

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SU RENOVACIÓN PRÁCTICA

Javier Saldaña Serrano

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Del desconocimiento a la fama; 3. El derecho en la posguerra. 3.1. La edad de los derechos. 3.2. Más allá del positivismo jurídico. 3.2.1. El recurso a los principios jurídicos. 3.2.2. La hermenéutica jurídica; 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El inicio de cualquier etapa exige, de manera indefectible, la revisión y examen de lo acontecido en el período que concluye y la puesta en marcha de nuevos propósitos que continúen, con fuerza renovada, los objetivos primeros de la empresa inicial. Ésta parece ser la tarea que se impone en la presentación de este número monográfico de *Ars Iuris*, dedicado exclusivamente a trabajos de filosofía del derecho y que intenta, a partir de ahora, llenar un vacío existente en los debates actuales que tanto en teoría del derecho como de filosofía del derecho se proponen en distintos círculos de investigación en nuestro país. Hasta ahora, parte de la escasa producción filosófica del derecho realizada en México, había puesto énfasis en un particular modo de hacer filosofía jurídica —la analítica—, dejando de lado, quizá por omisión, la rica tradición jurídica tomista y neotomista que en universidades de otras latitudes geográficas resultan ser de obligado estudio; ¿será que en esos otros círculos académicos se tiene clara conciencia de que esta corriente filosófica ha realizado significativas aportaciones al estudio del derecho y a crear una ciencia de éste, con un método y una estructura

propias? Pareciera, desde la ignorancia, que la filosofía analítica y el tomismo, metodológicamente estuvieran destinados a la separación, e incluso fueran presentados como antagónicos, tesis que por otra parte, difícilmente alguien podría atreverse a sostener. Hoy, no sólo dentro de la filosofía práctica, sino incluso dentro de la misma metafísica se propone como punto de convergencia la recuperación, por parte de la filosofía analítica, de los problemas clásicos de la metafísica, superando con esto su parcial y reducido enfoque positivista que la caracterizó en sus primeros momentos ¹.

Pero el objetivo central de esta presentación no es establecer un puente entre analítica y tomismo, para eso ya se han hecho importantes trabajos ², sí es, en cambio, presentar una visión realista clásica del derecho —utilizando la expresión de Michel Villey— siempre actual, capaz de dar respuesta a los retos y exigencias que tanto el razonamiento teórico, pero sobre todo el práctico, demandan a lo jurídico.

Este realismo, distinto al americano y escandinavo, ve al derecho como la *res iusta* o cosa justa, y mantiene como rasgo típico ser una «teoría de la justicia y del derecho construida desde la perspectiva del jurista» ³, donde la función de éste es precisamente determinar el derecho de cada uno, lo suyo de cada cual. Donde ese derecho, esa cosa suya, es el *iustum*, lo justo.

Antecedente importante de dicho pensamiento lo es, sin duda, la obra de Aristóteles, particularmente su *Ética a Nicómaco*, la cual constituye, en expresión de Gadamer, «el punto a partir del cual el pensamiento occidental manifiesta expresamente la exigencia de ser

¹ Dentro de la más reciente bibliografía escrita en nuestro país se encuentra la compilación de trabajos llevada a efecto por Hurtado Pérez, G. (comp.), *Filosofía analítica y filosofía tomista. Diálogos con Mauricio Beuchot*, Surge, México, 2000.

² Cf. Nubiola, J., *El compromiso esencialista de la lógica modal. Estudio de Quine y Kripke*, 2a. ed. Eunsa, Pamplona, 1991, *passim*. Del mismo autor, *La renovación pragmatista de la filosofía analítica*, 2a. ed., Eunsa, Pamplona, 1996, *passim*.

³ Hervada, J., «Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico», en *Escritos de derecho natural*, 2a. ed., Eunsa, Pamplona, 1993, p. 761. Cf. Schouppe, J. P., *La concepción realista del derecho*, Pamplona, 1984, *passim*.

integrador y completo»⁴; y ser «la guía que indica los principios de nuestro vivir común»⁵.

