesivas filosofías del derecho incorporan intuiciones progresivas, partes de la verdad que estamos buscando. Por lo tanto, esa historia sistemática nos suministrará el fundamento para algo que podemos añadir. Y, a la vez, la parte sistemática no pretende ofrecer una filosofía cabal del derecho, sino más bien lo que yo concibo que debe ser un consenso que ha ido emergiendo sobre cierto número de problemas que han permanecido "abiertos". Nuestra búsqueda de lo nuevo viene templada por una concepción de "la antigua verdad" que Goethe aconsejaba a sus románticos contemporáneos que mantuvieran en su poder. La mayor parte de las llamadas novedades son viejos errores en nuevos atavíos lingüísticos. Pero hay nuevas perspectivas que se perfilan. La repetida frase del Magistrado de

la Suprema Corte Holmes, de que "la vida del derecho no ha sido lógica, sino de experiencia", exagera acremente una visión interna decisiva –esto es, decisiva, si la experiencia se considera en una acepción amplia y comprensivamente humana. Por lo mismo, las posiciones a medida que surgen del panorama histórico, cuando se completan con las observaciones sistemáticas suplementarias delinear mi filosofía del derecho. No es una posición kantiana o neokantiana, ni una posición positivista a de derecho natural, sino más bien una visión del derecho y la justicia en la cual hechos y valores se ven íntimamente relacionados en toda experiencia humana en política.

FILOSOFÍA DEL DERECHO

[GALÁN Y GUTIÉRREZ]²

[SUMARIO.–El concepto de Filosofía del derecho y la misión de ésta.–Filosofía especial y Filosofía aplicada.–La Filosofía del derecho como Derecho Natural (predominio de los puntos de vista de la Concepción del mundo).–La Filosofía del derecho como Ontología de lo jurídico (predominio de los puntos de vista de la ciencia fundamental).–Importancia en nuestros días de la problemática de la Concepción del mundo en el campo de la Filosofía del derecho.–Misión de la Filosofía del derecho ante la crisis político-social de nuestra época]

Con lo dicho hasta aquí creemos que queda suficientemente aclarado lo que nosotros entendemos por Filosofía, cuál es la concepción que de ella tenemos y la misión que le asignamos. Ahora podemos contestar a la pregunta planteada en un principio y que fue nuestro punto de partida: ¿qué es Filosofía del derecho y cuál es su misión?

Observemos, ante todo, que la preocupación y el modo de considerar las cosas que supone la Filosofía, puede ser traslaticiamente proyectado sobre cualquier sector de la realidad, sobre cualquier objeto del mundo. Cabe, ante cualquier cosa de la realidad, dirigir la mirada hacia el aspecto más fundamental y profundo de su ser, y a la vez preguntarnos por su sentido último dentro del mundo y en la vida. Ante una cosa cualquiera, por ejemplo, el amor, la moda, el dinero, cabe que el espíritu humano, en vez de estudiarla concreta y particularmente, como correspondería a las respectivas ciencias, es decir, como una cuestión psicológica,

sociológica o económica, dirija la mirada a planos y a aspectos fundamentales, y estudie la forma de ser de estos objetos, su concepto esencial y sus determinaciones de principio, así como su significado y su sentido en la vida. Nacen de esta suerte una Filosofía del amor, de la moda o del dinero. Pero se trata entonces de filosofías aplicadas, resultantes de la proyección, sobre tales objetos, de los métodos y afanes filosóficos. Filosofía aplicada es, pues, como la traducción en miniatura, a un campo cualquiera de la realidad, de lo que la Filosofía hace en el suyo propio. Claro está que una filosofía aplicada es, en cierto sentido, una filosofía como artificial e inauténtica.

Pues bien, la Filosofía del derecho, ¿es una filosofía aplicada? Nosotros creemos que no. A nuestro modo de ver, la Filosofía del derecho no es mera filosofía aplicada, sino predominantemente una filosofía especial, un capítulo o parte de la Filosofía general, de la Filosofía en sí, como lo es la Lógica o la Teoría del conocimiento. La Filosofía del derecho constituye una de las dos ramas en que se desdobra la disciplina filosófica especial llamada Ética.

A la Ética en general corresponde el estudio del orden que atañe a la conducta del hombre de acuerdo con su naturaleza, y el estudio del hombre en cuanto protagonista de ese orden. Pero cabe considerar al hombre en dos aspectos principales: en primer lugar, como ser para sí, como autofín, es decir, como persona, y, en segundo lugar, como ser social. Claro está que el hombre considerado en este último aspecto no es sino una manifestación del hombre considerado bajo aquel otro, indicado en primer término. La sociabilidad del hombre es un modo de ser de su personabilidad, de su ser para sí, es el despliegue y la realización de tendencias naturales fundamentales que potencialmente insiden en la persona individual. Tan esencial le resulta al hombre el ser para sí, la intimidad propia de su ser personal, como el ser con otros y para con otros, es decir, la coexistencia con otros. Pues bien, cuando la Ética estudia el orden que conviene al hombre como persona, *uti singulus*, de acuerdo con su naturaleza, tenemos la Moral propiamente dicha (Moral natural); y cuando investiga el orden que al hombre conviene como ser social, *uti socius*, de acuerdo con su naturaleza, tenemos el Derecho natural. El Derecho natural: he aquí uno de los grandes temas de la Filosofía del Derecho. No hace falta aquí para nuestros fines proseguir el discurso en intentos de una determinación conceptual rigurosa del derecho natural.

Lo que ahora nos interesa sobre todo es indicar que la investigación iusnaturalista pertenece, en parte, a la Filosofía como Ontología y, en parte, a la Filosofía como Concepción del mundo. Pertenece a la Filosofía como Ontología en cuanto que responde a la pregunta de la naturaleza del Derecho, a la pregunta de si existe un derecho dado por la Naturaleza—además de aquel otro dictado por los hombres—, a la pregunta acerca del fundamento último de lo jurídico, a aquella cuestión esencial, radical, inextirpable del espíritu humano, planteada, de un lado, por el derecho que obliga a los hombres en sociedad, como mandato de algunos de ellos, y, de otro, por el sentimiento innato de igualdad existente en todos los seres humanos, sentimiento en cuya virtud éstos se saben no sujetos a la voluntad de ningún semejante: a saber, aquella cuestión que podríamos formular así: puesto que esta sujeción se da, y no sólo se da, sino que es necesaria, porque sin ella no podríamos convivir, ¿cuál es su fundamento o su razón de ser? Y esa razón reside en que hay criterios y principios del obrar, en que hay un orden para nuestra conducta, cuyos fundamentos son ajenos a toda voluntad humana, extraños al capricho y al arbitrio de los hombres. Ese orden es lo que investiga el Derecho natural.

