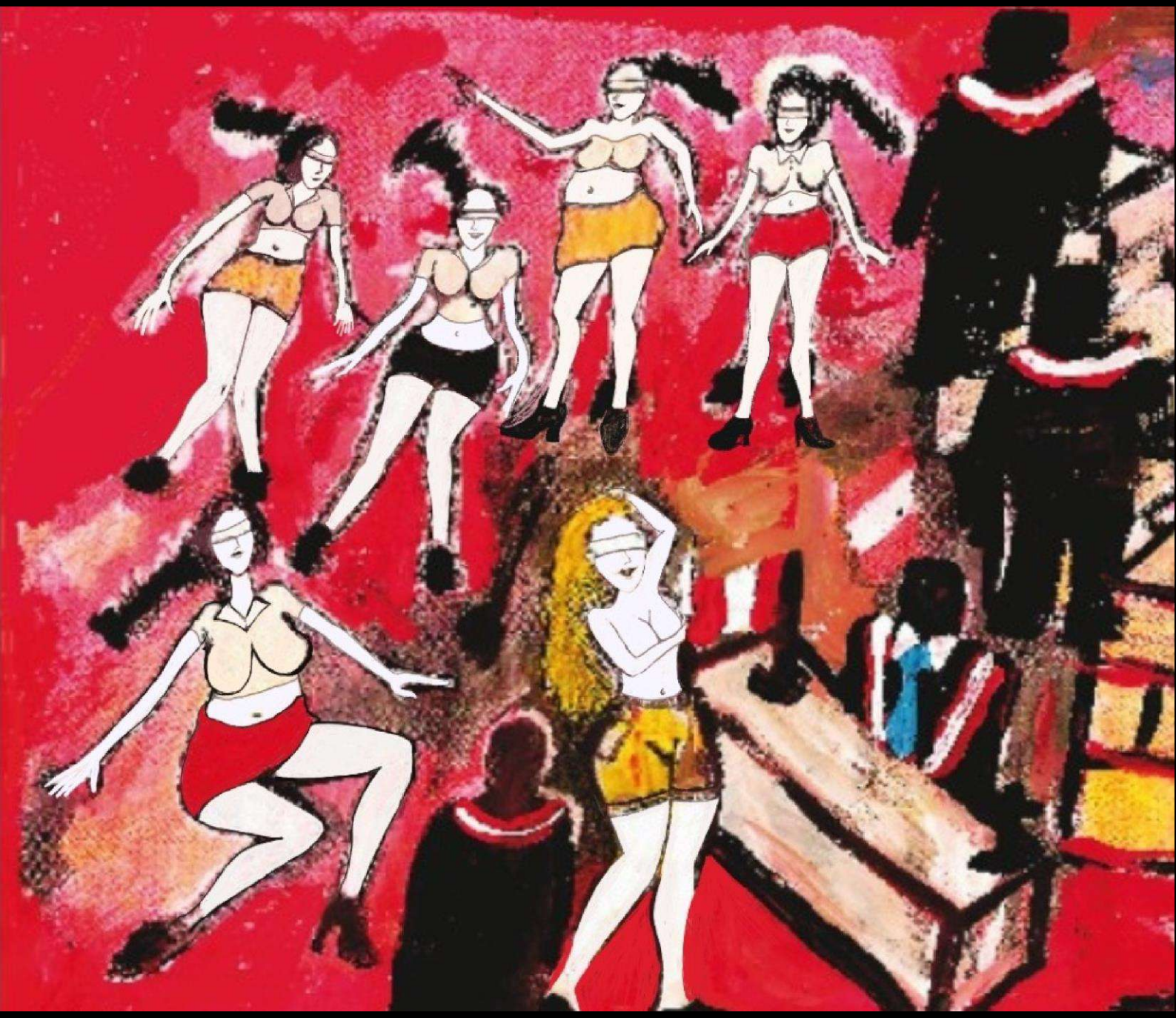
Las Curvas del Derecho

Escritos profanos sobre Derecho, Economía y Empresa

Alex R. Zambrano Torres



Alex R. Zambrano Torres

LAS CURVAS DEL DERECHO

Escritos profanos sobre Derecho, Economía y Empresa

1.- Extravíos sobre Filosofía del Derecho
2.- La anticoncepción del Derecho
3.- El Derecho en la mente de los filósofos
4.- El almuerzo desnudo

Ediciones
AZ Todo Derecho

LAS CURVAS DEL DERECHO
Escritos profanos sobre
Derecho, Economía y Empresa

Autor:
Alex Ricardo Zambrano Torres

Primera edición digital, noviembre 2021
Editado por:
AZ Todo Derecho E.I.R.L.
Centro Jurídico promotor del Derecho, la Empresa y el Arte
Alfa Centauro 173, La Calera, Surquillo, Lima
RUC: 20602641091
Noviembre 2021
Libro electrónico disponible en:
https://aztododerecho.wixsite.com/inicio

Diseño diagramación y pintura de cubierta:
Alex R. Z.T.

Hecho el Depósito Legal
en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2021-12480

ISBN: 978-612-48742-5-3
Código de barras:

© Derechos de Autor:
Queda autorizada la reproducción
total o parcial del siguiente libro
previa mención al autor.

INDICE

PRESENTACIÓN.... 8
El Falso Alumno.- 9
Reingeniería en el pensamiento de los peruanos.- 10
Un acto de provocación.- 10
Contra la corriente de la mediocridad y la envidia.- 12
INTRODUCCIÓN.... 13
Primer blque: EXTRAVÍOS SOBRE FILOSOFÍA DEL DERECHO.... 30
I.- Buscando el sentido de la Filosofía.- 30
II.- ¿La Filosofía del Derecho?.- 41
III.- JUSTIFICACIÓN DE LA FILOSOFÍA.- 44
Segundo Bloque: LA ANTICONCEPCIÓN DEL DERECHO 51
1.-DERECHO.- 59
a.- El problema del concepto del Derecho.- 60
b.- Principales teorías filosóficas-jurídicas.- 68
1) Concepción Normativista.- 69
2) Concepción Institucionalista.- 76
3) Concepción relacionista.- 79
4) Concepción Conductista del Derecho.- 83
c.- Corrientes del Pensamiento Jurídico.- 85
1) Jusnaturalismo.- 86
2) Positivismo.- 100
2.- ORDEN.- 110
a.- Los Sistemas Jurídicos.- 113
1) La Familia Anglo-Sajona.- 113
2) La Familia de los Derechos Fundamentales en Creencias religiosas.- 114
3) La Familia Romano-Germánica.- 114
3.- PODER.- 115
Subdivisión del poder.- 118
a.- El poder divino.- 118

1) El Derecho divino de los Papas.- 120
2) Derecho divino de los Reyes.- 125
b.- Poder humano.- 127
1) La Teoría del Contrato.- 127
Tercer Bloque: EL DERECHO EN LA MENTE DE LOS FILÓSOFOS 136
1.- PENSAMIENTO PREMODERNO.- 140
a.- El Derecho como Visión Mítica.- 140
b.- El Derecho y la naturaleza.- 149
c.- Sócrates.- 156
Platón - Aristóteles 161
d.- Platón.- 164
e.- Aristóteles.- 175
f.- Santo Tomás de Aquino.- 181
2.- PENSAMIENTO MODERNO.- 186
a.- René Descartes.- 186
b.- Spinoza.- 194
c.- Pascal.- 201
d.- Nicolás Maquiavelo: (1469-1527) 206
e.- Hobbes:(1588-1679) 211
f.- Locke(1632-1704).- 218
g.- Rousseau (1712-1778).- 223
h.- Hume (1711-1776).- 227
i.- Kant (1724-1804).- 230
j.- Hegel.- 241
k.- Marx.- 245
l.- Kelsen (1881-1973).- 253
3.- PENSAMIENTO POSTMODERNO.- 255
a.- Nietzsche: O "El Derecho como voluntad de poder".- 255
Nietzsche, el filósofo póstumo.- 255
Nietzsche o "El Derecho como voluntad de poder".- 262
Cuarto Bloque: LA DIALECTIVA DEL DERECHO 269

Capítulo I: I.-EL CORPUS JURIS CIVILES DE JUSTINIANO 269
I.- El Corpus Juris Civilis.- 269
LOS MOTIVOS DE JUSTINIANO.- 272
- CAPÍTULO II: EL ABOGADO, EL DEFENSOR DE LOS INTERESES AJENOS 273
1.- ¿Qué es el abogado? El defensor de los intereses ajenos.- 273
Los abogados y la función pública.- 278
Carácter público de la función de los abogados.- 279
Demasiados Abogados.- 280
PREMISAS Y POSICIÓN DEL PROBLEMA.- 282
Los que escribieron sobre el abogado.- 283
- CAPÍTULO III - ENTRANDO EN EL ATAÚD 285
1.- FRANCESCO CARNELUTTI.- 285
Arte del Derecho.- 287
La intuición y el instinto en el Derecho.- 290
Basadre, un peladito llamado Jorge.- 291
CAPÍTULO IV.- DERECHO Y RELIGIÓN 298
CAPÍTULO V: LITERATURA Y DERECHO 301
Exposición de motivos (mea culpa).- 301
Estética vs. Geometría.- 302
La Argumentación.- 306
Interpretación.- 310
Culpable yo.- 311
- CAPÍTULO VI: ORATORIA FORENSE, LENGUAJE Y DERECHO 313
Lenguaje y Derecho.- 314
Más allá del Derecho como lenguaje.- 321
El lenguaje y sus condiciones.- 324
CAPÍTULO VII: LA TEORÍA MULTIDIMENSIONAL DEL DERECHO 325
CAPÍTULO VIII: EL ALMUERZO SEMI DESNUDO 332
(Mercado, Derecho y Drogadicción) 332
Derecho y Drogas (Acto Segundo).- 336

CAPÍTULO IX: EL MEDIO AMBIENTE QUE YO QUISIERA..... 340
El Derecho a la supervivencia..... 340
CAPÍTULO X: PESANDO DERECHO..... 343
Un mal contagioso..... 343
Pensar el Derecho.-..... 343
CAPÍTULO X: DERECHO Y MERCADO..... 347
Economía, mercado, Admistración de empresas y Derecho. Lo que no sé del mercado..... 352
- CAPÍTULO XII: DERECHO Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS..... 354
Conclusiones.-..... 360
CAPÍTULO XIII: EL ESTADO Y LA ECONOMÍA DE MERCADO..... 363
CAPÍTULO XIV: VOLUNTAD JURÍDICA..... 366
CAPÍTULO XV: EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO..... 373
1.- Concepto de Epistemología.-..... 373
2.- La importancia de la Epistemología.-..... 373
CAPÍTULO XVI: DERECHO Y AMOR..... 378
(La muerte del Derecho)..... 378
EL ESQUEMA JURÍDICO DE LOS TRIBUTOS..... 380

PRESENTACIÓN

Máximo B. Torres Cruz[1]

Nuevamente el autor nos sorprende con nuevas ideas, dentro de un libro ampliado denominado: "*Las Curvas del Derecho*", donde concentra muchos factores: la filosofía, los filósofos, el derecho, las pasiones, etc. Entusiasta, audaz y valiente, desafía los rigores de la estructura y habla de muchas de sus pasiones, desde la filosofía hasta el amor; temas tan diversos como el mismo autor, polifacético y excéntrico. Pretende demostrar que la vida en si no tiene necesariamente unidad sino momentos; momentos luego reunidos por el tiempo o por la historia o por el tema. La vida no tiene secuencialidad más que en el transcurso del tiempo, es tan absurda como lógica y no hay que preocuparnos mucho de ello sino vivir. El autor por eso pareciera burlarse de alguna forma de toda estructura, demostrar que no es tan importante la estructura como la vida; no son tan importantes las comas, las tildes o los signos de puntuación, sino el ser humano en plena ebullición, en plena vida, con sus errores y sus aciertos. El autor demuestra su enorme disposición a ser un creador, un inventor de palabras, emociones y momentos y busca todo esto en la filosofía, en los filósofos, en el derecho, en el ser humano y esta vez lo hace a través del presente libro: un conjunto de ideas y de posibilidades que son

[1] Doctor en Derecho, Juez Superior de Justicia, Ex Fiscal Superior adjunto de Huancavelica.

como la puerta para que los demás también se atrevan a ser ellos mismos.

El falso Alumno.-

Las universidades peruanas y especialmente las facultades de Derecho, se encuentran en una grave crisis difícil de superar. Ello obedece especialmente a tres factores: las disposiciones legales, selección del profesorado y pasividad de la administración de justicia. Es necesario un movimiento regeneracionista para combatir la corrupción que padece la universidad y mejorar la calidad del profesorado.

Al haberse dado la ley donde se otorgaba el bachillerato automático, para favorecer a los mediocres, funcionarios públicos, ha ocasionado que los estudiantes de las universidades se comporten en forma automática en simples repetidores de las normas, sin ningún atisbo de investigador o de persona que deseen cambiar para mejorar la convivencia social. La mencionada norma los ha vuelto conformistas, más aún cuando se están dando cursos de titulación a distancia, donde todos aprueban y la exigencia es nula; los títulos profesionales se han vuelto un negocio lucrativo para algunas universidades, es decir, que en esta época los títulos profesionales se compran; ya no es necesario ir a Azángaro (lugar donde vendían títulos falsos) para comprar un título falso sino que las propias universidades otorgan un título y “el falso es el alumno” que obtiene este documento, muchas veces, sin conocer la materia de lo que contiene el título profesional.

Reingeniería en el pensamiento de los peruanos.-

Es por ello la importancia del libro que se está publicando y que me ha tocado el alto honor de epilogar. El autor siempre inquieto e hiperactivo ha tenido la feliz idea de cuestionar el derecho en general, porque según su razonamiento, esto debe cambiar, y es cierto, la sociedad cambia constantemente y por ende el derecho debe estar cambiando y solo cambiará cuando existan personas que se dediquen a la investigación conociendo nuestra realidad, puesto que muchas veces los autores recogen o copian -y a veces mal- normas de otros países que tiene realidades distintas a las nuestras y son aplicada a nuestra realidad, por lo que no se tiene resultados óptimos, porque se han elaborado viviendo y conociendo otras realidades. Claus Roxin y Günter Jakobs doctrinarios en Derecho Penal, estando a que sus estudios son aplicados en nuestra legislación peruana, hacen su análisis desde la realidad que ellos han estudiado, la sociedad alemana, que es distinta en muchos aspectos a la realidad peruana, pero ello no implica que su aplicación a nuestra realidad sea óptima. Por ello necesitamos estudiosos del derecho, como el autor, para que formen la doctrina desde la realidad peruana, que es un país multiétnico donde las costumbres son distintas en nuestro propio país, que están arraigadas y que debe procederse a cambiar, pero ello lleva a una reingeniería en el pensamiento de los peruanos.

Un acto de provocación.-

Realmente es muy importante la elaboración del presente libro porque contiene los hechos que ha vivido el autor y que ha pretendido comprender en base a la lectura de libros de muchos otros autores, donde ha en-

contrado el dilema que la realidad en que él ha vivido o supervive y es distinta a lo que esos autores han vivido, pretendiendo descifrar estas interrogantes en su tiempo y espacio.

Esta nueva obra es fruto del sacrificio, la perseverancia, firmeza del autor, su deseo de superación y de tratar de comprender a los seres que lo rodean, a la sociedad en que vive y ver cómo cambiarla para mejorar la calidad de vida de nuestra sociedad.

Esta obra debe servir para provocar comentarios positivos o negativos en la juventud estudiosa y estoy seguro que va a ser una motivación para que no sean conformistas, que dediquen parte de su vida a investigar las costumbres de nuestra sociedad y plasmarlas en el derecho positivo. Para solucionar los problemas que siempre existen en toda sociedad las personas deben ser formados en "principios" que solucionen los problemas y no provocarlos ni crearlos; eso se logrará cuando sean investigadores y comprendan las conductas de las personas.

Sé que el autor no se quedará en la publicación de este libro, sino que seguirá produciendo más libros, con la intención de provocar que nuestra juventud algún día despierte del letargo en que se encuentra, porque estamos en la época del conocimiento y debemos preparar a nuestra juventud, que es el futuro del mañana, para que destierren ese pensamiento *que ya todo está hecho y que no pueden aportar nada a mejorar nuestra sociedad*, cambiándolo por el pensamiento *de nosotros*

estamos vivos, vivimos en sociedad y podemos mejorar la calidad de vida".

Contra la corriente de la mediocridad y la envidia.-
Sabemos que el autor ha tenido que enfrentarse a muchos pesimistas y les ha demostrado que todo es posible si uno quiere lograr sus objetivos. El hecho real es que ya está publicando el presente libro, muy a pesar de que hay muchas personas negativas, envidiosas, frustradas, mediocres e incapaces, que están enquistados en las instituciones públicas y en las universidades, que son aquellas que impiden que haya creación y producción intelectual, contribuyendo al retraso de nuestra sociedad.

El libro contiene muchas experiencias, inquietudes, problemas y preocupaciones del autor sobre la convivencia social en que se desarrolla y pretende con esta obra, encontrar una solución a éstas desde la perspectiva del derecho.

Éxitos.-
Deseo acabar la presente augurándole los mayores éxitos al autor y la obra, que desde ya significan un gran aporte a la filosofía y especialmente al derecho peruano porque cuestiona la cosmovisión de la organización jurídica y replantea los paradigmas establecidos en nuestra sociedad.

INTRODUCCIÓN

Las Curvas del Derecho
Escritos profanos sobre Derecho, Economía y Empresa

> *"…creo que sólo deberíamos leer los libros que corroen e hieren en lo vivo. Si el libro que estamos leyendo no nos despierta de un puñetazo en la cabeza, ¿para qué leemos?... necesitamos los libros que nos afectan como un desastre, que nos duelen profundamente, como la muerte de un ser más querido que nosotros mismos, como hallarse perdido en los bosques, lejos de todo ser humano, como un suicidio, un libro debe ser el hacha que resquebraje el mar congelado dentro de nosotros".*
>
> *Frank Kafka*

Frank Kafka me habría inspirado a pensar lo que me gustaría sea el presente libro: "un dolor de cabeza", un instrumento que "despierte" nuestros sentidos, algo que deleite por su fuerza y no por su dulzura, algo excéntrico por su forma y no profundo por su sentido, algo que nos sirva para motivarnos hacia la vida o el suicidio, algo que nos afecte de tal grado que no podamos volver a ser los mismos después de haberlo leído. Claro que aquello es demasiada pretensión, pero en el juego

de lo imaginario todo es permitido, y es por eso que espero ser concordante[2] con las palabras de Kafka.

Y es que en el Derecho necesitamos este grado de afectación para reactivarnos y recomponer las relaciones jurídicas nacidas de la vida en sociedad, que sólo pueden mejorarse asumiendo el sistema normativo heredado con previo análisis de su validez y en caso de contradecir a los propios fundamentos de nuestra vida plantear su modificación y adecuación al nuevo orden

[2] La palabra «concordante» es utilizada en el derecho para designar aquello que está de acuerdo, afín, o tiene relación directa con otra norma, proceso, caso, jurisprudencia, etc. En el ordenamiento jurídico se utiliza al final de las normas jurídicas para referenciar otras normas afines o que tocan el mismo tema que la norma expuesta. Un ejemplo se aprecia en la Constitución de 1993, Artículo 2, inciso 15, que prescribe que "Toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley", agregándose a continuación de dicha norma como Concordancias: 1) R. N° 038-2016-SUNAFIL (Aprueban Protocolo de Actuación en materia de Trabajo Forzoso); 2) D.S. N° 015-2019-TR (Decreto Supremo que aprueba el III Plan Nacional para la Lucha contra el Trabajo Forzoso 2019 - 2022); 3) R.M. N° 020-2020-TR (Declaran el día 1 de febrero de cada año como el "Día de la Lucha contra el Trabajo Forzoso"). La RAE señala que «concordancia» viene del latín *concordantia*, y significa "Correspondencia o conformidad de una cosa con otra.".

El Tribunal Constitucional utiliza esta palabra en dos sentidos: 1) como afín con otra norma y, 2) como un principio de protección del sentido normativo interno; en este último sentido indica: "En virtud del principio de concordancia práctica toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta «optimizando» su interpretación, es decir, sin «sacrificar» ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, se encuentra reconducido a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (FJ. 12. b)" (Sentencia recaída en el Expediente N.º 5854-2005-PA/TC, publicada el 08/11/2005, en el caso de Pedro Lizana Puelles, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (url: http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf).

social. Este es el primer motivo que sustenta la presente edición: «mover» nuestro congelado «pensamiento jurídico», atrapado en las concepciones de lo que se considera «moderno», y por tal erróneamente confundido como una condición que no necesita de cambio o renovación, y menos ya de análisis, por considerarse el último estadio cultural. Error que involucra especialmente al Derecho, porque pervierte el sentido originario del mismo que pretende regular las relaciones intersubjetivas, entre sujetos, a fin de, a través de la libertad, lograr el equilibrio personal y colectivo necesario para el bienestar también personal y colectivo; y siendo además que el mayor logro del Derecho es resolver los conflictos de intereses a través de un sistema de compulsación de derechos individuales y de la determinación de qué corresponde a cada cual. Logro dado en exclusividad por la modernidad, pero que ha quedado paradójicamente, por ello mismo, enclaustrado en su propio concepto, problema que pretendemos bordear en el presente texto.

Ahora bien, es de obligatorio cumplimiento explicar el título del presente libro: “Las Curvas del Derecho”. De aquello sólo puedo decir breve y cursimente que nació de una ilusión amorosa frustrada e inacabada –como el Derecho-, pero que se fue transformando en su propia evolución. Esto explica que puede haber conceptos que se construyen en el futuro, incluso cuando éste no tiene sentido aún en el presente, rompiendo el principio de causalidad[3]. Fue así que el concepto que llena el título

[3]Nos estamos refiriendo al principio de causalidad enunciado por Kelsen; sin embargo, cabe añadir que fue recién viendo una exposición de Enrique Ghersi en YouTube, que entendí que este proceso es perfectamente posible, porque

cogió su propio contenido, se edificó desde sus propios términos, se dio su nuevo sentido y protagonismo: "Las Curvas del Derecho", que ya no trataban sólo de un idilio amoroso imposible e inacabado, sino de una configuración normativa, de una contradicción al sentido del derecho en la modernidad, de una rebeldía ante la asunción del sistema normativo moderno, es decir, de aquel que habiendo logrado su objetivo de liberar al ser humano de los prejuicios de la edad media, como los sistemas inquisitivos y los prejuicios de la moral y la religión, ha, sin embargo, "cosificado" al ser humano y lo ha sumido en una palabra, un texto, un código normativo. La modernidad ha creado sus propios prejuicios de los que es imperativo –para hablar en sus términos- superar. Las Curvas del Derecho pretende decir aquello, que el derecho se contradice en sus propios objetivos, que el Derecho no es lineal sino curvo, que el derecho no puede pretenderse "derecho", porque el ser humano mismo no es "derecho", sino curvilíneo, que incluso no se le puede pedir que sea derecho voluntariamente, porque contradice su propia naturaleza, porque esto "tuerce su propia contextura natural", además, que haciendo un ejercicio comparativo arbitrario, para mostrar una figura lingüística se podría decir que el derecho puede ser explicado a través de la figura de la mujer que representa con mayor nitidez lo "curvilíneo" que necesita ser el derecho para ser "perfecto", estética, social y jurídicamente; siendo además que lo curvilíneo también representa la elasticidad o

como lo explicara, en algunas situaciones no se necesita la causa para que se produzca el efecto, como el ejemplo de la caída del precio de algún producto, cuando se sabe de aquello no se necesita que suceda para que se tomen las previsiones necesarias.

plasticidad que requiere el sistema normativo para aplicarlo al ser humano. Las curvas enuncian el movimiento, la elasticidad, la flexibilidad, la estética, la armonía, la consonancia con la condición curva del mundo, etc. Las Curvas del Derecho buscan explicar que el Derecho es en esencia: el equilibrio curvilíneo necesario para poder vivir en sociedad.

Albert Einstein pensaba que «el espacio se curva» y que esto es por el peso de la luz, porque la luz pesa al ser materia: Einstein habría dicho: "No hay éter en el espacio (…), es solo una teoría, pero estoy convencido de ella, el espacio se curva (…) por el peso de la luz, la luz es materia (…), lo mismo pasa en el universo, para cada peso hay una curva, el espacio está formando curvas"[4].

Se podría concluir que si el derecho es "impositivo", también resulta ser un instrumento para lograr "el alto privilegio de ser uno mismo".

Por otro lado, este libro pretende asimismo incentivar a que cada persona logre a través del Derecho hecho libertad el "alto privilegio de ser el mismo", siendo el Derecho el mejor método para lograrlo, porque aquél no es sólo teoría sobre las conductas humanas, sino "ejercicios de poder", "ejercicios de fuerzas", "relaciones de fuerzas"; porque el Derecho no es la teorización de las conductas normadas, sino esencialmente su "ejercicio", "la vida puesta en acción" a través de un sistema normativo, como "ejercicios de libertad".

[4] Película titulada "Einstein". Texto ubicado a los 10' con 10"**.**

Así el Derecho es el mejor método para lograr una vida libre. El Derecho no es simple teoría, sino "ejercicio", "vida puesta en acción"; antes de ello sólo se tratan de ideas. Cosa curiosa es que estas ideas son las que luego se pueden ejecutar o "ejercitar" con el derecho, siendo que antes que la norma está el concepto, y todo esto se encuentra en nuestra mente. El derecho, entonces, proviene de nuestra mente y la mente promueve el movimiento, es decir, conductas. Es en la esfera de las conductas donde el derecho actúa porque es la regulación de conductas cuando éstas se dan en relación con los demás.

El derecho entonces es movimiento constante, permanente, supone una profanación constante de la pasividad, de lo rutinario. Pues nada más extraño al derecho que lo rutinario. El derecho es más bien como un volcán siempre amenazante con erupcionar uno que otro día. Derecho es vida en movimiento constante y perpetuo. El derecho es una relación de fuerzas, y por tanto, en constante tensión. El derecho es la fuerza de las razones que suplanta a la fuerza bruta; es aquella fuerza de los motivos, justificaciones y razones.

Así, es el presente texto un esfuerzo por agrupar diversos temas, desde la concepción del derecho, el derecho en la mente de los filósofos, la dialéctica jurídica, etc.; son, por lo tanto, expectativas para "resquebrajar" aquellos conceptos, teorías e ideas que nos sumergen en el dogma, en los complejos y prejuicios que imposibilitan hacer nuestra vida mejor. Este es un intento por desanudar enredos teóricos, jurídicamente concebidos,

y hablar de derecho no desde un esquema infértil, inútil o aburrido, sino para ensayar ideas y teorías en un intento ineludible y porfiado de ver las cosas con cierta claridad.

PRIMERA SECCIÓN
EL DERECHO Y LA FILOSOFÌA DEL DERECHO
(1.- Extravíos sobre Filosofía del Derecho...)

Escribir filosofía es sumamente difícil, si se entiende a este como una expresión genial de la mente, y que describe el mundo, la vida, las relaciones sociales, o cualquier otro fenómeno en forma sorprendente y poco comprensible para cualquier ser humano. Se dice de los filósofos que son tal por su capacidad para analizar y concebir el mundo viendo cosas que los demás no pueden ver, son como los científicos del pensamiento, las teorizaciones y las doctrinas.

El presente libro no es producto de un filósofo, sino de alguien a quien le gusta pretensiosamente la filosofía y su profundidad, sus secuelas y sus desórdenes, la complejidad y la oscuridad que se revelan luego en luces.

La verdad, o el motivo de esta publicación no es saber de Filosofía, ni siquiera la vanidad de haber escrito, sino la pretensión de dejar de lado a los filósofos, y sus discursos, porque si bien nos han ayudado y conjugado extraordinariamente la palabra para sorprendernos con sus razonamientos, no podemos hacer nada más que sugerir su lectura, para aquellos valientes que estén dispuestos a aburrirse, o a no entender nada, o en lo contrario a transformar sus vidas con la sabiduría y

la solidez de quien sabe algo más del mundo y de la vida, que el común de los mortales.

SEGUNDA PARTE:
LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO
(2.- La Anticoncepción del Derecho...)

En esta parte del texto hacemos algunos esbozos sobre la Teoría General del Derecho, sobre sus concepciones, y sobre lo que se entiende de aquellos conceptos centrales como "lo jurídico", "la voluntad jurídica", entre otros conceptos; para luego hacer una intromisión al concepto mismo de Derecho, y así, al concepto dado por Francesco Galgano, Kant o la diversidad de fenómenos que traen sus concepciones.

Para Kant el problema del concepto del Derecho, por ejemplo, puede concebirse en la multiplicidad de sus sentidos, en el multifacetismo lingüístico, en la configuración semántica, o en la diversidad contextual en que es usada esta concepción.

Luego se pasa revisión a la clasificación de la multiplicidad de sentidos del Derecho; así el Derecho en sentido Subjetivo, como facultad o potestad; o el sentido como normativista, como norma o sistema normativo; así también el sentido axiológico, como ideal ético de la Justicia; y el último en sentido académico, como objeto o rama de estudio, ciencia, disciplina.

Luego pasamos por los elementos esenciales del concepto de Derecho; cómo el que debe comprender el concepto de sociedad; así como debe contener la idea

de orden social; así mismo el concepto de organización, estructura.

Luego verificaremos el concepto de Derecho, según el gran jurista Luis Diez Picazo, y entremezclarlo con las concepciones que da el filósofo Michel Foucault. Después veremos la clasificación de las nociones de Derecho según Villoro.

Luego exploraremos las Teorías Filosóficas Jurídicas, donde veremos la concepción normativista, la concepción institucionalista, la concepción relacionista, la concepción conductista del Derecho.

Más tarde abordaremos las corrientes del pensamiento jurídico, en el cual exploraremos las concepciones del Iusnaturalismo y el Positivismo,

Mas tarde trataremos, desde la concepción del Orden, los Sistemas Jurídicos, desde las Familia Anglo-Sajona; la Familia de los Derechos Fundamentales en creencias religiosas, las Familias Romano Germánicas.

Después observaremos las características y los elementos de los sistemas jurídicos, como el estructural, cultural, sustantivo.

Continuamos con una teorización sobre el Poder, y su subdivisión en Poder Divino, en el cual trataremos del Derecho Divino de los Papas, el Derecho divino de los Reyes; luego trataremos del Poder Humano, con la Teoría del Contrato.

TERCERA SECCION
3.- EL DERECHO EN LA MENTE DE LOS FILÓSOFOS

En esta sección del texto tendremos recién la parte, a nuestro parecer, más sustancial, pues es el intento de reflejar las ideas sobre el derecho que han dado innumerables filósofos.

En esta parte veremos el Derecho en la mente de los filósofos, el pensamiento jurídico premoderno, moderno y postmoderno.

Para ello haremos una reseña y conceptualización a la Filosofía y el Derecho. Haciendo una descripción en razón al tiempo en el cual se desarrollaron dichas teorías filosóficas y los filósofos que las dieron.

Así tenemos el Derecho como visión mítica, el Derecho como búsqueda de explicaciones en la naturaleza y sus procesos. El Derecho en los griegos, como Heráclito, Empédocles, Demócrito, Sócrates, como el derecho como fundamento y supremacía de la ley, y Platón con el Derecho como participación en la idea de justicia.

Veremos a la ley y el derecho como función educativa, la autoridad de la ley justificada en su necesidad social, las leyes reconocidas si se ajustan al principio de la ley de la comunidad, el bien común; así como la Sociedad ideas, el concepto primigenio de Estado, y la idea de una sociedad gobernada por Filósofos.

Trataremos de escarbar en la mente de ARISTÓTELES, cuyo razonamiento ha pasado por la Lógica, con sus Si-

logismos, así mismo como sus concepciones de propiedad, sus formas de organización del Estado, basado en la Monarquía, Aristocracia, Democracia. Su concepción de Igualdad, y de Justicia. Asimismo, como la Moral y el Derecho aún confrontados.

En el Texto se examina también la teoría de SANTO TOMAS DE AQUINO, de quien se puede sintetizar su pensamiento jurídico como el Derecho como espejo y parte del orden divino del mundo; sus explicaciones sobre la Ley Eterna, la Ley Natural, la Ley Humana. Así sobre que la Ley humana sólo es ley si se deriva de la ley eterna, la Ley Natural nace de la naturaleza, la Ley Humana positiva nace de la voluntad de los hombres. Las concepciones tomistas del Derecho.

Posteriormente concebiremos el PENSAMIENTO MODERNO, con DESCARTES y su Discurso del método. Luego SPINOZA judío repudiado por la Sinagoga, con sus concepciones sobre el Derecho como expresión de la razón pura (como expresión de la naturaleza); el hombre condicionado por las leyes de la naturaleza; la identificación al derecho con el poder, así como la teoría de que cada uno tiene tanto derecho cuanto poder posee; la teorización del Panteísmo, es decir que todo deriva de Dios, o de la naturaleza impersonal.

PASCAL, que fue un filósofo matemático, quien habla sobre el problema existencial, es decir que el problema es estar con el otro; también sobre la diversidad e inestabilidad de las leyes humanas, sobre la justicia que en-

tiende que es difícil de reconocer el sujeto de discusión, sobre la fuerza , etc.

MAQUIAVELO, de quien puede sintetizarse su discurso como el Derecho como descripción, expresión de la realidad; así mismo como la imposición del Derecho por razones del Estado para evitar el mal como fundamento; el Derecho como relación de fuerzas políticas. El Derecho como descripción, expresión de la realidad.

HOBBES, filósofo inglés, quien plantea que la condición natural del hombre es la concisión de perpetuo estado de lucha, de guerra, y cree en el derecho instituido, implantado por el soberano es un orden jurídico con utilidad de paz y de seguridad públicas. Hobbes habla del Juez subordinado a un Soberano, del Derecho no sale de la acción jurisprudencial de los jueces sino del mandato del soberano.

LOCKE, que piensa en el derecho como fundamento de la Constitución. Asimismo, cree que el egoísmo es el eje o motor del crecimiento individual y por extensión del crecimiento colectivo.

ROUSSEAU, con su Contrato Social: Cree que el Derecho positivo orientado a realizar la utilidad pública; y que la ley es la expresión de la voluntad general, no mandato arbitrario, así como el derecho es el centro de la vida social.

KANT, que cree en la razón y percepciones (sentidos) tienen validez pero también errores, y en la fórmula "siempre debes actuar de tal modo que al mismo tiem-

po desees que la regla según la cual actúas pueda convertirse en una ley general". Hablando del Categórico incondicionado; creyendo en el derecho como una ciencia del deber ser, y que la coacción como elemento característico del Derecho. Así como la libertad hace al hombre un fin en si mismo; el derecho es una especie de ética que pertenece al reino del deber ser y que es formulada a priori por la razón práctica. Asimismo, hace la distinción entre Derecho y Moral.

HEGEL, de quien se puede sintetizar como el Derecho como expresión del espíritu. Así sólo se puede ser malo o bueno en relación con un contexto histórico; la verdad es un proceso histórico; la Dialéctica como método, tesis, antítesis, síntesis, el Derecho dentro del marco de la moral.

MARX, sintetizado como El Derecho como ideología de clase. Hablando de la plusvalía, del Estado socialista, de la repartición igualitaria de la riqueza, de la superestructura, ideas, como se piensa, instituciones políticas, leyes, religión; del Derecho como una cuestión de intereses, del Delito como lucha de un individuo aislado contra las condiciones dominantes, como resultado de las condiciones, circunstancias sociales.

KELSEN, en el que se sintetiza "El Derecho es una específica técnica social, por medio de la cual es posible obtener una conducta humana deseable".

PENSAMIENTO POSTMODERNO, que identifica a nuestro parecer un autor.

NIETZSCHE, y su concepción del Derecho como voluntad de Poder. Hablando de la muerte de Dios, del Derecho como voluntad de poder, del no creer en la voluntad de poder, y tampoco cree en el bien común; así mismo habla de la verdad como generalidad puesta en juicio.

CUARTA SECCIÓN
LA DIALECTICA DEL DERECHO Y OTROS ENSAYOS
(4.- El Almuerzo Desnudo...)

Esta es la sección más divertida, a mi parecer, pues nace de las inquietudes sobre el derecho en general, concluyendo con propuestas para hacer empresa. No se intenta probar nada científicamente, sino ensayar algunas preguntas y otras respuestas acerca del mundo jurídico, hacer juegos experimentales para ejercitar el cerebro, y encontrar unos apacibles razonamientos que provoquen la curiosidad por generar soluciones a los problemas planteados.

Así, hemos tocado algunos temas e instituciones jurídicas que permitan darnos una idea global del mundo del derecho. Se ha recorrido, así, por los caminos de Justiniano, con su Corpus JurisCivilis, insertando un relato sobre su relación con una cortesana; posteriormente también tenemos un texto sobre los abogados y su variopinta función, hemos entrado, luego, en el ataúd de los juristas como Francesco Carnelutti, Jorge Basadre. Más allá hemos tocado temas tan dispares como el Derecho y la Religión, el Derecho y el Medio Ambiente, Oratoria Forense, Epistemología, Literatura, Drogas, Mercado, y por último, el Amor, entre otros ensayos.

Derecho Tributario.-

Con fecha que ya mi memoria dejó atrás, ante la moda del Derecho Tributario como una garantía de fuente económica, si se dominaba dicha materia, y habiendo encontrado unas copias del libro "Hipótesis de Incidencia Tributaria", de autoría de Geraldo Ataliba, escritor brasileño, que escribió un texto alucinante sobre el Derecho Tributario: "...Derecho Tributario es aquella que contiene el mandato: 'entréguese dinero al Estado'", terminé de convencerme de la genialidad del tema tributario y de estudiar por qué el Estado nos cobra por el sólo hecho de existir (todo niño viene con un tributo bajo el brazo). Pero fue también gracias a un entretenido tributarista, Ponce de León -quien logró captar mi atención hacia aquella disciplina-, que exploré el tema tributario, que más tarde olvidé.

Sobre Derecho Tributario escribí también el tema de la Cobranza Coactiva en la Sunat, que fue un trabajo que realicé cuando era catedrático de la Universidad Privada de Tacna que no tiene más mérito de haber sido escrito con toda la pasión de quien concibe la peculiaridad –a nuestro parecer injusta- del Estado de cobrarnos por el sólo hecho de existir, en la hipótesis que desde allí somos un costo social, le costamos a la sociedad y por lo tanto al Estado.

El libro está estructurado de tal forma que se pueda leer brevemente el resumen de lo más significativo del Derecho Tributario, de aquella relación normativa que se produce entre el Estado y los tributantes, pero con una noción crítica del porqué se tiene que pagar desde

incluso antes del nacimiento, y luego, porqué se tiene que pagar tanto tributo y tan alto tributo en nuestra sociedad, sin hacer las diferenciaciones entre los que gastan más y los que gastan menos, o consumen más o menos los servicios del Estado, y por lo tanto pensamos que no existe justicia en la tributación, que este se realiza sobrepasando la propia condición humana, y que si antes se había implementado como un acto de subordinación del individuo al Estado, esta vez agrega que el individuo se subordina a los demás, porque tiene que pagar tributos desiguales, incluso y perjudicando, muchas veces, su ponderación o equilibrio para no crear necesidades de servicio, etc.

CAPÍTULO:
EXTRAVÍOS SOBRE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

Primer blque: EXTRAVÍOS SOBRE FILOSOFÍA DEL DERECHO

I.- Buscando el sentido de la Filosofía.-

¿Será pretensioso querer hablar de Filosofía desde un texto de circunstancias? ¿Será la Filosofía sólo apropiada para seres divinos y mentes brillantes? ¿Una persona común nunca estará al alcance de la Filosofía? ¿Sólo Kant, y personajes como Juan Mabillon, Hugo Grocio, Samuel Pufendorf, Chistian Thomasius, César Beccaria, Jeremy Bentham, Filangieri, Juan Pablo Marat, Mostesquieu, Jean Jacques Rousseau, Voltaire, Feurbach, Karl Hommel, John Howard, Gotthold Lessing, Johann Schiller, Romagnosi, Inmanuel Kant, Hans Gross, Franz Klein, Pellegrino Rossi, Giovanni Carmignani, Antonio Rosini, Francisco Carrara, Manuel De Lardizábil y Uribe, Luis Luchini, Joaquín Francisco Pacheco, Mario Francisco Pagano, Franck Enrique Pessina, Carlos David Augusto Roeder, Francisco Giner De los Ríos, Pedro Dorado Montero, Franz Joseph Gall, Juan Bautista De la Porta, Juan Caspar Lavater, Quetelet, Lambert Adolpe Jacques, Adre Michael Guerry, César Ezequiel Lombroso, Enrico Ferri, Rafael Garófalo, Augusto Comte, Alejandro Lacassagne, Gabriel Tarde, Bernardino Alimena, Manuel Carnevale, Fran Von Liszt,

Adolfo Merkel, Ricardo Von Hammel, Edmundo Mezger, Adolfo Prins, Puglia, Florián, Harry Godland, Charles R. Von Birkmayer, Ernst Von Beling, Hugo Conti, Silvio Lhongui, Vittorio Vicente Lanza, Montalbeno, Falchi, Trajieno, Carlos Binding, Vicente Manzini, Arturo Rocco, Max Ernet Mayer, entre otros, tendrán la posibilidad de tener el monopolio del saber, el título discriminatorio y excluyente de *filósofos*?

¿Sólo aquellos autores podrán hacer *filosofía?* y esculpir grandes relatos o metarrelatos con esa carga intelectual como: 1) *Confesiones, de San Agustín; 2) Diario de un escritor y otros escritos*, de Fiódor Dostoyevski; 3) *El Libro Negro, Un hombre acabado,* de Giovanni Papini; 4) *Fouché El Genio Tenebroso, de* Stefan Zweig; 5) *Gandhi, de* Romain Rolland; 6) *La Lucha contra el Demonio (Hölderlin, Kleist, Nietzsche),* Stefan Zweig; 7) *Una Temporada en el Infierno, de* Arthur Rimbaud; 8) *De mi vida, escritos autobiográficos de juventud,* de Friedrich Nietzsche; 9) *Tres Maestros: Balzac – Dickens – Dostoievski*, de Stefan Zweig; 10) *Erasmo de Rotterdam. Triunfo y Tragedia,* de Stefan Zweig; 11) *Confesiones*, de Jean Jaques Rousseau; 12) *Diario de un seductor, de Soren* Kierkegaard.

¿Sólo son prodigios aquellos autores?, por ejemplo, en el campo del Derecho: 1) *Teoría del Derecho, de* Edgar Bodenheimer; 2) Tratado los Delitos y las Penas, de César Bonesana Marqués de Beccaria; 3) Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, de Luigi Ferrajoli; 4) Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito, de Claus Roxin; 5) Sesenta y cinco Años de Evolución en la Filosofía del

Derecho, de Edgar Bodenheimer; 6) Fundamentos del Derecho Procesal Civil, de Eduardo J. Couture; 7) Derecho, Política y Justicia, de Giorgio Del Vecchio; 8) En Defensa de la Usura, de Jeremy Bentham; 9) Un Viaje Al Brasil. Impresiones de un Conferenciante, seguidas de un Estudio sobre el Derecho Penal Brasileño, de Luis Jiménez De Asúa; 10) Principios de Derecho Penal, la Ley y el Delito, de Luis Jiménez De Asúa; 11) El Derecho a la Pereza, de Paul Lafargue; 12) Derecho Civil, de Marcel Planiol – Georges Ripert; 13) Del Asesinato considerado como una de las bellas artes, de *Thomas De Quincey; 14)* La Naturaleza de la Filosofía del Derecho, de Robert Alexy; 15) Tratado de las Pruebas Judiciales, de Jeremy Bentham; 16) La lucha por el Derecho, de Rudolf Von Ihering; 17) Filosofía del Derecho, de Giorgio Del Vecchio.

¿Sólo tendrán la posibilidad de hacer filosofía en la literatura, autores como: 1) El Ricachón en la Corte, de Moliere; 2) El Jugador, de Fiódor Dostoyevski; 3) Yo Acuso / La verdad en marcha, Emilio Zola; 4) Memorias del subsuelo, Fiodor Dostoievski; 5) La Libertad del Espíritu, Paul Valery; 6) Del Sentimiento Trágico de la Vida, Miguel De Unamuno; 7) Sobre el Poder de la Prensa, José Ortega y Gasset?

O sólo serán ¿filósofos? quienes escriban obras como: 1) Ideología y aparatos ideológicos de Estado, Freud y Lacan, de Louis Althusser; 2) Diccionario de Política, de Norberto Bobbio; 3) Spinoza Filosofía-Practica, de Gilles Deleuze; 4) Diccionario Filosófico, de Voltaire; 5) Vidas de los Filósofos más Ilustres, de Diógenes Laercio; 6) Los límites de la Interpretación, de Umberto

Eco; 7) El Libro Negro, de Giovanni Papini; 8) El Fin y los Medios, de Aldous Huxley; 9) Así Habló Zaratustra, de Friedrich Nietzsche; 10) Teoría de la Acción Comunicativa, *Crítica De La Razón Funcionalista, de Jürgen Habermas; 11)* Los Nueve Libros de la Historia, de Herodoto De Halicarnaso; 12) Tratado de la Naturaleza Humana, de David Hume; 13) En Defensa de la Usura, de Jeremy Bentham; 14) Critica del Juicio, de Kant; 15) Carta sobre la Tolerancia, de John Locke; 16) Ensayo sobre el Gobierno Civil, de Locke, John; 17) Lógica del Sentido, de Guilles Deleuze; 18) Los beneficios de privatizar el control del delito, de Bruce L. Benson; 19) Una temporada en el Infierno, de Rimbaud; 20) Ensayos, de Michel Montaigne; 21) Mil mesetas capitalismo y esquizofrenia, de Deleuze y Guattari; 22) Monadología, de Leibniz; 23) Tolerancia y Responsabilidad Intelectual, de Karl Popper; 24) ¿Qué es Filosofía? de Ortega y Gasset; 25) Filosofía en el Tocador, de Sade; 26) Tratados Morales, de Seneca; 27) Sobre la brevedad de la vida, de Seneca; 28) La Decadencia de Occidente, de Spengler Oswald; 29) Sobre la libertad, de John Stuart Mill; 30) Historia del Imperio Ruso bajo Pedro El Grande, de Voltaire; 31) Cartas Filosóficas, de Voltaire.

U otros autores como: 1) La literatura y el mal, de Georges Bataille; 2) Van Gogh el suicidado por la sociedad, de Artaud Antonin; 3) Factotum, de Charles Bukowski; 4) El segundo sexo, de Simone De Beauvoir; 5) Escritos de un viejo indecente, de Bukowski; 6) Historia de la locura en la época clásica, de Michel Foucault; 7) Entre Filosofía y Literatura, de Michel Foucault; 8) La arqueología del saber, de Michel Foucault; Seguridad, Territorio y Población, de Michel Foucault; 9) Vigi-

lar y Castigar, de Michel Foucault; 10) Arquitrave, de Charles Bukowski; 11) Las Flores del Mal, de Baudelaire; 12) Rubaiyat, de Omar Khayyam; 13) Una Temporada en el Infierno, de Rimbaud; 14) Hojas de hierba, Whitman.

¿Sólo aquellos autores podrían llegar a hacer *filosofía*?, fueron las primeras preguntas que consternaron mi angustiado, frágil y débil pensamiento. Por eso sería un acto astuto dejar los contextos filosóficos para aquellos que reúnen los requisitos para engendrarlos y sostenerlos. Sin embargo, la Filosofía es un concepto, un texto, un idilio o un instrumento que puede ser utilizado sin que sea degenerado necesariamente su sentido. Bajo ese pretexto abordaremos el tema, como un intento de encontrar su incógnito sentido y lograr ver su afinidad con aquello que hace al derecho su propio justificante.

Bertrand Russell, por ejemplo, nos da una clara noción del sentido de la Filosofía, enfundándola en palabras como "autoafirmación", uso de la "razón deliberada", para tratar de lograr el mejor modo de vida; y es en este contexto que escribiría: "La filosofía, contrariamente a la ciencia, nace de una especie de autoafirmación: una creencia de que nuestros fines tienen una relación importante con los fines del universo, y que, a la larga, el curso de los acontecimientos se realizará de acuerdo con nuestros deseos. / "El hombre carece de filosofía va por la vida preso en los prejuicios derivados del sentido común, de las creencias habituales de su tiempo o de su nación, y de las convicciones nacidas en su mente sin consentimiento ni cooperación de su razón delibe-

rada. / La filosofía ha tenido, desde sus comienzos, dos objetivos diferentes, que se consideraban estrechamente relacionados entre sí. Por una parte tendía al entendimiento teórico de la estructura mundial; por la otra, trataba de descubrir e inculcar el mejor modo de vida posible.".

Y Jean Jacques Rousseau escribe: "El más fuerte no lo es jamás bastante para ser siempre el amo o señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber. De ahí el derecho del más fuerte, tomado irónicamente en apariencia y realmente establecido en principio. Pero, ¿se nos explicará nunca esta palabra? La fuerza es una potencia física, y no veo qué moralidad puede resultar de sus efectos. Ceder a la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad; cuando más, puede ser de prudencia. ¿En qué sentido podrá ser un deber? / Supongamos por un momento este pretendido derecho: yo afirmo que resulta de él un galimatías inexplicable, porque si la fuerza constituye el derecho, como el efecto cambia con la causa, toda fuerza superior a la primera, modificará el derecho. Desde que se puede desobedecer impunemente, se puede legítimamente, y puesto que el más fuerte tiene siempre razón, no se trata más que de procurar serlo. ¿Qué es, pues, un derecho que perece cuando la fuerza cesa? Si es preciso obedecer por fuerza, no es necesario obedecer por deber, y si la fuerza desaparece, la obligación no existe. Resulta, por consiguiente, que la palabra derecho no añade nada a la fuerza ni significa aquí nada en absoluto. / Obedeced a los poderes. Si esto quiere decir: Ceded a la fuerza, el precepto es bueno, pero superfluo. Respondo de que no será jamás violado. Todo poder emana de Dios, lo reconozco, pero

toda enfermedad también. ¿Estará prohibido por ello, recurrir al médico? ¿Si un bandido me sorprende en un bosque, estaré no solamente por la fuerza, sino aun pudiendo evitarlo, obligado en conciencia entregarle mi bolsa? Porque, en fin, la pistola que él tiene es un poder. / Convengamos, pues, en que la fuerza no hace el derecho y en que no se está obligado a obedecer sino a los poderes legítimos. Así, mi cuestión primitiva queda siempre en pie."

Por otro lado, el conocimiento o saber escolar nos da ya una idea de qué es la filosofía. Pero esta noción se queda en la "escolástica", es decir en una simple "transmisión de saberes", que luego se hacen saberes dominantes tradicionales[5](se los usa sin saber cuál es el origen y sentido primario de los mismos). Pero nosotros tenemos que abordar el tema desde una perspectiva ontológica[6] del derecho. Eso significa que no podemos quedarnos con esa visión reducida de la filosofía. ¿cuál es esa noción reducida de la que estamos hablando? Pues nada menos aquella que identifica a la filosofía con el "amor a la sabiduría" y nada más. Porque la filosofía ya no es sólo amor a la sabiduría, al menos

[5] Luis Díez Picazo escribe: "una tradición jurídica existe siempre que se ha perdido el rastro del originario designio que guio la puesta en vigor de una norma o cuando, por lo menos, no se tiene ya una clara conciencia de él." / DIEZ PICAZO Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho.* Editorial Ariel. Barcelona. 1ra. Edición 1973. Pp. 146.

[6] En este trabajo entenderemos a la ontología como el estudio del ser. Ferrater Mora escribe que "La ontología …. Se concibe como ciencia del ser en sí, del ser último o irreductible, de un primer ente en que todos los demás consisten, es decir, del cual dependen todos los entes" / Ferrater Mora, José. *Diccionario de Filosofía Abreviado*. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. Decimocuarta edición, 1983. Pp. 307. Carlos Fernández Sessarego también habla de la ontología, y dice que esta "asume la discusión sobre el objeto de la disciplina" / Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho y Persona.* Editorial Grijley. Tercera edición, 1998. Pp. 49. Fernández Sessarego usa también este término en su tesis de Bachillerato ante la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, que titulaba "Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho". En dicha tesis el autor identificaba a la ontología con la metafísica. Estas preocupaciones ontológicas parecen ser sugeridas en el autor por la filosofía existencialista, con Heidegger y Sartre.

no en derecho. Es además la "búsqueda de las causas últimas de las cosas", búsqueda del "sentido". Y ¿cuál es este sentido? Pues nada menos que el hombre, el ser, el "ente" y éste es "lo que es"[7] , a diferencia de "el ser", que es el hecho de que cualquier ente dado *sea*[8]. Y ¿Qué es el ser humano? Si le preguntáramos a alguien este daría sólo su nombre, y eso acabaría el asunto. Pero en Derecho el ser, no significa sólo un nombre uno no es un nombre, sino un "ser", y ¿quién es uno? Uno es el que es[9]. Ese "ser" en términos jurídicos se denomina: "persona". ¿Y qué es ser persona?, pues no se más que un "sujeto, eje, de imputación de derechos y deberes"[10]. Y si nos volvemos positivistas (creemos que todo debe estar en los códigos y las leyes y nada más, perdiendo la perspectiva de totalidad del ser humano, o su carácter expansivo) podemos citar el artículo 1°. "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento…"[11]

[7] Explicado por Ferrater Mora, en su *Diccionario de Filosofía Abreviado.*

[8] Ibidem.

[9] Al respecto recordamos una narración histórica sobre esta respuesta: "Yo soy el que soy", para identificar al "ser", contada por Arturo Uslar Pietri. "… con Moisés va a ocurrir algo…: Dios le revela su misión y él quiere negarse a llevarla adelante porque no se considera capaz, y entonces tiene la osadía de preguntarle a Dios su nombre. / Esto tenía una importancia extraordinaria para un hombre antiguo. En todos los pueblos primitivos, el nombre tiene un valor mágico, de tal modo que no se le comunica sino a gentes en quienes se confía mucho, porque, según la magia de los pueblos primitivos, quien posee nuestro nombre posee en cierta forma nuestra persona, y quedamos a merced de las gentes que saben nuestro nombre. Por ejemplo, entre las tribus indígenas venezolanas es muy difícil que un indio diga su verdadero nombre; generalmente dice uno que no es el verdadero, porque el nombre verdadero no se le dice a nadie por temor de quedar en posesión de aquella persona al hacerle la entrega preciosa de esa especie de esencia de la personalidad que es el nombre. /Para un hombre de un pueblo antiguo y primitivo a quien se le aparece Dios, decirle: '¿Cómo te llamas?', era sencillamente, decirle : 'Ponte en posesión mía'. Sin embargo, Dios responde a la audaz pregunta de Moisés y le dice un nombre extraordinario: 'Yo soy el que soy'. … 'El que es', que en hebreo se dice Yavé, y no Jehová,…" / Uslar Pietri, Arturo. *Valores Humanos (Biografías y evocaciones.* Tomo I. Editorial Edime, Madrid. 1972, pág. 27.

[10] Escribe Rubio Correa, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1992. Pp. 23.

[11] El ser humano es sujeto de derecho de dos formas, 1) como concebido: "Entre la concepción y el nacimiento"; 2) Como persona: "desde el nacimiento hasta la muerte" / Rubio Correa, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1992. Pp. 17 y sgts.

La persona tiene personalidad jurídica, es decir es susceptible de atribución de derechos y deberes, "…la persona es el ser humano entre su nacimiento y su muerte, con personalidad jurídica, es decir, con capacidad de tener deberes y derechos"[12].

La Filosofía del Derecho tiene que ver necesaria e imprescindiblemente con el ser humano, con la persona natural. La Filosofía habla, pues, del ser humano, de la persona humana, natural.

De la Filosofía "se esperan revelaciones extraordinarias"[13]. O se la desprecia como "un pensar que no tiene objeto"[14]; se la tiene como algo "simple y comprensible, al que se puede llegar simplemente con el sentido co-

Rubio aclara que el sujeto de derecho es "persona" desde su nacimiento (antes ha sido concebido). "El concebido es vida humana que aún no ha nacido pero que tiene existencia para el Derecho" (Rubio ESHCPN, 18) Esto que pareciera una curiosidad es más bien una determinación, una definición jurídica. Como en derecho hay necesidad de certeza (seguridad jurídica), de cosas claras y definidas 8º hay derecho o no lo hay, no hay un más o menos) la norma positiva precisa el momento, el eje del movimiento. Sucede entonces que la vida humana se produce con la concepción. Este concebido, este cuerpo formado por la integración de dos cuerpos (espermas y óvulos) es el llamado concebido. No, no es aún persona, no si entendemos a la persona como un cuerpo también definido, independiente, que puede y es el fin primero y último, y es el mismo un fin, con capacidad para realizar sus propios fines y objetivos (Fernández Sessarego y Kant) y no sólo "un ente emocional de naturaleza racional". El concebido no es persona. Para que sea tal tiene que haberse cortado el cordón umbilical que representa, no sólo una separación física, sino exclusiva y específicamente, una desvinculación moral.". Se trata de esa persona que el Derecho civil tiene, o debería tener, "como objeto preferente", par su protección y defensa y realización de sus fines" (Diez Picazo y Gullón, pp. 55). Pero si es cierto que este "concebido", ese muchas veces "accidentillo" amoroso, tiene derechos, Entonces ¿tiene deberes? ¿No es acaso cierto que cuando existe un derecho debe existir también un deber? ¿No nos enseñaba Bobbio que existe esa relación derecho-deber indestructible? ¿Porqué alguien puede tener derechos? ¿No es acaso porque tienen también deberes? Habría que preguntar ¿qué deberes tiene el concebido? ¿por qué se le protege? ¿por qué tiene derechos si no tiene deberes? La respuesta va por el hecho de que el concebido es vida. Y esta vida, independientemente de los deberes, es lo que se protege: la vida humana. El concebido es vida humana, no persona. Pero ¿cómo puede ser vida humana algo que no es persona? …
La persona es una "entidad sicosomática". Kelsen diría: "la persona es un centro ideal de imputación", Parece que Boecio decía que "la persona es un ente indiviso de naturaleza racional". O más allá se dice que "la persona es el centro unitario ideal de derechos y deberes".

[12] Rubio Correa, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1992. Pp. 22.

[13] Jasper, Karl. *La Filosofía.* Editorial del Fondo de Cultura Económica. México.1996. pp. 7.

[14] Jasper, Karl. *La Filosofía.* Editorial del Fondo de Cultura Económica. México.1996. pp. 7.

mún"; O se la tiene como algo oscuro, confuso, "se la tiene por tan difícil que es una desesperación el ocuparse de ella".[15]

Pero la filosofía ha sido atacada también por la ciencia, igual que el derecho. Hubo un tiempo que la filosofía quiso ser científica, a esa filosofía que utilizaba el método científico se la llamó positivismo. La pretensión filosófica era la "certeza", Jasper decía: "La certeza me parecía entonces que solo podría darla la ciencia y, queriendo que fuese la filosofía, tenía que ser una filosofía prendida de las ciencias y nacida de ellas. Todos conocen esta filosofía: en nuestro tiempo, llamase positivismo."[16]

Una de las más grandes contradicciones para la filosofía ha sido la ciencia, ¿Qué es ciencia? Sería la primera pregunta: Lo resumimos. Ciencia : "Conjunto de conocimientos sistemáticamente organizados, universalmente válidos y pasibles de ser verificados".[17]

La ciencia ganadora de un imperio, su imperio, por su disposición de "certera", "verificable", "universalista".

[15]Jasper, Karl. *La Filosofía.* Editorial del Fondo de Cultura Económica. México.1996. pp. 7.
[16]Papini, Giovanni. *Obras completas. Oumo finito (Un hombre acabado).* Editorial Aguilar. Madrid. 1966. Pp. 766.
[17] Mario Bunge señala diez características que hacen de una disciplina una ciencia: " 1) El conocimiento científico parte de los hechos y siempre regresa a ellos; 2) La ciencia trasciende los hechos, llega a producir nuevos hechos.; 3) La ciencia es analítica; 4)La ciencia es especializada; 5) La ciencia es clara y precisa; 6) El conocimiento científico se puede comunicar y verificar; 7) La investigación científica sigue un método y es sistemática; 8) Los conocimientos científicos son generales; 9) La ciencia trata de establecer leyes y de aplicarlas; 10) La ciencia es explicativa e intenta explicar los hechos en términos de leyes y las leyes en términos de principios. / Valdivia Cano, Juan Carlos. *La caja de herramientas (Introducción a la investigación jurídica)*. Edición de la Universidad Católica Santa María. Arequipa. 1998. Pp. 112 y sgtes.

"Para un hombre con fe en la ciencia" la filosofía es una contradicción, o no llega a estas presuposiciones de "certera", "verificable", "universalista". Este hombre cientificista[18] acusa a la filosofía de carecer "por completo de resultados universalmente válidos y susceptibles de ser sabidos y poseídos"[19]. El talón de Aquiles de la filosofía, se dice, es que no tiene conocimientos universalmente válidos, y menos verificables, puesto que "en filosofía no hay unanimidad alguna acerca de lo conocido definitivamente"[20]

La disputa entre ciencia y filosofía surge, o se desprende, de un entredicho; entre dos dominios de saber, dos formas de conocimiento (muchas veces se quiso subordinar la filosofía a la ciencia). Se cree en el carácter de un proceso progresivo, que tendría la ciencia y no la filosofía. El adelanto, el avance, el progreso, en la ciencia está determinado. En filosofía no. "Estamos ciertamente mucho más adelantados que Hipócrates, el médico griego; pero apenas podemos decir que estemos más adelantados que Platón."[21] . El avance, el "proceso progresivo", en la ciencia es verificable, en filosofía no, "sólo estamos adelantados en punto al material de conocimientos científicos"[22]. La "certeza" con la que está investida la ciencia es incorruptible. El saber científico es el mismo para todo el mundo, para todo el intelecto; la certeza científica es "la misma para todo el intelecto"[23]. Por ejemplo, todo el mundo sabe

[18] El cientificismo puede explicarse en aquella formulación de que para la validez de una disciplina debe ser "elevada" a ciencia. Si no está dentro de la categoría de ciencia, su saber no es legítimo. Pero Berdiaev retrucaría que "nada tiene que ser científico salvo la ciencia".
[19]Jasper, Karl. *La Filosofía.* Editorial del Fondo de Cultura Económica. México.1996. pp. 7.
[20]Jasper, Karl. *La Filosofía.* Editorial del Fondo de Cultura Económica. México.1996. pp. 7.
[21]Jasper, Karl. *La Filosofía.* Editorial del Fondo de Cultura Económica. México.1996. pp. 7.
[22]Jasper, Karl. *La Filosofía.* Editorial del Fondo de Cultura Económica. México.1996. pp. 7.
[23]Jasper, Karl. *La Filosofía.* Editorial del Fondo de Cultura Económica. México.1996. pp. 8.

que el licor tiene efectos embriagadores[24], pero no se sabe a ciencia cierta cómo afectará emocionalmente a cada ser humano, cual es su tolerancia, etc.

La ciencia se ocupa de un objeto determinado: el cuerpo, los átomos, la materia, los genes, etc., es la parte material, aquello que se puede ver o comprobar, y por lo tanto existe la certeza de ese saber. Son objetos medibles matemáticamente, "son objetos especiales"[25]. Pero estos objetos sobre los que trata la ciencia no son necesarios para todo el mundo, mientras que la filosofía tratase "de la totalidad del ser que interesa la hombre en cuanto hombre".[26] En filosofía no se trata de hacer como en la ciencia, por ejemplo, de descubrir un telescopio para mirar las lindas estrellitas y acumular conocimientos, sino que en filosofía se trata sobre el hombre y su condición de tal, su condición humana, se trata de enfrentar a este ser humano con sus necesidades primarias. Ver las estrellas no es necesario a todo el mundo. Cómo se siente un ser humano es un saber "necesario". En fin, la filosofía sólo tiene sentido si desemboca en el hombre[27]. Parece pues que "no hay manera de escapar a la filosofía"[28].

II.- ¿La Filosofía del Derecho?.-

La Filosofía del Derecho "es el elemento que articula y fusiona las heterogéneas dimensiones del Derecho, uti-

[24] Conocemos de grandes bebedores artistas, escritores, como por ejemplo Poe, Bukowski, Bryce Echenique, etc.
[25] Jasper, Karl. *La Filosofía.* Editorial del Fondo de Cultura Económica. México.1996. pp. 8.
[26] Ibid.
[27] Ibid.
[28] Ibid.. pp.11.

lizando todas las fuentes a su alcance y dando principio y sentido a la actividad jurídica."[29]

No sé aún si la filosofía resuelva algo o si algo es conveniente siempre ser resuelto. Pero lo que sí sé es que la Filosofía es un tipo de lenguaje o al menos se manifiesta por medio del lenguaje. El lenguaje, sin embargo, ha creado alucinantes formas de complicar o mejorar la vida. El lenguaje lo es todo en un mundo social. Lenguaje que se conforma como un mosaico con innumerables potencialidades internas que intentan salir, que pretenden descifrar al mundo, comprenderlo y configurarlo. El lenguaje, pues, es lo que permite la sociedad. Sin él no habría posibilidad de sociedad. Pero, como en la Torre de Babel, el lenguaje se multiplica, se hace diverso, variopinto, diferente, multiforme complejo y hasta complicado. Hay que, por eso, determinarlo, demarcarlo, encerrarlo dentro de un contexto conceptual, para poder utilizarlo. Y ese contexto recién le da forma, contenido, sentido.

Pues bien, si hemos dicho que todo es lenguaje, y que la Filosofía también lo es, ¿cuál es el contexto de esta filosofía? ¿Qué le da sentido? ¿qué busca? ¿cuál su finalidad?

La Filosofía ha sido descrita como el amor a la sabiduría, pero esta es siempre insuficiente. Porque se ama aquello que se quiere conocer, aquello que se quiere internalizar, aquello que, en última instancia, permiti-

[29] Valdivia, Juan Carlos. "*Codificación e Identidad".* "Kurak". Tanteo putunchaycuna valen. Revista de ciencias jurídicas y políticas. Editada por estudiantes universitarios. Arequipa - Perú. Pp. 54.

rá, nuestra felicidad. No es el amor a la sabiduría, pues, lo que define a la Filosofía, porque no se ama la sabiduría por simple sabiduría, sino porque nos permite la felicidad, porque nos posibilita algo más que el simple conocimiento, porque este conocimiento proporcionado es relevante y trascendental, y no meramente rutinario o descriptivo. La filosofía es aquella que construye un sentido a los actos humanos, a la misma vida humana. Le da al hombre la posibilidad de justificar su existencia.

Pero cuando hablamos de Filosofía del Derecho, tenemos un contexto más grande. Si la Filosofía es sentido, el Derecho es aquello que permite que este sentido exista. La Filosofía del Derecho se muestra así como aquella que posibilita la existencia ética de la vida humana. Pero veamos que dicen ciertos autores sobre la Filosofía del Derecho.

Juan Manuel Terán escribe: "…, la Filosofía del Derecho es una concepción universal, de carácter racional, acerca del mundo jurídico. Universal, porque es común a todas las ramas del derecho positivo; racional, porque es una concepción del pensamiento. La Filosofía no es dogmática e indiscutible como la fe, sino que maneja conceptos; por eso no sólo es universal, sino además racional."[30]

C.J. Friedrich prescribe: "Toda filosofía del Derecho forma parte de una determinada filosofía general, puesto que ofrece reflexiones filosóficas acerca de los

[30]Teran, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho.* Editorial Porrua. México, 1993. Pp. 14.

fundamentos generales del derecho. (…) / (…)es dudosa la idea expresada con frecuencia por los abogados de tipo más práctico, de que la ley no involucra una filosofía del derecho. Porque la ley consiste en declaraciones o enunciados expresados verbalmente, y tales declaraciones, comúnmente llamadas juicios -que en derecho son, netamente, juicios normativos-, dan lugar a una clase de cuestiones filosóficas generales, de significación para tales juicios."

Carlos Fernández Sessarego escribe a su vez: "El jusfilósofo -filósofo del Derecho- no se interesa por las interioridades de la ciencia. Se inquieta por encontrar los supuestos de validez universal que hacen posible la ciencia, por la determinación ontológica del Derecho, por el estudio del pensamiento jurídico. Ante una figura jurídica no se preocupa por analizarla cómo la encuentra en el ordenamiento, sino que indaga por su 'cómo debe ser', por la justicia o injusticia que encarna."[31]

III.- JUSTIFICACIÓN DE LA FILOSOFÍA.-

Para entender la justificación de la Filosofía podríamos discernir sobre si es "*conveniente* en términos prácticos y *necesaria* en términos teóricos". Poder saber "en cuanto a su *conveniencia*: ¿qué tan conveniente es (…)?, es decir, ¿para qué sirve?; *relevancia*: ¿cuál es su trascendencia para la sociedad?, ¿quiénes se beneficiarán con los resultados de la investigación?, ¿de qué modo? ; *implicaciones prácticas:* ¿ayudará a resolver algún pro-

[31] Fernández Sessarego, Carlos. *El Derecho como libertad. Preliminares para una filosofía del derecho.* Ediciones Studium. Lima, 1987. Pp. 38.

blema práctico?; *valor teórico:* ¿se llenará algún vacío del conocimiento?, ¿se podrán generalizar los resultados a principios más amplios?, ¿la información que se obtenga puede servir para comentar, desarrollar o apoyar una teoría?, ¿ofrece la posibilidad de una exploración fructífera de algún fenómeno (…) ; *utilidad metódica:* (…) sugiere cómo estudiar más adecuadamente un fenómeno?"[32] Estas que son unas proposiciones para hacer una investigación jurídica, sirven también para intentar una visión sobre la justificación de la Filosofía del Derecho. Lo primero a hacer, es luego, hacernos las preguntas arriba enumeradas y si la Filosofía del Derecho cumple con éstas.

