

RATIO IURIS: **ENTRE LO IDEAL Y EL MITO**

Tulio Alberto Álvarez*
tulioalvarez17@gmail.com

SUMARIO

1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN. 2. EL CUESTIONAMIENTO DEL ORDEN JURÍDICO Y MATERIA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. 3. EL MODELO KANTIANO DE CONFORMIDAD A LA LEY. 4. LO IDEAL Y LO REAL EN CLAVE KANTIANA. 5. EL REPLANTAMIENTO IUSNATURALISTA. 6. LA MITOLOGÍA IUSPOSITIVISTA. 7. CONCLUSIONES. 8. LISTA DE REFERENCIAS.

RESUMEN

Bajo la perspectiva del paradigma kantiano, el profesor Álvarez analiza el contenido y fines de la filosofía del derecho, contrastando la visión iusnaturalista e iuspositiva; al señalar lo que existe de vigente en ellas y enumerar, con visión crítica, lo que califica como mitos del positivismo. Además, señala la importancia de diferenciar el ámbito de lo ideal y el ámbito de lo real en el estudio del derecho y del Estado, por lo que califica a Kant como un hito metodológico en el esfuerzo por desarrollar el pensamiento abstracto en torno a lo jurídico.

PALABRAS CLAVE: Iusnaturalismo, Iuspositivismo, Estado, Coercibilidad, Deber-Moral, Teología, Juridicismo, Problemática Jurídica.

* El autor es profesor titular en los pregrados de la Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Central de Venezuela y Universidad Monteavila. Imparte cátedra en los doctorados de Historia y Derecho, además de las maestrías de Filosofía, Derecho Constitucional y Derechos Humanos, de la Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela. En cuanto a este artículo, es egresado del Programa de Estudios Avanzados en Teología, Magister en Teología Fundamental, Magister en Historia y Doctor en Derecho, todas con mención *summa cum laude*.

1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Tremendo trabajo le espera al que pretenda la sistematización de las corrientes que históricamente han tratado de comprender el pensamiento abstracto en el ámbito del derecho. Esto lo afirmo con cierto rubor porque, al menos en la grey de los abogados venezolanos, no existe una tendencia definida dirigida a inquirir el “*mejor derecho*” sobre la base de un esfuerzo reflexivo que indague sobre lo propiamente jurídico en todo tiempo, en cada sociedad. Al contrario, en los pocos casos de promoción de una corriente interpretativa se presenta como una secuencia de modas que termina, a la larga, en una calcificación normativa. Así me figuro a los juristas, en el mejor escenario criollo, como “*perritos jugueteros*” que se “*muerden la cola*” porque no tienen la cabeza metafísica para regalarse un momento de reflexión; aunque tengan una lengua lo suficientemente larga y refractaria para resistir cualquier propuesta de cambio.

En el terreno a veces árido del academicismo jurídico, la filosofía del derecho parece una tarea más de filósofos que de abogados y, en algunos foros, éstos han excomulgado la filosofía del derecho.¹ Es lo que llamo el *Juridicismo*. Afirmación harto contradictoria porque me pregunto, en este inicio de la exposición: ¿Cómo se puede profundizar en el estudio, interpretación y aplicación del derecho sin una base filosófica sólida? Pero traer este punto puede ser útil si pretendo resaltar la diferencia entre considerar a la filosofía como un arte animado por “la simpatía” hacia lo jurídico, casi como excusa para reflexionar o argumentar; o, más allá de este límite, partir del hecho de que la *iuris prudentia* puede ser el objeto de una tal filosofía, en la que el esfuerzo de abstracción está dirigido a descifrar los misterios interpretativos del derecho y la utilización de sus fuentes en función de dirimir controversias y solucionar problemas bajo la premisa de una universalidad histórica.

Y esta no es la única arista que puede hacer sangrar nuestra realidad. Así como lo digo en mis cursos de derecho romano: Se puede ser abogado sin siquiera tener noticias de eso que llamaron derecho quirritario pero, sin su conocimiento integral, jamás podrán ser juristas; de la misma forma, lo recalco aquí con el tema que me ocupa: No hay pensamiento jurídico creador sin cuestionamiento filosófico. Al filosofar el derecho, colocamos en lugar apropiado una de las actividades más desestimadas en el sistema educativo: Aprendemos a pensar por nosotros mismos, lo que implica una definición conductual. No es que tal aspiración filosófica sea tremendamente pronunciada en lo

¹ Esto lo afirmo recordando a Michel Villey, *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, p. 174.

que al derecho se refiere; muy por el contrario, no solo está presente en todos los campos y disciplinas que abarca la filosofía sino que lo está en forma más destacada. De manera que la definición y aplicación del derecho es tan relevante para la sociedad que no se puede dejar esa tarea, en forma exclusiva, bajo el manto de los abogados; a menos que estemos bien preparados para soportar la tragedia de una deshumanización concomitante a la ceguera de lo espiritual y resistencia a la transformación, tan típica en nosotros.

Seamos sinceros, en lo que toca a la aspiración de una Justicia integral, si nos limitamos a respuestas para problemas puntuales al intentar resolver conflictos que quizá nunca encuentren una solución cabal, corremos el riesgo de quedarnos a mitad de camino. Debemos cruzar la frontera de las soluciones que pueda dar una determinada normativa jurídica o las decisiones judiciales, siempre circunvalares y sujetas a crítica, para invadir el terreno de la justificación y existencia misma del derecho. Lo afirmo aquí con vehemencia: En el campo de lo jurídico se encuentran interrogantes que nunca serán definitivamente resueltas.

Inclusive tengo una convicción: Con el ritornelo argumentativo entre iuspositivismo y el iusnaturalismo se levanta una barrera que impide el objetivo final de precisar el sentido del ideal de Justicia. Pero no por ello se puede ocultar la realidad de la diatriba. Por otra parte, se hace imprescindible la actualización de la discusión. Los temas medulares de la filosofía del derecho son recurrentes desde el inicio mismo de la reflexión filosófica. Pero surgen nuevos conflictos que requieren para su solución de una adecuación modal y una revisión de la realidad actual. Los autores, las corrientes y las teorías poco aportan si se limitan a retrotraerse a complejos dilemas del pasado o trabajan en una pose intemporal que ignore los problemas reales del presente, los conflictos de este primer tercio del siglo XXI.²

Michel Villey resalta lo dificultosa que resulta la tarea de elegir los autores principales en filosofía del derecho y opta por una definición basada en las cuatro concepciones que el mismo demarca sobre la finalidad del derecho: a) El derecho como fin de la Justicia; b) El derecho como la conducta debida tal como es definida por la autoridad pública; c) El derecho como muro protector del individuo o la persona humana contra el Estado; y d) El derecho como promotor de un desarrollo social que debe ser administrado.³ El cumulo de fines anteriormente delineados puede asimilarse a la metodología que propongo desde ya, como definición previa en este trabajo, y que parte de la problemática jurídica.

² Un sentido que destaca Christian Atias, *Philosophie du Droit*, p.p. 13 y ss.

³ Cfr. Michel Villey, *Philosophie du droit*; específicamente, la primera sección del Tomo I, en la que se desarrolla la concepción del derecho, su objeto y sus fuentes.

A tal dificultad debo agregar la contraposición originaria entre iuspositivismo e iusnaturalismo; advirtiéndome que el término positivismo no es unívoco, por lo que surge la necesidad de establecer un parámetro. Aquí lo fijo en la prescindencia de toda fuente que no sea el exclusivo reconocimiento de las normas creadas en forma voluntaria por la autoridad del Estado, sin pretender acudir a otro estatuto u orden valorativo. Por supuesto, lo que resultaba sencillo en el siglo XX, ante la abierta contradicción y el predominio de tendencias que excluían la configuración de lo humano como criterio de validación, resulta harto complejo por la metamorfosis del modelo originario que hoy, basado en la diferenciación entre creación y ejecución de la norma, admite cierta flexibilidad de la regla de derecho en el momento de su aplicación.

Si a esto se le agrega la propia reelaboración del derecho natural, tan vinculado a la vigencia del estatuto universal de derechos humanos, al cual concibo cercano a un ideal de armonía que se hace fundamento del orden jurídico más que a una identidad de valores predominantes en la sociedad que por definición deben ser cambiantes, entonces se complica la tarea de sistematización de las corrientes y el establecimiento de criterios de diferenciación.

Resulta contradictorio plantear los dominios filosóficos y jurídicos como compartimientos estancos, como si la filosofía fuera simple especulación y el derecho fría relación de normas con sustrato lógico. Ni bajo la indagación histórica, ni elevados por la reflexión teológica, precursora y reveladora de una naturaleza de lo humano que signa cualquier regulación social, podríamos llegar a esa conclusión. En todo derecho existe una base filosófica, así como la filosofía implica una introspección vital que se dirige a la verificación de una fenomenología singular según normas jurídicas.

A pesar de todas las dificultades, la filosofía del derecho no solo tiene vigencia en Venezuela sino que lo está con alguna plenitud por la extraordinaria colaboración de las escuelas de filosofía y los filósofos, además del aporte de juristas, aquellos que no se han dejado vencer por la dictadura de la praxis, la mayoría acantonados en las universidades. No digo que se hayan construido aquí sistemas metafísicos, sólidos y coherentes; lo que sí afirmo es que, ante la desfiguración de los principios, focalizada en la acomodaticia interpretación que vienen aplicando los tribunales y la flagrante violación de derechos humanos en Venezuela, nace una sed de Justicia que se traduce en una búsqueda, un deseo de encontrar algo más que justificaciones y salidas marcadas por el vaivén político de las controversias.

La vanguardia de irracionalidad que pretende disfrazar la violencia instigada por un aparato represivo y malhechor ha montado con sus sentencias un Estado Aoristo que se basta a sí mismo y que se desvía de la conceptualización inicial del Estado Democrático, la misma que se apoyaba en la perspectiva que privilegia al ser humano

y su humanidad frente a cualquier estructura de poder.⁴ El aparato interviene permanentemente en todas las facetas de la vida social y el ciudadano se siente indefenso ante el “*Reino del Pensamiento Único*” que incluye con voracidad y preferencia al propio Poder Judicial. Tanta impunidad estimula la consciencia jurídica y acciones que deben ser canalizadas por el esfuerzo especulativo de una generación formada en la rectitud del pensamiento filosófico.

De la previsión de esa respuesta surge el esfuerzo por determinar las bases metodológicas y sustantivas, lo que implica revisar la diversidad de corrientes en el largo camino recorrido por la filosofía del derecho. La escogencia de una clasificación de pensadores y teorías podría ser decisiva en el trayecto intelectual ya que traza una vía, una dirección, una línea que guía la reflexión. Pero hay que ser cautelosos con conformarnos con una cronología porque no se trata de una simple sucesión en el tiempo sino de comprender que, en la mayoría de los casos, sea por seguimiento u oposición, la obra de un filósofo perfecciona la de sus predecesores. ¿Cómo comprender un Tomás de Aquino sin Aristóteles? Lo mismo sucede con la filosofía moderna y el hito que marcó la obra de Kant.

Insisto, hay que cuidar la selección y la secuencia. Esta puede convertirse en tarea hercúlea de presentación de ideas, problemas y teorías, la cual rebasa mi propia capacidad si no defino dos propuestas iniciales: La primera, más que tradicional y convencional, se presenta al contraponer al iusnaturalismo, reivindicado en su esencia, con el iuspositivismo, hoy metamorfoseado por el ánimo de superar los tremendos baches que originó su propia sistematización, reagrupamiento singular de esa pluralidad en dos paradigmas que fungirán como instrumentos de control.⁵ La otra, dirigida a reconocer que tal diversidad, en realidad y en síntesis apretada, se puede reducir a un problema semántico. En palabras sencillas, más que diferentes paradigmas de filosofía del derecho, se trata de modelos similares que contrastan por la utilización de términos y categorías distintas en el ejercicio del legítimo derecho de los autores por demostrar cierta originalidad.

⁴ Sobre clarificación de este término en la definición de un Estado de Justicia se puede revisar mi obra *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Tomo I, pág. 202 y ss.

⁵ Insisto que esta es solo una opción metodológica porque no es mi objetivo confrontar iuspositivismo con iusnaturalismo. Considero tal contraposición implicaría un distanciamiento en la reflexión sobre el ideal de Justicia; al tiempo que, lo más grave, estaría nivelando una actividad especulativa con la observación fenomenológica, lo que me está vedado por razones de lógica y espacio. Sin embargo, cabe resaltar que, tal como lo destaca Georges Del Vecchio (Cfr. *Leçons de Philosophie du Droit*), la necesidad de estudiar si las formas jurídicas existentes son igualmente justas, si la autoridad tiene derecho a ejercer ese poder de gobernar, se manifiesta ya en los pensadores de la antigüedad, y la filosofía del derecho comienza precisamente con la antítesis de Justicia natural y de Justicia legal.

Sean ciertas o falsas las hipótesis anteriores, se facilitará la labor de relacionar las teorías; lo que, al final, será lo metodológicamente relevante. Partiendo de la imposibilidad de oponer filosofía y derecho solo queda precisar si la mayoría de los conflictos derivan de un aparente enfrentamiento entre “*filosofías del derecho*” impulsadas por la pluralidad de teóricos en busca de su propia singularidad. Entonces, antes que hacer una exposición de las filosofías destacadas, surgiría la opción de presentar una reflexión sobre los problemas típicos en la filosofía del derecho.

2. CUESTIONAMIENTO DEL ORDEN JURÍDICO Y MATERIA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

En mi opinión, la línea común de las diversas filosofías del derecho está trazada para marcar la necesidad de despejar las innumerables incógnitas que surgen en la indagación de la razón pura, lo que resumo en lo *Problematicus iuris*. Entonces, la determinación de los temas cumplirá una doble función que identificará, en primer lugar, la plena y sistemática comprensión de lo jurídico, diferenciando la búsqueda de la razón aplicada a la moral, campo dilecto de la filosofía moral. La otra se dirige a la constatación de que las particularidades del derecho, ocupación preferente de los abogados que entienden su labor como un mero instrumento de solución de conflictos, no permiten descifrar plenamente el camino de la Justicia integral como valor universal.

El día a día de la aplicación normativa puede velar el entendimiento y un reposado análisis dirigido a definir lo trascendente, lo que impide superar las trabas del derecho positivo en el establecimiento de un ideal de Justicia que permitirá el cuestionamiento con miras a su perfeccionamiento. El derecho siempre estará en formación, acompasando la evolución cultural de los pueblos y las cambiantes necesidades de la naturaleza humana; en consecuencia, al realizar la norma en forma positiva se produce un freno que puede llevar a la calcificación referida en la introducción. No es por azar que en el auge de la filosofía del derecho, en el siglo XX, el esfuerzo por desarrollar un pensamiento exhaustivo y abstracto en torno a los problemas jurídicos haya tenido como detonante la moda *iuspositivista* y su incapacidad para resolver los problemas que el propio *juridicismo*, a ella inscrita, había creado.