Pero la Filosofía jurídica, como investigación iusnaturalista, trasciende las tareas de la estricta Ontología, y se adentra en el campo de la Concepción del mundo. Que hay un orden del universo y también de nuestra propia vida y de nuestra conducta como seres racionales, es algo tan patente que sólo puede negar quien no se enfrente con la realidad de las cosas y atentamente la contemple. Precisamente ese orden, en cuanto orden de la naturaleza física y biológica, constituye la meta hacia que se mueve la investigación científica. Todas las leyes que se estudian en las ciencias físiconaturales son expresión del orden del universo en la naturaleza física y biológica. La hipótesis de la existencia de un orden del universo es, ciertamente, un presupuesto indeclinable de la investigación científica más rigurosa y severa. No hay investigador alguno, biólogo, físico, químico—cualquiera que sea su ideología—que pueda extirpar de su espíritu esa: creencia en un orden del universo, la creencia de que para todos los fenómenos cabe encontrar una regularidad y una ley. Cuando el científico, en sus investigaciones en pos de la regularidad de tales o cuales fenómenos fracasa, esto es, cuando no logra descubrir la ley de estos fenómenos, quedará decepcionado de su labor y de su trabajo, pero mantendrá incólume su confianza en la estabilidad de las leyes de la naturaleza. La ciencia natural, ciencia eminentemente experimental, es la prueba más contundente de la

existencia del orden del universo. También para el hombre, que en el fondo es un pedazo destacado de la naturaleza, existe un orden no dependiente de la voluntad de ningún otro hombre. Y este orden de la conducta humana puede, á su vez, ser patentizado experimentalmente, como ocurre con el de la naturaleza física y biológica, a saber, por aquella experiencia psicológica, por aquel estar y ponerse en contacto inmediato, efectivo y vivo con los hechos y fenómenos de conciencia, que es la introspección, por aquella experiencia que tenemos cuando recogemós la mirada del exterior y la volvemos hacia nosotros, mismos hacia nuestro interior o nuestros adentros, con los ojos vueltos del revés, por así decir, y vemos y advertimos, sin género alguno de duda, que no somos libres -¡libres moralmente!- de actuar y obrar como queramos, sino que tenemos una ley y una norma que; nos ata y vincula, que nos elige, por así decir, una determinada línea de conducta entre otras varias psicofísicamente posibles, ley que nos impera y nos manda desde nuestro mismo interior, desde el alma donde la llevamos grabada.

Mas el contenido de la Concepción del mundo, con todo lo que ésta supone de trasfondo religioso, irrumpe aquí donde la pura razón teórica queda. Porque para el pensador cristiano, este orden, tanto en lo que atañe al universo cuanto a la propia conducta del hombre, es el trasunto o la expresión de la razón y de la voluntad de un Dios personal, superior y trascendente al mundo, pero no extraño a él. Y sin embargo, no hay en esta Concepción sobrenaturalismo ninguno. Porque las normas y principios: de ese orden se los saca el hombre del fondo de su espíritu y por caminos humanos y racionales. Es la propia razón humana la fuente de revelación, para el hombre, de ese orden ético. La razón nos lo revela ciertamente, pero no lo crea, sino que nos dice algo como escuchado de otro mundo algo que resuena como un eco en el espíritu y que realmente representa la pauta o el dictado de un Espíritu superior.

Pero, además de este cometido iusnaturalista, la Filosofía del Derecho teoriza, en estricta función ontológica, es decir, como rigurosa ciencia fundamental, en torno a una serie de cometidos y objetos que, bajo perspectivas más concretas y particulares, bajo aspectos menos fundamentales y hondos, también ocupan al científico del derecho. Las ciencias jurídicas particulares preguntan qué es derecho aquí y ahora, qué ha sido establecido como derecho por un cierto sistema; pero la Filosofía va más hondo, y cuestiona qué es derecho *in genere*. A las ciencias jurídicas particulares interesa el hombre en su concreta

configuración jurídica, como comprador o como vendedor, como marido o como heredero, como patrono o como alcalde, como funcionario, como comerciante; pero a la Filosofía jurídica le interesa, en cambio determinar cuál es el soporte de todas esas personalidades jurídicas particulares, qué es la, persona jurídica en sí, solamente y sin más, considerada desde un punto de vista fundamental. La ciencia jurídica estudia qué es el robo, la estafa, el homicidio, la falsedad o la sedición, pero la Filosofía es más radical, y cuestiona qué sea la antijuridicidad en general. La ciencia jurídica estudia cuál es el modo concreto de suprasubordinación política que rige en este o en el otro país o pueblo, pero la Filosofía jurídica investiga la esencia misma de lo político; no la estructura de este o el otro Estado, sino la de todo Estado o comunidad política en general. La Filosofía del Derecho es, en este segundo tema, teoría jurídica fundamental, ontología del derecho.

Derecho natural y Ontología jurídica: he aquí los dos temas capitales de la Filosofía jurídica. En el primero, predomina, desde luego, el punto de vista de la Concepción del mundo; pero a la actitud teórica fundamental corresponde, sin embargo, en el mismo, un importante papel. En el segundo, predomina, en cambio, la actitud teórica fundamental; mas, a pesar de ello, no están, a la verdad, totalmente ausentes los presupuestos y puntos de vista propios de la Concepción del mundo.

Hemos reconocido anteriormente que Concepción del mundo y Ontología eran también las dos direcciones principales de la especulación filosófica. Vimos también que no una u otra alternativamente constituían la Filosofía, porque, antes bien, la Filosofía está integrada cumulativamente por las dos. No obstante, dijimos que la Filosofía se producía lo mismo en su devenir histórico universal que en el ámbito de una época, o bajo el marco de una escuela, o en el seno de una personalidad, como sujeta a un ritmo alternativo o a una ley dialéctica, en cuya virtud uno de los grandes cometidos de la Filosofía se destaca sobre el otro, y este otro queda como en un segundo plano; de modo que en las épocas de crisis histórica y de disolución espiritual, incumbe a la Filosofía como Concepción del mundo un papel señalado y principal; y que por ser la nuestra una época de agudísima crisis histórico-espiritual, a la Filosofía, como Concepción del mundo, como Concepción cristiana del mundo, estaba reservada una eminente función: reajustar y volver a modelar, bajo su inspiración, todas las formas sociales, todas las estructuras e instituciones de la vida en común.

Pues bien: semejante cometido atañe, ante todo, a la Filosofía jurídica. Hoy, como en los tiempos de Platón, la Política está en el centro, de la preocupación filosófica. En un mito de *El Político* cuenta Platón cómo la historia del mundo oscila entre dos épocas diversas, una en que la Divinidad misma conduce el Universo por su propia mano, y los hombres tranquilamente viven bajo los designios: y la protección de la Divinidad; y otra, en que la Divinidad deja de su mano al mundo, y los nombres se ven obligados a forjar, por sí mismos, su propio destino. Es en éstas últimas épocas, según Platón, cuando suena la hora del Estado y del estadista. Este mito de Platón, pese a su sabor pagano, es muy expresivo, incluso con referencia a nuestro tiempo: Claro es, por lo demás, que desde el punto de vista de la Concepción cristiana del mundo, la historia, en su devenir, no resulta nunca extraña a los designios de la Providencia divina, y que, por tanto, en rigor no se puede hablar, como en el mito de Platón, de épocas en que el mundo, queda abandonado a sí mismo. Pero precisamente por ello, quizá haya que ver en la presente situación de angustia políticosocial, la realización de un designio de Dios para castigar los pecados de los hombres; y perescrutar a través de sus acontecimientos como una severa admonición para la enmienda de una vida pública falta de justicia. Ya Santo Tomás decía que Dios permite que los tiranos manden, como castigo a los pecados de los subditos, y a este castigo se le llama ira de Dios.