Una justificación es siempre decir el porqué de la importancia de algo. Es lo que sirve de fundamento, de base, de sostén para la existencia de algo. Algunos autores como Juan Manuel Terán piensan que no existe una justificación para la Filosofía, no al menos desde el punto de vista práctico.[33] Eso significa, según el mismo autor, primero: a) que el Derecho "no puede justificarse como una disciplina que prepare para la técnica profesional de jurista"[34]; b) Que "no se puede pretender

[32] Ramos Núñez, Carlos. *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento.* Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2000, pp. 87.

[33]Teran, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho.* Editorial Porrua. México, 1993. Pp. 13.

[34] Para Kant lo más cercano al jurista, el lo llama jurisconsulto. Y dice: "…El hombre versado en esta ciencia o que sabe derecho, se llama jurisconsulto (jurisperitus);…" / Kant, Emmanuel. *Principios metafísicos del Derecho.* Editorial Cajica. Puebla. Pp. 51. El Diccionario de Cabanellas entiende por jurista a "Quién estudia o profesa la ciencia del Derecho. (v. Jurisconculto.). Merryman designa a los jurisconsultos como "académicos legales" . En una de las tradiciones del Derecho o Sistemas Legales (Hay dos tipos de Derecho, según la clasificación de Merryman: Derecho Civil y Derecho Común -ConnonLaw) sucedía que "En la tradición del derecho civil es muy antigua la preeminencia del investigador académico. Se considera que el jurisconsulto romano -que asesoraba al pretor y al juez, y era reconocido como un experto en materia de derecho, pero no tenía ninguna responsabilidad legislativa o judicial- fue el fundador de esta tradición académica. Sus opiniones tenían gran peso, y durante el segundo siglo de la era cristiana eran obligatorias para los jueces las opiniones de ciertos jurisconsultos (…) Durante este período, los tribunales de algunos lugares otorgaban una autoridad obligatoria a las respuestas dadas por los académicos a ciertos problemas legales (…) En Alemania, por ejemplo, hubo una

que tenga una utilidad directa para aumentar los conocimientos de las ramas del derecho positivos; c) Desde este punto de vista, con razón se la califica de inadecuada e inútil para las necesidades de la vida jurídica; d) La justificación de su estudio consiste en que la *Jurisprudencia técnica es insuficiente para dar unidad de visión a los estudios mismos del derecho positivo; y* aún cuando en la técnica jurídica se conocen las ciencias jurídicas positivas, esa técnica no encuentra justificación para sus fines; e) Para saber qué es la Jurisprudencia técnica, su sistema y estructura, y cuáles son sus fines, se necesita la Filosofía del Derecho."[35]

Vamos a explicar el punto a) que el Derecho "no puede justificarse como una disciplina que prepare para la técnica profesional de jurista". Eso significa que se considera la parte "técnica" del Derecho. Pero qué es esa técnica.[36] Tenemos que determinar primero que en De-

época en que los tribunales enviaban con frecuencia los casos a las facultades de derecho para su decisión." / Merryman, John Henry. *Sistemas legales en América Latina y Europa.* Editorial del Fondo de Cultura Económica. Primera reimpresión en Chile, 1995. Pp. 113.

[35]Teran, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho.* Editorial Porrua. México, 1993. Pp. 13.

[36] La técnica la podemos explicar de muchas maneras. El autor que mejor lo ha descrito, a nuestro parecer, es nada menos que un español, el gran José Ortega y Gasset, en su libro *Meditación de la Técnica.*: "… la técnica, que podemos definir como la reforma que el hombre impone a la naturaleza en vista de la satisfacción de sus necesidades. (…), la reacción enérgica contra la naturaleza o circunstancia (…) La técnica es lo contrario de la adaptación del sujeto al medio, puesto que es la adaptación del medio al sujeto. (…) Un hombre sin técnica, es decir, sin reacción contra el medio, no es un hombre. (…) " En el campo del Derecho, la técnica podría decirse que cumple la función de "servir a la buena vida, al bienestar, que implica la adaptación del medio a la voluntad del sujeto." Y entendemos por actos técnicos aquellos "en que dedicamos el esfuerzo, primero, a inventar y luego a ejecutar un plan de actividad que nos permita: 1.° Asegurar la satisfacción de las necesidades, por lo pronto, elementales.; 2.° Lograr esa satisfacción con el mínimo esfuerzo.; 3.° Crearnos posibilidades completamente nuevas produciendo objetos que no hay en la naturaleza del hombre." / Ortega y Gasset, José. *Meditación de la técnica.* Editorial Revista de Occidente. Madrid, 1964. Como nota anecdótica podemos decir que una vez al joven y gran poeta mexicano Octavio Paz (Premio Nóbel 1994), en una reunión con José Ortega y Gasset, éste último, le dijo: "Deje Ud. la poesía, no tiene eso futuro. Aprenda Ud. alemán y piense. ¡Piense!". Bueno Ortega se equivocó porque Octavio Paz se dedicó a pensar, pero a pensar cómo defender la poesía. Desde allí sus libros son más una justificación de por qué escribir poesía. En sus palabras en unos de sus tantos libros sobre poesía dice: "Estas páginas no son sino una variación, una más, de esa *Defensa de la Poesía* que, desde hace más de dos siglos, escriben incansablemente los poetas modernos." / Paz, Octavio. *La otra voz. Poesía y fin de siglo.* Ediciones Seix Barral. Barcelona, 1990. Pp. 8.

Colocamos el siguiente párrafo sólo con fines didácticos, y con la certeza de que servirá en la expansión de su conocimiento, además de tomar las cosas sin prejuicios -opiniones sin juicio, tumores, al decir Voltaire. Y además porque consideramos que todos los que lean esto son ya maduros, incapaces de asustarse por simples e ilustrativas palabras que tienen un fin exclusivamente académico. En todo caso cualquier sugerencia, estoy dispuesto a escucharlas. Y pido disculpas si por a, o b, alguien ha sido ofendido en su sensibilidad. Se trata de dar una idea de qué es la técnica, a través de su paralelismo, o sinonimia entre proceso y sexualidad. Ahí les va, pues, el fragmento: Proceso jurídico y Sexo / "¡Tanto peor para quienes capaces de corromperse con cualquier cosa, sólo pueden captar el mal en las opiniones filosóficas! ¡Quién sabe si no se infectarían tal vez con la lectura de Séneca y Charron! No es a ellos a quienes me dirijo; sólo me dirijo a personas capaces de entenderme, las cuales me leerán sin peligro." (Sade)
Proceso jurídico y sexo son dos términos que en una primera percepción se ven distanciados, tanto que se pensaría no tienen nada que ver el uno con el otro. En mi apreciación esto es un error. Hay muchos elementos coincidentes entre estos dos fenómenos. Su «racionalización» es perfectamente concordante la una a la otra. Los dos son fenómenos con rasgos similares. ¿Cuáles son esas características similares? La primera que se me ocurre es que los dos son «movimiento», etc.; pero no se trata de un simple movimiento, producto del azar o de las circunstancias de la naturaleza. Se trata más bien de un movimiento «querido», «interesado», «motivado» por un determinado «interés»: amor o deseo, solución de un conflicto de intereses o justicia, etc.

Veamos pues qué implica esto del sexo, el impulso sexual, el deseo sexual. Este último podría ser ese «interés» que motiva, esa «fuerza que transforma, modifica, la naturaleza». Bien, el acto sexual, hablando en crudo, es un fenómeno natural al hombre, en su condición de animal, pero en «el deseo» existe más bien un acto creador, una invención, una construcción. El deseo es inventado, es creado. Michel Foucault explicaría este singular fenómeno: El hecho no es «liberar el deseo» (concepción de que el deseo es innato, es decir viene con uno desde nuestro nacimiento, y nada más), sino que más bien podría «crearse placeres nuevos», y entonces, «acaso surja entonces el deseo». El deseo implica más bien imaginación, pensamiento, lenguaje, y no olvidemos que todo proceso jurídico es precisamente eso: «lenguaje», que es -como el proceso jurídico mismo- «un conjunto de signos y medios de comunicación, regulado por reglas sintácticas» (Augusto Salazar Bondy). Proceso jurídico es, entonces, «lenguaje». Pero no olvidar que el sexo es también una forma de lenguaje (y no me refiero al hecho de que en el sexo se use para ello la lengüita. ¡no!).

Para explicar mejor el sexo como el fundamento, el primer «interés», vamos a tomar un ejemplo histórico, un fenómeno social y cultural: la guerra entre los norteamericanos y los musulmanes.

La primera pregunta sería: ¿Por qué estos hombres musulmanes, conscientes de la superioridad de Estados Unidos y los países aliados se atreven a librar una guerra que se proyecta perdida? O dicho en otros términos ¿Cuál es el *interés*, el leitmotiv, el motivo que les da la fuerza, el valor?

La respuesta es curiosa. La fuerza (el interés) de estos hombres va más allá de un planteamiento racial, económico o simplemente social. Ellos están animados por un motivo sexual. «No temen a la muerte» -dicen. Están «aptos para morir» en pro de «su fe». ¿Cuál es esta «fe» que los vuelve inmunes al temor a la muerte? ¿Qué es lo que les dice esta «fe»? Chimo Fernández De Castro lo explica y escribe:
"Mahoma… Unificó las tribus árabes con la promesa de un paraíso de ríos, fuentes, cascadas y manantiales: con la promesa del gran Oasis de la eternidad. Imagen que podía colmar todos los sueños frustrados de un hombre del desierto. La lucha para conseguirlo iba a ser dura, pero el profeta prometía un lago celestial rodeado de bellas huries donde se podría hacer el amor sin límite para los guerreros que muriesen en el combate. Y para los que sobrevivieran a la conquista y a la expansión de todos los árabes, un botín de mujeres y riquezas sinfín en el mundo de los grandes ríos…. Para aquellos hombres del interminable mar de arena, el agua y el sexo fueron los dos argumentos que les motivaron especialmente. Y por eso en el Corán los placeres del sexo son agradables a Dios y su práctica terrenal no es más que una caricatura

recho técnica es un método, una forma cómo conducir los actos humanos. “La técnica específica del derecho, que consiste -recordémoslo- en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utili-

---

del placer, multiplicadísimo, que le espera al creyente si ha merecido el paraíso, que, como música de fondo, tendrá el sensual ruido del agua.”

Aún hay más, parece ser que el premio prometido por Mahoma era un oasis paradisiaco donde esperaban al hombre creyente “50 vírgenes que no sudaban ni menstruaban”. Y esto parece resolver todo el asunto del leitmotiv, del «interés», «razón» o causa de estos musulmanes para persistir en la guerra. Bueno, ¡así cualquiera! Acaso ¿algún osado y machista sujeto se anima a convertirse a la religión musulmana? ¡No os apresuréis! La monogamia y pluralidad cultural de occidente tiene también sus grandes ventajas.

En ese entendido la razón de la «fe» de estos hombres sería simplemente el «sexo». El interés: el sexo. Habría que determinar, entonces, qué es el sexo, ese primer interés de la vida humana según Freud.

El sexo tiene una peculiaridad que puede ser usada en nuestro tema. Se trata también de una actividad procesal (proceso). ¡Exactamente eso! Sexo es un “acto procesal”, o dicho en otros términos, es “técnica”. Marco Aurelio Denegri, en uno de sus programas televisivos habría dicho, también eso: “el sexo es técnica”; y hemos de saber que toda *técnica* no es más que un elemento más del *«proceso»*, que a su vez no es más que un «conjunto de actos secuenciales, determinados, preordenados, armónicos, articulados, sistemáticos, que tienen un fin u objetivo».

Para continuar con el paralelismo hemos de decir, por ejemplo, que en el sexo el fin es el “placer”, la “felicidad”, etc.; veamos que el fin y objetivo del proceso son también la “felicidad”, el “placer”, que se produce al efectivizarse una “resolución (o solución) de un determinado conflicto de intereses”, o en la “eliminación de una incertidumbre jurídica”, y el consecuente efecto: “tutela efectiva del derecho (del interés)”.

La diferencia entre ambos métodos (sexo y proceso) está, entonces, en el tercero. El tercero, en el proceso judicial es el juez; en el sexo no existe (no en el sexo monogámico al menos). Pero ambos son técnicas, métodos, formas o modos de conocimiento y solución de determinados problemas, hechos, fenómenos, pero no sólo eso, sino mucho más.

Una prueba de que el sexo es también “técnica”, es decir que tiene que ver necesariamente con el “proceso” lo muestra el hecho de existir escritos milenarios al respecto como, por ejemplo, el Kama Sutra, Ananga Ranga, etc.

Si queremos explicar de otra forma el tema podemos incluso trabajar con el concepto de amor. Bukowski aclara mejor el asunto: «Amor es una vía con cierto significado, sexo es significado suficiente.» -escribe. Entonces, el amor es al proceso lo que el procedimiento es al sexo. Eso significa que en el amor y en el proceso hay tanto método como fin u objetivo. Ambos se realizan mediante formas, y persiguen un fin. Sexo es forma solamente, amor es forma y sentido. Proceso es procedimiento (forma) y sentido.

Cabe aclarar que se está haciendo una abstracción, o configuración teórica, que supone el tratamiento del proceso en sentido jurídico. El proceso como fenómeno natural no tiene fin determinado, al menos no determinado por el hombre. El proceso jurídico es más bien una ficción inventada por el hombre para resolver sus problemas existenciales, de coexistencia, convivencia y supervivencia. Aquí acaba este pie de página.

zada con miras a alcanzar no importa qué fin social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener."[37]Pero a lo que se refiere Terán es que el Derecho no prepara al jurista, o en todo caso no prepara suficientemente al jurisconsulto para el "ejercicio" del Derecho; esto considerando que dentro de las técnicas sólo encuadramos al derecho adjetivo (códigos procesales) o incluso sustantivo (códigos-civiles35). Eso supone que aprender las técnicas no son suficientes, no son totales, no son completas. Esto tiene que hacer referencia, necesariamente a las técnicas en el Derecho, que han sido definidas, según indica Máximo Pacheco, parafraseando a Aníbal Bascuñán Valdés, como "el conjunto de reglas y habilidades prácticas para la búsqueda o creación, la individualización, elaboración y aprovechamiento de las Fuentes de Conocimiento Jurídico y de las Fuentes Jurídicas, para la realización y superación de las Ciencias del Derecho y del Ordenamiento Jurídico Positivo".[38]

Uno de los puntos más importantes es el de que la Filosofía del Derecho permite dar una unidad de visión al Derecho positivo. La filosofía del Derecho sirve, trascendentalmente para saber cuáles son los fines del Derecho. Evaluarlos, motivarlos, coadyuvarlos y probar si los conceptos positivos funcionan o no en cada realidad geográfica y espacial.

[37] Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho.* Editorial universitaria de Buenos Aires. Argentina.1981. Pp. 74.
[38] Pacheco G., Máximo. *Teoría del Derecho.* Editorial jurídica de Chile. Santiago. Tercera edición, 1988, pp. 713.

CAPÍTULO:
LA ANTICONCEPCIÓN DEL DERECHO

Segundo Bloque: LA ANTICONCEPCIÓN DEL DERECHO

El Derecho siempre "misterioso" –como decía Galgano- y dinámico, debe, para madurar con libertad, ser iluminado y replanteado por aspectos contemporáneos, con acuciosos discursos jurídicos, que permitan conectar el mundo, las experiencias y/o prácticas jurídicas con las necesidades del hombre, de modo que generen ese encuentro entre norma y realidad. El Derecho tiene sed de ser lúcida lucha contra los obstáculos que impidan la libre convivencia de los hombres y sus intereses. El Derecho siempre ha hecho que las neuronas se sacudan, ha inventado soluciones constantemente, ha improvisado -sobre ciertos conceptos sociales, jurídicos, económicos, etc., formados o en formación- las respuestas a los problemas de conflictos de intereses, a la desconexión entre realidad teórica y realidad humana.

El Derecho siempre aspirante a transformar el mundo en determinado orden (cósmico, divino, natural, positivista, etc.), ha devenido en soportarlo, hacerlo llevadero, o al menos a conectarlo con las exigencias humanas. El Derecho deslizándose en la atmósfera de la realidad, de la teoría, del discurso, de las prácticas y experiencias, ha advertido que para vivir no hay recetas, sólo caminos y decisiones a seguir y tomar; simulacros de orden (cómo los códigos, leyes, etc.). El Derecho es un camino que conduce a todas partes, no es to-

das partes, es un medio que rastrea una suma de vivencias, para aclararlas, plantearlas y ordenarlas. Es un arma que han inventado los hombres para defenderse de la arbitrariedad, del infortunio, de la fosilización de la vida, del incierto, etc.; es un medio que intenta afinar y mejorar los recursos expresivos de sus objetivos, la libertad y el respeto de los derechos del hombre, es la facultad de ejercer el Derecho a ser hombres o mujeres libres.

* * *

Para explicar la concepción del Derecho desde esta perspectiva, usaremos, como elementos que se interconectaran determinados conceptos: Derecho, Orden, y Poder.

Desde esta perspectiva intentaremos dar una visión general de lo que entendemos por Derecho. Darnos una noción clara de la "idea" que se tiene de lo que es Derecho. Tomaremos muy en cuenta cómo empezamos -con que idea de Derecho- y cómo terminamos, que significará ratificar nuestras ideas (algunas), desvirtuarlas (otras), entender, aclarar, desmembrar otras más y darnos una nueva, renovada y pulida concepción del Derecho. Luego veremos el movimiento de los instrumentos del derecho -es decir, aquellos que se utilizan para que éste funcione activamente en las relaciones jurídicas-, y todo ese conjunto de experiencias, prácticas, relaciones jurídicas, etc., que necesitan ser exigiblemente solucionadas para la convivencia y que sea necesaria la intervención de los órganos del Estado para solucionar esos conflictos de intereses.

El ámbito de nuestro estudio en esta perspectiva circulará en base a ciertos factores conceptuales: el Derecho, el Orden, y el Poder. Con esto pretendemos especular sobre la interrelación de estos factores como determinantes en la creación de nuestro sistema jurídico. Es decir, lo que haremos es estudiar el Derecho -como creación del Poder- que establece cierto orden jurídico, que crea la división de lo legal y lo ilegal. Queremos describir cómo el Derecho -a través del poder- crea el "bien" y el "mal", que traducidos a lenguaje jurídico sería más bien lo “legal” y lo “ilegal”, imponiéndolos a la sociedad con todas las justificantes jurídicas del bien común, determinando un cierto tipo de orden jurídico y social.

Estos puntos, en concreto, nos interesan porque afectan directamente en la forma de comprender y actuar de los agentes que intervienen en la creación del Derecho y en los que practican el Derecho (que en realidad somos todos los que vivimos dentro de una sociedad, pero que en nuestra investigación delimitaremos a lo que hemos denominado “ámbito jurídico”); y porque nos dará pistas para resolver -de alguna manera- los muchos “complejos jurídicos” que tenemos, que surgen del mal entendido de lo que significa la convivencia, conforme a ciertas normas que se suponen Derecho.

Empezaremos por delimitar los conceptos con que vamos a trabajar: Derecho, Orden, Poder, para plantearnos una clara proposición de la investigación. Hacemos la anotación de que, en este trabajo “delimitar” no significa, definir absoluta y dogmáticamente estos

conceptos, sino establecer un margen, marco que me permita circular por ellos, y observar los lineamientos por los cuales enrumbo esta investigación, proponiendo esta investigación más bien como algo flexible y abierto a nuevas especulaciones y discursos teóricos. Puesto que no hay nada tan dinámico como el Derecho, y tratar de asentarlo en estructuras teóricas absolutas iría contra su propia naturaleza.

Conceptualizaremos sintéticamente: Derecho, Orden, Poder. Limitando mi investigación al ámbito jurídico de la ciudad de Tacna. Este ámbito jurídico engloba a los magistrados, abogados, docentes y universitarios en Derecho.

Luego analizaremos cómo estos conceptos han ido perfilándose, transmutándose, aniquilándose, complementándose, efectivizándose, etc., de acuerdo a los valores reinantes y al tipo de poder dominante. El curso que toman lo determina el saber dominante, o los dominios del saber vigente.

Después pretendemos verificar cómo la vida jurídica se ha movilizado a través del juego de estos conceptos como "factores" determinantes, directrices. Nada nuevo bajo el sol, sin embargo es de nuestro interés observar al Derecho en la concepción del mundo dualista, concepción occidental que explica la existencia de dos extremos eternamente en contradicción.

Así también nos preguntamos si ¿será cierto que lo que no cambia es más bien el "poder", que fluctúa de unas manos a otras, pero que sigue siendo poder?. ¿Es

el poder como capacidad de afectar, motor creador del orden (Derecho) y del Caos (delincuencia) justificado o no, de acuerdo al momento histórico y su requerimiento?

Por último, una vez planteados ciertos conceptos, intentaremos involucrarnos en el laberíntico mundo del fenómeno mental. Evidenciar la necesidad de elevar a categoría primaria la condición mental de los hombres respecto al mundo y sus representaciones jurídicas. De esta forma intentaremos mostrar el fenómeno de la asimilación de las influencias modernizantes con mentalidad y actos premodernos, lo que ha provocado, no sólo el colapso del mundo jurídico, sino la mala e ineficaz, y hasta nula, aplicación de los conceptos modernos en la vida jurídica de los hombres. Los procesos de cambio y renovación, la reformulación de la vida jurídica, para el progreso y desarrollo de las interrelaciones sociales ha fracasado. Ha habido, en esto un principal factor: la mentalidad actual, la condición mental del hombre de ser acrítico, premoderno[39], pero su premodernidad no es absoluta, hay en él, en el hombre contemporáneo una mezcla conceptual descoordinada, inconexa. Es decir, no somos cien por ciento premoder-

[39] Cuando se expone la condición acrítica del Magistrado, Juez, Abogado, por lo general la respuesta a esta caracterización es de orden social, político, no jurídica. Dicen que el problema no está en la normatividad, ni en la capacidad de ser crítico o no en la expedición de resoluciones, sino en la presión política a que son sometidos los magistrados y hombres de leyes. Estas presiones políticas impiden el fiel cumplimiento de los principios jurídicos. No obstante, esta argumentación, de tipo coartada, no convence. Si el magistrado es determinado -sus decisiones jurídicas- por presiones políticas, entonces el primer factor aludido será el ético. Y si se piensa que la presión política es la justificante de una mala aplicación del Derecho, lo único que se hace es provocar una justificante premoderna de la existencia de nuestra sociedad. No hay Estado de Derecho, y no hemos llegado a ser modernos, porque nuestra actitudes y formas de resolver estas presiones es sólo cediendo ante ellas. En una sociedad Democrática uno siempre tiene derecho a elegir.

nos, ni tampoco cien por ciento modernos, y menos cien por ciento postmodernos. Somos más bien una mezcolanza de todo, una mala asimilación de todo.

De tal forma que se plantea la pregunta urgente de saber, al tener muy confusas las cosas, ¿cómo se presenta el Derecho?, ¿cómo se expresa?, ¿cómo lo asumimos y usamos? ¿Con qué tipo de concepción mental? Y ¿qué se puede hacer para salvar estas incongruencias?

Para darnos una primera visión, si el Derecho es una creación del hombre, que a través del poder ha establecido cierto orden, ¿cómo se produce el problema de la asimilación mental premoderna, mala asimilación de las influencias modernizantes en la práctica jurídica, que hacen ineficaz el planteamiento teórico de estas influencias modernizantes?

Empezaremos nuestra investigación exponiendo cada uno de estos conceptos: Derecho, Orden, Poder, para que, conectados, podamos darnos una idea del problema planteado.

Capacidad y Voluntad Crítica.-

Antes de entrar a explorar y analizar los conceptos: Derecho, orden, poder, queremos ensayar el título "Voluntad Crítica". Empezaremos diciendo que hay evidentemente en el peruano de hoy poca capacidad de razonamiento teórico-jurídico sobre "aquella cosa llamada Derecho". Y lo peor es que incluso aquellos -los hombres de derecho- que estamos, o deberíamos estar

premunidos de esta capacidad de razonamiento jurídico no lo estamos. El problema empieza ya desde el mundo y espacio universitario. Esto puede deberse, por un lado, a que los conceptos teóricos, expuestos allí, sobre el Derecho están como apartados de la práctica, y la práctica como apartada de la teoría. Sin embargo la conexión entre teoría y práctica no es la esencia del problema -sí un elemento importante-, no resuelve el problema del proceso cognoscitivo del Derecho. La asimilación del Derecho, de lo que es, de su función en la sociedad actual, etc., no se resuelve sólo a través del entendimiento y comprensión de los discursos jurídicos expuestos en las universidades. No es suficiente la acumulación de conocimientos doctrinarios y procesalistas, que suponemos se hacen de muy buena fe. Es necesario, además, la formación de una capacidad crítica y autocrítica de los elementos teóricos que nos proponen como fundamentos del Derecho y conectar esto con esa "intuición de naturaleza extralógica del que nos habla Diez Picazo. Para lograr esto, el individuo tiene que hacer un proceso de reflexión, una vez comprendido los conceptos teóricos del Derecho, para luego darle forma a todo lo aprendido, y poderlo expresar de manera más o menos precisa y coherente[40]. Esto es lo que podría decirse: formarse un cerebro de abogado -en el más alto y buen sentido de la palabra-, es decir la construcción en el hombre de derecho la capacidad de razonamiento jurídico, no el aprendizaje mal asimilado, difuso y complejo de datos jurídicos e históricos, sino más bien el "desarrollo de la capacidad

[40]MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A. *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994, p. VIII.

de razonamiento y reflexión crítica"[41] del hombre de derecho, conectado con cierta intuición metajurídica.

El hombre de derecho deberá, mediante esta capacidad de razonamiento crítico jurídico, abordar -desde una estructura de conceptos y categorías lógicas, además de cierta intuición extralógica- los problemas y fenómenos jurídicos que se presentan. Esta capacidad crítica de razonamiento jurídico, de pensamiento jurídico, es el primer problema en el hombre de derecho de hoy. Esta mala integración de los elementos jurídicos conservadores y la novedades jurídicas que presenta el constante dinamismo social, la perenne circunstancia de crear nuevos fenómenos jurídicos, fenómenos vitales o modos de presentarse y acontecer la vida humana[42], no asumidos crítica y conscientemente, han impedido asimilar coherentemente los procesos e influencias modernizantes, y han provocado una compleja situación de donde nadie parece poder salir: la modernización tradicionalista, es decir que todo cambia para que nada cambie; o en términos más populares, la modernización chicha.

La modernización ha servido sólo como maquillaje del viejo y obsoleto sistema jurídico, de las viejas y decadentes maneras de hacer Derecho. Las cosas no han cambiado lo suficiente como para que cambien. No existe ese anhelo de largo aliento, que se llama progreso. No puede haber, porque no se ha aprendido a asimilar y usar las influencias modernizantes con mentali-

[41] Ibid. p. VIII.
[42] DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho.* Madrid, Editorial Ariel, 1975, p. 5.

dad moderna o postmoderna, no ha habido esa "peculiar condición, crítica y autocrítica, de ajustarnos creativamente a nuestro tiempo".

La importancia del Derecho y sus problemas, viene de su condición omnisciente, de ser "cosas de todos" de ser un fenómeno vital, social, "...el derecho es algo que se produce dentro de la vida social. Más aún: es él mismo la vida social o, por lo menos, una zona o un sector de la vida social, aunque no, obviamente, toda la vida social."[43] Por eso es necesario estudiarlo armónicamente.

1.-DERECHO.-

Escribe Carlos Fernández Sessarego: "Como bien expresa Galgano, Francesco, *II rovescio del diritto*, Milano, Giuffre, 1991, p. 3. La palabra *directum* –en vulgar "derecho"- aparece como por encanto en la historia, sale de la neblina del tiempo, sin que nadie pueda explicar por qué razón sustituye o asume, con frecuencia, al *jus* de los romanos que, no obstante, el ignoto surgimiento de la expresión "derecho", no desaparece, sino que sobrevive en múltiples vocablos de raigal importancia, como "justicia", "jurisprudencia", "jurista", "juez", "jurisdicción", "judicatura", "justiciable".[44]

Por su parte Kant expresaba que aún se estaba buscando el concepto de Derecho. Pues bien, veamos el

[43]Ibid. p. 5.

[44] Escribe Carlos Fernández Sessarego, en un artículo denominado: "Algunas reflexiones sobre la antijuricidad del delito y las penas privativas de la libertad a la luz de la teoría del Derecho", extraído de una página web con los siguientes datos: © 1997 IIJ-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

porqué de esta complejidad lingüística (multifacetismo), semántica, cognoscitiva. Y sea cual fuere la conclusión habremos de proseguir nuestro camino e investigación, incluso sin respuesta definitiva alguna, como lo hubiera querido Bertrand Russell.

a.- El problema del concepto del Derecho.-

Empezaremos citando a Bobbio para aclarar desde ya, que los conceptos, e incluso las definiciones científicas, sobre el Derecho no pueden ser de carácter restringido, sino de sentido amplio; y que lo importante de los conceptos no es obtener uno absoluto y total, sino uno oportuno. Norberto Bobbio escribe: "Las definiciones de términos científicos son convencionales..., lo que significa que nadie tiene el monopolio de la palabra "derecho"... no hay una definición verdadera y una falsa, sino cuando más solo una definición más o menos oportuna."[45]

Siguiendo está línea diremos que existe hoy una infinidad de acepciones sobre el Derecho. Unos menos operativos que otros, unos más científicos, otros más filosóficos, aquellos más políticos y estos hegemónicamente económicos, etc. Hay, por otra parte, otro inconveniente al hablar de Derecho: su multifacetismo lingüístico, su configuración semántica. El problema consiste en que la palabra derecho es usada en diversos contextos. El sentido y dirección con que hablamos de Derecho se entenderá sólo en relación al contexto dentro del cual hablamos. Así en el libro *Filosofía y Derecho de* Legaz y Lacambra, se escribe: "...la palabra "dere-

[45]BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Editorial Temis, p. 11.

cho" es usada dentro de contextos diferentes y sólo por referencia a ellos adquiere un determinado sentido. Pero quedando en este nivel parece evidente que no es posible aspirar a un concepto del Derecho, pues por de pronto no hay cosa que sea el Derecho sino sólo distintos contextos o universos de discurso donde esa palabra adquiere cierta significación."[46]

Hay luego una necesidad que aparece como primaria, convenir la dirección y sentido que hemos de usar para estudiar al Derecho vital, viviente, vigente, no cómo un sistema normativo, fundamentado en la ley solamente, ni como ideal ético de justicia en exclusividad, ni como sólo la facultad subjetiva de los hombres para hacer o no hacer algo, sino como la relación o articulación entre todos ellos. Es decir, con una concepción integral y armónica que pueda servirnos para resolver el gran problema de la complejidad del Derecho y de su comprensión.

Tenemos clara conciencia de la existencia de ciertas fases diferenciales de la concepción del Derecho: la subjetiva (que explicará al Derecho como una facultad); la normativista (que considera al Derecho como un sistema de normas); la Eticista (que considera al Derecho como un ideal ético de justicia); La académica (que toma al Derecho como un objeto de estudio, una disciplina o rama de estudio); etc.

Una clasificación más ordenada de la multiplicidad de sentidos en que es tomado el término Derecho, es la

[46]LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho.* Editorial Bosch, pp. 253,254.

siguiente: 1.- Derecho como facultad. Derecho subjetivo (facultad o poder).Se llama Derecho subjetivo a ese poder reconocido socialmente. Ángel La Torre indica: "Cuando hablo de derecho me refiero generalmente a un poder que, en caso necesario, es susceptible de imponerse coactivamente...con una coacción ...socialmente aceptable... coacción que la comunidad en que vivimos ampara e incluso organiza."[47]; 2.- Derecho como ciencia, disciplina: (rama de estudio); 3.- Derecho como ideal ético o moral de justicia; 4.- Derecho como norma o sistema de normas: (Derecho objetivo), que La Torre define así: "...conjunto de normas respaldadas por una coacción social organizada".[48]

Hemos resuelto no hacer una diferenciación excluyente, sino más bien tomar como punto de nuestra investigación una concepción integral, armónica, relacionante de todos estos sentidos. ¿porqué? Porque a nuestro parecer el Derecho no es un fenómeno definido y estructurado absoluta y dogmáticamente, sino un *proceso social*, normativo, subjetivo, disciplinario, etc.

* *

El problema predominante de la concepción del Derecho es, como expone Luis Legaz y Lacambra, de orden relacionante: "El problema, sin embargo, es si existe una estructura subyacente a las distintas significaciones de la que pueda predicarse la condición de jurídica."[49]

[47] LA TORRE, Angel. *Justicia y Derecho.* Barcelona. Salvat Editores S.A., 1974, p. 35.
[48] Ibid. p. 35.
[49] LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho.* Editorial Bosch, pp. 254.

El concepto del Derecho se muestra por lo pronto inaprensible, confuso, extraño, diverso y aún paradójico. Concepciones sobre el Derecho tan extrañas y como diría Herber Hart, "oscurecidas desde tiempo atrás por representaciones groseramente falsas de su naturaleza esencial". Es necesario, pues tener y obtener una visión clara del conjunto, o una concepción de conjunto, integral del Derecho. Por el momento hemos de tener en cuenta qué elementos deben estar presentes en el concepto de Derecho. Para esto usaremos a Bobbio, que expone los elementos esenciales que para Santi Romano debe tener todo concepto de Derecho:

> "El concepto de derecho debe, en nuestra opinión, contener los siguientes elementos esenciales:
>
> **a)** Ante todo debe comprender el concepto de sociedad. Esto en dos sentidos recíprocos que se completan mutuamente: lo que no sale de la esfera puramente individual, lo que no supera la vida del particular como tal, no es derecho (*ubi ius ibi societas*) y, además, no hay sociedad en el sentido exacto de la palabra sin que en ella se manifieste el fenómeno jurídico (*ubi societas ibi ius*).
>
> **b)** El concepto de derecho debe, en segundo lugar, contener la idea de orden social: lo que sirve para excluir todo elemento que implique el arbitrio puro y simple o la fuerza material, es decir, no ordenada... / Toda manifestación social, por el solo hecho de serlo, está ordenada por lo menos con relación a los asociados.

> **c)** El orden social que establece el derecho no es el dado por la existencia, originada en cualquier forma, de normas que regulan las relaciones sociales. Antes bien, dicho orden no excluye tales normas, sino que las utiliza y las comprende en su órbita, pero al mismo tiempo las aventaja y supera. Esto quiere decir que, antes de ser norma, antes de referirse a una simple relación o a una serie de relaciones sociales **es organización, es estructura**, es situación de la misma sociedad en la que se manifiesta y a la que constituye como unidad, como ente autónomo."[50]

Son, concluyendo, tres los elementos constitutivos del concepto de Derecho -explica Bobbio-: la sociedad, como base de hecho de donde deriva su existencia el derecho; el orden, como fin al cual tiende el derecho y la organización, la organización como medio para realizar el orden.[51]

Esta apreciación del Derecho de Santi Romano, del que hace referencia Bobbio, tiene un mérito, haber ampliado los horizontes de la concepción del Derecho, rompiendo las cadenas de su acepción ligada ineludiblemente a la razón de Estado, a la existencia del Estado como generador del Derecho. Se ha introducido, como elemento coordinador, eje de la concepción del Derecho al fenómeno de la organización, este ha servido "como criterio fundamental para distinguir una so-

[50] BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho.* Ediciones Temis, pp. 7,8. El sombreado es nuestro.
[51] Ibid. p. 8.

ciedad jurídica de una sociedad no jurídica, la teoría del Derecho como Institución, que propugnaba Romano ha roto con el círculo cerrado de la teoría estatalista del Derecho, que considera derecho sólo al proveniente del Estado[52].

* *

En nuestro esquema de investigación, usaremos una interconexión de ciertos elementos –como ya lo antelamos- que a nuestro parecer tienen y configuran al Derecho. Estos elementos son el propio Derecho, el Orden y el Poder. Tomaremos al Derecho como una institución que coordina, articula el poder, que surge para establecer determinado orden general, apoyado, y respaldado en cierta capacidad de coacción, previamente justificada y respaldada. O en otras palabras el Derecho vendría a ser una institución que coordina, articula las relaciones de fuerzas, de dominio, las capacidades de afectar o no afectar, es decir, las relaciones de poder. Este es el primer esbozo, con el que comenzaremos. El Derecho así planteado no surge exclusivamente del Estado sino de cierto tipo de configuración social, de articulación o relación de fuerzas, con determinados elementos constitutivos que integran la facultad del hombre de vivir organizadamente.

El Derecho, el sentido, con el cual vamos a trabajar en esta investigación, es más bien la que circula entre la que expone Luis Diez Picazo y Michel Foucault, o sea, entre el Derecho entendido como "conflicto de intereses" y como "relaciones de fuerza, de dominio".

[52] Ibid. p. 9.

Entonces para Luis Diez Picazo el Derecho es: "El Derecho con mayúscula es un conjunto de conflictos de intereses, de valoraciones de estos intereses y de equilibrio de los mismos."[53] / "...derecho no es otra cosa que un modo de tratar de resolver tales conflictos aunque no por supuesto el único modo (...) / El Derecho es fundamentalmente un conjunto de experiencias vividas, que en la mayor parte de los casos son experiencias existenciales de decisiones o de series de decisiones sobre concretos conflictos de intereses.[54]

Y para Michel Foucault el Derecho sería: "...el derecho (y cuando hablo de derecho no pienso simplemente en la ley, sino en el conjunto de aparatos, instituciones, reglamentos que se aplican al derecho) transmite, funcionaliza relaciones que no son exclusivamente relaciones de soberanía, sino de dominación. Y por dominación no entiendo el hecho macizo de una dominación global de uno sobre los otros, o de un grupo sobre otro, sino las múltiples formas de dominación que pueden ejercerse en el interior de la sociedad. Y por lo tanto, no el rey en su posición central sino los sujetos en sus relaciones recíprocas; no la soberanía en su edificio específico, sino las múltiples obligaciones que tienen lugar y funcionan dentro del cuerpo social." / "...El derecho visto no desde el lado de la legitimidad que se instaura, sino desde el de los procedimientos de sometimiento que pone en marcha."[55]

[53]IHERING, Rudolph von. *La lucha por el derecho.* Madrid. Editorial Civitas S.A., 1985, p. 12.
[54]DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho,* Barcelona. Editorial Ariel, 1975, p. 7,9.
[55]FOUCAULT, Michel. *Microfísica del poder.* Editorial, p. 142.

Pero no basta dar una concepción del Derecho, para intentar abordar el problema planteado, es recurrente hacer cierta observación sobre cómo se desenvuelve y maneja la percepción del Derecho que tenemos no sólo los hombres de derecho, sino aquellos que la ponen en práctica, que la usan, es decir "todos" (el Derecho es cosa de todos).

Dado un vistazo breve, pero general, se observará cómo no hay una concepción claramente entendida de lo que significa el Derecho, de lo que podemos hacer con él, y del rol o función que cumple en la sociedad. La visión general es más bien confusa, elusiva, extraña, etc.; resulta de este fenómeno el hecho de que los hombres al toparse con la necesidad de usar el Derecho, en cualquiera de sus expresiones, se ven impelidos a tomar de todas las concepciones que haya en el mercado jurídico, según sus necesidades y conveniencias, en forma desordenada y confusa -al estilo kafkiano. Por lo que se terminará por usar el Derecho, manejarlo incluso, transitar por sus vías y procesos, pero sin comprenderlo con visión de conjunto. Es esta mala mezcla, mixtura de ideas, valores, concepciones del mundo real y jurídico, costumbres, axiomas, etc., percepciones de la función y uso del Derecho tomadas en trozos de por aquí y por allá, en forma desorganizada y desarticulada de sus contextos, lo que, no confrontadas con previo razonamiento crítico, perturbarán cualquier proceso de modernización, e incluso lo anularán.

Bueno, hay por lo pronto una primera necesidad: aclarar nuestras ideas sobre el concepto del Derecho,

en su contexto semántico. Por lo cual daremos un esbozo referencial:

Miguel Villoro Toranzo plantea el estudio de las nociones filosóficas-jurídicas del Derecho clasificándolas de la siguiente manera: 1.- Aquellas nociones que insisten en el aspecto moral del Derecho en su contenido de Justicia; 2.- Nociones que se fijan en la razón, en el aspecto racional "en cuanto el Derecho se presenta como un orden estructurado racionalmente", (positivismo); 3.- Nociones que explican al Derecho como un producto de la realidad histórica, como un resultado de las fuerzas históricas, sociales o económicas; 4.- El aspecto del Derecho como la decisión de la voluntad de la autoridad.

Estas cuatro nociones filosóficas-jurídicas no son necesariamente excluyentes. Sucede simplemente que se conjugan todas ellas, formando un conglomerado, una especie de interconexión, un acto relacionante. Esto pareciera explicar las direcciones que puede tomar cualquier investigación jurídica. No obstante, nosotros no tomaremos estas como objetos independientes de estudio, sino como relacionadas unas con otras.

b.- Principales teorías filosóficas-jurídicas.-

Hemos de exponer muy brevemente, para darnos un marco referencial, las principales teorías filosóficas-jurídicas. Por eso, siguiendo el análisis que hacen Luis Martínez R. Y Jesús Fernández S., la determinación del objeto de estudio del Derecho se perfila como un elemento poco claro, en sus otras palabras, el “Derecho no tiene claro ni delimitado cuál es su objeto, no se sabe

con precisión en qué consiste la realidad del Derecho. Y, por otro lado, ofrece también dificultades a la hora de distinguir con precisión la realidad del derecho de los medios lógicos que el jurista utiliza para enunciar y describir esa realidad."[56]

Como un medio de alternar medios de solucionar este tipo de fenómenos se exponen a continuación teorías filosóficas-jurídicas que intentarán explicar la realidad y el objeto del Derecho desde enfoques distintos:

1) Concepción Normativista.-

Según esta concepción de la realidad del Derecho, el foco central y fundamental de la esencia del Derecho son las normas. Las normas configurarían ese objeto de estudio, esa integración total del Derecho, etc. Esto es, a nuestro parecer, inexacto. Si bien las normas son partes constitutivas del Derecho, no lo constituyen todo, no son todo el Derecho.

El problema de tomar como objeto de estudio del Derecho a la norma, es decir tener una concepción normativista del Derecho, reside en que se excluye de este estudio todo aquello que no tenga que ver con la norma. A mi parecer, lo que ha habido es una exagerada convicción de que el enfoque normativista era el medio más adecuado para entender al Derecho.

[56] MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A. *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*. Barcelona. Editorial Ariel, 1994, p. 24.

Para Bobbio, por ejemplo, el mejor medio para acercarse a la experiencia jurídica es a través de los sistemas normativos, considerar al Derecho como un sistema de normas; desde este enfoque la experiencia jurídica es una experiencia normativa,[57] la vida misma es sólo una representación normativa, un conjunto de normas dentro de las cuales nos desenvolvemos o estamos encerrados; son estas normas las que dirigen nuestras acciones a lo largo de nuestra vida. Son estas normas las que a manera de carteles indicativos conducen nuestro comportamiento y manera de vivir.

Norberto Bobbio indica: "Toda nuestra vida está llena de carteles indicativos, algunos que ordenan tener cierto comportamiento, otros que lo prohíben. Muchos de estos carteles indicativos son reglas del derecho. Desde ahora podemos decir, así sea en términos todavía generales, que el derecho constituye una parte notable, tal vez la más sobresaliente de nuestra experiencia normativa."[58]

Bobbio ha partido de esta concepción normativa, pero entiende que ese sólo es un medio del cual partir para estudiar al Derecho y acercarse a la experiencia jurídica. Su advertencia de que el "derecho constituye una parte notable... de nuestra experiencia normativa", aclara que no considera al Derecho como puramente normativo, que no es sólo norma, sino que es "una parte notable". La vida está repleta de experiencias normativas, es en sí una gran experiencia normativa, pero

[57]BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho.* Editorial Temis, p. 3.
[58]Ibid. p. 3.

el Derecho no constituye toda la experiencia normativa de la vida humana.

El problema consiste en que la concepción normativista se la asimila con carácter cerrado, con amarras literales, con imprecisiones conceptuales, etc. El Derecho así entendido sería sólo norma. Esto no es así, el Derecho es mucho más que norma, es experiencia, es conflicto de intereses[59], es lucha para alcanzar un medio[60], etc.

No obstante, se entiende que la concepción normativista del Derecho identifica al Derecho con la norma, es decir, la realidad del Derecho es la norma: "Esta teoría ... entiende al Derecho como una realidad normativa, es decir, identifica la realidad del Derecho con las normas o, mejor, con el ordenamiento jurídico."[61]

Conductas y normas se encuentran condicionadas para ser jurídicas, sin esta unión no existe orden jurídico. Lo jurídico será aquello que esté regulado en las normas jurídicas. Las conductas sociales sólo serán jurídicas si están normadas. La legitimidad de un acto social sólo será dada a través de una norma previamente establecida. "Para esta teoría, las conductas sólo serán conductas jurídicas cuando estén reguladas por normas jurídicas. De la misma forma, las relaciones sociales sólo alcanzarán el rango de jurídicas cuando estén previstas y contempladas en normas jurídicas. Y la sociedad sólo dispondrá de una auténtica organización

[59] Como lo proponía Luis Diez Picazo.
[60] Concepción expuesta por Ihering.
[61] MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A. *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*. Barcelona. Editorial Ariel, 1994, p. 24.

cuando ésta sea establecida por un conjunto de normas jurídicas."[62]

Esto pareciera significar una exacerbada acentuación en la forma, o el formalismo. La extensión de esta concepción afectaría a todo lo referente al Derecho, incluso las relaciones jurídicas[63], serían manejadas desde este enfoque normativista, donde conducta y norma deben estar legitimadas por la existencia o constitución formal de las conductas sociales. Es decir que, para la existencia del Derecho, las conductas sociales deben ser transformadas en conductas normadas, formalmente normadas, jurídicamente existentes. Los hechos sociales deberán ser transformados en hechos jurídicos a través de su formalización jurídica. De su existencia real en normas jurídicas, para ser válidas.

Esta concepción normativista, extendida aún hoy en nuestro medio, ha provocado cierta separación de las prácticas y experiencias sociales con las formulaciones jurídicas. La desconexión entre hecho y norma se ha acentuado por la distancia puesta por la forma. El Derecho se ha entendido como mera expresión de la forma jurídica, y no de los valores sociales. La conceptualización del normativismo como objeto de estudio del Derecho ha trascendido y escapado a niveles más jerárquicos y dogmáticos. Se ha acentuado la ley sobre el

[62] Ibid. p. 24.

[63] En lo que respecta a la relación jurídica, para esclarecer esta dinámica, citaremos a Norberto Bobbio que escribe: "lo que caracteriza la relación jurídica no es el contenido sino la forma, y esto significa que no se puede determinar si una relación es jurídica con base en los intereses que están en juego, sino por el hecho de estar regulada o no por una norma jurídica. ... una relación es jurídica porque es regulada por una norma jurídica."/ BOBBIO, *Norberto. Teoría General del Derecho.* Editorial Temis, pp. 18.

hecho social. Se ha confundido los medios de estudio, con la esencia del Derecho, se ha tomado al Derecho como mero "conjunto de normas", formulación literal, y falseada por los intérpretes y/o usuarios del Derecho, que han concebido esta proposición como la materialización formal del Derecho. Por ello el Derecho sería la norma, la norma sería la ley, y la ley sería la palabra escrita, reduciendo al Derecho a este compacto parámetro, al texto y no al contexto.

El Derecho entendido de esta forma ha devenido en conjunto de normas. "De una manera más o menos consciente, se encuentra muy extendida entre nosotros una concepción normativista del derecho. Según esta concepción, el derecho es un conjunto de normas. Son normas que poseen una u otras características, pero son normas al fin y al cabo."[64]Los que así intuyen al orden jurídico, al Derecho como conjunto de normas, presuponen que el Derecho es algo ya dado previamente en las normas, formalmente empotradas en la normatividad, orden preestablecido por la sociedad; hay una dirección ya formulada, un orden deseable, al intentar adecuarse las normas, mediante toda una estructura organizativa. Incluso los que planteaban al Derecho como ciencia, la postulan como ciencia normativa, y basados en esta concepción hacen al Derecho dependiente de la norma. Luis Diez Picazo escribe: "La ciencia del derecho es sustancialmente una ciencia normativa. Una consecuencia de esta concepción es que el derecho es algo que se encuentra previamente dado. Lo encontramos formulado o cristalizado en las

[64]DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho.* Barcelona. Editorial Ariel, 1975, p. 6.

normas. El derecho se nos aparece como una previa formalización normativa, abstracta y general, que nos viene ya dada. De acuerdo con esta idea, el derecho es el orden previsto o preestablecido para una sociedad, comunidad o grupo humano. Para que este orden se realice, para que una comunidad viva ordenadamente es necesario ante todo un previo planeamiento o una previsión del orden que es considerado como deseable. Este orden se ofrece a través de toda una serie de reglas o de preceptos, que son estatuidos con una eficacia social de organización y mediante los cuales aquel orden se intenta o se ensaya."[65]

Las normas, en el esquema normativista del Derecho, constituyen lo primero, son portadoras del germen de lo deseable para la sociedad, y están revestidas con mantos de previsibilidad, como configurando de antemano las relaciones sociales y jurídicas. Hay en ellas también una doble función, la de prever el orden establecido y la de sancionar la contravención a este orden determinado por la norma.

Luis Diez Picazo señala: "Para una concepción normativista del derecho, no cabe duda que las normas constituyen lo primero. (...) Las normas prefiguran la realidad deseable y esta última debe ajustarse a ellas. Además, las normas prevén las consecuencias que han de producirse cuando la realidad discrepe del mandato en ellas contenido. Esta previsión es fundamentalmente una sanción. Así, las normas, al mismo tiempo que plantean el orden deseable, sancionan las contraven-

[65]Ibid. p. 6.

ciones o desviaciones de este orden, para conseguir que en el futuro tales contravenciones o desviaciones no se produzcan."[66]

Una de las características esenciales de esta concepción normativista del Derecho es su fundamentación material, condición esencial para la existencia del Derecho. "El normativismo puro exige una absoluta fidelidad a la letra de la ley, que se considerará la norma prototípica. Sin ley no hay nada que hacer."[67] Pero, además, esta concepción normativista juega en un ambiente de normalización, es decir, sujetarse al Derecho es estar normalizado, haciendo de los que no se adecuan al Derecho unos rebeldes, delincuentes, etc., esta normalización está determinada por la norma, que en su expresión formal se muestra como ley.

El problema es que aún hoy, está muy difundida la noción normativista en nuestra sociedad. La letra de la ley cómo exclusiva posibilidad de hallar Derecho, así lo demuestra[68]. En este entendido el Derecho sería sólo lo que la norma formal prefigura, dejando de lado todo otro aspecto. La frase popular: “los papeles hablan”, tan extendida hoy, no es más que un producto de esta concepción normativista, que ha limitado la concepción del Derecho, su operatividad, y extraviado su condición de realidad social.

[66] Ibid. p. 7.
[67] Ibid. p. 9.
[68] Esto indica que el Derecho se fundamenta en la ley, pero no que los hombres crean que el Derecho lo puedan obtener sólo únicamente a través de la utilización de la ley. Es decir, no se cree en la justicia y el Derecho, pero sí en la aplicabilidad de tales por medio de la norma, o ley, adecuada según los intereses.

Bidart Campos reseña: "Todos sabemos que hoy está harto difundida, aun entre quienes no son positivistas, la convicción de que el derecho es un conjunto de normas. Y con eso se extravía totalmente la noción de que el derecho es una realidad social, algo que los hombres hacen en sus relaciones sociales. (...) el orden normativo es sólo un sector o una dimensión del mundo jurídico, que de ningún modo agota su totalidad. El orden de conductas, al contrario, aparece como el centro de gravedad de ese mundo jurídico, donde se sitúa la eficacia y la vigencia."[69]

El Derecho no puede ser sólo norma, porque también es acto social, es relación, es experiencia y práctica, es teoría y expresión, etc. El Derecho es un mecanismo que sirve para mantener y limpiar las arterias del orden de la sociedad, y permitir el flujo de las relaciones sociales y jurídicas.

2) Concepción Institucionalista.-

Esto significa que el Derecho es institución, "El Derecho antes que norma es organización, es institución.[70] Santi Romano contrapone a la concepción normativa del Derecho, la concepción del Derecho como institución. Hay en Romano tres elementos que constituyen la realidad del Derecho, estos son: La sociedad, el orden social y la organización. Hay primero una organización de la sociedad, para luego poder existir, a posteriori las normas.

[69] Escribe Germán J. Bidart Campos en el prólogo hecho al libro Sobre el Realismo Jurídico. Massini, Carlos Ignacio, *Sobre el realismo jurídico*, Editorial Abeledo-Perrot S.A., pág. 11.

[70] MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A. *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*. Barcelona. Editorial Ariel, 1994, p. 24.

Como lo dijimos anteriormente, el mérito de esta concepción institucionalista, consiste en que ha negado el criterio por el cual el Estado era el único creador del Derecho, es decir la contraposición a la teoría estatalista[71]. Así Bobbio escribe: "La doctrina de la institución representa una reacción contra el estatalismo y es uno de los tantos medios con los cuales los teóricos del derecho y de la política han tratado de oponerse a la expansión del estatalismo.[72]

La teoría normativista estipula que la experiencia jurídica se origina en la norma de conducta, por su lado la teoría estatalista adhiere otros elementos, como la existencia de la coacción para configurarse como Derecho.

La teoría de la institución considera que no hay derecho allí donde se cumplen tres elementos, sociedad, orden social y organización. "La sociedad, como base

[71] *"La teoría estatalista del derecho es el producto histórico de la formación de los grandes Estados que surgieron de la disolución de la sociedad medieval. Esta sociedad fue una sociedad pluralista, es decir formada por varios ordenamientos jurídicos, que se oponían o que se integraban: por encima de los que hoy son los Estados nacionales había ordenamientos jurídicos universales como la Iglesia y el Imperio, y había ordenamientos particulares por debajo de la sociedad nacional, como los feudos, las corporaciones y los municipios. También la familia, considerada en la tradición del pensamiento cristiano como una sociedad natural, era en sí misma un ordenamiento. El Estado moderno se fue formando a través de la eliminación y la absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores por la sociedad nacional, por medio de un proceso que se podría llamar de monopolización de la producción jurídica. (...), la formación del Estado moderno corre paralela a la formación de un poder coactivo cada vez más centralizado y, por lo tanto, a la supresión gradual de los centros de poder inferiores y superiores al Estado, lo que tuvo como consecuencia la eliminación de todo centro de producción jurídica que no fuera el mismo Estado. La tendencia a identificar el derecho con el derecho estatal, que hoy todavía existe, es la consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del Estado nacional moderno."*/ BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho,* Editorial Temis, pp. 9.

[72] BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho,* Editorial Temis, pp. 10.

de hecho de donde deriva su existencia el derecho; el orden, como fin a la cual tiende el derecho y la organización, como medio para realizar el orden. Se puede decir, en síntesis, que según ROMANO existe derecho cuando hay una organización de una sociedad ordenada, o también, con palabras análogas, una sociedad ordenada por medio de una organización o un orden social organizado."[73]

De lo que se desprende que el elemento esencial es la organización. "Esto significa que el derecho nace en el momento en que un grupo social pasa de una fase inorgánica a una fase orgánica, de la fase de grupo inorgánico o inorganizado a la fase de grupo organizado.(...) El fenómeno del paso de la fase inorgánica a la fase orgánica se llama también institucionalización. Se dice que un grupo social se institucionaliza cuando crea su propia organización, y por medio de ella llega a ser, según ROMANO, un ordenamiento jurídico."[74]

No habría Derecho, pues, si no hay organización, y si no hay organización no hay grupo organizado, y si no hay esto último no hay institución. Para el paso de un grupo inorgánico a grupo organizado, a institución, es necesario -según explica Bobbio- tres cosas: "1.- Que se determinen los fines propios de la institución; 2.- Que se establezca los "medios", o por lo menos los medios principales, que se consideren necesarios para lograr aquellos fines; 3.- Que se distribuya las funciones específicas de los individuos que componen el grupo para

[73] Ibid. p. 8.
[74] Ibid. p. 8.

que cada uno colabore, a través de los medios previstos, para el logro del fin."[75]

En la teoría institucionalista el Derecho escapa a las fronteras que imponía el Estado como creador del Derecho, pero esto también tiene cierto problema, la dificultad que existe de aceptar algún tipo de organización sin normatividad. Además, es el producto de la sociedad en su conjunto y no del individuo. Puesto que parte de la idea de que el Derecho es un fenómeno social. Para los institucionalistas la constitución del Derecho se da a través de una serie, vasta y compleja red de relaciones sociales.

La teoría institucionalista, por otra parte, no excluye sino refuerza la teoría normativista, puesto que vincula al proceso de institucionalización con el proceso de producción de normas, "por tanto, dondequiera que hallemos un grupo organizado estamos seguros de encontrar también un sistema de normas de conducta que dan vida a la organización"[76].

3) Concepción relacionista.-

Por esta teoría el Derecho es una relación entre individuos. Esta concepción se inspira en el individualismo, según la cual el Derecho sería producto de la voluntad de los particulares. "Para los partidarios de la teoría relacionista la realidad jurídica, el Derecho, más que una realidad normativa o institucional, es una relación entre individuos, resaltando principalmente el

[75] Ibid. p. 12.
[76] Ibid. p. 13.

aspecto de alteridad e intersubjetividad del Derecho. Así lo entiende Guasp, que define el Derecho como "el conjunto de relaciones entre hombres que una cierta sociedad establece como necesarias"."[77]

Según Bobbio, esta concepción relacionista surgió también desde la observación de que el Derecho es un fenómeno eminentemente social que se origina en la sociedad.

La teoría relacionista, al parecer, tiene un fundamento importante, una inspiración en el individualismo, y en iusnaturalismo de siglos pasados, en los cuales el Derecho se presentaba como la voluntad de los individuos, que ha colocado en la cúspide de su sistema social al contrato entre dos o más personas. "Se inspira [la teoría relacionista] en una concepción individualista del derecho, como también en las concepciones imperantes en el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII, según las cuales el derecho era producto de la voluntad de los particulares, considerados cada uno, como una mónada separada de las demás mónadas, y que, en realidad había elevado a categoría jurídica suprema el acuerdo de dos o más voluntades individuales, esto es, el contrato, hasta el punto de hacer surgir la sociedad por excelencia, o sea el Estado, mediante el acuerdo de las voluntades de cada uno de los individuos, que se ha llamado contrato social."[78]

[77]MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A. *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*. Barcelona. Editorial Ariel, 1994, p. 25.
[78]BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho,* Editorial Temis, pp. 14.

Este individualismo abstracto, del que se basa la teoría relacionista, tiene sus raíces en los iluministas, entre ellos el iluminista jurídico Kant. Parece que Kant advirtió la trascendencia del Derecho como relación. Su preocupación por clarificar la relación entre sujetos y no entre sujetos y objeto es evidente. Para él, la relación de un sujeto que tiene derecho y deberes con un sujeto que también tiene derechos y deberes" constituye la relación jurídica. Kant está preocupado por definir el derecho como una relación entre dos sujetos.[79]

La concepción relacionista, que considera que el Derecho sólo se configura como una relación intersubjetiva, es decir entre sujetos, entre personas, es a nuestro parecer, la teoría más próxima a nuestra época. No obstante estar aún en boga la teoría normativista, que según Bobbio, engloba todas las otras doctrinas o teorías, nosotros pensamos que, dada las nuevas circunstancias mundiales, con la exaltación del individualismo, y el derecho de los particulares como eje central del movimiento social jurídico, es el planteamiento más cercano a la realidad actual. El Derecho sería prefigurado, hoy, por conceptos que integren el fenómeno del individualismo como eje central del movimiento jurídico. Lo que significa que lo que interesa en un mundo postmoderno, no sería ya la norma -como fundamento central- sino el individuo, sus intereses personales, pero con limitación de los intereses de los otros.

Hay, no obstante, una observación a la teoría relacionista. Según explica Bobbio, hay relación jurídica

[79] Ibid. p. 15.

siempre y cuando existe forma que constituya esta relación, cuando exista -según Levi- una relación intersubjetiva, relación entre dos sujetos, uno de los cuales es titular de un deber y el otro de un derecho.[80] Esto distingue a la relación jurídica de la relación moral o económica. Entonces la relación jurídica vendría a ser una relación derecho-deber. "La relación jurídica, como relación de derecho-deber remite siempre a dos reglas de conducta, de las cuales la primera atribuye un poder y la segunda un deber."[81]

Hasta ahí todo va bien, el problema, que a nuestro parecer se presenta, es la sujeción a la forma a la cual se ha condicionado la teoría relacionista. La relación constituiría, así, esa conexión derecho-deber pero sólo a través de la formalización o cristalización material de la relación jurídica. No hay por tanto relación jurídica si no está expresada en la norma, y si no hay norma y no hay relación jurídica no habría tampoco Derecho. Este es el inconveniente de la teoría relacionista, su limitación formal. El requisito de esta relación jurídica a la forma. Bobbio explica que "...lo que caracteriza la relación jurídica no es el contenido sino la forma, y esto significa que no se puede determinar si una relación es jurídica con base en los intereses que están en juego, sino por el hecho de estar regulada o no por una norma jurídica (...) una relación es jurídica porque es regulada por una norma jurídica.(...) Relación jurídica es aquella que, cualquiera que sea su contenido, es tomada en consideración por una norma jurídica integrada en un

[80] Ibid. p. 16.
[81] Ibid. p. 18.

ordenamiento jurídico, y calificada por una o varias normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico.[82]

Como dijimos, para nosotros esta es una consideración exagerada de lo que constituye Derecho. Es cierto que la relación jurídica configura parte del Derecho, pero no nos parece que el Derecho deba limitarse a ser relación normada. No nos parece que la relación jurídica se deba limitar a la forma, o la norma materializada.

Por último, Fernández Sessarego aclara que una relación jurídica, ya precisamente lo que Bobbio expresaba, sino que la concepción de relación ha sido observada desde otra perspectiva más total, menos formal, pero igualmente válida, por su condición intrínseca; fenómeno que explicaremos más adelante.

4) Concepción Conductista del Derecho.-

La palabra que resume esta teoría es: conductas. Esto significa que son las conductas en lo que consiste el Derecho. De esta forma no son las normas, sino las conductas y comportamientos lo que hacen el Derecho. Para Luis Martínez y Jesús Fernández, es Carlos Cossio quién puede exponer con mayor precisión esta teoría. Según Cossio, que expone su teoría Egológica (conductas) del Derecho. "La realidad del Derecho no consiste en normas, ni en relaciones, ni en organización, sino que consiste en conductas, pero no en cuanto conducta hecha o ya realizada que se puede captar mediante una institución sensible en un marco espacio-temporal -este tipo de conducta sería objeto de la sociología-, sino

[82]Ibid. p. 18.

la conducta en cuanto posibilidad, es decir, en cuanto libertad."[83]

La norma cumple una función de conocimiento, descriptiva, y expresión de la realidad. Las normas no podrían ser así imperativas, de mandato, sino simplemente descriptivas, lo que las propone como verdaderas o falsas. El Derecho serían las conductas y las normas los medios de conocimiento.

Como veremos, las conductas son las variables con las que trabajaremos, pero no como Derecho, sino como expresión de una determinada concepción del Derecho.

* *

Como anteriormente dijimos, todas estas teorías nos parecen complementarias, no excluyentes, ni anuladoras las unas de otras. "Las ...teorías no se excluyen mutuamente, y por lo tanto es estéril toda batalla doctrinal por hacer triunfar una u otra. Diré más bien que estas ... teorías se integran útilmente entre sí. Cada una de ellas pone de relieve un aspecto de la multiforme experiencia jurídica"[84]

Por eso vamos a tener en cuenta sus expresiones, y coger eclécticamente lo mejor de cada cual, según sea el contexto dentro del que estemos haciendo referencia como discurso jurídico.

[83]MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A. *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*. Barcelona. Editorial Ariel, 1994, p. 26.
[84]BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho.* Editorial Temis, pp. 19.

c.- Corrientes del Pensamiento Jurídico.-

Existe en la biografía teórica del Derecho ciertas visiones, generalizantes (concepciones) de cómo se entiende el Derecho; a éstas se les ha denominado de diversas maneras; unos usan la conjunción lingüística "doctrinas jurídicas**",** otros las denominan "teorías", algunos utilizan sólo el significante "pensamiento", y aquellos otros "corrientes filosóficas jurídicas". Todas estas denominaciones tienen como objeto de estudio al Derecho desde visiones panorámicas centradas en ciertos factores, a modo de ejes centrales, que permitirían legitimar, o poner en evidencia, a prueba, la validez de la aplicación o no del Derecho, la dirección que se debe o no tomar al usar el Derecho, y las múltiples manifestaciones que se derivan de estos "ejes centrales".

Nosotros hemos optado por el título de "corrientes del pensamiento jurídico", porque esta conjunción de palabras demarcan de manera más directa a qué se está uno refiriendo, es decir, al fluir de las estructuras mentales en el ámbito de la juridicidad; a aquel terreno mental, cosmovisión psíquica con que se ha abordado el problema del Derecho, su existencia y aplicación.

Debido al radio de acción de nuestra investigación, al marco delineador de nuestro trabajo, hemos visto por conveniente, trabajar sólo en dos factores, o percepciones jurídicas de estas "corrientes de pensamiento jurídico", que son el *iusnaturalismo* y el positivismo, por ser, a nuestro parecer, las que, determinadas históricamente, aún persisten, difusas, opacas, o poco claras, pero efectivas y practicadas en la actualidad, como visiones con las cuales se trabaja, la mayor parte de las

veces inconsciente y mezcladamente, en el mundo jurídico.

Es necesario anotar, por último, que no vamos a tocar estas direcciones mentales (*iusnaturalismo*, positivismo) en referencia exclusiva al dato histórico (eso está bastante definido, pero no siempre en forma clara, por innumerables autores, así que decir lo que ellos decían no sería nada productivo o creativo), sino que vamos a usar más bien ciertos elementos característicos, factores comunes, que centralicen el significado de estas concepciones o guías del pensamiento jurídico.

1) Jusnaturalismo.-

"El iusnaturalismo sitúa al Derecho en una dimensión *valorativa o moral*; el iuspositivismo lo sitúa más bien en un ámbito *científico-normativo*,..."[85]. "El principal denominador común de todas las doctrinas iusnaturalistas consiste en que todas ellas afirman que la elaboración del Derecho Positivo, debe obedecer a ciertas normas ideales, cuya validez en sentido ideal, es previa, independiente y superior a la vigencia eventual, histórica, de las reglas positivas del Derecho producido por los hombres en cada situación histórica. Este Derecho no es de hoy ni de ayer, vive eternamente y nadie sabe cuándo apareció"[86].

Este hecho (la hegemonía de las normas ideales sobre las normas positivas) nos significa la supremacía de lo ético valorativo sobre el texto o Derecho Positivo.

[85] Luis Martínez Roldán. Jesús A. Fernández Suárez. *Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica,* Editorial Ariel S.A., pp. 34..

[86] César Angeles Caballero, *Investigación Jurídica*, pág. 75. El subrayado es nuestro.

La superposición de lo axiológico sobre lo objetivo, la categorización vertical del Derecho subjetivo sobre el objetivo. Esta relación, o superposición es la que nos interesa, por un hecho claro, e importante: su trascendencia en la resolución de los problemas jurídicos y del uso del Derecho, es decir, aquello que determina la "validez" de los actos, decisiones, resoluciones, etc., jurídicas. "El problema del Derecho natural, si se especifica, es mucho más preciso. Consiste en preguntarse si, en una organización social dada, es posible admitir que el Derecho positivo, o sea el Derecho tal como es definido por las autoridades, puede llegar a ser anulado por hallarse en oposición al Derecho natural, independientemente de cualquier regla del Derecho positivo. Me parece bien clara la dificultad del problema técnico. Se trata de saber, por ejemplo, si una ley que viola los derechos del hombre es una ley aplicable."[87]

El *iusnaturalismo* es una concepción del pensamiento jurídico que toma como principio rector del orden jurídico al encuadramiento en la ley universal (del que es adherida). Es decir, postula la idea de la existencia de una ley universal que tiene, por su carácter metafísico, hegemonía sobre cualquier norma o regla humana. "Parte del concepto de que sobre el derecho vigente, es decir, las reglas dictadas por los hombres, existe un derecho superior".

El jusnaturalismo presupone que existen leyes en la esencia misma de las cosas. Estas leyes o principios universales es lo que se debe descubrir y asimilar al

[87] *Justicia y Derecho,* Salvat Editores, pp. 11.

Derecho, para lograr una armonía en la convivencia social.

Se impone, por cuestión estructural, de orden, una breve síntesis retrospectiva del Derecho natural. Nuestra posición geográfica y cultural nos traslada al espacio temporal del mundo occidental, a sus orígenes: Grecia, que representa el inicio de la filosofía, respaldado en "que no tiene a su espalda ninguna tradición filosófica".

En el pensamiento griego "el mundo aparece como algo ordenado y sometido a ley; esta es la noción del cosmos" (escribe Julián Marías). Este orden cósmico fue trasladado a las leyes de la conducta humana.

Existe, en este entendido, la necesidad de encontrar las leyes naturales generales que concilien su existencia con la esencia humana. Principios universales con particularidad inmutable. Entonces, la naturaleza se presenta como el elemento generador de las cosas, de donde todo parte. El principio universal es la sustancia natural, que hay que hallar, descubrir, en el sentido típico de la suposición de preexistencia de ese algo. El orden ya está dado, y sus principios también. Sólo se requiere descubrirlos y apegarse a los lineamientos de la esencia de la naturaleza.