Un segundo momento del realismo lo constituye, sin duda, la jurisprudencia romana clásica, período que va del 150 a.C. al 250 d.C., y que fue caracterizado como la etapa de mayor esplendor de la jurisprudencia romana, fundamentalmente por haber sido un derecho construido por juristas y no por legisladores, donde el derecho pasó entonces de ser una disciplina técnica a constituir todo un arte dialécticamente estructurado, tanto en la manera en la que fue razonado, como en su método de aplicación. Así, la producción del derecho correspondió fundamentalmente a los juristas, constituyéndose la jurisprudencia, si bien no en la única fuente del derecho, sí en la más importante⁶.

Finalmente, quien mejor comprendió el pensamiento aristotélico y el significativo aporte romano al derecho fue, sin excepción, Tomás de Aquino, que dejando de lado su teología, su filosofía representa la más importante visión realista, compartiendo con esto la propuesta aristotélica acerca de que el conocimiento deriva básicamente de la experiencia, de la realidad. Así, en el ámbito de lo jurídico, el Aquinate comprendió, que en un sentido primario el derecho debía ser entendido como «la misma cosa justa»⁷. Y definió a la justicia como «el hábito por el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho»⁸, perfeccionando la clásica definición romana aparecida en el *Digesto* 1, 1, 10.

2. DEL DESCONOCIMIENTO A LA FAMA

Pero esta manera de razonar el derecho fue siendo maliciosamente olvidada, y dibujada de manera errónea, presentando de ella una figura

⁴ Hans-Georg Gadamer, *Metafísica e filosofía práctica in Aristotele*, Istituto italiano per gli studi filosofici, Italia, 2000, pp. 9-10.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Cf. Schulz. E., *Storia della giurisprudenza romana*, Sansoni, Firenze, 1968, *passim*. Cf., también, Lombardi, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, A. Giuffré, Milán, 1975, pp. 1-79.

⁷ Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, II-II, q. 57, a 1, ad 1.

⁸ *Ibid.*, q. 58, a 1.

indefinida, en medio de nubes de incienso de teología, donde no fue nada fácil reconocer la solidez de sus argumentos y la seriedad de su propuesta, ofreciéndose en consecuencia un derecho natural listo para ser un blanco fácil de cualquier crítica. Así, autores tan reconocidos como Hans Kelsen en su *Teoría pura del derecho*, o H. L. A. Hart en el *Concepto del derecho*, muestran a las claras su falta de precisión cuando del derecho natural aristotélico-romano-tomista tratan. Este «no saber» y «no entender» ha sido, en mi opinión, la causa de que el derecho natural de tal herencia fuera arrinconado en los anales de la historia del pensamiento jurídico en nuestro país, conduciendo la enseñanza e investigación jurídica por derroteros cimentados en una falsa creencia: la de que el positivismo jurídico, o su segunda vida a través de la analítica, sean los tribunales desde donde se juzgue qué es o no científico.

Pero la fuerza de los argumentos se impone por sí sola, y hoy asistimos a una reconversión en los estudios de «lo jurídico» en México, motivada fundamentalmente por los diferentes caminos marcados por la renovación de la filosofía práctica en el derecho, como son, por ejemplo, y siempre que nos los tomamos en serio, el discurso de los «derechos humanos», o la puesta en evidencia de que el derecho no sólo se constituye como un sistema de «reglas» y «normas», sino que en él actúan también «principios», que son la puerta de entrada a una labor hermeneuta y argumentativa en el derecho, lo cual conduce indefectiblemente a la crítica más dura contra el positivismo jurídico, esto es, la innegable vinculación entre hecho y valor, entre la moral y el derecho, en definitiva, a la actualización de la *Justicia* en el derecho. El desarrollo histórico de estos temas es como sigue.

3. EL DERECHO EN LA POSGUERRA

El reconocido profesor alemán Arthur Kaufmann afirmaba, hace tiempo: «En la penuria jurídica de los primeros años de la posguerra, en la que se tenía que acabar con lo que los nazis habían proclamado como derecho, se produce un nuevo movimiento iusnaturalista que a menudo es calificado como *renacimiento del pensamiento iusnaturalista*. Se comprende que ante todo, muchos tribunales acudiesen al

“derecho natural” cuando de no recurrir a él se encontraban que tenían que emitir una decisión injusta. (...) El Tribunal Supremo confirmaría la existencia de una ley moral de carácter objetivo e invariable con cuya ayuda habría de adaptar la ley positiva al modelo del mundo considerado como idóneo»⁹.