Hoy asistimos a una honda crisis político-social. La solución de esta crisis apunta, en el plano de la economía, a la supresión o, al menos, a la transformación y humanización del capitalismo burgués, en el sentido de que es preciso vincular a los beneficios de la economía y de la cultura a las grandes masas de hombres que viven hoy privados de ellos; y en el plano de la política—después de la disolución pluralista y del derrumbamiento del Estado democrático liberal de origen burgués, y tras de los intentos fracasados del Estado totalitario para recomponer, ante todo, por medio de la fuerza, externa y artificialmente, la desgarrada unidad política de las sociedades europeas —apunta al logro de una nueva y auténtica integración política, apoyada sobre una Concepción del mundo y de la vida de perenne y universal valor y sobre un programa acertado de postulados políticos que cobije los justos intereses morales y materiales de las voluntades políticas singulares (individuales y colectivas), entre sí discrepantes y a veces hostiles, en la presente situación político-social del mundo. La importancia que a la Filosofía del Derecho corresponde en este trance, no necesita, a la verdad, ser destacada. Ella ha de contribuir a elucidar en los hombres el sentido de lo justo y la vocación para fundar y establecer Estados que han recibido de Dios, pero que desde ha mucho tiempo vienen empleando torticeramente. Pero el logro de la integración política propiamente dicha, reclama como tarea previa el intento sincero, sin tartufismos ni debilidades, de implantar la justicia social. Hay en el mundo un ansia tremenda de justicia social, la ilusión por construir una organización social nueva, más sana, mejor ordenada jurídicamente, y más en armonía con la naturaleza humana. Ante este noble y egregio cometido, la Filosofía jurídica tiene que prevenir a los hombres del error cardinal que entrañaría dejar encenderse en los ánimos el ardor de una justicia inclemente, de una justicia definitiva y radical, como si así pudiera ser la justicia humana. Para edificar una sociedad mejor y una vida más bella y más justa, se hace precisa, desde luego, la justicia; pero la sola justicia no basta. Hace falta también la caridad: la virtud más alta, la única virtud eterna, la que triunfará cuando la fe y la esperanza hayan cesado. Es preciso sustituir una sociedad como la presente, con mucha injusticia y unas migajas de caridad, por otra sociedad más sabiamente organizada, con mucha justicia y donde las almas sean además unidas y alentadas por el amor. Es profundamente injusto que la existencia sea un festín para unos cuantos solitarios del dinero, mientras que para una maga inmensa de gente trabajadora, la vida no tenga ni una sola faceta riente, ni un pequeño ventanal a la ilusión. Urge dar vigencia en la sociedad a los primeros principios de la ley

natural, y, ante todo, al precepto de la conservación del propio ser, que reclama para el hombre el disfrute de los medios necesarios para su subsistencia y la de su familia. Hay que proporcionar a los hombres lo que Santo Tomás llamaba la *gratia vivendi*, es decir, que por medio del trabajo puedan acallar cumplidamente las exigencias irrefrenables de la propia conservación, para que les sea hacedero aprestar los oídos del alma a la voz y a las llamadas de lo eterno, para que dichosamente puedan elevar los ojos al Cielo y fijar su pensamiento en la Ciudad de Dios cantada por San Agustín. Sin perjuicio de sus otros menesteres, la Filosofía del derecho tiene que ser heraldo de una ordenación social más justa, heraldo de una justicia social decidida y sin quiebras. Pero de una justicia social cristiana, que por serlo lleva siempre a su flanco la caridad, una caridad auténtica, que no1 deja sitio al odio ni al resentimiento ni a ningún afecto de signo negativo, aunque esté fraguada con lágrimas vertidas sobre el cadáver de los amigos y de los hermanos muertos y de las ciudades destruidas y arrasadas.

LAS TAREAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

[KAUFMANN]³

Hemos dicho que el tema de la filosofía del derecho es el "derecho justo", la "justicia". Por eso sus dos preguntas básicas rezan: i. ¿Qué es derecho justo?, y 2. ¿Cómo conocemos o realizamos derecho justo? De ambas preguntas surgen conjuntamente las tareas de la filosofía del derecho: desarrollar una teoría de la justicia racional como medida de valoración para el derecho positivo, y con ello también una doctrina sobre la validez del derecho.

Se creyó durante largo tiempo, y muchos lo creen todavía, que la pregunta sobre el "qué" de la justicia y la pregunta acerca del "cómo" del conocimiento de la justicia podían tratarse y responderse de manera completamente independiente una de otra. El derecho justo y la justicia se plantean como objetos substanciales, como "objetos" que se contraponen a nuestro pensamiento y son aprehendidos en su pura objetividad por "sujetos". En el conocimiento nada accede del sujeto cognoscente. Conforme a eso se enseña, y se escriben hasta hoy "filosofías del derecho", de un lado, y "doctrinas del método", del otro lado, colocadas una junto a la otra sin apenas punto de contacto.

Sin embargo, el esquema teórico-cognoscitivo sujeto-objeto pertenece al pasado; esto incluso en las ciencias naturales explicativas, y con mucha más razón en las ciencias de comprensión hermenéutica. Por eso se han logrado más y más en nuestra época teorías procesales de la justicia que conciben el "derecho justo" como producto del proceso de creación jurídica. "Sólo" habrá que preguntarse si exclusivamente como un producto semejante (así sobre todo Niklas Luhmann), o si ese proceso tiene un fundamento material, "ontológico" (lo que no es lo mismo que "ontológico substancial"); tal es la idea sostenida aquí.

Aun cuando no se piense en la categoría del esquema sujeto-objeto, según la cual el "qué" y el "cómo" del problema de la justicia han de separarse nítidamente, tendrán que configurarse puntos esenciales. En este libro se trata con predominio del "qué". Pero que nosotros no podemos poner entre paréntesis el "cómo" se señala no sólo de la inclusión de un capítulo sobre metodología y conocimiento jurídico: del mismo modo se manifiesta abiertamente en numerosas partes de la obra.

Y para terminar, también la filosofía del derecho, si no quiere ser simplemente especulativa, tiene que apoyarse en la experiencia, igualmente en ella tienen que estudiarse y discutirse los problemas en el "caso". Pero el caso de la filosofía del derecho es su entrada en la historia. Nos ocuparemos por consiguiente en el capítulo III de la historia problemática de la filosofía del derecho, no por interés histórico sino para recoger experiencias en el campo iusfilosófico.

LAS TAREAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

[GUTIÉRREZ]⁴

Si hemos definido el punto de vista filosófico frente al científico hablando del carácter general o plenario del primero frente al específico y particular del segundo, es obvio inferir que la característica principal de la Filosofía del Derecho será asumir un enfoque plenario sobre los fenómenos jurídicos.

La afirmación anterior obliga a preguntarse qué es lo que debemos incluir dentro de ese punto de vista, pregunta que puede ser contestada de dos maneras: con un criterio histórico y con un enfoque sistemático. Una combinación de ambos nos permitirá

esclarecer el problema.

Históricamente, la primera forma de reflexión filosófica sobre lo jurídico que apareció fue la preocupación por la justicia y el Derecho Natural. Dentro de la cultura griega a partir del siglo VII antes de Cristo, una serie de autores emprende una doble tarea: teorizar sobre la justicia y desarrollar la idea del Derecho Natural. Las teorías sobre la justicia incluyen preguntas como: ¿Qué debe hacer el derecho por los hombres cuya conducta gobierna? ¿Cuál es el criterio para medir lo valioso del Derecho? ¿Cuáles sistemas jurídicos se conforman o no se conforman con ese criterio? Con base en las respuestas dadas a esas preguntas se forma una idea que va a acompañar a la cultura occidental hasta nuestros días: la de que, a la par del sistema jurídico positivo, creado por los hombres, imperfecto, particular, circunstancial, propio de cada época y de cada pueblo, existe otro sistema perfecto, creado por Dios conforme a la razón, universal, absolutamente justo, común a todas las épocas y a todos los pueblos. El segundo sistema ha recibido tradicionalmente el nombre de Derecho Natural y las elaboraciones realizadas alrededor suyo llegaron a constituir una disciplina con el nombre de Ciencia del Derecho Natural, que, hasta principios del siglo XIX, agrupó todos los conocimientos que hoy se denominan Filosofía del Derecho. A la par de la teorización sobre el Derecho Natural, los estudios realizados por los juristas romanos primero y por los glosadores después, pusieron las bases para la ciencia jurídica que, al fundarse en la consideración del Derecho romano, común a todos los pueblos de Europa, contribuyó a fortalecer la creencia en el Derecho Natural.