Los principios originales -para los griegos- estaban basados en la cosmología o leyes generales que rigen el universo. En este pensamiento Pitágoras cree que el universo es un todo ordenado y coherente y que es re-

gido por la justicia cósmica y sus principios. La armonía universal con un tono matemático.[88]

Más tarde aparecieron otros exponentes, como por ejemplo la Antropológica planteada por los sofistas que creen en la oposición existente entre lo justo por la naturaleza y lo justo según la ley. Entre ellos Calicés[89] y Trasimaco "asignan como derecho natural la prescripción del fuerte sobre el débil".

Entre tanto Sócrates cree en la existencia de normas de carácter absoluto. Platón cree que las normas verdaderas están en el terreno de las ideas y que las positivas son sólo sobras de las primeras. Aristóteles (padre del Derecho Natural) cree que hay principios generales absolutos, invariables, pero también cree en la mutabilidad de algunas cosas naturales, y en la mayor mutabilidad de las leyes humanas. Los estoicos creen en la naturaleza como ley universal y proponen "vivir conforme a la naturaleza. (Séneca, Marco Aurelio).

Con Roma el jusnaturalismo se ve involucrado con las ideas griegas, y los estoicos. Aparece Cicerón que cree en la ley natural como la razón de ser del Derecho. Luego viene Ulpiano con la Prima Naturalia.

[88] Pitágoras según escribe Julián Marías- "probablemente no se ocupó nunca de matemáticas, aunque sí posteriormente su escuela". (pág. 15 de su "Historia de la Filosofía").

[89] Calicés afirma que: "Son los hombres débiles y la masa los que establecen las leyes. Para sí mismo, para su propia unidad, implantan leyes, prodigan alabanzas y censuras; quieren atemorizar a los fuertes, a los que están capacitados para tener más; y para evitarlo dicen que es feo o injusto poseer más cosas que los demás (...) la misma naturaleza demuestra que es justo que el fuerte y superior tenga más que el inferior y el capaz ostente primacía sobre el inepto."

Con el cristianismo, aparece la noción de un sólo Dios, legislador, absoluto y justo. Se hace presente la Iglesia como la encargada de velar por los hombres y como poder paralelo al Estado. Surge la noción de persona con objetivos supraterrenales.

Santo Tomás de Aquino -uno de los máximos exponentes del cristianismo- estudia al Derecho como una virtud final y especial: la Justicia. Y nos habla de que el Derecho natural proviene o nace de la misma naturaleza de las cosas.

La base de la concepción Tomista es el orden, "El orden del universo es consecuencia de la causalidad que Dios ejerce; es expresión de su inteligencia y su voluntad."[90], el Derecho por lo tanto es sólo real si cumple con el orden divino, dado por Dios.

Tomás de Aquino cree en la existencia de una LEY ETERNA, venida de Dios, de esta se desprende la LEY NATURAL, que es "norma inscrita en la conciencia del hombre para prescribirle que debe obrar de acuerdo con su naturaleza. Santo Tomás cree en la existencia de elementos inalterables del Derecho.

Un punto importante de esta posición iusnaturalista es: la supremacía o superioridad de la Ley natural sobre la ley humana. "De la LEY ETERNA, se desprende la LEY NATURAL, que es norma inscrita en la conciencia del hombre para prescribirle que debe obrar de acuerdo con su naturaleza"[91]. Además, "en síntesis, el pen-

[90]GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Derecho.* Lima. Concytec.1998, p. 282.
[91]Ibid. p. 282.

samiento de Santo Tomás afirmó en conjunto; que la naturaleza es un producto de la voluntad racional; pudiendo la razón humana afirmar la facultad de interpretarla."[92]. Por esa concepción la Iglesia afirmaba que la Ley Natural se encontraba por encima del Emperador y de la comunidad. Todo lo demás no era Derecho.

Grocio, exponente del Jusnaturalismo Moderno, "...señala que el instinto de sociabilidad era la base del derecho natural -dictada por la razón- y cuyas normas resultaban del consentimiento de los Estados, por lo que conservaron su valor aunque Dios no existiese."[93] Más allá se expresa que "la naturaleza del hombre es la fuente directa del Derecho. Samuel Pufendorf (1632) cree que el ser humano es un animal sociable y no social, y que el derecho natural se encuentra en el ejercicio y el mantenimiento de la sociabilidad del hombre. Así el Derecho nace de la naturaleza humana, y el Estado es creado por un pacto entre los hombres.

En el siglo XVII y XIX, circulan las ideas del Contrato Social, derechos naturales y humanos, y Estado de naturaleza, ideas políticas y jurídicas. Rousseau habla del Estado de Naturaleza como el paraíso.

Con Kant, Rodolf Stanmler afirma: "No existe, ningún precepto jurídico que por razón de su contenido pueda establecerse de manera absoluta", por consiguiente, sólo queda "establecer con método formal universalmente válido capaz a determinar cuando la substancia necesariamente mudable del derecho, his-

[92]Ibid. p. 282,283.
[93]Ibid. p. 283.

tóricamente condicionado recibe la propiedad de ser objetivamente justa". Se trata de "un derecho inmutable en la forma pero mudable en su contenido"

Para Hobbes el hombre es un egoísta y malvado, pero por conveniencia debe asociarse a los demás mediante un contrato "impuesto por la ley de conservación que es el Derecho natural. De ese pacto nació el Estado"[94]

* *

Explicando este tema desde otro ángulo, cabe mencionar que el Derecho Natural "ha sido considerado algunas veces como la expresión de la voluntad divina y otras veces fue deducida analíticamente de la pura razón humana, o como expresión de las leyes físicas de la vida."[95]

Por otro lado, hay una interrogante a analizar: ¿Está renaciendo el gusto por el Derecho Natural, el jusnaturalismo? ¿está siendo superado el positivismo jurídico. Massini afirmaba que este proceso sucede. "Esta superación del positivismo jurídico va acompañada de un nuevo reconocimiento de la cuasi-perenne doctrinal del derecho natural. Este hecho, reconocido por un autor tan poco sospechoso de iusnaturalismo como Hans Kelsen."[96]

Esta operación se va realizando entre quienes piensan el Derecho, en vista de que, ante la exigencia de

[94] ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho.* Lima, Eddili, Décina Edición, 1964, p. 326.
[95]. CASTILLO, Melquiades. *Filosofía del Derecho.* Lima, Edifraf, p. 237.
[96] MASSINI, Carlos Ignacio. *Sobre el Realismo Jurídico.* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 31.

nuevas teorías que justifiquen un justo equilibrio entre la realidad y las normas de Derecho, el positivismo jurídico ha fracasado como único elemento del actuar jurídico y de la solución de los conflictos de intereses. El Derecho Natural parece haber vuelto a tomar aliento, y se muestra -pero no exclusiva ni excluyentemente- entremezclado, en el cerebro de los pensadores y usuarios del Derecho.

Y es que las relaciones jurídicas son demasiado complejas para caber todas ellas encerradas en los cuadros del positivismo; o para estar contenidas en una construcción puramente lógica, pero tampoco pueden caber solamente en una concepción iusnaturalista.

La filosofía positivista heredada está siendo contradicha, atacada por nuevos aires postmodernos que instigan a la vuelta, -no absoluta sino complementaria o vinculatoria- del iusnaturalismo. Las cosas, los hechos jurídicos no serían ya meras experiencias probables lógica y científicamente, (como lo sugiere e impone el positivismo) válidas por estas características, sino que alternarían -en la solución de conflictos- con las concepciones positivistas, naturalistas, que hacen -de alguna manera- más humano a la aplicación del Derecho.

Por otra parte, la caída del naturalismo, derecho natural, iusnaturalismo, tiene su explicación en la falta de corporeidad, transmitido en el tiempo, y por la cual el iusnaturalismo no era completo sino informe, aislándose cada vez de su genealogía primaria. Quedando de ella tan sólo la etiqueta tradicional, “doctrinas que no

han conservado del Derecho Natural nada más que la etiqueta tradicional, pero perdiendo su sustancia; doctrinas realizadas en forma incompleta y que se prestan fácilmente a la crítica del positivismo jurídico (...) Las críticas que Kelsen cree dirigir contra la idea del Derecho Natural, demuestran que no conoce en lo más mínimo su forma principal. La forma primera y auténtica del derecho natural, debe ser estudiada directamente en sus creadores: Aristóteles, padre de la doctrina y Santo Tomás, que la corona con una teología..."[97]

El naturalismo se propondría frente al positivismo estéril, como elemento para salir del error en que el matiz positivista ha encuadrado al Derecho. El iusnaturalismo no sería "cosa muerta", sino viva, regeneradora, útil, apta a estos tiempos de efervescencia social y jurídica. El iusnaturalismo puede, y en efecto lo hace, aportar criterios más valiosos para la solución de los intereses, de conflictos (relaciones jurídicas) por lo que es necesario repensarla a la luz de las nuevas circunstancias e incorporarle lo que pueda haber de valioso en las otras doctrinas.

Ahora bien, ¿qué supone el Derecho Natural? "El presupuesto sobre el que se levanta la concepción clásica del Derecho Natural, es el de la capacidad del intelecto humano para aprehender -aunque sea en forma incompleta- la esencia de las cosas."[98] Esto significa la presuposición de comprender como funcionan las cosas por su propia naturaleza, por su propia y natural forma de ser.

[97] Ibid. p. 35.
[98] Ibid. p. 36.

¿Qué es el Derecho Natural si no ese "ser" de las cosas?

El problema del Derecho Natural surge cuando se trata de comprenderlo en referencia a los conceptos empiristas o idealistas. El empirismo, apegado a los hechos, a las cosas palpables, a la experiencia, y el idealismo que supone que el intelecto diagrama, pone la forma propia de las cosas. Ambas facciones niegan la capacidad de aprehensión del intelecto para captar la esencia de las cosas, lo que anularía la posibilidad de la aceptación de un orden jurídico emergente de la naturaleza de las cosas: "Tanto si negamos lisa y llanamente esta capacidad, tal como lo hacen las corrientes empiristas, como si suponemos que la forma propia de las cosas es puesto por el intelecto, como sostiene el idealismo, el camino del Derecho Natural queda cortado."[99]

El Derecho Natural tiene su fundamento en la esencia misma de las cosas, a partir de esta esencia es que surgen las demás. Al respecto Massini parafraseando a Michel Villey trascribe: "No existe ningún conocimiento concreto en nuestra mente que no preexista en las cosas y que no provenga de ellas". Es decir que todo está en las cosas y nuestro intelecto tiene la actividad de comprenderlas, o aprehenderlas.

La concepción de la naturaleza clásica concibe la idea de que en ella se engloba todos los aspectos o elementos del mundo; lo material y lo espiritual; no se exime en las cosas materiales y relaciones de causali-

[99] Ibid. p. 36.

dad, sino que trasciende más allá de ello, lo que viene a revelar -en conjunto- un determinado orden del mundo, Massini, otra vez parafraseando a Michey Villey transcribe lo que significa el Derecho Natural Clásico: "La naturaleza de los clásicos, engloba sin excepción todo lo que existe en nuestro mundo; es decir, no solamente los objetos físicos, materiales (como en la naturaleza postcartesiana), sino la integridad del hombre, cuerpo y espíritu, las instituciones humanas y las instituciones sociales: la polis, los grupos sociales, los grupos profesionales. Para Aristóteles todas estas cosas estaban en la naturaleza (...). Pero sobre todo, la naturaleza clásica es un objeto mucho más vasto y rico que la naturaleza de los filósofos modernos, porque incluye mucho más que las cosas puramente materiales y las relaciones de causalidad eficiente entre las mismas. Hay en ella un sentido espiritual, una belleza; aquello que nosotros llamamos hoy en día valores. (...), Aristóteles vio en la naturaleza (más allá de esas realidades primeras que son los seres individuales), formas, esencias generales (como las de viviente, de ser humano), por los cuales se revelaba el orden del mundo, que no solamente es un conglomerado amorfo de individuos, sino un cosmos ordenado."[100] Aristóteles vio en las cosas finalidades, causas finales. Santo Tomas por su lado creía que la ley fundamental del universo era la aspiración a un fin o finalidad, y no la ley de causalidad (causa y efecto). El factor que impulsa el movimiento de las relaciones sociales es el fin. Este determinará la dirección, pero no el proceso.

[100]Ibid. p. 39.

Aristóteles y Santo Tomas de Aquino creen y postulan la necesidad de conocer el fin de las cosas, sin embargo, desde otra óptica Augusto Salazar Bondy y Friedrich Nietzsche no creen en la finalidad de las cosas (y si no me equivoco también Sartre dice que "la existencia precede a la esencia", no cree en la naturaleza de las cosas). O como en otras palabras, podría decirse que "Ahora sabe que nada está preestablecido en el cosmos, que no hay fines consistentes y plenos, capaces de guiar nuestra acción y el proceso del mundo. Con Zaratustra bien puede decirse: "He liberado a las cosas de la tiranía del fin."[101]

Pero a pesar de lo trascrito, es necesario conocer el fin a que se dirigen las cosas, ya sea un fin natural o inventado (creado, para comprender cual es la función a que se debe tal o cual cosa o institución, o etc., "para comprender cualquiera de las instituciones que el ser humano edifica, ya sea libremente o siguiendo una inclinación natural, es imprescindible conocer la finalidad a la que se ordena. De lo contrario, nos sería imposible distinguir un estado de una banda de ladrones o a una empresa comercial de un club deportivo."[102]

Para los clásicos del Derecho Natural, el hombre era, no un producto del azar o las circunstancias sociales, exteriores, sino era la confirmación de su esencia, aquello para lo que por naturaleza estaba inclinado a ser. Esa era su finalidad innata, propia, es decir: "la finalidad que persigue cada ser en su movimiento no es

[101]ARRIOLA GRANDE, Maurilio. *Diccionario Literario del Perú.* Lima, Editorial Universo S.A, Segunda Edición, corregida y comentada, Tomo I, 1980, p. 469.
[102]MASSINI, Carlos Ignacio. *Sobre el Realismo Jurídico.* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 41.

arbitraria, sino que viene prefigurada en su esencia, en su forma particular, en la estructuración profunda que lo hace ser eso que es y no otra cosa".[103]

El espíritu de la naturaleza, o mejor dicho, la inclinación a ser lo que se es en esencia tiene, en las personas, un obstáculo: la libertad. Por la libertad el hombre, que según su naturaleza debería dirigirse hacia un fin preestablecido, puede desviarse, y "decidir" su finalidad última, desvincularse de su esencia natural, para formar la propia suya, independiente del orden natural de las cosas, "el hombre tiene el privilegio de ser libre, es decir, tiene la posibilidad de desviarse del plan de la naturaleza."[104] Esto produce un desenfoque del orden a seguir, y de conocer en forma absoluta las finalidades naturales de los hombres.

Haciendo esta observación, Michey Villey nos propone un análisis de las actividades humanas, discerniendo de ellas las que más se apeguen al orden natural de la esencia del hombre, para luego desprender de ellas el derecho a moldear. Villey expone que haya organizaciones sociales que se aproximen más que otras a la esencia natural de las cosas, a ser lo que por naturaleza estamos destinados a ser. Esto servirá de modelos con los cuales podremos forjar el Derecho, más acorde a la esencia misma de nuestra naturaleza.

* *

Según el concepto del iusnaturalismo, el Derecho tiende a posibilitar la realización de las virtualidades contenidas en la naturaleza humana. Y para conocer el

[103]Ibid. 41.
[104]Ibid. p. 42.

Derecho Natural es "la observación" el instrumento de conocimiento.

Un último dato aclaratorio: "De lo expuesto surge con toda claridad que es imposible pretender un conocimiento acabado e indubitable de los preceptos del Derecho Natural; que el Derecho Natural no es un ordenamiento, perfecto racionalmente, de normas expresamente formuladas y que se superpone al ordenamiento jurídico-positivo. Por esto escribe Villey que "es seguro que la naturaleza no encontraremos nunca una legislación formulada. Si entendemos el término ley en el sentido de regla expresamente formulada, no existen leyes naturales." En el Derecho Natural no podemos encontrar nada más que direcciones generales, tendencias, orientaciones, pero nunca reglas estrictamente definidas[105]

El iusnaturalismo ha tenido a lo largo de la historia varias etapas y clases: Iusnaturalismo Cristiano, Patrística (padres de la iglesia), Escolástica, neo del Renacimiento, - neo y Neotomista, Iusnaturalismo Racionalista (Descartes: "La razón reemplaza a Dios como origen de la ley y del Derecho"), Derecho Natural Estoico, Derecho Natural Aristotélico, Derecho Natural Clásico, Derecho Natural Moderno.

Por último podemos decir que el "El Jusnaturalismo de la época precedente fue el instrumento de una determinada sociedad: permitió una modernización con-

[105]Ibid. p. 46.

trolada, bajo la dirección de una clase dominante que no ocupaba directamente el poder político"[106]

2) Positivismo.-

El dato histórico ubica su genealogía en la medianía del siglo XIX, y se la reconoce como fundador a Augusto Comte[107] (1798-1857). Se trata de una corriente pegada al cientismo; su esencia está en las leyes que rigen a los fenómenos. Comte estudia al conocimiento y concluye que este pasa por tres estados teóricos: teológico, metafísico y positivo. El primero se enfrasca en una concepción de religión. El segundo busca explicar la naturaleza de los seres, su esencia, sus causas primeras. El tercero es el definitivo, el real.

En el estado positivo o real el hombre se desliga de las ideas y centra su conocimiento en la observación, crea su cosmovisión a partir del dato, de lo que está puesto en la realidad, "En el la imaginación queda subordinada a la observación. La mente humana se atiene a las cosas. El positivismo busca sólo hechos y

[106]TRAZEGNIES GRANDA, Fernando De. *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1979, p. 256.

[107]. Hijo de una familia católica, monárquica y conservadora, tiene -a pesar de su descendencia- orientación inhalada por la Revolución Francesa. Escribe de el Julían Marías: "*La vida de Comte fue difícil y desgraciada. En su vida privada fue infeliz, y nunca logró la menor holgura económica, a pesar de su indiscutible genialidad y de su esfuerzo. En sus últimos años vivía sostenido por sus amigos y partidarios, sobre todo franceses e ingleses. (...) Tiene caracteres de desequilibrio mental...*" / MARÍAS, Julían. *Historia de la Filosofía.* Madrid, Ediciones Revista de Occidente, 1974, 26ª. Edición, *p. 338.*

Para Eduardo Galeano "Nunca han faltado pensadores capaces de elevar a categoría científica los prejuicios de la clase dominante, pero el siglo XIX fue pródigo en Europa. El filósofo Augusto Comte, uno de los fundadores de la sociología moderna, creía en la superioridad de la raza blanca y en la perpetua infancia de la mujer. Como casi todos sus colegas, Comte no tenía dudas sobre este principio esencial: Blancos son los hombre aptos para ejercer el mando sobre los condenados a las posiciones sociales subalternas"(Galeano, Eduardo. *Patas Arriba. La escuela del mundo al revés. Editorial siglo XXI*, p. 54.

sus leyes. No causas ni principios de las esencias o sustancias. Todo esto es inaccesible. El positivismo se atiene a lo positivo, a lo que está puesto o dado: es la filosofía del dato. La mente en un largo retroceso, se detiene al fin ante las cosas. Renuncia a lo que es vano intentar conocer, y busca sólo las leyes de los fenómenos."[108]

El método del positivismo es el de causa-efecto. Su carácter se apega al cientismo, a la ciencia, es excluyente; cerca al conocimiento en la observación y en la ley de causa efecto. El positivismo resulta de una reacción contra la initidez del Derecho Natural, que se había convertido en inmanejables concepciones abstractas y vagas sobre el orden jurídico y de la necesidad de tener certeza en los actos jurídicos.

Víctor García Toma dice que las características del Positivismo son: 1.- Separación entre el Derecho y la Moral; o sea entre lo que "es" y lo que "debe ser"; 2.- Existencia de una imperatividad normativa, que faculta al Estado a ejercitar la fuerza.

Para el Positivismo, según Alzamora Valdez "no existe nada más allá de lo percibido; que sus elementos integrantes se influyen recíprocamente en virtud de la ley de la causalidad, cuyo señorío exclusivo es para el positivismo "la piedra" angular de su idea del mundo" y que el método es el de las ciencias físico naturales."[109]

[108] MARÍAS, Julián. *Historia de la Filosofía.* Madrid, Ediciones Revista de Occidente, 1974, 26ª. Edición, p. 339,340.

[109] ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho.* Lima, Eddili, Décima Edición, 1964, p. 332.

Desde una perspectiva histórica. "En el campo de las disciplinas jurídicas, el positivismo surgió como lógica reacción contra las abstracciones y vaguedades del jusnaturalismo decadente, contra las incoherencias de la filosofía postkantiana y, como fruto de una necesidad de certeza de los juristas que buscaron apoyo en el método de las ciencias naturales como el único capaz de garantizar un auténtico saber."[110]

La realidad debía ser explicada en sus efectos, no en sus causas metafísicas. El positivismo así, se presentaba como un organizador de datos, clasificándolos y manejándolos de acuerdo al método científico que probaba su validez o invalidez. De esto se sucede que la organización jurídica se aferra a la letra de la ley: " La ley es la ley". La colección, recolección de datos es el esquema de organización jurídica, es el método, "La ciencia jurídica positivista, infecunda en sus dos manifestaciones, no buscó otra cosa "que coleccionar, registrar y clasificar datos" o la explicación "sociológica" de la producción del derecho."[111]

* *

¿Cómo se independiza el Derecho del iusnaturalismo y se independiza del positivismo? El ambiente confuso, lleno de abstracciones que tienden a lograr aprehender verdades universales, cosa que parece imposible y demasiado limitativo para la necesidad de ser práctico, realista; de dejar la idea, y las especulaciones meramente filosóficas, el hombre requiere de realidades concretas, puestos a la vista sin duda alguna, sin atormentados métodos de conocimiento metafísico,

[110]Ibid. p. 333.
[111]Ibid. p. 333

poco observables y percibibles. "Dentro de ese clima cargado de frases huecas, de conceptos sin espesor porque han sido adelgazados hasta perder todo significado con el objeto de darles aspecto de verdades universales, dentro de tal ambiente jusfilosófico el Positivismo va a presentarse como una filosofía seria, que pretende atenerse al rigor científico, que elimina toda falsa metafísica, que se limita a una interpretación de lo real sin pretender vender un catecismo jurídico cualquiera.[112] Es esta necesidad de independencia de todo lo oscuro y abstracto por lo que "...el orden jurídico positivo inicia su independización del Derecho Natural, orientación que alcanzará su apogeo a mediados del S. XX con la recepción del Kelsenismo."[113].

La aceptación del positivismo tiene un matiz revolucionario. Las ideas y las praxis entrechocan. El positivismo se acomoda, se inserta como la posibilidad del cambio, como un factor liberador del maniqueo oscurantismo del iusnaturalismo; tiene repercusión semejante al romanticismo frente al clasicismo, es decir, propone una ruptura, un giro en las nuevas concepciones del orden. Se muestra como el orden ideal a las exigencias prácticas de la sociedad. Se sabe que los estudiantes de Derecho, por ejemplo, lo aceptaron -en sus inicios- como teoría contra la tradición, como la novedad que niega el carácter metafísico que no les incumbe y no les resuelve, de inmediato, sus problemas de relaciones jurídicas. El positivismo es mostrado así como el camino para la celeridad y practicidad, para el

[112] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando De. *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1979, p. 223.
[113] Ibid. p. 222.

conocimiento real y necesario. "El atractivo del positivismo va a ser grande entre estudiantes de Derecho (que lo ven como la nueva filosofía revolucionaria que denuncia la tradición) y entre los profesionales (que reciben una versión muy simplificada del positivismo, pero para quienes esta corriente significa una revalorización de ese Derecho positivo con el que trabajan diariamente)."[114]

La figura se presentaba ideal o más conforme con las necesidades sociales vigentes. El iusnaturalismo y sus implacables verdades universales ya no serían el centro de organización social, pero sí un elemento importante. "El positivismo resulta así una atmósfera que corroe las verdades universales del jusnaturalismo pero que, en la mayoría de los casos, tiende también a un cierto compromiso con ellas."[115] El Derecho Natural no desaparece totalmente, sino que se cerca, se limita, "el campo del Derecho Natural es aquel que existe hasta la dación de una ley; a partir de entonces, reina el método positivo."[116] En todo caso, lo que sucede es una división de funciones. El legislador deberá preocuparse por las verdades universales, y su fundamento; el abogado -mediante el método positivo- interpretará las leyes. "En otras palabras, el legislador debe preocuparse por los fundamentos universales de las leyes que se propone dar; en cambio, el abogado, el jurista, debe limitarse a interpretar estrictamente esas leyes ateniéndose al método positivo. En esta forma, el Derecho queda sometido tanto a la influencia del jusnaturalismo como

[114] Ibid. p. 223.
[115] Ibid. p. 255.
[116] Ibid. p. 255.

del positivismo, a pesar de la contradicción aparente que esta doble influencia implica."[117]

* *

Como dijéramos anteriormente, para el positivismo lo que importa preponderantemente es el dato, la ley, el carácter científico de los fenómenos sociales, "el dato positivo es la ley a la que se le debe el respeto más absoluto. En otras palabras, la ciencia del Derecho no es sino la ciencia de la ley."[118]

Sin embargo, el carácter especial del positivismo es su relatividad; el espíritu positivo es relativo. No existe un estudio absoluto de los fenómenos, sino en referencia dependiente al tipo de organización, a nuestros sentidos, o a las condiciones de nuestra existencia; el saber no es absoluto, perfecto, pero "el saber tiene que aproximarse incesantemente al límite ideal fijado por nuestras necesidades. Y el fin del saber es la previsión racional."[119] El sentido positivista, mediante el uso de la razón, pretende preservarnos del futuro, o al menos ordenarlo en la máxima aproximación. El positivismo duda de las verdades universales; pero la relatividad en las formas se perderá, al tomar "las formas" un carácter de verdades universales, "el positivismo desconfía de todo lo universal, considera que toda verdad es relativa y quiere comprender las verdades de su tiempo en relación con las circunstancias históricas de su tiempo (...) Esta lucidez del primer positivismo se perderá en algunos de los positivismos del S. XX, cuando

[117] Ibid. p. 255.
[118] Ibid. p. 255.
[119] MARÍAS, Julián. *Historia de la Filosofía.* Madrid, Ediciones Revista de Occidente, 1974, 26ª. Edición, p. 340.

las estructuras formales asuman también el carácter de verdades universales: la relatividad sólo será valida entonces con relación al contenido, pero no con relación a la forma de la ley."[120]

Como sabemos la relatividad tiene que ver mucho con los fundamentos de las concepciones postmodernas del Derecho, que más luego analizaremos.

* *

El positivismo en el Perú, apareció precedido de grandes promesas de cambio. Un elemento para coordinar la realidad, la praxis y el orden. La ubicación temporal nos la explica David Sobrerilla: "El positivismo fue introducido en el Perú hacia 1860, según Augusto Salazar Bondy (...) No obstante, sólo alcanzó a prender con la generación surgida luego de la guerra con Chile. Se trata del periodo que Basadre ha llamado del Segundo Militarismo: el nacido del fracaso del ejército."[121]

Luego de la guerra con Chile el Perú estaba conmocionado por la derrota.

Por otro lado, pero dentro del mismo tema, la filosofía -para Sobrevilla- no tenía el carácter de tal: "Nosotros hemos escrito antes que la filosofía llegó a América Latina como una actividad importada heterogénea a las culturas aborígenes, que en los periodos precedentes a la guerra con Chile no hubo en rigor una filosofía

[120] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando De. *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1979, p. 256.

[121] SOBREVILLA, David. *La filosofía contemporánea*. Lima, Carlos Matta editor, 1996, p. 44.

peruana y que ésta comienza en verdad entre nosotros con el positivismo."[122]

Frente a la derrota peruana ante Chile surge Manuel González Prada que se adhiere al Positivismo como ataque a la escolástica reinante, causa de la derrota: "Las primeras referencias al positivismo se encuentran en el Perú a mediados del siglo XIX, pero es sólo hacia 1870 cuando este movimiento se afirma entre nosotros en el ambiente de la Facultad de Medicina. Luego de la Guerra con Chile, es un intelectual no perteneciente al medio universitario, Don Manuel González Prada, quien iba a marcar a fuego la adhesión a la escolástica como la causante de la derrota e iba a señalar que es el positivismo el que indica el camino del progreso y de la superación de la crisis nacional."[123]

González Prada no se resigna a las teorías conservadoras y propicia "no admitir más verdades que las sometidas a la observación y el experimento."[124] González Prada es la gran figura intelectual de su época "que adhiere al positivismo porque ve en él la doctrina que permitirá superar la crisis de la época. En su discurso del Teatro Politeama del 28 de julio de 1888 y en el del Teatro Olimpo del 30 de octubre del mismo año, González Prada invitó a los jóvenes a acudir a la ciencia positiva, suavizadora de la tiranía de la naturaleza y gran benefactora de la humanidad, y a recusar la teología y

[122]Ibid. p. 85
[123]Ibid. p. 86.
[124]ARRIOLA GRANDE, Maurilio. *Diccionario Literario del Perú.* Lima, Editorial Universo S.A, Segunda Edición, corregida y comentada, Tomo I, 1980, p. 414.

la metafísica, elucubraciones de la mentira"[125] Sin embargo hay que anotar que González Prada, no cree en la certeza absoluta de la ciencia, para él las matemáticas es la única ciencia exacta. Dice Gonzales Prada: "Nosotros no tenemos sino verdades provisorias, puntos de mira individuales, sujetos a perenne rectificación; y no podemos exigir que los demás cerebros acepten lo mismo que nosotros aceptamos"

* *

El positivismo se presentaba como instrumento contemporáneo con los hombres y sus exigencias. Su fundamento está en los efectos, no busca causas sino realidades, no busca ser visionaria, mística, pero sí lograr atrapar las experiencias y manejarlas de acuerdo a métodos de observación y relación científica: "Esta ciencia positiva es una disciplina de modestia; y esto es su virtud. El saber positivo se atiene humildemente a las cosas; se queda ante ellas, sin intervenir, sin saltar por encima para lanzarse falaces juegos de ideas; ya no pide causas, sino sólo leyes. Y gracias a esta austeridad logra esas leyes; y las posee con precisión y certeza. Pero el caso es que esta situación no es primaria, sino al contrario: es el resultado de los esfuerzos milenarios por retener a la mente, que se escapaba a todas las lejanías, y forzarla a ceñirse dócilmente a las cosas."[126] El positivismo no es sino un resultado.

En el Perú "para muchos el positivismo se limitó a una desconfianza frente al Derecho Natural, una atracción casi escolar por la ciencia y una justificación para

[125]SOBREVILLA, David. *La filosofía contemporánea*. Lima, Carlos Matta editor, 1996, p. 44.

[126]MARÍAS, Julían. *Historia de la Filosofía.* Madrid, Ediciones Revista de Occidente, 1974, 26ª. Edición, p. 343.

los estudios de Derecho positivo sin el sentimiento de culpa por sentirse al margen de "lo universal" del Derecho. En esta forma, era posible proclamar al positivismo y, al mismo tiempo justificar la República Aristocrática."[127]

El positivismo en sus orígenes se mostraba como la conexión entre realidad y texto, el Derecho, según esto, era las experiencias y prácticas jurídicas. El Derecho tendría que deducirse de la realidad. "Ahora bien, la realidad da la preponderancia al derecho tal como es aplicado; poco le interesa la letra muerta como tampoco el rigor lógico. Cuando una regla dictada por la autoridad estatal queda sin efecto, es una rama en que no circula la savia; se seca. El derecho positivo es el derecho viviente...."[128], esto significaba una reconección del mundo textual con el mundo real.

Sin embargo, en la actualidad parece, que el positivismo hace al jurista un "técnico sin principios, intérprete pasivo de los textos legales."[129]

* *

Por último recalcaremos que para el positivismo la norma jurídica es su máxima expresión, es decir; encerrar en unas cuantas líneas las conductas humanas y las respuestas a estas conductas. Algo lógico, matemático, como el positivismo dejo de lado la subjetividad del hombre, su carácter eminentemente evolutivo, y su

[127] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando De. *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1979, p. 223.

[128] DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. Lima, Edinar, 4ta. Edición: 1990. Trad. Dr. Julio Ayasta Gonzales. p. 257.

[129] Massini, Carlos Ignacio. *Sobre el Realismo Jurídico.* Argentina, Abeledo-Perrot, 1978, p. 35. Parafrasea Massini a Villey.

naturaleza dinámica, generaliza no individualiza. Se ubica en la razón. Paradójicamente la razón es un fundamento de la modernidad que proviene de la exaltación del hombre, y de la desacralización de la iglesia.

Para el positivismo todo está o debiera estar establecido por la norma, sin embargo, cabe aclarar que: "El derecho no es un dato o algo que nos venga ya dado, sino algo que hay que ir buscando incesantemente y las normas no son formulaciones de validez general, sino las pautas o las guías que ha de seguir esta investigación y esta búsqueda."[130]

2.- ORDEN.-

Desde otra perspectiva vinculante el Derecho puede estudiarse como orden, como ordenamiento jurídico, que sería según expresa Luis Diez Picazo: "El conjunto total de las reglas o directivas a través de las cuales se prefigura la organización de un grupo social o partiendo de las cuales se realiza dentro de un grupo social una función de pacificación de conflictos y de satisfacción de pretensiones, recibe usualmente el nombre de "ordenamiento jurídico"."[131]

Este es otro concepto con el que trabajaremos, puesto que el Derecho es también orden. Un orden determinadamente estructurado, pero en constante reconstrucción, un orden que existe sobre ciertas bases valorativas. Los valores son los cimientos del orden, de allí parte toda forma organizativa de la sociedad. Son en sí

[130] DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho.* Madrid, Editorial Ariel, 1975, p. 231.
[131] Ibid. p. 162.

la base que se utiliza para intentar la solución a los conflictos de intereses (jurídicos o no) en relación a los valores que tienen (no que dicen tener, sino que tienen), aun usando como pretexto valores que no tienen.

El orden, la organización social, el ordenamiento jurídico, tienen que verse confrontados con los valores imperantes, existentes. Así, si se quiere tener una visión más real sobre el problema del ordenamiento jurídico se podría afirmar que "lo que debe cambiar en las instituciones no son las personas, sino los valores, la ética humana." La pregunta sería ¿Se puede cambiar los valores humanos, o mejor dicho, la prioridad de los valores en los humanos? De ser así ¿qué valores deben estar arriba, en la cima de lo apologético y divino, y que valores debajo? ¿Cuál sería la pirámide de valores a construir?, y de hallarse la nueva pirámide de valores ¿Se podrá construir e imponer esta jerarquización de los valores en los hombres de 20 a 50 años? Todo esto parece utópico. Para nosotros y para el Derecho lo más cercano a lo posible, a lo recomendable, es estudiar mejor los valores de los humanos, la jerarquía que ellos tienen y luego trabajar desde esa base, en la construcción de un nuevo orden social y jurídico. No podemos cometer actos de ingenuidad, o de habilidad maliciosa, negación de valores y hechos como por ejemplo la de los gobiernos anteriores, como el de Velasco, que entregó a los campesinos tierras para las cuales no estaban preparados a dirigir, producir y administrar, ¿cómo es que se exige a alguien dar lo que no tiene? ¿cómo pedirles a los preparados para una cosa algo diferente para lo cual están aptos? Ejemplificando más, podemos decir que las Reformas de Velasco y la moralización de

Fujimori, nos han mostrado el equívoco en que caen las reformas o intentos de modernización, cuando plantean la solución de los problemas sociales en el simple y llano cambio de los actores del escenario institucional. El problema no son las personas, sino “las personas y sus valores”. Claro que esto ha llegado -supuestamente- a entenderse y, se nos dice por todos lados: "el problema son los valores". Pero aún así no se entiende el problema. Luego la solución más inmediata que se intenta es ese tipo de "moralización chicha” que llevan sólo a encubrir los medios de corrupción. Las coimas y sobornos antes descarados se tornan en más discretas, pero no desaparecen, más bien se afinan.

La reforma se tornaba así en una especie de "superstición" que resolvería los problemas sociales. La sociedad más por indiferencia que por convicción intentaba creer en todo ello. En realidad lo único que pasó es que sólo se enriqueció ese "tráfico, ese comercio de adulaciones, mentiras e hipocresías" con que juegan los políticos prometiendo el desarrollo y el progreso de nuestra sociedad.

Antes de intentar cualquier proceso de reforma, es importante conocer primero los valores vigentes sobre los que se va a trabajar, para luego organizar a la sociedad en base a ellos, "Hay pues, primero, la necesidad de conocer para vivir" nos advierte Miguel de Unamuno. El conocimiento de "lo que hay" en los hombres nos dará la base para nuestra organización. Es cierto que el orden se impone, pero esta imposición puede ser mediante vías sutiles de persuasión que resultarían más eficaces que los de confrontación frontal, brutal,

despistada, que hacen que las soluciones se tornen inapropiadas, crueles, despóticas, creando y ejecutando medios de represión similares a los que se quiere evitar. El orden debe imponerse de acuerdo al contenido axiológico de la sociedad.

a.- Los Sistemas Jurídicos.-

Mediante un proceso de clasificación jurídica de la sociedad se ha podido establecer que la sociedad ha adoptado para conducirse diversos Sistemas Jurídicos, es decir, formas normativas de organización que rigen o dirigen sus conductas, sus complejas relaciones sociales, etc. Así a través del Derecho Comparado podemos distinguir tres Sistemas Jurídicos[132], tres familias: La Familia del Derecho Anglo-Sajon; El Conjunto de Derechos Fundamentales en creencias religiosas de los que resulta el Derecho Islámico; y la Familia del Derecho Romano-Germánico. Veremos muy referencialmente cada una de ellas.

1) La Familia Anglo-Sajona.-

Tiene a la jurisprudencia como ente organizador, regulador, administrador, por lo cual se desenvuelven los individuos de una sociedad. La jurisprudencia es así el marco por el cual se guían y conducen las vidas en los aspectos políticos, económicos y jurídicos. Inglaterra, Estados Unidos, los Estados de la Comunidad Británica y otros, adoptan este Sistema Jurídico.

[132] Según la clasificación que expone Marcial Rubio Correa, en su Libro *El Sistema Jurídico*

2) La Familia de los Derechos Fundamentales en Creencias religiosas.-

Se rigen por textos que tienen carácter de palabra divina; y entre ellos encontramos al Derecho Islámicos, bajo la dirección de el Corán, que prohíbe las bebidas alcohólicas. El Corán (texto sagrado) se cree emanado de la divinidad. Este derecho proviene de Mahoma.

3) La Familia Romano-Germánica.-

Es de nuestro interés por ser el Sistema Jurídico adoptado por nuestra sociedad. Está basada en la estructuración del Derecho constituido por normas jurídicas creadas y aprobadas por un Poder Legislativo. Tiene tres características: 1.- Preponderancia de la legislación, como principal fuente del Derecho; 2.-Todas las otras fuentes del Derecho están subordinadas a la Legislación; 3.-Importancia de la Doctrina para fines de aclaración normativa.

Pero los Sistemas Jurídicos son compuestos a su vez por tres elementos a ser: 1.- El Estructural: Configurado en las mismas instituciones adoptadas por las sociedades (cortes, presencia de Constitución, federalismo, etc.); 2.- El Cultural: Compuesto por los valores de cada sociedad y la forma como adoptan esos valores; 3.- El Sustantivo: Estas son las normas, doctrinas, reglamentos que son efectivamente usados por el gobierno y los gobernados. La adecuación a uno de estos sistemas determinarían referencialmente lo que -al parecer de Lawrence M. Friedman- sería nuestra "Cultura Jurídica".

3.- PODER.-

Luis Diez Picazo señala: "la prueba de lo que es el hombre la tenemos en su relación con su poder; sólo sabemos lo que realmente es un hombre cuando le vemos actuar políticamente, como legislador". / "…la doctrina jurídica se ha mantenido fiel a la adscripción de la idea de derecho a la esfera del poder. El derecho es una forma de poder o de poder jurídico. Es, dice De Castro, 'una situación de poder concreto'.[133]

Podría formularse al poder como la "capacidad de afectar y ser afectado", según propone Michel Foucault.

Cabanellas, más bien, conceptualiza al Poder como la "facultad para hacer o abstenerse o para mandar algo."[134] Este concepto es útil, pero demasiado pobre para nuestras pretensiones investigatorias, por lo que tomaremos el concepto de Michel Foucault que propone al Poder como la "capacidad de afectar o ser afectado. Relación de fuerzas."

Al respecto, Giles Deleuze explicando la Teoría de Foucault sobre el poder, escribe: "¿Qué es poder? La definición de Foucault parece muy simple, el poder es una relación de fuerzas, o más bien toda relación de fuerzas es una "relación de poder". Eso quiere decir, en primer lugar, que el poder no es una forma, por ejemplo la forma-Estado; y que la relación de poder no se produce entre dos formas, como el saber. En segundo lugar, eso quiere decir que la fuerza nunca está en sin-

[133] DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho.* Madrid, Editorial Ariel, 1975, p. 72.

[134] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario.* Buenos Aires, Heliasta, 1982, p. 247.

gular, que su característica fundamental es estar en relación con otras fuerzas, de suerte que toda fuerza ya es relación, es decir poder: la fuerza no tiene otro objeto ni sujeto que la fuerza. Ahora bien, esto no significa un retorno al derecho natural, puesto que el derecho ya es de por sí una forma de expresión, la Naturaleza una forma de visibilidad, y la violencia algo concomitante o consecuente a la fuerza, no algo constituyente."[135]

El poder como "relación de fuerzas", fuerza como capacidad de afectar y ser afectado; capacidad de acción sobre la acción. El poder no está focalizado, no se tiene, sino que se ejerce. El poder no es una forma (figura, apariencia exterior de las personas y cosas[136]) concreta y determinada; no es la persona sino la capacidad de afectar o ser afectado (relación de fuerzas). El poder no es tampoco una institución (el Estado, iglesia, etc), no es el saber, sino el efecto de ese saber.

No existe poder si no hay sobre quien, qué, ejercerlo. El poder para ser necesita de otra fuerza que lo haga ser, es decir relación de fuerzas.

El poder, resumiendo, es la capacidad de afectar y ser afectado (relación de fuerzas) que pueden provocar acciones sobre acciones, como incitar, inducir, desviar, facilitar, etc. "Se puede, pues, concebir una lista, necesariamente abierta, de variables que expresan una relación de fuerzas o de poder y que constituyen acciones

[135] DELEUZE, Gilles. *Foucault.* España, Ediciones Paidos, 1987, p. *99.* El subrayado es nuestro.

[136] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario.* Buenos Aires, Heliasta, 1982, p.135.

sobre acciones; incitar, inducir, desviar, facilitar o dificultar, ampliar o limitar, hacer más o menos probable...Esas son las categorías de poder.[137]

Deleuze hace una aclaración sobre el poder entendido por Foucault: "el poder no es esencialmente represivo (puesto que "incita, suscita, produce"); se ejerce más que se posee (puesto que sólo se posee bajo una forma determinable, clase, y determinada, Estado); pasa por los dominados tanto como por los dominantes (puesto que pasa por todas las fuerzas en relación). Un profundo nietzscheísmo."[138]

El poder no está definitiva y eternamente en las cosas, fluye; el poder se ejerce más que se posee "Un ejercicio de poder aparece como afecto, puesto que la propia fuerza se define por su poder de afectar a otras"[139]. "A la vez locales, inestables y difusas, las relaciones de poder no emanan de un punto central o de un núcleo único de soberanía, sino que constantemente van "de un punto a otro" en un campo de fuerzas, señalando inflexiones, retrocesos, inversiones, giros, cambios de dirección, resistencias. Por eso no son "localizables" en tal y tal instancia".[140]

Por último, podríamos agregar la siguiente cita: "Las relaciones de poder son relaciones diferenciales que determinan singularidades (afectos). La actualización que las estabiliza, que las estratifica, es una integración: operación que consiste en trazar "una línea de

[137] DELEUZE, Gilles. *Foucault.* España, Ediciones Paidos, 1987, p. *99-100*
[138] Ibid. p. *100.*
[139] Ibid. p. *100*.
[140] Ibid. p. *102.*

fuerza general", conectar las singularidades, alinearlas, homogenizarlas, serializarlas, hacer que converjan. Pero la integración total no se produce inmediatamente. Más bien se produce una multiplicidad de integraciones locales, parciales, cada una en afinidad con tales relaciones, tales puntos singulares. Los factores integrantes, agentes de estratificación, constituyen instituciones: El Estado, pero también la familia, la Religión, la Producción, el Mercado, incluso el Arte, la Moral... Las instituciones no son fuentes o esencias, no son ni esencia ni interioridad. Son prácticas, mecanismos operatorios que no explican el poder, puesto que presuponen las relaciones y se contentan con "fijarlas"; su función es reproductora, no productora."[141]

Subdivisión del poder.-

Estructuración en concordancia con el carácter de legitimación adoptado. Hemos, subdividido el poder por su origen en dos: poder divino y poder humano. Esto con motivo de hacer una distinción entre el tipo de poder sustentado antiguamente y el tipo de poder sustentado o legitimado en la actualidad. La referencia es para hacer evidente la condición premoderna y moderna del poder, y para darnos una idea referencial sobre las condiciones del Derecho.

a.- El poder divino.-

La mística, la magia, la divinidad han sido las ¿salvedades? con que se ha taponado los vacíos de lo incomprensible a la razón humana; las formas cómo los hombres ávidos de respuestas, explicaciones han aca-

[141]Ibid. p. *104-105.*

llado sus miedos al desconcierto, a lo inseguro, al caos que supondría no saber qué está pasando y porqué está pasando esto o aquello que afecta sus vidas.

Esta necesidad de conocimiento, de certeza, seguridad y previsibilidad ha provocado en el hombre otra necesidad: la de aceptar la certeza de lo profético, místico, divino; así ha calmado sus dudas y tormentos al caos, desorden, inseguridad, declarándose sumiso ante la explicación de la ley divina, que le resuelve el problema de su incomprensión e incertidumbre. Elevando las explicaciones de lo incomprensible a algo también incomprensible: Dios, la naturaleza, el cosmos.

Mediante este razonamiento, Dios es el explicador por excelencia de todo aquello que el hombre no entiende. Nacen, así, los inventores de la explicación mística, los intermediarios entre la divinidad y el hombre: monjes, reyes, chamanes, etc.

El conocimiento y la continuidad del conocimiento, la certeza de que el conocimiento es cierto, la garantía de esta certeza la daría, según esta teoría, Dios. Entonces el poder emana de la divinidad. "En efecto, ¿qué aseguraba en la filosofía occidental que las cosas a conocer y el propio conocimiento estaban en relación de continuidad? ¿Qué era lo que aseguraba al conocimiento el poder de conocer bien las cosas del mundo y de no ser indefinidamente error, ilusión, arbitrariedad? ¿Quién sino Dios garantizaba esto en la filosofía occidental? Ciertamente, desde Descartes, para no ir más allá, y aun en Kant, Dios es ese principio que aseguraba la existencia de una armonía entre el conocimiento y

las cosas a conocer. Para demostrar que el conocimiento era un conocimiento fundado verdaderamente en las cosas del mundo, Descartes se vio obligado a afirmar la existencia de Dios."[142]

El Derecho divino se aseguraba su predominio y hegemonía en Dios. Éste había concedido por obra y gracia, la potestad para que sus hijos o representantes gobernaran en su nombre. Este Derecho divino ha sido usado, y sostenido por ciertos personajes, históricamente registrados, como son los Papas y los reyes, que ha continuación vamos a tocar.

1) El Derecho divino de los Papas.-

Una etapa en la historia del poder divino como máxima autoridad, permitió la existencia y vigencia de los "papados". Se había conjugado varios elementos espirituales que llevaron a los Papas a tener el máximo poder. Dios era el eterno Juez, amo y señor del mundo y de los hombres, por lo tanto, sus representantes aquí en la tierra -los papas- eran los que por justicia divina debían y tenían el poder. Dios les otorgaba el poder a tal punto que ellos eran los que homologaban, coronaban a los reyes, transfiriéndoles el poder que Dios les había dado. Si no daban esta especie de venia, rito, transferencia del poder divino, los reyes no podían tener el poder y por lo tanto no podían gobernar y menos tener justo título.

Es necesario decir que en el año 476 el Imperio Romano se iba desintegrando por las constantes luchas y

[142] FOUCAULT, Michel. *La Verdad y la Formas Jurídicas*. México, Editorial Gedisa, 1983, p. 24.

guerras y estaba en peligro de desaparecer. La Iglesia habíase ido infiltrando como único poder consistente a los ojos de los bárbaros y Roma pasó a ser de la ciudad de los Emperadores a la ciudad de los Papas. Roma legó a la Iglesia sus cuadros administrativos y mantuvo la civilización clásica.

La iglesia, con el papado, había tomado fuerza, y su poder -derivado de la divinidad- era la justificante jurídica que legitimaba su accionar. El poder que la Iglesia ejerció, la podemos observar por el lente de la historia que nos relata cómo antaño el saber dominante era la Teología, luego en un nivel subyacente venía la Filosofía y más abajo aún, venía el Derecho; por lo tanto el concepto de Derecho derivaba exclusivamente de cómo se tomaba a la Teología y cuáles eran sus lineamientos valorativos, de manera que las leyes humanas eran determinaciones de la ley natural.

Los Papas habíanse apropiado del poder, monopolizándolo espiritual y materialmente, con lo que comercializaron el perdón de los pecados y la salvación divina. Fundamentaban su poder en el "hecho divino" de ser -decían- los elegidos de Dios como sus representantes en la tierra, y a través de los cuales la tierra iba a recibir su justicia, por eso tenían el derecho de ejercer el poder(19). Esta idea era la primera doctrina del origen divino del poder, por lo que el poder iba directamente de Dios al Papa. El ritual de transferencia del poder consistía en que los Papas -como en los cuentos y películas de caballería- homologaban el poder de un emperador por medio de una espada que colocaban sobre sus hombros; la espada representaba al poder

espiritual que Dios les había dado a los Papas, y estos transferían este poder a los emperadores. Recién allí los reyes eran reconocidos en su poder. Recién allí, podrían ejercer su potestad sobre los hombres. Un reconocimiento oficial, una legitimación jurídica.

¿Qué hacía que los hombres creyeran en esta transmisión del poder de Dios a los papas? Una de las razones puede ser la enorme habilidad para convencer de estos individuos; otra, la necesidad de los hombres de creer en algo, de aferrarse a algo, de vivir de acuerdo a cierta certeza que permita el orden; otra, la esperanza de la recompensa -resurrección, vida eterna, paraíso- , o sea de una vida mejor en el futuro.

La vida enormemente difícil y trabajosa, creó en el hombre un recoveco, hueco, nido, un deseo de felicidad, y ya que se sabía muy lejana e improbable en la vida terrenal, los religiosos crearon otra vida, la de Dios, el paraíso. Esta era la esperanza que los curas les vendieron a la gente. El paraíso a cambio de su conversión y de su dinero, además de su sumisión al único e indiscutible Dios del mundo y del universo, con exclusividad absoluta.

La propuesta religiosa cristiana tenía, tiene, una alucinante forma de encerrar a los hombres en sus fundamentos, y decirles, irónicamente: "elijan". Endulzaban y acaramelaban la "nueva vida", llenándolas de ideas como “felicidad”, “vida eterna”, “salvación”, “amor”, “igualdad”, etc., todos alicientes perfectos para atrapar a la presa: el fiel creyente, que luego convertían en una relación de dominio legitimado y jurídico.

La astucia de la iglesia fue asombrosa; su influencia emanaba de una propuesta concreta, como ventanas de fuga del martirio y dolor presentes. La Iglesia enviaba la imposición de la creencia en Dios y la justificaba en la salvación, en la vida eterna. Mandaba como mandamiento universal dos condiciones de vida: Dios, o la muerte; la resurrección en Dios o la muerte en el pecado. Era una propuesta con “trampita”, como poniendo al hombre entre la espada y la pared.

El entrampamiento de la libertad de elección era aplastante. La iglesia deslizó la idea de que el hombre podía elegir, pero sólo una era la elección correcta: Dios. Todo acto contrario equivalía al infierno. No había escapatoria. Así para asumir una de las opciones -la salvación en Dios, o la condena en el infierno- era necesario condenarse o a la vida eterna y las restricciones que ello significaba, o al eterno castigo.

La iglesia construía la evidente y clara fórmula para llegar a ser lo que no somos, y nos imponía la idea y la acción de ser lo que "Dios", -el poder- quiere que seamos, no importaba lo que seamos, sino lo que deseaban que fuéramos. Errar, equivocarse era equivalente a no seguir a Dios, y se infiltró el prejuicio de que el error -no seguir la línea de Dios- era lo más vil e inhumano, y por consecuencia digno de castigo.

Falta una observación, Por ejemplo, si te dijeran: "te ofrezco la vida eterna en el paraíso, o el castigo eterno en el infierno, sólo una de esas dos opciones, no otra tercera, ninguna más" ¿cuál elegirías? La respuesta es

obvia. Es precisamente esa la forma que aplicaron en el reino del papado para imponer a Dios. Aceptar la primera opción significa someterse, caminar por los caminos que ya te han hecho, coger tu vista y taparla con un trapo, caminar a ciegas, por fe, esperanza, resignación, o qué sé yo. Y si eliges la segunda opción significa someterte a las consecuencias, esto indica que tendrás que hacer tu propio camino, que tendrás que aventurarte, que tendrás que elegir tú mismo lo que puedes o no puedes hacer, mejor dicho, que tendrás que formarte tu propio criterio, tu propio mundo, tu propia visión, y por consiguiente ser tú mismo tu propio creador, que por supuesto la Iglesia no permitía.

Por otro lado, los hombres hemos tenido el instinto natural, pero generalmente reprimido por algún concepto impuesto por el poder, de seguir nuestros deseos, que han sido bloqueados y atrofiados siempre.

El Papado se presentaba como poder proveniente de una entidad superior, omnipresente, omnisciente, que todo lo ve, que todo lo puede; que justificaba de por qué el poder no lo tiene el hombre por su propio esfuerzo, sino por la gracia divina; teoría muy hábilmente usada por los Papas para tener acceso y perpetuarse en el poder.

El reinado del Papado proponía que Dios era la fuente del Poder, el resto -argumentaban- era simple delegación, homologación, interpretación, vínculos entre la divinidad y la concesión del poder en la tierra. Luego el Derecho se conformaba de acuerdo a esta teoría.

2) Derecho divino de los Reyes.-

La teoría del derecho divino de los reyes fue una hábil estrategia utilizada por los reyes -captando la tonalidad de su tiempo- también para justificar, proteger y expandir su poder.

El mundo occidental había aceptado la jerarquía del poder en cuya cima se hallaba, como principio máximo, Dios, o la teología. Era necesario ir con la corriente ideológica de los tiempos, aprovechar los ríos sociológicos del poder; si la gente creía en el poder como una exclusiva facultad de Dios, era menester que él, Dios, y sólo él pudiera delegarla (el poder). Esta idea de delegación e intermediación la sembraron los religiosos, que pretendieron ser puentes entre el pueblo y Dios.

Así que los reyes, para ejercer su poder necesitaban, como elemento constitutivo, del reconocimiento, homologación de la iglesia -para ser aceptados por toda esa sociedad imbuida de religiosidad-, lo que les restaba autonomía, independencia absoluta de cualquier otro poder. Era necesario desligarse del hilo homologador que restaba poder a los reyes, eliminar los obstáculos del reconocimiento del poder y de su legitimidad que permitiera su vigencia, desencadenarse de las cadenas que hacían a los reyes necesitar de otro poder, además de asegurar el poder mediante la herencia y no la homologación de la iglesia.

Por todo lo anterior, los reyes mediante una nueva teoría se emanciparían del poder y exigencia de homologación de los Papas. Era la teoría absoluta de los Es-

tuardo, los reyes absolutos de Inglaterra, por la cual Dios derivaba su poder a la dinastía. Así los reyes se liberarán de la necesidad de ser homologados o coronados por los papas y aseguraban el reinado de sus hijos por medio de la herencia. El poder divino de ahora en adelante iría directamente de Dios a los Reyes y a su dinastía. Con esto el Papa no podía desconocer, homologar, ni coronar los nacimientos. Surge algo así como la dictadura del nacimiento, y el afianzamiento del poder en una sola estirpe.

Desde ese momento el azar -ser hijo de reyes- era suficiente justificación divina para la continuidad en el poder, ya no ser homologado por Papas, sino ser hijo de reyes. De esta forma los reyes creían -o les convenía creer y hacer creer- que Dios los había elegido como gobernantes.

Esta fue la manera cómo el Rey iba despojándose de las ataduras que le impedían gobernar y permanecer en el poder. Antes de esto: "La autoridad del rey era una autoridad vacilante, es decir, no era absoluta ni central; esa autoridad se hallaba contrapesada por otras muchas instituciones que podían levantar la cabeza frente al rey; entre estas instituciones estaban las Ordenes de la Caballería, la Iglesia, los obispados, las ciudades libres y las tierras de señorío. Había grandes señores, y como en esa época no había ejércitos permanentes, cada señor tenía su ejército, y el rey necesitaba de ellos para poder hacer la guerra, de modo que en ciertas circunstancias, si los señores se ponían de acuerdo, la autoridad del rey se convertía casi en un

mito, en una cosa nominal."[143]. Una nueva era había empezado, producto de la ruptura entre el papado y los reyes. Entre la iglesia y la corona.

b.- Poder humano.-

Este fenómeno supone el rompimiento del poder Divino como eje supremo para acceder al Poder y al Derecho, y es el nacimiento de la modernidad, del principio moderno, que tiene como centro al hombre. Según esta concepción el Poder y el Derecho vienen del hombre.

1) La Teoría del Contrato.-

El contrato de los hombres como fuente del poder y del Derecho, es asumido por el temor a la guerra y al caos. Según Hobbes -parafraseado por Grondona- sostiene que: " el poder proviene de un contrato entre los hombres que aterrados ante la guerra civil, deciden que alguien mande sin limitación legal. Es que los hombres consideran mejor la dictadura de uno solo que la dictadura de todos. El orden es el valor más elemental de una sociedad, es como respirar. Cuando hay orden, uno se olvida que lo hay. Cuando no hay orden, hacemos cualquier cosa por restituirlo."(...) "Hay algo peor que el despotismo: la anarquía."[144]

El miedo al caos total, a la imposición de la ley de la selva urbana hace que los hombres cedan parte de su libertad para, por intermedio de un contrato, gozar de

[143] USLAR PIETRI, Arturo. *Valores Humanos.* Madrid .Tomo II, EditoralMediterraneo-Diego de León, , 1972, p. 26.
[144] GRONDONA, Mariano. *Los Pensadores de la Libertad…,*. Sudamericana, 3ra. Edición, diciembre 1986, p. 14.

orden, seguridad y certidumbre. El miedo a la anarquía es mayor al de la dictadura.

La anarquía significaba, para estos hombres, una sociedad en desorden total, en la cual nadie podría tener la mínima seguridad de que se respetaran sus derechos e intereses. Una concepción muy distinta a la que nos sugiere Manuel González Prada, que formulaba a la anarquía como la independencia del hombre de órdenes sociales, limitativos y frustrantes de la inventiva humana. González Prada pensaba por anarquía, a la capacidad del hombre de autogobernarse, de ser responsable de sus actos.

La anarquía, para otros, era como la placenta del caos; no era conveniente a los intereses permanentes de propiedad y poder. Distanciada del sentido que Prada proponía, exaltando la reivindicación de un autogobierno, de fuerza individual y propia de los hombres capaces, inteligentes e independientes.

Con el contrato hay toda una regeneración, convulsión, replanteamiento total del origen del poder. La inmanente necesidad del orden, las luchas de poder pervierten el orden anterior y dan luz a un nuevo engendro: el contrato social. Es la partida de nacimiento de la nueva sociedad en donde los monarcas son mostrados, trayendo el pensamiento de Hobbes, como déspotas y crueles que venían a poner orden con cuchillo, por lo que Hobbes propone el Contrato.

Hay desde allí un giro en la concepción del orden jurídico, una nueva concepción de cómo debe y debería ser la estructura social, política y jurídica.

Este nuevo replanteamiento del orden jurídico hace que el poder -como facultad proveniente de la divinidad, (Dios), de la naturaleza- sea negado, y nace la idea del contrato como el nuevo y mejor orden para el gobierno de las sociedades. El poder, desde ese momento sólo se podría obtener a través del Contrato, "Este giro de Dios al contrato será fundamental para el liberalismo. El origen del poder ya no es místico. No proviene de la naturaleza -como decía Aristóteles- ni de Dios a través de la Iglesia o a través del Rey. En Locke, el contrato lo hacen hombres libres y racionales para fundar un poder limitado; el origen del poder somos nosotros mismos. "Tú tienes tanto poder cuanto yo te he dado." Lo que hay en el origen de la sociedad es el poder que yo tengo sobre mí mismo. Cada uno de nosotros tiene un poder soberano, y entre todos decidimos fundar un poder que nunca tendrá más prerrogativas que aquellas que le hayamos dado. En Locke se humaniza la idea del poder, se hace secular y "moderna". Ya no hay elementos religiosos ni despóticos en el poder. Lo que hay es el derecho de cada hombre, que cede libremente cierto poder a un gobierno para que garantice la vida en sociedad."[145]

Locke pretende demostrar, con un viso alentador e idealista, que lo mejor era entregar el poder en manos de todos, imponiendo un nuevo y suculento orden en

[145]Ibid. p. 16.

donde todos, por voluntad propia -según la teoría- podrían elegir el tipo de gobernante y la clase de gobierno que quisieran se imponga en la sociedad en la cual viven, sometiéndose a la voluntad de la mayoría y a sus límites. La alternativa parece subyugante y razonable, los planteamientos teóricos bien argumentados, la estrategia de delegación aritmética, el cálculo de la mayoría aparentemente más equilibrado ¿qué podría fallar? La falla la hallaríamos en el propio hombre -si se concibiera al hombre como una máquina, rígida e incapaz de cambiar-, que tiene un movible instinto de negación y autonegación, de reformulación constante y permanente de su estilo de vida. El hombre que no es matemáticamente programable, sino que es circunstancial y complejo. En esta medida el Derecho tiene que ser también movible, en constante dinamismo.

Triunfa, sin embargo, el contrato, y el hombre se desengarza de las cuerdas, cadenas religiosas, naturales, y se engarza en una nueva cuerda, "el contrato" que viene a cumplir la misma función que las anteriores posiciones, la de ser la nueva justificación del poder, o del porqué alguien tiene poder. Con el nacimiento del contrato surge una nueva estructura gubernamental que se consolida en el Estado.

Al aceptar la sociedad el planteamiento del nuevo orden social a través del contrato, decide por el mismo -la sociedad- delegar poder a lo que luego se denominaría Estado, que surge como ente de este nuevo régimen de poder. Su función es la de gobernar, organizar la sociedad.

El nuevo orden se efectivizará con el nacimiento y el acta de partida, y luego todos los otros actos jurídicos que registran a qué Estado pertenece uno, por ejemplo, firmar un contrato de nacionalización es adecuarse a las normas de ese Estado al cual nos estamos nacionalizando, sujetarnos por voluntad propia a sus normas y reglas, y tener derecho por este mismo acto a participar de la dirección de la sociedad a la que empezamos a pertenecer.

Así nace la sociedad política que es lo que nosotros denominamos: Estado, que denota otra concepción del mundo y sus normas, otro sentido de ver el mundo, de entenderlo, de conducirlo; se da un paso de las leyes naturales a las leyes contractuales, políticas. “Lo que funda el paso de la sociedad natural a la sociedad política es que nadie puede tener poder sobre mí si yo no se lo he dado previamente". La base del poder es el consentimiento de los futuros gobernados de delegar su poder. Por este nuevo sistema social los hombres han acordado formar una sociedad política, sociedad en la que habrá un gobierno y en la cual "la mayoría será capaz de gobernar sobre la minoría", que es el principio de la democracia, y en el cual el argumento de Locke sobre la mayoría es el siguiente: como los individuos son distintos -y ellos son la realidad final de la sociedad- va a haber naturalmente diferencias de opiniones; por lo tanto, si consintieron en vivir juntos han aceptado necesariamente el principio de la mayoría porque si no existiera este principio no podrían vivir juntos."[146]

[146]Ibid. p. 20

La sociedad política, o lo que podríamos denominar el “Estado” según la descripción que nos hace Grondona sobre el Liberalismo, se forma debido a que los hombres frente a una sociedad gobernada por leyes naturales (o sea donde cada cual tiene el derecho a su propiedad, pero además tiene que él mismo protegerla, sin intermediación alguna) y en donde las personas viven en estado confuso, incierto, "donde nadie conoce exactamente sus derechos y deberes", el hombre prefiere agruparse en lo que se llama “sociedad política”, porque según Locke: "han querido abandonar una condición en la cual, si bien eran libres, estaban llenos de miedos y peligros".

Frente a la creación de la moneda, y a la consecuente acumulación de riqueza, era necesario preservar estos, y ¿qué mejor seguro que la propia sociedad -que puede atacarlo, que puede robarle- firme un contrato para decir que se respetarán los intereses individuales, o de lo contrario tendrá que ser responsable de ello y castigado? Así se forma el Estado que Grondona hablando de Locke nos explica, recordando que "alguien dijo que Locke imagina al Estado como una sociedad de seguros: nos hemos reunido para lograr que nuestros derechos estuvieran más y no menos protegidos". El consentimiento general era necesario para el contrato social.

Es tal vez necesario anotar que hubo otras formas de poder no establecidas jurídicamente, pero sí legítimamente reconocidas por la sociedad. Por ejemplo, en el renacimiento hubo una clara exposición del naci-

miento de nuevas formas de poder, fuera de los reconocidos (reyes, iglesias, etc.). Por ejemplo, el poder no institucionalizado, pero tácito y vigente de una familia, la de los Médicis, que en Italia ejercían su autoridad por su gran prestigio y poder de acción. Una clara muestra de expresión de poder. Fuera de instituciones u órdenes legales se estableció el poder por consenso. "Los Médicis, sin llegar a desempeñar durante mucho tiempo ninguna función específica de gobierno, fueron convirtiéndose, paulatinamente, en los árbitros de la vida florentina. Eran, pues, gentes muy poderosas social y económicamente, muy cultas, muy influyentes, y prácticamente no se tomaba ninguna decisión sin tener la opinión de los Médicis. De este modo, paulatinamente, el jefe de la familia vino a transformarse, sin título, sin cargo, sin función, en el jefe de hecho del Estado florentino. Eran quienes gobernaban, dominaban, dirigían, sin desempeñar ninguna función pública, y esta preeminencia fue heredándose de padres a hijos, desde Cosme "el Viejo", que fue en realidad el que llevó a su apogeo el prestigio y el poder de la familia, hasta sus descendientes, que iban sucediéndose, con interrupciones, de padres a hijos como jefes de la familia y del negocio bancario y como directores del gobierno y de la política florentina."[147]

Volviendo al contrato, éste fue para el Derecho el lineamiento moderno a seguir. El hombre había ganado independencia, y liberándose de la hegemonía de la divinidad como condición de organización social, usaba de su libertad para decidir cómo y quién iba a gober-

[147]USLAR PIETRI, Arturo. *Valores Humanos.* (Biografías y evocaciones), Tomo II, EditoralMediterraneo-Diego de León, Madrid, 1972, p. 8.

narlo. El Derecho ya no sería más un principio metafísico, que surgía de las oscuras elucubraciones místicas o divinas, era ahora la razón, y la voluntad de los hombres, que a través de un contrato hacían su destino y creaban ellos mismo el Derecho.

CAPÍTULO:
EL DERECHO EN LA MENTE DE LOS FILÓSOFOS

Tercer Bloque
EL DERECHO EN LA MENTE DE LOS FILÓSOFOS

Tercer Bloque: EL DERECHO EN LA MENTE DE LOS FILÓSOFOS

Hay cierta inmanencia en el hombre de tener la condición de buscar explicaciones sobre la vida, el mundo, las relaciones sociales, etc. Este ha sido una actitud que bordea el pensamiento crítico, puesto que hacerse preguntas contiene los rasgos iniciales del pensamiento crítico, es el inicio. En este ánimo por conocer, el hombre ha formulado discursos teóricos para explicarse las cosas. Es esta búsqueda de explicaciones lo que puede constituir un primer esbozo de filosofía, una manera de saber. Luego la cosmovisión del hombre sobre el mundo ha ido desarrollándose con más especificidad e incisión, creando discursos interrogativos a lo que se le ha dado en denominar especulaciones filosóficas. Es de aquí que partimos, de la idea de que el hombre ha buscado explicaciones y las ha hallado, creando discursos teóricos que lo han aprovisionado de certezas, con las cuales se han conducido; es decir que estas ideas de certeza sobre la vida y su movimiento, ha determinado cierto modo de pensar, cierto tipo de conductas, cierto perímetro de acción, cierto orden, cierto Derecho.

Una vez -los hombres- cargados de certezas, creadas mentalmente, van por el mundo con cierta directriz,

con cierto conjunto de normas mentales justificadas en esas certezas que ya no necesitan explicitar más. Sólo qué, la característica del hombre es su dinamismo físico mental, esto lo hace volverse a preguntar sobre si sus certezas tienen validez o no, si son útiles o no, y empiezan a formular ciertas categorías de contradicción, lo que denominaríamos: crítica. Es esta crítica de los fundamentos o argumentos ya dados, e incluso de los propios fundamentos, lo que Richard Rorty denomina Filosofía. Y es esta concepción de filosofía la que seguiremos a lo largo o angosto de nuestra investigación, entremezclada con aquella expresada por William James, que ve a la filosofía como "un intento inusitadamente porfiado de pensar con claridad".