De esta forma, la definición de un contenido de la filosofía del derecho se corresponde con la noción kantiana que identifica la pregunta *quid ius?* como conceptualización general de lo que es el derecho, lo que deriva en la aplicación de la razón pura al mismo; en contraste con la aplicación de la razón práctica, implícita en la otra pregunta *quid iuris?*, la que limita el campo a lo establecido por el derecho en el

marco de un determinado sistema, en el pasado (*quid fuit?*) o en el presente (*quid sit?*). En esta última secuencia *quid iuris - quid sit* es que puede florecer ese *juridicismo* pernicioso que somete los aspectos sustanciales a la mera forma.

Fijémonos que la tarea de captar al derecho en su integridad lógica, tratando de definir sus elementos esenciales en todo sistema y tiempo, supone la aceptación de su connotación como fenómeno social y humano de carácter universal. Pero también esa búsqueda es coincidente con la determinación de la existencia de “**valores morales objetivos**” en dirección a “**procurar la paz y el bienestar**”, esfuerzo que se ha asumido para enfocar al derecho natural desde una nueva óptica que implica la revisión de “**las cuestiones de siempre en torno al bien y el mal**”; en un sentido, quizás utópico, de la conformación de una comunidad mundial, tal como lo ha propuesto la Iglesia Católica.⁶ Superar la particularidad de los sistemas jurídicos trabajando su historicidad es una de las metas de la filosofía del derecho como lo ha sido siempre, desde los tiempos en que se identificaba académicamente, en las universidades, con la denominación “**Cátedra de Derecho Natural**”.

En el plano teológico se produce un fenómeno similar y coincidente en tiempo. Ubicado al final del siglo XIX aparece un movimiento que ha sido calificado por numerosos autores como uno de los “**fenómenos más significativos para quien quiera analizar la transformación profunda que tuvo lugar en la Iglesia entre los siglos XIX y XX**”.⁷ Ese modernismo que pretendió el encuentro entre el creyente y la modernidad, si lo asumimos en forma benévola, nos plantea el problema de la historicidad del Cristianismo y, en consecuencia, algo más profundo, la posibilidad de adaptación a las coyunturas y contextos históricos. Por supuesto, en temática tan delicada, no podía dejar de aparecer una visión menos benigna o intransigente que llegó al punto de considerar a esta tendencia como una peligrosísima enemiga de la Iglesia.

Conflicto que viene a colación por el hecho de que, aunque la idea del derecho natural aparece antes del nacimiento del Cristianismo, la verdad es que, con el influjo de fraternidad inherente a la revelación definitiva, esa idea se hace realidad y se constituye en el fundamento de una dogmática de lo humano. Y la representación de ese estatuto que fue tan vinculado a lo sobrenatural sufrió, en el mismo periodo, una crisis similar de identidad. Pero los tiempos transforman criterios y apreciaciones, y los excesos colaboran en este sentido. Muchas de las objeciones hechas a los modernistas en el pasado hoy son pacíficas tesis teológicas e, inclusive, no puede

⁶ Cfr. Documento *A La Recherche D'une Ethique Universelle: Nouveau Regard Sur La Loi Naturelle*, elaborado por la Comisión Teológica Internacional.

⁷ Cfr. Maurilio Guasco, *Modernismo. I fatti, le idee, i personaggi*. Milán: Edizioni San Paolo S.R.L., 1995, p. 22.

dejarse a un lado que la dirección que ha asumido la Iglesia después del Concilio Vaticano II se asemeja a propuestas que previamente fueron rechazadas. Lo mismo sucede con el derecho natural, hoy plenamente reivindicado. Y aquí justifico la elección del caso francés como modelo de significación de este proceso de transformación de la doctrina eclesial.

Pierre Colin estrena su libro de *L'audace et le soupçon* enfatizando la diversidad de causas que perturbaron al Catolicismo francés de principios del siglo XX y resaltando los efectos acumulativos de las mismas.⁸ Sin embargo, el autor concreta su análisis en dos eventos principales: El primero, vinculado al impacto del plan político que consolidó la separación de Iglesia y Estado, ejecutado mediante la ley dictada por el Estado francés el 9 de diciembre 1905;⁹ y, en el plano intelectual, lo que denomina la crisis modernista.

Lo interesante es que, en este último aspecto, se vincula al modernismo con otros movimientos políticos, sociales e intelectuales que se planteaban nuevos problemas, aquellos que la sociedad francesa debió encarar con el inicio de la Primera Guerra Mundial. De manera que el horizonte modernista es mucho más amplio que el ámbito teológico; esto, sin dejar de afirmar que ***“la historia del modernismo es ante todo la historia de los modernistas, frase y concepto a menudo repetidos. Pero sobre todo diría que también es la historia de muchas personas que han experimentado, después de la gran primavera social de los años de León XIII, la esperanza de volver a vivir algo análogo en las ciencias eclesiásticas”***.¹⁰

La aclaratoria puede ser de especial relevancia ya que autores como Marina resaltan la necesidad de someter a una comprobación racional los problemas relacionados con la fe y cómo la diferenciación de los dominios dificulta o impide ese esfuerzo.¹¹ La

⁸ Cfr. Pierre Colin, *L'audace et le soupçon. La crise du modernisme dans le catholicisme français 1893 - 1914*. Paris: Desclée de Brouwer, 1997.

⁹ La que se concretó mediante la aprobación de la *Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État*, publicada en el *Journal officiel* del 11 de diciembre (diciembre 1905), al establecer en su artículo 1º que *“La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public”*.

¹⁰ Maurilio Guasco, *Ibidem.*, p. 17.

¹¹ Cfr. José Antonio Marina, *Dictamen sobre Dios*; específicamente, el capítulo III: El Círculo Sagrado y el Círculo Profano. Él se apoya en Popper para concluir que la ciencia es un tipo de fe, fe en la razón. Lo que me hace recordar lo que dijo Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832), *Zahme Xenien [Poesías Póstumas, IX]*, *Wer Wissenschaft und Kunst besitzt, Hat auch Religion; Wer jene beiden nicht besitzt, Der habe Religion*; algo así como que *“quien posee Ciencia y Arte también tiene Religión; quien no posee una ni otra, ¡Tenga Religión!”* En lo personal, comparto que existe una cierta tensión entre fe y razón; lo que explica que, para algunos, mientras más capacidad de racionalizar se tiene, mayor puede ser el riesgo de distanciarse de la fe por no contar con los elementos para someter las creencias a una comprobación. Esta es una típica advertencia que nos hacen a los que estudiamos teología.

pretensión de la ciencia a descartar lo no verificable se encuentra en conflicto con un hecho científico: toda construcción del pensamiento humano tiene como base un principio axiológico que no está sujeto a comprobación pero del cual pueden surgir conclusiones revestidas de una profunda racionalidad. Adosada al pensamiento modernista se encuentra esta problemática.

No fue un producto del azar que Colin fijara el cese de la vigencia del fenómeno modernista en 1914. A pesar de tal concreción, considero que tuvo un efecto expansivo, aunque silencioso, más allá del tiempo de apariencia modal. Y el impacto de estos cuestionamientos se refleja en la discusión sobre temas de interés vital para la Iglesia, como sería la relación *fides - ratio*; y *natural - sobrenatural*. Escenario que obliga a una reelaboración teológica y antropológica del todo novedosa, quizás perseguida, finalmente reivindicada por el movimiento conciliar.

De manera que la temática teológica y jurídica se ubica en un teatro de operaciones similar al inicio del siglo XX. Escenario legítimo porque el derecho es una derivación necesaria de la naturaleza humana y, en ésta, el sentido de trascendencia es uno de sus elementos inherentes.¹² La filosofía del derecho no puede desvincularse de su influjo teológico y la insurgencia del derecho natural es el mejor ejemplo de tal afirmación.

Tomando en consideración este ascendiente, una teoría del derecho basada en la razón pura necesariamente desarrollaría los siguientes aspectos:

- 1) El concepto universal de derecho, lo que implica una reflexión sobre los fenómenos de autoridad que le dan origen, la tendencia natural a la sociabilidad que le da vigencia y la coercibilidad como la marca característica que lo diferencia del campo normativo religioso y moral. Atias afirma que filosofando sobre el derecho, juristas y filósofos se interrogan sobre la

¹² En este sentido, es relevante la afirmación de Georges Del Vecchio, *Leçons de Philosophie du Droit*, p. 6, en cuanto a que el problema del derecho natural coloca en discusión un verdadero análisis científico del derecho positivo. Lo que deriva en su consideración de que la filosofía del derecho es, en un cierto sentido, más antigua que la ciencia misma del derecho. Destaca que el nombre de filosofía del derecho es relativamente reciente; y que el nombre antiguo y clásico de nuestra disciplina había sido *jus naturale*, *jus naturalis scientia*, derecho natural. El término filosofía del derecho se encuentra implícito en los autores antiguos; mas, es en los últimos dos siglos en los que la denominación de filosofía del derecho se impone sobre la antigua; y esto es así por una razón que conviene comentar. Al inicio del siglo XIX, una fuerte reacción se produce contra el derecho natural y, en general, contra las tendencias especulativas o metafísicas del pensamiento. Se consideraba que la filosofía del derecho debía estudiar, no el ideal abstracto, sino solamente el real concreto, el hecho histórico y positivo del derecho. Este cambio de tendencia estaba en parte justificado, porque los viejos autores de *jus naturale* afrontaban una grave laguna, olvidando el estudio del quehacer histórico y abusando de la metafísica sin esfuerzo de discernimiento y fuera de propósito.

naturaleza, orígenes y efectividad del derecho. Algunos buscan fundamentar el derecho, explicar el por qué debemos obedecer y acatarlo, dar las razones para adecuarnos a las prescripciones jurídicas.¹³ Otros opinan que la cuestión del fundamento del derecho es un problema puramente ético que no tiene sentido sino dentro de una perspectiva moralista e ideológica. Ahora bien, la filosofía del derecho precisa del conocimiento de los fenómenos consustanciales a la aplicación del derecho positivo mediante la jurisprudencia para lograr una cabal comprensión de su universalidad bajo un ensayo de lo justo en concreto (*quod iustum est*). Al mismo tiempo, juega el rol de una disciplina arquitectónica, en palabras de Michel Villey.¹⁴

- 2) La imprescindible definición de una *ratio legis* (razón de ser de la Ley) que posibilite el proceso hermenéutico, no solo en la interpretación del derecho sino también en la resolución de controversias, dilemas morales, conflictos normativos y la superación de las lagunas que son consustanciales a todo sistema vinculado a la sociabilidad humana. Esto implicará la conformación de una *ratio decidendi* (razón de decidir) como conjunto de principios y reglas que encuentran en aquella su sustrato. Vale aclarar que el término *ratio iuris*, utilizado para titular este artículo, es mucho más complejo, omnicomprensivo y universal en lo que a lo jurídico toca.
- 3) El sentido de la Justicia integral que emana del derecho natural como patrón de validación del orden jurídico, lo que implica explorar el deber ser del derecho y el cuestionamiento del orden jurídico positivo. De manera que la filosofía del derecho es francamente renovadora y está absolutamente desvinculada de una intención de consolidar un determinado orden jurídico. El desarrollo histórico del derecho muestra una aproximación progresiva del mismo al ideal de Justicia; pero ¿es posible una definición integral de la misma? Interrogante que nos lleva a plantear que la resolución de los conflictos estará siempre sesgada por la prevalencia de los poderosos que la manipulan en resguardo de sus propios intereses, o que el Estado la desfigura para imponerse sobre la libertad de los ciudadanos, o, simplemente, por la incapacidad, parcialidad o politización de aquellos que deban aplicarla.

¹³ Cfr. Christian Atias, *Ibidem*, p. 16.

¹⁴ Michel Villey exige a la filosofía como disciplina arquitectónica que juegue el rol de determinar el dominio del derecho frente a la moral, la política, la economía y, en general, ante la multiplicidad de ciencias; de definir el derecho (*quid ius*); el fin de la actividad jurídica; y discernir las fuentes específicas del derecho y lo que le es propio al método de la ciencia jurídica, en relación con los otros métodos y las otras fuentes. En *Philosophie du droit* (Tomo I), p. 28.

- 4) La verificación de los contrastes entre autoridad y libertad, adentrándonos en la verificación de esta última como valor que sustenta al Estado moderno y como hecho de la razón práctica; es decir, de la razón aplicada a la moral. El derecho como un todo, su razonamiento y las decisiones que lo componen, no es independiente de la libertad que debe preservar como clave final de su legitimidad.
- 5) La calibración del equilibrio entre libertad e igualdad, lo que nos lleva del plano en que el ser humano se topa con el aparato estatal a otro, también complejo, en el que se confronta con sus congéneres, por lo que resulta vital definir una fórmula de convivencia. ¿Somos iguales en realidad? ¿Por qué estamos entonces separados? ¿El derecho tiene que tratar necesariamente a todos como iguales o tiene que privilegiar la protección de los que no se pueden defender? Y, de hacerlo así, ¿no estaría alzándose con la libertad de unos como costo por garantizar la equiparación de los otros desiguales?
- 6) El análisis y solución de los problemas de siempre que relacionan a la filosofía con el derecho y la política: La imbricación Estado – Sociedad; la definición de los regímenes políticos sobre la base de los valores de libertad y vida, lo que implica la determinación de la esfera de lo público y la reflexión sobre la legitimidad democrática; el concepto de Justicia distributiva y la contradicción que surge de visualizar a las minorías que deben ser protegidas y el ideal de una ciudadanía universal; la progresividad y el carácter expansivo de los derechos humanos; las diversas perspectivas de la libertad y la libertad negativa, al tiempo del planteamiento singular de cómo la democracia proyecta unas aspiraciones en torno a la libertad que no puede satisfacer realmente; la complejidad de la idea de igualdad; y la opresión en todas sus formas con el correlativo estudio de la justificación de la desobediencia civil.
- 7) El análisis y solución de los problemas novedosos que aquejan a las sociedades, como el equilibrio ecológico, aquellos de índole moral que surgen por el desarrollo acelerado de las biotecnologías, las amenazas del terrorismo, el crimen organizado y las nuevas formas de violencia causantes de ***“una preocupación presente que interpela a toda la humanidad”*** ante una organización política nacional que se ve desbordada y que nos lleva a pensar en sociedades bajo una dimensión planetaria, requiere de una ***“urgente reflexión ética y política de rango universal”***.¹⁵ La bioética puede trastocarse en

¹⁵ Esta problemática ha sido presentada por la Iglesia como el reto de adecuación del derecho natural a estos tiempos, tal como lo resalto en mi estudio ***La Ley Natural como patrón del orden justo***. “FRONESIS”: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política del Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J.M. Delgado Ocando de la Universidad del Zulia. Volumen N° 16, N° 3 (2009), p. 469.

aberración *iuspositivista* sin el auxilio de los principios universales que emanan de la propia naturaleza humana.