El uso de la expresión "Filosofía del Derecho" no aparece sino en 1798, siendo Gustavo Hugo el primero en utilizarla. En 1821, Jorge Federico Hegel es el primero en publicar una obra que utiliza esa expresión, en su título Grundlinien der Philosophie des Rechts. El término equivalente en el idioma inglés, "Jurisprudence" comienza a usarse con este sentido en la obra de John Austin de 1832, The Providence of Jurisprudence, y entre 1841 y 1845 Antonio Rosmini publica su Filosofía deí Diritto, que podemos tener como primer tratado sistemático de la materia. Todos esos autores se encuentran vinculados a un proceso que se inicia a principios del siglo XIX y que tiende a cambiar el enfoque filosófico de una preocupación por la justicia a una pretensión de definir el derecho y tratar de obtener una serie de conceptos universales sobre él. Dicha corriente representa una negativa, cada vez más rotunda a la pretendida existencia del Derecho Natural y busca

eliminar toda referencia a los problemas de tipo estimativo. Como resultado de ese criterio básico, se produce una expansión en el número y el contenido de las Ciencias Jurídicas. Su desarrollo y avance hace cada vez más sentida la necesidad de formular una teoría general que agrupe y defina en forma aceptable para todas las disciplinas jurídicas, los conceptos comunes.

En una forma coetánea con esa segunda preocupación pero con un desarrollo mucho más tardío a partir de la Escuela Histórica, representada en Alemania por Federico Carlos de Savigny y en Inglaterra por Henry Summer Maine, al comenzar el siglo XIX se empieza a estudiar el derecho positivo como un producto histórico. En el terreno científico esa corriente dio nacimiento a la Historia del Derecho, pero en el filosófico demostró la íntima relación que existe entre el derecho y el contexto social en el cual se da, como lo había afirmado Montesquieu desde el campo político, planteó el problema de la evolución con referencia a lo jurídico y señaló que, además del análisis lógico y las especulaciones aprioristas sobre la justicia, era necesario reflexionar sobre la vinculación entre la sociedad y lo jurídico.

Cada una de esas corrientes planteó su investigación en forma excluyente, su criterio y su temática eran únicos y debían ser adoptados como componentes exclusivos de la Filosofía del Derecho. Con un mejor criterio, en nuestra época se considera que esas posiciones, la iusnaturalista, la logicista y la sociológica son parciales, enfocan únicamente una parte de los problemas, sin agotar la temática y alcanzar un auténtico punto de vista plenario. De ahí que se prefiera conservar la actitud filosófica del iusnaturalismo, dándose cuenta de la necesidad de ir a buscar a la Filosofía general fundamento y terminología. Se hereda también del iusnaturalismo la preocupación por el problema estimativo, viendo al derecho como un vehículo para la realización de determinados valores. Pero al mismo tiempo se considera que el objeto principal de estudio es el derecho positivo y no el Derecho Natural, aunque el enfoque filosófico demanda trascender necesariamente la perspectiva de las ciencias jurídicas, dado que no se trata simplemente de sumar los resultados obtenidos por éstas, sino de analizar y enjuiciar sus fundamentos, articulándolos en una explicación total sobre el derecho. Finalmente, con plena comprensión del carácter social del Derecho, no se deja engañar por la aparente autonomía de éste y se le estudia como un subsistema dentro del sistema social, como causa y efecto de procesos sociales, de los cuales no puede desprenderse su consideración, sin peligro de no poder llegar a comprenderlo

plenamente.

Ello obliga a considerar la Filosofía del Derecho como integrada por la consideración de tres temas básicos: el estudio del ser del Derecho, la teoría de los valores jurídicos y la explicación de las relaciones entre sociedad y derecho.

EL ESTUDIO DEL SER DEL DERECHO. DENOMINACIÓN, OBJETO.

El estudio del ser del Derecho, se llama para Del Vecchio, Gnoseología Jurídica para Miguel Reale, Ontoseología Jurídica para Julius Stone, Jurisprudencia Analítica para Hans Kelsen, Teoría fundamental del Derecho.

A mi juicio, la denominación utilizada por del Vecchio demuestra su posición neokantiana, al considerar que se trata básicamente de determinar una categoría del conocimiento. La de Stone tiene apenas, un valor histórico pues conserva la que usara John Austin. La denominación utilizada por Reale tiene también un recuerdo neokantiano, si bien ha incorporado al nombre compuesto la denominación ontológica para señalar un papel que juega la teoría del ser.

En Reale encontramos el criterio, compartido por algunos autores de que hay por una parte un problema lógico de conocimiento –y por otro, un problema ontológico– del ser del Derecho. Podemos ver que en su cuadro nos habla de una Ontoseología Jurídica que se ocuparía del ser y que según él constituye una "Parte general de la Filosofía del Derecho" destinada a estudiar las condiciones subjetivas y objetivas de la experiencia subjetiva". A la par de ella coloca una Epistemología Jurídica que "valora los problemas de las fuentes o del proceso interpretativo del derecho como condiciones trascendentales, lógicamente previas a toda cualquier experiencia jurídica posible, pasada o futura".

Me parece, al igual que a Juan Manuel Terán(6S> que dicha distinción es artificial y se fundamenta en una peligrosa analogía con el mundo de los objetos reales donde se hace necesario distinguir entre la realidad y el concepto; v.g. es obligatorio hacer una diferenciación entre el árbol como entidad en la naturaleza y el concepto que de él nos formamos. Pero, en el campo jurídico, el ser del derecho es el derecho positivo, su manifestación real en la vida de los hombres, cuyo estudio

corresponde a las Ciencias Jurídicas. Estas como ya queda dicho, no nos dan una idea concreta y general de lo que es el Derecho sino que nos presentan la diversidad de sistemas jurídicos que existen, poseedor cada uno de ellos de sus características propias. Si hacemos abstracción de esa diversidad de instituciones jurídicas que existen en la realidad humana y nos preguntamos por los elementos básicos –aquéllos que nos permiten considerar como igualmente jurídicas las ritualidades romanas para el traspaso de las cosas mancipū y las leyes que regulan la sociedad anónima contemporánea–, nos estamos preguntando por el concepto universal de lo jurídico, por lo cual las investigaciones ontológica y lógica nos aparecen como una sola. Por todo ello y por estimar que no prejuzga sobre las posiciones que pueden adoptarse dentro de esa disciplina, me parece que el nombre kelseniano de Teoría Fundamental del Derecho es mucho más preciso que los otros utilizados.

Su propósito es estudiar los conceptos fundamentales de lo jurídico. Para definir éstos podemos utilizar el criterio seguido por Eduardo García Maynez, para quien tienen ese carácter el concepto de derecho y todas aquellas nociones que se derivan de él, por encontrarse implícitos en la definición universal de lo jurídico.

Podemos entender mejor qué debe comprenderse por conceptos fundamentales si los diferenciamos de los conceptos particulares. Estos últimos son característicos y propios de un momento dado de la evolución jurídica. Por ejemplo, la cédula hipotecaria es un concepto de gran importancia para nuestro sistema de propiedad, que lo tomó del derecho alemán. Presta grandes beneficios en cuanto a la movilidad de las garantías reales en la obtención de crédito para el desarrollo urbano y rural. Su estudio corresponde al Derecho Civil, en la parte dedicada a los derechos reales. Pero, dicha figura no existe en la legislación de otros países y no tiene sentido alguno que se ocupen de ella otras disciplinas como el Derecho Constitucional. Se trata pues, de un concepto particular del derecho civil costarricense.