3.1. La Edad de los Derechos

Independientemente de las críticas hechas a esta tesis, el fondo que plantea parece hoy una verdad unánimemente aceptada, a saber, que después de la Segunda Guerra Mundial asistimos a una revaloración del derecho natural, a través, entre otras manifestaciones, del compromiso cada vez más real de la protección de los derechos humanos de la persona, donde la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, y su antecedente, la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* del mismo año, dejarían claramente establecida la idea de que el fundamento y origen de estos derechos se encuentran en el hombre mismo, y no en una concesión de la sociedad. O dicho de otra manera, que los derechos humanos existen y los posee el sujeto, independientemente de que se reconozcan o no por el derecho positivo¹⁰.

De este modo, los derechos humanos se constituyen en el logro más importante de los tiempos modernos, siendo colocados por encima de la propia organización estatal y puesta ésta al servicio de aquéllos. Así nos lo deja ver el articulado de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, y antes la *Declaración de Derechos de Virginia* de 1776. Textos que «por primera vez tradujeron en derecho, no

⁹ Kaufmann, A., Hassemer, W., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, trad. cast. G. Robles, Debate, Madrid, 1992, p. 97. El mismo Kaufmann, comentando la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo Federal de febrero 17 de 1954, a propósito de la «ley moral» reconocerá: «Su (fuerte) obligatoriedad (a diferencia de la “obligatoriedad débil”, de las simples “costumbres”, del “simple convencionalismo”) se apoya en el preexistente y aceptado orden de los valores y los principios del deber que rigen la convivencia humana; ellos valen independientemente de que aquéllos a quienes se dirigen con la aspiración de ser obedecidos los sigan y reconozcan en la realidad o no; su contenido no puede cambiar a causa de que las opiniones sobre lo que es válido se modifiquen». Kaufmann, A., *Rechtsphilosophie*, 2a. ed., trad. cast. L. Villar B. y A. M., Montoya, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999, p. 79.

¹⁰ Cf. Hervada, J., Zumaquero, J. M., *Textos internacionales de derechos humanos. 1776- 1976*, Eunsa, Pamplona, 1992, p. 136.

solamente pensado sino también práctico, la idea de los filósofos acerca de que el hombre en cuanto tal tiene una serie de derechos que ninguno, ni siquiera el Estado, puede sustraer y que el mismo hombre no puede alienar (...)»¹¹. Finalmente, el poder político tenía un límite, el ámbito de libertad que todo ser humano posee por una dignidad intrínseca.

3.2. Más Allá del Positivismo Jurídico

3.2.1. El recurso a los principios jurídicos

Continuando con esta breve reseña sobre los diferentes aspectos que han puesto en tela de juicio al derecho positivo, habrá que señalar que uno de los más importantes pensadores de tal corriente en las primeras décadas de la segunda mitad del siglo XX, fue, sin duda, Norberto Bobbio; dicho profesor, al intentar hacer un ejercicio reconstructivo de lo que el iuspositivismo fue, habría de escribir que éste significó, en primer lugar, una manera de aproximarse al estudio del derecho, considerando a éste como un hecho y no como un valor. Donde la expresión derecho carece de toda connotación valorativa o «de toda resonancia emotiva: el derecho es derecho prescindiendo de que sea bueno o malo, de que sea un valor o un disvalor»¹².

Desde esta posición era refrendada, una vez más, la tesis impuesta por Kelsen acerca de la incapacidad de hablar en el derecho del concepto de justicia. La pureza metódica pretendida por Kelsen a lo largo de su vida exigía, de manera necesaria, separar el derecho de la moral como presupuesto básico de su teoría pura, y como la justicia fue tradicionalmente considerada parte de la moral, la justicia entonces no tenía participación alguna en su parcial modelo científico. Separado de este modo el derecho de la moral, Kelsen llegará a afirmar que a pesar de que la norma jurídica no se adecue a la norma moral, no por eso dejaría de tener el carácter de derecho. Sobre este punto escribirá: «(...) Pero el interrogante también es contestado afirmando que el derecho puede ser moral —en el sentido señalado, es decir, justo—, pero

¹¹ Moro, C. A., «Tra teoria e pratica», en *Diritti umani e politica*. a.v.e. Roma 1983, p.45.