Empezaremos diciendo que las certezas por las que se conducen los hombres son las bases por las que se produce y justifica el Derecho. Esta es la importancia de la conexión entre Filosofía y Derecho. Ambas de alguna manera siempre van juntas. Por eso, esta no es una historia paralela del pensamiento filosófico, diferente al pensamiento jurídico, o al desarrollo social, sino más bien la conexión entre estos tipos de pensamiento y actividad social. Un intento de aproximación a las concepciones que sobre el Derecho se han dado a lo largo de la historia del pensamiento occidental.

La filosofía no es independiente de la historia social. Y no es esta esa separación, sino más bien la presentación de los fenómenos argumentativos de ciertos pensadores del Derecho y su relación con la sociedad. Se intenta -dado el carácter dinámico de esta investigación y del propio Derecho- conjugar los diferentes ele-

mentos de la filosofía con el Derecho, del pensamiento con la expresión social. Recorrer los laberintos de lo que podríamos llamar el Derecho pensado.

Hay que anotar, por otro lado, el lineamiento crítico que queremos darle a este trabajo, que se dará bajo tres visiones o ángulos de estudio: la premodernidad, la modernidad y la postmodernidad.

Lo que notaremos, seguramente, es que el Derecho, las argumentaciones filosóficas sobre él, mejor dicho, la variedad de posiciones mentales que se dan sobre el Derecho y las relaciones jurídicas presentan un fenómeno importante, que es "la afirmación de la diferencia", ésta última corrobora también la dinámica crítica que supone la filosofía del Derecho.

La multiplicidad de concepciones sobre el Derecho, sobre la Filosofía del Derecho nos mueve a dar un vistazo un poco audaz y atrevido, acaso breve y al ras, pero necesario, sobre la visión planteada por ciertos autores, desde ciertas posiciones teóricas. Todas estas teorías occidentales han influido de cierta manera en la creación del Derecho. El Derecho desde esta perspectiva viene a ser -en parte- la conjunción de esos puntos de vista, de esos razonamientos que han marcado, de alguna manera, la dirección y el sentido de la vida y por ende del orden jurídico, del pensamiento y la concepción del Derecho.

Podemos decir, entonces, que el Derecho actual está constituido -cierta porción- por la conjunción de zumos, de ideas y razonamientos que resistiendo al tiem-

po -que todo lo erosiona- se han impregnado en el subconsciente colectivo de los hombres, imprimiéndoles la idea de cómo conducirse social y jurídicamente.

Queremos, además, anotar una aclaración. No es este un trabajo de Filosofía del Derecho, esto escaparía ampliamente a los recursos y a los objetivos de la investigación, sino más bien el seguimiento de cierto planteamiento y desarrollo, propuesto en el plan de trabajo, así que podemos decir que este trabajo "...no pretende ser una justa y cabal filosofía del derecho, ni siquiera un bosquejo; se propone simplemente hacer resaltar ciertos problemas que a mi parecer deben estar hoy en primer término,..."[148]

El Derecho puede estar plasmado en leyes y normas (esto no significa que el Derecho sea sólo leyes y normas), así que su concepción, en estas visiones tradicionales, se asentaría en estas leyes, sólo que incluso la ley tiene dentro suyo determinados juicios normativos, una cierta filosofía, así que nosotros pensamos con Friedrich que: "El Derecho común, tradicional en gran parte, descansa en una visión general de la ley ...[no obstante]... es dudosa la idea expresada con frecuencia por los abogados de tipo más práctico, de que la ley no involucra una filosofía del derecho. Porque la ley consiste en declaraciones o enunciados expresados verbalmente, y tales declaraciones, comúnmente llamadas juicios - que en derecho son, netamente, juicios norma-

[148]FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 9.

tivos-, dan lugar a una clase de cuestiones filosóficas generales, de significación para tales juicios."[149]

Dicho todo lo anterior empezaremos con nuestros discursos teóricos sobre la concepción del Derecho desde la perspectiva del pensamiento filosófico occidental, dentro del margen de la visión premoderna, moderna o postmoderna.

1.- PENSAMIENTO PREMODERNO.-

a.- El Derecho como Visión Mítica.-

En un principio, suponemos, el hombre necesitó explicarse el fenómeno de la vida -eso de porqué sucedían tales o cuales cosas-, así que los hechos que no entendía -según esta teoría- los explicaba a través de los mitos; luego estas explicaciones comenzarían a regir sus conductas. Los mitos representaban las explicaciones de los hechos y eran considerados "el fundamento y el comienzo de la historia de una comunidad o del género humano en general"[150]. Los mitos comportaban la personificación de los acontecimientos. Estos se podían derivar de contenidos naturales y ficticios, o de ambos. Cuando eran fenómenos contenidos en fenómenos naturales se presentaban en forma alegórica, es decir como una representación gráfica o hablada de una idea sustraída de la naturaleza; pero en esta representación alegórica había siempre un contenido ficticio y otro real. Así el mito es como un relato que expresaba lo que habría ocurrido.

[149] Ibid. p. 13.

[150] FERRATER MORA. José. *Diccionario de Filosofía Abreviado,* Buenos Aires, Editorial Sudamericana, Decimocuarta edición, 1983. p. 283.

Lo trascendental en la interpretación mítica de la realidad, es que esta sufre una suerte de envoltura de la verdad. En la Antigüedad se admitía la narración mitológica como envoltorio de la realidad. Incluso más tarde, Platón la uso para establecer la veracidad de aquello que no se podían probar mediante la razón.[151] Así mismo en la Edad Media el mito sirvió sobremanera como elemento explicativo.

La trascendencia del conocimiento a través de los mitos resalta en un factor determinante de la realidad, esta es la creencia en los mitos, y la sujeción a ellos para diagramar nuestras conductas. Los mitos, por lo tanto, demuestran algo muy singular, quizá no la verdad de estos mitos, pero sí la verdad de la creencia en estos mitos.[152]

Además, el mito ha demostrado el modo de ser o forma de una conciencia en el hombre. Aún si los mitos hubieran sido fantásticas creaciones del hombre, alegorías fabulosas sobre la vida y el hombre, no se puede dejar de apreciar que bajo el manto mítico, bajo la sombra de la ficción existe en el hombre una conciencia mítica, es decir, una mentalidad que se dirige a partir del mito como explicación los hechos. El hombre en ese momento, el momento en que acepta los mitos, revela su conciencia mítica, es por esto que el mito po-

[151] "Platón (...) consideró el mito como un modo de expresar ciertas verdades que escapan al razonamiento" / FERRATER MORA. José. *Diccionario de Filosofía Abreviado,* Buenos Aires, Editorial Sudamericana, Decimocuarta edición, 1983. p. 283.

[152] "...los mitos pueden no ser verdaderos en lo que cuentan, pero son verdaderos en otro sentido: en que cuentan algo realmente acontecido en la historia, es decir, la creencia en mitos" / FERRATER MORA. José. *Diccionario de Filosofía Abreviado,* Buenos Aires, Editorial Sudamericana, Decimocuarta edición, 1983. p. 283.

dría representar la mentalidad directriz de un tipo de sociedad, el orden social y por allí jurídico de los hombres, la conciencia mítica de estos hombres.[153]

El resultado es que el mito cumple una función en la conciencia, en el sentido de ver las cosas, en la concepción de la vida, el mundo y las relaciones sociales, en el conocimiento que tiene el hombre de sí mismo, de su existencia, de la existencia de las cosas y de sus actos, aquello con lo cual podrá formular juicios para dirigir su conducta, aquello que le hará diferenciar el bien del mal -según lo expresa el mito. De ese modo el mito cumple algo así como la función de estructurar la conciencia.[154]

Esta visión mítica del mundo, por la cual los hombres y las sociedades se estructuran una conciencia de sí mismos y de su relación con las cosas y con los demás, se puede observar claramente en el Perú prehispánico. Donde el orden nacía de ciertas explicaciones y discursos míticos. El mito cumplía allí una función primordial, donde los hombres se dirigían por narraciones míticas; sus estructuras normativas se construían, también, de acuerdo a estas concepciones y narraciones míticas.[155]

---

153 "El mito (...): es modo de ser o forma de una conciencia: la 'conciencia mítica'"/ FERRATER MORA. José. *Diccionario de Filosofía Abreviado,* Buenos Aires, Editorial Sudamericana, Decimocuarta edición, 1983. p. 284.

154 "...como a la vez la conciencia mítica es una de las formas de la conciencia humana, el examen de los mitos ilumina la estructura de tal conciencia. Lo que se investiga de este modo es la función del mito en la conciencia y en la cultura." / FERRATER MORA. José. *Diccionario de Filosofía Abreviado,* Buenos Aires, Editorial Sudamericana, Decimocuarta edición, 1983. p. 284.

155 "El testimonio de Garcilaso y las leyendas recogidas por los cronistas posttoledanos y extirpadores de idolatrías, confirman esta vocación narrativa." / PORRAS BARRENECHEA, Raúl. *Mito, tradición e historia del Perú.* Lima, Peisa, 1974. p. 23.

Los mitos surtían efectos normativos, de dirección, explicativos y coactivos, por ejemplo, en los mitos incaicos se hablan de cerros o islotes marinos petrificados que son -según esta versión mítica- seres castigados por su soberbia. Esto representa un tipo de conducta a seguir. La soberbia era entonces mala, y había que evitarla, de lo contrario el castigo sería igual. Más allá, el fundamento del accionar jurídico del Inca era la divinidad, ésta estaba respaldada en mitos, creencias. ¿No era el orden social jurídico entonces respaldado por la concepción mítica que se tenía de la vida? ¿No era el Derecho de orden mítico?

Según esta teoría el Derecho provenía del Mito, era la consecuencia de las premoniciones míticas. Aunque ya lo dicho sea suficiente para mostrar la fuerza del mito y su trascendencia para formar una estructura social normativa, es necesario poner en evidencia que estamos hablando no de un Derecho como lo entendemos hoy, con leyes escritas, teorías poderosamente argumentadas y revestidas de las más sutiles construcciones políticas y filosóficas, sino que hablamos más bien de una formación incipiente del Derecho. Hablamos de aquellas formas cómo la sociedad estaba estructurada normativamente, y a ello, para efectos de esta teoría, la hemos denominado Derecho.

¿Por qué la necesidad de hacer una explicitación mítica del orden jurídico? Porque, según parece, a través del razonamiento filosófico, histórico y crítico, el Derecho nace, parte de algo. No es algo que ya está dado de antemano, y no se justifica en la nada, sino más bien es

una creación de los hombres y se justifica en las concepciones -en este caso míticas- que se sobre él se tenga.

En este tipo de ordenamientos sociales el pensamiento mítico, la conciencia mítica actúa como un instrumento de limitación y coacción, y garantiza cierto ordenamiento humano, cierta estructura social. El mito es cierto poder que se ejerce sobre el deseo y el inconsciente, sobre la libertad de hacer o no hacer, y juega un papel muy importante en las relaciones políticas jurídicas, es decir de gobierno y de normatividad. El mito formaba, dentro de esa concepción, toda la trama de la existencia; es representativa, quiere decir o explica algo, instaura un determinado tipo de relación de poder y saber, de poder político y de conocimiento; es un método que puede cumplir muy bien la maniobra de formación y transformación de los individuos en función de ciertas normas. Es en sí la directriz, el centro, la médula de la explicación social de los actos y hechos.

Según esta concepción mítica de la creación del Derecho, de lo que sería el Derecho, o mejor, el ordenamiento jurídico, la razón aparece como un inconveniente, un obstáculo para el reinado del mito como objeto de conocimiento y de explicación de la realidad, de la verdad.

La actitud de los hombres que se dirigen por esta cosmovisión mítica se enmarcarían dentro de lo que denominaríamos el pensamiento primitivo, la premodernidad, la concepción acrítica, irreflexiva. Aquí el or-

den tiene sus fundamentos en discursos extraordinarios, supersticiosos, y hasta divinos, pero no en discursos racionalmente demostrables. Esto sin embargo no anula la validez del conocimiento mítico, puesto que las sociedades que trajinaban dentro de esta percepción de la vida, no pensaban siguiera en que había otra forma de explicar las cosas, bastaba con la expuesta por estos relatos fantásticos. El carácter es altamente acrítico, pero a la vez fantásticamente creativo. Hay menos capacidad de contradicción, pero mucha agilidad mental para construir respuestas a los hechos de la vida. Se trabaja con los elementos más a mano para explicarlo todo: la mente. La comprobación que es una operación racional está lejos del alcance de las posibilidades de estos individuos. Los hechos y los fenómenos se atribuyen a potencias ocultas, aún los más naturales.

Algo vendría, luego, a erosionar el fundamento mítico de la vida, el mundo, las relaciones sociales, etc., es decir de la existencia: la escritura. Fue la escritura de estos mitos lo que originó la crítica de los moldes de conducta, de las formas normativas, de la determinación del orden social y jurídico. Y fue, según narran los historiadores, los escritos de Homero y Hesíodo[156] -en la cultura occidental- quienes plasmaron por primera vez los mitos en escritos. Con ello había nacido, comenzado, toda nuestra historia escrita, y a la vez la formulación objetiva de la crítica. Antes de esto el pensamiento, las narraciones míticas estaban formuladas en

[156] "Hesíodo (...)pretende narrar cómo se ha configurado y ordenado el mundo, o la genealogía de los dioses; hace una teogonía, cuenta un mito" / MARÍAS, Julían. *Historia de la Filosofía.* Madrid, Ediciones Revista de Occidente, 1974, 26ª. Edición. p. 12.

versiones orales que no se asentaban en ningún cubículo objetivo, sino más bien eran discursos volátiles, etéreos, etc. La escritura permitió el paso hacia el pensamiento crítico, otorgó la posibilidad de contradecir las versiones míticas de la existencia y las relaciones normativas. De esta forma el modo de transmisión de conocimiento, de orden normativo se transmutó, cambió, etc.; el conocimiento se hizo objetivo, visible, perdurable, pero también criticable, refutable, rebatible.

Este suceso -que los mitos volátiles, trasmitidos de boca en boca habían sido escritos-, aparentemente tan inofensivo, habría de provocar una enorme transformación en la vida de los hombres. Habíase determinado con la escritura un punto focal, central, de donde partirían las fundamentaciones de las relaciones sociales y jurídicas. Desde ese momento la cultura -gran parte de ella- nos viene por medio de los libros, de la palabra escrita, de la delimitadora palabra; pero, a la vez, nos vienen los materiales para refutar esa cultura. La escritura actuaría como método de formación y transformación de los individuos en función de ciertas normas.

Además, a partir de la escritura todos los conceptos sufrieron ataques más perennes y corrosivos; por ejemplo, los dioses mitológicos habían sido debelados, por Homero, como seres con los mismos defectos atribuidos a los humanos.

La escritura, fue el quiebre de lo mítico, su verdugo, el mecanismo que lo hizo erosionable, aquello que le quitó validez, no lo destruyó totalmente, pero sí lo di-

solvió, le quitó poder explicativo y de conocimiento. Con este fenómeno de objetivización de la palabra, de sistematización material del lenguaje la discrepancia con los mitos era el signo característico; se podía objetar de los mitos porque estos no ya se perdían en especulaciones verbales, sino que quedaban asentadas en representaciones materiales, impresas, lo que los exponía a análisis o examen de sus contenidos y a la constatación de la validez o no de estos contenidos.

En todo esto el Derecho, o lo que más se le asemejaba -en esta etapa-, venía de los mitos, incluso podría decirse que los mitos surtían efectos de normatividad, pero cuando apareció la escritura ésta era la que justificaba, daba validez a cualquier fundamentación mítica. Es decir, las normas podían basarse en creencias míticas, pero era la escritura lo que hacía a la norma válida y legítima.

Los mitos eran, acaso, explicaciones de orden religioso. Eran relatos que intentaban explicar los principios de la vida. A través de esta visión todas las explicaciones a las interrogantes de la vida estaban ya dadas. A través de los mitos se explicaba, por ejemplo, que había una constante lucha entre bien y mal; lo que suponía que la distancia entre estos dos conceptos (bien y mal) estaban claramente diferenciados. El mito determinaba de alguna manera la participación del hombre en la construcción del mundo. Poniendo otro ejemplo, había poblaciones que hacían sacrificios a los dioses para agradarles y darles fuerza para combatir las fuerzas del mal. Y como se sabe el Derecho también

cumple una función de diferenciación entre lo prohibido (el mal) y lo permitido (el bien).

Por otro lado, la concepción mítica, unida a la religión, provocó una importante y determinante influencia en el actuar jurídico, en la normatividad, en la ley de la cultura griega. Las leyes se revestían, por esta concepción de carácter sagrado, sustentada en mitos, o argumentos de esa índole.[157]

Este acercamiento a lo sagrado tuvo en la antigüedad una vital importancia:

"Durante muchas generaciones, las leyes no estuvieron escritas; se transmitieron de padres a hijos, con la creencia y la fórmula de la oración".[158]

Por último, según esta teoría, los mitos eran el fundamento central para la formulación del Derecho. La historia demuestra esta concepción. El sistema social de organización estaba basado específicamente en las explicaciones míticas. Estos formaban un conjunto de preceptos que funcionaban como conductos, caminos por los cuales dirigir las conductas. Lo que debía o no debía hacerse estaba en los mitos. Así que el Derecho más primario se fundamentaba en estos mitos. Esto demuestra -la relación íntima entre ordenamiento jurídico y mito- el carácter premoderno de la concepción del Derecho.

[157] "Por otra parte, excepción hecha de los sofistas, el pensamiento griego estuvo impregnado del carácter sagrado de las leyes que, basadas en las más antiguas tradiciones, aparecían como nimbadas de creencias religiosas."/ DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. Lima, Edinar, 4ta. Edición: 1990. p. 180.

[158] Coulangues, Miguel, *La ciudad antigua,* pp. 209.

b.- El Derecho y la naturaleza.-

O también: "El Derecho como la búsqueda de explicaciones en la naturaleza y sus procesos"

Con la aparición de la escritura, como dijimos, se hizo posible discutir la validez y verdad de los mitos. Por ejemplo, la mitología de Homero fue discutida porque en sus escritos los dioses aparecían con las mismas cualidades de los hombres, es decir, los dioses eran, también, egoístas, de foco fiar, etc. Fue así que "por primera vez se dijo que quizá los mitos no fueran más que imaginaciones humanas"[159].

Jenófanes (570), por su parte, haciendo también una crítica a la cosmovisión del mundo a través de los mitos, explicó su posición exponiendo que ésta -la explicación mítica- facilitaba el enredo y la confusión, o, en todo caso, la inexactitud, la imposibilidad de la coincidencia entre la verdad y la realidad, ¿cómo podían los hombres crearse dioses a su imagen y semejanza? La mitología había planteado esa posibilidad, cosa que Jenófanes no aceptaba como probable. Rechazó el antropomorfismo de los dioses.

Por esa época los griegos fundaron una serie de ciudades estado -cuenta Jostein Gaarder. Y tenían esclavos que hacían todo el trabajo físico. Esto alentó el pensamiento. Si los ciudadanos libres no tenían que trabajar, ¿qué podían hacer? La consecuencia fue natural: pensar. Y lo mejor, pensar por cuenta propia. Esto era ya un rasgo elemental del pensamiento moderno: capaci-

[159] GAARDER, Jostein. *El mundo de Sofía.* Madrid, Ediciones Siruela /Grupo Editorial Norma, 1995. p. 31

dad de pensar por cuenta propia. Sin embargo había confluencia de situaciones sociales, personales, sociales. Los esclavos no podían pensar por cuenta propia, lo que determinaba una evidente situación premoderna.

Con la crítica de los mitos como instrumento de certeza, había que encontrar otro fundamento de la existencia. Encuentran un nuevo principio por la cual explicar los fenómenos naturales, y por lo tanto por los cuales guiarse ellos también. El objetivo cambio de una recurrencia a lo tradicional y mítico a explicaciones naturales. "El objetivo de los primeros filósofos era buscar explicaciones naturales a los procesos de la naturaleza"[160]. El principio universal que explicaría de ahí en adelante ya no sería el mito, sino la naturaleza y sus procesos. Entonces intentaron buscar leyes naturales constantes. Se quería entender los procesos naturales, independientemente de las explicaciones míticas. Esta fue una forma cómo la concepción del mundo se independizó del mito, e incluso de la religión. El orden mítico había sido arrinconado y el orden natural emergía.

Tales de Mileto - por su lado- intenta explicar la existencia y el mundo de acuerdo a criterios desligados del razonamiento mítico, de la explicación mítica. Con él la orientación mítica se coloca en un lugar apartado, y el nuevo factor del pensamiento occidental empieza a darse en la explicación a través del análisis y estudio de la naturaleza y sus procesos.[161]

[160] Ibid. p. 31

[161] "Se conviene en considerar a Tales de Mileto, quien vivió aproximadamente entre los años 624 y 546 a. C., el primer pensador que se propuso dar una explicación del mundo según criterios independientes de la reflexión mítico-religiosa tradicio-

En la cultura griega, no había esa preocupación por el origen de las cosas, se pensaba que las cosas estaban ahí desde siempre. Creían en la existencia de leyes universales, los de la naturaleza, y en la necesidad de encontrarlas, descubrirlas, para luego adaptar las conductas humanas de acuerdo a esas leyes universales de la naturaleza, a esos principios. Así que su preocupación estaba enfocada en el proceso, en el movimiento del orden natural. En qué era realmente la naturaleza. Esta preocupación nació de un fenómeno muy preciso: el movimiento. El movimiento significa cambio o variación. El hombre griego descubre cuatro tipos de movimientos[162]. Eso lo puso en una situación riesgosa e incierta ante la vida.[163]

Es por esto que el hombre empieza a buscar las respuestas en la naturaleza. Se preguntaba, más bien, cómo ocurrían los cambios en la naturaleza. Pensaba qué

nal. Si bien la orientación de su pensamiento no pudo ser totalmente extraña a esa tradición, en él está ya definía la orientación general del pensar filosófico." / SALAZAR BONDY, Augusto. *Iniciación filosófica,* Lima, Editorial Universo S.A., Tercera edición, 1967. p. 44.

[162] Estos movimientos son: 1. El movimiento local, el cambio de lugar; 2. El movimiento cuantitativo, es decir, el aumento y la disminución; 3. El movimiento cualitativo o alteración; y 4. El movimiento sustancial, es decir, la generación y la corrupción. MARÍAS, Julián. *Historia de la Filosofía.* Madrid, Ediciones Revista de Occidente, 1974, 26ª. Edición. p. 12.

[163] "Todos esos movimientos (...), perturban e inquietan al hombre griego, porque le hacen problemático el ser de las cosas, lo sumen en la incertidumbre, de tal modo que no sabe a qué atenerse respecto de ellas. Si las cosas cambian ¿qué son de verdad? Si una cosa pasa de ser blanca a ser verde, es y no es blanca; si algo que era deja de ser, resulta que la misma cosa es y no es. La multiplicidad y la contradicción penetran en el ser mismo de las cosas; el griego se pregunta entonces qué son las cosas de verdad, es decir, siempre, por detrás de sus muchas apariencias. Apela de la multitud de aspectos de las cosas a su raíz permanente e inmutable, superior a esa multitud y capaz de dar razón de ella. Por esto, lo verdaderamente interesante es la pregunta inicial de la filosofía: ¿qué es de verdad todo esto, qué es la naturaleza o principio de donde emerge todo?" / MARÍAS, Julián. *Historia de la Filosofía.* Madrid, Ediciones Revista de Occidente, 1974, 26ª. Edición. p. 12.

había en la materia primaria de donde surgía todo. ¿cuáles eran? y ¿por qué importaban? Porque de acuerdo a ello establecerían el orden a seguir, el orden en la vida, y en las conductas humanas. Era necesario para saber el curso natural, el proceso de evolución de los seres, para poder tener un criterio de certeza con cual conducirse.

Esta búsqueda de respuestas ya no estaba en los mitos, sino en la naturaleza. Los seres humanos dejarían de conducirse (establecer sus normas de conducta) por los mitos para cambiarlos por razones de orden natural. A la vez esta búsqueda de respuestas sólidas estaba dando lugar al pensamiento racional. Podemos aventurarnos a decir que se estaba estableciendo un nuevo tipo de pensar el mundo y las relaciones sociales, incluso diríamos que "los filósofos de la naturaleza dieron los primeros pasos hacia una manera científica de pensar, desencadenando todas las ciencias naturales posteriores"[164].

Por su parte, Parménides pensaba, por ejemplo, que todo lo que hay y existe ha existido siempre, es decir, el orden estaba ya dado de antemano. Pero se aventuró a afirmar aún algo más: que en realidad no podía haber ningún cambio. Aun sabiendo que la naturaleza muestra cambios, éste pensador fundamentó su concepción de inmutabilidad de las cosas en la falencia de los sentidos, es decir en la incapacidad de los sentidos de atrapar real y verdaderamente los hechos o sucesos naturales. Para él los sentidos no eran de fiar, pues po-

[164]GAARDER, Jostein. *El mundo de Sofía.* Madrid, Ediciones Siruela /Grupo Editorial Norma, 1995. p. 38.

dían ser susceptibles de estar percibiendo ilusiones; así que confrontados los sentidos y la razón optaba por la última. Era un filósofo que se sentía con la responsabilidad de "descubrir toda clase de ilusiones", que pudieran distorsionar el sentido de la vida. Esta dilucidación refleja un pensamiento racionalista, que es el que adoptan, en parte, los procedimientos jurídicos. Las pruebas y los actos probatorios son eso: medios racionales con los que se demuestra un acto, hecho o conducta. La concepción de Parménides intentaba demostrar que el conocimiento de la naturaleza y sus procesos no podían recogerse arbitrariamente por los sentidos.

Por otro lado, Heráclito de Éfeso contradecía la concepción de Parménides y pensaba que "todo fluye", todo está en movimiento, en constante cambio, evolución. Nada es eterno. Nada es lo mismo. "No se puede descender dos veces al mismo río". Esta concepción de que nada es lo mismo, de que todo fluye, pone al hombre a pensar que sus normas no pueden ser estáticas, porque no funcionarían en un mundo donde todo fluye. Heráclito propone un fenómeno inherente al mundo y fundamental en las relaciones sociales: la contradicción. Él dice que el mundo es contradictorio, es una playa de contradicciones. Esa contradicción es parte del movimiento, o mejor, lo que produce el movimiento. Si todo es contradicción, el bien y el mal también lo son, pero, ¿existen necesariamente como exigencias recíprocas? Heráclito señala que el mundo está caracterizado por constantes contradicciones, y que: "Tanto el bien como el mal tienen un lugar necesario en el Todo

(...) y si no hubiera un juego entre los contrastes, el mundo dejaría de existir."[165].

Este filósofo se inclinaba a pensar que existía una "razón universal" que dirige todo lo que sucede en la naturaleza, común para todos y por la cual todos tienen que guiarse". Estaba hablando de Dios, de la Ley natural, o razón universal. Creía en las sensaciones -a diferencia de Parménides-, en el cambio, en que todo fluye, en la ley natural, en Dios.[166]

Veía en las contradicciones un todo no ideal llamado Dios o Logos (razón). Heráclito pensaba que la virtud consiste en la subordinación del individuo a las leyes de una armonía razonable y universal.

Por su parte Empédocles (494-934 A.C.) trabaja con las concepciones de Parménides y su convicción de que nada cambia, pero sin descartar la teoría de "todo fluye" de Heráclito. Concilió estas dos concepciones arguyendo que en realidad se contradecían, pero que ambas no se anulaban. Explicaba que existen cosas que nunca cambian, como el agua, que siempre será agua, pero que al unirse a otros elementos va formando parte de estos, lo que produce el cambio del que habla Heráclito. Por consecuencia tanto nuestra razón como nuestros sentidos son ciertos, funcionan, y no hay que descartarlos. Lo que hay que hacer es conjugar esos dos conocimientos. Para Empédocles había dos fuerzas

[165]Ibid. p. 42.

[166] "Para Heráclito, Dios -o lo divino- es algo que abarca a todo el mundo. Dios se muestra precisamente en esa naturaleza llena de contradicciones y en constante cambio." / GAARDER, Jostein. *El mundo de Sofía.* Madrid, Ediciones Siruela /Grupo Editorial Norma, 1995. p. 42.

que actuaban en la naturaleza: el "amor", que es la fuerza que une y da la base del cambio, de la transformación, y al contrario de esto existe también el odio, que separa.[167]

Lo importante de estas apreciaciones es la distinción y los extremos de cada fuerza: el amor y el odio; pero también la relación, lucha de fuerzas que se produce al unir o desunirse los elementos. Se establece una causa y una consecuencia, o al menos se concreta la idea de la lucha de fuerzas, que es un elemento fundamental en las relaciones humanas, jurídicas. ¿Estas fuerzas "amor", "odio", son las que producen la determinación del orden?

Por su parte Anaxágoras pensaba que hay algo de todo en todo o en algo, pensaba que el mundo está hecho de piezas minúsculas, pero que estos podían dividirse y que había en ellas algo de todo. Para que se unieran tenía que existir una fuerza. "Anaxágoras se imaginaba una especie de fuerza que "pone orden""[168]

Demócrito quién formuló la Teoría Atómica[169]. "Demócrito pensaba que había una causa natural en todo lo que ocurre, una causa que se encuentra en las cosas mismas."[170]. para este filósofo había siempre una causa

[167] "Empédocles pensaba que tenía que haber dos fuerzas que actuasen en la naturaleza. Las llamó "amor" y "odio". Lo que une las cosas es 'el amor', y lo que las separa, es 'el odios'." / GAARDER, Jostein. *El mundo de Sofía.* Madrid, Ediciones Siruela /Grupo Editorial Norma, 1995. p. 46.

[168] GAARDER, Jostein. *El mundo de Sofía.* Madrid, Ediciones Siruela /Grupo Editorial Norma, 1995. p. 47.

[169] Según la teoría atómica de la materia de Demócrito todas las cosas están compuestas de partículas diminutas, invisibles e indestructibles de materia pura.

[170] GAARDER, Jostein. *El mundo de Sofía.* Madrid, Ediciones Siruela /Grupo Editorial Norma, 1995. p. 35.

natural en todo lo ocurrido, por lo cual aspiraba a descubrir las leyes de la naturaleza. Y fue él quien puso fin, al menos temporalmente a la filosofía griega de la naturaleza.[171]

c.- Sócrates.-

El pensamiento de este autor está determinado por Friedrich, dentro del título de "El Derecho como fundamento y supremacía de la ley".

Sócrates[172], era un filósofo que creía en la supremacía de la ley. Esta debería estar por sobre todas las cosas para que existiese el orden necesario en la vida. Además, para este pensador el fundamento principal de nuestro conocimiento se encontraba en la razón del hombre.

El origen de sus raciocinios puede haber sido producto de su condición de versador, argumentador, comentador y crítico de las tradiciones. Permanentemente deambulando por las calles[173] se ponía a conversar con cuanta persona lo escuchara, haciendo de la palabra uno de sus mejores vicios; su filosofía coloquial consistía en jugar con las palabras del otro, no confrontaba directa y bruscamente las concepciones de los demás, sino que, utilizando el pensamiento y razonamiento de los otros, les daba forma, las ordenaba, de tal forma que pareciera que ellos mismos habían descu-

[171] Ibid. p. 55.

[172] Sócrates fue un hombre bajito, regordete, con ojos saltones, nariz respingona y feísimo -que desmiente el prototipo del bello, hermoso hombre griego- según nos lo describen algunos textos.

[173] Para no estar en su casa -su mujer Xantipa era pesadísima, molestosa, y fastidiosa-.

bierto la verdad que antes contradecían. Es por esta cualidad que se le consideró como partero, es decir quien hacía parir las concepciones.

La trascendencia de Sócrates[174] es su peculiar capacidad para atreverse a contradecir los antiguos conceptos de la vida y de las relaciones sociales. Sus especulaciones y discursos proponían la rebeldía de los hombres contra los conceptos aprendidos acríticamente. Pensaba que cada hombre debía someter a examen los conceptos por los que se conducía en la vida y no aceptarlos como verdades incólumes e irrefutables, así instigaba a los hombres a dudar de los viejos conceptos que no habían pasado por previo examen crítico. Este planteamiento era peligrosísimo para el régimen vigente, puesto que todo régimen se basaba en reglas y conceptos ya aceptados que se manejaban como una especie de dogmas con carácter social. Fue por esta causa que Sócrates -según cuenta Platón- fue acusado de pervertor[175] de la juventud, sometido a juicio y sentenciado a muerte. Sócrates, sin embargo, habiendo podido apelar de esta decisión o huir eludiendo así la sentencia, no lo hizo. ¿Porqué? Las explicaciones que

[174] Por su origen. Sócrates pertenecía a los más bajo del pueblo: Sócrates era chusma. Se sabe, e incluso hoy se puede comprobar, lo feo que era. Pero la fealdad, que en sí constituye una objeción, era entre los griegos casi una refutación. ¿Fue Sócrates realmente un griego? Con bastante frecuencia, la fealdad se debe a un cruce que entorpece la evolución. En otros casos, es el signo de una evolución descendente. Los antropólogos que se dedican a la criminología nos dicen que el criminal típico es feo: monstruo de aspecto, monstruo de alma. Ahora bien, el criminal es un decadente. ¿Era Sócrates un criminal típico? Esto, al menos, no iría en contra de aquel conocido juicio de un fisonomista, que tanto extrañó a los amigos de Sócrates. Un extranjero experto en rostros que pasó por Atenas, le dijo a Sócrates directamente que era un monstruo en cuyo interior se escondían todos los vicios y todas las inclinaciones. Y Sócrates se limitó a comentar: "¡Qué bien me conoce este señor!".

[175] Acusación factible, entendible, porque él realmente incitaba a pensar y discutir los principios éticos, morales existentes implantados.

dan casi la mayoría de los autores es que prefirió morir -ingiriendo la cicuta- a faltar a las leyes de Grecia, porque era un convencido de la necesidad del respeto de las leyes y de las decisiones jurídicas para el buen gobierno y convivencia de la gente en una sociedad civilizada. La decisión de este filósofo determinaba algo: el convencimiento en la supremacía de la ley y del rigor que esta revestía como elemento imprescindible. Sócrates creía en la ley griega, en el orden jurídico, y en la importancia de someterse a esta ley y orden. Pensaba que la ley no era el problema sino los hombres.

Su concepción del respeto a la organización social jurídicamente establecida, al imperio de las leyes y al develamiento de la capacidad de errar del hombre investido de autoridad, el tratamiento que le dio a su caso, la determinación con que aceptó el fallo injusto, nos sorprende aún hoy. Sócrates planteó una reflexión filosófica jurídica, esta es la certeza de que la corrupción no está en las leyes, sino en los hombres.

Así el orden, la disciplina y la organización se lograría sólo a través del cumplimiento dogmático de las leyes, -parece discernir- ¿aun a costa de la vida? Sócrates responde -con su muerte- que sí. Y falleció creyendo que era lo mejor para su sociedad, para el orden, para la Ley. Su sacrificio valió para que muchos filósofos, juristas, etc., argumentaran la necesidad del apego y respeto a la ley en forma dogmática y absoluta. Esto exponía la idea de que la forma vale más que la sustancia o la verdad. Con la muerte de Sócrates prevaleció la norma y no la vida. El carácter de su filosofía tenía en este referente un carácter de subordinación.

Sócrates habría obedecido a una cuestión moral, al principio de seguridad jurídica, cree en el Derecho Natural y en su superioridad, pero al acatar la sentencia se ha inferido el Derecho Positivo. "Sócrates en el Critón, hace del respeto de las leyes el fundamento místico de la moral cívica"[176] escribe Claude Du Pasquier parafraseando a René Hubert.

Ahora bien, el principio de seguridad jurídica por la que ha muerto Sócrates explica que la justicia no puede existir si no se obedecen las decisiones de los tribunales. Pero Sócrates explica que la teoría jurídica no es la que ha fallado, no es la ley la incorrecta, sino la aplicación, la injusticia es característica y dominio de los hombres no de las leyes. Las leyes no pueden ser justas o injustas, sino sólo preceptos normativos. La intermediación entre el hombre y la Ley es "la interpretación", este es el punto clave de todo sistema jurídico. Así que lo que ha fallado no son las leyes -dice- sino los hombres y su forma de interpretar las leyes.

Una nota de la trascendencia de la fundamentación del pensamiento en Sócrates es el sentido positivista que se le da a las leyes actualmente. El imperio de la ley, es desde este pensador, un argumento válido y necesario para la efectivización de una sociedad civilizada. Así que, especulando, podríamos decir que tal vez el argumento descrito en la frase "La ley es la ley" como mecanismo de validez y legitimidad de los actos huma-

[176]DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. Lima, Edinar, 4ta. Edición: 1990. p. 180.

nos y la determinación de estos a la autoridad, puede devenir desde Sócrates.

Por otro lado, la preocupación por la ley, estaba engajado también en el fin filosófico. La filosofía designaba la categoría legislativa, su función y justificación; como lo expone Claude Du Pasquier que "La filosofía asignaba a la legislación el fin más elevado: las leyes debían conducir al hombre a la virtud oponiendo a las pasiones malsanas una sólida barrera."[177]

Otro de los fundamentos trascendentales del pensamiento socrático era la proposición que hizo a los hombres de gobernarse a sí mismos. Esta era la base para lograr la virtud. Pensaba que, si lográramos que nuestros complejos, resentimientos y demás emociones negativas, no afectaran a nuestros sentidos, y capacidad de actuar o no actuar, lograríamos en realidad la base de toda la vida humana: el autogobierno. Además, agregaba, que aquellos que lograran esto -el autogobierno- mostrarían indicativos de que son mejores que el resto y por lo tanto serían los más indicados para conducir a la sociedad. Es decir, serían, según este enfoque, los mejores los llamados a gobernar. En conclusión el principio fundamental era el autogobierno que determinaba el bien.

> "El verdadero ser busca su perfección interior, el autogobierno, el aprendizaje continuo. En eso y solo en eso consiste el bien."[178]

[177] Ibid. 180

[178] BARYLKO, Jaime. *La Filosofía, Una invitación a pensar.* Argentina. Planeta. 4ta. Edición, 1997. p. 31.

Otra de sus contribuciones al pensamiento y razonamiento occidental fue su método de reflexión: la Mayéutica, es decir aquel método por la cual utilizando el diálogo y las preguntas se llega a la verdad. Llega a esta conclusión porque cree que las personas tienen el conocimiento de la verdad última dentro del alma, y que esta verdad para comprenderse, tenerse, sólo necesita de someterse a la reflexión consciente para salir a la luz. Para demostrar esto Sócrates plantea a través de una ficción la forma en que un esclavo ignorante puede llegar a la formulación del teorema de Pitágoras, demostrando así que el conocimiento está innato en el alma, en vez de ser implícito o inseparable de la experiencia.

Sócrates, por otro lado, creía en la existencia de normas absolutas y universales sobre lo que es correcto o no, "pensaba que la capacidad de distinguir entre lo que está bien y lo que está mal se encuentra en la razón, y no en la sociedad". Creía en la existencia de un orden absoluto e universal que podía ser descubierto por medio de la razón, para el buen gobierno.

Resumiendo, la filosofía de Sócrates, proponía por un lado la búsqueda de un autogobierno; que en todo caso, los gobernantes deberían ser los mejores; el respeto a las leyes; y la creencia de la existencia de un orden absoluto y universal.

Platón - Aristóteles

Estos autores están dentro del título: “El Derecho

como participación en la idea de justicia"[179].

"El hombre es la medida de todas las cosas" dice Protágoras y con esto empieza otra revolución en el pensamiento occidental y otra visión del hombre, el mundo y sus normas.

Los sofistas, que eran errantes filósofos o profesores -Protágoras era un sofista -, criticaban los mitos tradicionales. El hombre sería el centro de todo. Sin embargo no creían en lo absoluto, por el contrario opinaban que todo podía ser discutido, "señalando que no habían "normas absolutas" sobre lo que es correcto o erróneo"[180].

"El hombre es el centro de todas las cosas", y el hombre es cambiante, variable, por lo que lo bueno y malo no podrían ser actos estables, tal vez conceptos, pero no actos absolutos. Por lo tanto no puede haber normas absolutas. Este tipo de pensamiento viene a romper la filosofía de la naturaleza que explica la existencia de normas absolutas y universales conocidas por todos por la razón. Además, si el hombre es el centro de las cosas la valorización del bien y el mal estaban en relación directa con las necesidades del hombre.

[179] Este título lo hemos extraído de la clasificación que hace C.J. Friedrich, en su libro *La filosofía del Derecho,* porque nos ha parecido el más claro, descriptivo y sintético título, que cumple una función determinada y operativa: encuadrar al pensamiento, (el de los filósofos) dentro de un rubro que -en materia del Derecho- los demarque, generalmente y específicamente. / FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 27.

[180] GAARDER, Jostein. *El mundo de Sofía.* Madrid, Ediciones Siruela /Grupo Editorial Norma, 1995. p.76.

Si el hombre es la medida de todas las cosas, entonces, él también es el centro de todo, y por lo tanto el centro de donde parten las normas. Sin embargo, escribe[181] Melquiades Castillo, Protágoras "Afirma que la formación de las normas jurídicas no depende del arbitrio humano, sino que se apoya en el sentimiento de la justicia. No reconoce ni un derecho natural ni un derecho divino; y corresponde a la asamblea del pueblo, de acuerdo con las circunstancias del momento, el mejor ordenamiento jurídico conforme a lo justo."[182]

Hay aquí una ruptura con las estructuras anteriores del orden. Este ya no vendría de la naturaleza, ni de la divinidad, sino del sentido de justicia, y es el pueblo el que decide el ordenamiento jurídico. Este pensamiento no surgió del azar, sino que se produjo por una especie de gran revolución, que luego de una serie de cuestionamientos dio como resultado la elaboración de una determinada forma de orden jurídico.

Como el hombre era el centro de todo, y el orden lo abarca todo, aparece la "idea de que el derecho como el orden de la comunidad, es una creación del hombre y una creación conforme con su naturaleza de que todos los hombres son iguales"[183]**.** Habían sin embargo otros argumentos más, pero una que caracterizaba a todos estos: la relatividad de las normas: "Lo que para Platón era característico de todos estos argumentos y que, desde su punto de vista, resultaba decisivo, era la ten-

[181] O plagea
[182] CASTILLO, Melquiades, *Filosofía del Derecho,* Ediciones Gráficas, pp. 24.
[183] FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 28.

dencia general a hacer relativas las normas mismas que debían poseer una absoluta obligatoriedad."[184]

d.- Platón.-

Carl Joachi FRIEDRICH escribe: "..., en la visión platónica el derecho no es, en último análisis, sino un puente fantasma para los sabios en su búsqueda de las verdades y los valores eternos."[185]

Muerto Sócrates, no murieron con él sus ideas - entre ellas las que atañen al orden jurídico. Y fue su discípulo Platón quién revivió la filosofía Socrática y escribió la historia y filosofía de su maestro, pero con nuevas alternativas de orden social.

Platón nos deja en sus escritos la idea del Estado como uno de sus mayores aportes. En este aspecto plantea que para la existencia de un Estado y gobierno ideal lo mejor era colocar a los filósofos en el estrado máximo, en la categoría superior de la estructura social del Estado; según esta concepción eran los filósofos los más aptos para el gobierno y dirección de los pueblos, por estar mejor preparados mentalmente.

De esta forma la sociedad debería organizarse de acuerdo con el orden establecido por el Estado, y el Estado ideal se proponía como "un orden propicio a la vida moral en que el bueno será estimulado al bien y el malo será corregido y educado."[186]. El bien[187] y el mal

[184]Ibid. p. 28.
[185]Ibid. p. 34.
[186]VILLORO TORANZO, Miguel. *Lecciones de Filosofía del Derecho,* Editorial Porrua, S.A. p. 29.

claramente demarcados como categorías distintas. Y el orden direccionado a hacer a los hombre felices y mejores, las leyes y el Derecho cumplirían una función educativa,"...,la ley deberá conformarse en todos sus aspectos de tal manera que los seres humanos que viven bajo su dominio lleguen a ser mejores. Esto quiere decir que la ley tiene una función claramente educativa."[188]

Pero la función del Derecho trae consigo también la persuasión de los hombres de obedecer las leyes, a través de explicaciones anteriores a las prerrogativas normativas. "...en las leyes de Platón se da gran importancia al preámbulo de un estatuto, pues estos preámbulos tienen por objeto explicar a los ciudadanos cuáles son las razones que abonan la promulgación de dichas leyes; es decir, se proponen persuadir a los ciudadanos de que obedezcan la ley, en vez de limitarse a ordenarles que lo hagan. Así, Platón propone, por ejemplo, que una ley que ordena al hombre que contraiga matrimonio antes de los treinta y cinco años deberá ser complementada con un preámbulo que explique la necesidad de la procreación a fin de mantener la supervivencia de la comunidad. Sólo en esta forma puede establecerse y sostenerse la autoridad de la ley..."[189]

[187] "*Para Sócrates y Platón el problema del bien constituía la médula de la contemplación filosófica. (...), la filosofía platónica del derecho está estrechamente vinculada con la ética..." /* FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 31.

[188] FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 34,35.

[189] Ibid. p. 35. El subrayado es nuestro.

Determinado esto la interrogante sería: ¿cómo se definiría el bien o el mal? Platón, como respondiendo a esa pregunta agrega que el bien[190] estará determinado por esa conjunción denominada "bien común, o sea, bienestar para todos, esto es el bien público, que termina siendo -por extensión- el bien de cada uno. Luego como "todos dependemos de todos" -según Platón-, y todo se desarrolla dentro de una ciudad, entonces el bien será para toda la ciudad y para todos. De lo que resulta que todos intervienen de alguna manera en la construcción del Estado ideal, por eso todos eran necesarios puesto que cumplen una función determinada. En este estado de cosas "las leyes deben tender al bien, pero no al bien de una clase social, sino al bien común, al bien general de todos los ciudadanos"[191]. Además, Platón sólo reconoce a las leyes cuando éstas se ajustan al principio del bien de la comunidad, al bien común; Platón "insiste en que no reconocerá como leyes, en el sentido de ley justa, ninguna que no haya sido dictada para el bien de la comunidad. Una legislación que sólo sirve los intereses del partido en el poder, es para él una mera cuestión de conveniencia, y le deniega la calidad de verdadera ley. (...) Platón encuentra el fundamento para afirmar que el gobierno no es sino el servidor de las leyes. Únicamente en un estado en el cual "el derecho gobierna a los que gobiernan"..."[192]. Reconociéndolo así, el panorama que quería seguir Platón, era iluminar el laberinto de la complejidad humana, enfati-

[190] Platón está convencido de que *"El derecho y las leyes son objeto de libre especulación filosófica, y sólo puede derivarse de la razón y de la idea del bien.*". / FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 36.

[191] Miguel Villoro Toranzo, "Introducción al Estudio del Derecho", pág. 30.

[192] FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 35.

zando la condición de las leyes como piezas de creación humana, como actos de conocimiento, que gestan la seguridad del hombre y lo conduzcan hacia la virtud. Para Platón, "... las leyes son los medios para asegurar, no sólo que los hombres vivan, sino que vivan bien y lleguen a ser virtuosos como sea posible."[193]

Platón había descubierto, y planteado lo que sería luego uno de los principios generales de toda concepción del Estado y su existencia: "el bien común"[194], como justificante y función fundamental del Estado. Y además la conceptualización de la filosofía del Derecho se mostraba ligada al elemento ético, "...la filosofía platónica del derecho está estrechamente vinculada con la ética,..."[195]

Para llegar al bien común, hay que hacerlo -decía Platón- a través de un principio abstracto pero real: la razón universal -explica Platón, y aclara la distancia que existe entre esta razón universal y los sentidos. Para este filósofo los sentidos son difusos, falsarios, engañosos, de poco fiar, porque -según él- no exponen la realidad, sino que son sólo una representación gráfica, simbólica de ella, pero que esta representación puede interpretarse de forma errada si nos atenemos a los sentidos. Por eso sólo aquello que está más allá de los sentidos, de lo tangible, es lo cierto, los verdaderos moldes de la realidad, que en conclusión serían las ideas. Estas últimas serán el recipiente que contiene al

[193]Ibid. p. 36.

[194] El "bien común" es refutado más tarde por Nietzsche que explica que si el bien es común ya no es bien.

[195]FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 31.

mundo. Por lo que las "ideas"[196] serían lo único verdadero, y las cosas el reflejo, la sombra, la proyección de las ideas. Esta concepción está expuesta en la famosa teoría de las ideas de Platón[197], que son la base de la filosofía Platónica.

La idea expuesta en la teoría de las ideas, tiene cierta importancia reveladora: el hecho de describir al mundo como una consecuencia de las ideas. En efecto, el mundo está compuesto, estructurado por un conjunto de ideas transformadas en instituciones, como por ejemplo: la "idea" del Estado, del Derecho, de la Justicia, etc., solo que las ideas varían, no son inmutables, permanecen en esencia pero no en sentido. La palabra es significante, no siempre significado.

Platón diseña un tipo de organización social "ideal" y la llama la "República"(que significa "cosa pública"), donde argumenta que una sociedad ideal sería aquella conformada orgánicamente, dirigida por el Estado y dividida en tres partes: la Cabeza, Pecho y el Vientre.

Para explicar la estructura de la sociedad planteada Platón hace una operación comparativa. Estableciendo

[196] En Platón, la idea es una realidad trascendental objetiva. *"Para Platón, tales ideas no son algo creado por la mente subjetiva del hombre, sino más bien una realidad trascendental objetiva que está fuera del hombre" Escribe Friedrich, parafraseando a J.E. Stevart. /* FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 30.

[197] "Platón (...) Resiste a todo esquematismo. Sólo un aspecto de él es la famosa teoría de las ideas que, en cuanto concepción metafísica, postula la realidad de entidades ideales trascendentes, a las cuales, siendo el ser por eminencia, están supeditadas, como imitaciones o reflejos de ellas, las cosas de la naturaleza que observamos. En esta doctrina está la fuente de una poderosa tradición del pensamiento occidental, el idealismo objetivo, y de una manera de entender y practicar la reflexión filosófica, vigente hasta nuestros días." SALAZAR BONDY, Augusto. *Iniciación filosófica,* Lima, Editorial Universo S.A., Tercera edición, 1967. p. 47.

el paralelo entre la sociedad y el hombre, explica que así como la persona tiene cabeza, la sociedad tiene Estado. Y que en esta cabeza de la sociedad llamada Estado deberían estar los mejores, es decir los filósofos. Piensa que sólo éstos podrán gobernar porque pueden autogobernarse a sí mismos, y por lo tanto conocer el bien y el mal a través de la razón y del conocimiento de las "ideas eternas". Más abajo de la cabeza, el hombre tendría también un pecho, que en la estructura social debería estar formada por los soldados, que como el pecho, ofrece la ofensiva protectora y la seguridad de la sociedad y garantiza el cumplimiento de las normas. En la parte más baja del cuerpo humano, estaría ya el vientre, que en la estructura social estaría representada por los productores, por el pueblo. Graficando la organización de la sociedad según Platón, tenemos el *Estado de Platón:*

- Cabeza = Gobernantes = Filósofos
- Pecho = Defensa = Soldados
- Vientre = Productores = Pueblo

Este esquema involucra a todos los integrantes de la sociedad, en donde cada individuo -como parte de la sociedad, del Estado- cumple una función, que -subraya Platón- debería estar determinada por las capacidades inherentes de los hombres. Sólo así las partes del Estado -Cabeza, Pecho y Vientre- trabajarían en armonía, en equilibrio y formarían el Estado Ideal, al que se le denominaría "República".

Pero con la conciencia de que los filósofos y los soldados pudieran ser tentados por la ambición y el ansia de riqueza, era necesario establecer un marco que ase-

gurara el buen gobierno de los filósofos, y garantizara plenamente la responsabilidad de la acción de los soldados. Platón propone, entonces, la abolición de propiedad privada y de familia en los gobernantes y soldados, que dejaría, a éstos libres de toda ambición, porque el mal -supone este pensador- proviene justamente de las posesiones y de la envidia.

* *

En una primera instancia Platón aspiraba a la comunidad de todos, luego, frente a la refutación que le hizo la realidad cambió su concepción de organización de la sociedad. De un Estado Filosófico (ideal) pasó a exponer, como replanteamiento de su teoría social, el Estado Legal, con lo que intentaba resolver la incongruencia de su anterior teoría social, calificada como muy imaginaria y poco real. El primer Estado Ideal fue un fracaso experimental cuando intentó modelar la polis de Siracusa, a invitación de su amigo Dion; y es por eso que "...a consecuencia de ese fracaso Platón retornó a la doctrina griega tradicional, según la cual el buen orden de la polis puede lograrse únicamente con la formulación de una ley básica o nomos. Este nomos lo considera Platón como una participación de la idea de la justicia y, mediante esta participación, ella, a su vez, participa de la idea del bien."[198]

En su teoría sobre la configuración de la República Platón expone un marco muy rígido, limitado, planeado, programado, en donde todo estaría dispuesto mili-

[198]FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 32.

métricamente, y nada dejado al azar individual. Todos deberían ser educados. Formados.[199]

Al respecto, contradiciendo la argumentación y validez de la teoría platónica, y mostrando la decadencia de estas ideas, Karl Popper parafraseado por Barylko expone que "este régimen comunista (el de la República propuesta por Platón) se circunscribe a la clase gobernante, que es la única que debe mantenerse a salvo de la desunión; las querellas de los súbditos no son dignas de la menor consideración..."[200]

Otro aspecto, luego de aceptar la ineficacia e imposibilidad del Estado Ideal, fue concebir al Estado como Educación, es decir cómo ente encargado de producir esta educación en los hombres a los que gobernaba. Además, en las Leyes, en donde expone el Segundo Mejor Estado, incorpora a su teoría la necesidad de la propiedad privada y la familia como fundamentos de su nueva concepción de Estado.

La idea central, a nuestro parecer, de las proposiciones de Platón, es el establecimiento de un Estado justo, que se caracteriza porque cada uno conoce su lugar en el conjunto.[201]

---

[199] "La República de Platón es esencialmente totalitaria. Todo debe ser programado. Todo debe ser ordenado. Dentro de ese todo uno será feliz. Y la felicidad depende de la educación del todo: de la total educación correspondiente a todos y cada uno de los ciudadanos. Nada puede ser dejado al azar individual". / BARYLKO, Jaime. *La Filosofía, Una invitación a pensar.* Argentina. Planeta. 4ta. Edición, 1997. p. 38.

[200] BARYLKO, Jaime. *La Filosofía, Una invitación a pensar.* Argentina. Planeta. 4ta. Edición, 1997. p. 39.

[201] Ibid. p. 110.

Platón propone: una Sociedad-Estado gobernada por los filósofos; los mejores para el bien común y usando la razón que es la que encontrará las ideas universales y eternas. Haciendo que en el Estado-Sociedad cada individuo cumpla su función en el conjunto y ocupe su lugar gracias a un sistema de educación y evaluación igual para todos.

En el campo del Derecho, Platón tiene -según Villoro- dos aportes: 1.- La idea del Estado como medio propicio al pleno desarrollo del individuo; 2.- El bien común como criterio de la actividad política[202]

Platón marcó un nuevo sentimiento de lo que debía ser la organización, el orden social y jurídico; porque antes de él los sofistas pensaban que el Estado era un hecho social del que unos se aprovechaban y que otros debían soportar[203]

Hay un enfoque clarificador de la trascendencia Platónica en el Derecho. Usando recursos expresivos filosóficos (críticos) Platón parece infundir una duda respecto de la realidad positivista, es más, la desconoce como elemento esencial de la realidad, puesto que sus rasgos -del positivismo- no están acendrados en la verdad, y la verdad sería más bien las ideas. Entonces, el Derecho no puede estar fijado en el mundo sensible. Luego, el positivismo sería imperfecto en esencia por su condición de tener cómo factor de referencia al mundo sensible, este mundo sensible que es negado como elemento cognoscitivo por Platón. Además, cómo

[202] Miguel Villoro Toranzo, "Introducción al estudio del Derecho", pág. 29.
[203] Ibid. p. 29.

el mundo de las ideas absolutas no puede ser aprendido definitivamente, el Derecho no puede tampoco ser estático, sino dinámico, cambiando de acuerdo a su ánimo y acción de perfeccionamiento. Platón aporta al Derecho Natural estas dos observaciones: "Platón añade dos matices a la doctrina del Derecho Natural: 1.- La convicción de la imperfección esencial del Derecho Positivo, ya que pertenece al mundo sensible (para Platón los sentidos nos dan apariencias previas, no certezas ni verdades.), 2.- Un enfoque dinámico sobre el mismo, ya que debe continuamente irse perfeccionando de acuerdo con el mundo de las ideas absolutas. Esta labor sólo la pueden realizar los filósofos."[204]

* *

Según explica C.J. Friedrich, el orden se establecía de acuerdo a cierto "nomos", que significaba, originalmente, costumbre sagrada. Este nomos, o costumbre sagrada regía para todo y para todos. Es "el orden que lo abarca todo". Pero cuando aparece el pensamiento de que "el hombre es la medida de todas las cosas" -con Protágoras- el nomos deja de ser la costumbre sagrada y se convierte más bien en una especie de norma racional. El pensamiento religioso, la pérdida secuencial en la fe, hacen que el nomos como costumbre sagrada vaya decayendo. Y aparece el nomos como norma creada por el hombre. El nomos devendría luego en Derecho. Se estaba construyendo una dimensión representativa del nomos diferente al original, desde donde "aparece la idea de que el derecho como el orden de la comunidad, es una creación del hombre"[205]

[204] Ibid. p. 29.

[205] FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 27.

De ser así el nomos era cambiante, relativo, tiene ya tendencia múltiple y heterogénea realidad. Se produce una transfiguración del nomos original como "orgulloso orden de obligación universal"[206] en una nueva dimensión esencial y condición "relativista" de las normas, y del nomos, "bajo la influencia del pensamiento racionalista".

Del espíritu racionalista del nuevo nomos como "mero hábito", y siendo las relaciones sociales complejos e imprevisibles, ha brotado una nueva realidad: el relativismo, un universo jurídico que se sostiene ahora, sólo por la razón, que parte del hombre puesto en el centro. El nomos, el Derecho se configura así como un admirable ejercicio de la libertad, como una búsqueda incesante que en el despliegue de su creatividad ha ido dando forma y sustancia al nuevo nomos, al nuevo Derecho.

No cabe duda -para Platón- de la consistencia y de la necesaria presencia del derecho y las leyes en la reestructuración de la polís, como factores actuantes del proceso de desarrollo racionalista, en donde se reconoce al hombre en el centro de todo. Platón está convencido "de que el derecho y las leyes (nomos y nomoi) son esenciales para la estructuración de la polis, a la que, con frecuencia, suele traducirse como "estado", término moderno que resulta muy desorientador cuando se aplica al orden político de Grecia."[207]

[206] Ibid. p. 28.
[207] Ibid. p. 29.

En la concepción de Platón la idea del Derecho es sólo participación de la idea de justicia. Desde este punto la idea del Derecho no podía ser contradictoria con la idea de justicia. "Desde luego, la idea del derecho no puede estar en conflicto con la idea de justicia y, por tanto, todos los conflictos que existen entre derecho y justicia deberán considerarse como una consecuencia de la imperfecta interpretación de las ideas respectivas. De ahí se desprende que la ley positiva es un fenómeno expuesto a llegar a ser y a desaparecer, que sólo participa de manera incompleta del mundo intemporal de las ideas,..."[208]. Para Platón el origen del Estado se halla en la peculiaridad del hombre de no poder satisfacer por sí sólo todas sus necesidades, y por consiguiente la división del trabajo se hace indispensable[209].

e.- **Aristóteles.-**

Surge en el pensamiento occidental otro filósofo: Aristóteles; de sus ideas, fundamentos, argumentos nos vienen ciertas creencias, hábitos, conceptos, vicios, errores, supersticiones, etc., y razonamientos sociales y jurídicos.

Aristóteles ha sido llamado "el gran sistematizador". Descendiente de médicos. Dicen que -después de despilfarrar su dinero- ingresó en el ejército, empujado por el hambre. Era de Macedonia y concebía al hombre como un "animal político. Pensaba que siendo el hombre un ser social por naturaleza era la educación el molde para su socialización. En esta socialización lo

[208] Ibid. p. 34.
[209] CASTILLO, Melquiades. *Filosofía del Derecho,* Ediciones Edigraf S.A., pp. 25.

importante consistía en formar al hombre virtuoso y buscar la manera de crear en él buenos hábitos que lo hicieran diferenciar el bien y el mal, estos eran concebidos en forma exclusiva.

Aristóteles fue un hombre meticuloso que quiso poner orden en los conceptos de los seres humanos[210]. Creía en los sentidos y pensaba que sólo a través de ellos el hombre puede formarse ideas y conceptos de la realidad. La concepción del "buen vivir" de Aristóteles descansaba en el fundamento de que el hombre debe adoptar el "justo medio", dejando de lado todo tipo de excesos. Había que buscar el equilibrio, la armonía, el justo medio. ¿cómo adquirirlos? Nos propone hacerlo mediante la educación y adquisición de "buenos hábitos" que deben practicarse[211], Aristóteles entiende que "somos nuestros hábitos, la acumulación de nuestras acciones", escribe -parafraseando a William James- Jostein Gaarder.

Aristóteles intenta ordenar la sociedad ordenando las ideas, los conceptos; para ello propone construir buenos hábitos[212] en la sociedad; ellos serán los que,

[210] GAARDER, Jostein. *El mundo de Sofía.* Madrid, Ediciones Siruela /Grupo Editorial Norma, 1995. p. 136.

[211] Ibid. p. 65.

[212] Pero la creación de buenos hábitos decaía gracias a una concepción errada, o inexacta de la genialidad, asociada necesariamente a la espontaneidad. Por esta concepción ser sabio, genio significaba ser espontáneo, sin normas, rompimiento de normas, sin hábitos. "En este siglo XX cambalache se ha caído en la vida social como en la pedagogía, en la errónea idea de que lo importante y valioso es la espontaneidad, y que cada cual debe expresar su interior según lo desee. Pero (...) la vida humana no es libre expresión; es ante todo educación. Y educación es formación de hábitos y virtudes" "Sin hábitos no hay educación. Y sin educación la libertad no es libertad". BARYLKO, Jaime. *La Filosofía, Una invitación a pensar.* Argentina. Planeta. 4ta. Edición, 1997. p. 66.

La clave para la formación del hombre y de la sociedad sería formar buenos hábitos que provoquen la renovación constante, la crítica y análisis permanente.

luego, determinarán el crecimiento y mejor vivir de los hombres de la sociedad. Cree que la familia cumple ciertas funciones como la educación de los hijos, comida y calor, pero que el Estado tiene la facultad de organizar a la sociedad. Diría por ejemplo que "sólo el Estado puede cubrir la mejor organización de comunidad humana"[213]

Aristóteles piensa que todas las cosas existen para un fin: el thelos (fin último). A diferencia de Platón que pensaba que la sociedad era producto de los hombres, Aristóteles piensa que no, que la sociedad es un producto de la naturaleza; y que al tener todo un fin, una finalidad lo importante no sería qué forma de Estado adoptar, sino cómo la sociedad puede realizar el fin (el telos) para el que está creado. Para lo cual plantea tres formas de mejor organización del Estado: 1.-La Monarquía: Con un jefe superior en el Estado, pero cuidándose de no llegar al extremo, a la tiranía, que sería el gobierno de uno para su propio beneficio; 2.- La Aristocracia: Con un grupo menor o mayor de jefes de Estado, cuidando de no caer en la Oligarquía; 3.- La Democracia: Gobierno de la mayoría de los ciudadanos, cuidándose de no caer en la demagogia.

Por otro lado, "La primera cuestión para Aristóteles será averiguar hasta que punto el Estado corresponde al orden natural"[214], al telos o fin último de las cosas.

[213] GAARDER, Jostein. *El mundo de Sofía.* Madrid, Ediciones Siruela /Grupo Editorial Norma, 1995. P. 141.
[214] Miguel Villoro Toranzo, "Introducción al estudio del Derecho", pág.33.

La ley, por su parte, cumple una función ordenadora, tomando en cuenta la variedad de los hechos, pero al encontrarse, debido a esta multiplicidad de hechos, es imperfecta, esto se podrá resolver a través de la equidad que tratará de ser el justo equilibrio: "la ley es una norma general, pero los hechos que debe ordenar surgen de la variedad de la vida práctica. De aquí la necesidad de suplir las imperfecciones de la ley positiva con la equidad"[215]. No obstante esto, es necesario para la duración de la ley, la complementación entre norma y usos, es decir que la ley tiene que asentarse en los usos engendrados a lo largo del tiempo para poder perdurar y ser efectiva.

Cabe anotar además que Aristóteles había concebido la idea del Poder Judicial como uno de los poderes del Estado, al lado del Legislativo y del Ejecutivo.

Siguiendo la disertación teórica de C.J. Friedrich, la Ley, en Aristóteles sigue desempeñando una función principal. Sin embargo lo que caracteriza a este pensador es su idea del telos, es decir del fin último. Esto significa la propensión a la perfección que existe en toda cosa existente. Todo, por consecuencia, tiende a esta última acción: la perfección de su propio yo, lo que constituye el fin último, el telos.[216]

Lo que existe en realidad -argumenta Aristóteles- es una propensión inherente a desarrollar el propio ser.

[215] Ibid. p. 34.

[216] "La doctrina del fin último significa, en realidad, que toda cosa existente trata de lograr la perfección que le es propia, que en todo objeto hay viva una propensión a alcanzar su propia y perfecta configuración." / FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 37.

Visto de esta manera el Derecho y su proceso evolutivo, final, responde también de acuerdo a la propensión inherente, por ejemplo "...la inspiración original de cómo resolver una situación dada, su discusión en las comisiones y ante el parlamento, y su realización última en un estatuto razonable y justo, es decir, apropiado para la situación de que se trate: todas estas fases de la creación de una ley deberán interpretarse en función del fin último."[217]

Ahondando en el tema jurídico, y dado que la legislación era tema central en la cultura griega, Aristóteles expone su filosofía jurídica de que la Ley puede determinarse sólo en relación con lo que es justo, y, según él, lo justo debe ser entendido en el sentido de la igualdad, valor que divide en dos proposiciones: igualdad numérica e igualdad proporcional. Explicada y diferenciada supone: "La igualdad numérica hace de cada hombre una unidad igual a todos y cada uno de los demás hombres. Es lo que ahora solemos entender por igualdad y lo que queremos decir cuando afirmamos que todos los ciudadanos son iguales ante la ley. La igualdad proporcional da a cada hombre aquello a que tiene derecho de acuerdo con sus capacidades, sus conocimientos, etc. De esta distinción deduce Aristóteles numerosos motivos de controversia y discusión"[218]

Esta distinción respecto de la igualdad es fundamental por la evidente confusión que aún hoy existe para designar y proponer como recurso jurídico a la igual-

[217] FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 37, 38.
[218] Ibid. p. 38,39.

dad. La igualdad numérica, abstracta, de cosa, objeto, se confunde con la igualdad proporcional, dejando al Derecho de un lado u otro, por lo general más del lado de la concepción de la igualdad numérica.

Como sólo lo justo podía ser derecho, o ley, se hace necesario la explicación de este valor, y Aristóteles al explicarla la divide en Justicia distributiva y correctiva. La justicia había aparecido en la antigüedad como un gran principio de la moral religiosa[219], y con Aristóteles la división se hace más recurrente. De un lado la justicia distributiva que indica un sentido de proporción: "lo que cada uno recibe debe ser proporcional a sus méritos o a sus aportes..."[220]. Es decir que "a igual logro se otorgue recompensa igual"[221].

De otro lado está la justicia correctiva lo importante es la corrección de las desigualdades: "...la justicia correctiva se preocupa de enmendar errores. Si se deja de cumplir un contrato o se comete un agravio, la justicia correctiva trata de proporcionar una compensación adecuada a la parte agraviada; si se ha cometido un crimen, se ocupa de que el culpable reciba el justo castigo. Como en el caso anterior la justicia es, aquí, un medio entre dos extremos injustos"[222]

En la filosofía del Derecho de Aristóteles, sin embargo, las diferencias de concepto no se han establecido

[219]DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. Lima, Edinar, 4ta. Edición: 1990. p. 181.
[220]Ibid. p. 181.
[221]FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 38.
[222] Ibid. p. 39,40.

totalmente, por ejemplo, la moral y el Derecho mismo son confundidos, y no separados, es decir "en ninguna parte se plantea el problema de un conflicto entre la moral y el derecho, y, puede decirse, que entre los griegos estas dos disciplinas no estaban separadas la una de la otra... El fin del derecho como el de la moral es asegurar la felicidad del hombre que vive en sociedad."[223].

La magnitud de la filosofía de Aristóteles sobre el Derecho ha servido como estimulante de análisis de las vivencias jurídicas, políticas y sociales. Dejando un aporte disperso en sus varias obras.

f.- Santo Tomás de Aquino.-

Friedrich lo enmarca así: El Derecho como espejo y parte del orden divino del mundo.

Santo Tomás de Aquino importa para el pensamiento jurídico peruano, porque fueron sus ideas las que se impregnaron y usaron en los inicios del pensamiento jurídico de la Colonia: "En el origen, el pensamiento político jurídico de la Colonia está inspirado en las ideas Tomistas."[224].

Santo Tomás de Aquino -que era un robusto, corpulento, sabio, filósofo y de profunda convicción religio-

[223]DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. Lima, Edinar, 4ta. Edición: 1990. p. 181.