La anterior relación es solo un ensayo tentativo de lo que califiqué como lo *Problematicus iuris*. Pero ninguna enumeración puede ser cerrada menos aún si asumimos nuestra necesidad de trabajar ese ideal del derecho para alcanzar alguna plenitud del sentido de Justicia. Además, la filosofía del derecho tiene otras utilidades, especialmente como apoyo intelectual.¹⁶ Me explicaré retrotrayendo el análisis al representante por antonomasia de la especulación, un maestro del discurso que no puede ser otro que Emmanuel Kant (1724-1804).

3. MODELO KANTIANO DE CONFORMIDAD A LA LEY

La filosofía no cesa de pensar en el derecho; si no desde Kant, porque los lejanos Platón y Aristóteles dieron lo suyo como también los pensadores cristianos más relevantes, por lo menos a propósito de él. No es mi objetivo desarrollar un autor en particular, mucho menos si la referencia es al sistema de pensamiento Kantiano; pero si la propuesta metodológica que presenté anteriormente pretende destacar el reagrupamiento de un “*iusnaturalismo reivindicado*” como factor de diferenciación, nadie más oportuno que él. Además, en la cátedra de filosofía del derecho, coloco al paradigma kantiano como límite o frontera de los dos niveles que imparto. Ejemplificaré.¹⁷

¹⁶ Punto que será desarrollado en el aparte 4 de este artículo.

¹⁷ Todo comienzo obliga a clarificar los conceptos y si el objetivo es presentar algunas visiones del pensamiento jurídico en función filosófica se hace indispensable discriminar, tal como lo hizo Kant en la *Metafísica de las Costumbres*: “*Todo conocimiento racional, o es material y considera algún objeto, o es formal y se ocupa tan sólo de la forma del entendimiento y de la razón misma, y de las reglas universales del pensar en general, sin distinción de objetos. La filosofía formal se llama lógica; la filosofía material, empero, que tiene referencia a determinados objetos y a las leyes a que estos están sometidos, se divide a su vez en dos. Porque las leyes son, o leyes de la naturaleza, o leyes de la libertad. La ciencia de las primeras llámase física; la de las segundas, ética; aquélla también suele llamarse teoría de la naturaleza, y ésta, teoría de las costumbres. La lógica no puede tener una parte empírica, es decir, una parte en que las leyes universales y necesarias del pensar descansen en fundamentos que hayan sido derivados de la experiencia; pues, de lo contrario, no sería lógica, es decir, un canon para el entendimiento o para la razón, que vale para todo pensar y debe ser demostrado. En cambio, tanto la filosofía natural como la filosofía moral, pueden tener cada una su parte empírica, porque aquélla debe determinar las leyes de la naturaleza como un objeto de la experiencia, y ésta, las de la voluntad del hombre, en cuanto el hombre es afectado por la naturaleza; las primeras considerándolas como leyes por las cuales todo debe suceder, aunque, sin embargo, se examinen las condiciones por las cuales muchas veces ello no sucede. Puede llamarse empírica toda filosofía que arraiga en fundamentos de la experiencia; pero la que presenta sus teorías derivándolas exclusivamente de principios a priori, se llama filosofía pura. Esta última, cuando es*”

Plantearnos la libertad, al mejor estilo kantiano, lleva a la conclusión de que la verdadera libertad es autonomía (Composición del griego **nomos** que significa “ley” y **autos** que significa “propio”, **propia ley**) y un deber dictado por la razón, lo que implica seguir una ley moral totalmente independiente de circunstancias exteriores. Los deseos, las tendencias de nuestra sensibilidad, la búsqueda de bienestar, colocan al ser humano dentro de la heteronomía (Composición del griego que incluye **hetero** que significa lo “distinto”, **otra ley**) en el sentido de una voluntad no determinada por su razón. Esta temática confirma la diferenciación entre derecho y moral, lo que obliga a plantear la discusión desde la perspectiva de confrontación del deber y la ley moral.

El deber, lejos de oponerse a la libertad, asegura al ser humano su dignidad y autonomía. Siguiendo la ley moral un imperativo categórico, ya que es un deber absoluto que se nos impone, respeta su propia personalidad. Esta es una noción que lo asocia a la voluntad libre. La sociedad ideal es la del “reino de los fines”, en la que todos los miembros siguen la ley moral; y, de esta forma, se garantiza la pertenencia al dominio de la razón y el respeto de la dignidad humana. En sus propias palabras:

Y así son posibles los imperativos categóricos, porque la idea de la libertad hace de mí un miembro de un mundo inteligible; si yo no fuera parte más que de este mundo inteligible, todas mis acciones serían siempre conformes a la autonomía de la voluntad; pero como al mismo tiempo me intuyo como miembro del mundo sensible, esas mis acciones deben ser conformes a la dicha autonomía. Este deber categórico representa una proposición sintética a priori, porque sobre mi voluntad afectada por apetitos sensibles sobreviene además la idea de esa misma voluntad, pero perteneciente al mundo inteligible, pura, por sí misma práctica, que contiene la condición suprema de la primera, según la razón; poco más o menos cómodo a las intuiciones del mundo sensible se añaden conceptos del entendimiento, los cuales por sí mismos no significan más que la forma de ley en general, y así hacen posibles proposiciones sintéticas a priori, sobre las cuales descansa todo conocimiento de una naturaleza.¹⁸

La cita anterior refleja una conceptualización del derecho, inteligible y empírica. Aparece una crítica moral del deber y del imperativo categórico en que se ejerce la libertad. De manera que el problema más complejo de la humanidad será asegurar el

*meramente formal, se llama lógica; pero si se limita a determinados objetos del entendimiento, se llama entonces metafísica. De esta manera se origina la idea de una doble metafísica. Una metafísica de la naturaleza y una metafísica de las costumbres. La física, pues, tendrá su parte empírica, pero también una parte racional; la ética igualmente, aun cuando aquí la parte empírica podría llamarse especialmente antropología práctica, y la parte racional, propiamente moral”. Emmanuel Kant, **Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres**, p.p. 61 y 62.*

¹⁸ Emmanuel Kant, *Ibídem*, p. 150.

máximo de libertad con un mínimo de limitaciones. Esta maximización de la libertad será el imperativo del derecho pero, al unísono, su contradicción moral interna:

*Todos los hombres se piensan libres en cuanto a la voluntad. Por eso los juicios todos recaen sobre las acciones consideradas como hubieran debido ocurrir, aun cuando no hayan ocurrido. Sin embargo, esta libertad no es un concepto de experiencia. Y no puede serlo, porque permanece siempre, aun cuando la experiencia muestre lo contrario de aquellas exigencias que, bajo la suposición de la libertad, son representadas como necesarias. Por otra parte, es igualmente necesario que todo cuanto ocurre esté determinado indefectiblemente por leyes naturales, y esta necesidad natural no es tampoco un concepto de experiencia, justamente porque en ella reside el concepto de necesidad y, por tanto, de un conocimiento **a priori**. Pero este concepto de naturaleza es confirmado por la experiencia y debe ser inevitablemente supuesto, si ha de ser posible la experiencia, esto es, el conocimiento de los objetos de los sentidos, compuesto según leyes universales. Por eso la libertad es sólo una idea de la razón, cuya realidad objetiva es en sí misma dudosa; la naturaleza, empero, es un concepto del entendimiento que demuestra, y necesariamente debe demostrar, su realidad en ejemplos de la experiencia.*

De aquí nace, pues, una dialéctica de la razón, porque, con respecto a la voluntad, la libertad que se le atribuye parece estar en contradicción con la necesidad natural; y en tal encrucijada, la razón, desde el punto de vista especulativo, halla el camino de la necesidad natural mucho más llano y practicable que el de la libertad; pero, desde el punto de vista práctico, es el sendero de la libertad el único por el cual es posible hacer uso de la razón en nuestras acciones y omisiones; por lo cual ni la filosofía más sutil ni la razón común del hombre pueden nunca excluir la libertad. Hay, pues, que suponer que entre la libertad y la necesidad natural de unas y las mismas acciones humanas no existe verdadera contradicción; porque no cabe suprimir ni el concepto de naturaleza ni el concepto de libertad.

Sin embargo, esta aparente contradicción debe al menos ser deshecha por modo convincente, aun cuando no pudiera nunca concebirse cómo sea posible la libertad. Porque si el pensamiento de la libertad se contradijera a sí mismo o a la naturaleza, que es igualmente necesaria, habría que abandonarlo por completo en favor de la necesidad natural.¹⁹

Hay que resaltar que el deber moral es una obligación imperativa más interna, **in foro interno**; mientras que la legislación implica una fuerza que constriñe y actúa exteriormente, **in foro externo**.²⁰ Tal como Kant lo indica en su **Filosofía del Derecho**, subtitulada como una exposición de los principios fundamentales de jurisprudencia como ciencia del derecho, al oponer la ley natural y la ley positiva, esta última no se hace obligatoria sin una legislación externa que, impuesta por la autoridad, pueda

¹⁹ *Idem*, p.p. 151-152.

²⁰ Cfr. Jean-Cassien Billier y Aglaé Maryioli, *Histoire de la Philosophie du Droit*, p. 115.

someter la voluntad humana.²¹ La sustancia de la ley natural, que a su vez funda la ley positiva, no es otra que la libertad como condición que posibilita la moral y el derecho; y la finalidad de este último es garantizar esa libertad. Entonces, la libertad efectiviza la coerción que la realiza. Son dos puntos de vista de máximo alcance:

Pero es imposible evitar esa contradicción si el sujeto que se figura libre se piensa en el mismo sentido o en la misma relación cuando se llama libre que cuando se sabe sometido a la ley natural, con respecto a una y la misma acción. Por eso es un problema imprescindible de la filosofía especulativa el mostrar, al menos, que su engaño respecto de la contradicción reposa en que pensamos al hombre en muy diferente sentido y relación cuando lo llamamos libre que cuando lo consideramos como pedazo de la naturaleza, sometido a las leyes de ésta, y que ambos, no sólo pueden muy bien compadecerse, sino que deben pensarse también como necesariamente unidos en el mismo sujeto; porque, si no, no podría indicarse fundamento alguno de por qué íbamos a cargar a la razón con una idea que, si bien se une sin contradicción a otra suficientemente establecida, sin embargo, nos enreda en un asunto por el cual la razón se ve reducida a grande estrechez en su uso teórico.

La relación que establece el criticismo kantiano entre moral y derecho comprende las autonomías cruzadas de esas dos esferas. La forma pura de la moral requiere solamente actuar por deber con exclusión de todo motivo empírico: la moralidad de la acción es puramente interna, definida por una estricta autonomía de la voluntad excluyendo toda heteronomía; el derecho es lo contrario, se alimenta de la legalidad de las acciones y no de su moralidad.²² El derecho no reclama más que la legalidad; es decir, una obediencia externa a las leyes, sin pretender una intención virtuosa en el respeto a las reglas.²³

²¹ La referencia aparece en el capítulo IV de la parcial reproducción de la Filosofía del Derecho que conforma una selección de trabajos publicados en *The Great Legal Philosophers*, p. 240-241.

²² Aspecto destacado por Billier, *ídem*.

²³ No obstante, el mismo Kant se cuida de advertir que el equilibrio crítico debe evitar dos emboscadas intelectuales: Una sería la de separar derecho y moral, lo que derivaría en el riesgo de terminar en una conceptualización cínica de la autonomía del derecho; la otra, estaría en la dirección de confundir ambos campos, llevando a una dependencia del derecho a la moral que derivara en el riesgo de despotismo. La realidad lacerante para el iuspositivismo ha sido que la absoluta separación del derecho de parámetros morales o, en mi propio código lingüístico, de un patrón de validación, ha degenerado en las aberraciones más bochornosas. El ejemplo dilecto que coloqué fue la dudosa vigencia de un Estado de Derecho Nationalsocialista, formulado por un aparato represivo sin frenos y contrapesos; y unos “juristas del horror” que entendían al sistema jurídico como cerrado a toda experiencia trascendente y, muy especialmente, despojado de toda humanidad. La consecuencia de tal holocausto normativo hubiera sido la absoluta impunidad; en el supuesto de que los elementos de juicios se hubieran basado en particularidades del derecho con visos positivistas. ¿Cómo juzgar a los personeros nazis sin previa tipificación de los crímenes de lesa humanidad que cometieron? ¿Qué tribunal debía juzgarlos? ¿Aceptar la constitución del Tribunal de Núremberg no fue una lesión profunda a la prohibición de crear tribunales de excepción? Tendrían que aplicarse los principios fundantes de la comunidad

Pero tal definición no fue pacífica, tal como lo revela la polémica con Christian Garve (1742-1798), quien oponía los deberes jurídicos a los deberes de consciencia en su obra *Versuche über verschiedene Gegenstände aus der Moral* (Ensayos sobre los diversos sujetos de moral, 1792), lo que se traduce en una teoría de la autonomía del derecho y de la política con respecto a la moral que Kant calificaría como amoral y pragmática; o la crítica de Ludwig Feuerbach (1804-1872) partiendo de la unidad entre deber – tendencia y la reducción del primero a la última, quien parece heredero de la visión de Garve.²⁴

La superación de estos peligros la intenta Kant, en esa especie de tercera alternativa que propone en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, considerando a la moral como doctrina de derecho. Con la teoría de los deberes, a la que he hecho referencia, da una serie de propuestas que es preciso presentar:

- 1) El deber es una voluntad plena que no depende exclusivamente de una buena motivación o voluntad.
- 2) Una acción hecha por deber tiene su valor moral, no en el propósito que por medio de ella se quiere alcanzar, sino en la máxima por la cual ha sido resuelta; no depende, pues, de la realidad del objeto de la acción, sino meramente del principio del querer, según el cual ha sucedido la acción, prescindiendo de todos los objetos de la facultad del desear.
- 3) El deber es la necesidad de una acción por respeto a la ley. Es aquí que Kant centra su teoría de los deberes, a saber la parte racional y pura de una ciencia de las costumbres que debe comprender al derecho, consolidando el punto de esta forma:

Por el objeto, como efecto de la acción que me propongo realizar, puedo, sí, tener inclinación, más nunca respeto, justamente porque es un efecto y no una actividad de una voluntad. De igual modo, por una inclinación en general, ora sea mía, ora sea

internacional, el *ius gentium* más añejo, derecho natural en su máximo grado de pureza, para sacar de tal apuro a los que negaban la existencia de un estatuto particular y superior al orden jurídico positivo del Estado. El otro aspecto de la confusión entre moral y derecho, no menos tendencioso a lo totalitario ante una política moral que tratará de perfeccionar a los seres humanos en contra de su propia voluntad, podría ejemplificarlo con el fundamentalismo islámico o la ortodoxia judaica, materias en las que considero no hace falta mayor extensión para una comprensión cabal de los riesgos.