Frente a éste, nos encontramos conceptos tales como los de derecho subjetivo, relación jurídica, Estado y persona jurídica, y con el concepto mismo de Derecho, que son comunes a todos los ordenamientos jurídicos y que las distintas disciplinas jurídicas se ven en la necesidad de manejar. Podemos concebir un sistema de derecho sin hipoteca y hasta sin gobierno representativo. Pero nos resultará imposible imaginar que exista alguno en que no haya

personas jurídicas o en el cual no debe utilizarse un concepto de derecho, dado que uno y otro constituyen parte de la indispensable estructura de todo sistema jurídico, del armazón sin el cual no podemos concebir ese sistema. Por ello, a estos últimos les damos el nombre de Conceptos Fundamentales y a su estudio el de Teoría Fundamental del Derecho.

Es indudable que dentro de esa línea de pensamiento, la teoría más acabada que encontramos en la época actual es la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen.

LA NECESIDAD DE LA RACIONALIZACIÓN DEL DERECHO

[FASSO]⁵

Esta determinación y estabilización del Derecho, que tan insistentemente fue solicitada por el movimiento intelectual iluminista, fue realizada a fines del siglo XVIII y primeros del XIX por las codificaciones. Codificaciones que, sin duda, fueron promovidas por las doctrinas iusnaturalistas del iluminismo, pero que sería erróneo considerarlas como fruto exclusivo de ellas. Es cierto que las teorías iusnaturalistas han estado siempre presentes en el fondo de cualquier acción reformadora en el campo de la legislación, constituyendo su modelo y criterio. Pero en la realización de las reformas legislativas que tuvieron lugar en los últimos años del siglo XVIII y en los primeros del XIX, tuvieron un papel prevalente los motivos técnico-jurídicos y políticos, y el procedimiento que los reformadores siguieron efectivamente no consistió en la traducción pura y simple en normas positivas, en leyes, de lo que consideraban Derecho natural; aunque frecuentemente se consideraban a éstas como la transcripción de los dictámenes de la razón natural.

El impulso eficaz y directo para las reformas legislativas tuvo su origen en la crisis del Derecho común. Téngase presente que la legislación justiniana, que constituía su núcleo fundamental, por sí misma no podía adaptarse a una sociedad tan alejada en el tiempo de aquella a la que había sido destinada, por lo que, al Derecho justiniano se le fueron incorporando en el curso de los siglos –desde que los glosadores comenzaron a adaptarlo a las necesidades de sus tiempos– opiniones de jurisconsultos y sentencias de tribunales a las que se les otorgaba validez como fuentes de Derecho; a ellas se unieron el Derecho canónico, feudal, el «Derecho propio» de los Estados particulares desde

hacia tiempo soberanos, costumbres locales, estatutos de las ciudades y de las corporaciones que, al derogar privilegios y autonomías, complicaron todo todavía más. La oscuridad y la incertidumbre eran muy grandes y, por ende, la posibilidad de arbitrariedades, de cavilaciones, de contradicciones. Precisamente por todo ello, como ya decíamos en el volumen anterior, en el siglo XVII se acentuó la necesidad, ya advertida también en siglos anteriores, de una nueva codificación.

Así pues, la confusión, la incertidumbre y la contradictoriedad del Derecho común suscitaron en muchos la idea de una reelaboración doctrinal del mismo, que le confiriera sistematicidad y que coordinara racionalmente las normas. Reelaboración que parecía necesaria, sobre todo en relación con el mismo Corpus iuris, que de por sí, a los ojos de los estudiosos, se mostraba escasamente sistemático y construido irracionalmente, hasta el punto de despertar la aspiración por una codificación más racional desde fines del siglo XVI.

Permanentemente aceptado como el Derecho por excelencia, como *ratio scripta*, el Derecho romano no estaba privado –en opinión de los estudiosos de la Edad Moderna– de aquella perfección racional cuyo ideal estaba encarnado para ellos por el Derecho natural –el Derecho absolutamente verdadero, deducido de la razón, según la creencia de la época, con el mismo rigor con que son deducidas las verdades matemáticas–. De aquí, la tendencia que frecuentemente se vislumbra entre los siglos XVI y XVII, a transfigurar el Derecho romano en Derecho natural, confiriéndole aquella lógica intrínseca y aquella sistemática racional propias de este último, de forma que, junto al proceso del que se ha hablado antes, encaminado a hacer positivo el Derecho natural, nos encontramos con el inverso, tendente a hacer «natural», es decir, absoluto, el Derecho positivo, que es el Derecho romano vigente como Derecho común.

Una primera manifestación de esta tendencia la encontramos ya a fines del siglo XVI en Bodino; otras, en el siglo siguiente, en Domat y en Leibniz: el Derecho natural y el Derecho positivo fueron considerados, por los juristas modernos, como encaminados a construir un sistema de Derecho que realizara positivamente el ideal de la racionalidad. Por tanto, el movimiento que condujo a la codificación no se debe solamente a la influencia de las doctrinas *iusnaturalistas* y de las ideologías iluministas, sino también a la unión, en la doctrina jurídica, del Derecho natural y del Derecho común positivo, y a los intereses políticos de los Estados absolutos. Dicha codificación, por lo demás, de ningún

modo terminó siendo una reforma revolucionaria realizada en nombre de nuevos ideales, ni la traducción pura y simple de principios filosóficos en normas jurídicas positivas. Para una gran parte, los códigos fueron compilaciones y «consolidaciones» de normas preexistentes, romanas o consuetudinarias, que el legislador integró, coordinó y declaró estables («consolidó», como vulgarmente se dice), y no sin cierta innovación a la luz de las teorías iusnaturalistas, pero satisfaciendo sobre todo las necesidades que la realidad histórica misma demandaba en el ámbito técnico jurídico, y en primer lugar la de la estabilidad y certeza del Derecho.

LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

[FASSO]⁶

Savigny precisó, de este modo, el núcleo propiamente filosófico de la «Escuela histórica del Derecho», presupuesto de las teorías específicamente jurídicas de la misma. Mientras que la «escuela no-histórica» sostiene que el Derecho procede siempre del arbitrio de las personas a las que compete el poder legislativo, con independencia del de tiempos anteriores, para la escuela histórica consiste en una unidad orgánica que se forma a través de todo el pasado de la nación, que nace de su íntima esencia y de su historia, y que no puede ser una cosa distinta de lo que en realidad es.

En los escritos de Savigny que hemos recordado, aunque no aparece todavía con su nombre preciso, sí está presente, en esencia, lo que constituirá uno de los conceptos más característicos (y también más discutidos) de la escuela histórica, el concepto del «espíritu del pueblo» (Volkgeist), sujeto de todas las manifestaciones de la vida, del Derecho, las costumbres, el arte, el lenguaje, la organización política, del que nacen y se unifican. El primer Savigny habla genéricamente de pueblo, de nación, de conciencia o sentimiento popular. La expresión Volkgeist, de la que más tarde se servirá, fue usada en el seno de la escuela histórica por vez primera por Puchta, que hizo de dicho concepto el centro de toda su doctrina. Dicha expresión, por lo demás, era familiar en la cultura de la época, y nos reenvía necesariamente a la filosofía de Hegel, en cuyas obras, como

veremos, está recogida. Y en este punto hay que observar que aun remontándose a presupuestos filosóficos, la Escuela histórica del Derecho no parece tener lazos directos con el idealismo (aunque no ha faltado quien ha creído observar una influencia del pensamiento de Schelling). En realidad, Savigny tuvo unas relaciones más estrechas con los representantes del romanticismo histórico y literario, sobre todo con los hermanos Grimm, Niebuhr y Eichhorn.