[224]TRAZEGNIES GRANDA, Fernando De. *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1979. p. 311.

sa[225], convencido de su fe- preocupado por la conciliación entre lo espiritual y lo real, hace una distinción y separación de la fe y la razón, previene que ambos son preceptos con los que se puede apreciar el mundo, y que aunque tengan rasgos que suponen divergencia, no se contradicen, teniendo, eso sí una esfera de acción o radio correspondiente a cada cual. El problema que ha tratado de resolver Santo Tomás de Aquino es el que surge de las relaciones de poder entre la Iglesia y el Estado, es decir entre el poder espiritual y el pode temporal: "La filosofía escolástica de santo Tomás de Aquino ha resuelto este problema estableciendo la hegemonía de Dios, pero tomando algunas de las ideas esenciales de la teoría de Aristóteles."[226]

¿Qué cree y expresa Santo Tomás de Aquino[227]? Cree que el ius (derecho) es "la misma cosa justa". Por lo tanto las leyes son sólo instrumentos para el bien común, y solo válidas cuando se adecuan a lo justo. Pero la ley es un precepto de la razón en vista del bien común.[228]

El dato importante en la filosofía de Santo Tomás de Aquino es que este había ya descubierto que la Ley no era el Derecho en sí, sino que era parte del Derecho."

[225] Como prueba de esta fe, sentido religioso cuentan, que venció a la tentación de la belleza femenina. Un día enviaron a una bella mujer a su celda, él cogió un leñó y corrió hacia ella: la mujer suponiendo lo que esto significaba huyó.

[226] Du Pasquier, Claude. *Introducción al Derecho*, Lima, Editorial Edinaf, 4ta. Edición, 1990. p. 183.

[227] La gran obra de Tomás de Aquino es un libro titulado "La Suma Teológica", que viene a ser una especie de análisis del pensamiento anterior al autor, tanto pagano como cristiano. Análisis desde el instrumento de la razón, pero enfocándolo a su fe.

[228] DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. Lima, Edinar, 4ta. Edición: 1990. p. 184.

La ley es una constitución escrita; y de ahí que la ley no sea el derecho mismo propiamente hablando, sino cierta razón del derecho"[229]. Tomás de Aquino pensaba que todo, al final, tenía como destino a Dios, pero había que tenerse en cuenta que "la ley no es más que un ordenamiento de la razón, en orden al bien común, promulgado por aquel que tiene a su cuidado la comunidad."[230]

Santo Tomás cree en la conformidad entre ley natural y ley humana, como fundamento de todo derecho. Y advierte que en el caso de no ser posible esta conformidad, se debe optar por los preceptos derivados de Dios, es decir propone la hegemonía del Derecho divino sobre el terrenal. “El sistema de Santo Tomás se desenvuelve según la idea de una perfecta conformidad de la ley humana (derecho positivo)con la ley natural; la obediencia a la autoridad pública es un deber primordial, pues, “entre la autoridad y el bien común hay con naturalidad esencial”. No obstante, si las leyes son injustas, no se está obligado a inclinarse, “a menos que la resistencia no deba ocasionar el escándalo o el desorden (...); si ellas van hasta violar los mandamientos de Dios se las debe desobedecer...”[231]

Es decir que las normas jurídicas, tiene validez sólo en relación a su calidad de exigencias de justicia en primer lugar. "Las normas jurídicas valen principalmente porque formulan exigencias de Justicia que brotan del orden objetivo metafísico de los seres y sólo en

[229] Miguel Villoro Toranzo, "Introducción al Estudio del Derecho", pág.40.
[230] Ibid. p. 41.
[231] DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. Lima, Edinar, 4ta. Edición: 1990. p. 184.

segundo lugar por la autoridad de quien las promulga. Es decir, el Derecho se buscaba primeramente en las facultades y exigencias morales que tenía una persona sobre otra u otras, o sobre una cosa; sólo después se consideraba lo que decía la Autoridad sobre el caso."[232].

Para este filósofo Dios se distingue de la ley, éste a su vez es un mandato divino que se plasma en el orden del mundo, "Dios se distingue de la ley, que es su mandato y que plasma el orden del mundo, pero sin identificarse con ese mismo orden."[233]

Con Tomás de Aquino "el Derecho es impregnado de un sentido de sacralidad, racionalidad y verdad,..."[234] Es reconocido Dios como creador del universo, aparece como Dios amoroso. "Su ley es, por consiguiente, una ley de bondad y amor infinitos, en contraste con las férreas de Zeus o la inflexible Moira de la Stoa"[235]

Hay una diferencia clara de la Ley Eterna, y la Ley Humana, esta última sólo es ley si se deriva de la primera, sino sería corrupción de la Ley.

Por su parte el Derecho positivo, humano, nace de la voluntad de común de los hombres, y el Derecho natural nace de la misma naturaleza de las cosas[236].

[232] Miguel Villoro Toranzo, "Introducción al estudio del Derecho", pág. 40.
[233] MASSINI, Carlos Ignacio. *Sobre el Realismo Jurídico.* Argentina, Abeledo-Perrot, 1978. p. 59.
[234] Ibid. p. 61
[235] Ibid. p. 60
[236] CASTILLO, Melquiades, *Filosofía del Derecho,* Editorial Edinaf, pp. 30.

Citaremos a Claude Du Pasquier, que hace un análisis claro sobre la concepción del Derecho en Santo Tomás de Aquino: "La concepción tomista del derecho forma parte en un grandioso sistema de metafísica teológica. El universo está gobernado por la ley eterna basada en la razón divina. El hombre está sujeto a la ley natural, reflejo de la razón divina. La ley humana aplica los principios de la ley natural a las circunstancias particulares de las diversas sociedades."[237]

El Derecho, en Santo Tomás de Aquino es estudiado como la idea de la participación de la justicia, y la creación del estado aparece como expresión libre de la actividad humana y su convivencia con el resto de miembros de la sociedad. "El Estado surge por una actividad libre del hombre. Declara lícito el derecho de resistencia activa del pueblo ante el usurpador o invasor que se apodera violentamente del gobierno".

Para Santo Tomás el Derecho es algo inherente a la realidad natural y social, algo que está dado de acuerdo a su función orientada por el orden natural y divino. Las relaciones sociales están determinadas de tal forma que cumplan las funciones asignadas por un orden divino. "Para Santo Tomás, el Derecho es la expresión de ciertas estructuras inherentes en la realidad natural y social. (...) las formas de organización social son reales sólo en la medida que cumplan ciertas funciones que le han sido encomendadas por un Derecho Superior, divino..."[238]

[237] DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. Lima, Edinar, 4ta. Edición: 1990. p. 183,184.

[238] Escribe Roberto M. Unger, en un artículo denominado: El concepto de Derecho en Santo Tomás de Aquino./ Fernando de Trazegnies Granda, Fernando de, *Intro-*

Las normas que contradijeran, o atentaran contra el sentido divino, natural, no serían Derecho. No obstante el pensamiento planteado, de la validez de la normatividad, tiene sus implicancias benéficas. Se sugiere que las normas deben estar de acuerdo a la naturaleza esencial de la sociedad. "Esta teoría adelanta el punto de vista, corroborado por las teorías actuales de razonamiento legal, que el significado de cualquier conjunto de reglas dependen necesariamente del contexto social específico, de ese marco institucional dentro del cual tales reglas deben operar."[239]

Por último diremos que la primera contradicción y liberación del pensamiento Tomista, se da porque comienza a cuestionarse la cosmovisión de Tomás de Aquino y se pone en duda a partir del siglo XII, comenzando por Scoto, que expresa que "las reglas del gobierno divino del mundo están determinadas más por la voluntad que por la sabiduría de Dios"[240]

2.- PENSAMIENTO MODERNO.-

"Moderno significa en movimiento perpetuo, en cambio. "

a.- René Descartes.-

o "El Derecho como método de la razón".

---

ducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho, Editado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 87.

[239] Escribe Roberto M. Unger, en un artículo denominado: El concepto de Derecho en Santo Tomás de Aquino./ Fernando de Trazegnies Granda, Fernando de, *Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho*, Editado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 87.

[240] MASSINI, Carlos Ignacio. *Sobre el Realismo Jurídico.* Argentina, Abeledo-Perrot, 1978. p. 61

María Emilia Biagosch escribe: "Descartes puede considerarse como el más ilustre entre los grandes iniciadores de la época moderna en el campo de la filosofía. Fue el maestro de Europa para muchas generaciones, reemplazando a Aristóteles (discípulo de Platón) que hasta la Edad Media había ejercido un dominio absoluto sobre todas las doctrinas y sistemas filosóficos."[241]. Con el empieza una nueva época, una nueva transformación de la vida y la concepción del mundo.

Este pensador, había escrito en su libro "Discurso del Método", su filosofía más central. En ella empieza, en su primera parte, con un argumento preciso, el del sentido: "No hay nada tan bien repartido en el mundo como el buen sentido"[242], y el de la duda. Este libro tiene por objeto "bien dirigir la razón y buscar la verdad en las ciencias".

Había sido educado por los jesuitas, y afirmaba que la clave para entender la realidad era haciendo una operación de división del objeto estudiado, arremetiendo contra el sentido de unidad. "Matemático educado por los jesuitas (...) Afirmó que la realidad solamente se podía comprender dividiéndola en fragmentos cada vez más pequeños. En sus propias palabras era necesario "dividir cada una de las dificultades sometidas a examen en el mayor número posible de partes"(...) Se trataba de un ataque deliberado a la noción de unidad."[243]

[241]DESCARTES, Renato, *Discurso del Método,* Ediciones Edimundo, pp. 5.
[242]Ibid. p. 18.
[243]TOFFLER, Alvin. *La Tercera Ola*. España, Plaza & Janes, 4ta. Edición, 1981. p. 20

Parece que la función sistematizadora la había venido a cumplir ahora Descartes. "La antigüedad había tenido grandes sistematizados como Platón y Aristóteles. La Edad Media tuvo a Santo Tomás de Aquino, que quiso construir un puente entre la filosofía de Aristóteles y la teología cristiana."[244].

Descartes planteó trascendental interrogante ¿Será que el mundo haya sido explicado ya definitiva y absolutamente en los libros de Aristóteles y la Biblia? Esto es lo que era tenido como cierto. Pero él lo duda. Y pone en cuestión todo el pensamiento anterior. Su inclinación filosófica apuntaba a conseguir "conocimientos seguros sobre la naturaleza de los hombres y del universo".

Se había hecho errante desde joven, y a lo único que llegó fue a la duda. Así que dijo que no podíamos fiarnos de los conocimientos dados. Deberíamos empezar de cero para llegar al verdadero conocimiento. Volver a pensar, volver a construir el edificio, una vez que lo echamos. El piensa que para encontrar la verdad o un conocimiento era necesario el método que nos prevendría de deviaciones inútiles. Estaba preocupado por la certeza de nuestro conocimiento, y postulaba que todo tendría que ser sometido a evaluación, medido y medible. "Podía decirse que cada idea tendrá que "medirse y pensarse", más o menos como Galileo decía que todo tenía que medirse y que lo que no se podía medir tendría que hacerse medible. Descartes pensaba que la fi-

[244]GAARDER, Jostein. *El mundo de Sofía.* Madrid, Ediciones Siruela /Grupo Editorial Norma, 1995. p. 284.

losofía podía ir de lo simple a lo complejo. Así sería posible construir nuevos conocimientos."[245]

El primer punto, pensaba, era: "dudar de todo". Quería utilizar el razonamiento matemático; puesto que para él sólo la razón nos proporcionaba conocimientos seguros. El planteamiento de Descartes influye en el pensamiento jurídico. Si todo era puesto en duda, el Derecho no podía escapar a esto. La validez del Derecho no podría sujetarse a planteamientos dados para siempre.

La importancia del pensamiento de Descartes en el Derecho es la condición, desde él, de que toda idea tendría que medirse y pensarse. Incluso, si la ciencia era objeto de duda ya no sería ciencia. Las dudas, errores y contradicciones que asaltaron el espíritu del joven Descartes lo resolvieron a estudiar por sí mismo. Así elaboró cuatro reglas que creyó le bastarían. La primera (evidencia) fue no admitir nada como verdadero, salvo que lo supiese de manera clara y distinta; la segunda (análisis), dividir las dificultades en tantas partes como fuera posible, para su examen y resolución; la tercera (síntesis), hacer ascender gradualmente los pensamientos, desde los objetos más simples hasta el conocimiento de los más complejos, y la cuarta (enumeración), hacer en todos un recuento y revisión generales, hasta estar seguro de no omitir nada. Por tales medios -de naturaleza lógica- no habrá cosa que no pueda ser alcanzada o descubierta[246], piensa Descartes.

[245]Ibid. p. 287.
[246] Diccionario de la Literatura Universa, Editorial Muchnik, pp. 515.

Descartes duda, pero no duda de que duda. Toda la especulación cartesiana tiene como fundamento la evidencia racional. El hombre mismo es sustancia pensante, razón. Pero, a la vez, sólo sabe de las cosas en cuanto se relaciona con ellas de alguna manera. Las cosas son ideas suyas y la realidad que les cabe es, así, ideal. El racionalismo cartesiano es entonces, además, un "idealismo".[247]

Según Abbagnano, "la personalidad de Descartes señala el paso decisivo del Renacimiento a la Edad Moderna. Descartes parece haber logrado, mediante su teoría, el equilibrio, la proporción, armonía y un enfoque humano de la relación Hombre-Mundo. El mundo desde allí, seguirá las bases del pensamiento Cartesiano.

* *

Cuando nace Descartes los tiempos aspiraban ya a una configuración más clara de las cosas y las relaciones sociales. Había también ya el cultivo de las matemáticas. El contexto social e histórico es el siguiente: El pensamiento medieval ha sufrido cierta ruptura, aunque aún no se había planteado una nueva forma de entender la verdad. La razón es tomada entonces como fundamento y base del pensamiento humano. La razón es algo interno del individuo; Hay un encuentro con el pensamiento religioso medieval. La seguridad para Descartes provendría de la certeza de la mente humana y no de aquella que nos da el pensamiento divino.

[247]Ibid. p. 515.

En su búsqueda de llegar a aceptar solo la verdad que es evidencia, choca con los prejuicios medievales en el tema del conocimiento, es decir, en primer lugar, se enfrenta a la autoridad del pensamiento aristotélico, que se basaba en silogismos, que proponía aplicar teorías generales a casos concretos, por ejemplo: Manuel es un hombre; todos los hombres son animales. Entonces Manuel es un animal. Este método de conocimiento aristotélico es refutado por Descartes, porque no permite una clara y real visión de las cosas.

Descartes pretende no seguir más que las demostraciones de la razón, juzga al mundo con un sereno y equilibrio racional, plantea la duda como cosmovisión, a fin de evitar los prejuicios y precipitaciones en el conocimiento de la verdad. Descartes había observado con esto que "nada quedaba fuera de discusión libre de duda...". y que por lo tanto, si habían tantas opiniones acerca de un mismo asunto, había que dudar de ellas. Está preocupado por entender. Y entender es una manera de poder conducirse. Descartes quiere hallar el camino adecuado para dirigirse en la vida (¿sentimiento religioso?), quiere poder distinguir lo verdadero y lo falso. Atacado por la duda, deja los preceptos aprendidos de la formación jesuita de la Fléche, y se propone, abandonando los libros, a buscar la verdad en sí mismo y en el mundo.[248]

[248] "... En cuanto me liberté de la tutela intelectual de mis preceptores, abandoné el estudio de los libros, y, decidido a no buscar más ciencia que la que en mí mismo o en el gran libro del mundo pudiera encontrar, empleé el resto de mi juventud en viajar, en ver cortes y ejércitos, en frecuentar el trato de personas de muy diverso carácter y condición, en recoger datos y observaciones de todo lo que veía y en reflexionar sobre todas las cosas..." / Escribe Miguel Villoro Toranzo, citando a Descartes. Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho,* Editorial Porrua, S.A., pp. 225, 226.

Descartes todo lo había puesto en duda, y con esto refleja el escepticismo de su época. Cree aún en la posibilidad del acceso a la verdad, pero, a condición de usar el método adecuado para llegar a ella. En la búsqueda de la verdad, sometido el objeto de análisis a examen, si demuestra cualquier observación o duda dejará de ser verdadera, es decir: bastará que algo ofrezca duda para que deba ser rechazado[249]. La razón de Descartes dispone que ésta debe ser una que valga para el que hace el examen de las cosas, no importando la de los demás, puesto que hasta los más grandes sabios son contradichos por otros sabios. Esta razón debe producir evidencia perfecta, la misma de las matemáticas y que sea válida igualmente para todas las ciencias.[250]

Descartes con este tipo de pensamiento ha marcado las bases para el pensamiento moderno, la condición del hombre de dirigirse según sus propios criterio y perspectivas, de asimilar el conocimiento a través de análisis críticos de lo que observa, sin referencia dogmática a los demás saberes sacralizados como verdaderos. La condición del hombre es pues su independencia del pensamiento anterior o contemporáneo. La verdad debería ser descubierta, entonces, por el propio hombre, mediante sus meditaciones y especulaciones

[249] Este apreciación es, si nos adelantamos en el tiempo, y haciendo cierto tipo de especulación, el fundamento teórico que usa Karl Popper para formular su teoría falsaria, que expresa exactamente lo planteado por Descartes.

[250] Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho,* Editorial Porrua, S.A., pp. 258.

sacadas de sí mismo. Lo qué es Descartes, demuestra el signo del hombre moderno.[251]

Descartes ha descubierto la potencialidad del pensamiento humano, como ser independiente. Cree que el único medio para llegar a la verdad es seguir la razón, tan evidente que logre el convencimiento propio, y además pueda producir la certeza que dan las matemáticas.

Descartes propone un nuevo método de pensar, que tiene su consistencia en la existencia consciente, que asegurará la certeza de lo conocido. "...propone un nuevo método de pensar. Pero su radicalismo va más allá: exige una reconstrucción total del saber sobre la base de evidencias incontestables. Para él la certeza última está en la propia existencia consciente (cogito ergo sum - pienso, luego existo). Con ello incorpora al acervo filosófico una categoría fundamental, la noción de sujeto pensante..."[252]

Esta categoría pensante, que adoptará desde ahora el hombre será la determinante para el movimiento del pensamiento moderno. La necesidad del pensar se convierte en un factor también de la interpretación jurídica del mundo.

[251] "Descartes se exhibe, así como lo que realmente era: un hombre de cultura independiente, más preocupado en desarrollar su propio y original pensamiento y en encontrar respuestas a sus personales inquietudes que de conservar y enriquecer la sabiduría legada por las generaciones pasadas." / Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho,* Editorial Porrúa, S.A., pp. 258,259.

[252] SALAZAR BONDY, Augusto. *Iniciación Filosófica*, *Editorial Universo S.A., pp. 66.*

b.- Spinoza.-

o "El Derecho como expresión de la razón pura". (Friedrich).

Spinoza había insinuado la teoría del inconsciente, incluso antes que Freud. Era un judío que fue repudiado por la Sinagoga e incluso por su familia; había tomado influencia de Descartes y pensaba que la Biblia, las Escrituras, no eran inspiradas por Dios. Fue excomulgado por heterodoxo. Escribió entre varias obras, su fundamental "*Ética*"[253], en donde, -según Gaarder- "...quería mostrar como la vida del hombre está condicionada por las leyes de la naturaleza."[254], y es por ello que debemos liberarnos de nuestros sentimientos y afectos, para así encontrar la paz y hallar la felicidad.

Esta terrible o humana concepción de liberarnos de nuestros sentimientos parece coincidir de alguna manera con la concepción de Diógenes que predicaba el desdén al dolor: el hombre no debería preocuparse por el dolor. Spinoza al proponer que nos liberemos de sentimientos y afectos, provoca una pregunta: ¿qué nos queda?, a lo cual responde: Dios. "Spinoza pensaba que Dios, o las leyes de la naturaleza son la causa interna de todo lo que ocurre"[255]. Todo puede o no puede ser de acuerdo a su naturaleza, los límites de lo posible o imposible lo establece la naturaleza. Podemos hacer tal

[253] El libro tiene como nombre original:"*Ethica ordine geometrico demonstrata* (La ética demostrada en orden geométrico)", que está "escrita siguiendo la forma de exposición de los libros de matemáticas, con axiomas, definiciones, proposiciones con sus demostraciones, escolios y corolarios. Es un ejemplo extremado de la tendencia racionalista y matemática, llevada incluso a la forma externa de la filosofía." / Marías, Julián, *Historia de la Filosofía,* Ediciones Revista de Occidente, pp. 223.

[254] GAARDER, Jostein. *El mundo de Sofía.* Madrid, Ediciones Siruela /Grupo Editorial Norma, 1995. p.302.

[255] Ibid. p. 305.

o cual cosa, pero sólo si tenemos la facultad para ello. O sea "todo ocurre necesariamente"

¿Qué pretende Spinoza, qué propone para conducirnos por la vida? El dice que los seres humanos deberíamos tener mucho cuidado y no dejarnos llevar por las emociones. Que no decidimos sino lo que la naturaleza permite. Parece explicarnos que cada quien vive según su propia naturaleza. El hombre vive según las leyes de la naturaleza, y su naturaleza es ser sociable, formar grupos, etc. ¿Tomando como referencia esto cuál sería la concepción del Derecho?

Spinoza se preocupaba mucho por la tolerancia religiosa y la libertad de expresión, por la libertad. "Se nos puede inhibir nuestra evolución y nuestro crecimiento personal por ejemplo mediante determinadas condiciones políticas, de esta manera una fuerza exterior nos puede poner impedimentos. Sólo vivimos como seres libres cuando podemos desarrollar "libremente" nuestras posibilidades inherentes. Pero estamos tan determinados por disposiciones internas y condiciones externas..."[256].

Para Spinoza todo es naturaleza, y el hombre es simple modificación de Dios. Pero, además, lo que acontece al hombre, sus pasiones, son de orden natural, es decir que estas -las pasiones y lo que acontece al hombre- son fenómenos que sólo siguen el curso necesario de la naturaleza.

[256]Ibid. p. 307.

En cuanto a la libertad, Spinoza propone una peculiar concepción de aquella. La libertad estaría ligada al conocimiento, que sería la condición de aquella. Este conocimiento de su condición natural de ser, lo hace entender su determinación a ser lo que la naturaleza le ha dispuesto; la coacción desaparecería y la razón sería libertad. Y cómo todo lo determina Dios, obedecerlo sería libertad. Julián Marías, escribe que: "Para Spinoza, "se dice libre la cosa que existe por la sola necesidad de su naturaleza y se determina a obrar por sí solo"; es una idea de la libertad dentro de la cual solo Dios es libre. Spinoza es determinista: "no se puede considerar al hombre como un imperio dentro de otro imperio". El hombre, pues, no es libre, ni el mundo tiene una finalidad; todo es necesario y está determinado causalmente. El hombre es esclavo porque se cree libre y se ve arrastrado por la necesidad. No cabe más que un modo de libertad: el conocimiento. Cuando el hombre sabe lo que es, sabe que no es libre, y no se siente obligado o coaccionado, sino determinado según su esencia; por esto la razón es libertad. El ser del hombre, (...), consiste en no ser libre y en saberlo, en vivir en la naturaleza, en Dios. Aquí resuena el principio estoico: (...); obedecer a Dios es libertad."[257]

Spinoza pensaba que "Nosotros no decidimos todo lo que ocurre con nuestro cuerpo, que es un modo de atributo de la extensión. Tampoco elegimos lo que pensamos.". Con lo cual pretende decirnos que hasta nuestros propios pensamientos están determinados por lo externo, por el lugar de nuestra ubicación. So-

[257]MARÍAS, Julián, *Historia de la Filosofía,* Ediciones Revista de Occidente, pp. 226.

mos occidentales, entonces tenemos pensamiento y tradición occidental. Determinado, geográfica y mentalmente.

Por otro lado, ¿Como conseguir la armonía, la felicidad? Spinoza responde que librándonos de las pasiones, la ambición y el deseo. No aferrarse a las emociones y pasiones.

En el orden jurídico, Baruch Spinoza expone que el Derecho ha sido identificado con el poder, según escribe Friedrich. La posición de Spinoza se confrontó con la de la razón[258]. Su posición es tajantemente contradictoria con toda proposición de ley racional. Explicaba que el derecho natural de los hombres era determinado por la avaricia y el poder, no por la razón justa. "...Baruch Spinoza (1632-77), quién identificó el derecho con el poder. Formuló su posición en tajante antítesis con toda ley racional, afirmando que el derecho natural de cada hombre no se determina por la razón justa, sino por la avaricia y el poder. Las leyes de la naturaleza, las regularidades de la naturaleza, determinan las acciones de los hombres. Estas leyes naturales son, en realidad, el derecho de la naturaleza, y a ellas se conforma todo comportamiento."[259]

[258] "Nada de esto implica, desde luego, que la razón carezca de importancia. Muy al contrario, sólo es libre el hombre que vive de acuerdo con la razón, y su propio y libre asentimiento; por lo tanto, será más libre aquella comunidad cuyas leyes se funden en la razón (p. 263) Es sobre esta bse que Spinoza puede afirmar que la democracia es la forma más natural de gobierno. La democracia deja a todos y cada uno parte de su libertad y de sus derechos naturales" / FRIEDRICH, C.J., *La Filosofía del Derecho, Ediciones del Fondo de Cultura Económica, pp. 166.*

[259] FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 165.

Tenía, pues, la convicción que las reglas del Derecho sólo se pueden derivar de la naturaleza del hombre: "Con lógica inexorable, Spinoza derivó este concepto de la convicción, tomada por él de Maquiavelo, de que las reglas del derecho natural, como las de la matemática, sólo pueden deducirse de la naturaleza del hombre, tal como éste es en realidad; todo lo demás es pura utopía. La virtud de la regla es su seguridad, es decir, su éxito..."[260]

Además Spinoza considera que el Estado y el Derecho se originan en la concentración del poder derivadas de los individuos, pues "cada uno tiene tanto derecho cuanto poder posee. Nada hay que deba sorprendernos, pues la naturaleza no está limitada por leyes humanas, sino por otras leyes que son infinitas y que ordenan la naturaleza toda, de la cual el hombre no es sino una pequeña parte."[261] Spinoza cree que la naturaleza toda y sus poderes tienen carácter divino.

Al ser considerado -por este pensador- el hombre como ser meramente natural y una vez fundado, según este criterio, el estado soberano, hay en quién lo dirija o rija, un poder o derecho ilimitado, y puede por lo tanto romper, incluso cualquier tratado, basado en su poderío, y en la responsabilidad que tiene de la seguridad del Estado. "Una vez fundado ese estado soberano, quien lo rija tendrá el derecho ilimitado que resulta de ese poder también sin límites (...). En efecto, no sólo tiene el derecho, sino aun el deber de romper los trata-

[260] Ibid. *p. 164.*
[261] Ibid. *p. 165, 166.*

dos, puesto que es el responsable de la seguridad del estado"[262].

Hablando, ahora del panteísmo[263] de Spinoza, este consistía en la afirmación de que no hay ninguna realidad trascendente y de que todo cuanto hay es inmanente, es decir unido por naturaleza inherente, propia, y no como resultado de una acción exterior a ellos. El panteísmo tiende a sostener que el principio del mundo no es una persona, sino algo de naturaleza impersonal.[264]

El panteísmo de Spinoza fue duramente criticado por sus contemporáneos, a tal grado, se dice, que no ejerció influencia mayor en el ordenamiento jurídico, "El panteísmo de Spinoza fue rechazado con tal violencia por sus contemporáneos, que su doctrina del derecho natural, basada tan escandalosamente en el poder, no ejerció influencia alguna concreta sobre el desarrollo jurídico."[265]

En resumen Spinoza sostiene la idea de que existe una sola sustancia en el mundo, del cual se derivan todo lo demás. Esta sustancia vendría a ser Dios o la Na-

[262] Ibid. *p. 166.*

[263] Spinoza al negar la pluralidad de sustancias, contradice la proposición de Descartes [éste hablaba de dos especies de sustancias: la que no necesita de otra para existir (Dios) y la que, para hacerlo, necesita de otra (o sea de Dios)], pero parte de él. *"Spinoza niega la pluralidad de sustancias. Dios es la sustancia que consta de infinitos atributos: "No puede darse ni concebirse ninguna sustancia fuera de Dios". El sistema de Spinoza es, pues, panteísta. Todo es naturaleza; el hombre es un modo de la sustancia, una modificación de Dios, en los dos atributos de extensión y pensamiento: tiene cuerpo y alma." / Diccionario de la Literatura Universal, Tomo I, Muchnik Editores, pp. 652.*

[264] FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía Abreviado,* Editorial Sudamericana, pp. 319.

[265] FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. *p. 166.*

turaleza. En la sociedad concebida así, el ciudadano está bajo el imperio y Derecho del Estado; los hombres no poseen, por lo tanto, derechos propios. Los hombres tienen que obedecer al Estado soberano, de fuerza ilimitada, por ser la fuerza del Estado consustancial a la idea de que es la voluntad de todos. Lo que el Estado decreta como justo debe ser tenido como tal por los ciudadanos.[266]

Spinoza había hablado también, en su Ética, de la potencia del intelecto, estudia la estructura de la mente, y aborda el problema del conocimiento. Y el problema de nuestra tendencia a algo, el problema del sentido real de bien o mal, "No tendemos a las cosas -dice Spinoza-, no queremos o apetecemos algo porque juzguemos que sea bueno, sino al revés: creemos que algo es bueno porque tendemos a ello, lo queremos, apetecemos o deseamos. Esta cupiditas es el afecto principal del hombre"[267]. Esta tendencia a algo, que hace nos hace juzgar las cosas como buenas o malas, viene a complementarse con dos afectos capitales: la alegría y la tristeza. Estos tres elementos son los que determinarían todos los demás, incluso la vida psíquica del hombre.

Si aceptamos tales concepciones, el Derecho debería ser dirigido no a expresarse como un fundamento de la razón, sino de nuestras ¿apetencias? Si lo bueno y lo malo, no están determinadas por el orden teórico y justificado de las acciones, sino por la configuración de

[266]CASTILLO, Melquiades. *Filosofía del Derecho,* Ediciones Edigraf, pp. 32.
[267]MARÍAS, Julían, *Historia de la Filosofía,* Ediciones Revista de Occidente, pp. 227.

nuestros deseos y apetencias, ¿sería el Derecho un producto también de estas apetencias, de estos deseos?

c.- Pascal.-

(1623-1662) o "El Derecho como razón y sentimientos".

Filósofo y genial matemático, de extraña precocidad, místico y polemista, espíritu profundo y apasionadamente religioso[268], entiende que la base de todo no es la razón cartesiana. No somos sólo pensamiento, no es cierto absolutamente que "pienso, luego existo", sino que pienso, sí, pero no es la acción condicionante del existir. Además, no todo pasa por la razón, por el pensamiento. No somos sólo razón, pensamiento. Somos muchas cosas más, como, por ejemplo, sentimiento, emoción, furia, deseo, frustración, etc.

De muy frágil salud, Blaise Pascal, advierte que la vida, la realidad de la vida humana, no pasa solamente por la razón -como ya lo dijimos-, ni por ese yo puro, cartesiano, que es un ente pensante.[269]. Porque el hombre es mucho más que razonamiento. Este es un grito de independencia, que parece decir que no somos algo únicamente racional. "No, no soy algo que piensa. A veces, es cierto, pienso. Pero normalmente me apasiono, amo, odio, busco, caigo, sueño, anhelo. Y el otro también. Y vivo con el otro. Ese es mi problema. Estar con el otro es mi mayor deseo, y también mi mayor dificultad."

[268] Ibid. pp. 221.

[269] BARYLKO, Jaime. *La Filosofía, Una invitación a pensar.* Argentina. Planeta. 4ta. Edición, 1997. p.126.

Pascal rompe con el molde del racionalismo, del pensamiento, de lo estrictamente lógico. El expone que todos tenemos otras características. El ser humano piensa, siente, une, vincula. El yo no puede imponerse como una especie de cárcel que explica todo mediante la razón. El yo impera en nuestro conocer y actuar, el yo "es injusto en sí, por hacerse centro de todo; es incómodo para los demás, porque quiere someternos, porque cada "yo" es enemigo y quisiera ser el tirano de todos los demás.

"Cada uno es un todo para sí mismo, porque muerto él, todo ha muerto para sí; de tal modo que cada uno cree ser todo para todos"[270], es decir que el "centro" es uno mismo, el hombre, el yo, que quiere ser centro de todos, para cada uno de nosotros, o para nosotros, el centro no son los demás, somos nosotros mismos, cada uno.

La sociedad -para Pascal- no puede ser guiada sólo por la razón. Aunque, las normas sean concebidas según ellas. Estamos atrapados por ella, pero no somos sólo razón. "Pascal sabía que estamos atrapados por la razón, pero también sabía que sólo la fe puede hacernos felices"[271].

No es solo cuestión de explicar las cosas y sus fundamentos, es necesario además encontrar el sentido. "La razón es solución, pero no es salvación. La solución

[270] Ibid. p. 126.
[271] Ibid. p. 129.

entiende, analiza, explica. La salvación da sentido a la existencia. (...) sugirió Pascal"[272].

Pascal, hijo de un funcionario rico y culto, demostró precozmente su talento matemático y su curiosidad intelectual. Publicó algunos estudios, y junto con una célebre discusión con Descartes, le confirieron un prestigioso lugar dentro del mundo científico.

Ya en 1654 una especie de iluminación, revelación, éxtasis religiosa cambió su modos vivendi, el curso de su vida, y se retiró al convento Port-Royal, desde allí se convierte en un pensador religioso.

Pascal quiere fundamentar una religión en la que la fe y la razón tuvieran una coexistencia equilibrada. Cree, como ya lo advertimos anteriormente en que no se debe dejar de lado ninguna de ellas, y no se las debe colocar en situaciones antagónicas. Por lo cual propone una religión donde la fe sea un acto voluntario y no racional. Y "Con una sorprendente modernidad preexistencialista, la angustia metafísica y el sentimiento del absurdo son clasificados como puntos de partida de lo humano."[273]

La razón es un problema que aborda esencialmente, cree en la posibilidad de su coexistencia con el corazón, para la obtención del conocimiento de la verdad. "Respecto al problema de su actitud ante la razón, hay que subrayar que Pascal distingue entre lo que llama raison -que suele entender como raciocinio o silogismo- y lo

[272] Ibid. p. 129.
[273] Diccionario de la Literatura Universal, Editorial Muchnik, pp. 41.

que llama coeur, corazón. "El corazón -dice- tiene razones que la razón no conoce." Y añade: "Conocemos la verdad no solo por la razón, sino también por el corazón; de este último modo conocemos los primeros principios, y en vano el razonamiento, que no participa de ellos, intenta combatirlos...El conocimiento de los primeros principios es tan firme como ninguno de los que nos dan nuestros razonamientos. Y en estos conocimientos del corazón y del instinto es donde la razón tiene que apoyarse y fundar todo su discurso." No se trata, pues, de nada sentimental, sino que el coeur [el corazón] es para Pascal una facultad para el conocimiento de las verdades principales, fundamento del raciocinio."[274]

Hay en este pensador una evidente actitud no excluyente, y clarificadora de los errores del método de conocimiento de la verdad. Pacal "resume su actitud filosófica entera en una frase que esclarece su verdadera significación. "Dos excesos: excluir la razón, no admitir más que la razón"."[275]. Además, este filósofo es uno de los más grandes psicólogos y moralistas franceses. Por otro lado, constituye una especie de culminación del Renacimiento.

Escribe Claude Du Pasquier que Pascal le hizo duras críticas al Derecho Natural[276], en los siglos XVII y XVIII, época del reinado soberano de este Derecho. Además sus observaciones sarcásticas y extravagantes sobre el Derecho han provocado ciertos resquesores en el pen-

[274]MARÍAS, Julián. *Historia de la Filosofía,* Editorial Revista de Occidente, pp. 221.
[275] Ibid. p. 222.
[276]DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. Lima, Edinar, 4ta. Edición: 1990. p. 198.

samiento predominantes de la época. Por ejemplo, opone al discurso del Derecho natural de la existencia de leyes universales y conocidas en todo el país, lo cual él no concibe, diciendo que hay, al contrario de lo expresado por el Derecho Natural, diversidad e inestabilidad de leyes humanas. No desestima la existencia de leyes naturales, pero advierte que la razón corrompida lo ha corrompido todo. Y los hombres, incapaces de tener opiniones iguales no pueden ponerse de acuerdo referente a la justicia "Así lo más prudente es remitirse al derecho establecido: "La costumbre hace toda la equidad por la sencilla razón que es aceptada"."[277]

Pascal es un convencido de que es necesario explicitar las relaciones entre fuerza y justicia, pues de allí derivará la existencia y vigencia de una u otra. Du Pasquier citándolo escribe al respecto: "La justicia está sujeta a discusión; la fuerza es fácilmente reconocible y sin discusión. Así no ha podido darse la fuerza a la justicia porque la fuerza ha contradicho la justicia y ha dicho que era injusta y ha dicho que era ella quien era justa. Y así no pudiendo hacer que lo que es justo fuese fuerte, se ha hecho que lo que es fuerte fuese justo..." ."[278]

La determinación que hace Pascal de la fuerza como verdadero fundamento de la justicia, cómo creadora, por imposición de la fuerza expresa un escepticismo respeto de la justicia como tal. El planteamiento de Pascal, al final, es que la fuerza es la que crea, inventa,

[277]Ibid. p. 198.
[278]Ibid. p. 198, 199.

determina, lo que realmente se contextualizará como justo.

d.- Nicolás Maquiavelo: (1469-1527)

O El Derecho como descripción, expresión de la realidad.

Nicolás Maquiavelo vivió en Florencia a finales del siglo XV y comienzos del XVI. Fue -al decir de Arturo Uslar Pietri- un extraño personaje histórico. Este pensador político es representado en la historia como "...uno de los hombres que tuvo más claridad de pensamiento, y en cierto sentido uno de los más valiosos y originales pensadores sobre política y sobre historia que ha conocido el mundo moderno."[279]

El contexto en el que se va a desenvolver Maquiavelo no es el de la paz y mansedumbre social; es más bien un tiempo turbulento, en donde la exaltación del hombre se conjuga también con la violencia; un mundo vital, desenfadado, pero también peligroso, escandaloso, etc.; era la época del Renacimiento. "A Maquiavelo le toca vivir en ese periodo que llamamos el Renacimiento italiano. El Renacimiento italiano es una de las épocas más inmorales de la historia. Pocas veces, con tanta vitalidad, con tanto impulso desenfadado, los hombres han pecado más alegre y descaradamente que en la época del Renacimiento. Los crímenes que nos parecen hoy más horribles, las traiciones más despiadadas, los engaños más cínicos, las abominaciones más escandalosas se cometieron con una frecuencia, con una osten-

[279] USLAR PIETRI, Arturo, Valores Humanos, tomo II, Editorial Edime, pp. 37.

tación, con una despreocupación increíbles e impresionantes durante esos largos años pecaminosos.(...) Abundan asesinatos, envenenamientos, traiciones, engaños y toda suerte de maldades. No había fe. El hermano engañaba al hermano, el hijo al padre, no había manera alguna de confiar en la palabra de nadie.(...) En ese mundo turbio, regido de hecho por una especie de ley de la selva, florecieron grandes y agresivas individualidades. Nada se apreciaba más que el valor, la decisión, la tenacidad para obtener fines, que era lo que hacía que se destacaran los unos sobre los otros."[280] Este era el mundo donde vivió Maquiavelo, y este el que quería describir.

Como hijo del Renacimiento Maquiavelo sabe de la importancia trascendental que cumple la razón. Una razón que no viene del misticismo, sino de la operación intelectual de atrapar el verdadero ser de la realidad. Esto se debe a que es la época donde la razón toma importancia marcada: la razón ocupa el centro. Dios está ahora a un lado, sigue existiendo pero se lo despoja de su categoría hegemónica y central. El reinado de la razón es autárquica, es decir se basta así mismo.

Lo importante, en un ambiente como este, es el presente, el qué son las cosas, la realidad actual, palpante, no lo que debería ser. Con esta concepción escribe entre otras obras El príncipe, donde se deja reflejar "el pensamiento del Renacimiento en sus formas más originales, libres y abiertas, despojado de toda preocupación metafísica, totalmente dirigido a observar la reali-

[280]Ibid. p. 37.

dad humana y terrenal y a descubrir científicamente las normas y los fines inmediatos que regulan y orientan su desarrollo"[281] No obstante, este libro, El Príncipe[282], ha sido considerado como una especie de recetario de las más atroces canalladas; concepción que está totalmente errada, porque lo que Maquiavelo pretendía era retratar la época de su tiempo, y dar al príncipe los instrumentos para poder normar y dirigir el pueblo que le tocaba gobernar. El Derecho debía, por tanto, constituirse sobre bases reales de lo que sucede en la práxis, manejada desde su conocimiento, no desde el debe ser, sino desde el es. Frente a la cruel realidad, lo que Maquiavelo hace es darle al príncipe la visión de cómo gobernar, y propone que use, simbólicamente hablando, de la fuerza del león, y de la astucia del zorro. Esta era la clave para el buen gobierno. Resultando de la misma naturaleza de la sociedad la bondad como un valor inadecuado. Esto no quiere decir que Maquiavelo no cree en el bien; al contrario de esto, él piensa que el hombre bueno debe enseñar el bien.[283]

[281] Escribe N. Sapegno. Diccionario de Literatura Universal, Ediciones Muchnik, pp. 122.

[282] "*El príncipe de Maquiavelo, se ha tenido tradicionalmente como la más cínica y desvergonzada receta o recetario de tiranía que haya sido nunca escrito. Es un libro en el cual se dan todos los consejos más inmorales para tiranizar a los hombres, la manera de cómo debe preceder el príncipe para inspirar más terror que amor, cómo no debe tener ningún pudor en engañar o en mentir. Todo este compendio de astucia y cinismo no es una invención de Maquiavelo, es, por el contrario, el retrato de lo que era la vida política de su tiempo, y él lo que pretende con ello, sin que esto lo justifique, es darle al joven Lorenzo una especie de manual sucinto de la experiencia de la vida política real de su tiempo, para evitarles errores y desengaños*.". Arturo Uslar Pietri, "Valores Humanos", pág. 41.

[283] Maquiavelo cree que "es oficio de hombre bueno enseñar a otros el bien que por la malignidad de los tiempos y de la fortuna, él mismo no ha podido realizar, a fin de que entre los muchos capaces, alguno más amado por los Cielos pueda realizarlo"; sabe además que es necesario descubrir y precisar las raíces del bien y del mal y definir el sentido de la lucha para el triunfo de lo primero. De aquí su idea de que lo que le importa conocer al hombre es la realidad de la situación en que le toca actuar./ Diccionario de Literatura Universal, Ediciones Muchnik, pp. 159,160.

Lo que hizo Maquiavelo, fue describir cómo funciona la sociedad en relación al Estado y al gobierno; estudió y describió las relaciones de poder que se daban insitu, en ese momento y de allí planteó sus reglas, que luego incluyó en esa especie de manual del gobernante: El Príncipe, "No se debe olvidar -insisto- que Maquiavelo extrajo sus reglas de la experiencia histórica. El gobernante ideal era entonces el zorro y el león, bajo una misma piel"[284].

Es desde este pensador que el Derecho, y la misma concepción del mundo fue apreciándose bajo otros cristales, más crudos tal vez, pero también más reales. En donde se establecía una clara distancia entre la ética y la política, bases para la corriente del liberalismo. Nicolás Maquiavelo "...defendió el divorcio completo entre ética y política, que después heredaría el liberalismo."[285]

Este atrevimiento de desenmascarar la realidad tal como es, es apreciada aún como la determinación de lo verdaderamente importante conocer: las costumbres de los hombres y sus pasiones e intereses reales. "Escribe Francisco Bacon: "Hay que agradecer a Maquiavelo y a los escritores de su clase el que digan abiertamente y sin disimulación lo que los hombres tienen costumbre de hacer y no lo que deben hacer." En el Renacimiento se descubre y estudia al hombre como un ser con intereses, pasiones y ambiciones concretas"[286]

[284]BARYLKO, Jaime. *La Filosofía, Una invitación a pensar.* Argentina. Planeta. 4ta. Edición, 1997. p. 134.
[285]VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho, Editorial Porrua S.A., pp. 117.*
[286]Ibid. *p. 117.*

El empirismo, es decir aquella que fundamenta sus conocimientos en la experiencia toma fuerza. El cómo son y no el cómo deben ser las cosas, se asentúa como lo más importante. La relación de fuerzas entre hombre y Estado pueden ser apreciadas. La imposición del Derecho por razones de Estado -"Razón de Estado" forjada por Maquiavelo[287]-, para conseguir evitar el mal es el nuevo fundamento esencial en la teoría de Maquiavelo. "La posición extremista en este sentido es el empirismo a ultranza de Nicolás Maquiavelo (1469-1527). Para él, lo importante es saber cómo actúan los hombres y no cómo deberían actuar. El hombre y el Estado no son más que un mecanismo de fuerzas, cuyos elementos en juego son las pasiones humanas. La utilidad política debería absorber sin escrúpulos toda consideración de carácter moral; se debe imponer el Derecho por temor hasta lograr que los súbditos "se abstengan, más por necesidad que por voluntad, de obrar mal". La fórmula de Maquiavelo apunta más a una sociología de las fuerzas políticas que a una Política entendida en la forma tradicional."[288] No obstante "Nicolás Maquiavelo, al considerar la conducta social como una mecánica del juego de las pasiones humanas, se coloca de lleno en una posición empírica. En verdad, su realismo es bastante limitado: se reduce a una psicología política que no conoce otros móviles que los utilitarios. No sólo omite el estudio de los móviles de carácter espiritual -como la justicia y los ideales religiosos-, sino que desconoce la influencia, en las decisiones políticas, de los

[287]Legaz y Lacambra, Luis. *Filosofía del Derecho*, Editorial Bosch, pp. 497.
[288] Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho, Editorial Porrua S.A., pp. 137.*

fenómenos económicos y de las condiciones geográficas."[289]

Pero hay también algo trascendental en la concepción que se va imponiendo desde Maquiavelo: la crítica de la concepción del Derecho como lo justo, y se toma en cuenta que el Derecho puede ser una especie de relación de fuerzas políticas. "...durante el Renacimiento y aun después sigue predominando la concepción del Derecho como lo justo. Pero es durante el Renacimiento cuando por primera vez se critica tal concepción: para Maquiavelo el Derecho es un hecho resultante de la mecánica del juego de fuerzas políticas."[290]

e.- Hobbes:**(1588-1679)**

O El Derecho como mandato del soberano, (Friedrich).

Thomas Hobbes es un filósofo inglés, ingenioso y atrevido. Y su filosofía ha trascendido a través de su famoso libro El Leviatán[291], en el que explica la naturaleza malvada y egoísta del hombre: "Homo homini lupus" (el hombre es lobo para el hombre), y la teoría de que este Leviatán representaría al Estado soberano, todo poderoso. "Hobbes parte de la igualdad entre todos los hombres. Cree que todos aspiran a lo mismo; y cuando no lo logran, sobreviene la enemistad y el odio; el que no consigue lo que apetece, desconfía del otro y,

[289]Ibid. p. 148.
[290]Ibid. p. 487.
[291] Nombre que Hobbes tomó de un pasaje bíblico, en el libro de Job. El Leviatán se refiere a un terrible monstruo, perteneciente a la mitología de la Biblia, y que por su poder y fuerza tiene dominio sobre todos. El *Leviatán,* es un tratado de filosofía política, escrito en inglés, publicado en 1651. El Leviatán, en Hobbes, designaba al poder absoluto.

para precaverse lo ataca. De ahí la concepción pesimista del hombre que tiene Hobbes; homo hominis lupus, el hombre es un lobo para el hombre."[292]

Además, la situación natural del hombre es su condición de perpetuo estado de lucha, de guerra contra todos. El estado natural es el de guerra general en el que no tienen cabida las nociones de justicia e injusticia, de error y de derecho. Esta disposición natural orienta su comportamiento pesimista y desconfiado, por lo que el estado natural del hombre sería el ataque. Sólo que el hombre no puede estar en permanente guerra, se da cuenta que esto no le conviene, y decide, a costa de su libertad, hacer un pacto con todos para obtener la seguridad jurídica de la que requiere para poder vivir; de lo contrario, en un estado de guerra, la destrucción sería eminente y fatal. Es por esto que el hombre intenta sustituir su estado natural por el estado civil, transfiriendo su derecho al Estado. Este derecho será la libertad que el hombre tenía para hacer cuanto pueda y quiera. El hombre trasfiere este poder, derecho al soberano, al Estado. "Al despojarse los hombres de su poder, lo asume íntegramente el Estado, que manda sin limitación; es una máquina poderosa, un monstruo que devora a los individuos y ante el cual no hay ninguna otra instancia."[293]

Al ser el hombre malo por naturaleza, y egoísta, sólo a través de una fuerza superior se puede establecer un vínculo o contrato de sumisión y alienación que haga al

[292]MARÍAS, Julián. *Historia de la Filosofía.* Madrid, Ediciones Revista de Occidente, 1974, 26ª. Edición. p. 242.
[293]Ibid. p. 243.

hombre vivir en sociedad. Resulta que el soberano ha nacido del convenio, contrato de los hombres, por lo cual el poder de este Estado es absoluto, puesto que los hombres han cedido su poder. Este Estado soberano, con absoluto poder, no es más que la solución a la condición de la naturaleza negativa, malosa, egoísta, del hombre, que al ceder al Estado su poder, intenta desprenderse de las ambiciones y deseos individuales. "La solución consiste en deponer las ambiciones y deseos individuales, y delegarlos en un ser superior. De este modo, donaremos a este ser superior una parte de nuestra voluntad; daremos autoridad para decidir por nosotros al Estado y el Estado será cual esa bestia enorme llamada Leviatán."[294].

El Estado de Thomas Hobbes es absoluto, lo decide todo. Tiene atributos sobre la conducta de los demás encargados a su gobierno. Cualquier oposición a ello será nula. "El Estado de Hobbes lo decide todo; no solo la política, sino también la religión; si esta no está reconocida por él, no es más que superstición."[295]

En cuanto al poder del Estado Hobbes afirmaba conocer las estipulaciones del contrato social y sostenía que los derechos del individuo habían sido total e irrevocablemente cedidos al Estado u "Hombre Artificial".

El reinado absoluto del Estado tenía su fundamento en la seguridad; ésta resultaba imprescindible para la supervivencia de los hombres que de otra manera se

[294]BARYLKO, Jaime. *La Filosofía, Una invitación a pensar.* Argentina. Planeta. 4ta. Edición, 1997. p.136.

[295]MARÍAS, Julián. *Historia de la Filosofía.* Madrid, Ediciones Revista de Occidente, 1974, 26ª. Edición. p. 243.

anularían, hasta extinguirse. "El presupuesto es que "la seguridad del pueblo es la ley suprema" y que ésta se logrará mejor con un gobierno absoluto que declare las soluciones definitivas e inapelables a los problemas de la justicia."[296]

En el Sistema[297] de Hobbes, éste predicaba a todos los súbditos la obediencia a sus gobernantes. Como dijimos esto tenía sus bases en la seguridad. Hobbes no advierte que puede haber otra vía más perfecta, que es digamos, moderna: "la de aceptar el régimen establecido pero subordinando la aceptación al respeto de los

[296] Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de Filosofía,* Editorial Porrua S.A., pp. 166.

[297] *"El sistema de Hobbes podría resumirse en la forma siguiente: 1) hay que encontrar una solución incontrovertible que ponga fin a las convulsiones políticas y a la guerra civil; 2) esta solución no puede fundarse en la religión (como en la teoría del derecho divino de los reyes) porque las ideas religiosas han dado origen a luchas fratricidas (...); 3) ni tampoco en la filosofía tradicional (como es la posición de los constitucionales ingleses), de la cual está decepcionad (...) 4) luego la solución debe fundarse en la ciencia, interpretándola en el sentido empírico propuesto por Bacon; 5) observamos por la experiencia que todos los hombres son egoístas; 8) luego el único modo de mantenerlos en paz y de civilizarlos es haciéndoles obedecer a los poderes políticos establecidos; 7) pero com no todos admiten que el hombre sea por esencia un ser egoísta (...) Eso hay que demostrarlo fingiendo al hombre en un estado de naturaleza pura; 8) allí el hombre se manifiesta con sus peores tendencias (homo homini lupus) y "la condición del hombre es una condición de guerra de todos contra todos"; 9) y no puede ser de otra manera porque "todos los impulsos son formas de amor propio y derivan del instinto de la apropia conservación"; 10) y porque "ninguna regla de bien y de mal puede tomarse de la naturaleza de los objetos mismos, sino del individuo (donde no existe Estado) o (en un Estado) de la persona que lo representa, o de un árbitro o juez a quien los hombres permiten establecer e imponer como sentencia su regla del bien y del mal"; 11) en efecto, "señalo, en primer lugar, como inclinación general de la humanidad entera, un perpetuo e incesante afán de poder, que cesa solamente con la muerte"; 12) de acuerdo con esto, Hobbes construye toda una psicología de tipo sensualista: las dos sensaciones básicas, que son el temor y deseo de poder, como todos los demás "movimientos de la mente" no son más que "movimientos en la materia mediante los cuales actúa ésta diversamente sobre nuestros órganos"; 13) por consiguiente, la psicología y la política deben describir las acciones humanas en términos de cuerpos en movimiento, con lo cual quedarían incorporadas a la física descubierta por Galileo; 14) claro está, nada de esto sería posible si no se admitiera que la esencia metafísica de todos los seres no es más que el movimiento y el movimiento corpóreo.". / Villoro Toranzo, Miguel, Lecciones de Filosofía, Editorial Porrúa S.A., pp. 162.*

derechos individuales. Es la alternativa de un régimen constitucional..."[298]

Hobbes, no habla de ninguna otra alternativa que la de la subordinación absoluta al soberano, tanto así que Friedrich escribía que la filosofía jurídica de Hobbes era marcadamente positivista, puesto que no reconoce más fuente del derecho que la voluntad del soberano[299]. Ahora bien, estas normas emanadas de la voluntad del soberano, que pueden ser reglas prudentes, son válidas sólo por la voluntad del soberano. Las normas "deben su validez legal, exclusivamente, a la voluntad del soberano, pues "las leyes de la naturaleza (tales como las de justicia, equidad, modestia, piedad y, en suma, la de haz a otros lo que quieras que hagan para ti) son, por sí mismas, cuando no existe el temor a un determinado poder que motive su observancia, contrarias a nuestras pasiones naturales, las cuales nos inducen a la parcialidad, al orgullo, a la venganza y a cosas semejantes"[300]. Por lo cual se prueba la conveniencia de la existencia del soberano, que nos libre de ese impulso primario de nuestra naturaleza. De lo contrario, si se diera libertad, e independencia, el hombre se fiará de sí mismo, y utilizará su propia fuerza, esto puede conllevar a un ambiente en donde lo imperante será la ley de la selva, es decir la ley del más fuerte. Es decir que hay en el orden social la necesidad de la existencia de un poder coercitivo, y que sólo a través del miedo al castigo podrá amoldar sus conductas y controlar su estado natural, "...debe existir "un poder coer-

[298] Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de Filosofía,* Editorial Porrua S.A., pp. 167.
[299] FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 128.
[300] Ibid. p. 128.

citivo que obligue a los hombres a cumplir sus compromisos por temor a un castigo, tanto o más que por el beneficio que esperen lograr con el quebrantamiento de los mismos". En este contexto, Hobbes insiste en que tales reglas se llaman impropiamente leyes, porque, para hablar con precisión, "la ley, propiamente, es la palabra de quien por derecho tiene mando sobre los demás"[301]. Hobbes, hace esta en concordancia con su teoría política; para él, la ley es válida sólo si viene del poder de un soberano, de la declaración de este. De lo contrario no sería ley. "En otras palabras, toda ley adquiere validez sólo cuando un gobierno, con poder para ordenar, las declara válidas. En su estado natural, ni la ley ni la justicia tienen significado alguno. "Donde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley, no hay justicia".[302]

Para Hobbes el hombre está en permanente, natural, incesante afán de poder. Todos los otros bienes se reducirán, luego, al poder. Pero este afán de poder, en el estado de naturaleza crea un ambiente de guerra, por lo que el hombre cede totalmente su poder al soberano y lo obedece en todo, con una sola excepción -dice Hobbes-, que es la que opone el hombre amenazado de muerte por el Soberano. Es en este caso, que el hombre tiene derecho a oponer resistencia a la voluntad del soberano, y entonces, el hombre habrá vuelto a l estado de naturaleza. El estado de subordinación ha sido reconocido sólo por la utilidad de paz y orden que asegura la supervivencia de los hombres. Por lo que el Derecho instituido, implantado por el soberano, es sustan-

[301] Ibid. p. 129.
[302] Ibid. p. 129.

cialmente un orden jurídico relacionado con la utilidad de la paz y la seguridad públicas[303]

El Juez, en una primera perspectiva, ha sido visto por Hobbes como un subordinado del soberano, que no puede atentar contra este. El Derecho no saldría de la operación jurisprudencial de los jueces, sino del mandato del Soberano, no obstante le da al juez una potestad de interpretar la ley natural, pero el creador del derecho, para él, es el ser artificial, es decir el Estado, "...por lo que respecta a la razón artificial de la ley. Hobbes cree que uno puede estudiar largos años y, a pesar de ello, seguir en error. Y si las bases son erróneas, las conclusiones que se saquen serán erróneas también. Por consiguiente, no es la jurisprudencia o sabiduría de los jueces, lo que realmente es creador del derecho, sino la razón de este ser artificial, la mancomunidad que encuentra su expresión representativa en las órdenes del soberano."[304]

El Estado representa ese mal necesario que debe existir para salir del estado de guerra que es el que dispone el estado natural del hombre, el Estado no es ninguna institución que surja del propio fin del hombre para ayudarle a alcanzar su perfección sino un simple medio para dominar las pasiones que perturban la paz social[305]

Por último, Hobbes cree que el conocimiento se funda en la experiencia, en lo empírico, así que pone aten-

[303]Ibid. p. 133.
[304]Ibid. p. 136.
[305]CASTILLO, Melquiades, *Filosofía del Derecho, Ediciones Edigraf S.A., pp. 31.*

ción a la instrucción del hombre para confrontar la realidad.

f.- Locke[306](1632-1704).-

O "El Derecho como fundamento de la Constitución (Locke- Montesquieu)". (Friedrich.

Para Mariano Grondona Locke es quien representa al padre del Liberalismo. En este pensador se expresa una nueva concepción del poder y por ende del Derecho. ¿Dónde está el origen del Poder? ¿En la Iglesia -lo divino-, en la naturaleza -como lo propone Aristóteles-? Locke, tomando el contrato social de Hobbes, dice que el poder, su origen está en cada hombre. ¿Se humaniza el poder? ¿se socializa? mejor, se hace consciente en cada persona. Todos tenemos algún poder, y todos intervenimos de alguna manera en la construcción del Derecho.

El poder deja de tener un origen místico, religioso o de la naturaleza, y se centra en el individuo, "el origen del poder somos nosotros mismos", "Tu tienes tanto poder como yo te he dado". Locke plantea el paso de una Monarquía absoluta a una Monarquía parlamentaria, plantea una revolución. El poder perdería su carácter exclusivo y hereditario para convertirse en general.

[306] Locke, inglés, es el uno de los mayores representantes del empirismo, la doctrina filosófica que se desarrolla en Inglaterra en parte del siglo XVII y el siglo XVIII, y que considera la experiencia como la única fuente válida de conocimiento. Locke cursó estudios de teología, química y medicina en Oxford. Allí entró en contacto con la doctrina escolástica y la teoría de Descartes. Es la formulación clásica del empirismo inglés. Parte del principio de que todo conocimiento, incluso el abstracto es adquirido, y se basa en la experiencia, rechazando las ideas innatas. Escribió : *Ensayo sobre el entendimiento humano, Tratado sobre el gobierno civil, La racionalidad del cristianismo.*

¿qué significa esto? Que los orígenes divinos y por naturaleza del Poder son derrumbados.

Desde la concepción de Locke, el poder proviene de los propios individuos, que con el objeto de tener paz y seguridad ceden parte de su poder para convivir mejor, "Ya no hay elementos religiosos ni despóticos en el poder. Lo que hay es el derecho de cada hombre, que cede libremente cierto poder a un gobierno para que garantice la vida en sociedad"[307].

Locke trata la división de los poderes que había sido planteada ya por Montesquieu[308]. Cree en Dios y en la propiedad. Cree que Dios nos dio la tierra a todos colectivamente, pero entonces ¿cómo existe la propiedad privada? Locke cree también en la legitimidad de la propiedad privada, y la fundamenta explicando que la extensión de la propiedad, es decir añadir su valor agregado a algo por mérito del trabajo, hace que ese algo extendido nos pertenezca. La propiedad viene a ser, entonces, el producto de nuestro trabajo. Eso cree Locke. A diferencia de Aristóteles que condenó toda propiedad que excediera los límites de lo necesario. La moneda por lo tanto pervierte al hombre porque permite la acumulación de la riqueza, el hombre empieza a vivir para lo que tiene, por lo tanto, pervierte lo natural. Locke no cree que el acto de acumular riquezas sea

[307] Escribe Mariano Grondona, en su libro *Los pensadores de la Libertad*, pág. 16.

[308] Montesquieu plantea que *"Para que no se pueda abusar del poder, es preciso que el poder detenga al poder". "Estudia al Derecho cuál es, como componente del ambiente histórica y en el que el hombre vive y que debe tenerse en cuenta para las leyes jurídicas nuevas. Por eso la misión del legislador es comprender e interpretar la "naturaleza", el "espíritu general de su pueblo". Se le ha llamado el padre del Constitucionalismo."* / Castillo, Melquiades, *Filosofía del Derecho,* Ediciones Edigraf S.A., pp. 35.

malo, pero la creación de la moneda y su consecuencia tienen una serie de fenómenos. La acumulación de riqueza por ser bienes no perecibles hacen indefinida la posesión, propiedad y la desigualdad funciona en ese mecanismo de acumulación, sólo que la gente misma ha creado ese sistema. Al aceptar la creación de la moneda se crea también la desigualdad conscientemente y tácitamente admitida.

Otra preocupación de este filósofo fue cuál era el origen del conocimiento humano, porque sabe que de acuerdo a lo que conocemos y cómo lo conocemos debemos o vamos a actuar. Es nuestra concepción del mundo lo que determina nuestra conducta. Escribe un libro llamado "Ensayo sobre el conocimiento humano", donde se pregunta: ¿cómo obtiene el conocimiento el ser humano? El responde, contradiciendo a Descartes, que el conocimiento necesariamente tiene que pasar por los sentidos, que nos dan una primera impresión, visión; luego, después de repetidas experiencias nos formaremos conceptos de las cosas. Es decir que los sentidos no son instrumentos inmediatos, sino que son instrumentos mediatos.

Locke era un inglés liberal, que quería aclarar ciertas dudas: la de los derechos naturales del hombre, el poder y su división, su origen, la libertad, la riqueza, el origen de los conocimientos, el Estado, el poder, etc.

Una de sus teorías consistía en que el hombre a fin de evitarse problemas y para preservar sus intereses, propiedades, había cedido parte de su libertad, de sus derechos para ponerlos en manos del Estado, del go-

bierno. El individuo en mérito a esta cesión había firmado un contrato con todos los demás para aceptar ciertas reglas de convivencia. El hombre busca su beneficio, es egoísta e individual, pero como quiere conservar sus propiedades decide egoístamente, ceder parte de su propiedad, de su derecho, al Estado, para que éste lo proteja; es así que el individuo le da al Estado el monopolio de castigar. Pero como advierte el peligro que supone la monopolización del poder cree en la división de poderes para controlar este poder cedido al Estado. La validez del Estado tiene que pasar por un mecanismo más: la aceptación de los individuos. Cada individuo debe dar su consentimiento para que lo gobiernen, esto es a través de las votaciones. Ya no cree en un solo poder divino, sino en su poder. Y así acepta la tiranía de la mayoría.

El Derecho del otro es sólo aquel que tú le has cedido, plantea Locke. Cree en los Derechos naturales del hombre que el Estado no crea sino reconoce, los cuales son: los derechos a la libertad, al trabajo, a la propiedad, etc. Admite la desigualdad de los hombres, que se ha derivado de la aceptación del dinero, que produce acumulación limitada de la riqueza, pero siempre y cuando no afecte a los demás.

Este es Locke, que rompe con toda la tradición Monárquica absoluta para creer en una Monarquía parlamentaria. Piensa que el egoísmo es el eje motor del crecimiento individual y -por extensión- crecimiento colectivo. Proyecta la división de poderes, perfila un Estado protector de los bienes colectivos, afirma y respeta la igualdad de sexos, es tolerante y lucha porque

la sociedad se conforme de acuerdo a un contrato social.

Locke, nos dejó con algunos conceptos liberales como que el poder proviene de cada uno. El Estado sólo podrá hacer aquellas cosas para la que le hemos dado poder, si excede en sus funciones estará rebelándose, volviendo a la guerra a la sociedad y se tendrá que reprimirlo, etc.

Locke toma el planteamiento del contrato de Hobbes, pero a diferencia de éste, no acepta el dominio absoluto del soberano sobre los ciudadanos. Los hombres al suscribir el contrato se reservaron ciertos derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad. El Estado no es absoluto, y que da en el centro el poder legislativo, "Locke sitúa al poder legislativo en el centro: es el poder supremo y decisivo, el ejercicio del cual determina toda cuestión de importancia."[309]. El lugar de la soberanía se ha asentado el poder constituyente: "...la filosofía jurídica de Locke está conformada por la idea de una legislación positiva, resultado de las decisiones de la voluntad. Din embargo, esta legislación encaja en un derecho constitucional al que se da una interpretación jurídica apositiva haciendo que provenga de la voluntad del pueblo. El lugar de la soberanía está ocupado por un poder constituyente, como fuerza legitimadora en la cual se funda el orden constitucional."[310]

[309]FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 154.
[310]Ibid. p. 152.

En la época en que vivió Locke, había ya habido intentos de regular el poder de los soberanos a través de Cartas Magnas y otras actas. Pero Fue con Locke que con sus teorías filosóficas sobre los derechos del hombre, en su Tratado sobre el Gobierno Civil[311], expone que el paso del estado de naturaleza al de sociedad se da por intermedio no de un pacto entre los individuos y el soberano, sino por un contrato entre los individuos. En este pacto, se da el consentimiento para dar la potestad de gobernar. El Derecho del soberano queda limitado, "..la autoridad política queda limitada por los derechos individuales, tales como el derecho a la aplicación estricta e igual de las leyes, el principio de justicia, la prohibición de impuestos abusivos, etc.[312]

g.- Rousseau (1712-1778).-

O "El Derecho como expresión de la voluntad general" (Friedrich)

Rousseau[313] fue un escritor, filósofo tardío, parece que empezó a escribir recién a los 32 años. Su influencia fue tan marcada que incluso Robespierre tenía bajo su almohada el libro "El Emilio"[314]. Dicen sus "Confesiones"[315] que trabajaba en una Notaría, del cual lo bo-

[311] Publicada en 1690.

[312] Du Pasquier, Claude, *Introducción al Derecho*, Ediciones Edinaf, pp. 190.

[313] Jean Jacques Rousseau nació en Ginebra en 1712. Hijo de un relojero protestante. Planteó la teoría de que los hombres hacen un contrato tácito.

[314] *El Emilio,* es el libro donde Rousseau toca el tema de la Educación., publicada en 1762. Aquí complemente las ideas acerca del estado natural de la humanidad y señala el camino para volver a ella. Una de las ideas claves es el método que tiene entre sus ideas claves la vuelta a la naturaleza del hombre. En "El Emilio" escribió su pensamiento sobre la educación, y es por esto que se le considera como padre de la pedagogía; sin embargo -valga la paradoja- se sabe que abandonó a sus hijos en un Auspicio.

[315] Cuentan que una vez le metieron en un cuarto, al cabo de unos instantes apareció una hermosa joven, muy, muy bella desnuda, que tenía un sólo defecto, casi imperceptible al deslumbramiento de su belleza, le faltaba un pezoncito. Rouseau al

taron. Le gustaban las matemáticas, caminar, componer operetas -aduciéndose compositor y maestro de música-, etc.

Pero uno de sus mayores aportes al pensamiento moderno fue su libro El Contrato Social[316], donde afirmaba que el mejor sistema de gobierno sólo podía provenir de un "contrato social", a través del cual las gentes cederían parte de su libertad para que el Estado los gobierne, pero el Estado les devolvería su libertad y sus derechos a través de normas que los ciudadanos hubieran otorgado el poder de dar.

El planteamiento fundamental de Rousseau es el siguiente: "El hombre nace bueno, pero la sociedad lo corrompe". El problema así planteado, proponía un imperativo primario: ¿Qué debería hacerse para mantener al hombre en ese estado? Rousseau respondía: Educarlo. Desarrollar el estado natural del hombre. Empezando por enseñarle al hombre la vida, la naturaleza y luego mas tarde a los 15 años promedio se le podría introducir en los libros; primero era necesario hacerles conocer la vida para luego hablarles de ello, "La idea de Rousseau era poner al niño en contacto directo

verla desnuda, tan linda, tan bella, se puso a llorar. No era que no le gustaban las mujeres, sino que le gustaban demasiado y su alma noble y sensible le venció en llanto.

316 El *Contrato Social,* publicada en 1762, es una obra considerada capital en la evolución histórica del derecho político, basada no sólo en la teoría que expresaba, sino en la influencia que ejerció en la época previa a la Revolución Francesa. El hombre en su estado de naturaleza hace un contrato tácito que da origen a la sociedad y el Estado. Hay acuerdo de voluntades, y el individuo se somete por libre consentimiento a las leyes emanadas de la voluntad general. Conceptos que serían los de la democracia y el sufragio universal. Sin embargo fue incomprendido y sus obras quemadas -en vida del filósofo- en plena plaza de Ginebra, ciudad a la que él nominaba como modelo. Al final de sus días terminó volviéndose paranoico, huyendo el resto de su vida.

con la vida, con la naturaleza, antes de llevarlo a concebir ideas acerca de la vida y de la naturaleza"

Propone que los hombres sean lo que puedan ser y no lo que la sociedad les impone ser. El hombre se desarrollará mejor si sigue sus instintos naturales y podrá ser feliz "Cada cual, según Rousseau, debe llegar a ser lo que puede ser. Para tal fin, los padres y maestros no deben manipularlos, sino ayudarlos a crecer."[317].