²⁴ En este punto se puede revisar el trabajo de Manuel Cabada Castro, *Feuerbach y Kant: dos actitudes antropológicas*, p. 132. En cuanto a la conclusión en sí misma, Feuerbach lo indica con singular claridad: "...también el pensamiento, en cuanto tal, está presente en todas nuestras acciones y afecciones, incluso en las puramente sensibles..."; expresión que aparece en Ludwig Feuerbach, *Sämmtliche Werke*, Leipzig: Berlag von Otto Wigand, 1866.

de cualquier otro, no puedo tener respeto: a lo sumo, puedo, en el primer caso, aprobarla y, en el segundo, a veces incluso amarla, es decir, considerarla como favorable a mi propio provecho. Pero objeto del respeto, y por ende mandato, sólo puede serlo aquello que se relacione con mi voluntad como simple fundamento y nunca como efecto, aquello que no esté al servicio de mi inclinación, sino que la domine, al menos la descarte por completo en el cómputo de la elección, esto es, la simple ley en sí misma. Una acción realizada por deber tiene, empero, que excluir por completo el influjo de la inclinación, y consta todo objeto de la voluntad; no queda, pues, otra cosa que pueda determinar la voluntad, si no es, objetivamente, la ley y, subjetivamente, el respeto puro a esa ley práctica, y, por tanto, la máxima de obedecer siempre a esa ley, aun con perjuicio de todas mis inclinaciones.

Así, pues, el valor moral de la acción no reside en el efecto que de ella se espera, ni tampoco, por consiguiente, en ningún principio de la acción que necesite tomar su fundamentó determinante en ese efecto esperado. Pues todos esos efectos —el agrado del estado propio, o incluso el fomento de la felicidad ajena— pudieron realizarse por medio de otras causas, y no hacía falta para ello la voluntad de un ser racional, que es lo único en donde puede, sin embargo, encontrarse el bien supremo y absoluto. Por tanto, no otra cosa, sino sólo la representación de la ley en sí misma —la cual desde luego no se encuentra más que en el ser racional—, en cuanto que ella y no el efecto esperado es el fundamento determinante de la voluntad, puede constituir ese bien tan excelente que llamamos bien moral, el cual está presente ya en la persona misma que obra según esa ley, y que no es lícito esperar de ningún efecto de la acción.²⁵

Esta sería la base de una doctrina sobre el derecho que se expande en la consideración de la existencia de una sociedad natural para definir la esfera de lo privado y de una sociedad civil para definir la esfera de lo público.²⁶ Lo que concluirá en la dicotomía Estado – Sociedad; y, en otro nivel no menos importante una reelaboración iusnaturalista que, paradójicamente, catapultará la visión iuspositivista.

²⁵ Emmanuel Kant, *Op. Cit.*, p.p. 79-80.

²⁶ Terminología harto contradictoria con la utilización moderna del término “Sociedad Civil” para diferenciar a las instituciones sociales en función libertaria del Estado como máxima institución del Derecho Público. Sin embargo, aquí se puede encontrar una clave para comprender el sentido de una teoría del derecho natural que se refiera, entre otros muchos temas, al problema de legitimidad y soberanía; y una configuración de la filosofía política, enfocada en la relación entre sociedad civil y Estado.

4. LO IDEAL Y LO REAL EN CLAVE KANTIANA

Creo que la mayor virtud de Kant, en lo que a la filosofía del derecho se refiere, ha sido la de preparar un pensamiento capaz de presentar unas conclusiones veraces sin caer en dogmatismos sobre esa verdad; al tiempo que, como será constatado por su influjo en las distintas corrientes del pensamiento jurídico en el siglo XX, el paradigma kantiano se abre a la pluralidad sin diluirse en el relativismo.²⁷ Él diferencia la perspectiva trascendental, la misma que otorga los conceptos fundamentales del derecho y de la política, de la experiencia concreta de hombres y mujeres que realizan siempre imperfectamente las exigencias de la razón; tal como se puede observar en el prefacio de su obra *Doctrina del Derecho* (1797) en la que refiere expresamente el contraste entre metafísica del derecho y su práctica empírica. Nuevamente ejemplificaré para hacer más comprensible el punto a mis colegas abogados.

Muy trillado en el campo del derecho es el desarrollo del contractualismo social como origen y justificación del Estado. Lugar común es resaltar el aporte de Jean Jacques Rousseau (1712-1778) a las diversas teorías del Estado, los trabajos sobre las ideas políticas y los tratados de derecho constitucional. Su visión del ejercicio de la libertad en sociedad parte de la imposibilidad que tiene el ser humano de ser libre dentro de la inocencia del estado de naturaleza por lo que debe asociarse libremente, sin presiones exteriores. De manera que la alienación suprema de las libertades naturales permite el pacto social, lo que implica que cada quien disponga de su persona y poder de decisión bajo la suprema dirección de la voluntad general.²⁸

²⁷ Lo indica Del Vecchio, con él comienza un nuevo periodo y diversas corrientes filosóficas contemporáneas; el idealismo, el empirismo y el positivismo creen encontrar en él sus principios y las fuentes de su propio desarrollo.

²⁸ Ya he mencionado (Cfr. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Tomo I, p.p. 164 y 165) que la originalidad de Rousseau, especialmente destacable en su *Discurso Sobre el Origen de la desigualdad de los Hombres*, se encuentra en visualizar "el verdadero Contrato Social a partir de una concepción del estado de naturaleza muy diferente de aquellos que lo precedieron. Estado de guerra según Hobbes, está caracterizado por la rivalidad permanente que enfrenta a los hombres. Pero a diferencia de los animales que solo actúan por un instinto particular, el hombre posee una perfectibilidad que le permite salir de la condición animal. Sin embargo, antes de llegar a la formación de la sociedad civil, varias etapas deben cumplirse. En lo que se refiere al tránsito del estado de naturaleza a la sociedad está más próximo a Montesquieu que de Hobbes. Rousseau afirma que la sociedad naciente exige a los hombres actitudes distintas de las que poseen en su origen y esto es relevante porque el hombre es más temeroso que agresivo a la vista de los objetos desconocidos. La bondad natural se disminuye en la medida que el amor propio se acrecienta. Precisamente, al citar directamente a Hobbes, Rousseau indica que aquel asume que el hombre es naturalmente intrépido y ama sólo el ataque y el combate. Le atribuye a Montesquieu, a quien califica como « filósofo ilustre », el criterio contrario por cuanto éste piensa que nada hay tan tímido como el hombre en el estado natural y que se halla siempre atemorizado y presto a huir al menor ruido que oiga, al menor movimiento que perciba. Esto lo atribuye al temor a lo desconocido cuando no puede discernir el bien y el mal físicos que de ellos debe esperar, ni comparar sus fuerzas con los peligros que tiene que correr. Por esto rechaza la conclusión de Hobbes sobre la natural maldad del hombre ya que « la misma

En mis tiempos de estudiante quedó un cierto sinsabor al tratar de indagar los mecanismos y formas en que se habría materializado el pacto fundador; y esa sensación perduró hasta que, con el auxilio de la filosofía y de la historia, comprendí que la de Rousseau fue una de las muchas visiones del Contrato Social como principio y que, en general, todas ellas, diferenciadas más por los efectos y alcances de las elucubraciones que por el esfuerzo intelectual planteado, fueron intentos afortunados de racionalización antes que el análisis de una realidad histórica.²⁹ En efecto, ese

causa que impide a los salvajes el uso de razón, como pretenden nuestros jurisconsultos, les impide al mismo tiempo el abuso de sus facultades, como él mismo pretende; de modo que podría decirse que los salvajes no son malos precisamente porque no saben qué cosa es ser buenos, toda vez que no es el desenvolvimiento de la razón ni el freno de la ley, sino la ignorancia del vicio y la calma de las pasiones, lo que los impide hacer el mal ».²⁸ Finalmente, destaca que Hobbes no observó tampoco la tendencia del hombre a suavizar « la ferocidad de su amor propio » o su deseo de conservación antes del nacimiento de este amor, que se traduce en una innata repugnancia a ver sufrir a sus semejantes y que define como la piedad. Una vez que demuestra en su Discurso que la desigualdad se manifiesta bien poco en el estado natural y que su influencia es casi nula en esa etapa, Rousseau desarrolla su avance en los desenvolvimientos sucesivos del espíritu humano, hasta el punto de volver malos a los seres haciéndolos sociables. Un equilibrio se establece entre la indolencia del estado primitivo y ese destino final que califica como « la petulancia activa de nuestro amor propio ».

²⁹ No hay que olvidar que, aunque sea Rousseau quien se identifica generalmente con “**El Contrato Social**” como desarrollo ideológico, fueron pensadores como Hobbes y Locke los que iniciaron la profundización de tal explicación del hecho social desde puntos de vista contrastantes. John Locke (1632-1704) criticó en sus dos **Tratados sobre el gobierno civil** (1690) la teoría del derecho divino de los reyes y la naturaleza del Estado, tal y como fuera concebido posteriormente por el filósofo y teórico político inglés Thomas Hobbes (1588-1679). Éste último, escribió **El Leviatán** durante la guerra civil con el propósito de brindar apoyo al partido real con una visión sobre la soberanía ilimitada y el absolutismo estatal. Para Hobbes se hace imprescindible la consolidación del poder estatal: “*El único camino para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos (a los hombres) contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que para su propia actividad y por los frutos de la tierra puedan nutrirse a sí mismos y vivir satisfechos, es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad. Esto equivale a decir: elegir un hombre o una asamblea de hombres que represente su personalidad; y que cada uno considere como propio y se reconozca a sí mismo como autor de cualquiera cosa que haga o promueva quien representa su persona, en aquellas cosas que conciernen a la paz y a la seguridad comunes; que además, sometan sus voluntades cada uno a la voluntad de aquél, y sus juicios a su juicio. Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a el vuestro derecho, y autorizaréis todos sus actos de la misma manera. Hecho esto, la multitud así unida en una persona se denomina ESTADO, en latín, CIVITAS. Esta es la generación de aquel gran LEVIATAN, o mas bien (hablando con más reverencia), de aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa. Porque en virtud de esta autoridad que se le confiere por cada hombre particular en el Estado, posee y utiliza tanto poder y fortaleza, que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz, en su propio país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos en el extranjero. Y en ello consiste la esencia del Estado, que podemos definir así: una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos*

hipotético acuerdo se manifiesta como un ensayo para comprender las relaciones sociales como actividades humanas signadas por la racionalidad; de ahí el paso subsiguiente, la consideración del Estado como una estructura limitada por un fin determinado en procura de la preservación de lo humano y la sociedad. Por supuesto, se trata de una ideología focalizada en la realización política del derecho y adecuada al mundo occidental que la produjo después de una maduración filosófica de siglos.

Y fue Kant el que abrió mi entendimiento en la reflexión sobre el Estado. Se trata de captar la diferencia entre imaginarlo, tal como lo hicieron los fundadores del pensamiento político ante un fenómeno que apenas vislumbraba la intensidad de su peligrosidad para la libertad humana (*ens rationis*, un ente ideal sin realidad física),³⁰

mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común. El titular de esta persona se denomina Soberano, y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que le rodean es Súbdito suyo" (Thomas Hobbes, *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República, eclesiástica y civil*, p. 141). Por el contrario, Locke abogaba por la despersonalización de la soberanía, al tiempo que sustentaba la supremacía del Estado pero subordinada al respeto de la ley civil y la ley natural. Para él, la revolución no sólo era un derecho sino una obligación ante el abuso de poder y la opresión; fue así como se constituyó en pionero sobre el tema de la racionalidad en el ejercicio del poder con base a un sistema de controles.

³⁰ En mis lecciones de Derecho Constitucional advierto que el Estado Moderno es una experiencia reciente si consideramos la evolución del pensamiento político en el mundo occidental. En este sentido, se utilizaron términos como República para significar ese centro de poder que no se manifestaba con la connotación que nos otorga la visión valorativa, hoy reinante. En la antigüedad, la ciudad fue la primera y última instancia de la vida social, política y religiosa; y las reflexiones que se pueden definir como manifestaciones de un pensamiento político jamás se desprenderán de presupuestos e intenciones teológicas, por lo que la teología es intrínseca y no accidental a lo político. La misma conclusión cabe con lo político ya que las religiones requieren del espacio público como el oxígeno de su existencia tal como se puede observar en la expansión del cristianismo por el vasto Imperio Romano y las formulas apoloéticas que utilizó la Patrística, en los primeros tiempos. A partir del siglo III interactúan perfectamente Ciudad, Iglesia e Imperio en la vitalidad de la vida política. Pero aunque materialmente las expresiones de poder se presentaban estructuradas y se constituyeron en realidad avasallante, la caída del Imperio Romano produce la necesidad de rehabilitar el cuerpo político y fueron muchos los siglos transcurridos para encaminar ese objetivo. Es precisamente bajo esta premisa que afirmo que los pensadores de los siglos XVI al XVIII trabajaron un ente ideal y las diversas utopías fueron manifestaciones de tal esfuerzo. Previamente, fueron los representantes del pensamiento cristiano quienes mantuvieron viva la llama y pasaron "*el testigo*" a una élite intelectual consciente de que una autoridad cuyo único objetivo sea el fortalecimiento de sí misma atentará contra la realización de la libertad. De manera que la historia política del cristianismo, cimentada en el hecho de que nuestra religión no se puede entender como una inspiración fuera de este mundo, deviene en clave para abrir el entendimiento de ese trance de lo trascendente a lo inmanente. ¿Qué no decir del aporte cristiano a la efervescencia del iusnaturalismo y el influjo que este tuvo en las diversas declaraciones de derechos e independencia que se produjeron en los siglos XVIII y XIX? Sobre estas reflexiones, puede consultarse una compilación de singular valor bajo la edición de Philippe Capelle, *Dieu et la Cité: Le Statut Contemporain du Théologico-Politique*; específicamente, los trabajos de Pierre Manent (*Le problème théologico-politique: question résolue ou drame inachevé*) y Jérôme Alexandre (*De l'une a l'autre cité: Saint Augustin, père de la théologie politique*); igualmente, en Tulio Álvarez, *idem*, p.p. 116 y ss.

o vivir bajo su influjo, una vez consolidado, lo que adquiere un carácter épico si el régimen político es autoritario o totalitario. Se confirma la representación de un principio racional que nos permite captar la diferencia entre el desarrollo empírico de un determinado objeto de conocimiento de cara al desarrollo ideológico que lo sustenta y justifica. Lo que se puede traducir como la insuperable separación entre el ideal y lo real.