Jorge Federico Puchta (1797-1846) fundamenta, asimismo, sobre el concepto del espíritu del pueblo, su extensa obra El Derecho consuetudinario (Das Gewohnheitsrecht, 1828-1873), en la que la doctrina de la escuela histórica se encuentra elaborada y desarrollada con la mayor sistematicidad. Dicho concepto, típicamente romántico en su poética nebulosidad, es expresivo de una entidad espontánea que se desenvuelve en el tiempo, dando vida a todas las creaciones humanas. Cuál sea la relación entre esta superior entidad y los individuos a través de cuya acción viene explicada, no está muy claro. Tanto en Puchta, como en Savigny, aun cuando no acogen la idea, los reales sujetos de la actividad jurídica siguen siendo los individuos. En ellos todavía el espíritu se encarna y se extrae de cada pueblo en particular. Y, a pesar de que una concreta determinación del concepto de este espíritu y de las relaciones suyas con los individuos, por un lado, y con la humanidad en su conjunto, por otro, no se vuelve a encontrar en los juristas de la escuela histórica, es cierto que éstos, como todos los románticos, estiman como realidad primera y verdadera a la nación. En la nación la humanidad se especifica y concreta constituyendo el alma profunda y auténtica también de los individuos.

Al concepto de Volkgeist se le dirigieron muchas críticas debido a su indeterminación y por su carácter presupuestamente mitológico, que no lo hacía apto para ser considerado como causa primera de un proceso históricamente real. La escuela histórica fue objeto de otras críticas por la excesiva importancia que le dio a la costumbre, al que consideraba como el Derecho auténtico, en su oposición al Derecho legislativo, y del que puede decirse que no existe más realidad histórica que él, así como por su reducción del Derecho al hecho, por su absolutización del Derecho histórico, por su negación de los valores superiores a la historia. Y es, efectivamente, a causa de este último aspecto, por lo que la escuela histórica es mucho más «positivista» que la escuela de la exégesis o la de la jurisprudencia analítica, que limitaron su atención al Derecho positivo y no se ocuparon de los valores que lo trascienden, aunque no los negaron, e incluso, frecuentemente,

los reconocieron. El historicismo, sin embargo, nacido en deliberada oposición al iusnaturalismo, redujo explícitamente el valor a la historia, y no reconoció más Derecho que el que se realiza históricamente, y, por ello, el positivo, aunque para el tardío Savigny verá perseguirse con él «un fin universal, que todo pueblo debe realizar en la historia del modo mejor», fin que es reconducido por él a la moral cristiana.

LA NUEVA RETÓRICA DE CHAIM PERELMAN

[GARCÍA AMADO]⁷

Desde el principio de su obra PERELMAN es consciente de la parte de opción valorativa que subyace a toda aplicación del derecho y a cualquier consideración del ordenamiento o de sus normas en términos de justicia.

Solo que en su etapa inicial, que tiene su máxima expresión en su *De la justice*, de 1945, piensa, en clave de epistemología positivista, que acerca de valoraciones y sistemas de valores no cabe ningún patrón objetivo de racionalidad, por lo que todos serán en todo caso mera manifestación de la subjetividad de quien los afirma. Según PERELMAN, "no hay valor que no sea lógicamente arbitrario", y, "puesto que no hay reglas susceptibles de proporcionar una solución definitiva al problema de la buena elección, cada elección constituye un riesgo, una opción que afecta a la responsabilidad del hombre que ha optado". No obstante, y dado ese inevitable componente decisorio, en una segunda etapa trata PERELMAN de ir más allá de esa postura relativista y busca la forma de dotar de justificación racional a las opciones por unos sistemas de valores frente a otros. La primera conclusión al respecto seguirá siendo que es imposible encontrar para tal fin principios incontestables. Pero se tratará de elaborar una "lógica de los juicios de valor", "a partir de un examen detallado de la manera como los hombres razonan efectivamente sobre los valores".

La idea clave para la nueva doctrina perelmaniana estará en los conceptos de decisión y juicio de valor, y la retórica ocupará precisamente ese puesto de "lógica de los juicios de valor".

Pero el elemento decisorio estaba claro ya en su anterior etapa y lo que en este segundo momento trata PERELMAN de poner de

manifiesto es que las decisiones valorativas no acontecen al margen de toda regla o toda pauta racional. Esa su lógica específica mostraría precisamente su peculiar racionalidad, distinta pero no inferior de la que preside los razonamientos puramente lógicos o empíricos. Como expresamente dice, "en derecho ningún poder se puede ejercer de manera arbitraria, es decir, no razonable". Todo lo más cabe una distinción conceptual que reserve el calificativo de racional para las conclusiones de la lógica o la ciencia empírica, conclusiones enjuiciables en términos absolutos de verdad o falsedad, pero que no oponga sin más a esa racionalidad la irracionalidad, sino otro tipo de ejercicio racional que PERELMAN denomina "razonabilidad". "Lo razonable está ligado al sentido común, a lo que es aceptable en una comunidad dada", no a la idea de verdad, por lo que mientras en ciencia solo una de las tesis en litigio para explicar un fenómeno puede ser verdadera, en materias como el derecho varias propuestas de solución valorativa pueden aparecer como igualmente razonables. Únicamente es no razonable "lo que es inadmisibile en una comunidad en un momento dado", "lo que la opinión común no puede aceptar, lo que percibe como manifiestamente inadecuado a la situación o contrario a la equidad". Y ahora PERELMAN dirá que "en filosofía el irracionalismo se explica fundamentalmente por el desconocimiento de la racionalidad de los procesos de justificación".

De este modo, PERELMAN ataca el "absolutismo de la razón" presente en el iusnaturalismo o en la doctrina del legislador racional, tal como la suponía la metodología jurídica tradicional, sin caer por ello en la proclamación del irracionalismo. Es posible un control y una crítica de las decisiones jurídicas y de las valoraciones que les subyacen en términos de razón, y tal control lo llevarán a cabo los jueces. A ellos les corresponde dejar patente que sus decisiones no son fruto de su libre arbitrio, sino que se pueden justificar como razonables y acordes con lo que la correspondiente sociedad estime compatible con la razón. Esos jueces, que como cualquier otro ser humano, no pueden entenderse ya en posesión de ningún privilegiado acceso a la verdad moral o a valores de validez absoluta e intemporal, tendrán que justificar ante la sociedad sus opciones como compatibles con la razón. Con ello llegamos a la idea de justificación argumentativa de la decisión valorativa, concepto fundamental en la teoría de PERELMAN y en las teorías de la argumentación jurídica en general.

Para PERELMAN, razonamiento práctico es "aquel que justifica una decisión", y el ejemplo prototípico de tal clase de razonamiento

sería el de la motivación de las sentencias por el juez. En relación con esta importancia de la justificación intersubjetiva de las decisiones como razonables, aparece la importancia de la retórica en PERELMAN. Si la razonabilidad de la decisión no se muestra como evidente o necesaria, sino que ha de ser justificada, argumentada, el instrumento adecuado al efecto será la retórica.

"La retórica, tal como la concebimos dice PERELMAN consistirá en un estudio de los medios de argumentación que permiten obtener o acrecentar la adhesión de los espíritus a las tesis que se someten a su asentimiento". De ahí que realísticamente diga PERELMAN que "motivar un juicio, es decir, justificarlo, no es fundamentarlo de modo impersonal y, por así decir, demostrativo", sino que "es persuadir a un auditorio, al que se ha de conocer, de que la decisión está de acuerdo con sus exigencias", para lo cual la motivación se adaptará al tipo de auditorio al que se pretende persuadir, ya que "toda argumentación se desarrolla en función de un auditorio". Pero con estos planteamientos se llega a uno de los dilemas de la doctrina perelmaniana: el de la tensión entre eficacia y racionalidad de la justificación.