¹² Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993, p. 141.

no es necesario que lo sea, el orden social que no es moral y, por ende, que no es justo, puede ser, sin embargo, derecho (...)»¹³.

En términos análogos se pronunciaría H. L. A. Hart al reconocer, en uno de sus escritos lo siguiente: «Sostengo en este libro que aunque hay muchas diferentes conexiones contingentes entre el derecho y la moral, no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del derecho y la moral; y, por tanto, disposiciones perversas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos. Un aspecto de esta forma de separación del derecho y la moral es que puede haber derechos y obligaciones jurídicas que no tengan ninguna justificación o fuerza moral en absoluto»¹⁴. ¿Se puede prescindir de un mínimo contenido ético o moral en el derecho?

En las décadas de 1960 y 1970, pero principalmente de 1980, Ronald Dworkin se convertiría en el crítico más puntilloso del positivismo jurídico. Dicho profesor hará ver, en forma por demás clara, que el positivismo como sistema de reglas ofrece una exposición inacabada de la forma en la que los jueces razonan al aplicar el derecho. En una de las citas que ya se ha hecho célebre, escribiría dicho profesor: «Quiero hacer un ataque general al positivismo y usaré la versión de H. L. A. Hart como blanco cuando se necesite un blanco particular. Mi estrategia se organizará alrededor del hecho de que cuando los juristas razonan o argumentan acerca de derechos subjetivos y obligaciones, particularmente en aquellos casos difíciles cuando nuestros problemas con estos conceptos parecen ser más agudos, hacen uso de patrones que no funcionan como reglas, sino que operan de modo diferente como principios, políticas, y otros tipos de patrones. El positivismo, argumentaré, es un modelo de y para un sistema de reglas, y su noción central de una única prueba fundamental de lo que es el derecho nos fuerza a pasar por alto el importante papel que desempeñan estos patrones que no son reglas»¹⁵.

¹³ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 8a. ed., Porrúa, México, 1995, p. 76.

¹⁴ H. L. A. Hart, *Post scriptum al concepto de derecho*, UNAM, México, 2000, p. 49.

¹⁵ Dworkin, R., «¿Es el derecho un sistema de reglas?», trad. cast. Esquivel J. y Rebolledo, J., en *Cuadernos de Crítica*, UNAM, México, 1997, p. 18.

Estos otros patrones, que no son reglas, son los principios jurídicos, los que en la mentalidad de Dworkin vienen siendo definidos como el «patrón que debe ser observado, no porque promoverá o asegurará una situación económica, política o social considerada deseable, sino porque es una exigencia de *justicia* o *equidad* [*fairness*] o de alguna otra dimensión de *moralidad* (...)»¹⁶.

Parece entonces que la suerte del positivismo fue echada desde las décadas de 1960 y 1970, a pesar de los diferentes intentos que aún se esgrimen en su defensa¹⁷. Al respecto recordemos la sentencia que el propio Bobbio dictaría sobre el positivismo: «Admito que el positivismo está en crisis, no sólo como ideología y como teoría, como por otra parte, yo mismo había admitido, sino incluso como modo de acercarse al derecho. He comenzado diciendo que el positivismo nace como una decisión científica. Permítaseme reconocer ahora que detrás de esta elección o decisión científica se esconde una exigencia política. Políticamente, el positivismo supone la aceptación del *status quo*. Y en cuanto tal, está sujeto como todas las decisiones a sufrir los altibajos de la historia... Y de ahí que la concepción positivista resulte buena o mala, según que se considere buena o mala la situación a conservar»¹⁸. «Habíamos venido con la idea de concluir: ha muerto el positivismo, viva el positivismo. Creo que vamos a salir exclamando: ha muerto el positivismo jurídico, viva el iusnaturalismo»¹⁹.

3.2.2. *La hermenéutica jurídica*

La fuerte crítica que se le ha formulado al positivismo jurídico ha venido también expuesta de la mano de la nueva hermenéutica jurídica, que ha entendido perfectamente que dicha labor en el derecho se funda más en la *praxis vital* que en el puro análisis conceptual. Ésta ha sido la tesis central defendida desde el realismo clásico y que Georges

¹⁶ *Ibid.*, p. 19.