5. REPLANTAMIENTO IUSNATURALISTA

Pero otro aspecto debe ser resaltado en Kant para presentarlo como un hito singular en la filosofía del derecho. Precisamente, en el marco de su sistema filosófico, viene a subrayar la trascendencia del derecho natural, con el fin de privilegiar al ser humano frente al Estado y resaltar la racionalidad de que las leyes de esa naturaleza humana sean fundamentales para comprender la verdadera connotación histórica de la institución.

La idea de partir del hombre para comprender al Estado, considerando a este último como la síntesis de los derechos individuales, se apoya en una razón profunda que jamás ha sido refutada, ni siquiera por aquellos que creyeron demoler al contrato social con sus argumentos históricos. Kant tiene el mérito de haber suprimido en la filosofía del derecho esta confusión entre lo histórico y lo racional, afirmando el valor puramente racional, regulativo, de los principios de derecho natural. Del Vecchio resume este cambio de método indicando que con Kant finaliza la escuela de derecho natural [*Naturrecht*] y comienza la escuela de derecho racional [*Vernunftrecht*].

El derecho de la naturaleza deviene en derecho de razón porque la doctrina del derecho deriva de principios a priori imperativos, su sentido es normativo y presenta una visión universal de lo jurídico. Él no hizo otra cosa que completar un movimiento de corrección metodológica, originado mucho antes y que se había perfeccionado con la obra de Rousseau.³¹ No obstante, en el siglo XXI, las diversas expresiones y significados del derecho natural rebasan la utilitaria sensación de unidad que nos otorgaba el tomismo, solo para referir un paradigma de pensamiento determinante en el mundo occidental.

³¹ Del Vecchio insiste en validarlo como hito fundamental al afirmar que si él no es el fundador de la filosofía moderna que remonta a Descartes y Bacon; al menos, es su innovador. Georges Del Vecchio, *Ibidem*, p. 91.

Después de la victoria iusnaturalista que culmina en el sustrato ideológico del movimiento de liberación en Europa y en las colonias americanas, al ser la cita obligada de los instrumentos de dogmática que inauguraron el constitucionalismo, esa conceptualización de un estatuto coherente cuya unidad se mantiene por la propia naturaleza humana también se ha perdido.³² Fíjense en el tema de las generaciones de derechos con las que se ha velado un aspecto singular: A pesar de que se establezca el hito de una naturaleza y unas tendencias consustanciales a la misma, surge el sentido modal del término al estar vinculado a la definición de lo humano en una determinada sociedad y tiempo. Meditemos.

³² En el Capítulo XX del Tomo III de *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional* (Edición 2014) aparece una identificación entre los grandes avances constitucionales y la vigencia del iusnaturalismo como corriente dominante en el pensamiento jurídico. Afirmo ese aspecto, cuando desarrollo mi teoría de la *Fuerza Constituyente Inicial* “no sólo por los importantes antecedentes que se constituyen en el marco teórico del movimiento constitucional, ya que las contradicciones en el seno de la Iglesia entre conciliaristas y papistas reflejaban el mismo debate sobre la detentación del poder material entre el poder del pueblo representado en asamblea y el monarca, sino porque así lo manifestaron expresamente los protagonistas de todos los procesos constituyentes que se manifiestan como originarios. ¿Por dónde empezar? La Carta Magna puede ser una opción. En su introducción, aparece “Juan, por la gracia de Dios Rey de Inglaterra, Señor de Irlanda, Duque de Normandía y Aquitania, Conde de Anjou” concediendo “ante Dios” una serie de derechos; y, no por casualidad, el primero de ellos para que “la Iglesia Inglesa sea libre y tenga sus derechos íntegros y sus libertades ilesas”. Además, la garantía de cumplimiento estaba en el juramento ante el Ser Superior “pues como por Dios y para la reforma del Reino Nuestro, y para mejor allanar la discordia entre Nos y los Barones Nuestros, hemos concedido todas estas cosas antedichas, queriendo sean gozadas a perpetuidad íntegramente y con firme estabilidad”. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos reivindica “el puesto separado e igual a que las leyes de la naturaleza y el Dios de esa naturaleza le dan derecho” para sostener como evidente, entre otras verdades, “que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”; lo que afirman los Padres Fundadores “con absoluta confianza en la protección de la Divina Providencia”. Pero lo que resulta más relevante es que, de todos estos procesos, el único anticlerical, haga la invocación con la determinación magnífica con que “la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo”, los derechos del hombre y del ciudadano. Conducta perfectamente comprensible en el constituyente venezolano de 1811, afirmando su actuación: En el nombre de Dios Todo Poderoso, nos, el Pueblo de los Estados de VENEZUELA, usando de nuestra Soberanía y deseando establecer entre nosotros la mejor administración de justicia, procurar el bien general, asegurar la tranquilidad interior, proveer en común a la defensa exterior, sostener nuestra Libertad e Independencia política, conservar pura e ilesa la sagrada religión de nuestros mayores, asegurar perpetuamente a nuestra posteridad el goce de estos bienes y estrecharnos mutuamente con la más inalterable unión y sincera amistad, hemos resuelto confederarnos solemnemente para formar y establecer la siguiente CONSTITUCIÓN FEDERAL PARA LOS ESTADOS DE VENEZUELA. Esa manifestación divina, revelada por la Fuerza Constituyente Inicial, ha sido una constante en la historia constitucional venezolana y puede ser alegada como un valor republicano intangible y superior. No estuvo ausente, en la Valencia de 1830, en unos hombres impulsados en sus acciones por “el nombre de Dios todo poderoso, autor y supremo legislador del universo”; e, inclusive, presente en la Caracas de 1999, con un pueblo “invocando la protección de Dios”. Por eso no exagero, ni peco por falta de rigor académico, cuando afirmo que un parámetro fundamental para identificar a la Fuerza Constituyente Inicial es la presencia de Dios, Todopoderoso. Ese es el misterio presente en el devenir de la humanidad, Dios como motor de la Historia”.

Si bien es cierto que, como indiqué anteriormente, la idea del derecho natural es previa a la revelación definitiva y al Cristianismo, aunque suene algo fundamentalista, será mi religión la que lo difunde y hace realidad. Porque ser cristiano implicó una filosofía de valores muy especial por la ruptura que produjo el impacto de una nueva conformación de las relaciones humanas. Una religión profundamente relacional, como es la cristiana, desde su origen marcada por el principio de fraternidad y en la idea de una *Ekklesia* como pueblo de Dios y cuerpo místico de Cristo, derivó en un estatuto de dignidad en lo humano; pero se sacudió por la asociación con el poder temporal en lo político. Y hasta el día de hoy ha tenido que pagar el precio de ese maridaje.

De manera que la filosofía de los valores cristianos se hizo presente en la efervescencia del movimiento humanista que culmina en el siglo XVIII con una declaración universal; pero modal, al estar limitada por esos esquemas y circunstancias que se han dado por denominar como un “Siglo de Luces” y que son ubicables en tiempo y espacio. Pero surgen nuevas necesidades que se traducen en una generación de derechos signada por su carácter progresivo y su adecuación a los mundos nuevos. Esto hace pensar en una creación intelectual de esos derechos humanos cumpliendo una cronología que se inicia con los derechos más elementales de vida y libertad, los de naturaleza política y también el de propiedad si seguimos la declaración inaugural de 1789; la segunda generación de los derechos sociales que calificó el paso de una democracia gobernada a una democracia gobernante; los derechos económicos que tanto se identifican con la vigencia de un sistema propio del mundo occidental; la cuarta generación de derechos culturales, ambientales, minorías, tan poco solidificados en el Estado moderno; y quién puede prever hasta qué punto se expandirá esta tendencia creadora que dice mucho de la evolución de la “naturaleza de lo humano”.

Esta tendencia coquetea, contrasta o se opone a “diversas filosofías” de lo político, como el liberalismo más absoluto; el socialismo utópico que nunca despertó del sueño, el socialismo totalitario, más real que ningún otro, contenido en la pesadilla comunista, el socialismo anárquico que no se atreve a decir su nombre y niega su naturaleza pero que es muy eficiente a la hora de la destrucción institucional, como se ha patentado en el mal ejemplo venezolano y su macabra expansión latinoamericana; fundamentalismo de mercado que subyuga eficientemente el espíritu de los pueblos; fundamentalismo religioso; el neoliberalismo; y un sinnúmero de variantes que reflejan el grado de complejidad que ha alcanzado la “naturaleza gregaria” del ser humano.

Por eso reclamo el mérito de Kant negado por aquellos que lo ubican como icono de un positivismo jurídico. Él asume la humanidad de la persona, la cual necesariamente se actualiza, agrego yo, en lugar de una definida y definitiva naturaleza humana que, al

plantearse como origen, necesariamente es pasada y fue superada. En este punto, insisto que el análisis de esa condición se inscribe en la elucubración racional que acompaña las primeras elaboraciones abstractas sobre el Estado y que, en consecuencia, se constituye en categoría metodológica más que en una realidad histórica. En una segunda construcción kantiana, según Billier, el derecho natural deviene en “el horizonte” y no el origen del derecho positivo, lo que implica un rol ideal regulador y una función crítica.³³ Precisamente en este último aspecto es que coincido y afirmo que Kant fue el reivindicador del derecho natural como factor de validación del orden jurídico positivo.

Volviendo al tema de la esfera de lo privado y lo público, esta diferenciación tiene sentido si al identificar lo público con el Estado entendemos que el poder de este debe estar limitado y que la proyección de esa contención irradia en beneficio de la sociedad civil. ¿Cuáles son los problemas a desarrollar si partimos de la anterior premisa? Por supuesto, la primera interrogante que aparece es la que marca la vigencia irrestricta de un sistema de derechos humanos: ¿Sobre qué base se plantea la limitación? La respuesta inmediata es sencilla para quien, como es mi caso, asume la existencia de un estatuto normativo definido por la propia naturaleza humana que se constituye en patrón de validación del orden jurídico positivo. Por supuesto, este marco valorativo y normativo es anterior a la existencia misma del Estado; inclusive, si se le da al vocablo una equivalencia como simple principio de autoridad.

Las consecuencias son efectivas e inmediatas. Si nos iniciamos en un orden al margen del Estado, si tal visión es eminentemente ideal y valorativa,³⁴ si ese orden parte de las tendencias naturales de los seres humanos,³⁵ si en el seno de la sociedad esas

³³ Este autor comenta tres niveles que descubre en Kant: i. El denominado *das natürliche Recht*, es decir el derecho del hombre natural, el derecho eventual o hipotético del hombre en estado de naturaleza; ii. El *Naturrecht*, el derecho natural propiamente dicho, nivel metapositivo del derecho que trasciende al derecho establecido y que constituye un deber; y iii. El derecho público, derecho civil o derecho político, *das öffentliche Recht*, que designa el derecho existente dentro del Estado. Aquí las traigo a colación por cuanto él considera que la mayoría de las interpretaciones francesas de un Kant positivista, y cita la de Villey en este sentido, derivan de la ambigüedad de las traducciones que hacen ambivalentes los dos primeros niveles. Billier, *Op. Cit.*, p. 120.

³⁴ “Los estudios antropológicos demuestran la coincidencia cultural en la aceptación de comportamientos que aproximan a un prototipo de humanidad: actos de coraje, paciencia ante las pruebas y dificultades de la vida, compasión por los débiles, moderación en el uso de los bienes materiales, actitud responsable ante el ambiente, sacrificio por el bien común y la practica fraterna. Estos modelos de carácter ético delinean una vida «según la naturaleza» de la misma forma que se pueden detectar conductas abominables que atentan contra ella. Es indudable que el contexto social marca la formación bajo valores morales pero no es por albur que, al margen de la particularidad cultural, exista una coincidencia universal, por no utilizar el término consenso, que consolida un código de lo humano según un llamado interior”. Cfr. Tulio Álvarez, *La Ley Natural como patrón del orden justo*, p. 469.

³⁵ “En el documento de la Comisión Teológica se enumeran los tres grandes grupos de dinamismos naturales que obran en la persona humana: a) Común a todo ser sustancial, la inclinación a conservar y a

necesidades se traducen en unos derechos entonces mal puede ese Estado pretender un poder de disposición, mediante la imposición de la ley positiva, sobre derechos que no creó.

Es aquí que aparece la innovación metodológica kantiana ya que, aunque él refiera la necesidad de que el derecho como realidad efectiva se manifieste bajo una determinada autoridad del Estado, su posición no supone la exclusividad normativa ni mucho menos la negación de un orden exterior al derecho instituido por el Estado, superior agrego yo; lo cual constituye el dogma positivista. Los conflictos sociales y la necesidad de resolverlos dimanar de la naturaleza gregaria del ser humano, nacen con él, se trataría del sempiterno estado de naturaleza jurídica inicio de tanta reflexión filosófica; y el principio de autoridad es posterior, signado por elementos que en un principio fueron carentes de racionalidad.

6. MITOLOGIA IUSPOSITIVISTA

Será luego de su vigencia histórica como organización, producto de una reflexión ideal de la razón práctica, que se estrenará el Estado; y, solo entonces, saldrá de su anonimato. Insisto aquí en la profunda distinción entre una organización del poder dirigida y concebida como instrumento de control social, un aparato cuya único norte sea el interés particular de quien lo dirige y el Estado ideologizado por una vocación declarada y dirigida al resguardo de los derechos fundamentales del ciudadano. El siglo XVIII fue el escenario de los grandes cambios que requirieron de una adecuación de esas organizaciones preexistentes a esta nueva concepción.

Es mi criterio que el lenguaje que traduce las acciones del Estado, lo que me atrevo a calificar como el **“bloque normativo”** de los actos que genera, no solo debe coexistir con ese orden externo y superior que se constituye en su horizonte sino que debe

desarrollar su existencia; b) Común a los seres vivos, la inclinación a reproducirse para conservar la especie; c) Propio de los seres racionales, la inclinación a vivir en sociedad así como conocer la verdad sobre Dios. Estas inclinaciones permiten formular los primeros preceptos de lo natural, conocidos naturalmente; además, son el primer sustrato que constituye la base de toda reflexión ulterior sobre el bien a practicar y el mal a evitar. Los preceptos que dirigen la acción de las personas surgen como consecuencia lógica de los dinamismos naturales y de la razón práctica que propugna ejecutorias en defensa de esos bienes morales. Así surge la necesidad de auto preservación como reacción espontánea frente al peligro de muerte; la inclinación a obtener los bienes que contribuyan a una apropiada calidad de la vida biológica; y la formación de la familia como proyección armoniosa y fraterna del propio ser”. Idem, p. 470.

realizarlo; y, por ese simple hecho, al confirmar lo que hay de universal en todo derecho, se valida. Es así que el Estado y el orden jurídico que le es inherente parten de un deber ser. De manera que las leyes no son en sí mismas legítimas: cabe la excepcionalidad del desconocimiento cuando contradicen los valores universales que fundan un derecho superior a aquél que es creado e impuesto por el Estado como manifestación positiva de su ser, lo que no muy pocas veces se confunde con la voluntad arbitraria de quienes lo controlan.