En PERELMAN el consenso aparece claramente indicado como criterio último con el que juzgar acerca de la razonabilidad o no de la decisión y las valoraciones que laprovocan. Si se han de justificar las decisiones es porque se presupone que la decisión puede y debe encontrar el acuerdo de la sociedad o la parte de la misma de que se trate. Ahora bien, tenemos, por un lado, que la "nueva retórica" de PERELMAN estudia "los medios discursivos para obtener la adhesión de los espíritus", y que esa adhesión puede venir determinada o influida por la habilidad en el manejo de la retórica por parte de quien justifica la decisión. Pero cuanto más se nos muestre como manipulado o inducido ese consenso social en torno a la decisión, tanto menos sé podrá presentar el dato del consenso como indicio de la racionalidad de la decisión.

Trata de salvar este dilema con su conocida distinción entre persuadir y convencer, por un lado, y auditorio particular y auditorio universal, por otro. Persuasiva es la argumentación que "solo pretende valer para un auditorio particular", mientras que convincente es aquella que se pretende apta para "obtener la adhesión de todo ser de razón", es decir, del "auditorio universal". Solamente esta argumentación que trata de lograr la convicción del auditorio universal puede calificarse como racional. La otra tendrá un valor puramente instrumental, ligado a la defensa de intereses particulares, ideologías, etc. "El

discurso dirigido a un auditorio particular tiende a persuadir, mientras que el que se dirige al auditorio universal tiende a convencer". Y añade PERELMAN que "un discurso convincente es aquel en el que las premisas y los argumentos son universalizables, es decir, aceptables, en principio, para todos los miembros del auditorio universal".

En el fondo, la racionalidad de la argumentación no vendría dada por el hecho de que efectivamente alcance el consenso que pretende, sino por el hecho de pretender ese consenso de una determinada manera, apelando a la razón común entre las personas y no a resortes irracionales. El prototipo de argumentación racional sería la argumentación filosófica, que busca justificar tesis aceptables para todo ser racional. Y PERELMAN plantea su doctrina, la teoría de la argumentación o nueva retórica, como abarcadura por igual de "todo el campo de la argumentación tendente a convencer o a persuadir, cualquiera que sea el auditorio al que se dirija y cualquiera que sea la materia de la que se trate", y tanto la lógica filosófica como la lógica jurídica (en el sentido en que PERELMAN habla de lógica, no como lógica formal, sino como tipo de pensamiento racional) "no serían sino aplicaciones particulares de la nueva retórica al derecho y a la filosofía".

Pero ¿de qué tipo sería la argumentación jurídica, tal como se contiene, por ejemplo, en la motivación de una sentencia judicial? El mismo PERELMAN admite que la argumentación jurídica difiere, debido a los condicionamientos prácticos a que está sometida, del tipo de argumentación racional encarnado por la filosofía. La argumentación jurídica se puede mencionar incluso como ejemplo de justificación dirigida a un auditorio particular. De ahí que el derecho y su racionalidad posible aparezcan en PERELMAN en términos un tanto equívocos: "el derecho es simultáneamente acto de autoridad y obra de razón y de persuasión". El elemento propiamente retórico o de manejo de un instrumental, apto para condicionar la adhesión del auditorio de que se trate, estaría en la argumentación jurídica en tensión con el elemento de racionalidad, que se daría únicamente si se argumentara con vistas a obtener el acuerdo hipotético de todos sobre la base de la ponderación no manipulada de los argumentos. Pero con esto nos encontraríamos ante el dilema de si en el manejo práctico del derecho y en la justificación de sus decisiones se da realmente más relevancia al dato de la eficacia o al elemento de la razón.

PERELMAN mismo describe la argumentación eficaz como aquella que consigue del auditorio una adhesión suficientemente intensa como

para mover a la acción en el sentido deseado. Y, naturalmente, una argumentación como la jurídica, tan ligada a consecuencias prácticas, no podrá renunciar a esa dimensión de eficacia práctica, por lo que tendrá un ineludible componente persuasivo, y desempeñará en ella un papel el elemento "irracional". Y el propio PERELMAN se interroga sobre cuál será el criterio para medir la mayor o menor racionalidad de esa argumentación que necesariamente ha de pretenderse eficaz y no meramente racional, a lo cual responderá que serán los propios planteamientos y el propio enfoque del argumentar (según que se haga con las miras puestas en la persuasión de un auditorio particular o en la convicción del auditorio universal) el criterio que nos permitirá juzgar de su grado de racionalidad. Pero con ello estamos razonando de modo circular, pues lo que nos estábamos preguntando es cómo se mide la racionalidad de una argumentación, como la jurídica, que por imperativos prácticos tiende precisamente, al menos en parte, a la persuasión de un auditorio particular. Y poco se aclara al respecto si se hace del tema una mera cuestión de intenciones, como cuando PERELMAN afirma que la orientación al auditorio universal es propia de los espíritus más racionalistas y honestos, o que la clave está en "pretender" la universalidad de las premisas y en no tratar de justificar premisas que se saben no universalizables e interesadas; o cuando se interpreta su pensamiento en el sentido de que el phronimos o prudent es el argumentador capaz de ver lo universal en lo particular.

Y tampoco aclaran más la cuestión sus puntualizaciones sobre la naturaleza del auditorio universal. Este sería en realidad una "ficción" que el argumentante se representa como encarnación del conjunto imaginario de todos los seres racionales, y el tipo de acuerdo con el que tiende la argumentación a él orientada no se mide en términos de ningún consenso efectivo o empírico, sino de "una universalidad y una unanimidad que el orador se representa, del acuerdo de un auditorio que debería ser universal". Por tanto, la remisión al auditorio universal no sirve como baremo que ofrezca una referencia firme y constatable, sino que se trata de una pura construcción ideal, de una idea regulativa a la que tendencialmente se acercarán ciertas elaboraciones argumentativas en razón del grado de generalidad con que sus premisas se formulen y sin que el supuesto acuerdo universal del que serían susceptibles pueda manifestarse en ninguna forma de consenso efectivamente mensurable, pues "el acuerdo de un auditorio universal no es una cuestión de hecho, sino de derecho".

Vemos cómo PERELMAN describe el componente prioritariamente

retórico de la argumentación jurídica, pero no se resigna a admitir que el mismo esté al servicio de las contingencias de la práctica y de los intereses en litigio, no reconoce que la racionalidad de esa argumentación sea meramente funcional o instrumental. Y de ahí la peculiar dualidad de la obra perelmaniana⁴¹, en la que se explican con enorme rigor y acierto las formas de uso de los recursos retóricos y, al mismo tiempo, parece darse por sentado que una argumentación que haga uso preferente de esas herramientas retóricas, que sirven para mover al auditorio, será fundamentalmente irracional.

CRECIENTE IMPORTANCIA DEL ANÁLISIS FUNCIONAL DEL DERECHO

[BOBBIO]⁸

Cuando en 1971 escribí el artículo titulado "Verso una teoría funzionalistica del diritto" para demostrar hasta qué punto había prevalecido hasta entonces en la teoría general del Derecho el punto de vista estructural sobre el funcional y para indicar una línea de tendencia contraria, ahora evidente, desde el estructuralismo al funcionalismo, no imaginaba la rapidez y la intensidad con que esta tendencia había de desarrollarse. En 1970 había salido (pero cuando escribí el artículo lo ignoraba) el primer volumen del Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, a cargo de Werner Maihofer y Helmut Schelsky, significativamente dedicado todo él a Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft, con algunos artículos fundamentales sobre el tema. En 1973 el Congreso internacional de filosofía del Derecho celebrado en Madrid estuvo enteramente dedicado a la discusión del tema «La función del Derecho», sobre el que se leyeron cerca de un centenar de ponencias y comunicaciones.