Rousseau piensa que el hombre ha nacido libre, pero en su condición natural, es decir de hombre sin normas y reglas, no podría conducirse y supervivir, puesto que en el orden natural el más fuerte sería el triunfador. Explicando la teoría de Rousseau, Claude Du Pasquier escribe: “El hombre ha nacido libre, pero el estado de naturaleza no podría ser mantenido, pues ello sería el triunfo del más fuerte. Para su protección mutua los hombres están obligados a asociarse. Pero ¿cómo? El problema consiste en “hallar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por la cual, cada uno, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes”.”[318]

Esta forma es a través del Contrato Social, que permitirá a los hombres depender de sí mismo, pero a la vez otorgar poder a un Estado soberano que se encar-

[317]BARYLKO, Jaime. *La Filosofía, Una invitación a pensar.* Argentina. Planeta. 4ta. Edición, 1997. p. 142.
[318]DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*, Editorial Edinaf, pp. 191.

gue de proteger los derechos de los ciudadanos. El Estado formado tendrá como fin el bien común. Hay que cumplir, además, con la voluntad general, que será el sustento de la formación y conservación del Estado. El Derecho positivo está dirigido a realizar automáticamente la utilidad pública. El Estado tiene poder absoluto sobre el individuo, pero el individuo sólo ha cedido la parte de su derecho que interesa a la comunidad, que es en beneficio del bien común.

Rousseau explica que el hombre en un principio, en el estado de naturaleza, vivía libre y era bueno, pero con la civilización se corrompe dicho estado natural. Al imponerse los hombres fuertes sobre los débiles y cercar sus tierras, expresando su posesión, se dio inicio a la propiedad y a la infelicidad. Es el inicio de la desigualdad. Para remediar estos males, era preciso retornar al estado de naturaleza, como ya lo dijimos, pero como no es posible, establece un medio que garantice la seguridad de todos, este es el Contrato Social, como ya también lo dijimos. Este sin embargo fue una afirmación de la necesidad racional de ordenar jurídicamente a los hombres. Es esta la razón de ser del Estado. La ley, es por su parte, la expresión de la voluntad general, no un mandato arbitrario. Y los mandatos arbitrarios no son legítimos, puesto que no se fundamentan en la voluntad general, que se expresa a través de la ley. La importancia y relevancia de la ley, se desprende de la teoría de que el sometimiento de los hombres a las leyes, hace a los hombres libres, por ser

estas leyes sólo manifestaciones de la voluntad general.[319]

Por otro lado, pero sobre el mismo tema, Rousseau sostiene la teoría de que el progreso ha desviado al hombre de sus primarios instintos naturales (de ser un hombre bueno por naturaleza), así:

"En 1750 publica el Discurso sobre las ciencias y las artes, premiado por la Academia de Dijón. Sostiene en él que el progreso no ha mejorado a los hombres (tesis contraria a la del enciclopedismo); por el contrario, ha corrompido las costumbres, estimulando el egoísmo y la injusticia social."[320]

Para Rousseau el Derecho es el centro de la vida social, y piensa que una sociedad sin leyes no es, en último análisis, una verdadera comunidad.[321]

h.- Hume (1711-1776).-

Hume[322] está considerado dentro de la corriente Empirista, junto con Berkeley y otros. Es quien más influye en un pensador clave para el pensamiento jurídico Enmanuel Kant.[323].

---

[319] CASTILLO, Melquiades, *Filosofía del Derecho,* Editorial Edigraf S.A., pp. 37.

[320] *Diccionario de la literatura universal,* Muchnik Editores, p. 378.

[321] FRIEDRICH, C.J. *La filosofía del Derecho,* Ediciones del Fondo de Cultura Económica, 181.

[322] Escribe de Hume Julián Marías, y dice que "*Nació en Escocia ... Estudio derecho y filosofía; residió varios años, en diferentes ocasiones, en Francia, y tuvo una gran influencia sobre los medios enciclopedistas y de la Ilustración... Su obra más importante es el Treatise of human nature (Tratado de la naturaleza humana)."/* Marías, Julián, *Historia de la filosofía,* Ediciones Revista de Occidente, pp. 249.

[323] "Somos los herederos de Hume. Y también los de Nietzsche,... Se nos mezclan tradiciones del pasado que no se resignan a retirarse de escena, con percepciones del presente. Queremos ser nosotros mismos, aunque de acuerdo con el empirismo, con Hume, tal "uno mismo" es una ilusión, una ficción. Luchamos por ser ese yo único y absoluto y no logramos serlo, porque somos todos los seres que estamos siendo, que estamos estando. Y cuando descubrimos que estamos crea-

Hume, que vivió en el tiempo de la Ilustración. no cree en la validez de la causalidad. Explicando esto, Villoro escribe: "De igual manera nos equivocamos si atribuimos al orden de las cosas la idea de la causalidad: entre las cosas no hay más relaciones que las de contigüidad y sucesión, y lo que llamamos "causa" no es más que "un objeto, seguido de otro, de tal suerte que los objetos similares al primero van seguidos por los objetos similares al segundo";... "todos nuestros razonamientos relativos a las causas y a los efectos se derivan del hábito" La costumbre cuelga la ilusión de necesidad a lo que no son más que meras sucesiones de acontecimientos."[324].

Agrega a sus dudas, este pensador, la de la existencia de la Libertad. No cree en ella. Para él no existe libertad, y, otra vez -según Villoro- explica, "No existe la libertad, porque, para poder escoger entre dos o más alternativas, sería necesario que existiera alguien, una mente, que escogiera, y ya hemos visto que la mente no es más que una sucesión de estados mentales; lo que llamamos "libertad" no es más que "un poder de actuar o no actuar de acuerdo con las determinaciones de la voluntad", poder que consiste, no en decidir internamente (pues no hay quién decida), sino en no estar obstaculizado externamente como lo están los prisioneros en cadenas."[325]

dos así, de pequeños mosaicos que no encajan bien los unos con los otros en un diseño total, sufrimos" / BARYLKO, Jaime. *La Filosofía, Una invitación a pensar.* Argentina. Planeta. 4ta. Edición, 1997. p. 151.

[324]VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de filosofía del Derecho,* Editorial Porrúa S.A., pp. 187.

[325]Ibid. p. 187.

Hume cree que todo eso, la libertad y la causalidad, sólo son ficciones creadas por la mente humana para ordenar el mundo. Ficciones que se asocian al hábito y a la rutina.[326].

Hume considera necesario ordenar los conceptos y pensamientos que fueron confusos y que habían quedado viejos, obsoletos. ¿cuál es su propósito? Llegar a las percepciones inmediatas de la vida, las reglas de conducta deben salir de la praxis, de la vida cotidiana, no contrarias a ellas.

A este agnóstico pensador el orden de las ideas y pensamientos es lo que le preocupa. Se revela contra el pensamiento racionalista que supone a la razón como la que se encarga de distinguir entre el bien y el mal. El dice que no es así, que la razón no decide qué es bueno o malo, sino son los sentimientos. No somos solo razón, además sentimos, es el motor que nos hace ayudar a los demás y concederles una nueva oportunidad.

En este sentido, el Derecho no podría ser solo positivo, sino visto dentro de una perspectiva diferente, más abierta y real.

[326] "Volviendo a Hume, la realidad es todo lo que es, pero ese todo lo que es, y que está ahí, no tiene principio, ni orden, ni fin, ni conexión alguna. Desde la perspectiva de Foucault, podemos percibir cuan grande fue la revolución de Hume al atacar las ficciones que la mente construye sobre la realidad para tenerla ordenada y coordinada, es decir dominada."/ BARYLKO, Jaime. *La Filosofía, Una invitación a pensar.* Argentina. Planeta. 4ta. Edición, 1997. p. 149.

i.- Kant (1724-1804).-

O "El Derecho como expresión de la voluntad general" (Friedrich).

El pensamiento jurídico de Kant[327] es de transcendental importancia para la evolución del Derecho, "Entre Aristóteles y nosotros se encuentra el pensamiento de Kant" explica Trazegnies. Este pensamiento kantiano dejó una fuerte influencia en el Derecho. Kant fue un filósofo[328] profesional, hijo de un guarnicionero y su

[327] *"Immanuel Kant nació en Königsberg en 1724 y murió en la misma ciudad en 1804, después de haber pasado en ella toda su larga vida. Manuel Kant fue siempre un sedentario y no salió nunca de los límites de la Prusia oriental, y apenas de Königsberg. Era de familia modesta, hijo de un guarnicionero, criado en un ambiente de honrada artesanía y de profunda religiosidad pietista. Estudió en la Universidad de su ciudad natal, ejerció la enseñanza privada y luego participó en las tareas universitarias; pero solo en 1770 fue nombrado profesor ordinario de Lógica y metafísica. Hasta 1797 permaneció en su cátedra, que abandonó por su vejez y debilidad siete años antes de morir. Kant fue siempre de salud muy delicada, y a pesar de ello tuvo una vida de ochenta años de extraordinario esfuerzo. Era puntual, metódico, tranquilo y extremadamente bondadoso. Su vida entera fue una callada pasión por la verdad." /* MARÍAS, Julián, *Historia de la Filosofía,* Ediciones Revista de Occidente, pp. 275,276.

[328] Pero para comprender su pensamiento filosófico, hemos de tener unas nociones previas:

"Según Kant hay dos concepciones de la filosofía:
- la filosofía desde el punto de vista académico,
- la filosofía desde el punto de vista mundano.

Desde esta perspectiva, la filosofía ha de perseguir estos objetivos:
- Buscar los principios y los límites del conocimiento del mundo natural. O sea, "¿Qué puedo conocer?". Para resolver esta cuestión utilizamos la metafísica, y es respondida por Kant en su libro Crítica a la razón pura.
- Buscar o elaborar una serie de principios que fundamenten nuestro conocimiento práctico; se trata pues de un planteamiento más bien de carácter moral.

Se trataría de responder a la pregunta "¿Qué debo hacer?", cuestión que es resuelta en la moral kantiana a través, sobre todo, de su libro Crítica de la razón práctica.
- Examinar otros principios -como la existencia de Dios, la inmortalidad del alma, etc. - que han sido temas frecuentes en la tradición filosófica y que muchas veces han quedado sin respuesta: es la pregunta "¿Qué me cabe esperar?".

Estas tres cuestiones no están aisladas, sino que hay una ínfima relación y están perfectamente conectadas con la esencia de la Ilustración. Se pueden resumir en una sola pregunta:

¿Qué es el hombre?

El pensamiento de Kant, a través de estas cuatro preguntas, representa la cumbre de la Ilustración."

ambición era más bien la de un apacible sujeto dedicado a sus libros y a la maestría.

¿Qué piensa Kant? El cree que tanto la razón[329] y las percepciones (los sentidos) tienen validez pero también equivocaciones.

Kant cree que todos tenemos la capacidad de razonar "razón práctica" que en cada momento nos dirá lo que está bien y lo que está mal. De ahí que la capacidad de distinguir el bien del mal sean para él algo innato. Y nos propone que "siempre debes actuar del modo que al mismo tiempo desees que la regla según la cual actúas pueda convertirse en una ley general"

Kant escribe varias obras que se inician con la palabra "crítica", de la razón pura, de la razón práctica, del juicio. El entiende que todo el pensamiento anterior partía de ideas absolutas y postula que hay que dudar hasta de los fundamentos de lo cognoscitivo. En sus obras trata sobre la verdad, el bien ético y la belleza. Parece advertir que las ciencias avanzan descubriendo su ritmo, es por este método que pretende descubrir el pensar jurídico.

Su teoría sobre el bien y el mal se deciden por imperativos categóricos, "Kant diseñó una ética formal o formalista. Eso significa que no daba recetas, no decía qué es bueno hacer y qué es malo. No aseguraba que hallaríamos un bien ulterior si obrábamos de acuerdo

[329] Kant formado en el racionalismo, comienza a dudar del valor de la razón al leer a Hume, planteándose el problema del valor y los límites de ésta. La filosofía kantiana, pues, supone una síntesis del racionalismo y del empirismo.

con el deber. Lo bueno y lo malo se deciden, según la ética Kantiana, por la regla que llamó el imperativo categórico[330]. "Categórico" significa incondicionado. El imperativo condicionado es hipotético"[331]. Este pensador piensa que lo categórico es hacer las cosas, no por sentido de conveniencia o condición: "Yo te hago este favor a cambio de...". El imperativo categórico supo hacer las cosas sin ninguna condición, por el simple placer que te produce hacer algo. El imperativo condicionado, se expresa según terminología "por condición".

Para Kant las consecuencias no tienen que representar al acto querido. Lo importante es la intención, no el resultado. El bien no está en los hechos a posteriori, sino en la voluntad. "El Bien está en la voluntad, responderá Kant. Si la voluntad se somete puramente al imperativo categórico, aunque luego la acción le salga mal, sigue siendo ética. Lo ético es, pues independiente

[330] Kant había dividido a los imperativos en dos: imperativo hipotéticos (o condicionales), y los imperativos categóricos (o absolutos). Los imperativos categóricos tienen la característica de ser mandamientos éticos incondicionales, como si lo ordenado fuese un bien en sí. Ahora bien, Kant ha desarrollado diversas formulaciones del imperativo, clasificadas -según explica Ferrater Mora- así: "*I) "Obra sólo de acuerdo con la máxima por la cual puedas al mismo tiempo querer que se convierta en ley universal" (fórmula de la ley universal); II "Obra como si la máxima de tu acción debiera convertirse por tu voluntad en ley universal de la Naturaleza" (fórmula de la ley de la Naturaleza); III) "Obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu propia persona como en la persona de cualquier otro, siempre a la vez como un fin, nunca simplemente como un medio" (fórmula del fin en sí mismo); IV) "Obra de tal modo que tu voluntad pueda considerarse a sí misma como constituyendo una ley universal por medio de su máxima" (fórmula de la autonomía); V) "Obra como si por medio de tus máximas fueras siempre un miembro legislador en un reino universal de fines" (fórmula del reino de los fines)."*

Estos imperativos categóricos de la doctrina kantiana, han sufrido ciertas críticas y observaciones, como el de ser acusadas de muy rigoristas, por la universalidad de la que la revisten, e insuficientes, "...*el imperativo categórico es un imperativo de la razón, que puede ser contrario a los imperativos de la vida."* / FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía Abreviado,* Editorial Sudamericana, pp. 215.

[331] BARYLKO, Jaime. *La Filosofía, Una invitación a pensar.* Argentina. Planeta. 4ta. Edición, 1997. p.162.

de las consecuencias y de los condicionamientos exteriores"[332]

En este orden de cosas el Estado no puede limitar su función a la protección de la libertad de los individuos, sino que tiene que realizar el bien común. Este será su principal función. Sin embargo, el sistema Kantiano, no realiza una operación integral respecto de ciertos elementos culturales y costumbristas de la sociedad. Hay entonces observaciones al pensamiento Kantiano, por ejemplo, "para Ahrens el sistema Kantiano es demasiado abstracto en su generalidad y descuida los elementos que están en la cultura y en las costumbres de un pueblo. El rol del Estado no puede limitarse a proteger la libertad de los ciudadanos, sino que tiene que realizar el Bien".

Por otro lado, José Silva Santistevan, expositor de la línea liberal "admira a Kant y considera que su doctrina "ejerció la más benéfica influencia en las reformas sociales del último siglo y del presente, y puede considerarse como la madre del liberalismo".[333] Sin embargo Silva Santistevan no se deja enceguecer por su admiración a Kant y observa que las grandes aberraciones del liberalismo se deben también a Kant.

Volviendo al tema jurídico, diremos que el pensamiento positivista jurídico, tiene en este autor uno de sus influyentes, "Kant representa una puerta de acceso

[332]Ibid. p. 164.
[333] Ibid. p. 102.

al positivismo jurídico. Sin embargo, Kant constituye también una de sus puertas de salida"[334].

En el orden del Derecho civil, la familia, mejor dicho, la idea de la familia se afirma en este pensador. Siendo así que más allá de eso, "Kant es un miembro prominente de la "familia": sus planteamientos serán utilizados por sus continuadores para estructurar una versión muy inteligente del liberalismo. Pero su posición -así como la de su inspirador político Rousseau- es muy difícil. Aun cuando Kant y Rousseau son miembros de la familia, ponen en cuestión todos los valores familiares; sus fundamentaciones muchas veces parecen dudas antes que defensas de la filosofía liberal."[335]

Kant cree que el proceso mental más idóneo para avanzar, progresar es el **estudio crítico** de nuestras facultades cognoscitivas. Descubrir el pensar jurídico. "hay que descubrir el pensar jurídico, en cuanto diferente de otros modos de pensar o de conocer y en particular en cuanto diferente de la moral"[336]. Además, Kant cree que el Derecho es una ciencia del "deber ser"

Una de sus máximas centrales que convienen a la dirección jurídica social, y que a la vez revelan el pensar jurídico en Kant es: "obra de modo que la razón de tu acción pueda ser erigida en ley universal". Esto es un acto generalizante y abstracto. Alude que cada persona debe ser tratada como "un fin" y no un como un "medio", es decir que somos nosotros mismos el fin.

[334] Ibid. p. 239.
[335] Ibid. p. 288.
[336] VILLORO TORANZO, Miguel. *Introducción al estudio del Derecho*, pág 53.

En el campo cognoscitivo Kant se hace una pregunta: ¿cómo se puede saber? ¿cómo es posible una historia a priori? Y responde: "cuando el profeta hace y organiza él mismo los hechos que predice"; luego da un ejemplo cómo los judíos podían pronosticar la decadencia de su tiempo, de los políticos y dice: "Nuestros políticos dentro del radio de su influencia hacen lo mismo (o sea fabricar la historia a priori) y son igualmente felices en sus pronósticos. Dicen que hay que tomar a los hombres tal como son y no como los ignorantes presuntuosos o los soñadores bien intencionados imaginan que debieran ser. Pero en lugar de como son, más bien deberían decir: lo que hemos hecho de ellos por medio de una injusta coacción de pérfidas maquinaciones sugeridas al gobierno"[337].

En otro párrafo alude al problema del bien y el mal en el hombre. No es algo que podemos predecir, no es algo innato. El progreso no podemos predecirlo con certeza, "Si se pudiera atribuir al hombre una voluntad innata e invariablemente buena, aunque limitada, podría predecir con certeza este progreso de su especie hacia lo mejor; pues este progreso se referiría a una circunstancia que él mismo puede producir. Pero existiendo la mezcla del bien y del mal en nuestras disposiciones en una medida que ignoramos, él mismo no sabe qué resultado puede aguardar"[338]

[337]KANt, Enmanuel. *El conflicto de las facultades.* Editorial Losada, Buenos Aires, p. 102.
[338]Ibid. p. 107.

Hace una observación sobre el Estado y su evolución progresista, "También sería necesario que, de cuando en cuando, el Estado se retomase así mismo y, empleando la evolución en lugar de la revolución, progresara constantemente hacia lo mejor."[339]

Por otro lado Kant demostró la esencia de la ley de causalidad para todo pensar ordenado.[340].

Kant expresa su concepción del Derecho de la siguiente manera: "El Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales se puede armonizar el arbitrio de otro según una ley general de la libertad"[341].

De esta forma "el campo de la ciencia jurídica se reduce al estudio de las leyes positivas". Parece llegar a la conclusión de que el "Derecho es la norma positiva impuesta por la fuerza, y desde afuera, por los poderes públicos."

Desde otro enfoque, el subjetivo, Kant hace la observación de la existencia de un derecho ya existente, inherente al ser humano, y de un derecho adquirido, "Desde el punto de vista subjetivo, es decir considerado el derecho "como facultad moral de obligar a los demás", Kant distingue asimismo el derecho innato, que cada uno tiene de la naturaleza y que se resume en

[339]Ibid. p. 119.

[340] "Existe, todavía, otra posibilidad que consiste en el intento de lograr la hipóstasis de dos mundos radicalmente separados, es decir de separar en la naturaleza el mundo de las normas del mundo de los eventos, como lo hizo Kant (sistemas dualistas)." / C.J. Friedrich, "La filosofía del Derecho", pág. 17.

[341]VILLORO TORANZO, Miguel. *Introducción al estudio del Derecho*, pág. 55.

la libertad y el derecho adquirido, que resulta de un acto jurídico."[342]

Kant, hace, por último, una conceptualización del Derecho, que lo define desde el derecho natural y escribe que "El derecho, y por él hay que entender el derecho natural, es una acomodación racional de la libertad del sujeto con la de los demás; Kant lo define como "el conjunto de condiciones por las cuales el libre arbitrio del uno puede acordarse con el del otro, según una ley general de libertad"[343]

Pero además la coacción, como elemento característico del Derecho es puesto en relevancia, "Kant ha puesto igualmente de relieve el elemento coacción que caracteriza al derecho."[344]

Hay también en Kant un trascendental concepto, el de la libertad, esta libertad que hace al hombre un fin en sí mismo, "... la importancia que reconoce Kant al elemento de libertad y su idea de que el hombre es "un fin en sí", le dan una cierta orientación."[345]. El hombre como un fin en si, es ya un elemento constitutivo de la modernidad. El hombre, es tomado como centro, y no como complemento. La posición es de dentro para afuera. Y la exaltación del hombre como creador de toda concepción jurídica esboza una de las bases de la modernidad.

En relación a la distinción que existe del Derecho Natural del Derecho Positivo Kant expresa que "Son

[342]DU PASQUIER, Claude, *Introducción al Derecho,* Editorial Edinaf, pp. 194.
[343] ibid. p. 194.
[344] Ibid. p. 195.
[345] Ibid. p. 195.

naturales las reglas que la razón reconoce a priori, aún en ausencia de toda legislación exterior; son positivas las que emanan de un legislador."[346]

Tomando como referencia a Villoro, éste nos explica que Kant habría podido tomar dos caminos: el de la Crítica de la Razón Pura, "Kant podía construir su concepto del Derecho sobre el camino trazado en la Crítica de la Razón Pura. Para ello debía considerar al Derecho como un echo perteneciente al reino del ser, un hecho que hay que explicar de acuerdo con los esquemas a priori del pensar jurídico. Es el camino del formalismo lógico, que tiene por meta la distinción del pensar jurídico de todo otro modo de pensar"[347]

Pero también podía seguir el camino que se proponía por la Crítica de la Razón Práctica, que "...consistiría en ver en el Derecho sólo un deber ser. (...) No sólo se trataba de distinguir entre el pensar jurídico y otros tipos de pensar, sino de comprobar esa diferencia en la diversidad de los postulados del deber ser"[348].

Parece ser que no logró consolidar su pretensión, puesto que se muestra vacilante e inseguro.

Kant quería salvar la libertad del hombre de las guerras del Estado, esto fue a consecuencia de Rousseau, que hizo cambiar la hegemonía del concepto de la inteligencia al de la libertad. Fue por Rousseau que Kant empieza a creer como prioridades elevadas a la liber-

[346]Ibid. p. 194.
[347]VILLORO TORANZO, Miguel. *Lecciones de Filosofía,* Editorial Porrua S.A., pp. 345.
[348] Ibid. p. 345, 346.

tad y a la moralidad, y su concepto del Derecho se orienta hacia aquellas valoraciones, con la clara distancia que deja entre moral y Derecho. "En defensa de la libertad, Kant se esfuerza en convencernos que el Derecho es una especie de la Ética en sentido amplio, que pertenece al reino del deber ser y que es formulado a priori por la Razón Práctica. De allí el principio general o ley universal del Derecho, que Kant resume así: "Obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal."."[349]

Pero, además, haciendo una distinción entre el pensar jurídico y el pensar ético, se llegará a que "el Derecho, además de ser externo, "está unido a la facultad de coacción", de suerte que "el Derecho estricto puede ser representado también como la posibilidad de una coacción recíproca general coincidente con la libertad de todos, según leyes universales"."[350]

No obstante, hay que mencionar que hay en Kant una consideración del Derecho Natural como orientador del Derecho Positivo, y que el legislador puede usar de la razón para llegar al descubrimiento de un Derecho justo.

Por lo concerniente a la distinción, y distancia que hace Kant del Derecho y la Moral, estos son los criterios que usa para tal distinción según Villoro: "1)El Derecho pertenece al reino del ser. "El Derecho se ocupa sólo del mundo físico, esto es, el efecto extrínseco del

[349] Ibid. p. 347.
[350] Ibid. p. 347, 348.

obrar. En cambio, la Moral pertenece al deber ser. (...); 2) El Derecho es externo, en tanto que la Moral es interna. (...); 3) El Derecho se reduce al Derecho Positivo. (...); 4) El Derecho es heterónomo, por oposición a la Moral que es autónoma.(...); 5) El Derecho, a diferencia de la Moral, es esencialmente coercitivo."[351]

Esta intención de diferenciar el Derecho de la Moral es trascendental en la filosofía Kantiana, puesto que influye determinantemente en la concepción del Derecho posterior.

Otro esfuerzo, fallido, en Kant es el de querer construir y fundar el Derecho sobre la conciencia del hombre. La teoría de Kant tiene, sin embargo, algunas críticas, "Según Kant, el Derecho se refiere sólo al aspecto del obrar, esto es, debe considerar tan sólo si una acción se ha cumplido o no, prescindiendo de los motivos que la han determinado. Esta concepción mecánica del Derecho, que por otra parte no es nueva (recuérdese la teoría de Thomasius), resulta insostenible, porque el Derecho no prescinde totalmente de los motivos. Se puede observar que si Kant hubiese sido jurista, se habría dado cuenta de la importancia y del alcance del animus en todas las ramas del Derecho, y se habría abstenido de fundar la distinción entre Moral y Derecho sobre aquellas premisas. Si bien el Derecho observa una cierta laxitud en cuanto a las motivaciones, esto no significa que deje de considerar en absoluto el elemento psíquico. No sería posible una valoración jurídi-

[351] Ibid. p. 349, 350.

ca de acto alguno sin desembocar en cierto modo en los motivos."[352]

Por último, siguiendo aún a Villoro, expondremos el hecho de que Kant fue decisivo en la nueva concepción que se tendría sobre el Derecho, y el sentido que se direccionaba para configurarlo, por ejemplo, la Distinción entre Moral y Derecho, el principio de la libertad como eje del planteamiento jurídico, la formulación de la razón para conseguir llegar a cierta justicia, etc., "El liberalismo del siglo XIX se alimenta de ideas kantianas: separación de Moral y Derecho, primacía del individuo acompañada del desconocimiento del bien común, culto racionalista de las leyes."[353]

j.- Hegel.-

O "El Derecho como expresión del Espíritu" (Friedrich).

Hegel[354] pensaba que "la verdad es subjetiva"; que la verdad es obtenida por la razón humana. Hegel sabía la función que habían tenido anteriores filósofos. Todos ellos -Descartes, Spinoza, Hume, Kant, etc.- habían buscado y creído encontrar o pronunciarse sobre las "condiciones eternas del conocimiento", que el hombre mutua las bases de su conocimiento de acuerdo a la época, etc. "Hegel opinó que eso era imposible. Pensaba que la base del conocimiento humano varía de generación en generación. No existe ninguna "verdad eterna". No existe ninguna "razón eterna". El único punto fijo al

[352] Ibid. p. 353, 354.
[353] Ibid. p. 354.
[354] Su nombre completo es Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Vivió en pleno auge del Romanticismo. Nació en Stuttargt 1770, colaboró con el romántico Shelling y murió de cólera.

que puede agarrarse el filósofo es la propia historia"[355], expresaba.

¿Qué le hacía pensar así? Hegel pensaba en un punto fijo de la historia, el pasado, que es a su parecer lo único que tenemos, "Lo único que tenemos es lo que hemos perdido" dice Borges.

Hegel cree en el movimiento, en que nada es eterno; todo el tiempo, la eternidad se da en ese momento, son solo horas, minutos, segundos, cada segundo es su eternidad, todo está en movimiento, todos los pensamientos son ciertos en diversos tiempos, nunca eternamente. "Todos los pensamientos que vienen "manando" de las tradiciones de personas que han vivido antes que tú, y las condiciones materiales que rigen en tu propia época, contribuyen a determinar tu manera de pensar. Por lo tanto, no puedes afirmar que una determinada idea sea correcta para siempre. Pero puede ser correcta en la época y el lugar en que te encuentras."[356]

Era la historia la que podría determinar los conceptos morales, "sólo se puede ser bueno o malo en relación con un contexto histórico". Y es sólo a través de la historia que se puede trabajar con estos elementos.

Hegel entendió a la razón como un proceso, un elemento en constante dinamismo, evolución. Y la verdad es también un proceso histórico, "Hegel señaló que la

[355] GAARDER, Jostein. *El mundo de Sofía.* Madrid, Ediciones Siruela /Grupo Editorial Norma, 1995. p. 441.
[356] Ibid. p. 441.

razón es algo dinámico, por no decir un proceso. Y la "verdad" es ese proceso en sí. Porque no existe ningún criterio fuera del propio proceso histórico que pueda decidir lo que es lo más "verdadero" o más "razonable"[357], es decir que no hay nada eterno, cierto o verdadero eternamente; las verdades se ubican en el tiempo y se quedan embrocados en partes del tiempo; la realidad es así dialéctica, "Si la realidad es dialéctica, también lo es el método de Hegel. La dialéctica enseña en efecto, que nada es; todo está siendo, y ser es contradecir un ser anterior y ser el túnel que conduce a un nuevo ser posterior"[358], Por lo cual la razón resulta siendo progresiva, el conocimiento del hombre está en un dinamismo continuo, progresivo. Hegel ha observado la evolución dialéctica de las contradicciones de las ideas y las sugiere afirmativas y negativas.

Hegel cree en el avance que se produce por efecto de la historia. La historia permite percibir, percatarse de la evolución humana. De esa larga cadena de reflexiones.

Los efectos que hunden al hombre en el estado deplorable, se debe a las pasiones, parece explicar, entonces lo mejor sería despojarse de las pasiones, del sí mismo.

Por otro lado la dialéctica tiene un efecto afirmativo, creador, "La contradicción desarrolla el ser, no lo anula; lo hace crecer." dice Barylko "Crecer es negar lo an-

[357] Ibid. p. 442.

[358] BARYLKO, Jaime. *La Filosofía, Una invitación a pensar.* Argentina. Planeta. 4ta. Edición, 1997. p. 179.

terior a favor del futuro" "la filosofía cumple la función de reflejar su tiempo, en ser conciencia de los valores vigentes y de las modalidades que el espíritu toma de cada época".

La Dialéctica es el método que Hegel plantea. Así describe que el asunto de la negación y la negación de la negación, se convierte en una especie de triada que tendría su fundamento en la historia. A estos tres puntos de despegue los llama "Tesis", "Antítesis" y "Síntesis". La Tesis es la afirmación de algo; la Antítesis la negación de la Tesis, y la Síntesis la negación y afirmación de la Tesis y Antítesis. Era un ciclo que se repetía incesantemente. Este sería el método como la historia evolucionaría. Así la realidad se presenta contradictoria, pero esto no lo niega, sino que la empuja a avanzar, "La razón de Hegel es una razón dinámica. La realidad está llena de contradicciones y por lo tanto también una descripción de la realidad tendrá que estar llena de contradicciones"[359].

Por otro lado la importancia del Estado no se limita en individualidades, sino en generalizaciones, "Según Hegel el Estado es algo "más" que cada ciudadano. Es incluso más que la suma de todos los ciudadanos. Según Hegel no es posible, por lo tanto, "darse de baja en la sociedad"[360]

Hegel considera al Derecho dentro del marco de la moral, y su filosofía del Derecho es contraria a la de

[359] GAARDER, Jostein. *El mundo de Sofía.* Madrid, Ediciones Siruela /Grupo Editorial Norma, 1995. p. 449.
[360] Ibid. p. 451.

Kant. "El derecho es, pues, para Hegel, el medio por el cual la libertad resulta posible, ya que proporciona a la ley el orden dentro del cual puede actuar, y es esto lo que le da significado"[361].

El eje sería el Estado y ya no la libertad. "Tomando una posición contraria a Kant, Hegel coloca el eje del derecho no ya en la libertad humana sino en el Estado. Negándose a diferenciar lo racional y lo real, ..."[362]

Por esta concepción el Estado tendría una función y fuerza civilizadora. Esta sería su misión principal. El estado se apoya en la voluntad de poder.

k.- Marx.-

O "El Derecho como ideología de clase" (Friedrich).

"El Derecho es la voluntad de la clase dominante erigida en ley". Mucho se ha hablado de él, pero la historia lo ha absorbido y relegado al pasado, con la anulación de la teoría del Estado Socialista, como fin último de la historia.[363]. Sin embargo muchos han hablado de la humanidad[364] que poseía este filósofo, y todos con-

[361] FRIEDRICH, Carl Joachi. *La filosofía del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 200.

[362] DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho,* Ediciones Edinaf, pp. 200.

[363] Sin embargo, Ribeyro creía que Marx puede volver, en gracia a aquella teoría de que la historia es circular no lineal, es decir: el eterno retorno. Marx, paradigma por mucho tiempo, mito y provocador de sentimientos revolucionarios ha muerto como panacea social.

[364] Dicen, algunos autores biográficos, que Marx se pasaba horas y horas en la biblioteca; era el primero en entrar y el último en irse. Acompañado de su esposa cedió sus fortunas (la heredada por su esposa) a la obra de la clase trabajadora, a pesar de su modestísima y pobre condición económica. En su cuarto -lleno de humo y pensamientos- escribía sus obras. Le llamaban Moloch (diablo) y en su habitación se podían ver algunos surcos circulares hechos por su caminar continuo. Fumaba tanto que (a falta de dinero para comprar cigarrillos juntaba los puchos que encontraba por la calle, los unía y se los fumaba. Aparte de este vicio era muy queren-

cuerdan en que fue un gran hombre que revolucionó el concepto del mundo y de las relaciones sociales y jurídicas.

Marx fue un ídolo, un mito. Una gran esperanza de los pobres por dejar de ser, una gran utopía, un gran hombre pero al mismo tiempo un gran ingenuo. Pensaba en la comunidad de los hombres. Planteaba la teoría de la plusvalía[365]. Creía que los trabajadores eran explotados y tenía razón; creía en la repartición igualitaria de la riqueza y en que el capital debería ser mejor distribuido, pensaba que la fuerza de trabajo añadía al producto un nuevo valor, y esto haría merecedor de un nuevo sistema de repartición de la riqueza, a través del trabajo. Ese era Marx, un gran ingenuo que creía en la igualdad, y en la buena voluntad de los hombres.

Marx tomó como punto de partida a Hegel, pero contradijo su teoría del "Espíritu universal", el idealismo Hegeliano. Era hora de hacer algo más al respecto del mundo, la desigualdad no podía continuar. Era necesario cambiar al mundo y no sólo interpretarlo como hacen los filósofos, de varios modos[366]. Marx se ocupa de la historia, sociología y economía, que son para él lo más importante y necesario para entender el mundo y cambiarlo. Escribió mucho, y su obra principal se denomina "El Capital" del cual la juventud pasada hablaba con vehemencia.[367]

dón de sus hijos y tuvo, eso sí, una gran mujer que asumió la responsabilidad de manutención de la casa mientras su esposo, Marx, trabajaba en su obra filosófica.

[365] Marx consideró plusvalía la diferencia del valor real de las riquezas producidas y el salario que el capitalista ha pagado al obrero, diferencia que resulta a favor del capitalismo.

[366] Dice Marx

[367] Sin embargo Ribeyro decía de ese libro que le resultaba pesado.

Sin embargo el Marxismo estaba más allá de Marx "De Marx se dice que se convirtió en marxista a mediados de 1840, pero más tarde también tuvo a veces necesidad de señalar que no era marxista."[368].

Marx pensaba que las condiciones materiales de la sociedad son en gran medida las que deciden cómo pensamos. El creía que los cambios eran creados por las condiciones materiales que empujaban a crear las nuevas condiciones espirituales, lo contrario de Hegel el cual pensaba que el espíritu universal empujaba a las condiciones materiales.

Marx inicia lo que luego se llamará la Sociología del conocimiento que consistía en que todo lo dicta la sociedad, los intereses de dominio. "Todo lo dicta la sociedad. La sociedad produce el conocimiento que más le conviene, es decir, que más le conviene a la clase que gobierna y que domina esa sociedad. Para Marx todo conocimiento tiene una finalidad que no es la verdad, sino el cuidado de los intereses de la sociedad. Los intereses de quienes dominan en la sociedad."[369].

Entiende más o menos así la consecuencia histórica de su tiempo, según Isaiah Berlin: "El orden burgués ha creado el proletariado, el cual es a la vez su heredero y su verdugo. Logró destruir el poder de todas las formas rivales de organización -la aristocracia, los pequeños artesanos y caudillos-, pero no puede destruir al prole-

[368]GAARDER, Jostein. *El mundo de Sofía.* Madrid, Ediciones Siruela /Grupo Editorial Norma, 1995. P. 480.
[369] Jaime Barylko, "La Filosofía, una invitación a pensar", pág. 189.

tariado porque éste le es necesario para su propia existencia, constituye una parte orgánica de su sistema y es así el gran ejército de los desposeídos a quienes, en el mismo acto de explotarlos, inevitablemente disciplina y organiza. Cuanto más internacional se torna el capitalismo -y a medida que se expande se hace inevitablemente más internacional-, tanto más vasta y más internacional es la escala en que automáticamente organiza a los trabajadores cuya unión y solidaridad eventualmente lo echará por tierra".

Cree que la evolución se dará así: la sociedad burguesa al crear al proletariado y organizarlo para sus fines, resultará volteado por este último, que se rebelará y será el gobierno del proletariado.

Marx llamó base de la sociedad a las condiciones materiales económicas y sociales de la sociedad; y super estructura de la sociedad a cómo se piensa, clase de instituciones políticas que se tienen, leyes, religión, moral, arte, filosofía, ciencia, "Marx reconoce que hay una relación recíproca o "dialéctica" entre la base y la supraestructura, y por eso decimos que es un materialista dialéctico"[370].

Entendía que lo que es bueno o malo está determinado por la clase dominante de la sociedad, y que el trabajo contribuía no solo a la producción sino a formar la naturaleza del hombre, existe una relación recíproca entre el cómo trabajamos y nuestra conciencia.

[370]GAARDER, Jostein. *El mundo de Sofía.* Madrid, Ediciones Siruela /Grupo Editorial Norma, 1995. p. 482.

La forma de trabajo en ese tiempo era tan grave como ahora pero más descarada, la paga escasa, los hombres tenían que trabajar doce horas o más, las mujeres que acababan de dar a luz trabajan en algunos lugares, parte de la paga era en aguardiente barato, las mujeres se veían obligadas a prostituirse, etc.

Pese a esto Marx creía en una sociedad sin clases, o comunismo, después de una dictadura del proletariado, en donde los medios de producción serían de todos, del pueblo, allí rendirán según su capacidad y recibirán según su necesidad.

Después de Marx el movimiento socialista se dividió; por un lado, en la parte de Europa occidental estaba instalándose la social democracia, que creía en un acercamiento pacífico al socialismo. Por otro lado, el Leninismo, que abarca Europa oriental, Asia y África que creían que la revolución sería la que combatiría la división de clases.

Por otro lado, "La alienación" del proletariado, era para Marx un problema a resolver; piensa que el proletariado al trabajar tanto y hacer tantas cosas que no son para el, sufre una especie de frustración, trabaja demasiado para otros y es infeliz.

Con Marx se aclara o se pone en alto relieve el concepto del proletariado y los derechos que debería tener, no que tiene, sino que debería tener. Aquellos que sólo tienen su fuerza de trabajo que no tienen capital, pero que se tienen a sí mismos como fuerza de trabajo con el proletariado. Así que para variar esto afirma que

"sólo el cambio de la sociedad producirá nuevos hombres. El liberalismo considera que sólo el cambio de los individuos producirá una nueva sociedad" [371].

Por otro lado, este filósofo no creía en la religión y pensaba que sólo servía para adormecer a las masas, concentrándolas en Dios y el otro mundo, alejándolas de la realidad. El hombre se encuentra en un estado conformista. Además, Marx cree que es indispensable la desaparición de las clases sociales, y que el Derecho era una cuestión de intereses. "... el derecho no se orienta hacia la idea de justicia, sino que es un medio de dominación y un instrumento de los explotadores, que lo emplean en interés de su clase"

Por otro lado, hay una teoría sobre la eliminación, o muerte del Derecho, que planteaba Marx, en esta argumentación se pone a flote el hecho del "... orden jurídico como un instrumento de opresión, de sojuzgamiento, de represión de la espontaneidad del ser humano. El derecho es desde este punto de vista, un freno, un impedimento al libre y necesariamente armónico desarrollo del hombre; constituye una fuerza exterior a éste que lo coarta, un poder extraño que lo aprisiona, haciéndolo servir a algo que no es él mismo. Si tal es la condición del derecho, es evidente que debe ser eliminado o, cuando menos, transformado radicalmente, suprimiendo los caracteres que lo convierten en instrumento de opresión externa y ajena al hombre mismo.

[371] Escribe Jaime Barylko, en su libro *La filosofía, una invitación a pensar.*

Esta doctrina, que tiene su máxima expresión en la doctrina marxista de la extinción del derecho."[372]

Claude Du Pasquier explicándonos la concepción del Derecho de Marx, escribe: "En Alemania, la doctrina de Karl Marx y Engel es conocida bajo el nombre de concepción materialista de la historia y de la sociedad: es la estructura económica, han enseñado, que constituye la base real, la infraestructura de la sociedad, mientras que el derecho y la filosofía pertenecen a la superestructura. En otros términos, sólo lo económico es determinante, el derecho no es más que la resultante; en la sociedad burguesa, el derecho es el medio por el cual la clase poseedora mantiene su dominación sobre la clase obrera..."[373]

En este contexto el Estado pierde fuerza, no tiene prestigio ni autoridad. La fuerza coercitiva será nula o superflua.

Por último, para Karl Marx "El Derecho es la expresión de esta voluntad condicionada por los intereses comunes. Es precisamente la lucha de individuos independientes y de sus voluntades, los cuales son necesariamente egoístas en su conducta respecto de los otros, lo que hace la auto-limitación a través del Derecho y de las regulaciones o también la auto-limitación en casos

[372] MASSINI, Carlos Ignacio. *Sobre el Realismo Jurídico.* Argentina, Abeledo-Perrot, 1978. p. 55.
[373] DU PASQUIER, Claude, *Introducción al Derecho,* Editorial Edinaf, pp. 202.

excepcionales y el mantenimiento de sus intereses en general..."[374]

En la misma línea, Marx plantea que el Delito, así como el Derecho no es un capricho, "El delito -esto es, la lucha de un individuo aislado contra las condiciones dominantes- no es el producto del simple capricho"[375], sino el resultado de las circunstancias sociales, de las condiciones sociales de la vida, por lo que se debería aplicar otro sistema de regular el control de los delitos, no a través del sistema penal, de represión individual, sino de cambio de las condiciones y circunstancias sociales, es decir anulando los factores social económicos que engendran el delito, "...en vez de castigar a los individuos por sus delitos, debemos más bien destruir las condiciones sociales que engendran el delito y dar a cada individuo la amplitud que necesita dentro de la sociedad para desarrollar su vida. Si el hombre es formado por las circunstancias, estas circunstancias deben a su vez ser humanamente formadas."[376]

Según explica Melquiades Castillo, para Marx "El Derecho sigue la evolución de la estructura económica de la sociedad. Toda forma de producción origina sus propias relaciones jurídicas. Cuando la estructura de la sociedad cambia, el Derecho se transforma y encuentra en la Ley su mejor expresión... El derecho que predomina en cada sociedad fija ante todo las relaciones de

[374]TRAZEGNIES, Fernando de, *Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho,* Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 120.
[375]Ibid. p. 120.
[376]Ibid. p. 120.

propiedad... Derecho y economía se influyen mutuamente."[377]

l.- Kelsen (1881-1973).-

O "El Derecho como expresión de la norma positiva"

Nació en Praga, era de raza judía, estudia y se doctora en Derecho. Fue redactor de la Constitución Federal Austriaca de 1920. Es objeto de persecución racista por los nazis en 1933. Llega a los Estados Unidos de Norteamérica en 1940 donde fue profesor.[378]

Kelsen escribe, entre otras obras, la Teoría Pura del Derecho, desarrollando tres presupuestos a partir de esto: el primer presupuesto es "constituir una ciencia que tenga por único objeto al Derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición"[379]. Esto explica la separación del Derecho de todo objeto y método de conocimiento que no sea el mismo Derecho, es decir, de la Moral, de la Psicología, etc. El segundo presupuesto es que por "Derecho hay que entender exclusivamente el Derecho Positivo". El tercer presupuesto se expone cuando "se propone estudiar tan sólo las normas jurídicas." "Con estos tres presupuestos, arrastrado por el temor de las contaminaciones, Kelsen reduce el Derecho a una lógica formal jurídica, centrada toda ella en el estudio de la norma jurídica."[380]

[377]CASTILLO, Melquiades, *Filosofía del Derecho,* Ediciones Edigraf, pp. 41.
[378]VILLORO TORANZO, Miguel. *Lecciones de Filosofía,* Editorial Porrúa S.A., pp. 407.
[379] Escribe Kelsen, parafraseado por Miguel Villoro./ Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de Filosofía,* Editorial Porrúa S.A., pp. 407.
[380]VILLORO TORANZO, Miguel. *Lecciones de Filosofía,* Editorial Porrúa S.A., pp. 410.

El objeto fundamental del estudio del Derecho será, por lo tanto, las normas, todo lo demás sería metajurídico.

La clarificación de que el Derecho sería una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, sería otro de los aspectos fundamentales del pensamiento jurídico de Kelsen, "La ciencia del Derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza". Esto significa que no se interesa por la conducta humana en sí misma, sino únicamente por el orden normativo que la regula. Estudiará la norma -la relación lógica- que atribuye a un presupuesto jurídico un efecto jurídico, pero el "contenido" de esa norma será "metajurídico"."[381]

El método Kelseniano se preocupa más por la relación lógica, que por el acto en sí. "Al jurista sólo le corresponde comprobar si se han realizado los presupuestos jurídicos del mencionado artículo."[382] Todo interesa sólo en relación con la expresión o configuración de un presupuesto lógico.

El Derecho tiene como finalidad provocar conductas humanas socialmente deseables, que obtendrá mediante la coacción. "El Derecho no es sino una específica técnica social, por medio de la cual es posible obtener una conducta humana deseable. (...) El fin, el contenido, están al margen de la esencia del Derecho, son metajurídico. (...) Derecho,... es ciencia de medios (...), el Derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. (...) El Derecho no

[381] Ibid. p. 410.
[382] Ibid. p. 410.

se pronuncia sobre el valor moral, sociológico o político ... Es un orden lógico formal, "un conjunto de normas" (...) El Derecho será entonces un sistema coactivo de normas escalonadas en graduación jerárquica, en la que cada una funda su validez en la anterior hasta llegar a una ley suprema o norma fundamental, la Constitución, que sirve de base de juridicidad a todo el edificio."[383]

3.- PENSAMIENTO POSTMODERNO.-

a.- Nietzsche: O "El Derecho como voluntad de poder".-

Nietzsche, el filósofo póstumo.-

Solitario, incomprendido, confuso, genial, destructivo, resentido, ¿consentido?, iconoclasta, nihilista, arisco, sin manada, rechazado, subestimado, glorificado. Nietzsche se ha convertido en el más grande filósofo póstumo de estos tiempos, tanto que sus frases resuenan incluso en series de televisión (primigenio libro virtual anterior al internet), donde enarbolan sus frases como "lo que no me mata me hace más fuerte". ¿Lunático?, con sífilis (dicen a cuento de chisme que lo contrajo en su primera visita a un burdel, y que fue precisamente por esto que se convirtió en un genio), enamorado de una cascivana discreta, cazadora de genios, Lou Salomé, que lo rechazó y que es conocida principalmente por esa inconclusa relación amorosa unidimensional del filósofo humano demasiado hu-

[383] Ibid. p. 41,412.

mano. Dicen que amaba la música de Wagner, a quien luego también repudió, y que ha tenido, póstumamente, seguidores extremadamente antagónicos, como un Hitler que empuñaba como arma de guerra la idea del superhombre (Nietzsche pensaba que el hombre era un puente entre el mono y el superhombre, que había que superar), o aquellos discípulos o filósofos de la libertad, más sólidos y confiables con su obra, como Michel Foucault (extraordinario filósofo francés homosexual que murió de sida). Su obra más poética fue "Así habló Zaratustra", en el cual lleva sus cenizas a la montaña, y luego de diez años baja al llano a difundir su verdad: "que el hombre debe ser superado, que no quiere cargar cadáveres sino tener compañeros en su andar, que es difícil romper con el matrimonio pero preferible cuando éste –el matrimonio- nos ha quebrado previamente, etc....". Sus otros libros son construcciones de sentencias encíclicas, aforismos (ligeramente parecidas a las escritas por el filósofo emperador Marco Aurelio), diatribas, contra la modernidad, la contranaturaleza, el platonismo, las ideas cristianas (escribió un potente, pagano y ¿blasfemo? libro: "El Anticristo", que postulaba la idea de "la muerte de Dios", espléndidamente explicada por Fernando de Trazegnies en uno de sus textos, ¿acaso en su libro "Pensando Insolentemente", o en el discurso de agradecimiento por haber obtenido el premio a la innovación?).

Las pioneras luces que tuve sobre Nietzsche fueron gracias a un personaje ideológicamente concentrado en él, docente de una universidad sureña, Filósofo del Derecho, con fama de asiduo fumador de marihuana sólo para potenciar su pensamiento, escritura y discur-

so (Dicen que fumaba antes de dar clases, escribir o dar una charla o conferencia). Todos sabían que fumaba, pero todos sabían también que no era comercializador de dicha droga, pues no sólo nunca tuvo talante para ser comerciante, sino que siempre tuvo un espíritu noble, libertario, y jamás destructivo o delictivo; sin embargo, cuando se trasladó al ¿país? cultivador del enigmático Misti, fue apresado y encarcelado por comercializador de droga (marihuana), cuando todos sabían que aquel filósofo, que incluso se perdía al caminar, y andaba como distraído del mundo, jamás hubiera –aunque quisiera-, por su desorden, sus ideas libertarias, y su ineptitud comercial, ser un comerciante de drogas. Más tarde lo liberaron justamente y es un ser humano que quedará siempre en la historia de la Filosofía del Derecho.

En la anterior universidad sureña le intuían un extranjero, por ser diferente, envidia e incomprensión. En clases de Introducción al Derecho, nos hacía leer textos sobre Derecho, Filosofía, Política, etc., usando siempre a autores como Nietzsche, Foucault, Isahiam Berlin, Fernando de Trazegnies, Marcial Rubio, y otros afines. Los alumnos pensábamos que aquello era una especie de estafa, porque parecía improvisar nuestra educación, que se reducía a lectura de libros, en forma incongruente, pero no inconsistente; sin embargo siempre decía cosas interesantes, y al menos nos hacía pensar y no sólo copiar o memorizar autores, libros, procedimientos. Aquel docente tenía a Friedrich Nietzsche de cabecera, y se impregnó tanto en su ser que incluso –muy provincianamente- le puso de nombre a su primera hija el título de un libro de Nietzsche. Al rededor

de dicho profesor se arremolinaban alumnos discípulos que profesaban o gustaban –correcta o equívocamente- de la filosofía, la literatura y todas las artes. Algunos de aquellos niños, adolescentes, jóvenes estudiantes de derecho, usaban a Nietzsche, y cuanto autor pudieran, para vencer sus complejos y trasladarlos a los demás, esgrimiendo bárbaramente que los demás eran inferiores por no leer libros –cincuenta libros por lo menos-. Ellos usaban los libros para llenar su espaciosa vanidad. Y es que en este caso la lectura de libros los estaba convirtiendo en unos snobs. En ese medio, Nietzsche se convirtió en una especie de autor de culto, en el nuevo dios (curioso que proclamador de la muerte de Dios, se había erigido en un nuevo dios, incluso a su pesar y póstumamente). Nietzsche era el filósofo al que no se podía rebatir, y con el que, usando sus frases, se podía hacer alarde de "inteligente". Y fue allí que conocí a Nietzsche, como un autor de culto, al que no entendía, y al que leía por la novedad de saberlo filósofo.

En ese tiempo leí muchos de sus libros, y hasta su obra, "El Anticristo", con la consciencia paranoica de creerme autor de pecado capital. Fue en esos espacios temporales en el que pude conocer la mediocridad que puede generarse a partir de una malformada idea de cultura y de culto, puesto que conocí a alumnos de derecho, profesores de literatura, gente cultivada, etc., que tenían la gracia de presagiarse cultos, inteligentes, leídos, vanguardistas, diferentes, que soslayaban la noticia que tenían libros suculentos, imperdibles, indispensables para todo amante de la cultura (como aquellos de Nietzsche, Fukuyama, Foucault, Guilles Deleuze, Schopenhauer, etc., que eran difíciles de conseguir o

eran muy caros para adquirirse por unos pobres estudiantes de derecho –y es que no había todavía internet-) y que luego nunca prestaban, escondiéndolos, haciéndose los difíciles e interesantes y jugando a hacernos saborear el deseo de lo imposible. De ese tiempo y hechos me quedó grabado la insania que era vivir rodeado de gente snob, estúpida, superficial, apetecida groseramente por la posesión de libros, y no por la vida misma, desesperados por tener la "propiedad" de un objeto –con muchos pensamientos, pero al cabo objeto- antes que la propiedad –inajenable- de la amistad, de las relaciones humanas; gente alucinada por ser diferente, de comprar y atesorar para ser diferentes, para ser mejor, y convertirse exactamente en unos patanes del saber. Creo que los libros prestados se deben devolver, pero no creo que un libro sea más importante que una persona, un amigo, un colega. Pero esa era una historia de pobres, pues estoy seguro que si hubiéramos sido niños ricos jamás nos habrían interesado la filosofía, el derecho, u otras disciplinas para pobres, porque quienes íbamos a la universidad, en aquella parte del sur, intentábamos comprar nuestro peaje para dejar de ser lo que éramos, de clase media para abajo. Sin embargo, una persona inteligente sabe que no se necesita de la universidad para lograr el éxito en la vida, y ni siquiera la vanidad de saberse profesional es suficiente recompensa por escuchar un grupo de genios que te enseñan que la vida se ha hecho de reglas que tenemos indefectiblemente que cumplir o aprender a romper sin ser descubierto por ello. La universidad, creo, es un lugar para mediocres, o te deja en la mediocridad si es que no logras entender que todo el sistema está estructurado para hacerte perder el tiem-

po y para concebirte como un producto de comercio, una mercancía, con la que agenciarse de dinero, mientras millones de datos se suministran justificados en la absoluta necesidad del saber. Si bien la universidad es un lugar muy interesante, creo que su constitución, al menos en nuestro medio, responde a un programa de subvención y de lucro, que oculta una cosa importante: el desperdicio del tiempo en muchas cosas que no necesitamos o que podemos aprender por nuestra propia cuenta. La universidad nos inmiscuye en la paradoja de pagar para que nos hagan perder el tiempo, y el convencimiento que estamos en lo correcto, que ir contra lo contrario es ser estúpido, inculto o ignorante. Y mientras uno se prepara para la vida profesional, se van cinco, seis, diez años universitarios, intentado llegar recién a la puerta de salida, o de inicio de nuestra vida profesional y laboral, mientras que otros once años han sido ya malgastados en la primaria y secundaria, absurdamente, y del que nos es casi imposible actualmente salir. Pero este –el de la universidad- es un asunto que trataré en otro texto, que llamaré talvez, "La importancia de no ir a la universidad".

Muchas horas leyendo a Nietzsche pasé, y no aprendí nada, sino sólo a admirar el sonido de las frases al leerlas en voz alta, o a ironizar sobre el sentido vigente de la vida, o a mentalizar que todo estaba errado en la sociedad. Mucho no hizo Nietzsche por mí. No me volvió un superhombre, ni me hizo más inteligente, ni más sabio, y menos me hizo millonario. Pero Nietzsche parece si haberles servido a muchos otros, los que han transformado el mundo, y lo han ido reconduciendo por el nuevo saber, dejando o fundamentando en sus

hipótesis el olvido de conductas, instituciones primitivas, triviales, contranaturales, y formando la nueva modernidad de nuestra sociedad, rebatiendo los errores de la propia constitución social, cristiana, política, creando nuevos estilos y modelos de vida política, económica, jurídica.

Recuerdo a un docente de otra universidad nacional sureña, un intelectual leído, patán, acomplejado y snob, que decía, como si fuera la más grande de las cosas descubierta, que no había encontrado en Nietzsche ni una pizca de economía. ¡Imbécil!, pensaba yo, y ¿qué eran sus sentencias, aforismos, todo su discurso? Una especie de economía, síntesis, elección y selección de los recursos escasos para vivir. Todo en Nietzsche es economía, economiza palabras, economiza tiempo, economiza estructura, porque su libro es la selección y administración de los recursos escasos, de aquello que no se ve. Nietzsche hacía economía de las cosas absurdas de la vida, y las deshacía, etc.

Puedo, no obstante, confesar que la influencia de Nietzsche en mí sólo fue visual, ligera, superficial, mediocre, lineal; así, hubo un tiempo en el que sólo dibujaba su rostro de perfil, que era tomado de la portada de alguno de sus libros. Ensayaba trazos con lapicero para no tener la opción de borrar lo dibujado, para evitar el error, para enfrentarme con el lienzo en el primer, segundo y último trazo, para aprender a no equivocarme. Fue tantas veces que lo dibujé que su rostro de perfil se quedó en mi memoria –que es altamente volátil- y podía dibujarlo ya sin ver la foto de su retrato. Sin embargo, nunca me gustaron sus esponjosos bi-

gotes, ni su mirada filosófica, ni la postura de su mano como apoyo de su mentón, su cabello tirado hacia atrás; nunca me gustó que hubiera aceptado el rechazo de una Lou Salomé, como quien sufre una derrota y no una victoria –como el siempre parecía presagiar con la historia de lucha contra su enfermedad-; nunca me gustó que adoraran a Nietzsche como quien adora a un dios. Sólo una cosa agradó a mis caprichosos sentidos, que se le considerara un filósofo póstumo; y es que la palabra póstumo tiene algo de delirio, algo de dialéctico, contradictoria con la muerte, algo de encanto y glorificante, algo de lírico y no trágico ni mediocre; la palabra póstumo lo hacía un vencedor. También me gustaron los títulos de sus libros: "El ocaso de los ídolos", "El Anticristo", "Humano demasiado Humano", "Más allá del bien y del mal", "Aurora", "Gaya Ciencia". Para mí bastaban esos títulos para concebir el resto del libro.

Nietzsche o "El Derecho como voluntad de poder".-

Sigmund Freud pensaba que todo el movimiento humano tenía su centro en el sexo. El sexo tiene una variante, el acto reproductivo, que es la primigenia ruta hacia la inmortalidad, además de un placer. Pero el sexo si bien explica el porqué del movimiento o la conducta humana, no es exclusiva o única, no explica todas las conductas; pues el ser humano se mueve por otras cosas o motivos, por necesidad de vida (alimentos, vestido, sexo, pensamiento, etc.), o la necesidad de poder, la voluntad de poder. Esta parecería ser la proposición nietzscheana. Todo se mueve por la voluntad de poder, expone como proposición filosófica fundamental[1]: y

propone repensar lo pensado, volver a pensar lo que ya se pensó, porque –para su genial intuición- "todo está de cabeza", y hasta la idea de un Dios y un paraíso más allá de la tierra –vendida por el cristianismo a costa de la salvación eterna- habría desterrado al ser humano al postmorten, a la vida después de muerto, y no al ahora de nuestra vida, y por lo cual el ser humano vivía siempre atormentado por el más allá y olvidaba disfrutar y confrontar su vida terrenal. Frente a dichas nociones Nietzsche advierte que debe abandonarse la idea del más allá y centrarnos más en el mundo actual, en el mundo terrenal. Nietzsche no parece creer en la verdad divina, pues a la concepción de que "la verdad radica en dios", responde que ya no importa Dios, que éste ha muerto, que la verdad divina no es cierta y por lo tal no importa, puesto que "no vivimos por y para la verdad. La verdad es la ilusión que creamos para sustentar el deseo, la pasión y la voluntad de poder"[2]. Así, el más grande valor no sería ya Dios, sino el hombre, el ser humano, y, pregona con esta hipótesis, empezar a trabajar entonces en el hombre para llegar al superhombre, porque "el hombre es sólo un puente entre el animal y el superhombre". Así, Nietzsche proclama la independencia, la libertad del hombre de todas las cosas, instituciones, ideas, sentimientos a los que se halla atado, para construirse su propio mundo a partir de su voluntad de poder.

Para Foucault, Nietzsche hace un análisis de la doble ruptura del poder divino con el poder humano, es esta tradición occidental, donde el poder emanaba de la divinidad. Nietzsche habla de la muerte de Dios como el fundamento de conocimiento. Antes, en época del

reinado de Dios como origen de toda verdad, “Dios era el sentido del mundo, el garante de las instituciones políticas, el respaldo de la autoridad, el insobornable sancionador -premio y castigo- de la moral, creador, mantenedor, rescatador de la dignidad del hombre, que sin embargo frente a Él no era nada.”[3]

El concepto del mundo y de sus relaciones social-jurídicas va a ser trastocado, sufre un efecto de choque, aunque el vacío que deja la muerte de Dios sigue con sólidas instituciones de orden y providencia, “Murió Dios, pero su hueco quedó repleto de sólidas instituciones que seguían dispensando Orden y providencia,”[4]. No obstante esto, las cosas ya no tendrían el mismo sentido, había nacido una nueva forma de asumir el mundo. El hombre tendría que encontrar su verdad, y la independencia de la religión era prominente. Las cosas seguirían marchando del modo en que venían sucediendo, pero desde otro enfoque, como camufladas, ocultas, “el Poder, la Gramática, la Lógica, la Física, la Moral, el Derecho, las Cosas, las Personas, todo continúo marchando tras la desaparición de Aquel en cuyo Nombre todo había sido fundado, pero con cierto azoro indefinible, como con cierta vergüenza y perplejidad por haberle sobrevivido”[5]. Pero era necesario tener otro foco, que se reconociese como fundamento de la verdad, como instrumento para el conocimiento certero, y fue la razón a quién se le atribuyó este papel, “El nuevo foco Dispensador de Sentido, la nueva potencia significativa cuyo respaldo garantiza de entonces acá la organización de lo real es la Razón...”[6]

La muerte de Dios, queda reducida a la destrucción de ciertos privilegios de la Iglesia revelada.
La idea de la verdad es puesta en tela de juicio como generalidad. Si la verdad no es general y es subjetiva, entonces esta verdad es sólo mía y no sirve a nadie más, entonces ¿para qué intentar imponerla a los demás? No tiene sentido.

Respecto de la moral, pensaba que pertenece a las masas, y es que la moral es generalizante, englobadora, afecta a todo lo que concierne a la sociedad. A lo que concluye que lo mejor es ser individual, hacer lo que está bien para nosotros, formarnos como individuos, no hacer lo que está bien para los demás, sino lo que nos hace bien a nosotros. Así plantea un nuevo concepto de lo bueno y malo: ¿Qué es lo bueno? Lo que te da poder, aumenta poder. ¿Qué es lo malo? Lo que te resta poder.

Nietzsche no cree en el bien común, lo que es bueno para tí no es bueno para mí, un bien no puede ser común.

Este pensador critica la tradición socrática-platónica, es decir a toda la tradición occidental. Considera que el hombre ha adquirido un planteamiento antinatural y negador de los instintos vitales y que ha errado su concepto de vida. Para él Sócrates y Platón son los que tienen la culpa del origen de la civilización y filosofía cristiana.

La crítica que hace a la tradición socrática-platónica la hace desde tres perspectivas: el ámbito moral, el metafísico u ontológico, y el científico.

El ámbito moral: La concepción de que el orden moral es impuesto por un ente superior, por un ente exterior y extraño, revelación divina, etc., ha alejado a los hombres de la realidad, los ha expropiado de su condición vital de individuos independientes, y los ha sumido en la oscuridad de la espera del orden divino. Los movimientos y conductas del hombre, según la concepción platónica cristiana tienden a esperar el orden divino, la expresión exterior, no está en ellos sino en el más allá, "Nietzsche se centra sobre todo en las valoraciones que se hacen acerca de la realidad. Para éste, la filosofía platónica contiene una valoración antivital, puesto que los valores platónicos y cristianos se fundamentan en otro mundo, imponiendo un orden moral exterior y expropiando al hombre el derecho que tiene por naturaleza a generar y crear sus propios valores".

En el ámbito metafísico u ontológico: que explica el peligro existente entre lenguaje y conceptos, puesto que "la íntima unión entre los conceptos y el lenguaje se convierte en un arma engañosa del pensamiento".

En el ámbito científico: Nietzsche creyente de la naturaleza vital del hombre, realiza una crítica a las ciencias positivas y a la matematización de la realidad, porque cree que a través de la medición y cuantificación de la realidad no conocemos la verdad de las cosas, puesto que la verdad no es cantidad sino cualidad. Esto indica que el conocimiento científico no puede

expresar absolutamente la realidad, el conocimiento científico no nos permite captar cualitativamente lo real. Por otro lado, cuando cuantificamos sólo descubrimos lo que nosotros hemos considerado, cantidades y números. Por lo tanto, las ciencias positivas no sirven para obtener la verdad. La ciencia se habría convertido en la sustituta de la religión, en la época moderna, y es un arma para someter al individuo.

CAPÍTULO:
LA DIALÉCTICA DEL DERECHO

Cuarto Bloque: LA DIALECTIVA DEL DERECHO

Capítulo I: I.-EL CORPUS JURIS CIVILES DE JUSTINIANO

I.- El Corpus Juris Civilis.-

Fue el Derecho Romano el que nos introdujo en una nueva forma de organización política jurídica. Centralización del orden, determinación de la certeza, a través de un nuevo instrumento, o al menos de un instrumento que sirvió, y sirve, como base para la regulación de las conductas de los seres humanos. Esa nueva forma, ese nuevo instrumento ha sido traducido en un hermoso y brillante texto de nombre tan sugerente como genial: El *Corpus Juris Civilis* (El cuerpo jurídico civil). Y fue posible este fenomenal hecho, gracias a un gran hombre, ¿un dios?, un emperador: Justiniano[384]. Emperador, legislador, político, amante[385], ¿liberal?

La compilación de Justiniano recibe el nombre de *Corpus Iuris Civilis* de Dionisio Godofredo que hizo además una cuidadosa edición, al parecer de Arguello[386].

[384] Leer el artículo de Arturo Uslar Pietri: Justiniano.

[385] Se casó con la bella prostituta Theodora. Insertamos sólo con fines pedagógicos e históricos (conocer el Derecho siempre pasa por detalles históricos) un artículo rescatado de Internet sobre Theodora.

[386] Ibid. Pp. 18.

El *Corpus Iuris Civilis* aparece mucho más tarde que las XII Tablas, Vidal Ramírez (autor que no nos gusta) citando a Puig Brutau indica que habrían trascurrido mil años desde la Ley de las XII hasta el *Corpus Iuris Civilis*[387]. Este último consta de cuatro partes[388]:

1.- ***Códex Iustinianus***, llamada también Código, que es "una colección en doce libros de constituciones imperiales". En la misma se encuentran normas sobre las fuentes del Derecho, sobre el oficio de los magistrados, las relaciones entre Iglesia y Estado, Derecho Privado en general, Derecho reales, Obligaciones, Contratos, Sucesiones en particular, Derecho criminal, Derecho Administrativo y financiero.

2.- **El Digesto o Pandectas**[389], que es una "recopilación en cincuenta libros de la jurisprudencia". El Digesto dícese venir del latín *Digesta*, "que significa distribución sistemática". Y *Pandectas* viene del griego *pandectae,* "que significa libros que contienen todo". El Digesto es un hermoso texto, en donde se introduce como primeras concepciones al Derecho o Jurisprudencia, como el conocimiento de las cosas divinas y humanas; además habla de un derecho escrito y otro derecho no escrito. Cosa curiosa que nosotros -con el positivismo- estábamos olvidando eso, que el derecho es escrito y no escrito. A pesar que ya los romanos nos solucionaron el problema. "El *Digesto o Pandectas* contiene las opinio-

[387] Vidal Ramírez, Fernando. *Introducción al Derecho Civil Peruano.* WG Editor. Lima, 1992. Pp. 13.
[388] Esta clasificación la extraemos y resumimos de Vidal Ramírez. O sea que no es nuestra es una mala copia. / Vidal Ramírez, Fernando. *Introducción al Derecho Civil Peruano.* WG Editor. Lima, 1992. Pp. 18.
[389] Para algún intrépido e inteligente sujeto hay un hermoso ejemplar moderno del Digesto de Justiniano en la Biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Tacna y Moquegua.

nes de los juristas que gozaron del *ius publici respondendi*, con algunas interpolaciones, esto es, de opiniones de juristas que no habían gozado de dicho privilegio. Pretendiendo ser un cuerpo de doctrina, contienen nociones generales sobre el Derecho y la Jurisdicción"[390]. Contiene además nociones sobre Acciones, contratos, garantías de cumplimiento, Derecho de Familia, Matrimonio, Dote, filiación, tutela; derecho de sucesiones, herencia, legados; Derechos reales, propiedad; Obligaciones; Delitos públicos y privados, penas, "reglas para la interpretación del Códex"[391]

3.- **Las Institutas**[392]**,** que son "una exposición en cuatro libros de los principios elementales del Derecho", y significa Instituciones. "Las *Institutas* pretendieron ser un tratado elemental de Derecho. Resumieron las *Pandectas* en cuatro libros, tratando, respectivamente, del Derecho y su división"[393]. Trata de las personas, de las cosas, la división de éstas, de los modos de adquirir la propiedad, derechos reales, testamentos, medios de adquirir el dominio, principios de la sucesión *ab intestato*, obligaciones, contratos, acciones y comisión de delitos públicos[394].