De esta forma Kant, sin romper con una concepción iusnaturalista que se siente reivindicada con sus escritos, abre la puerta al positivismo pero sin hacerle grandes concesiones o cruzar una cuerda floja, sobreponiéndose al bamboleo con barras de equilibrista. Y que no se diga que él sometió el derecho natural al derecho positivo por el hecho de ser adaptado y adoptado por los principales exponentes de corriente tan vasta, tal como el mismo Kelsen refiere en carta que remitió a Renato Treves, el 3 de agosto de 1933, a poco de ser expulsado de su cátedra en la universidad de Colonia y próximo a asumir la docencia en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra:

*Es absolutamente verdad, que el fundamento filosófico de la TPD (Teoría Pura del Derecho) reposa sobre la filosofía kantiana o, más precisamente, sobre la interpretación "Coehniiana" de su filosofía. El hecho de que, a partir de Cohen, asumí la teoría de la razón pura como una teoría de la experiencia, es seguramente de importancia capital en relación a mi tentativa de aplicar el método trascendental a la teoría de derecho positivo. Si, por derecho positivo se entiende el derecho empírico, el derecho en la experiencia o aun, como Sander, la experiencia jurídica, entonces la TPD es ciertamente empírica. Este empirismo tiene el mismo sentido que puede encontrarse en la filosofía trascendental de Kant. Así como la filosofía trascendental de Kant se dirige contra la metafísica, la TPD se dirige contra el derecho natural, siendo éste el correlato exacto, en el dominio de la realidad social en general, y del derecho positivo en particular, de la metafísica. Yo profundice esta cuestión en ocasión de mi trabajo **"Die Philosophischen Grundlagen der Naturechtslehre Und der Reschpositivismus"** (vortreager Kant-Gesellschaft, Mr31). En la medida que en la TPD, intentó de manera inédita, presentar a la filosofía de Kant como una teoría del derecho positivo (en oposición a Stammler, todavía muy ligado a la teoría del derecho natural) ella fue en cierto modo, más allá del pensamiento de Kant que, en su propia doctrina del derecho, abandonó el método trascendental. Es necesario señalar, mientras tanto, que la TPD administra lo más fielmente posible la herencia espiritual de Kant. Esto la distingue de otras filosofías del derecho que se reclaman seguidoras del Kantismo. La TDP ha tornado la filosofía de Kant mucho más fértil para el derecho; ella contribuyó a su perfeccionamiento, sin adherir en todos los puntos a la filosofía Kantiana del derecho. Si se piensa que la obra de Kant es representativa de la verdadera filosofía Alemana, la TPD es la más alemana de todas las filosofías del derecho elaboradas en Alemania, después de la época de Kant. Al decir esto, me dirijo a todos aquellos que*

en la atmósfera pestificada de nuestros días, se contentan combatiendo a la TPD bajo el pretexto de que ella es anti alemana, sin procurar comprenderla. En este respecto, por otro lado, me gustaría insistir sobre el carácter universal de la TPD. Característica que surge, ante todo, del conjunto del derecho, del ordenamiento jurídico, donde el objetivo es, el de concebir no importa cuál sea, algún fenómeno accesorio. De ahí resulta que la doctrina de la proposición jurídica (Rechtssatz) ocupe el centro de la TPD. Aun la filosofía del derecho de Hegel -tímidamente estudiaba por la doctrina de su época- a pesar de la idea de espíritu objetivo, no puede alcanzar un grado de objetividad similar aquel que posee la TPD. Esta última no permitió solamente superar el dualismo entre derecho público y privado y derecho objetivo y subjetivo, ella tiene también la finalidad de superar numerosas teorías jurídicas insustentables.³⁶

Esta explicación demuestra que el hito kantiano en filosofía jurídica no deriva de una especial teoría del derecho; de eso se encargaran los que mantienen fidelidad a la vigencia de un derecho que se corresponde con la naturaleza de lo humano o a personajes como Kelsen y quienes aún hoy se alumbran con su influjo. Más propiamente, el impacto de su pensamiento está en orden a la conceptualización crítica del conocimiento y a marcar la diferenciación entre los aspectos ideales y la praxis. Este pensador, centrado en el ser humano como centro de gravitación, ductor del idealismo alemán, no podía y no pudo controlar que una propuesta como la suya fuera dirigida contra el derecho natural, tal como lo afirma el padre del positivismo jurídico con tanta fuerza en su comunicación de 1933.

Superada la experiencia nacional-socialista, Kelsen ya no sería tan vehemente; máxime si se toma en consideración que se refugió en el estudio del derecho internacional y tuvo que entender el papel que jugó ese vituperado e inexistente orden, por él execrado en su Teoría Pura del Derecho, en la solución de los dilemas morales y lagunas que surgieron en ocasión de los Juicios de Núremberg. Esto me lleva a plantear una cierta mitología del iuspositivismo.

EL MITO DE LA TOTALIDAD:

El primer mito que señalaré se corresponde con la pretensión de que el conjunto normativo aprobado por una autoridad y por procedimientos predeterminados que confieren validez representa el orden de lo jurídico como un todo. Resulta que con esa

³⁶ Carta de Hans Kelsen a Renato Treves del 3 de agosto de 1933. Publicada en la *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"* - Año VI, Número 8, 2012. Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires. Consulta del 3 de marzo de 2014.
En la web: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0008A006_0012_clasicos.pdf

concepción de totalidad lo que se ha hecho es fragmentar el mundo de lo jurídico. Revisemos la siguiente reflexión:

En lo esencial, el proceso de división es una manera de pensar sobre las cosas adecuada y útil principalmente para las actividades prácticas, técnicas y funcionales. Sin embargo, cuando este modo de pensar se amplía a la noción que el hombre tiene de sí mismo y al mundo entero en el cual vive (por ejemplo, a su propio concepto del mundo), deja de considerar las divisiones resultantes como simplemente útiles o convenientes y comienza a verse y sentirse a sí mismo, y a su mundo, como formados realmente por fragmentos con existencia separada. Guiado por un concepto fragmentario de su propio mundo, el hombre intenta entonces romperse a sí mismo y su mundo, para que así todo parezca corresponder a su modo de pensar. Así consigue una prueba aparente de que su propio concepto fragmentario del mundo es correcto aunque, por supuesto, no advierta el hecho de que es él mismo, actuando según su manera de pensar, quien ha introducido esta fragmentación que ahora parece tener una existencia autónoma, independiente de su voluntad y de su deseo.

Desde tiempo inmemorial, el hombre ha sido siempre consciente de la existencia de este estado de fragmentación aparentemente autónoma, y a menudo ha proyectado mitos acerca de una primigenia «edad de oro», antes de que la escisión entre el hombre y la naturaleza y entre hombre y hombre hubiera tenido lugar; el hombre ha buscado siempre la totalidad mental, física, social, individual (...) Lo que hay que poner de relieve, ante todo en la investigación científica, y más tarde en un contexto más general, es que la fragmentación produce continuamente la costumbre casi universal de pensar que el contenido de nuestro pensamiento es « una descripción del mundo tal como es ». O que, según esta costumbre, consideremos nuestro pensamiento en correspondencia directa con la realidad objetiva. Como nuestro pensamiento está permeado de diferencias y distinciones, esta costumbre nos lleva a considerar estas divisiones como reales, y vemos y experimentamos el mundo como realmente dividido en fragmentos.³⁷

El punto que quiero destacar aquí es que Kelsen y sus herederos, con sus teorías de ese orden total, magnificaron de tal forma la relación entre pensamiento y realidad para justificar sus posiciones y su forma de entender el derecho que terminaron

³⁷ David Bohm, *La Totalidad y el Orden Implicado*, p.p. 21 y 22. Bohm es un destacado experto en física cuántica que desarrolló en esta obra un paradigma científico y un nuevo modelo de realidad. Aunque su área de experticia no son las ciencias sociales, menos el derecho, este comentario da luces sobre el mito que trato de explicar. El sentido común y la convención social nos da una falsa visión fragmentaria del mundo; y se confunde el contenido de nuestro pensamiento con el mundo en sí mismo. Existe un “orden desplegado” (*explicate realm*) al tiempo de un “orden implicado” (*implicate realm*); y el orden que vemos -por ejemplo- en el movimiento de los planetas es, en verdad, la expresión de ese “orden implicado” al que él hace referencia y en el cual los conceptos de espacio y tiempo ya no tienen validez.

creando el efecto contrario; es decir, fragmentaron el mundo de lo jurídico y le restaron lo que para mí será la esencia, en el sentido de eliminar de un tajo el factor fundamental de validación. Bohm insiste:

Nuestra manera fragmentaria de pensar, observar y obrar tiene, evidentemente, implicaciones en todos los aspectos de la vida humana. Es decir, por una especie de ironía bastante interesante, la fragmentación parece ser lo único en nuestro sistema de vida que es universal, que funciona por todas partes sin fronteras ni límites. Ello sucede porque las raíces de la fragmentación son muy profundas y amplias. Como ya hemos dicho, intentamos dividir aquello que es único e indivisible, y esto supone que, en el paso siguiente, intentaremos hacer idéntico aquello que es diferente.

La fragmentación es, en esencia, una confusión acerca de la cuestión de la diferencia y la mismidad (o unidad), pero la percepción clara de estas categorías es necesaria en cada fase de la vida. Estar confundido acerca de lo que es diferente y lo que no lo es, es estar confundido acerca de todo. Así que no es accidental que nuestra forma fragmentaria de pensar nos esté llevando a un amplio conjunto de crisis: social, política, económica, ecológica, psicológica, etcétera, tanto en el individuo como en la sociedad considerada como un todo. Esta forma de pensar supone el inacabable desarrollo de un conflicto caótico e insensato, en el cual tienden a perderse las energías de todos en movimientos antagónicos o, si no, en malentendidos.

Es importante y, en verdad, de suma urgencia, aclarar esta profunda y extendida confusión que penetra en la totalidad de nuestras vidas. ¿Para qué sirven los intentos en la sociedad, en la política, en la economía o en cualquier otro campo, si la mente queda atrapada en un movimiento confuso en el que generalmente se está diferenciando lo que no es diferente y se está identificando aquello que no es idéntico? Tales acciones serán, en el mejor de los casos, inútiles y, en el peor, realmente destructoras.

Tampoco servirá de nada el imponer una especie de principio «holístico» integrador o unificador en nuestro propio concepto del mundo, porque, como ya indicamos antes, cualquier forma fija de concebir el propio mundo supone que ya no vamos a tratar nuestras teorías e intuiciones como maneras de mirar, sino más bien como «conocimiento absolutamente verdadero de las cosas tal como ellas realmente son». Es decir, tanto si queremos como si no, las distinciones que están presentes en cada teoría, incluso en una teoría «holística», se tratarán falsamente como divisiones, lo que supondrá la existencia separada de los términos que se han diferenciado (de modo que, asimismo, lo que no sea así diferenciado, recibirá un falso tratamiento como algo absolutamente idéntico).

Tenemos, pues, que estar preparados para dedicar una cuidadosa atención y la más seria consideración al hecho de que nuestras teorías no son «descripciones de la realidad tal como es», sino más bien formas de observar siempre cambiantes, que pueden señalar o apuntar a una realidad que sólo está implícita y que no se puede

*describir ni especificar en su totalidad. Así, esta necesidad de estar preparados nos sostendrá incluso ante lo que estamos diciendo en este capítulo, en el sentido de que no hay que considerarlo como «conocimiento absolutamente verdadero de la naturaleza de la fragmentación de la totalidad».*³⁸

Mi consideración sobre este mito positivista es que Kelsen y sus seguidores demuestran estar tan confundidos acerca de una absoluta diferenciación entre las normas formalmente aprobadas por el Estado y el complejo normativo que deriva de una naturaleza de lo humano y que se constituye en “el horizonte” de aquel que terminan confundidos acerca de todo. Por tal razón, surgen inmediatamente conflictos que terminan alejándonos del objetivo primario que se traduce, y no es otro, que establecer el mejor derecho posible impregnado de un sentido de Justicia integral; al tiempo que se acepta un factor de validación cónsono con los principios, paradigmas y normas que, en forma universal, se han correspondido con esa naturaleza.

EL MITO DE LA UNIFORMIDAD:

El segundo mito está en función de entender que el orden jurídico se manifiesta en forma uniforme como sistema cerrado que puede ser validado por las propias reglas que lo conforman. Podría asumirse que las construcciones positivistas son sumamente celosas en preservar este aspecto; pero precisamente, al ellos profundizar en la racionalidad del derecho como construcción del pensamiento se produce una tremenda contradicción ya que la historia del derecho y su ***Problematicus*** en la modernidad demuestran lo contrario. La praxis sugiere que el derecho, como mecanismo de solución de conflictos, no da soluciones uniformes y la tendencia es una especie de “disconformidad inherente” que, al depender de la interpretación, puede multiplicar el sentido de una norma.

Este mito refleja una concepción que rechaza cualquier elemento que no sea propiamente jurídico, como si el orden jurídico se integrara en forma exclusiva y excluyente de normas jurídicas; o, en términos del mismo Kelsen, descartar “***todo juicio de valor ético o político***”.³⁹ Tal visión podría pasar en los albores del constitucionalismo, coincidente temporal del proceso de codificación del derecho; pero el desarrollo del Estado constitucional, como factor predominante que define lo democrático en el mundo occidental, modificó no solo la jerarquía de las fuentes del derecho sino que trajo consigo un cambio en la forma de interpretación al añadir el elemento axiológico de supremacía normativa del Texto Fundamental, típico de la

³⁸ David Bohm, *Ibidem*, p.p. 39 y 40.

³⁹ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, pág. 134.

democracia constitucional; además, magnificó la indagación histórico – contextual como proceso que permite definir el sentido de las normas constitucionales.