¹⁷ Cf. H. L. A. Hart, *Post scriptum...*, *op. cit.*, Particularmente el punto que tiene que ver con «Positivismo suave» y «Reglas y principios».

¹⁸ Bobbio, N., «Tavola rotonda sul positivismo giuridico», *cit.* por Ballesteros, J., *Sobre el sentido del derecho*, 2a. ed., Tecnos, Madrid, 1986, p. 60.

¹⁹ *Ibidem*.

Kalinowski expone de la siguiente manera: «La interpretación jurídica es, por el contrario, una interpretación práctica. Aquel que interpreta un texto legislativo (en el amplio sentido), quiere llegar a saber en último lugar no solamente lo que el autor de ese texto ha dicho o ha querido decir (...), sino cómo debe comportarse uno o cómo debe comportarse aquel que enseña (en el caso del profesor de derecho) o aconsejar (en el caso del abogado). Vivir es obrar»²⁰.

Esta nueva corriente argumentativa reconoce que la tesis sustentada en la pura avaloración del proceso cognitivo del derecho, expuesta en el esquema sujeto-objeto, no tiene ya mayor valía. En otras palabras, que no es cierto que el sujeto cognoscente se enfrente al objeto por conocer desde una pura neutralidad u objetividad científica. «Contemplado de esta forma, el derecho (a diferencia de la ley) no es algo que permanece inalterable, sino que es *acto* y, por tanto, no puede ser un “objeto” que pueda conocerse independientemente de un “sujeto”. Más bien el *derecho concreto* es el “producto” de un proceso de realización y del desarrollo hermenéutico de sentido. Así pues, no es posible en absoluto que se dé un “carácter correctamente objetivo” del derecho fuera del mismo procedimiento de investigación del derecho. El juez que cree que toma sus criterios de decisión tan sólo de la ley es víctima de un fatal engaño, pues (inconscientemente) entonces permanece dependiente de sí mismo. Tan sólo el juez que sepa que su persona se complica en el fallo que emite puede ser verdaderamente independiente»²¹.

La actividad del jurista no es, por tanto, la de ser un actor meramente pasivo, que a través de un proceso de subsunción del caso a la ley resuelva éste. Dicha afirmación es una falacia y tiene, en la aplicación del derecho, en la *praxis vital*, un papel conformador activo.

²⁰ Kalinowski, G., *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 112.

²¹ Kaufmann, A., Hassemer, W., *El pensamiento jurídico...*, *op. cit.*, p. 130. Bobbio, N., «Tavola rotonda sul positivismo giuridico», *cit.* por Ballesteros, J., *Sobre el sentido del derecho*, 2a. ed., Tecnos, Madrid, 1986, p. 60.

4. CONCLUSIÓN

Llegados a este punto, parece innegable reconocer que la filosofía práctica ha venido a ocupar un lugar especialmente preponderante en las reflexiones filosóficas. John Finnis y Alasdair Macintyre, entre otros, lo han puesto de relieve. Hoy difícilmente se puede hacer filosofía del derecho sin ella, y sin referirse a los puntos reseñados anteriormente, que si se observan con detenimiento, no son sino la nueva expresión del clásico concepto de justicia, y del siempre actual y renovado derecho natural.

Por esta razón, en este número monográfico de *Ars Iuris* nos hemos propuesto reunir una serie de trabajos que representan a siete de las plumas más reconocidas a nivel internacional, cultivadoras todas del derecho natural. Esto pretende marcar el inicio de una serie de publicaciones que tienen como propósito potencializar el estudio de esta corriente en nuestro país, que, como dijimos, cada vez va adquiriendo una fuerza renovada.

No quisiera terminar estas breves consideraciones sin agradecer a cada uno de los autores que en este número participan, por su ayuda desinteresada, que no hace sino mostrar su generoso espíritu universitario. Igualmente al director de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, el Dr. Roberto Ibáñez, por la especial acogida que ha tenido a este proyecto. Finalmente, quisiera agradecer de manera especial al Dr. José Antonio Lozano, que con su empeño, entusiasmo y paciencia ha motivado y hecho realidad un sueño compartido hace ya varios años.

Ciudad de México, agosto de 2001.