4.- **Novelas**, que es "una colección de constituciones promulgadas por Justiniano después de la entrada en vigencia del *Corpus*"[395]. Son también compilaciones.

[390] Vidal Ramírez, Fernando. *Introducción al Derecho Civil Peruano.* WG Editor. Lima, 1992. Pp. 18.
[391]Ibid.
[392] Hay un ejemplar en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la U.P.T. ¡Sí! ¡Aunque Ud. no lo crea!
[393]Ibid. Pp. 19.
[394]Ibid.
[395]Ibid. Pp. 18.

LOS MOTIVOS DE JUSTINIANO.-

¿Porqué hizo Justiniano estas compilaciones? ¿Qué lo llevó a crear las bases de todo el Derecho occidental?

Era el siglo VI, cuando el emperador romano Justiniano ordenó la gran recopilación. Y le encargó esta faena al jurista Triboniano, la preparación del histórico *Corpus Iuris Civilis*.

Y es Merryman[396] quien expone los motivos que tuvo Justiniano para ordenar la extraordinaria compilación, que pasaremos a exponer y a citar: 1 - "Era un reaccionario: consideraba decadente el derecho romano contemporáneo; trataba de rescatar el sistema legal romano de varios siglos de deterioro y devolverle su pureza y su grandeza de otros tiempos"; 2.- "Era un codificador: la masa de materiales autorizados y semiautorizados se había vuelto tan grande e incluía tantos refinamientos y puntos de vista diferentes, que Justiniano estimó conveniente eliminar lo que estuviera errado o fuera oscuro o repetitivo; resolver conflictos y dudas y organizar lo que conviniera conservar en alguna forma sistemática. En particular le preocupaba a Justiniano el número, la extensión y la diversidad de los comentarios y tratados escritos por académicos legales (jurisconsultos). Trató de abolir la autoridad de quienes no fuesen los más grandes jurisconsultos del periodo clásico y hacer innecesaria la redacción de más comentarios y tratados."[397]

[396] MERRYMAN, John Henry. *Sistemas legales en América Latina y Europa*. Fondo de Cultura Económica.
[397] IBID. Pp. 26.

- CAPÍTULO II: EL ABOGADO, EL DEFENSOR DE LOS INTERESES AJENOS

1.- ¿Qué es el abogado? El defensor de los intereses ajenos.-

El ejercicio de la abogacía no requería contar con estudios especializados, bastaba contar con dotes de orador y algunos conocimientos sobre las reglas del proceso[398]. Pero pasado el tiempo el abogado tuvo que especializarse por la complejidad de las relaciones sociales y por las nuevas formas de procedimiento para resolver conflictos[399].

En Grecia y Roma el asunto se mostraba sacro, había que conocer las fórmulas sagradas, esta era la condición exigida para poder intervenir en los procesos. El fenómeno jurídico se daba dentro de la religión. En actualidad el ejercicio de la abogacía tiene que estar en manos de especialistas, porque la solución de conflictos requiere de cierto "conocimiento científico" -dice Emilio Ayala-; lo que supone no ser un científico, sino conocer las técnicas científicas para la resolución de conflictos, para el asesoramiento, para cumplir el rol o función social que se le atribuye al abogado, etc. El proceso de depuración -de que ejercieran la abogacía so-

[398] Ayala Añazco, Emilio, "*¿Abogacía o abogacías? ¿Distintas naturalezas o sólo diferentes modalidades de ejercicio? ¿Descripción y análisis?;*
[399] Ibid.

bre profesionales- pasó por la argumentación de dejar de lado a aquellos individuos que ejercitaban la abogacía sin "conocimientos sólidos", con simples conocimientos vulgares. El ejercicio se convirtió en una cosa seria, esta seriedad respaldada por la utilización y disposición del Derecho a ser científico. Aún recordamos a los tinterillos que, según versión popular, ejercían el derecho "sin principios", y "a costa, o riesgo" de los incautos clientes. Para proteger de esos deslices y peligros el Estado en su condición organizativa ha monopolizado la certificación o titulación de los profesionales, pero preguntamos, ¿puede un título a nombre de la nación ser garantía de una efectiva profesionalización? Sin embargo, el supuesto en el que se basa esta monopolización de la certificación de las profesiones intenta servir como garantía de calidad, mediante la cual se estructura todo un sistema de enseñanza, aprendizaje, evaluación que, de ser superadas, darían solidez y veracidad al graduado. El Estado supervisa y certifica así la solides cognoscitiva.

Ya Ulpiano llamó a los defensores: "*Sacerdotes justitiae et juris*"[400] e Incluso el gran emperador Augusto desempeñó ese papel. En Roma impúsose una frase: "*Cedant arma togae*"[401]. Parece ser que el abogado apareció como un fenómeno de equilibrio, un factor equilibrador de las fuerzas, esta idea se consolida en una frase: la idea de la igualdad. "El abogado aparece en la historia traído por la idea de la igualdad que se necesita para restablecer el equilibrio en favor de las perso-

[400]Amilcar A. Mercader. "*Abogados".*
[401]Ibid.

nas a quienes ciertos sucesos colocan en posición de desventaja"[402].

Cuenta Amilcar que los hebreos tenían al abogado por un agente piadoso, alguien que intervenía con sus conocimientos y buenos oficios en favor del acusado. Jesús mismo fue un defensor cuando defendió a la mujer adúltera -insiste Amilcar.

Se afirma que en la prehistoria no hubo abogados, por las sencillas razones que en estas los integrantes eran mínimos, la organización era comunitaria, la población era reducida. "La organización comunitaria y lo reducido del grupo, inclusive simplificaban, sin duda alguna, las averiguaciones"[403]. No había, pues, necesidad de abogado, de intermediario, de defensor.

En Roma las relaciones sociales estaban reguladas por el derecho formulario, por la sacralización de estas fórmulas, y por el carácter literal de las mismas fórmulas. La inejecución de estas fórmulas daba lugar a la perdida del derecho. "Entre el rigor mímico y simbólico de los actos sacramentales y de las formas consagradas e insustituibles, los litigantes solían perder su derecho, alcanzados por la caducidad con que entonces se castigaba cualquier error formal."[404]

* * *

Si retrocedemos en el tiempo y hacemos un poco de historia[405] podríamos decir que la abogacía no tenía

[402]Ibid.
[403]Ibid.
[404]Ibid.
[405] Para los más atrevidos profanos la historia no sirve de nada, "¿qué es la historia sino la narración de hechos pasados?, y si ya pasaron para qué los necesitamos?" -dicen estos utilitaristas. Sin embargo hemos de hacer una constricción, es en la historia de donde podemos en-

mayores requerimientos, no se necesitaba contar con "estudios especializados", a lo más "bastaba contar con dotes oratorias y con alguno que otro conocimiento relativo a las reglas que debían seguirse en todo proceso."[406]. Eso era suficiente, pero a medida que las relaciones sociales se fueron haciendo más complejas se hizo necesaria "gente especializada en solucionar problemas ajenos".

En Grecia y Roma el papel del abogado estaba íntimamente ligado a la religión, como toda su constitución social. Era necesario "conocer las fórmulas sagradas para intervenir en la solución de conflictos"[407] para ejercitar la abogacía.

En Bolonia, donde se creó la primera universidad moderna, los hombres que estudiaban Derecho lo hacían exclusivamente para "aprender a pensar bien", para ser hombres cultos. La concepción contemporánea de abogado, como litigante (aunque sea por amor[408]) no existía. El hombre no estudiaba Derecho con el fin de arreglar los problemas ajenos, sino para ser mejor hombre.

Ya con Santo Tomás de Aquino el Derecho cumplía un principio superior: "hacer buenos a los hombres, reali-

tresacar los más grandes complejos modernos. Los hombres son siempre "a partir de su historia". No empiezan de cero, sino que vienen perpetuando los dogmas y valores históricos. Todos los conceptos, principios o instituciones son caracterizaciones históricas nada menos. Isaiah Berlin hablaba que todas nuestras categorías mentales, nuestras formas de categorización nos vienen de la historia. BUSCAR BASADRE Y BERLIN.

406 Escribe Emilio Ayala Añazco, en un artículo denominado "*¿Abogacía o abogacías? ¿Distintas naturalezas o sólo diferentes modalidades de ejercicio? Descripción y análisis.*

407 Escribe Emilio Ayala Añazco, en un artículo denominado "*¿Abogacía o abogacías? ¿Distintas naturalezas o sólo diferentes modalidades de ejercicio? Descripción y análisis.*

408 Fernando de Trazegnies Granda ha escrito un libro denominado Ciriaco de Urtecho. *Litigante por amor.*

zando el bien común". No se trataba tan sólo de que el hombre fuera "bueno", "virtuoso", sino de que esto le indujera necesariamente, si y solo sí, a "realizar el bien común". El compromiso con la sociedad se había establecido como premisa.

El abogado como el producto del Derecho, no ha sido un simple elemento, es más existe la teoría de que sin la creación de la profesión de abogado no hubiera existido el Derecho. "Algunos han de sostener que, en realidad, no debe hablarse del Derecho sino únicamente cuando aparece la formulación escrita de sus normas o de los actos mediante los cuales dichas normas se ejercitan; o podrán invocar la vieja opinión, según la cual no existe en verdad el Derecho, hasta que no surge la defensa técnica de los intereses individuales amenazados, es decir, hasta que no aparece la profesión de abogado."[409]

Sin embargo no podemos estar totalmente de acuerdo con dicha teoría excluyente. El Derecho como tal es un medio de solucionar los múltiples y complejos conflictos de intereses, de organizar la sociedad en pro de la coexistencia o convivencia de unos hombres con otros. ¿Puede por lo tanto no haber derecho si existe este modo de ejercitar determinados modos de solucionar los conflictos de intereses? A nuestra manera de ver, si no existieran los abogados sería simplemente como si no existieran los mecanismos técnicos de la resolución de los conflictos de intereses, pero no dejaría por esto de existir el derecho, porque

[409] BASADRE GROHMANN, Jorge. *Historia del Derecho Peruano,* Lima, Studium, IV edición, 1988,p. 53

los problemas se tendrían que resolver de otra forma, con otros elementos, pero tendrían que ser resueltos de todas maneras.

El abogado surge como un mediador, un hombre que decodifica un mensaje y codifica este mensaje, para, en un proceso técnico, reconducir el mensaje, ser un ente transmisor. El hecho de existir hoy medios alternativos de solución de conflictos de intereses demuestra nuestra hipótesis. Hay sin embargo necesidad de los abogados por la complejidad de los asuntos sociales, pero si no los hubiera ¿se podría manejar el asunto con mayor o menor problema?. "... el verdadero arte del abogado es el arte de las modificaciones legales; y es un arte sumamente útil para el profano. Porque, aunque el profano no se dé cuenta, sus intereses se encontrarían mal servidos con un sistema inmutable de Derecho, esto es especialmente cierto en el S. XX. El énfasis de nuestra época está en el cambio. En consecuencia, la orientación actual del Derecho se aparta de la seguridad estática (la preservación de los antiguos derechos establecidos) y se dirige a buscar la seguridad dinámica (la protección de personas comprometidas en nuevas actividades). Lo que significa que las necesidades prácticas del profano común y corriente se verían seriamente frustradas con un ordenamiento jurídico rígido."[410]

Los abogados y la función pública.-

Es difícil separar al abogado de la función pública. Eso es imposible, más ahora en tiempos denominados mo-

[410] TRAZENGIES GRANDA, Fernando de, *Introducción a la Filosofía del Derecho y a la teoría General del Derecho,* Editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú, pp. 276.

dernos. El abogado cumple necesariamente una función pública. Eso significa que no es sólo un solucionador de los problemas ajenos, es además un profesional del Estado. Esto supone que el Estado ha concedido y otorgado el título de abogado a todos los hombres que actúen en beneficio de la sociedad, del bien común. Por tanto, el abogado cumple, necesaria e indispensablemente, una función social. Esta a su vez no es sólo la de asegurar la paz y la justicia social, la base está más bien en la coexistencia. El Derecho es una disciplina para organizar la sociedad, para regular las relaciones de poder, de fuerza, y el abogado es precisamente quién trabaja con estas relaciones de fuerza, que permitan la coexistencia o convivencia de unos individuos con otros. Por eso, ese individuo (que se reconoce como fundamento central de toda sociedad) no intenta negar a la colectividad, sino coordinar, armonizar sus intereses particulares con los intereses de la colectividad, puesto que el hombre debe conducirse dentro de los marcos estrictos y severos del bien común, del orden público, etc.

Carácter público de la función de los abogados.-

Lo primero que tenemos que hacer para verificar el asunto tratado es qué es el abogado. Este "qué es" está determinado por "la función que desempeña" en la sociedad. Si, por ejemplo, decimos que el abogado no es más que un traficante de soluciones, entonces su función es "dar soluciones al costo".

La pregunta que me salta a la mente es ¿para qué un hombre le paga al abogado?, ¿qué espera el cliente de

su abogado?, ¿por qué alguien recurre a un abogado? ¿cuál es la "utilidad" del abogado?

Lo primero, como dijimos, es determinar la función del abogado. Su función es pública. Eso significa necesariamente que no puede apartarse de la utilidad social, del bien común. Que, si patrocina a "un individuo", no puede salirse del marco social, es decir que tiene que basarse sobre principios de conjunto, o mejor, de sistema.

Demasiados Abogados.-

Pensar que existen en la actualidad demasiados abogados es un fenómeno ya tradicional, que encierra un grave problema, en la intrascendencia que se le viene dando al abogado, porque decir que existen demasiados abogados, es decir que los abogados sobran, es decir, que existen más de los que son requeridos. Por eso la pregunta ¿demasiados abogados? Es hoy fundamental resolverla, como investigación o problema. Para abordar el tema debemos, pues, hacerlo con método.

Umberto Eco dice que para empezar a hacer un trabajo de investigación (en nuestro caso si existen o no demasiados abogados) lo mejor es hacer primero una introducción. "Esa parte que se inserta en las primeras páginas pero siempre se escribe al final". Así que daremos un primer esbozo al tema, sobre la cantidad de abogados existentes. Y sobre si esto constituye un problema.

El tema tratado es ya conocido. Se trata de un tema ya planteado, expuesto, organizado, sistematizado, especialmente por un gran jurista: Piero Calamandrei, un

excelente jurista italiano, tan claro como inteligente; que habla del abogado en varios libros, uno de ellos denominado *Demasiados Abogados,* y el otro *Elogio de los jueces escrito por un abogado.*

Así que el problema planteado –demasiados abogados- no es original pero sí visto desde nuestra perspectiva, por eso podría decirse que es propio, sale de nuestras manos y de nuestra manera de razonar los mismos hechos; por lo tanto, contradiciéndome, se podría decir que éste es un trabajo original en ese sentido (se origina en nosotros). Es un problema de viejas raíces, de viejas soluciones, pero de nuevos planteamientos sobre la urgencia de "hacer algo" para efectivizar esas "viejas soluciones" y plantear además otras novísimas soluciones. El tema es la existencia de "demasiados abogados", que en realidad se traduce al hecho de qué función cumple el abogado, qué es en sí un abogado, cuál su necesidad o su no necesidad social, etc.. El tema -hablar otra vez sobre los abogados- parece un tema ocioso o irrelevante; a nuestro parecer no lo es, y menos es un tema estúpido, ¡no!; "si se trabaja bien no hay ningún tema que sea verdaderamente estúpido"[411].

Demasiados abogados implican más que una simple afirmación, significa, además, una perfecta formulación jurídica social. Demasiados siempre significa "exceso", y ya todos sabemos, incluso por mentado refrán, que "todo exceso es dañino". En el caso de los abogados el problema (el "exceso"), es doble, triple, múltiple. No se

[411]ECO, Umberto. *Cómo se hace una tesis*. Versión castellana de Lucía Baranda y Alberto Clavería Ibánez. Ediciones Gedisa. Colección Libertad y Cambio. Serie Práctica. 3ra. Reimpresión México, 1986. Pág. 24.

trata sólo de cantidad sino de un referente sociológico, económico, político, cultural, social, y por ende eminentemente jurídico: implica una responsabilidad (el deber ser) en primer lugar, pero además implica un fenómeno más profundo, a ser el hecho mismo de que son abogados los que han de servir a la colectividad para "solucionar los problemas sociales", para hacer "justicia", para lograr la "paz", para garantizar la "seguridad jurídica", la "igualdad", "libertad", la defensa de todos los derechos del hombre y de la mujer. Son abogados el centro del mundo jurídico, el eje que permite las relaciones de convivencia, y si éstos entran en colisión, en profunda y tremenda crisis, ¿qué le espera al resto de la sociedad? Claro, se podría decir que no tener abogados sería lo mejor, pero esa experiencia (no tener abogados) ya ha sido puesta en práctica y por razones narradas por la historia no tuvo ningún resultado exitoso. "Matar a los abogados" no es la solución. ¿Cuál es la solución? Hemos de ver primero el problema: Qué son los abogados, y si existen ya demasiados abogados, para luego intentar dar aproximaciones de solución.

PREMISAS Y POSICIÓN DEL PROBLEMA.-

¿Cuál es el problema? No se trata evidentemente de un fenómeno cuantitativo. Eso de "demasiados" indica cantidad, pero no específicamente eso. Lo que pretende es más bien poner en evidencia el "desborde", esa "gota que colmó el vaso", ese fenómeno patológico, anti, inadecuado, causante de un mal determinado. ¿El problema es entonces de calidad antes que de cantidad? No necesariamente. En realidad el problema es -

para decirlo con los términos actuales- "integral", "global". Se trata de un fenómeno total. Se trata en realidad del tipo de "abogados" que tenemos, que salen al mercado, que ostentan un título demasiado grande. Se trata de demostrar que no hay peso en los cartones "a nombre de la nación" que certifiquen realmente la calidad intelectual del abogado. Decir eso es ya un poco chocante. Decir que los abogados no tienen calidad es casi ofensivo, sin embargo, no es éste un trabajo para insultar u ofender. Ese no es el punto. Se trata de plantear un determinado problema. Por eso anoto que no estamos hablando de todos, sino de la generalidad. Y generalidad es sólo un concepto que encierra a una mayoría como premisa de razonamiento.

Pregunta significativa.-

La pregunta sería: ¿Hay demasiados abogados? y si esto fuera así ¿determinaría un fenómeno crítico, un problema social jurídico? ¿El hecho de que haya demasiados abogados determina algo?

Los que escribieron sobre el abogado.-

Sobre los abogados han escrito Piero Calamandrei: *Demasiados Abogados", Elogio de los jueces escrito por un abogado;* también Henri Robert sobre la abogacía; Francesco Carnelutti, "*La Abogacía*"; Eduardo J. Couture, *"Meditaciones sobre la abogacía";* Amilcar A. Mercader, *"Abogados";* José León Barandiarán, "*El Abogado"*; Albert Camus: *La caída;* Emilio Ayala Añazco, "*¿Abogacía o abogacías? ¿Distintas naturalezas o sólo diferentes modalidades de ejercicio? ¿Descripción y análisis?;* y otros autores que no conozco, pero imagino; sólo que

los mencionados son los que tengo a la mano, en mi pequeña y lúdica biblioteca

Pero la literatura habla también de los abogados: "Los abogados suministran su rica veta al arte de todos los tiempos. De allí salieron muchas caricaturas grotescas creadas por el numen travieso de autores inmortales. Rabelais, los ridiculiza en la contrafigura del juez Bridoye en *'Hechos y dichos heroicos del gran Pantagruel'*; Tacine, puso a Chicanneau, en *'Les Plaideurs'*; Manzoni, a Azzecagarbugli, en *'PromesiSposi'*; Shakespeare, a Porcia, en *'El mercader de Venecia'* y Anatole France, al abogado Lemerle, en *'Crainqueville'*. Aristófanes, los tuvo muyen cuenta en '*Las Nubes'* y Víctor Hugo, dibujó aquel Maese Jaime Charmoine, en 'Notre*Dame'.*"[412]

[412]Amilcar A. Mercader. "*Abogados".*

- CAPÍTULO III - ENTRANDO EN EL ATAÚD (Algunos abogados de mi predilección)

1.- FRANCESCO CARNELUTTI.-

Tragando el anzuelo.- Altas horas de la noche. Una noticia infausta. Necesitan un artículo de menos de diez páginas para el lunes. Es jueves. Sé desde ya que mi libertad y ocio están cortadas por un encargo. No tengo ganas de hacer nada, pero digo: "sí", "por mí no hay problema". Claro que eso no es cierto; sí hay problema. El problema es sobre qué escribir; además no soy un genio, apenas un aficionado. Pero ya estoy embarcado en el encargo y pienso: otra vez "el pez muere por su propia boca". Así que hoy sábado me dispongo a cumplir el vil encargo: escribir algo sobre Derecho. Hubiera querido decir NO, y echar al tacho del olvido cualquier sentimiento de solidaridad, pero no puedo, y me resigno a escribir algunas líneas. Cualquier obligación es ya una cadena, algo de lo que me gusta liberarme lo más rápido posible, como quien huye de su suegrita.

Francesco Carnelutti.-

Lo primero que se me ocurrió fue escribir sobre algún escritor. Tenía a la mano el "Sistema de Derecho Procesal Civil" de Carnelutti, y entonces pensé en escribir sobre él. ¡Era perfecto! Un clásico. Un pensador. Un jurista, y además italiano, o sea romano, de donde proviene el plus del Derecho.

Bien, a Carnelutti lo conocí en la biblioteca del INC de Tacna. Los rumores sobre su genialidad en el Derecho habían alertado mi curiosidad, y presto a comprobar tales vientos, con mirada cientificista, busqué al bendito autor en las fichas de la biblioteca. ¡Un hallazgo!, una ficha, rasgada por el tiempo y el uso, pareció ubicarme en el propósito: *Arte del Derecho*. Francesco Carnelutti. Consignaba la ficha. Saqué el libro. Lo miré hasta con desgano; era chiquito, de letras pequeñas. Le di una mirada mediocre y luego me fui.

Mucho más tarde pude fotocopiarlo, y empecé a leerlo como quien no está muy convencido de la utilidad de ello. No resultó así. El mediocre había sido yo, no el autor. Carnelutti desplayábase en sus páginas con soltura, lucidez y hasta cordialidad. Sus análisis me inquietaron. Sucedía con él lo que no había ocurrido con otros autores: parecía resolverme algunos problemas fundamentales del Derecho. Parecía un gran razonador y no un fantoche.

Lo que primero me impresionó fue su sinceridad y atrevimiento: "Pido indulgencia por el atrevimiento de haber escrito estas páginas en español, aunque casi no conozca el idioma de Don Quijote, …"[413] Porque, como dije líneas arriba, Carnelutti era italiano, nacido en Venecia, 1879. Llevaba, entonces, encima la estirpe de la raza latina, por lo tanto hablaba y pensaba en italiano; pero se atrevió además a escribir en castellano. Tuvo, según cuenta, una razón para atreverse a escribir en español, y era ese deseo traducido en intento, de que el

[413] Francesco Carnelutti. *Arte del Derecho.* Pág. 9.

texto escrito por el no sufriera "una pérdida de la fuerza expresiva"[414]. Estaba convencido que, a pesar de todos los esfuerzos hechos, la traducción restaba o transformaba la energía inicial de todo texto. Pero había además otra razón, que confiesa más adelante, y es que escribir en otro idioma le provocaba algo así como "una expansión de la personalidad"[415]

Carnelutti habíame inquietado, pues, porque sus primeras líneas no eran petulancias líricas o gramaticales, y además sus razonamientos eran perfectamente adaptables a mi entendimiento.

Cogí, pues a Carnelutti y encontré en sus textos un montón de ideas, razonamientos, expresiones, tan abundantes como geniales, tan perfectamente ordenadas como elegantes. Había en sus escritos verdaderamente un sistema, o como el dijera, otra vez excusándose, por su producción, "el sistema de sus ideas".

Arte del Derecho.-

Este es el sugestivo título de uno de los libritos más atractivos, generales y esenciales de la obra de Carnelutti. Allí expone, más que datos, ejercicios de razonamiento jurídico. El índice puede darnos una idea del contenido e intención del autor ¿Qué es derecho?, ¿Qué es la ley?, ¿Qué es el hecho?, ¿Qué es el juicio?, ¿Qué es la sanción?, ¿Qué es el deber? Son conceptos claves, y como tales generales.

[414] Ibidem.
[415] Ibidem. Pág. 10

Carnelutti ensaya hipótesis explicativas, pero no para darnos definiciones , conceptos concluyentes y excluyentes, sino para repensar , replantear intuitiva y racionalmente discursos filosóficos sobre esos conceptos.

Muchas ideas muestra Carneluti. La concatenación armónica con la cual diagrama sus razonamientos sorprende e incluso pueden llevar a un interesante y paradójico fenómeno intelectual: a tomar sus lecciones como ley, dogma. Estoy seguro que los positivistas chicha, pop, habrán hecho eso. Nada más erróneo y contrario a lo que quería Carnelutti, confeso explícito, en varios de sus libros, de sus errores intelectuales y del cambio o modificación, a veces radical, que habría sufrido su pensamiento, y por lo tanto, sus escritos.

Carnelutti asocia la idea del Derecho a la idea del Estado. El Estado, profetiza, en sus primeras líneas, es de duración eterna. Estado y Derecho se necesitan. El Derecho sería así, la armadura del Estado y Jurídico el Estado cuando necesita del Derecho.

Convencido de la fuerza de ciertos fenómenos extrajurídicos cree haber resuelto el problema de la convivencia y el bien común y la justicia, sin el Derecho - solución teórica, por supuesto. El amor es esta solución. Expone un ejemplo: "¿Por qué el padre y el hijo cristianos, para regular sus relaciones, aun las más importantes relaciones, no necesitan derecho? Porque, sencillamente, el padre ama al hijo y el hijo ama al padre. Ahora bien, la sabiduría del pueblo traduce *amar* por *querer bien,* es decir, *querer el bien del amado,* lo que no se explica de otro modo que reconociendo que

el bien del amado es el bien del amante y recíprocamente. Así el bien del uno y del otro es el bien de la misma persona." Piensa Carnelutti que si el hombre amara no necesitaría del Derecho. Y el Derecho es una fuerza que une dos puntos, los puntos son los hombres, y esta fuerza que las liga, que los une, o vincula es el Derecho. El hombre no necesitará de los jueces si hay amor -dice, mientras tanto deben ser obligados. No se trata, aclarando, de un planteamiento cursilón y huachafo del amor. No se trata del amor que debilita los espíritus mediocres. No se trata de ese amor que vuelve estúpidos a los seres humanos. Se trata, en rigor, de la *dunamis*, la fuerza voluntaria de hacer las cosas por los demás por amor a si mismo. El amor, describe Carnelutti, encierra en sí una condición vinculante, una fuerza que une; pero a diferencia del Derecho, no une, vincula, en referencia a una sanción externa (pena, multa, etc.) sino por una condición interna (narcisismo). El sufrimiento del amado daña al amante. La clave está aquí en el término sufrimiento. No en el daño del otro, sino en el daño de uno al ser dañado el otro. Concepción que nos apetece asociar con el término individualismo. En el sentido más digno: capacidad de autogobernarnos, de ver el mundo desde uno. Un acto de libertad que "no es el poder sobre los demás, sino sobre sí mismo: no *dominiu malter ius* sino *dominium sui*". Tal vez se trata de una descripción de cierta condición humana, su condición económica, lo que el llamaría "*homo oeconomicus* que no quiere cuidar nada fuera de sus intereses." Se trata de economía, al que Carnelutti opone su contrario: *"homo moralis* que *no puede separar* el propio del bien de los demás.". se trata de la moral.

La intuición y el instinto en el Derecho.-

Otro de los motivos de comenzar a apreciarlo fue su concepción del Derecho. El Derecho como algo más que una simple teoría. El Derecho como fuerza. Esa, es a mi parecer un buen inicio para entender lo que es el Derecho, o al menos para apreciarlo mejor. Un fenómeno de fuerzas, una relación de fuerzas (en términos de Foucault). El Derecho, diría más adelante, es una fuerza: "Derecho, pues, no consiste en el ordenamiento sino en lo que ordena, es decir que une o, de una manera más realista, que liga; y, por tanto es una fuerza. … Fuerza, *dunamis,* decían los griegos. …. Fuerza no significa más que la idoneidad de algo para transformar el mundo. Y el derecho significa a su vez esa idoneidad."[416] . Luego añadiría: El Derecho es la lucha entre el hecho y la ley, "Y si el derecho es lucha, como vimos, entre el hecho y la ley, no se limita a esta lucha, sino que se extiende a su superación."[417]

Hace algunas predicciones exaltantes: "Yo creo en la eternidad del Estado o, más exactamente, en la duración del Estado hasta el fin del mundo;…"[418]

Se pasea por la historia. Roma, por ejemplo, "Más bien conviene observar el Estado en sus formas microscópicas, es decir en las formas originarias, de donde sacó su vida. Esta forma microscópica y originaria del Estado se llama familia."[419]. "Y la *familia romana* era verdaderamente un Estado en miniatura: ¿por qué no decir la

[416] Francesco Carnelutti. *Arte del Derecho.* Pág. 22.
[417] Francesco Carnelutti. *Arte del Derecho.* Pág. 67.
[418] Francesco Carnelutti. *Arte del Derecho.* Pág. 16.
[419] Francesco Carnelutti. *Arte del Derecho.* Pág. 18.

semilla del Estado? El *pater familias* nos presenta la figura, más bien que de un padre, de un jefe; mucho menos el poder generativo que el poder jurídico, en su forma más rigurosa,…"[420]

Estos conceptos me dieron la impresión de que Carnelutti no era un académico, sino un práctico. No era sólo un ratón de biblioteca, sino un experimentador, eso pude comprobarlo cuando, adelantándose a los temores de los prejuiciosos lectores, escribió para consolarnos: "Soy uno de ustedes", es decir un práctico. Pero eso, por supuesto, no era cierto. Carnelutti no era uno de ellos, era mucho más.

Basadre, un peladito llamado Jorge.-

Decirle «peladito», o «pelao» a Jorge Basadre Grohmann no es para nada una injuriosa e irrespetuosa ofensa. Quién haya pensado eso tiene un primer problema, un "complejo" a flor de piel. No es lo mismo decir: ese «maldito pelado», que decir «un peladito llamado Basadre». Por muchas razones. La última afirmación es cierta, o casi cierta, y nadie debe ofenderse por escuchar la verdad, y menos si esa verdad no tiene tono peyorativo. Lo peyorativo es ofenderse por las puras. Estamos perdidos si confundimos respeto con mojigatería. Es como decirle a un negro: «negro», y luego que éste se ofenda por tal afirmación. Decirle negro a un negro no tiene nada de ofensivo. Lo tiene sí si le decimos, asustados pero protegidos por la distancia, «negro feo». No podemos seguir confundiendo el color con el tipo de persona que un ser humano es. Negro no

[420] Francesco Carnelutti. *Arte del Derecho.* Pág. 18.

significa, ineludiblemente, feo, o ladrón, o vago, o, etc. Negro significa exactamente eso: negro y nada más. Las condiciones sociales (ladrón, feo, vago, etc.) no pueden determinarse por el color, sino por la personalidad, por el carácter, por la concepción de estética que tengamos, por la jerarquía dada a una determina actividad o inactividad. Eso ya se lo sabe, pero hay que decirlo hasta que quede interiorizado, adherido en el inconsciente colectivo.

* * *

Pues bien, al final del extraño Perú, en su extremo sur, queda dibujado afablemente un pequeño pueblo: Tacna; allí nacería también un extraordinario y prolijo hombre: Jorge Basadre G., del que hoy quiero ocuparme como quien se ocupa de un ídolo. No hay acaso término más apropiado para este personaje (ídolo), a pesar que su corporalidad lingüística suela arbitrariamente refundarse en un vicio, en un obstáculo, como sinónimo de falta de objetividad. Se dice, por ejemplo, "la mejor y real apreciación de algo es la objetiva". Pero creo, en este caso, que tratar sobre el homo sapiens objetivo es desviarse del subjetivismo necesario para captar al hombre de carne y hueso. No estoy preocupado, por ello, en ser absolutamente objetivo. Puesto que de la objetividad absoluta no está dispuesta contra su corrosión o relatividad ni siquiera la ciencia. "No toda investigación científica procura el conocimiento objetivo. Así, la lógica y las matemáticas -esto es, los diversos sistemas de lógica formal y los diferentes capítulos de la matemática pura- son racionales, sistemáticos y verificables, pero no son objetivos, no nos dan informaciones acerca de la realidad; simplemente, no se ocupan de los hechos. La lógica y la matemática tratan de entes

ideales; estos entes, tanto los abstractos como los interpretados, sólo existen en la mente humana.", escribe Mario Bunge. Mi apreciación es por lo tanto subjetiva, parcial; no objetiva (neutra). No puedo concebir que se hable de alguien con absoluta objetividad, objetividad que excluye, que delimita, que define de una vez y para siempre. Eso me suena a inhumano, a máquina, a estadística. Por eso voy a hablar de Jorge Basadre G. exclusivamente desde mi subjetiva perspectiva.

Sus retratos lo muestran sereno, amable, sincero, predestinado para el bien. No tiene como otros la frente arrugada, ni los ojos graves, su figura refleja más bien candidez, ternura, pasividad. No fue, sin embargo, nada pasivo, ni opacado, eso queda demostrado por su inmensa obra. Hombre inquieto y sagaz dedicó su vida al mundo de la creación intelectual. Luego de ver sus enormes tomos sobre la República, apenas puede uno imaginárselo descansando. Uno se pregunta, ¿cómo hizo todos aquellos hermosos tomos, llenos, repletos, de datos, historia, derecho y filosofía?, ¿cómo pudo tener tanta rigurosidad científica con sus fuentes? Solo a través del genio, y del rigorismo metodológico se logra eso, y método es disciplina y todo ello es trabajo y más trabajo. No puede haber otra forma. Basadre, sin embargo, no sólo contaba con rigorismo, sino que tenía un gran talento metodológico: capacidad de ahorrar esfuerzo, economía de recursos. Podría decirse de él lo que atribuyó a José Mateo Aguilar "su vida fue metódica". Mateo Aguilar del cual comenta: "no tenía sino un vestido, creyendo que con ello no defraudaba a los pobres".

¿Cuál era la constante de Basadre? ¿Porqué escribía tanto? ¿de dónde sacaba sus fuerzas? Basadre sacaba su "fuerza y desgarramiento, lucidez y trastorno", de su limpia y jubilosa certeza de ignorancia. El buscaba laboriosamente el saber por su desconfianza metódica de toda certeza demasiado explícita, demasiado evidente, algo que debiera haberle provocado algunos malestares mentales, y a lo cual no se resignaba. Era, por lo tanto, un buscador, y un entendido de que: "El saber descansa, pues, necesariamente en el terreno de la ignorancia, es decir, esencialmente en la espera del futuro, y es de ahí, de donde saca también su fuerza. Si alcanzara su objetivo: la seguridad incondicionada, cesaría también el afán de saber." como escribiera Bohler.

Pero otra explicación de su prolijidad es que Basadre no hacía esfuerzos por tocar los límites de su investigación, él sabía que el conocimiento, como la vida, es infinita, él hubiera logrado esbozar perfectamente una frase de Ruskin "no haré esfuerzos por tocar sus límites".

Hombre relacionado con grandes hombres, había recibido incluso lecturas sobre el anarquismo, como el narra: "El Instituto de Historia Social me envío copias de las páginas que Max Nettlau dedicó al Perú en su historia universal del anarquismo."(49, Conversaciones)

¿Cómo resultó ser historiador este abogado? El dice sobre aquel suceso: "De mi lado, no decidí ser historiador sino por los 50 como resultado de mi relación personal con don Raúl Porras (50 Conversaciones con Macera).

¿Cuáles fueron los motivos, sus razones? Responde: "Me dediqué a la Historia por razones casi freudianas, para huir del presente personal, familiar y quizá nacional, que me era absolutamente desagradable.

Sin embargo, a pesar de haber leído tanto, de haber escrito tanto, de tener la consideración de intelectual, de historiador, sucede en el, lo que en todos los hombres grandes, no queda absolutamente convencido de su ciencia, de su arte, de su vida; observa mas bien la necesidad imperiosa de no influir en los demás. Cosa curiosa en un hombre de su talento. Reflejo más bien de su real dimensión como hombre, como verdadero intelectual; el dice: "…no estoy muy convencido de lo que valemos la historia entera y quienes la estudiamos. Por mi parte, trato ahora de influir lo menos posible en los demás, sobre todo en mis alumnos" (51 C.V.).

Esto último dicho por Basadre ha calado mucho en mis fibras, su pregunta sería acaso esta: ¿acaso no estaré equivocado? La eterna duda, la eterna incertidumbre del hombre que piensa y que sabe de la volatilidad del conocimiento, que sabe que el mayor rigor de la vida es el cambio.

Basadre habla de Tacna, a través de reseñas que hace de otros, como de otro también intelectual Vigil, al que le atribuye para la historia el título que se le dio a Tacna: la heroica: "por iniciativa suya (habla de Vigil), el Congreso dio a la ciudad en la ley de 21 de mayo del 1828 el título de heroica, hasta hoy vigente.(229 personajes).

Habla de otros personajes tan importantes como Manuel Lorenzo de Vidaurre, "Manuel Lorenzo de Vidaurre escribió: "En 1820 escribió el libro Plan del Perú, que con dedicatoria a Bolívar publicó en 1823 en Filadelfia, para hacer una crítica del sistema administrativo colonial. Fue, además, Vidaurre, autor de unas Cartas Americanas, roussoniana confesión de sus amores adúlteros." (222 personajes).

Cuenta Basadre que Vidaurre "pedía que a mayor poder hubiese menor tiempo en su ejercicio, que no existieran ejércitos permanentes sino en tiempo de guerra…" (223 Personajes)

Da una mirada a los derechos humanos a través de Miranda "El escándalo salta cuando con fulgida elocuencia hace el elogio de los "derechos del hombre", en los cuales se cifra el contraste entre la vida colonial y la vida republicana; los "derechos del hombre" señalan la sepultura de la política medieval y el nacimiento de la política liberal." (60 personajes)

Algunos piensan, sin embargo, que Basadre "escribió bajo una poderosa sugestión de justificar conclusiones a que había llegado anticipadamente en el curso de la formación de su propia ideología " 19

Es un hombre que se pregunta "porqué se funda la república. "Un fermento adicional tuvo todavía la promesa republicana que el "quipu" inca y el pergamino colonial no pudieron ostentar porque ambos correspondían a un tipo de vía socialmente estratificado; el fermento igualitario, o sea el profundo contenido de

reivindicación humana que alienta en el ideal emancipador y que tiene su máxima expresión en el “Somos libres” del himno (17 La promesa de la vida peruana)

Pone en evidencia hechos contrarios a toda tradición histórica: “Y el derecho español aplicado a América, es decir el derecho indiano, procuró en mucho copiar las instituciones propias de los indios, como lo evidencian las leyes sobre tributos, mita, comunidades.(81. Historia del Derecho Peruano).

CAPÍTULO IV.- DERECHO Y RELIGIÓN

El tema más áspero, más insípido para cualquier joven es el de la religión. Sí, cualquier joven esbozaría un gran bostezo por temas religiosos. La Biblia sería para ellos pura huachafería, cursi y apagada. Ellos querrían más bien algo vital, fuerte; algo que tenga que ver con la adrenalina, los espasmos, el sexo, lo rebelde. Ellos podrían decir que sólo saben que la religión supera indudablemente cualquier otra actividad humana en cantidad y variedad de tonterías. Y uno está convencido -por tradición- de que tienen razón. Y sin embargo, por azar, lees, "cómo un eunuco deseoso de violar a una niña, así es el que pretende hacer justicia con violencia" (Eclesiástico, cap. 20 vers. 2), y eso está escrito nada más y nada menos que en la cursi Biblia, nada más y nada menos. Y no lo puedes creer. Con un gesto de desconcierto piensas que quizá ha sido un desliz de traducción, y sigues leyendo, para convencerte de que si, de que la Biblia es aburrida, de que la Biblia es sólo para gente cursi y huachafa, para gente sin fe, que busca esto en el más allá y no en uno mismo. Y lees "si haces el bien mira a quien lo haces y tus beneficios no se perderán". No lo puedes creer, este parágrafo no dice "haz el bien sin mirar a quien", sino todo, absolutamente todo lo contrario. ¿Error de ortografía, de gramática o de semántica? ¿Está uno volviéndose viejo? Dudas, dudas de tu inteligencia. Pero has leído a Bukowski y ya no te importa serle infiel. Y sigues pensado en la frase "si ha-

ces el bien mira a quién lo haces", y aún no lo puedes creer, ¿la Biblia dice que abras bien tus ojazos antes de hacer el bien?, que no despilfarres tus virtudes en cualquiera, que el bien es utilitario y exclusivista, no para todos y para cualquiera, sino ¿sólo para cierta élite? Esto tiene un suave sabor nietzscheano. Un cierto olor a sabiduría y no a religión. Y con un esfuerzo (rezagando tus prejuicios bíblicos) sigues buscando algo más y lees: "No te entregues a las prostitutas, para no perder tu herencia". Notas que no dice "no te entregues a las prostitutas porque está mal, o no lo quiere Dios". ¿qué está pasando? ¿Es esa la Biblia o será tal vez otro libro? Pero te intriga algo, ¿qué quiere decir con "…para no perder tu herencia? Supongo, arbitrariamente, que te habla de tu sexo. Traduzco el parágrafo así: "no te entregues a las prostitutas para no perder tu sexo". ¿Entienden? ¿Será así?, ¿será que lo que dice es que nos cuidemos de las enfermedades? Eso también sería sabiduría, prudencia, y no mera cursilería. Y luego comienzo a examinarme, para ver si no estoy desvariando, pero al instante rehuyó tal examen. Recuerdo a Cioran: "No es bueno que el hombre recuerde a cada instante que es hombre. Examinarse a sí mismo ya es algo malo… Mientras trituramos nuestro yo, podemos pensar que estamos abandonándonos".

Respiro. Aún no dejo de asombrarme. ¿Sabiduría en la Biblia? Pero no estoy dispuesto a dejarme vencer; tiene que haber otras cosas que anulen mi reciente admiración por algunas cosas de la Biblia. Sigo leyendo: "No prestes al más fuerte que tu; si le has prestado, dalo por perdido". ¡Diantres! ¿qué es todo eso? Y más allá: "No entres en pleito con un juez, que por su calidad de

tal ganará el pleito." Y pienso ¿estaré cambiando de piel, estaré siéndome infiel? Luego recuerdo a Nietzsche y a su serpiente: "ese animal que perece cuando no puede cambiar de piel", y respiro aliviado, al menos por el momento, pero sé que me estoy negando, que el mundo allá sigue siendo igual de podrido, que la Biblia es sólo un artificio, ¿o no? La duda, la duda. Y viene en tu salvación Nietzsche: "corrección a Lucas 18, 14. "quién se humilla quiere ser ensalzado".

Y dejas los prejuicios por un momento, sólo por un momento, mientras eres consciente, porque después todo será igual, igual de podrido e inconsciente. Lees: "Todo hombre que ha decidido que otro es un imbécil o una mala persona, se enfada cuando el otro demuestra que no lo es".(Nietzsche).

No sabes ya que decir, que pensar, que opinar. No crees en las religiones, no crees en nada. Este mundo es para los descreídos, así que renuncias a entender y sigues leyendo (para no perder la costumbre, para no aburrirte, para sentirte mejor, para ver si puedes someterte a los efectos del arte): "los efectos más poderosos del arte: cambiar las bestias en hombres"(Nietzsche). Y dejas que el mundo siga, pedaleando, porque en el fondo sabes que: "No hay bastante religión en el mundo para aniquilar a las religiones" (Nietzsche) Y porque sabes que: "Ser joven es la única religión" (Bukowski). Y piensa en otra cosa, en el amor, el amor, y el sexo: "amor es una vía con cierto significado; sexo es significado suficiente" (Bukowski).

CAPÍTULO V: LITERATURA Y DERECHO

Exposición de motivos (mea culpa).-

He de confesar, en términos cristianos, que el "motivo", la "fuerza activa y reactiva" que mueve mi cuerpo y mi pensamiento a este arriesgado afán expositivo, es la "idea civilizada" de "hacer currículum". Mi "motivo" es, por tal razón, mezquino, frívolo, superfluo y por supuesto que incluso contrario a toda "envoltura funcional", carácter impreso en la Literatura actual. Porque ha de saberse que a la literatura la civilización la ha envuelto en una complicada y metafísica "función"; ya sea la de "compromiso", "sensibilidad", "estética", "reaccionaria", "histórica", etc. Lo cual significa también una reducción, una restricción de lo literario. Encerrar a la literatura en cuatro paredes "funcionales" (la función que "debe" "ineludiblemente" cumplir la literatura, para ser tal) es puerilizarlo, haber perdido la cabeza, ser un necio "inconsciente y confeso", anti literario.

El "motivo" (la razón de mi movimiento) de este artículo no es para nada literario. No en el sentido "formal", de la palabra no de acuerdo al "estándar cultural" actual. Con lo dicho quiero aclarar una primera afirmación: Literatura es lo que el "estándar cultural", histórico: temporal y espacial, dicen que es; pero no existe una "universal" concepción de literatura. La literatura

es producto del hombre, y como tal responde a su omnipotente, arbitraria y caprichosa creación. Literatura es lenguaje puesto en acción, son signos y símbolos. No hay nada fuera de estos símbolos y signos que sea literatura. Puede ser escrita o hablada, pero nunca dejará de ser lenguaje: conjunto de signos y símbolos, significados y significantes. La Literatura es universal, pero su sentido o construcción no es universal. Lo que si se ha universalizado, es más bien, un ininteligible afán literario: todo el mundo quiere ser literato en algún momento de su vida, aunque sea de pasadita, aunque sólo sea de pasadita. Pero no todos quieren ser abogados. La literatura está vestida de sensibilidad, ternura, delicadeza, etc., y el Derecho es más bien desvestido de estos elementos -parece ser la opinión general. Veamos si esto es cierto.

Estética vs. Geometría.-

Cuando se habla de Literatura se habla de "creación o producción de estructuras verbo-simbólicas, orales o escritas". Es una especie de "abdicación de lo racional en favor de lo estético", diría Savater. Es una creación humana "que surgió con nuestra necesidad de ficcionar, producto del pensamiento. Pero no es sólo eso sino que se presenta como una forma de escritura, peculiar, con aroma excluyente y exclusivo. Por eso se puede decir que se percibe en el ambiente cierta distancia entre ella (la literatura) y las demás formas de escritura, las otras dimensiones de la palabra. Se dice, por ejemplo, que la Literatura tiene su propio "reino", ¿reino que excluye al resto? Y el resto es, por ejemplo, la filosofía, la ciencia, la historia, la política, la economía, etc., y por último el Derecho. Derecho antinómico

porque que se pierde en las alucinaciones lógicas de un discurso tan áspero como inconciliable con la literatura -dicen los entendidos. Pero ¿es cierto eso? Ese "algo" estéticamente bello llamado Literatura, por su condición excluyente y sensible, ¿no tiene "nada que ver" con el profano, complejo y distante derecho, con el "asqueroso" derecho, con el poco bello lenguaje jurídico? Derecho, valga la aclaración, contemplado sólo por sus representaciones objetivas más burdas, engorrosas y enojosas como son los códigos y leyes (enormes monumentos o museos de letras coordinadas matemáticamente para hacer al hombre cuadrado, normado, estructurado) visión que también es incompleta.

Literatura y Derecho se hallarían así enfrentados. Esa sería una angustiante realidad para el hombre que ama la literatura y ama también el Derecho. Es algo así como amar al enemigo de tu amigo; o como ser un bígamo convicto y confeso, con sentimiento de culpa incluido. El "mea culpa" cristiano incrustado en el subconsciente se muestra como un reptil dispuesto a morder a su presa.

Pero ¿están realmente distanciados, enfrentados, divorciados, Literatura y Derecho? ¿No será esto sólo una mala interpretación de la representación de cada arte? Porque -veamos sus semejanzas- vale decir que la Literatura es un arte, y el Derecho también lo es. Claro que los literatos negarán profunda, tajante, y hasta sarcásticamente, que el Derecho sea un arte; ¿cómo podría ser arte algo tan rígido, tan geométrico, tan matemáticamente estructurado? -*argumentarían*. Pronto se advierte que los literatos y demás profanos olvidan la

otra parte del Derecho, olvidan que el Derecho no es sólo un amasijo o "conjunto de normas" que se patentizan en los códigos. Se olvida que el Derecho no son sólo los códigos y leyes con fuerza coactiva, sino mucho más, y en este "mucho más" está el asunto. Ese mucho más es por ejemplo la "Interpretación" (esa capacidad mental para poder armonizar los hechos, valores y normas; ese acto de valoración, de balanza, etc.); la "Historia", que determina la necesidad del sentido histórico ("conciencia del tiempo y del espacio"); "Filosofía", que es la que se encarga de amalgamar o integrar todas las dimensiones del fenómeno jurídico. Lo curioso es que la literatura tiene también de todo ello: Interpretación, Historia, Filosofía, etc. Por supuesto Literatura y Derecho no son nada más que otras formas de ver el mundo, otras formas de solucionarlo, de conciliarlo con el hombre, otros métodos de ficción y cognición. Y por supuesto que la Literatura y Derecho no renuncian a usar esas otras disciplinas, para incorporarlas en su discurso. No se puede decir, pues, que Literatura y Derecho son entes "puros", como la raza aria, por ejemplo, es más bien el producto de una mezcla, de un delicioso mestizaje, lleno de todos los colores y todos los sabores, pero con una dirección distinta, con una función u objetivo diferente. Esa es la diferencia. "Lo que diferencia a la literatura -y al Derecho- de otros discursos no es su carácter ficcional sino el uso que hacen de dicha función."

Pero la distancia más saltante es aquella que afirma que la Literatura es estética, y el Derecho geometría. Si eso es cierto, en vez de contradecirse, en vez de ser una oposición, es más bien una coincidencia. La es-

tética tiene geometría, es decir, armonía, pero va más allá. Se trata de "cantidad de vida". Estética supone que las palabras estén en su lugar, que cada palabra esté puesta en un lugar "adecuado", estratégicamente dispuesto, sin sobrar o faltar. Concepto de literatura subrayado por Eduardo González Viaña, quien cuenta: "…un consejo que me dio mi padre cuando advirtió que, …, mis pasos avanzaban por el descarriado sendero de la literatura. 'Es evidente que vas a ser escritor', me dijo, y añadió: 'Por lo tanto, es preciso que leas con amor y atención el Código Civil. Fíjate bien cómo está escrito: no hay un sólo adjetivo en sus páginas. No hay una sola palabra que sobre … y no hay ninguna que falte. Sólo cuando escribas así, serás de verdad un escritor'.".

Sin embargo, la Literatura no tiene que ser estética, no en el sentido actual de la palabra, como lo bello. ¿Qué significa lo bello?, simple convenio, consenso social en determinado tiempo y espacio. ¿Puede haber belleza eterna y universal?: "Afincar lo estético a lo bello o centrar su campo de interés en la belleza corresponde a una concepción premoderna, antigua o clásica y denota, en el mejor de los casos, un idealismo trascendental de raigambre hegeliana. No se puede considerar lo bello o la belleza como una idea o esencia universal, de existencia autónoma, ni algo inefable o indescifrable que intuitivamente captaría el escrito o el artista." (Miguel Ángel Huamán) Es más, la belleza es sólo determinación, gusto creado, deseo creado. Foucault, un invento humano y no algo intrínseco al ser humano, "lo bello y la belleza son valores humanos que varían de acuerdo a las propias determinaciones cultu-

rales." (Miguel Ángel Huamán). Fenómeno que responde no sólo a una herejía contra las concepciones tradicionales. Sino a la "necesidad de poder" y de determinación de éste.

Guilles Deleuze dice que cultura es "adiestramiento y selección". ¿Pero en qué se adiestra?, ¿qué se selecciona? Esto va en relación directa con los dominios de saber, con los saberes dominantes, que son simplemente factores de poder. Así, el problema de la armonía y la belleza es sólo dispuesto en conexión con esta disposición o requerimiento de detentar poder, por eso incluso "el propio arte y la literatura en su proceso de constitución en la modernidad cuestionan el ideal clásico de la armonía, la belleza y la unidad para reivindicar una "estética de lo feo" desde Baudelaire hacia adelante." (Miguel Ángel Huamán). Hay, entonces, estética en la Literatura y el Derecho si se observa bien, con vista de águila.

La Argumentación.-

La argumentación, como fenómeno de conciliación con el resto, es siempre un intento de explicación de la existencia ¿existo y merezco existir por tal o cual motivo? Pero toda explicación parece debilidad, conciencia de la necesidad del otro, de la aceptación del otro. John Wayne, reseñado en un libro de la vida de Quentin Tarantino, decía: "nunca des explicaciones, nunca te quejes, es sinónimo de debilidad". Dicen los entendidos que la literatura no argumenta, no tiene que dar explicaciones, sin embargo a lo largo de su creación una obra literaria pareciera como si estuviera intentando explicar las razones o justificaciones de sus existencia;

se preocupa por ser armónica, su lenguaje es trabajado y trabajoso, y todo eso es precisamente argumentar: dar razones sobre la necesidad y utilidad de la propia existencia.

Que el Derecho sea argumentación no hay quien lo niegue. Una característica eje del Derecho es su especial condición de ser precisamente argumentación, que posibilita la legitimación de su propia existencia. La argumentación jurídica es tratada por Perelman.

Literatura y Derecho tienen mundos paralelos, similares y hasta complementarios. El primer acercamiento es que los dos son medios escritos, estrictamente escritos que describen un mundo, a través de metáforas y ficciones y en el cual cada caso, cada historia se va perfilando por sí misma, por cuenta propia.

* * *

Otra grave afirmación, la que el Derecho no tiene que ver con lo humano, con la sensibilidad, con el sentimiento, sino con lo grave, lo impudoroso, lo drástico, lo no humano, etc., pero ¿acaso no era León Barandiarán quien sugería al abogado leer un porcentaje mayor de Humanidades que de Derecho, para ser precisamente un buen abogado? Sin embargo, se dice que la literatura se ha afirmado, así como la reina de la sensibilidad, después de la poesía, a diferencia de la historia, la política, la economía y el derecho, que son más bien técnicas útiles, instrumentos de vida y de sobrevivencia. Pero eso es un tanto injusto, porque el hombre no puede vivir sin derecho, porque si no hay normas que controlen sus instintos, destructivos no habría vida

humana en coexistencia, y la literatura es imaginación y sueños, y el hombre vive de esos sueños, espera y ésta le da posibilidad del futuro.

Puedo decir, además, que no he encontrado el Derecho mejor explicado que en la literatura; en las obras del Divino Marqués de Sade, por ejemplo, los fundamentos son eminentemente jurídicos, son argumentos sobre la justificación de determinadas conductas. Otro ejemplo se da en la novela filosófica de Nietzsche "Así hablaba Zaratustra", donde hay evidentes fenómenos jurídicos, es decir normativos. Norma por aquí, y norma por allá. El Buddha es también un encontrador de la ley, un hombre impregnado del espíritu del Derecho. Mahoma, Jesús. Todos ellos hicieron Derecho: determinación de un sentido, y, justificación de nuestra existencia.

Y hombres como Dostoievski, *Crimen y castigo, El Idiota;* Frank Kafka, *El proceso;* Albert Camus, *El extranjero, La caída*; etc., con otras muestras de esa clara conjugación entre literatura y derecho que hoy mi pudor me inhibe de comentar, a pesar que sé, con Sade, que "el pudor es un sentimiento pusilánime" y autodestructivo.

El Derecho es una fuerza que integra, cortesana ella, usa de todos, goza con todos, exprime a todos sus cualidades. Ciencia, literatura, política, economía, historia, todo en él se mezclan, se complementan, e incluso la lógica de las matemáticas ha sido utilizada para hacer razonamiento jurídico. Por eso, para mí el Dere-

cho es una disciplina completa. Enorme, inmensa, y la literatura igualmente.

Literatura y Derecho exponen un ser y un deber ser. El Derecho es eso que se "debe ser" pero con una peculiaridad, es impositiva, es ese "debes ser" legitimado, y esta idea puede ser perfectamente explicada mediante la literatura, como lo hizo Azorín en su cuento: "El buen juez".

Justicia: "el juez "el buen caballero va a administrar esta cosa sutilísima, invisible, casi fantástica, que se llama Justicia" (Azorín).

Azorín, hombre de fantásticas fantasías se mete también por los recovecos del tema jurídico, y sin ser jurista escribe y determina con sentido de jurista. En un cuento, escribe, con pasmosa lucidez, … "no sucede otra cosa que yo he dictado hoy una sentencia apartándome de la ley, pero con arreglo a mi conciencia, a lo que yo creía justo en este caso. Yo no sé si vosotras entenderéis esto; pero el espíritu de la Justicia es tan sutil, tan ondulante, que al cabo de cierto tiempo los moldes que los hombres han fabricado para encerrarlo, es decir, las leyes, resultan estrechos, anticuados, y entonces, mientras otros moldes no son fabricados por los legisladores, un buen juez debe fabricar para su uso particular, provisionalmente, unos moldes chiquitos y modestos en la fábrica de su conciencia". Conciencia que tiene que ver con la sociedad y el insistente trabajo de resolver los problemas de coexistencia, más que los problemas de norma (no hay ley, etc.). Conciencia co-

mo relación con la sociedad y su salud y seguridad física y mental.

En derecho se tiene por literato al que escribe "palabras brillantes pero sin fondo". Esta sería la más canallesca y grave negación entre la literatura y el Derecho: limitación de su campo de creación y operación, pero, realmente ¿cuál es el terreno de la literatura; y cuál el del Derecho? Cada una se define por sus construcciones y fines.

Interpretación.-

La literatura interpreta el mundo o expresa una determinada interpretación del mundo, de nuestra vida, interpretación es darle sentido a nuestra existencia, configurar el mundo para entenderlo, decidir y lograr vivir mejor. Es más, "es importante señalar que tanto el análisis literario como el análisis jurídico se preocupan fundamentalmente por el inquietante problema de la interpretación y por el papel de la intención del autor o legislador en la lectura posterior del texto."

"La interpretación clásica tanto del Derecho como de la Literatura estuvo basada en la intención del autor; y la interpretación moderna tanto del Derecho como de la Literatura proclama la muerte del autor y la del legislador, a fin de permitir que el texto tenga valor por sí solo.

"Quien nace escritor tiene que escoger una vocación para vivir junto a la desastrosa vocación para soñar, y generalmente aquella termina devorándose sus sueños". (Eduardo Gonzáles Viaña).

"Para que los hombres hagan el milagro cotidiano de edificar una sociedad y de vivir en armonía", (Eduardo Gonzáles Viaña). Para eso sirven la literatura y el derecho.

La interpretación "no usa al saber sino lo impugna, lo muestra en donde desfallece. Es el retorno de lo reprimido. .. En cambio , en el discurso universitario el saber ha ido a parar al lugar del orden, del mando, al lugar ocupado en un principio el amo. "el discurso universitario es uno que tiene por amo al saber, el universitario trabaja para el saber, no lo posee puesto que es una especie de esclavo." Marcos Mondoñedo, "Normalizar lo extraño".

Culpable yo.-

Pedirle a un escéptico que hable optimistamente sobre Literatura es un delirio. No podría yo hablar bien de la Literatura. No he visto que haya logrado nada, nada extraordinario al menos. ¿Cuántas historias de hombres inmolados por su "amor" a la cultura, y su genialidad siempre reconocida después de muerto? Cuando ya no le sirve. No puedo, por ello, aconsejar la Literatura; incluso a riesgo de ser tachado de "inculto", o "imbécil". No estoy dispuesto a decir u ofrecer rosas. No puedo negar esa terrible sensación de -al incitar a leer o hacer Literatura- vértigo. No creo en las bondades intrínsecas, exclusivas y excluyentes de la Literatura. Creo más bien que es un medio más, una forma más de vivir. No es más grande que ninguna de las otras funciones y actividades del hombre. Literatura ¿qué es lo que te hace "superior" a lo demás? ¿Qué hace del li-

terato superior a los demás? ¿Su sensibilidad? ¡Patrañas! Se puede ser tan sensible con un simple mirar la noche.

Otra vez la pregunta: ¿Qué hace a la literatura superior?, ¿ser literato significa que eres imaginativo? Es falta de imaginación lo que hay en un literato, no lo contrario. Necesita crear otro mundo, porque no logra imaginar, comprender, como es éste.

No puedo aconsejar tampoco el Derecho, no ese derecho de códigos y sistemas de enjuiciamientos, no ese derecho donde se determina al hombre, se lo vigila y castiga. No ese derecho que acusa, juzga, castiga, individualiza, el delito y al delincuente. No ese derecho como barrera, como instrumento que aplasta (mediante la ley) al hombre. No, no puedo aconsejar el Derecho.

- CAPÍTULO VI: ORATORIA FORENSE, LENGUAJE Y DERECHO

Oratoria Forense es un curso fundamental; quien lo aprende, asimila e interioriza está en ventaja conceptual.

Oratoria forense no es como muchos creen: sólo hablar bien, dejar que las palabras fluyan con gracia y elegancia. Es más bien algo más complejo, poder comunicar, lograr comunicar y "convencer". Para lograr esto, en este siglo, se ha utilizado preferente al lenguaje. Hay que estudiar, entonces, primero el lenguaje, lenguaje como construcción consensual que delinea un determinado dominio de poder, un dominio de saber. Así, el lenguaje ya no sería sólo el único método de transmisión, sino que lleva en si una carga de poder importantísima: lograr ser uno de los instrumentos para mover al ser humano, para conducirlo, o para restringirlo; en fin, para normarlo (y lo normativo es también una función jurídica). El lenguaje amplía su función comunicativa y pasa a ser un medio de poder (en la Oratoria Forense), a través del cual se logra imponer, por ejemplo, una sanción, una determinada acción u omisión de la conducta humana.

Es necesario, entonces, hacer una primera digresión sobre este tema. ¿Para qué nos sirve la Oratoria Forense? Tal vez sólo sea un tema más. No es así, sin embargo. Oratoria es más que un discurso, es un discurso que expresa y propone un cierto tipo de dominio, de poder, un cierto saber dominante.

La oratoria es eminentemente discurso, y es un sistema de signos y símbolos debidamente sistematizados, que permiten la comunicación y la interacción entre los seres humanos. Oratoria es lenguaje, pero no sólo lenguaje.

Lenguaje y Derecho.-

Lenguaje es lo que el "estándar cultural", histórico: temporal y espacial, dicen que es. Existe una "universal" concepción de lenguaje, por ser más una técnica que un fenómeno cualquiera. Es construcción humana, temporal, y por lo tal responde a su omnipotente, arbitraria y caprichosa creación. El lenguaje son un sistema de signos y símbolos puestos en acción. No hay nada fuera de estos símbolos y signos que sea lenguaje. Puede ser escrita o hablada, pero nunca dejará de ser lenguaje: sistema de signos y símbolos, significados y significantes. El lenguaje como instrumento de comunicación es universal, pero su sentido o construcción no es universal, se construye de acuerdo al medio ambiente y se determina como idioma cultural y geográfico. Lo que si se ha universalizado es, es más bien, que es una técnica de comunicación, de expresión. El lenguaje, no obstante ser una técnica para transmitir un mensaje, su importancia radica que allí, dentro de su contenido,

dentro de sus signos y símbolos lleva no sólo información, sino voluntades, intenciones, etc. del ser humano.

Cuando se habla de Lenguaje se está hablando de "creación o producción de estructuras verbo-simbólicas, orales o escritas". Es una especie de racionalidad, de objetivización de la voluntad del ser humano. Es una creación humana "que surgió con necesidad". Nació para posibilitar la búsqueda y consecución de nuestras necesidades; es por lo tanto un producto del interés, y el interés como sabemos con Carnelutti, no es más que "una posición favorable para la satisfacción de una necesidad".

La importancia del lenguaje es trascendental porque de ella se deriva incluso el pensamiento. Algunos autores dicen que si no hay lenguaje no puede haber pensamiento. Y si esto es así, no habría sociedad. El pensamiento que utiliza al lenguaje como instrumento de su propia creación u operatividad es exclusivo del ser humano; al menos su refinamiento, no sabemos de algún ser vivo que haya desarrollado de tal forma el pensamiento.

El lenguaje tiene su propio reino, sus propias dimensiones conceptuales, con las cuales puede construir sistemas de pensamiento, que luego se constituyen en "dominios de saber" y pasan a ser "dominios de poder" o "discursos dominantes".

Dentro de estos discursos dominantes, dominios de saber, etc, se encuentra el Derecho, preferentemente. El Derecho se constituye como una forma de lengua-

je peculiar, con aroma excluyente y exclusivo, que marca cierta distancia con las demás formas de utilización del lenguaje (como la medicina, por ejemplo). El Derecho como lenguaje y como dominio de saber, o saber dominante, o discurso de poder, se preocupa de normarlas conductas del ser humano, tiene un fundamento político antes que técnico; no se dedica a construir carreteras, ni a curar el cuerpo cuando está enfermo. Su función es más bien la normativa, la regulación de las conductas de los seres humanos, la armonización de estas conductas intersubjetivas. El Derecho tiene una dimensión singular en el mundo del lenguaje. El Derecho es ante todo discurso, discurso de poder, poder que es siempre legitimado. El Derecho sería un discurso dominante, un dominio de saber.

La mayor representación objetiva del Derecho se encuentra en los códigos jurídicos, pero no se restringe o anula en ellos. Los códigos jurídicos, como se sabe, son enormes construcciones lingüísticas, coordinadas matemáticamente.

El Derecho así, como construcción humana sería un arte, y el pincel sería el lenguaje. Además, el Derecho, no es sólo un amasijo o "conjunto de normas" que se patentizan en los códigos. Se olvida que el Derecho no son sólo los códigos y leyes con fuerza coactiva, sino mucho más, y en este "mucho más" está el asunto, en este mucho más entra el lenguaje, el discurso, el poder, mediante los cuales el Derecho se constituye como lenguaje, pero también como discurso de saber, como discurso de poder, como saber dominante. Y su fuerza, se demuestra mucho más allá de la utilización de ese sis-

tema de signos y símbolos", puesto que el Derecho, con el lenguaje, crea por ejemplo, otros instrumentos mucho más poderosos que ayudan en la aplicación del mismo Derecho, en la regulación de las conductas de los seres humanos (sólo hay conducta humana), como, por ejemplo, la "Interpretación", que es la capacidad mental (pensamiento, lenguaje como objeto con el cual se trabaja) para poder armonizar los hechos, valores y normas; ese acto de valoración, de balanza, etc.); la "Historia", que determina la necesidad del sentido histórico ("conciencia del tiempo y del espacio"); "Filosofía", que es la que se encarga de amalgamar o integrar todas las dimensiones del fenómeno jurídico.

A pesar de que el Derecho es un discurso excluyente, o mejor, determinado, no por ello olvida o desdeña las otras dimensiones lingüísticas, como la Historia, la Filosofía, la Economía, etc. El Derecho usa más bien de todos ellos para lograr ordenar la sociedad, ver formar de solucionar y conciliar al mundo con el hombre. El Derecho es un método de cognición, y hasta una ficción, o un artificio para solucionar los conflictos de intereses, los problemas de coexistencia a través del discurso, de un dominio de saber.

El Derecho es también estética, como el lenguaje. La estética tiene geometría, es decir, armonía, pero va más allá. Se trata de "cantidad de vida". Estética supone que las palabras estén en su lugar, que cada palabra esté puesta en un lugar "adecuado", estratégicamente dispuesto, sin sobrar o faltar. Eduardo González Viaña, cuenta: "…un consejo que me dio mi padre cuando advirtió que, …, mis pasos avanzaban por el descarriado

sendero de la literatura. 'Es evidente que vas a ser escritor', me dijo, y añadió: 'Por lo tanto, es preciso que leas con amor y atención el Código Civil. Fíjate bien cómo está escrito: no hay un sólo adjetivo en sus páginas. No hay una sola palabra que sobre … y no hay ninguna que falte. Sólo cuando escribas así, serás de verdad un escritor'.". Lenguaje y Derecho son inseparables.

El Derecho es "adiestramiento y selección" a través del lenguaje. Guilles Deleuze dice que cultura es "adiestramiento y selección", nosotros le agregamos que el Derecho mismo es tal; ¿pero en qué se adiestra?, ¿qué se selecciona? Esto va en relación directa con los dominios de saber, con los saberes dominantes, que son simplemente factores de poder. Así, el problema de la armonía del lenguaje, lenguaje como instrumento del derecho es sólo importante cuando se trata de legitimar un tipo de discurso dominante llamado Derecho.

Además, el Derecho es argumentación esencialmente; y éste se constituye como discurso. La argumentación, como fenómeno de conciliación con el resto, es siempre un intento de explicación de la existencia ¿existo y merezco existir por tal o cual motivo? Pero toda explicación parece debilidad, conciencia de la necesidad del otro, de la aceptación del otro. John Wayne, reseñado en un libro de la vida de Quentin Tarantino, decía: "nunca des explicaciones, nunca te quejes, es sinónimo de debilidad". Dicen los entendidos que el Derecho es argumentación, pero esta argumentación se da a través de la Oratoria Forense, porque se trata de que el lenguaje, o mediante el discurso se argumente,

es decir, se da “razones sobre la necesidad y utilidad de la propia existencia”.