Otro factor que me hace rechazar una interpretación del derecho desprovista de elementos metajurídicos deriva de la condición política del derecho constitucional, al punto de que esta disciplina, jerárquicamente superior y axiológicamente sustentada, ha recibido el término de “Derecho Político” en no pocas interpretaciones de juristas. Si lo propio del derecho constitucional es la racionalización de los fenómenos de poder y la anticipada resolución de los conflictos políticos, ¿cómo se puede excluir este factor en la reflexión sobre el derecho? Criterio que se potencia al constatar que en el tema de los derechos humanos, materia dogmática de lo constitucional, la ideologización es inherente.

También aparece el problema lingüístico, planteado al inicio de este artículo como hacedor de la diferenciación artificial de tendencias. En especial, en el neo positivismo, esas teorías tratan de fijar unos límites al derecho; pero yo siento que lo que hicieron fue establecer un límite al propio pensamiento sobre el objeto de estudio, lo que implicó limitarse ellos mismos en el campo del lenguaje. En este punto, vale revisar la elaboración de una filosofía del lenguaje que propone Ludwig Wittgenstein (1889-1951) en su obra *Tractatus logico philosophicus*, la cual parte de la premisa de que el mundo está constituido por el conjunto de los hechos y el conjunto de las proposiciones constituye el lenguaje. De manera que se hace indispensable definir el ámbito de lo que se puede decir, lo que se corresponde con el sentido del objeto de ese pensamiento, pues lo que no se puede decir no se puede pensar; y lo que no se puede decir o pensar, carece de sentido. Y aquí la referencia vale porque mucho se ha dicho de la influencia de Wittgenstein en la Escuela de Viena.

Pero el sinsentido se hace recurrente ya que Wittgenstein parte de un especial rol de la filosofía como reflexión crítica del lenguaje y con un definido objeto de clarificación lógica donde la verificabilidad es clave e implica una revisión de la realidad.⁴⁰ Yo me interrogo entonces, ¿cómo entender al Estado, productor del orden jurídico positivo, como puro derecho? Fijémonos en la forma como Kelsen prologa su Teoría del Estado positivo, estrictamente jurídica, “*sin matiz político alguno*”:

Esta teoría [La Teoría del Estado Positivo que él asume] era una parte del gran movimiento científico-social que - paralelamente a una evolución análoga en el dominio de las ciencias naturales - se dirigía contra la especulación jusrrealista

⁴⁰ El objeto de la filosofía es la aclaración lógica del pensamiento. Filosofía no es una teoría sino una actividad. Una obra filosófica consiste en elucidaciones. El resultado de la filosofía no son “proposiciones filosóficas” sino el esclarecerse de las proposiciones. La filosofía debe esclarecer y delimitar con precisión los pensamientos que de otro modo serían, por así decirlo, opacos y confusos; en *Tractatus Logico-Philosophicus*, 4.112.

del siglo XVIII, y aspiraba, apoyada en la escuela histórica del primer tercio del siglo XIX, a constituir una teoría de la sociedad real (Sociología) y del derecho positivo. Su método estaba influido, más o menos consciente y consecuentemente, por la crítica kantiana de la razón: dualismo de ser y de deber ser; sustitución de hipóstasis y postulados metafísicos por categorías trascendentales como condiciones de la experiencia; transformación de antítesis absolutas (por cualitativas y transistemáticas) en diferencias relativas, cuantitativas, intransistemáticas; paso de la esfera subjetivista del psicologismo al ámbito de la validez lógico – objetiva; he aquí algunos de los momentos esenciales de este método, y las directrices de mi labor teórica. Cuando yo reconozco el orden jurídico como sistema de normas y el Estado como orden jurídico (por lo cual sustituyo la orientación causalista de la Ciencia del Derecho y del Estado por el punto de vista normativo); cuando en lugar de la idea metafísica del Estado pongo su concepto trascendental y recalco los límites entre el contenido posible o real (positivo) del Estado y su contenido “verdadero” o “justo”; cuando suprimo las distinciones – que por representar antítesis absolutas destruyen toda unidad – entre derecho público y privado, subjetivo y objetivo, entre norma jurídica y sujeto de derecho, entre creación y aplicación del derecho, etc., para no reconocerlas más que como diferencias de contenido dentro de un sistema cuya unidad es indestructible; en fin, cuando solo pregunto sobre la significación objetiva del acto jurídico y no por su sentido subjetivo, sé que me pongo en contradicción con muchos autores de renombre. Y sin embargo, no hago más que desarrollar un germen que por doquiera se hallaba en estado de latencia. Yo creo haber desarrollado el ritmo de la inevitable evolución de mi disciplina, poniendo en estrecho contacto la provincia algo lejana de la ciencia jurídica con el fructífero centro de todo conocimiento: la Filosofía, lo cual permite la posibilidad de mostrar la conexión que media entre los problemas de la Teoría del Derecho y las grandes cuestiones de otras ciencias.⁴¹

Es cierto. La confrontación con el iusnaturalismo fue una moda en los tiempos de Kelsen. Pero su deseo de construir una unidad indestructible del derecho terminó desfigurando al propio sistema jurídico e impidiendo justamente lo que él perseguía, que: “**...la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo**”.⁴² Su propuesta tuvo el efecto contrario y atentó contra un elemento clave en su modelo: El principio de verificabilidad.

Sí una proposición está dotada de sentido cuando es verificable y sólo cuando es verificable, y el sentido de una proposición se identifica con el método de su verificación, ¿cómo pudo dejar a un lado la experiencia milenaria de aplicación del derecho? Solo para ejemplificar citaré de una materia con la que estoy familiarizado, el derecho romano:

⁴¹ Wittgenstein, *Op. Cit.*

⁴² Kelsen, *Idem.*

Lo cierto del caso es que, en el concepto de Justicia romano, está presente el reconocimiento del otro y la valoración de lo que es merecido por él. Y son estos aspectos los que permiten un contraste entre Justicia y una equidad [*Aequitas*] más en la dirección de solucionar los conflictos y como mecanismo a utilizar, ante la eventualidad de un litigio, para atemperar el *ius civile*. Y en aquel momento histórico en el que preponderaba lo formal y ritual, el magistrado procuraba evitar una salida *inaequa* confiriendo una *actio* o una *exceptio* de acuerdo a la posición procesal de las partes. Este tipo de decisión no estaba signada por la arbitrariedad del magistrado y se podría afirmar que es el precedente de la *equity* del *Common Law*.⁴³

En el lenguaje de Wittgenstein considero que privar al derecho de su raíz histórica y concebirlo como sistema cerrado de lo estrictamente jurídico implica realizar una proposición supraempírica, esa que él tanto crítico por la utilización de la metafísica; ya que con ella se pretende falsamente establecer un saber acerca de lo supraempírico, un lenguaje que supere el plano fáctico. Si solo se puede hablar de los hechos, lo factico en el derecho ha sido, desde su origen, la utilización de fuentes complementarias y criterios de interpretación que superan el rango de la norma positiva. De manera que el problema planteado por el positivismo, en el campo del derecho, ha sido mal planteado y que la uniformidad de cualquier sistema jurídico es un mito.

EL MITO DE LA AUTONOMIA:

El tercer mito asume que el derecho se basta a sí mismo y que para su interpretación son suficientes los criterios de literalidad, conexión lógica, asimilación analógica y coherencia sistemática del orden positivo para definir su aplicación. Volviendo al ejemplo citado del derecho romano, a la par de confirmar las disposiciones existentes de *ius civile*, la decisión pretoria podía dirigirse a llenar los vacíos de la legislación, lo que implicaba la corrección de ese derecho; y algo sumamente importante, el *ius civile* era un estatuto personal del ciudadano romano mientras que el derecho pretoriano no estaba reservado a los ciudadanos ya que su climax de formación se produce en el momento en que las relaciones mercantiles con los extranjeros han

⁴³ Tulio Álvarez, *Comentarios a las Institutas de Justiniano*. Tomo I. Comentario al Título I. ¿Cómo opera este *ius praetorium*? Tal como se infiere de la cita anterior, su función de complemento es compatible con la valoración de la costumbre como fuente de derecho, en los términos analizados, pero con una connotación mucho más compleja por la activación de la equidad como fórmula de solucionar los conflictos. Y es precisamente con esta operación intelectual en la que el pretor podía amortiguar la rigidez de la ley y aplicar una costumbre. Es por esta razón que Marciano lo coloca en el plano de la interpretación de la norma para hacerla un derecho vivo, la viva voz del derecho civil, *Marcianus libro primo institutionum, D.1.1.8: "Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis"*.

llegado a su máxima expresión. Ante esta situación se hizo imprescindible flexibilizar el derecho mediante la creación de actos y procedimientos que permitieran el comercio con los habitantes de otros pueblos. Y que no se diga que la jurisdicción de equidad es derecho puro, ni en el derecho romano ni en el derecho romano actual.

Pero el hecho mismo de que la norma positiva debe ser objeto de interpretación revela que el sistema no es autónomo ya que ese estudio interpretativo nunca será un simple análisis explicativo de la regla de derecho. Es por ello que resalto que, más que problema conceptual, la esencia del derecho se encuentra en su aplicación y que, en esta, la adecuación de la norma abstracta y general al caso concreto vivifica lo jurídico. Y que conste que no voy a desarrollar aquí el esquema ejecutado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que parte de una “potestad normativa” basada en su carácter de último interprete de la Constitución y en la naturaleza vinculante de sus decisiones, tremendamente marcadas por lo político y signadas por un grado máximo de subjetividad y arbitrariedad. Ejecutando tal potestad, ese órgano jurisdiccional ha modificado la normativa positiva y ha creado procedimientos de conformación normativa.⁴⁴

7. CONCLUSIONES

En estas breves conclusiones, quisiera citar la presentación que de sus editores hace la Revista Derecho y Sociedad, ya que reflejan mi sentir sobre la problemática planteada en este artículo: « ***Somos unos cuantos quienes hemos combatido, de una forma u otra, con argumentos que a menudo se parecen mucho, la explicación científica propuesta por Kelsen, Duguit y Wyer. Hemos denunciado el proceder de nuestros antecesores que tendía hacia la purificación del objeto, y nos hemos reunido precisamente en nombre de su « impureza »... porque nuestras investigaciones nos han enseñado que el derecho es tanto un fenómeno histórico, cultural y social como lógico...*** ».⁴⁵ Ese ha sido mi objetivo al desarrollar este trabajo: demostrar la imposibilidad de presentar tal pureza en lo jurídico.

⁴⁴ En la lista de referencia de este artículo enumero algunas de las más relevantes decisiones en ejecución de esa “potestad normativa”, signadas por el hecho político. Repito, esos son solo algunos casos emblemáticos; y solo reflejan el aspecto cualitativo, no cuantitativo, de la actividad de la Sala Constitucional.

⁴⁵ Revista *Droit et Société*, 1, 1985, p.11. <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/revue-ds.htm>.

El pensamiento humano se adapta, algunas veces evoluciona. El concepto puro kelseniano se morigeró con el reconocimiento de un cierto marco de acción, la más de las veces indeterminado, para quien tenga la responsabilidad de aplicar el orden positivo; y se entiende entonces que sea en la argumentación, la interpretación y la subsunción de la norma jurídica donde los fanáticos del *juridicismo* encuentran los mayores baches. Esto es así porque los mitos positivistas han hecho daño en la praxis y este ha sido profundo. No es de extrañar que, a mayor radicalismo en la negación de los valores universales, el resultado haya sido la repotenciación de esos principios que se identifican con el derecho natural.

Yo entiendo la tarea del jurista como actividad creadora, inclusive en el orden de lo inventivo, más que como actividad de demostración formal de las reglas y normas positivas que deberían valer por sí mismas. El arte de argumentar implica la presentación del derecho de manera que exprese la solución a un conflicto de entre varias opciones factibles. La existencia de la controversia siempre supondrá esa realidad.

Partir de una pureza del derecho implicaría que todos los intérpretes del mismo actúan en forma objetiva y de acuerdo a un ejercicio intelectual absolutamente reglado; en pocas palabras, un punto de partida imposible. Al contrario, sostener que el derecho tiene un factor de validación implica aceptar la impureza de un sistema en el cual no toda norma creada por el Estado es justa y no todo interprete, en especial los jueces, está formado, es imparcial, en síntesis, tiene competencia subjetiva.

La filosofía del derecho se traduce en un esfuerzo de abstracción en la búsqueda del mejor derecho. Para ello es imprescindible trabajar su desarrollo histórico inquiriendo sobre las constantes universales que lo marcan como ideal de justicia que brota de la razón pura. Me permito una cita final de Kant, tomada de su *Metafísica de las Costumbres*, en este esfuerzo conclusivo:

El uso especulativo de la razón, con respecto a la naturaleza, conduce a la necesidad absoluta de alguna causa suprema del universo; el uso práctico de la razón, con respecto a la libertad, conduce también a una necesidad absoluta, pero sólo de las leyes de las acciones de un ser racional como tal. Ahora bien: es principio esencial de todo uso de nuestra razón el llevar su conocimiento hasta la conciencia de su necesidad (que sin ella no fuera nunca conocimiento de la razón). Pero también es una limitación igualmente esencial de la misma razón el no poder conocer la necesidad, ni de lo que existe o lo que sucede, ni de lo que debe suceder, sin poner una condición bajo la cual ello existe o sucede o debe suceder. De esta suerte, empero, por la constante pregunta o inquisición de la condición, queda constantemente aplazada la satisfacción de la razón. Por eso ésta busca sin descanso lo incondicional-necesario y se ve obligada a admitirlo, sin medio alguno para hacérselo concebible: hartó contenta cuando puede hallar el concepto que se

compadece con esa suposición. No es, pues, una censura para nuestra deducción del principio supremo de la moralidad, sino un reproche que habría que hacer a la razón humana en general el que no pueda hacer concebible una ley práctica incondicionada (como tiene que serlo el imperativo categórico), en su absoluta necesidad; pues si no quiere hacerlo por medio de una condición, a saber, por medio de algún interés puesto por fundamento, no hay que censurarla por ello, ya que entonces no sería una ley moral, esto es, suprema, de la libertad. Así pues, no concebimos, ciertamente, la necesidad práctica incondicionada (como tiene que serlo el imperativo categórico), en el imperativo moral; pero concebimos, sin embargo, su inconcebibilidad; y esto es todo lo que en equidad, puede exigirse de una filosofía que aspira a los límites de la razón humana en principios.

La Filosofía del Derecho traduce un ideal que pretende convertirse en praxis y es en la existencia de un orden valorativo, sustentado en lo más profundo de la naturaleza humana, donde esa realidad coercitiva encuentra sus límites. Más allá de un orden paralelo o superpuesto se trata de ese horizonte de Justicia al que tantas veces he hecho referencia y que me conformo con identificar como derecho natural, un patrón de validación del orden jurídico.