En estos años han aparecido numerosos artículos sobre el tema en las más variadas revistas. En 1972 ha salido la Rechtssoziologie de Niklas Luhmann, obra en la que la naturaleza específica del Derecho se busca a través de la determinación de su función social.

Parece fuera de toda duda que el interés por el problema de la función del Derecho ha de ligarse a la expansión de la sociología del Derecho incluso en esos bastiones del formalismo que han sido siempre las facultades de Derecho en casi todos los países del continente europeo. No es casual que la «función del Derecho en la sociedad moderna» haya sido el tema elegido por el *Jahr-buch* citado para su primer volumen. No creo que sea preciso insistir sobre el estrechísimo nexo existente entre teoría estructural del Derecho y punto de vista jurídico por un lado y entre teoría funcional del Derecho y punto de vista sociológico por otro: baste pensar en la expulsión del punto de vista sociológico por otro: baste pensar en la expulsión del punto de vista sociológico de la teoría pura del Derecho de Kelsen, que es la quintaesencia del formalismo jurídico, y en la importancia que han tenido las investigaciones antropológicas, en cuanto investigaciones globales sobre sociedades menos complejas que las sociedades modernas, para volver a dar crédito al problema de la función o de las funciones del Derecho. Con esto no quiero decir en absoluto que una teoría sociológica del Derecho se reduzca totalmente al estudio de la función del Derecho. Quien ha vivido tanto como para haber asistido a un anterior enfrentamiento entre teoría sociológica o, como se decía entonces, institucional del Derecho y teoría normativa, acogida las más de las veces por los juristas, y está, por tanto, inmunizado de la presunción de lo nuevo que desplaza a lo viejo, porque sabe que lo nuevo se convertirá pronto en viejo y lo viejo se volverá a convertir en nuevo, recuerda que la razón de la contienda no era entonces tanto el contraste entre estructuralismo y funcionalismo como entre monismo y pluralismo. Por teoría sociológica del Derecho se entendía entonces una teoría que veía en el Derecho una producción de la sociedad en todas sus formas y no solamente del Estado y que, por tanto, tenía una incidencia directa sobre el problema de las fuentes. Teoría sociológica del Derecho era sinónimo, al menos en Italia (pero también en Francia, si se piensa en la teoría de la institución de Renard, o en la teoría del Derecho social de Gurvitch, que más tarde resultaría uno de los mayores representantes del renacimiento de la sociología jurídica), de teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos. Mientras que el blanco de las teorías sociológicas del Derecho es hoy el formalismo, el blanco de las teorías sociológicas de ayer era el estatalismo. Históricamente, el pluralismo jurídico, del que Gurvitch fue el más ferviente defensor, ha sido una de tantas manifestaciones de la falsa creencia, común tanto a los liberales radicales como a los socialistas libertarios, de que el desarrollo de la sociedad industrial tendría por efecto una disminución de las funciones del

Estado, una especie de reabsorción del Estado en la sociedad civil. Lo que ha ocurrido en cambio ha sido precisamente lo contrario. Para quien quiera considerar el Derecho como fenómeno social, el problema del pluralismo ha perdido gran parte de su interés. Al haber aumentado enormemente las funciones del Estado en el paso del Estado liberal al Estado social, el problema fundamental para una teoría sociológica del Derecho, es decir, para una teoría que considere al Derecho como un subsistema del sistema social general, es el problema de verificar si no han aumentado, y, paralelamente, cambiado, las funciones del Derecho – se entiende del Derecho estatal–, lo que explica la imprevista emergencia y la rápida difusión de la perspectiva funcionalista.

Además de al desarrollo de la antropología y de la sociología del Derecho, la perspectiva funcionalista del Derecho debe una parte de su actual fortuna al peso cada vez mayor del marxismo, de los distintos marxismos, en las ciencias sociales. No confundo el marxismo con el funcionalismo. Simplemente llamo la atención sobre el hecho de que lo que Marx y Engels añadieron a la definición tradicional del Derecho como ordenamiento coactivo fue la determinación de su función, el dominio de clase. Entre las teorías generales del Derecho hoy corrientes, las más insistentes en la «función social» del Derecho son la teorías soviéticas y de los juristas de los países socialistas. En su *Théorie de l'état et du droit*, que se puede considerar como una de las mayores summae de la concepción marxista del Derecho y del Estado hoy disponibles en una lengua más accesible, Radomir Lukic inicia el tratamiento de la parte general con un capítulo titulado «La fonction sociale de l'état et du droit», en donde se lee que el Derecho, en cuanto ordenamiento del monopolio de la fuerza, encuentra su carácter específico en el hecho de que sirve a la función social de proteger expresamente el interés de la clase dominante a través del mantenimiento coactivo de un determinado modo de producción. La diferencia entre la definición del Derecho de Kelsen y la de Lukic salta a la vista: también para Kelsen el Derecho es ordenamiento coactivo, pero no es más que ordenamiento coactivo. Cuál sea la «función social» de este ordenamiento coactivo a Kelsen no le interesa porque, por encima del objetivo genérico de la paz o del orden, o, en las relaciones internacionales, de la seguridad colectiva, a través de este especial instrumento que es el Derecho, a través de esta «técnica de la organización social», pueden ser perseguidos y conseguidos los objetivos más variados. El Derecho para Kelsen es un instrumento específico que no tiene una función específica, en el sentido de que su especificidad consiste no en la función, sino en el ser un instrumento

disponible para las más variadas funciones. Por el contrario, para Lukic, y en general para los juristas marxistas y en particular para esa densa, si no compacta, escuadra de juristas marxistas que forman los juristas soviéticos, la especificidad del Derecho está en no ser un ordenamiento coactivo, sino en la función específica que este ordenamiento coactivo tiene y que sólo el ordenamiento coactivo puede tener, en cuanto que sólo el ordenamiento de la fuerza monopolizada, en que consiste el instrumento «Derecho», está en situación de asegurar a la clase dominante su dominio.

FUENTES CITADAS:

- ¹ FRIEDRICH Carl Joachim. La Filosofía del Derecho. Fondo de Cultura Económica México. Tercera Reimpresión. 1980. Pp. 13-20.
- ² GALÁN Y GUTIÉRREZ Eustaquio. Concepto y Misión de la Filosofía Jurídica. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1944. Pp. 109-123 (Capítulo sexto).
- ³ KAUFMANN Arthur. Filosofía del derecho. Universidad Externado de Colombia. Reimpresión de la Segunda Edición abril de 2002. Pp. 41-43
- ⁴ GUTIÉRREZ Carlos José. Lecciones de Filosofía del derecho. Cuarta Edición. Editorial Juriscentro. 1985. Pp. 48-53.
- ⁵ FASSO Guido. Historia de la filosofía del Derecho Tomo 3 Siglos XIX y XX. Ediciones Pirámide, S.A. Madrid. 1979. Pp. 17-18.
- ⁶ FASSO Guido. Historia de la filosofía del Derecho Tomo 3 Siglos XIX y XX. Ediciones Pirámide, S.A. Madrid. 1979. Pp. 52-53.
- ⁷ GARCÍA AMADO Juan Antonio. Ensayos de Filosofía Jurídica. Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia. 2003. Pp. 32-38.
- ⁸ BOBBIO Norberto. Contribución a la Teoría del Derecho [Edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel]. Editorial Debate. Madrid. 1990. Pp. 255-258