8. LISTA DE REFERENCIAS

Álvarez, Tulio, *Comentarios a las Institutas de Justiniano*. Tomo I [Parte General]. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2010.

-, *Constituyente, Reforma y Autoritarismo del Siglo XXI*. Caracas: Ediciones UCAB, 2007.

-, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. 5ª edición aumentada y corregida. Tres tomos. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2014.

Arendt, Hannah, *Hombres en tiempos de oscuridad*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2001.

-, *La Condición humana*. Barcelona: Paidós, 1993.

-, *Los orígenes del totalitarismo*. Bogotá: Editora Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A., 2004.

Atias, Christian, *Philosophie du Droit*. 3ª edición. Colección Themis. Paris: Presses Universitaires de France, 2012.

Billier, Jean-Cassien, MARYIOLI, Aglaé, *Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Armand Colin Éditeur, 2001.

Bodino, Juan, *Los Seis Libros de la República*. Antologías del Pensamiento Político. Instituto de Estudios Políticos, U.C.V. Caracas: Imprenta Universitaria, 1966.

Bohm, David, *La Totalidad y el Orden Implicado*, Colección Nueva Ciencia. 4ª Edición. Barcelona: Editorial Kairós, 2008.

Cabada Castro, Manuel, *Feuerbach y Kant: dos actitudes antropológicas*. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1980.

Canaris, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2ª Edición. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

Capelle, Philippe (Editor) *Dieu et la Cité: Le Statut Contemporain du Théologico-Politique*. Paris: Les Éditions du Cerf, 2008.

Chabot, Jean Luc, *Histoire de la Pensée Politique*. Saint Martin d'Hères (Isère): Presses Universitaires de Grenoble, 2001.

Chantebout, Bernard, *Droit Constitutionnel*. 23ª Edición. Paris: Éditions Dalloz, 2006.

Colin, Pierre, *L'audace et le soupçon. La crise du modernisme dans le catholicisme français 1893 - 1914*. Paris: Desclée de Brouwer, 1997.

Del Vecchio, Georges, *Leçons de Philosophie du Droit*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936.

De Vitoria, Francisco, **La Ley**. Estudio preliminar y traducción de Luis Frayle Delgado. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

-, **La Justicia**. Estudio preliminar y traducción de Luis Frayle Delgado. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

Descartes, Rene, **Discourse on the Method of Rightly Conducting the Reason**. En The Philosophical Works of Descartes. Cambridge University Press, 1970.

Dworkin, Ronald, **El Imperio de la Justicia**. Barcelona: Gedisa Editorial, S.A., 1988.

-, **La Comunidad Liberal**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores [Universidad de los Andes], 1996.

-, **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Editorial Ariel, 2002.

Easton, David, **A Systems Analysis of Political Life**. New York: John Wiley and Sons, Inc., 1965.

-, **Un Análisis de Sistemas de la vida política**. Chicago: Universidad de Chicago, 1979.

Edwards, Michael, **Civil Society**. Cambridge (UK): Blackwell Publishing, 2004.

Finnis, John (1996). **Natural Law and Natural Rights**. New York, U.S.A.

Gilson, Etienne, **God and Philosophy**. New Haven: Yale Univ. Press, 1941.

-, **The Unity of Philosophical Experience**. New York: Scribner's, 1950.

González, Carlos Manuel (2002). **Racionalidad científica y discursos prácticos**. Río Cuarto, Argentina.

Goyard-Fabre, Simone (Editor), **L'Etat Moderne: Regards sur la Pensee Politique de L'Europe Occidentale entre 1715 et 1848**. Paris: Vrin, 2000.

Goyard-Fabre, Simone, **La philosophie du droit d'Emmanuel Kant**. Paris: Vrin, 1996.

Guasco, Maurilio, **Modernismo. I fatti, le idee, i personaggi**. Milán: Edizioni San Paolo S.R.L., 1995.

Guchet, Yves, **Histoire des Idées Politiques**. Paris: Armand Colin Éditeur, 1995.

Hart, H.L.A. **El Concepto de Derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, **Philosophy of Right**. Oxford: Clarendon Press.

Hobbes, Thomas, **Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República, eclesiástica y civil**. México: Fondo de Cultura Económica, 1940.

Kant, Emmanuel, **Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres**. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

-, **Critique of Practical Reason and Other Writings in Moral Philosophy**.

Chicago: University of Chicago Press, 1949.

-, ***Critique of Pure Reason***. Editado por Paul Guyer y Allen W. Wood. Cambridge: University Press, 1997.

-, ***Critique of the Power of Judgment***. Editado por Paul Guyer. Cambridge: University Press, 2000).

Kelsen, Hans, ***Teoría General del Estado***. México: Editora Nacional, 1979.

-, ***Teoría pura del Derecho***. Buenos Aires: Ed. Eudeba, 1982.

Locke, John, ***Carta Sobre la Tolerancia***. Introducción de Pedro Bravo Gala. Caracas: Instituto de Estudios Políticos, U.C.V., 1966.

- ***Ensayo sobre el Gobierno Civil***. Madrid: Aguilar ediciones, 1969.

Marina, José Antonio, ***Dictamen sobre Dios***. Barcelona: Editorial Anagrama, 2005.

Maritain, Jacques, ***El Hombre y el Estado***. Madrid: Club de Lectores, 1983.

Morris, Clarence (Editor), ***The Great Legal Philosophers: Selected readings in jurisprudence***. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1995.

Pactet, Pierre, ***Institutions Politiques – Droit Constitutionnel***. 21ª Edición. Paris: Armand Colin, 2002.

Rovira Belloso, José María, ***Introducción a la Teología***. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1996.

Rousseau, Juan Jacobo, ***Discurso Sobre el Origen de la desigualdad de los Hombres***. Edición digital basada en la edición de Madrid, Calpe, 1923, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. La traducción del francés ha sido hecha por Ángel Pumarega.

Sánchez-Arcilla, José, ***Jacobus, id quid ego: Los caminos de la Ciencia Jurídica***.

Toulmin, S., ***The Uses of Argument***. Cambridge: C.U.P., 1958.

Toulmin, S., R., Rieke y A., Janik, ***An Introduction to Reasoning***. New York: MacMiflan, 1979.

Vidal, Marciano, ***Moral Fundamental***. 5ª Edición. Madrid: 1988.

Villey, Michel, ***Critique de la pensée juridique modern***. Paris: Dalloz, 1976.

-, ***Philosophie du droit*** (Tomo I). 3ª edición. Paris: Dalloz, 1982.

-, ***Philosophie du droit*** (Tomo II). 2ª edición. Paris: Dalloz, 1984.

-, ***Filosofía del Derecho***. Colección Universitaria. Barcelona: Editorial: Scire, S.L., 2003.

-, ***Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique***. Paris: P.U.F., 1987.

Wittgentein, Ludwig, ***Tractatus Logico-Philosophicus***. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

ARTÍCULOS EN REVISTAS ARBITRADAS

Álvarez, Tulio, *La Ley Natural como patrón del orden justo*. "FRONESIS": Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política del Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J.M. Delgado Ocando de la Universidad del Zulia, (2009) Volumen N° 16, N° 3.

Bix, Brian H., *Radbruch's Formula and Conceptual Analysis*. American Journal of Jurisprudence, (2011) 56(1): 45-57 doi:10.1093/ajj/56.1.45

Endicott, Timothy, *The Reason of the Law*. American Journal of Jurisprudence, (2003) 48(1): 83-106 doi:10.1093/ajj/48.1.83

Finnis, John, *Law and What I Truly Should Decide*. American Journal of Jurisprudence, (2003) 48(1): 107-129 doi:10.1093/ajj/48.1.107

Fuller, Lon L., *Human Interaction and the Law*. American Journal of Jurisprudence, (1969) 14(1): 1-36.

Gardner, John, *Nearly Natural Law*. American Journal of Jurisprudence, (2007) 52(1): 1-23 doi:10.1093/ajj/52.1.1

- *Legal Positivism: 5½ Myths*. American Journal of Jurisprudence, (2001) 46(1): 199-227

Gluckman, Max, *Natural Justice in Africa*. American Journal of Jurisprudence, (1964) 9(1): 25-44

Grisez, Germain, *Against Consequentialism*. American Journal of Jurisprudence, (1978) 23(1): 21-72

Hart, H.L.A. *Legal and Moral Obligation*. En A.I. Melden (Ed.), *Essays in Moral Philosophy*. Seattle, 1958.

Kalinowski, Georges, *Norms and Logic*. American Journal of Jurisprudence, (1973) 18(1): 165-197

Kelsen, Hans, y Paulson, Stanley L., *The Concept of the Legal Order*. American Journal of Jurisprudence, (1982) 27(1): 64-84

Kramer, Matthew H., *When Is There Not One Right Answer?* American Journal of Jurisprudence, (2008) 53(1): 49-68 doi:10.1093/ajj/53.1.49

Luciani, Rafael,.. *Sobre las inversiones del poder y el reconocimiento de las diferencias. El sentido teológico del poder, del dilema al drama*". Revista ITER Teología (2003) 30-31.

Noonan, John T. (Jr.), *American Journal of Jurisprudence*, (1962) 7(1): 169-177

Nozick, Robert, *Moral Complications and Moral Structures*. American Journal of Jurisprudence, (1968) 13(1): 1-50

Orejudo Pedrosa, Juan Carlos, *Defensa del humanismo y de los derechos humanos: La figura del sujeto y su historia*. Eikasía, Revista de Filosofía, (2006) II: 7. <http://www.revistadefilosofia.org>

Raz, Joseph, *About Morality and the Nature of Law*. American Journal of Jurisprudence, (2003) 48(1): 1-15 doi:10.1093/ajj/48.1.1

- Kelsen's theory of the Basic Norm, American Journal of Jurisprudence, (1974) 19(1): 94-111

Rhonheimer, Martin, *The Political Ethos of Constitutional Democracy and the Place of Natural Law in Public Reason: Rawls's "Political Liberalism" Revisited*. American Journal of Jurisprudence, (2005) 50(1): 1-70 doi:10.1093/ajj/50.1.1

Solum, Lawrence B., *Natural Justice*. American Journal of Jurisprudence, (2006) 51(1): 65-105 doi:10.1093/ajj/51.1.65

Ugalde, Luis, *Mediación de las Ciencias Sociales y la Política en la Teología*, en Nuevo Mundo, (1982) año XVIII, N° 104, marzo-abril.

Van der Burg, Wibren (2007). *Essentially Ambiguous Concepts and the Fuller-Hart-Dworkin Debate*. Tilburg, Holanda. Consulta en la web de fecha 9 de agosto de 2009: University Legal Studies Working Paper No. 003/2007. Disponible: <http://ssrn.com/abstract=1009179>.

DOCUMENTOS

Carta de Hans Kelsen a Renato Treves del 3 de agosto de 1933. Publicada en la Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año VI, Número 8,

2012. Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires. En la web: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0008A006_0012_clasicos.pdf
Consulta del 3 de marzo de 2014.

Conseil Permanent de la Conférence des Évêques de France, *Qu’as-tu fait de ton frère?* Documento suscrito en París, el 18 de octubre de 2006.
<http://www.cef.fr/catho/espacepresse/communiques/2006/20061018elections.pdf>

VATICANO (Comisión Teológica Internacional), *A La Recherche D’une Ethique Universelle: Nouveau Regard Sur La Loi Naturelle*, elaborado por la Comisión Teológica Internacional. Congregación para la Doctrina de la Fe. Santa Sede.

http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_con_cfaith_doc_20090520_legge-naturale_fr.html

,- Carta Encíclica **DIUTURNUM ILLUD** del Sumo Pontífice León XIII Sobre la Autoridad Política, según consulta en

http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_29061881_diuturnum_sp.html Publicada el 18 de abril de 2011.

,- [Concilio Vaticano II] Const. dogm. **Lumen Gentium**, (1965).

,- [Concilio Vaticano II] Decr. **Christus Dominus**, (1966).

,- [Concilio Vaticano II] Const. dogm. **Dei Verbum**, (1966).

,- [Concilio Vaticano II] Const. past. **Gaudium et spes**, (1966).

JURISPRUDENCIA VENEZOLANA EN EJECUCIÓN DE LA “POTESTAD NORMATIVA” DE LA SALA CONSTITUCIONAL

[s.S.C. N° 01-00] Sentencia N° 01 de fecha 20 de enero de 2000, con ponencia de Jesús E. Cabrera Romero. Caso: Emery Mata Millan. En el expediente N° 00-0002. Regula: Amparo – Competencia.

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/01-200100-00-002.htm>

[s.S.C. N° 07-00] Sentencia N° 07 de fecha 1° de febrero de 2000, con ponencia de Jesús E. Cabrera Romero. Caso: José Amando Mejía Betancourt y otros. En el expediente N° 00-0010. Regula: Amparo – Procedimiento.

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/07-010200-00-0010.htm>

[s.S.C. N° 93-01] Sentencia N° 93 de fecha 6 de febrero de 2001, con ponencia de Jesús E. Cabrera Romero. Caso: Corpoturismo. En el expediente N° 00-1529. Regula: La naturaleza y procedimiento del Recurso de Revisión.

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/93-060201-00-1529%20.htm>

[s.S.C. N° 2-2012] Sentencia N° 2 de fecha 3 de febrero de 2012, con ponencia de Carmen Zuleta De Merchan. Caso: Amparo presentado por Marisela Castro Gilly en su condición de Defensora Pública ante la Sala Constitucional a favor de un niño Warao. En el expediente N° 09-1440. Sentencia de la Sala Constitucional que reconoce la vigencia del juzgamiento de los tribunales indígenas legítimamente constituidos conforme a las costumbres ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas y la supeditación del derecho originario o consuetudinario de los indígenas a las normas, reglas y principios contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39865 del 15 de enero de 2012.

[s.S.C. N° 1268-12] Sentencia N° 1268 de fecha 14 de agosto de 2012, con ponencia de Carmen Zuleta De Merchan, caso: Amparo incoado por Yaxmery Elvira Legrand. En el expediente N° 11-0652; y [s.S.C. N° 1550-12] Sentencia N° 1550 de fecha 27 de noviembre de 2012, con ponencia de Carmen Zuleta De Merchan, caso: Aclaratoria de la Sentencia N° 1268 de fecha 14 de agosto de 2012. En el expediente N° 11-0652. Regulan: Procedimiento en casos de violencia contra la mujer.

[s.S.C. N° 1.331-02] Sentencia N° 1.331 de fecha 20 de junio de 2002, con ponencia de Jesús E. Cabrera Romero, caso: acción de amparo constitucional interpuesta por Tulio Álvarez contra el Fiscal General de la República. En el expediente N° 02-1015. Regula: Antejudio de mérito.

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1331-200602-02-1015%20.htm>