Que el Derecho sea argumentación no hay quien lo niegue. Una característica eje del Derecho es su especial condición de ser precisamente argumentación, que posibilita la legitimación de su propia existencia. La argumentación jurídica es tratada por Perelman. Sólo que esta argumentación se da dentro de la dimensión del lenguaje. El Derecho es un medio que describe al mundo y a través del discurso le da sentido, sentido social, sentido intersubjetivo, legitimándolo por ello mismo. El Derecho es entonces, un discurso de legitimización.

El Derecho no tiene que ver con lo humano, con la sensibilidad, con el sentimiento, con lo grave, lo impudoroso, lo drástico, etc. con la humanidad. León Barandiarán sugería al abogado leer un porcentaje mayor de Humanidades que de Derecho, para ser precisamente un buen abogado.

El hombre no puede vivir sin Derecho, porque si no hay normas que controlen sus instintos destructivos no habría posibilidad de vida humana en coexistencia, posibilidad del futuro. El Derecho es un fenómeno normativo, pero no se reduce a ello, puesto que el Derecho es: determinación de un sentido, y, justificación de nuestra existencia y coexistencia.

El Derecho es una fuerza que integra; usa de todos, exprime a todos sus cualidades. Ciencia, literatura, política, economía, historia, todo en él se mezclan, se

complementan, e incluso la lógica de las matemáticas ha sido utilizada para hacer razonamiento jurídico. Por eso, para mí el Derecho es una disciplina completa. Enorme, inmensa y discursiva.

El Derecho expone un ser y un deber ser. El Derecho es eso que se "debe ser" pero con una peculiaridad, es impositiva, es ese "debes ser" legitimado, y esta idea puede ser perfectamente explicada mediante el análisis.

Para explicar el Derecho como discurso, usaremos a Azorín. Quien era un hombre de fantásticas fantasías que se metió también por los recovecos del tema jurídico, y sin ser jurista escribió y determinó con sentido de jurista. En un cuento, escribió, con pasmosa lucidez: "no sucede otra cosa que yo he dictado hoy una sentencia apartándome de la ley, pero con arreglo a mi conciencia, a lo que yo creía justo en este caso. Yo no sé si vosotras entenderéis esto; pero el espíritu de la Justicia es tan sutil, tan ondulante, que al cabo de cierto tiempo los moldes que los hombres han fabricado para encerrarlo, es decir, las leyes, resultan estrechos, anticuados, y entonces, mientras otros moldes no son fabricados por los legisladores, un buen juez debe fabricar para su uso particular, provisionalmente, unos moldes chiquitos y modestos en la fábrica de su conciencia". Conciencia que tiene que ver con la sociedad y el insistente trabajo de resolver los problemas de coexistencia, más que los problemas de la norma (no hay ley, etc.). Conciencia como relación con la sociedad y su salud y seguridad física y mental.

Sin embargo, esto lo escribe un literato y a veces en Derecho se tiene por literato al que escribe "palabras brillantes pero sin fondo". Esta sería la más canallesca y grave negación de la dimensión lingüística del Derecho: limitación de su campo de creación y operación. Puede que el Derecho más que se defina más por sus construcciones y fines, que por el uso de medios varios.

Más allá del Derecho como lenguaje.-

En el juego de los signos y símbolos el hombre es el mejor. Creador de imágenes y representaciones ha intentado crear el absoluto, la inmutabilidad, la certeza. Proyecto de atemporalidad vertido y pervertido a través del lenguaje oral o escrito. El error consiste en creer que el lenguaje lo es todo, es historia, es verdad. No obstante, no hay nada tan sometido a la confusión, a la contradicción, en tanto que realidad es vida. El lenguaje que ha sido creado para determinar el mundo puede volverse también contra el. El hombre pretende hoy inventar sus propias palabras, su propio diccionario; decir ¡no! a la universalización de las formas. Decir ¡no! a los dogmas escritos. Los dogmas son costosos, más aún si se vuelven escritos. Las religiones muestran: La Biblia con su propio lenguaje universalizante, tiene también sus propias palabras cautivas. El Torah también encierra cierto lenguaje cautivo y cautivador. Los códigos modernos, etc. Todo hombre, por eso, si quiere ser libre ha debido destruir el sentido dominante de las palabras y aportar nuevas definiciones semánticas, según sus intereses. No hay diccionario universal -dice el hombre de hoy- porque lenguaje es vida, es comunicación y comunicación es expresión dinámica

de símbolos y signos, es movimiento, y éste es cambio y cambio es movimiento eterno.

No hay certidumbres establecidas definitivamente. Sabemos hoy que toda definición es siempre abierta, nunca -escuchen bien los amantes del diccionario- es absoluta o definitiva. Las definiciones son configuraciones temporales. El fin de la historia ya lo anunció. No hay verdades secuenciales, como continuidad exacta del tiempo. Toda verdad está enmarcada dentro de un espacio temporal, determinada por el cuadro de la praxis precisa, existente sólo para ese momento.

Por eso hay que liberarse de prejuicios. Todo prejuicio no es más que una opinión sin juicio, y ¿lenguaje es también error?, ¿alguien nos ha puesto el error en nuestro cuerpo para salvarnos de nosotros mismos? Con este instinto de autonegación, de autoeliminación, que nos viene de Adán (que prefirió el fruto del conocimiento antes que la inmortalidad) no podemos negar que el error (el lenguaje como error de la naturaleza, o como contradicción a la naturaleza) nos salva. Liberarse del mundo es nuestra pretensión, pero esto es imposible sin liberarnos del lenguaje que lo oculta y lo garantiza. “El lenguaje es la garantía permanente del error, y el diccionario su referencia universal. Necesitamos un nuevo campo semántico. El lenguaje es una morada del poder, y el poder no nos excita. El lenguaje como diálogo es poder, y todo diálogo con el poder es violencia, soportada o provocada. Cuando el poder economiza el uso de sus armas, es al lenguaje a quien confía el cuidado de guardar el orden opresor”. Podría decirse: ¿Lenguaje apártate de mi, déjame en mi silen-

cio, deja que sea el continuador de mis propios vicios, déjame ser libre, agráficamente libre? Pues no del todo, porque lenguaje también es liberación, posibilidad de liberación.

Además, somos discurso (lenguaje) de poder; y el poder no es más que las relaciones de fuerza, relaciones de discursos. Todas las teorías del lenguaje, desde el misticismo del ser hasta la suprema racionalidad de la máquina cibernética pertenecen al mundo del discurso del poder. Por eso Foucault se preocupó tanto de los discursos. Para él el poder no era más que ese juego discursivo con carácter de fuerza, fuerza discursiva y legitimadora. Como el Dios cristiano es la mediación necesaria entre dos conciencias y entre la conciencia y uno mismo, el discurso del poder se instala en el corazón de toda comunicación, se convierte en la mediación necesaria entre *sí* y *sí* mismo. La contestación es así atrapada, como por una telaraña.

Pero el hombre no es sólo lenguaje, sentido, sino también contrasentido, legitimidad del contrasentido. Por eso hay que denunciar la impostura del sentido garantizado, del diccionario y sus adeptos. El diccionario, como saben, es el carcelero, el guardián del sentido existente. Hay que negarlo, hasta hacerlo sólo un instrumento. Sustituir al diccionario es el deber del hombre. sustitución del lenguaje heredado y domesticador, disolución del lenguaje. No hay sentido existente atemporal, no se puede fijar de una vez por todas el sentido existente. Hay que redefinir. Repensar -aunque pensamiento sea dolor-, “no podemos quedarnos con Descartes -él ya murió- que soñaba con una lengua en

la que los pensamientos se siguieran, como los números", con un rigor matemático. El discurso es creación, disposición de los elementos del poder. Hay que notificar la desconfianza en las palabras, en el verbo. Las palabras no son inocentes, son sentencias. Hay que destruir el sentido heredado, y ser el contrasentido. Ser uno mismo y no una palabra, algo ya definido. Nos han querido definir desde el inicio, con un nombre, con un signo, con un pecado. Sed contrasentido es el instinto natural. El hombre tiene que poder atreverse a ser, o se halla en el peligro de dejar de ser. El lenguaje es la mercancía del hombre. "El hombre se separa de los otros animales por la producción de palabras" (Savater). Y El Derecho es ese poder para usar el lenguaje.

El lenguaje y sus condiciones.-

El lenguaje es un sistema de signos, pero para ser tal tiene que cumplir ciertas condiciones: 1.- "Que sus elementos constitutivos puedan combinarse de ciertas formas pero no de otras"; 2.- "Que cada elemento pueda ser sustituido solamente por ciertos elementos"; 3.- "Que a partir de una combinación correcta de signos puedan formarse otras por medio de determinadas transformaciones.".

CAPÍTULO VII: LA TEORÍA MULTIDIMENSIONAL DEL DERECHO

> « ...con una madera tan retorcida como es el hombre no se puede conseguir nada completamente derecho.»
>
> *Emmanuel Kant*

En Derecho, no hay mayor certidumbre, hoy, que la incertidumbre de las normas; su carácter rebatible, su condición voluble, ligera, incompleta, la necesidad de interpretarlas siempre. Esta es la época en la cual la certidumbre (de espíritu inamovible) de una ley es cada vez menos «cierta», menos «certera», y por lo tanto, menos "eterna" y "universal". Y es que alrededor de una ley se pueden dar muchos giros, tejer muchos sentidos (como sabemos sentido es nada más que "unidad", unidad de criterios, relación causal). Hoy la interpretación "literal" de la norma no puede ser tan fija, tan compacta, tan «piedra». Es cierto que en la antigüedad las leyes eran «piedras» -o, más estrictamente, «escritas en piedra»-, puestas en el centro de la plaza para que todos pudieran verlas y tener «certeza» de lo normado, certeza del porvenir, método futurístico. Hoy no puede decirse ya que una ley es «clara», que no tiene vicios, sombras, vacíos, etc. El núcleo de esta afirmación está en el hecho de que la ley no tiene sentido unívoco, que la ley es lenguaje, y éste tiene sus reglas;

que en el lenguaje la palabra es polisémica, polígama, por lo que hay la extraña y primaria necesidad de conectar las palabras en un mismo contexto: el jurídico. Intentar delimitar el radio de especulación. Hay, pues, necesidad de buscar «certeza temporal» a toda costa, ¿incluso a costa del hombre? No puede decirse, entonces, que la ley es tan clara como el agua, porque el agua del derecho nunca es clara, sino turbia, cenagosa y agitada. Eso nos indica que más que certezas hay «incertidumbre».

Es precisamente esta fluvial incertidumbre, esta multiformidad, multiculturalidad, pluralismo social y jurídico; este nuevo lenguaje y planteamiento global; este *retorno de los brujos* (que parece explicar -no tenemos la certeza- que no fue Einstein el descubridor de la teoría de la relatividad); este desencanto postmoderno (crítica al racionalismo moderno, explicada por Lyotard, Habermas, Baudrillac, etc.); esa transvaloración de todos los valores (el primer grito de que no hay certezas absolutas, no hay verdades -planteada por Nietzsche); ese autoexilio del mundo racional, performan de la «autocrítica» como un acto decadente que destila Cioran; es la caída del muro de Berlín (como fin de cualquier intento de tener como padre absoluto al Estado, predeterminando y resolviendo todo); son los avances ineluctables y avasalladores de la ciencia incisiva, palanqueando todas las profundidades del secreto de la vida, describiendo cómo el mundo está compuesto por microsistemas -la «Microfísica del poder» de Michel Foucault; es el nuevo lente del derecho visto ya no como un proceso cognoscitivo, de conocimiento, sino como catárticas relaciones de fuerza, relaciones de po-

der, como «guerra reglamentada», «lucha perenne y perpetua» -teorías tan lúcidamente expuestas por Ihering, Foucault, Carnelutti-; son los retazos de circuncisiones y cirugías mentales expuestas por el pensamiento psicoanalítico de estigma Freudiano; son los ritos nocturnos y velatorios, de duelo, por «la muerte de Dios» (también expuesta por Nietzsche y que significa la muerte del «principio divino» como «rector» de la humanidad); es la certeza de que ni siquiera es previsible ya que «la mano invisible» corrija los desajustes en la economía de una sociedad (como parece que pensaba Adam Smith); y la idea pululante de que incluso la ciencia es la más falsable (Popper aclara que basta un error para que la ciencia deje de ser ciencia); son todas las evoluciones del conocimiento lo que ha hecho que el homo sapiens replantee sus fundamentos para hacer derecho, para «ejercitar» el derecho. De eso trata la tan complicada multidimensionalidad en el Derecho. No hay dimensiones únicas, no hay capacidad para abarcarlo todo, para organizarlo todo, para hacer un Código absoluto, como lo querían Justiniano o Napoleón. Con principios tan universales como únicos y eternos.

* *

El nuevo conocimiento teórico no puede ya aislarse del «Todo»; así ese conocimiento excluyente, exclusivo, «como una casa de barajas, empieza a caer no solamente por fallas de construcción, sino también por sus logros». Porque el mundo ya no es un todo ordenado, perfectamente planificado y planificable. No hay matemáticas (racionalismo) que salve al mundo de su variopinta espiritualidad, de su natural condición sísmica, giratoria, dinámica. El mundo se plantea ya desde

otra perspectiva, la del «azar», la del «todo puede pasar», según las combinaciones que se haga. El mundo tiende a creer en las aporías de un nuevo lente, el multidimensional, que engloba un nuevo instrumento de «visión y construcción», el del caos. Tan fuerte son estos vientos que ya Michel Foucault parafraseando a Nietzsche, escribiría: "Por su carácter el mundo se parece a un caos eterno; ello no se debe a la ausencia de necesidad, sino a la ausencia de orden, de encadenamiento, de formas de belleza y sabiduría. El mundo no busca en absoluto imitar al hombre, ignora toda ley. Abstengámonos de decir que existen leyes en la naturaleza. El conocimiento ha de luchar contra un mundo sin orden, sin encadenamiento, sin formas, sin belleza, sin sabiduría, sin armonía, sin ley. El conocimiento se relaciona con un mundo como éste y no hay nada en él que lo habilite a conocer ese mundo, ni es natural a la naturaleza conocerla." La teoría del caos explica muy bien esta nueva circunstancia histórica, la nueva construcción del derecho y de su carácter multidimensional. «*La Teoría del Caos del Universo*», es planteada por el Premio Nobel de Química 1977, Ilya Prigogine, «El caos es fundamental para entender la naturaleza». Básicamente en el Universo no existen leyes que puedan ser medidas ni consultadas. En la Tierra hay regiones que en tiempos remotos fueron selvas, como el desierto del Sahara por ejemplo». Esto implica que hay una lucha y una mutación, que todo es transformación, que el conocimiento ya no es percepción, sino violación. «El conocimiento sólo puede ser una violación de las cosas a conocer y no percepción, reconocimiento, identificación de o con ellas.» escribía Foucault.

* * *

No hay nada que hacer, todo es multidimensional, no hay nada puro en las relaciones sociales. No podemos intentar establecer una sola, única y excluyente «ley del movimiento», un único «centro», como el Aleph de Borges, por ejemplo, donde confluyan todos los ritmos, sonidos, lenguajes, dimensiones. Hay tantos centros como hombres existen. Si el hombre es el centro, es la medida del universo, hay tantos universos como hombres hay. El mundo es el hombre, y muere con el hombre. «El día que yo muera se acabarán las rocas,/ los labios, los cipreses, las albas, los crepúsculos, / la pena y la alegría. Y el mundo habrá dejado de ser, que su existencia está en nosotros mismos». (Kheyyam*)*.

Si siguiéramos la exposición de Trazegnies en su libro *Ciriaco de Urtecho. Litigante por amor*, último capítulo: La teoría dinámica del Derecho; diríamos con él, que en la teoría multidimensional del derecho «hay un diferente reparto de voces y silencios» donde el juego es multisectorial, pluricultural, variopinto, burbujeante, plástico y divergente. Hay entonces nuevas «condiciones de visibilidad». Cada época transparenta, proyecta sus focos de visibilidad y en derecho eso funciona como un retroproyector, como un microscopio o un telescopio, según sea el polo catalizado. Es interesante, por ello, observar «los mecanismos usados por el derecho para hacer visibles ciertas cosas e invisibles otras». Lo invisible se engrapa en el razonamiento positivista. El discurso es: puede haber razón universal (todos razonamos, pensamos), pero el raciocinio (cómo pensamos, con qué substratos culturales, axiológicos, etc.) es múltiple, singular -único de cada ser humano-, eso sig-

nifica que tantos hombres hay como tantas formas de pensar habrá.

La teoría multidimensional del derecho rompe aquella proposición de la existencia única y verdadera, de un «ordenamiento jurídico claro, sistemático, cerrado». Las distinciones y delimitaciones se van haciendo cada vez más exiguas, los límites se borran o esparcen. Se postula más bien el «carácter abierto e impreciso del derecho». En el mundo de hoy «el Derecho se presenta hundido en lo real, 'ensuciado' por valores morales, religiosos, por costumbres y convicciones sociales que desempeñan muchas veces el papel determinante» Tanto es así que al parecer podría darse una retro visión del mundo jurídico y llegar al colmo de que: «Ni a los litigantes ni al Juez les preocupen mucho fundamentar en Derecho positivo sus posiciones y decisiones».

En la naturaleza dinámica del derecho -explica Trazegnies- la Ley tiene una textura abierta, según la feliz expresión de Hart; nos hace ver que cada uso del Derecho implica una retotalización de sentidos, en la que se combina el sentido original que tuvo la ley con los sentidos nuevos que surgen de cada enfrentamiento jurídico de poderes.», «el Derecho se presenta como un conjunto de campos de batalla a diferentes niveles, como una multiplicidad de relaciones de fuerza, cada una de las cuales tiene pedestales móviles, locales e inestables. El poder está siempre presente en el Derecho; pero no el Poder con mayúscula, no el poder bajo la forma de una unidad primigenia de dominación, sino como algo que se está produciendo a cada instante, en

todos los puntos del medio social:», «la textura del Derecho se hace más abierta», «El Derecho es más bien un espacio y un método para resolver no disruptivamente los conflictos de poder, cada uno de los cuales aporta elementos muy heterogéneos que no pueden ser definitorios para determinar lo que es Derecho».

¿Todo lo dicho podría explicar la condición multidimensional del Derecho? Recordar que el lenguaje jurídico más que reconocer «impugna el saber», lo contradice, lo normaliza a la condición del hombre. ¿Cuál es la condición del hombre? ¿Acaso su multidimensionalidad? Azarosa contemplación del mundo, "Mas vosotros queréis llamar 'contemplación' a vuestro mirar bizco y castrado. Y lo que se deja palpar por ojos pusilánimes os parece bello. ¡Cómo prostituís hasta las palabras más nobles! (Nietzsche, *Así habló Zaratustra).*

Yo ansío *"…u*na sociedad que compagine la máxima libertad, es decir, el antagonismo absoluto de sus miembros, con la más exacta determinación y seguridad de los límites de la misma, para que sea compatible con la libertad de cada cual, como sólo en ella se puede lograr el empeño que la Naturaleza tiene puesto en la humanidad, a saber, el desarrollo de todas sus disposiciones, quiere también la Naturaleza que sea el hombre mismo quien se procure el logro de ese fin suyo, como el de todos los fines de su destino;.." Kant.

CAPÍTULO VIII: EL ALMUERZO SEMI DESNUDO (Mercado, Derecho y Drogadicción)

De las drogas se ha dicho mucho, pero casi todo desde la perspectiva del tabú, del dogma; como un "odio y terror codificado" por la sociedad", como un mal *a priori*. Desde esa perspectiva, lo único que se intenta es "solucionar" ese "problema", sin lograrlo nunca. Lo que pasa es que se ha tratado el asunto desde ejes equívocos; como por ejemplo la psicología, la sociología, la moral, la política, el Derecho, etc. El fenómeno, si bien puede ser estudiado por todas estas disciplinas, es más un fenómeno económico, de mercado. Para explicar esto, haremos unas primeras digresiones.

En 1984, el gran escritor y filósofo español, Fernando Savater, escribía en el periódico "El País", de España, un escandaloso, valiente y hereje artículo sobre las drogas, al cual denominó: "*La invención del drogadicto*".

El título nos sugiere ya una primera conclusión: el drogadicto ha sido un invento, un invento humano y social. ¿Cómo pues ha sido inventado este drogadicto? Savater afirma, con los pantalones bien puestos, que quien lo ha creado es "el control social", y -ojo, pestaña y ceja-, el mercado. Así, no hay drogadicto si no hay determinación de él. Por eso el concepto de drogadicto ha

tenido que ser definido por el derecho y por la medicina. Para el primero es un sinónimo de delincuente, y para el segundo un sinónimo de enfermo. Sin embargo, hay otra disciplina un poco más aberrante, más incisiva y menos discreta, que interviene en su creación, evolución y supervivencia: el mercado. Por eso Savater en su discurso parece afirmar que "el drogadicto" es una "alucinante creación del mercado"; y que la existencia, producción y comercialización de la droga, se debe, por lo tanto, a la demanda, que, como todos saben, es un elemento del mercado. Demanda que crea la necesidad de la oferta, con lo que se reúnen todos los elementos del mercado: demanda y oferta. El plato del día es la droga; pero sólo porque hay quien necesita de ella. Y el mercado sabiendo esto genera todo un mecanismo de redistribución.

Ahora bien, la existencia de demanda implica la existencia de drogadictos, en plural, y por lo tanto social; así se supone que la existencia de droga y de drogadictos es un precedente de cierta descomposición del cuerpo social, como, por ejemplo, de la seguridad social, del orden y paz social, del bien común, etc. Y bueno, puesto que la existencia de drogadictos implica un fenómeno social, y por lo tanto público, sería el Estado el encargado de lograr la normalización del cuerpo social. El Estado, entonces, tendría que intervenir para impedir ese mercado ilícito nocivo (tráfico Ilícito de drogas). Vemos allí una primera contradicción entre el Estado y el Mercado. La fundamentación y disputa del fenómeno social de la drogadicción se replantea desde un nuevo terreno: la lucha entre la libertad de

mercado (demanda y oferta) y la salud pública (encargada al Estado garantizarla).

Como ven, el fenómeno inicial de la drogadicción, drogadictos y droga es fundamentalmente un asunto económico, fenómeno, entonces, que se halla inserto en aquel fascinante y poco comprensible MERCADO.

Sin embargo, cuando interviene el Estado para regular este mercado -por cuestiones de salud pública, de bienestar común-, entra en juego y en operación un arma fundamental, de las más fuertes y curiosas que el hombre haya creado en su vida: EL DERECHO. Así, el Estado traslada el asunto al Derecho (se la pasa de "taquito"). Entonces el problema se reformula: ¿se trataría de una lucha del derecho contra el mercado? ¿sería sólo un fenómeno económico en el que, debido a sus "consecuencias", tendría que entrar el Derecho? El Derecho, como saben es una respuesta a un fenómeno social, es un intento, a veces desesperado, por llevar la vida en paz, en armonía, en tranquilidad y seguridad, por legitimar los actos de los seres humanos en interacción, en relación, que permita la coexistencia o posibilidad de convivir.

Pues bien, ¿El Derecho en lucha contra el mercado, y no contra el drogadicto o el comerciante, sería el eje central de este fenómeno social: la drogadicción y la consecuente tipificación del Tráfico ilícito de drogas? El eje, al parecer, del problema "drogadicción" es el mercado.

La economía es descriptiva (describe al hombre, los fundamentos de sus intereses), mientras que el De-

recho es prescriptivo (determina cómo debe ser el hombre)

Esa idea, de que es el Mercado el fenómeno "eje" a entender para solucionar el problema de la drogadicción es planteada por otro gran escritor, de la generación de los beat: William Burroughs, en un libro muy sugestivo: "*El almuerzo desnudo*". En el William Burroughs aplasta el concepto de mercado que sobre la calidad total se ha esparcido actualmente. Eso significa que no es mejorando la "calidad" del producto lo que provoca la demanda, sino introduciendo en la mente la "necesidad", necesidad que no es sólo mental, sino además física. Esta pauta parece encajar perfectamente en un producto: la droga.

Burroughs aclara por qué el título de su libro: el almuerzo desnudo, dice, es ese momento congelado en el cual nos llevamos el almuerzo a la boca, allí se congela todo, y en un instante terrible somos conscientes de qué nos llevamos a la boca; observamos qué estamos consumiendo. Conciencia de nuestro propio acto de consumir. Allí en ese instante congelado, sabemos, por fin, qué consumimos. Así, pues, preguntamos: ¿alguna vez alguien ha tenido un almuerzo desnudo? Alguien se ha atrevido a ver que hay más allá del simple volumen y materia consumida.

Consumir droga no es consumir cualquier cosa, es mucho más. ¿Entra en ello cierta cosmovisión del mundo, cierta necesidad de salir del hastío, o de escapar a la pobreza, tal vez? Sea como sea, cuando se consume droga no se realiza un acto simple y llano, sino

procaz y pérfidamente consciente. Es una búsqueda de algo más. Es como intentar ver a Dios.

Derecho y Drogas (Acto Segundo).-

Hablar sobre el tráfico ilícito de drogas, es siempre un asunto muy complejo, porque se propone como un tema aún en debate. A pesar que hoy existe cierto consenso, al menos formal, de que el tráfico es nocivo o dañino para la sociedad. Pero el asunto no termina allí, porque existe una especie de contradicción entre el mundo del derecho, el mundo que quiere formar el derecho, y el mundo que propone el mercado. El tema, entonces, se puede ver desde dos perspectivas: 1. La primera sería la del Derecho; 2. Una segunda perspectiva es la del Mercado. La ecuación podría plantearse así: Derecho vs. Economía = si categorizamos el asunto desde las disciplinas. O podemos decir que existe más bien un conflicto entre el Estado vs. el Mercado = si entidades o instituciones.

1.- Pues bien, el Derecho es la cara formal del mundo, es un deber ser, es la presentación del hombre frente a la sociedad. Este lado dice: combatamos el tráfico ilícito de drogas, porque es perjudicial al ser humano, puesto que sus efectos son nocivos, produce desorganización social, e inestabilidad jurídica. El Derecho tiene que asumir, luego, su fin esencial: es decir, organizar o posibilitar el orden de la sociedad, para lograr la coexistencia pacífica, ordenada y segura del ser humano en sociedad.

2, La otra perspectiva, es la del Mercado, en el que los hombres se descubren por sí mismos y actúan en refe-

rencia a sus necesidades y gustos, no es un deber (como el derecho) ser sino un ser.

El ser humano es, por ello, precisamente aquel que comercializa, compra, consume droga, pero no cualquier droga, sino justamente la prohibida, la ilícita, la que al decir de la cara formal del derecho y de la política produce el desorden social, la inseguridad jurídica. Existe pues en el mercado relaciones transaccionales, demanda y oferta, y en el medio el tráfico o comercio. Pero el mercado, no es simplemente esas relaciones contractuales de compra venta, esas transacciones comerciales de cambio, donde la oferta y demanda funcionan con independencia de la determinación del Estado. Sino, como dijera Robert l. Heibroner:"…el mercado no es exactamente un medio de intercambiar productos; es un mecanismo que permite aprovisionar y mantener a la sociedad entera.".

Se está hablando ya no de simples transacciones comerciales, sino de posibilitar la existencia del ser humano. El mercado, en este sentido, posibilita la existencia o supervivencia del ser humano. El mercado logra, o pretende lograr la satisfacción de las necesidades de la sociedad, para su supervivencia, y por lo tanto posibilita su capacidad de vida, su perpetuación existencial. Es más, la existencia del mercado posibilita o permite un fenómeno fundamental: independiza al ser humano, lo hace dueño de su propio destino, lo hace pensar, evaluar, categorizar, organizarse y dar validez, por propia cuenta, a sus pretensiones; califica pues su pretensión, decide y actúa. En esa óptica el mercado cumple una función no sólo importante sino determi-

nante del desarrollo social; hacer a los hombres conscientes y creadores de su propio destino. ¿Pero el tráfico podrá desarrollar esta posibilidad de independencia? Parece que no. Porque el ser humano no puede siempre darse cuenta de lo que le hace bien, es más puede llegar a ser, muchas veces sin quererlo, un decadente, "un hombre que elige los medios de consumo que le perjudican. Y es en esa medida que entra en operación el derecho. Pues descubre el otro lado del ser humano: su imposibilidad de resistirse a las tentaciones, a descubrir mundos que tal vez, desconocidos por la formalidad, hacen más dinámica y logran lo que la sociedad, en su constitución formal no logra, hacerlos sentir vivos, llenos de emociones, pero emociones que no necesariamente son benéficas.

Esta pues planteada la lucha entre el Derecho contra el Mercado. Lucha por la monopolización del poder, o por la conquista de la impunidad.

Porque el mercado no se somete, necesariamente a las jerarquías creadas por el Estado, sino que lo trasgrede, porque no lo toma en cuenta como ente superior por el cual dirigir su operatividad, es más toma al Estado muchas veces como un obstáculo; pero muchas veces también lo toma sólo como referente o índice de comercialización, pero nunca como ente superior. Pero, sea como sea, el Derecho y el Mercado, buscan ambos el monopolio del poder. Y mientras el mercado sustenta su existencia y ejercicio en el individuo, en la necesidad individual, el Derecho justifica y fundamenta su existencia y ejercicio en la sociedad. Como ven el asun-

to es muy complejo, y por eso dejo con Uds. hacer exploraciones sobre el tema, en mayor profundidad.

CAPÍTULO IX: EL MEDIO AMBIENTE QUE YO QUISIERA
El Derecho a la supervivencia

Casi nadie se da cuenta que "hay un riesgo real para la vida" cuando abusamos de la naturaleza y la ensuciamos, o la descuidamos; y aunque existen ya comisiones e instituciones que se encargan y encaran el problema a través de la ecología y la protección del medio ambiente, no hay una real y clara percepción del "real riesgo para la vida", al atentar contra la naturaleza y el medio ambiente.

Lo más patético es que se trata de una especie de suicidio, pero colectivo, y el término no es exagerado, sino peligrosamente verídico, así que ningún esfuerzo por arreglar el asunto será en vano, y ni siquiera suficiente.

La dimensión del daño al medio ambiente es siempre humano, dañar el medio ambiente significa dañarnos a nosotros mismos. Y no es un simple dicho, porque si, por ejemplo, ensuciamos el aire, sucede luego que respiramos ese mismo aire que ensuciamos. El problema es que no logramos percibir esto porque nuestros sentidos son limitados, y por lo tanto no podemos darnos cuenta de la real dimensión del daño causado a nosotros mismos; así es que nuestros límites sensoriales

impiden que veamos el aire que respiramos, así no podemos percibir si el aire está sucio o no. Conclusión de la conducta: seguimos ensuciando el aire.

El problema es más grave cuando sabemos que incluso no es a través de la conciencia que lograremos protegernos de nosotros mismos, y de nuestros malos hábitos contaminantes, sino la necesidad, y ésta se tiene que presentar como apremiante, como ineludible, como primaria e impostergable. No para mañana, sino para hoy, debe ser el arreglo de la naturaleza, y la determinación de cuidar nuestro medio ambiente, puesto que "todo esfuerzo de conservación de la naturaleza es, en el fondo, un esfuerzo de autoconservación del hombre mismo".

Nos estamos olvidando de que la vida responde a una experiencia sistémica, que el hombre vive en el mundo y el mundo tiene al hombre en su seno, que en fin, el mundo y el hombre forman parte de un mismo sistema, que son un sistema llamado vida. Así si no hay mundo, o si no hay hombre no hay vida humana. "La ecología nos muestra que vivimos de manera interdependiente y que, aun en actos que parecen más individuales, hay una perspectiva sistémica insoslayable. Y el sistema no está formado únicamente por la sociedad humana, sino por el mundo como una totalidad: cada parte de la realidad, humana o no, recibe la influencia de las otras e influye sobre todas las demás." explica Trazegnies. Y es esta constitución sistémica de la vida la que tenemos que percibir a riesgo de perder la vida, o de empeorarla.

El daño a la ecología se produce porque el hombre tiene la posibilidad de reinventar de alguna forma la naturaleza, de crear nuevas condiciones de vida, de mejorarla o de empeorarla. El ser humano otorga o crea cosas más allá de la naturaleza.

Evitar el daño al medio ambiente y a la naturaleza es una fórmula que tenemos que adoptar imperativamente, para poder seguir viviendo, para lograr vivir. Y eso es cierto aunque las limitaciones de nuestros sentidos no nos permitan observar aquello.

CAPÍTULO X: PESANDO DERECHO
Un mal contagioso

Pensar el Derecho.-

Un primer planteamiento metafísico: ¿qué es pensamiento? Pensamiento es lenguaje, es signo y significado, es codificación y decodificación. Es, en último término, una prótesis, una estructura creada o inventada por el hombre. Es técnica, capacidad de adaptación de la naturaleza a las necesidades del hombre, no del hombre a la naturaleza; es, otra vez, técnica, "reacción contra el medio" (Ortega y Gasset).

El hombre crea el pensamiento como técnica, es decir como "la reacción enérgica contra la naturaleza o su circunstancia" (Ortega y Gasset). Eso significa que el homo sapiens, no conforme con su circunstancia, con lo que la naturaleza le provee, o le dispone, actúa, creando el pensamiento para poder, a través de él, "reformar la naturaleza" que intenta imponérsele, y la desafía. Si hace frío -por ejemplo- el hombre crea abrigos, casas, etc., con ayuda de su pensamiento. El pensamiento, es entonces, el más grande invento técnico del hombre. Este es un fenómeno indiferente a cualquier otro ser vivo, incluso al más cercano: los animales. Eso supondría que ¿somos la especie superior? ¿Pensar nos hace diferentes, y por lo tanto superiores? No podemos ol-

vidar que “el hombre es, entre los animales, el único dominado por la cultura (Darwkins)”, -otro invento del pensamiento-; es decir, dominado por el propio pensamiento. Tengo por ello la extraña sospecha de que esa facultad, ese invento grandioso y milagroso no nos hace necesariamente superiores, sino también dialéctica, potencial y desgraciadamente “inferiores” frente a los otros seres vivos. El pensamiento es un mal contagioso y transmisible del que no adolecen los animales. En esa óptica el pensamiento incluso podría ser más bien un rasgo de decadencia, seríamos luego, decadentes (es decir, aquel que elige siempre los medios que le perjudican / Nietzsche). El hecho de que pensamos podría, además, ser la determinación de que somos por excelencia un ser sin “tipo definido”, sin naturaleza, sino, más bien, con historia, o sea creación de nuestro destino y vida.

El pensamiento sería, luego, el error, el primer pecado, la fractura, la ruptura de nuestra primera inocencia (la del Edén); una fractura al conocimiento, un desequilibrio, una puñalada a la sana ignorancia.

Somos, por lo tanto tan diferentes del animal que, por no tener el rasgo mental de la envidia -por ejemplo-, seguiría en naturaleza. Somos la especie inferior, la raza maldita.

Para reafirmar mi sospecha bastaría leer a Cioran quien con su bastarda manía de malograrnos la certeza de nuestros conocimientos escribe: “El animal más inmundo vive, en cierto sentido, mejor que nosotros. Sin necesidad de ir a buscar fórmulas de sabiduría en las

cloacas, ¿cómo no reconocer las ventajas que tiene sobre nosotros una rata, justamente porque es rata y nada más?"

Sigue en el aire la pregunta ¿qué es el pensamiento? Mario Bunge diría: "...el pensamiento no existe de por sí, sino que es un proceso neurofisiológico.". Y, bueno, ¿podría haber alguien dicho algo más claro y científico que eso? Pero, ¡qué cosa es neurofisiológico! Eso sí es todo un enredo. Desglosemos un poquito el asunto, desmenucémoslo, disolvámoslo. Veamos. Bunge nos ha dicho que el pensamiento es "un proceso neurofisiológico", ¿qué es neurofisiológico? Vamos al diccionario, y encontramos: *Neurona*: Célula nerviosa, unidad funcional del sistema nervioso. *Fisiología*: Ciencia que estudia las funciones de los organismos vivientes. Rama de la biología vinculada con la medicina. Y bueno. Se trata de un concepto científico, que indica nada más y nada menos que el pensamiento es un fenómeno orgánico. O al menos eso parece decir, según mi arbitraria interpretación.

Veamos un concepto más fácil: *Pensamiento:* Ejercitar la facultad del espíritu de imaginar, concebir, examinar o inferir. *Pensamiento:* Operación mental. Salgamos del lío con Voltaire, quien escribe que realmente hay en el hecho y en la acción de pensar (de ser un ser pensante) algo de divino. ¿Habrá querido decir que pensar es algo que nunca podremos comprender del todo?

Preferimos el siguiente concepto, transcrito por Fernando Savater -un pensador, ensayista Español-,

quien hablando de Diderot parafrasea: “Para Diderot, contradictoriamente obsesionado por la paternidad (como culminación y coartada negativa del erotismo), el pensamiento es la función viril por excelencia, lo que empeña la mayor potencia seminal y diseminadora. ¿No fue Ortega quien dijo que tener un pensamiento es como tener una erección? (Fernando Savater. *Instrucciones para olvidar el Quijote.).* Eso es todo, se trata de una erección.

CAPÍTULO X: DERECHO Y MERCADO

La libertad en el mercado.- Lo caro que resulta usar el Estado. Aunque aún no tengo las cosas muy claras, lo que si tengo claro es que usar el Estado nos está resultando muy caro en muchos aspectos. Y que los servicios prestados por él o son ineficientes, o no son suficientes. Por lo mismo, la sociedad ha tenido que crear sus propios medios alternativos, paralelos o complementarios de servicios.

El Derecho a la seguridad. Frente a la poca efectividad de la policía de darnos seguridad, se han creado los servicios de vigilancia privada (todo un batallón, a nivel nacional de personas no militares, no policiales, debidamente uniformadas e implementadas con instrumentos para la seguridad), que se encargan de dar aquella seguridad que el Estado nos debiera dar, puesto que ese era el trato, el contrato social: "pago impuestos para que tú, Estado me protejas. Hay libertad de crear ese tipo de empresas, pero esta libertad se deriva de una falla en el funcionamiento del Estado, y aún así tenemos que pagar impuestos por ese servicio, seguridad estatal. Eso afecta a mi libertad para decidir qué pagar o no pagar. Si la sociedad privada crea y pa-

ga su propia seguridad, por qué pagar al Estado para que haga lo que esa sociedad privada hace.

La distribución de la riqueza. Dentro de una concepción teórica, el dinero recaudado mediante impuestos por el Estado está determinado por los servicios que tiene que cumplir, dentro de esos servicios está la de organizar a la sociedad, procurar y promover una mejor vida, el bienestar común. Pero este bienestar común está tomando a todos como generalidad, y no hay identificación de ciertos elementos que se constituyen como factores de proposición tributaria. Nos explicamos. La existencia de un ciudadano común y corriente significa ya un elemento a contar dentro de la planificación del Estado para lograr el bienestar común y la paz social, y la libertad, etc. Eso significa que la sola existencia de este individuo representa ya un gasto para el Estado, porque éste tiene que darle educación (si no se la pueden dar sus padres, que es la generalidad), tiene que procurarle salud, trabajo, etc. Estos servicios y su implementación han sido los justificantes del Estado para imponer los tributos. Sólo que falta una tuerca en el sistema. Si este hombre trabaja[421] el asunto esta más o menos bien dirigido, pero si no trabaja, el asunto

[421] Hablando ahora del Trabajo, Herbert Marcuse nos habla, o nos descifra su zoom, en un libro fascinante denominado *"Ética de la Revolución*". En el inserta un ensayo "Acerca de los fundamentos filosóficos del concepto científico económico del trabajo", en el que intenta describir qué es el trabajo, a qué fenómenos o factores responde; intenta lograr su comprensión, y hacer un deslinde de la conceptualización económica que se le ha dado, por eso empieza primero por allí, por el concepto económico.

La primera idea que nos da, sobre el concepto del trabajo, es que es una "actividad económica", que esta en "praxis en las dimensiones económicas". Por lo demás, nos persuade y advierte que una definición inequívoca de lo que es el trabajo no existe. Sin embargo tenemos ya un radio de especulación: "el trabajo es una actividad humana que entra en las esferas de la economía, que tiene dimensiones económicas, que responde a una praxis económica. Pero esta economía no es individual sino colectiva, social, global. El hecho de que todos trabajemos o solo unos cuantos afecta a la organización social, a toda la sociedad.

cambia. ¿Qué sucede? Pasa lo que al parecer decía Gandhi, "quien no trabaja roba". Y no me estoy refiriendo al hecho o acto de arrancar una cartera a otro individuo.

Expliquemos el asunto. Supongamos que la sociedad lo constituyen sólo 50 personas. Para sobrevivir estos cincuenta tienen que trabajar, y como están ocupados en eso, no pueden dedicarse a ordenar la sociedad, a vigilarla, dotarla de una administración de justicia, etc. Así que pagan a una entidad llamada Estado, al cual le dan el poder de arreglar estos asuntos. Y para eso crea los tributos[422], afirma. Ahora supongamos que cinco ciudadanos no trabajan, por lo tanto lo que hacen es vivir a expensas de los demás, porque los demás les pagan su seguridad, su administración de justicia, etc. Pero bien, digamos que estos cinco no pueden conseguir trabajo. Tienen mucho tiempo para hacer todo lo que quieran y para más, hacen hijos. Estos hijos representan ya una carga para el Estado, pues este tiene que proveerles de educación, seguridad, etc. Y la historia no acaba allí. El Estado como benefactor, entendiendo mal su roll, el roll asignado, usa del dinero, distribuye su riqueza, que es de todos, por ser pública, o producto de los impuestos, de forma inequívoca. Crea viviendas pa-

[422] Podemos definir al tributo como la generación o creación de una deuda, pero no una deuda cualquiera, sino con el Estado. Su justificación, por lo tanto está en la propia existencia y supervivencia del Estado. Es decir, el Estado tiene este poder de "generar una deuda" en la persona que vive u opera dentro de sus límites, territorio, Pueblo y soberanía.
Esta deuda es creada por un "vínculo jurídico", mediante ley. Su justificación está en la "satisfacción de las necesidades colectivas". Es este fundamento (lo colectivo) lo que le da legitimidad al poder coactivo del Estado para hacerlas cumplir.

Es el precio del compromiso, y del equilibrio del Estado .
Equilibrar la economía del Estado.
Para que este Estado tenga recursos para sus fines y objetivos colectivos.
El Estado puede ser un medio de redistribución de la riqueza.

ra los hombres que no pueden tenerla, y da prioridades. ¿Quiénes tienen prioridad? Pues los casados, los que tienen hijos, etc. Indistintamente de si estos sean o no buenos ciudadanos, o si hayan formado una familia como un acto responsable. ¿Cuál la fundamentación? Tienen mayor necesidad, dice el Estado. Con eso sólo se está ampliando la irresponsabilidad. ¿Y quién paga eso? Pues todos. Allí no hay preferencias o prioridad. Todos pagan, aunque se beneficien los más irresponsables. Aquí no existe tampoco libertad. Libertad de mercado. Si de nuestros impuestos dan beneficios a los más irresponsables, ¿por qué no se puede dejar de pagar estos impuestos?[423]

[423] Pensar en el Derecho tributario es pensar en cómo hacer para que nos cobren tributos, es una especie de buscar salir de la tributación, de no pagar impuestos. Esto es por supuesto, porque contra los tributos no podemos hacer nada, absolutamente nada, sino cumplirlos, o al menos esa es la idea. Sin embargo, no basta con cumplir con pagar los tributos, con buscar las salidas temporales, para no pagar tributos, se necesita saber qué son estos tributos. Y claro que todos tributamos, seamos o no conscientes de ello, pero no todos sabemos cómo funciona esto, y menos porque es así. Lo damos por sentado. El Estado ha creado este tributo, o la municipalidad, y nosotros no tenemos nada más que hacer que pagar.

Pero esto no es suficiente, para hombre preocupado por ser abogado, o para un simple hombre que quiere saber por qué su dinero disminuye, su riqueza o parte de ella tiene que ser entregada al Estado, ese Estado que él no ve, pero que si le quita parte de sus ingresos. Entonces el asunto no es tan matemático. No se trata sólo de saber cuál es la mecánica de los tributos, sino de saber cómo funciona, y si es realmente necesario y justo que se paguen tales o cuales tributos.

Lo peor de los tributos es que se encuentran ubicados en cuadros y operaciones matemáticas tan confusas que por lo general todos desisten de saber cuál es el origen de ellos, o cuál es el proceso que siguen desde la recaudación hasta el acto final.

Además, para entenderlo tenemos que entender primero algunos aspectos principales, como que es el Estado, porque es el que crea el impuesto, y cómo funciona este Estado, además saber porque le hacemos caso al Estado. El problema se complica aún más.

Pero para entender el Tributo, y luego el Derecho tributario, hemos encontrado a un excelente escritor, nos dicen que es brasileño, y se llama Geraldo Ataliba.

Ataliba propone una idea central: el tributo tiene su origen en un mandato, y este mandato es necesariamente un mandato del Estado. ¿cuál es este mandato? Bueno que se tribute, en otras palabras de Ataliba “que se entregue dinero al Estado”. De allí sigue diciendo Ataliba que el Derecho Tributario tiene en su contenido un mandato, el mandato de entregar dinero al Estado, Pero Ataliba insiste, este mandato no es lo que le da sentido al Derecho Tributario, a la norma jurídica. sino otra cosa. ¿qué es esa otra cosa?, el objeto de la norma jurídica es regular las conductas humanas. Y una norma jurídica tributaria intenta regular las conductas de los seres humanos. Por lo tanto, el mandato de “entregar dinero al Estado”, no se finaliza en esa

Monumentos históricos. La historia a veces se impone como obstáculo, u lo pasado no sirve de ayuda sino de bloque, de obstáculo para vivir el presente y proyectarnos hacia el futuro. Hemos olvidado que la historia es conciencia, conciencia de nuestro tiempo y de nuestro espacio. Técnica, y cómo tal, es un instrumento para transformar la naturaleza y adecuarla a nuestras necesidades. Pero en el Perú eso no se tiene muy claro. Es la historia, o su representación la que nos envuelve y nos ahoga. El fundamento histórico está unido a conceptos como patria, identidad nacional, patrimonio nacional, etc.

Los edificios que representan monumentos históricos, patrimonio cultural, por ejemplo, no pueden ser derrumbados, aún si son sólo pequeños trozos de tierra. Los huacos encontrados no pueden ser vendidos por los halladores, y tienen que verse contrabandeados al exterior, sin considerar que en este proceso de traslación, subterránea, a escondidas, se gasta más y se pierden, por la destrucción, etc., mucho dinero.

Entonces el Estado dice: “Es patrimonio cultural”, por lo tanto, no se puede enajenar. Absurda reacción, puesto que el mercado si es libre no tendría que ser así. Lo máximo sería pagar un impuesto. El resultado del blo-

afirmación, no es el llevar dinero a los cofres, como fin, sino el hecho de obedecer ese mandato, No es el dinero el objeto de la norma tributaria dice Ataliba, sino el comportamiento del ser humano. Lo que ha sucedido es que se ha creado a través de la norma tributaria una “relación obligacional” El Derecho tributario no es un fenómeno económico, sino político y jurídico, es jurídico porque se dirige, como fin último a determinar la obediencia del sujeto, al determinar el comportamiento del ser humano.

El fundamento del tributo está en el carácter colectivo de su fin.

queo comercial -de huacos prehispánicos, por ejemplo- ha sido que se armen enormes museos en el extranjero. El extranjero sabe aprovechar las ventajas del mercado. El estado es un mal negociante. Y lo peor es que este negocio no le afecta solo a él, sino que son todos los ciudadanos, los afectados por su mala gestión. El asunto sin embargo no es tan simple, porque si el Estado somos todos -gran mentira-, somos todos, los que permitimos estas acciones de derroche y despilfarro. Libertad de comercio es lo que se necesita, pero antes liberarnos de todos los complejos nacionalistas. Creer en la nación está bien, pero no sus extremos paralizantes.

Economía, mercado, Administración de empresas y Derecho. Lo que no sé del mercado.-

Estudiar el mercado o partir de allí para visualizar la mecánica del derecho: Dos formas de ver el mundo de la economía. La impuesta por el Estado (Socialismo) y la impuesta por el propio individuo (liberalismo). Dos modelos de vida son los adoptados por los humanos. En economía podemos usar al estado (el padre qué nos solucionará todo y nos dirá que o no hacer, qué vale o no vale cualquier objeto. El Estado es quien da la medida del valor de nuestras relaciones intersubjetivas, entre sujetos), pero también podemos usar al mercado (son los procesos, las relaciones intersubjetivas, las personas que intervienen en este proceso las que determinan cuánto vale algo, cuánto vale esa relación. Los hombres, individuales, únicos, irrepetibles, singulares son los que ponen la medida del valor. El mercado es

entonces el mecanismo que marca la pauta. El mercado funciona “sin compulsiones ni coerción”(Mises).

- CAPÍTULO XII: DERECHO Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS

La profesión de Administración de empresas tiene relevancia en el mundo de las finanzas y de la economía por diversos factores. Uno de ellos es que gracias a ella se logra capacidad y método para gobernar mejor los recursos económicos de una empresa, y por ende de la propia sociedad. Administrar una empresa no es un asunto trivial, ni menos un fenómeno aislado de la sociedad, sino todo lo contrario, una alternativa para ordenar la sociedad en relación directa con los intereses individuales y los intereses colectivos, todo esto dentro del mercado.

Por eso uno de los términos eje en la administración de empresas es el interés. El interés no es más que una "posición determinada para la satisfacción de una necesidad", pero la sociedad, al no ser natural, sino histórica, crea algunas necesidades, más allá de las básicas o primarias. La administración de empresas trabaja con esas necesidades básicas, o con las creadas. Luego, a la búsqueda de satisfacción de esas necesidades se le llama interés.

Ahora bien, la empresa es una unidad de producción de bienes y/o servicios, y los últimos tienen que entrar en el juego del mercado, de las necesidades, de los costos, beneficios, etc., que son algunos elementos con los que tiene que vérselas la administración de empresas. Y que desarrollaremos en práctica más adelante.

* * *

No obstante lo reseñado brevemente líneas arriba, hemos de explicar, y ampliar nuestra cosmovisión, y empezaremos diciendo, primero, que la Administración de Empresas tiene "principios dominantes de organización", que son la búsqueda de utilidades a través del uso de dos medios: a) el uso de los beneficios proporcionados por el Estado, en la asignación de recursos económicos a un área, o áreas determinadas; y b) el uso del mercado, descubriendo y determinando la demanda, ya no por la asignación de recursos económicos impuesta por el Estado, sino por la asignación de recursos determinado por la demanda de la satisfacción de ciertas necesidades prioritarias en determinado tiempo y espacio.

Pero eso no es todo. En el mundo de la Administración de Empresas la economía y el mercado cumplen un relevante factor. Así, Administración de empresas y Economía se entrelazan perfectamente. Se desarrolla a través de ellas "racionalidad" e "intuición". Es decir, se conoce racionalmente a través de los datos; y se logra intuir a través de la experiencia. Lo que afecta o determina las decisiones empresariales, puesto que se decide por razón, pero también por pálpito. Es más, en la racionalidad de la administración de una

empresa se manifiesta la "tecnificación y la búsqueda del incremento de la productividad basado en el cálculo y la planificación". Eso indica determinar el futuro *a priori* de la empresa; diríamos racionalidad moderna de la administración de empresas. Previsibilidad de los hechos económicos busca la administración de empresas, dentro del principio de la racionalidad moderna. Racionalidad que abrió las puertas al sistema liberal, a la economía liberal, por medio de la cual se podía usar el mercado mundial, es decir se aperturaba la posibilidad de importación y exportación; fenómeno que hoy se le conoce mejor con el signo de globalización. El principio rector es la "posibilidad de elegir en el mercado y plasmar un camino autónomo", y el mercado no sería local, nacional, sino mundial o global.

La administración de empresas tiene que vérselas con la economía como un "tejido de relaciones privadas libremente decididas a través de un mercado" , y tendrá en cuenta al Estado sólo como un garante para el "libre juego de la libertad individual, empresarial". Esta es la referencia económica que manejamos.

Además, para una eficaz administración de empresas es necesario saber y medir dentro de qué política o sistema económico se desarrolla nuestras operaciones mercantiles, y dentro de que esfera geográfica experimentamos. Los métodos, las estrategias y técnicas tienen en cuenta trascendentalmente esto, porque, aunque el mercado se pretende autónomo, los sistemas económicos, las políticas económicas de un país, siempre afectan de una u otra manera el funcionamiento del mercado, el flujo de capitales, la "operacionalización"

de la oferta y la demanda. Así, administrar una empresa requiere saber si estamos dentro del marco de una economía planificada, o dentro de una economía social de mercado. En realidad, no existe tendencia absoluta, pero por lo general predomina una de ellas sobre la otra, y el manejo empresarial debe tener en cuenta esta disposición o política económica del Estado, dentro del cual se halla inserta la empresa; puesto que de acuerdo a la asignación de recursos económicos se crea o direcciona la demanda y la oferta.

En nuestro caso, el hecho de que el Estado haya fomentado y creado la ZOTAC, CETICOS, ha sido un medio, sino determinante, al menos si importante para saber hacia dónde va el flujo de capitales, hacia donde se dirige el consumo. Y el consumo es otro de los principios fundamentales con los que la administración de empresas tiene que vérselas. Administrar empresas no sólo es organizarlas estructuralmente, sino armarlas dentro de un contexto económico, como es el consumo. En la administración de empresas otro elemento eje son los actos de comercio, estos son hechos económicos, es decir la búsqueda de la satisfacción de la necesidad, o sea la necesidad de consumo.

El consumo tiene relación directa con nuestros deseos, con nuestras necesidades, y el hombre es necesidad. Fenómeno perfectamente utilizado por el mercado. Se vende aquello que representa una necesidad. Es la representación y no el objeto lo importante. Son las expresiones de utilidad lo que el mercado busca poner en relieve, o mejor son estas expresiones lo que hace del mercado tal: transacciones comerciales. Necesida-

des inventadas, nacidas de su condición existencial, de la conciencia de su existencia. Por ejemplo, lo importante en la empresa no es ya la propiedad, sino la utilidad que representa esta propiedad, la propiedad es un poder, por el cual nosotros excluimos a los demás. Lo relevante de la propiedad, por ejemplo, en la administración de empresas es que al ser nuestra y ser para el mercado sufre un aumento de valor, eso se denomina valor agregado, es decir la cantidad que nosotros le imputamos por los costos que nos ha supuesto su obtención. Sumamos costos de transacción, de adquisición, y costos humanos, de esfuerzo humano. Con lo cual la propiedad adquirida aumenta de valor. Esto es un hecho económico y no sólo un hecho social. El mercado nunca deja de estar presente, porque mercado es relación, y el hombre, o mujer, lo que necesita, es relacionarse. Y relacionarse es mercado: transacciones comerciales. La mercancía es el objeto del mercado. Así todos los objetos no valen por su configuración material sino por su "plusválica" consistencia, por su valor agregado.

En este tenemos un punto de apoyo exclusivo: el Mercado, el uso del mercado para el tráfico comercial. Ese tráfico comercial se realiza a través de los contratos, produciéndose el comercio que -según reseña Ihering utilizando la expresión alemana Verkehr- implica una "idea central: la idea del cambio de las cosas de un lugar a otro". Ahora bien, "La expresión latina correspondiente: *commercium,* está tomada del nombre de la mercancía: *merx, mercari,* querefleja el elemento de la comunidad de las partes (com-mercium), que es el resultado".. "Verkehr equivale a comercio de cambio".

El Mercado como punto de referencia de la Administración de empresas ha sido nuestra matriz. ¿Qué es el mercado, entonces? No es ese satánico fenómeno que se traga a las gentes de bajos recursos económicos, no es el arma del salvaje capitalismo, aunque se le haya colocado como "punto exterior de satanización". El mercado es un conglomerado de relaciones intersubjetivas, relaciones de contraprestaciones (relaciones de intereses). En realidad, el mercado "somos nosotros; hombres que se relacionan todos los días motivados por sus necesidades, intereses y expectativas. El mercado no es esencialmente un lugar. Son nexos o vínculos entre seres de carne y hueso"; "el mercado no es otra cosa que un inmenso conglomerado de transacciones (contractuales)"; y la administración de empresas actúa específicamente dentro del radio de acción del mercado. Por eso nuestra preocupación por analizar este asunto, no desde una visión teórica de la administración de empresas, desde una perspectiva experimental del mercado y de la economía dentro del cual funciona la administración de empresas; eso significa que nuestra cosmovisión intenta desentrañar las acciones o respuestas dadas a un fenómeno económico, empresarial, un fenómeno del mercado: la interrelación de personas para lograr un interés, interés con contenido económico. Interrelaciones económicas organizadas a través de la administración de empresas; empresa administrada desde la perspectiva del mercado, es decir no desde la geografía, sino desde el comercio; administración de empresas estudiada no cómo especie, sino como género, que se constituye como un

poder que tenemos los seres humanos para gobernar eficientemente nuestros intereses privados.

Conclusiones.-

Douglas C. North hablando del desarrollo económico apuntala una idea: que la causa del desarrollo económico está en "el aumento de la productividad", y para eso no es suficiente la inversión en educación y conocimientos, es necesario, además, "una mejora en la organización económica: una mejora en la forma en que estructuramos el juego de la economía de modo que los costos de transacción sean bajos". Dicho en términos económicos, se trata de lograr la "obtención de mayores resultados por unidad de insumo". Y North nos sigue aclarando las cosas, e insiste diciendo que esto último se consigue maximizando los resultados, por medio de dos procesos: a) la reducción de costos, y b) mediante un aumento de la calidad.

En la experiencia de la empresa Full llantas E.I.R.L. hemos intentado observar cómo se ha logrado maximizar lo resultados, cómo se ha obtenido mayores resultados por unidad de insumo, cómo se logra el aumento de productividad. Y en las páginas antecedentes hemos descrito esas formas, esos métodos, esos medios usados. Que armonizados, producen un resultado positivo. Por ejemplo, la reducción de costos se ha logrado a través de la utilización de ciertos beneficios, en el momento de las transacciones de importación, usando los beneficios del Pacto Andino, reduciendo el monto de inversión a la vez que aumentando el monto de ganancias precisamente por acogerse a este beneficio internacional.

Otra forma de reducir los costos de operación mercantil ha sido la forma sistémica con la cual se ha trabajado, coordinando los movimientos de todos los integrantes de la empresa, en relación a un fin: la productividad. La reducción de los costos ha sido también a través del fenómeno tiempo. Se ha utilizado los instrumentos de cambio bancario que hayan resultado menos costosos, no por su diseño material, sino por la gestión y rapidez institucional requerida. Así, los bancos usados para realizar las operaciones transaccionales de compra y venta han sido los que sean más rápidos, y no los más cómodos o baratos, usando una política diferente a la manejada en otras empresas. Eso significa que en la empresa Full Llantas el tiempo es oro, constituye dinero. Y perder tiempo es perder dinero.

Otro fenómeno observado es la estrategia usada como "un plan que integra las principales metas y políticas de la organización" (James Brian Quinn). La empresa ha ordenado su gestión en base a la venta, al consumo, a la demanda, por lo tanto, ha asignado los recursos necesarios a esta función: la venta. Todo se ha asignado a ello: tiempo y dinero, organización y distribución de funciones. Relevando los atributos y focalizando o descubriendo las deficiencias internas. Por ejemplo, Full llantas ha sido una empresa nacida paralelamente a otra anterior, Comercial Lucy. Su creación ha sido una respuesta a la exigencia de coordinar tanto el nombre de la empresa como el rubro de ventas a la cual se dedicaba. Decir en unas palabras el producto ofertado, la cantidad, y la especialización: neumáticos,

o llantas. El fenómeno radica en adecuarse al marco de ventas.

Otro fenómeno observado es que, en el área de adquisición de propiedades de los neumáticos, lo importante es el valor agregado obtenido, y no su propiedad, por lo que la empresa no es un ente depositario, no basa su riqueza en cuánto tiene como propiedad, sino en cuanto puede hacer circular, en cuanta transferencia de propiedad logra. Eso indica que no es la propiedad propiamente dicha, sino el flujo de capital lo que hace a la empresa.

CAPÍTULO XIII: EL ESTADO Y LA ECONOMÍA DE MERCADO

El Estado ha sido el mayor invento de la economía. Arropada bajo conceptos políticos-jurídicos el Estado es un monstruo económico, un producto de la economía, del mercado.

Desde que existe el Estado ya deja de haber economía libre, o economía de mercado, o mejor, ya no existe en la economía de mercado la no intervención del Estado, porque este -el Estado- siempre está presente, en todas las sociedades, a través de sus impuestos, aranceles, etc., etc. Así que la libertad de mercado, o la teoría de que en una economía de mercado no interviene el Estado es falsa. Y nunca habrá tal economía de mercado, en el concepto que Ludwig von Mises explica: "El Estado es un aparato social de fuerza y coacción" "no interfiere en su mecánica -dentro del mercado, o de la economía de mercado-, ni interviene en aquellas actividades de los ciudadanos que el propio mercado encauza", porque aunque el Estado no interviene directamente, si interviene, siempre. Así que es una estafa eso de la economía de mercado. El Estado interviene siempre por su sola existencia. ¿Cómo habría economía de mercado?, pues, si seguimos la teoría explicada, tendríamos que prescindir del Estado.

Sin embargo, la economía de mercado intenta explicar otra cosa: el uso del mercado, es decir el hecho de poder hacer transacciones al costo mínimo, reducción de los gastos o costos de transacción. Además, estas transacciones, dentro del mercado, solo son reflejo de ciertos juicios de valor, que se expresan en las "estructura de precios", es decir en los "tipos de cambio". Es decir que todas las transacciones -dice Mises- pueden retrotraerse a ciertos "actos electivos". Pero no me queda claro mucho esto, porque todos los actos electivos, todas nuestras decisiones no responden siempre a juicios de valor, como uso y definición de la razón, sino que responden a actos instintivos; y estos actos instintivos, son producto ya no de la naturaleza, de los instintos primarios, sino productos que son transformados por los conceptos culturales, así se forman nuevos instintos que responden más bien a una creación cultural, a una determinación conceptual. Yo creo a veces que no hay juicios de valor, como elemento primigenio de la elección, sino actos instintivos, y son estos los que tienen una carga valorativa, y provocan una dirección.

Ahora bien, si el mercado somos todos, el asunto es ubicarse en la mejor posición, es decir que la economía está en que posición del mercado nos ubicamos, esto viene a graficarse luego en la división del trabajo. Parece que los juicios de valor que tiene el ser humano son fácilmente determinables por el tipo de cambios que realizan, es decir el tipo de compra venta. El concepto de poder lo define todo, poder comprar, poder tener enamorada, poder, poder, poder. Se dice que la econo-

mía descansa en la utilidad, pero no es la utilidad, sino las ganas lo que determina la economía.

CAPÍTULO XIV: VOLUNTAD JURÍDICA

Marco Aurelio Risolia escribe: "En un sentido estricto, el usual, la voluntad supone la determinación libre y la facultad de elegir entre distintas posibilidades. "Querer -dice Ribot- es elegir para obrar". Creemos ser la causa de nuestros actos voluntarios; nos atribuimos toda la responsabilidad en su formación y sus efectos. La voluntad aparece, pues, en aquellos fenómenos de los que somos o creemos ser nosotros mismos la causa."[424]

La voluntad es el fenómeno más importante para el Derecho, si le creemos a Marco Aurelio Risolia en su libro *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*. Y más si empieza parafraseando a Portalis: "El derecho es la voluntad". Pero no es cualquier voluntad es la voluntad coordinada con la voluntad de los demás. Y, entonces, ¿qué es la voluntad? Habría que problematizar el asunto para entenderlo, para disolverlo. La voluntad es un hacer o no hacer, podría decirse en términos del código. ¿Pero a qué responde este hacer o no hacer? Un hacer o no hacer que nace de nosotros, que

[424]Risolia, Marco Aurelio. *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil.* Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Pp. 21.

depende de nosotros. Somos nosotros la causa. Pero la voluntad, como es un fenómeno interno, un proceso mental interno, se puede teorizar por medio de la psicología, pero jurídicamente sólo se puede apreciar mediante sus efectos. Somos la causa, pero son los efectos los que podemos tratar jurídicamente.

La voluntad es difícil de reconocer objetivamente. No se sabe de ella más que de sus efectos. Son estos efectos los que la configuran, las que permiten una apreciación objetiva. Sólo se "sabe reconocer la voluntad jurídica sobre todo por sus efectos, de los que la ley habla con detalle. Relega, pues, la determinación y la estimación del acto voluntario al dominio de la psicología; el estudio de sus conexiones con el juicio, al de la lógica."[425]. Causas y efectos separados inevitablemente. El estudio del proceso interno de la voluntad no está en el campo del derecho. No si entendemos al derecho como regulador de conductas, pero si de las conductas como fenómeno externo. La medicina mental, sicología y psicoanálisis, son más bien las que se encargan de estudiar y tratar los fenómenos internos, complejos de la voluntad, etc. Sin embargo, cabe recalcar que en el Derecho Penal lo más cercano al estudio de la voluntad es el dolo. Esta configura la intención del autor de hacer o no hacer algo. Pero esta intención sólo se puede probar objetivamente mediante representaciones externas de la voluntad, mediante aproximaciones, o indicios que, operadas a través del razonamiento lógico, puedan conducirnos a una conclusión posible de culpabilidad, consecuencia de una determinada voluntad, intención,

[425]Risolia, Marco Aurelio. *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil.* Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Pp. 17.

o dolo. Cuando se habla de dolo se cree estar hablando de la voluntad: capacidad para decidir hacer o no hacer algo. Facultad para elegir y decidir nuestras conductas. El dolo es un elemento del delito. Pero lo que se castiga en el Derecho Penal no es el dolo, sino sus consecuencias. El dolo es sólo el nexo, la relación, indispensable, para determinar la culpabilidad responsable. Si el dolo se queda en la configuración mental, en un simple "yo quise o tenía la intención de hacerlo", no surte efectos jurídicos. No es el querer, sino la obra, la exteriorización de nuestro dolo, lo organizado por el derecho. El dolo en materia civil, en el Derecho civil es "la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas o de la ignorancia ajena; pero sin intervención ni de la fuerza ni de amenazas, constitutivas una y otra de otros vicios jurídicos." (Guillermo Cabanellas). Curioso inicio de la definición del dolo en el Derecho civil: "Voluntad maliciosa…". Pero ¿puede ser malicioso buscar el beneficio propio? En estricto sensu creo que no. Lo malicioso es un convenio por el cual se pretende involucrar al otro como medida de nuestros actos, de la permisibilidad de nuestra voluntad. Es en referencia al otro, a los otros como puede configurarse social y jurídicamente nuestra voluntad. Nuestra voluntad, entonces, ya no es hacer lo que uno quiere, sin limitación alguna, sino hacer lo que nos está permitido hacer, esto jurídicamente hablando. O mejor, puede nuestra voluntad querer, pero este querer, esa exteriorización de nuestro querer siempre a de ser medida por la propia exterioridad, por el mundo de afuera. Es el mundo de afuera, entonces, el que intenta determinar nuestra voluntad, quie-

nes intentan decirnos qué voluntad debemos tener. Pero como escribe Luis Díez Picazo no se puede imponernos deberes (tu voluntad debe ser); el derecho sólo impone sanciones. El derecho es normativo justamente por eso, porque impone sanciones frente a determinadas conductas. Olvidémonos, mediante una operación de abstracción, de los diferentes tipos de normas, como por ejemplo, las prescriptivas, dispositivas, etc. Aquellas sólo se refieren a los tipos de leyes, y no a las normas. Porque la norma es más una consecuencia determinada, es más imputación que hecho, que supuesto de hecho. El Derecho es también consecuencia, respuesta a un fenómeno social determinado. No es un hecho, sino consecuencia, otra vez, imputación kelseniana si se quiere. El Derecho es normativo porque es indicativo de las conductas intersubjetivas. Estas conductas tienen una causa. La causa es la voluntad, si hablamos del mundo consciente. El azar o las circunstancias, si hablamos desde otra perspectiva. ¿Y el contrato? ¿Dónde queda el contrato? El contrato es un mini derecho, construido, fabricado, como pequeños moldes, chiquititos y modestos, fabricados en la voluntad, en el querer consciente. Ese contrato surte efectos de norma jurídica, ¿por qué? Porque la norma jurídica es un mandato con eficacia social de organización (Luis Diez Picazo), ¿y no es precisamente lo que pretende ser un contrato? Lo que se puede decir es que el contrato es norma jurídica por querer, o pretender organizar socialmente a las partes, eficazmente. Y que estos acuerdos, acuerdos de voluntades de las partes, son tomados como mandatos, es decir como obligatorios. Son susceptibles de ser impuestos por la función coactiva del Estado. Creada ya una relación jurídica patrimonial, en

caso de ser incumplida esta relación, el Estado tiene la facultad para usar su fuerza coactiva. El fin, hacer que el contrato se cumpla.

No obstante, cuando la voluntad es representada, o exteriorizada en un contrato, el Derecho no se encarga de hacer cumplir esas voluntades concertadas, sino de imponer sanciones en caso de no cumplir con esas voluntades concertadas. Esta afirmación parece salir de Luis Diez Picazo que explica que la norma jurídica nunca impone deberes, sino sanciones: "No existen deberes, sólo existen sanciones". "Las normas jurídicas únicamente pueden imponer sanciones". "Los particulares no están obligados por las normas, sino simplemente expuestos a sufrir una sanción, si se presenta la hipótesis expuesta por la norma.". "Las normas de derecho no pueden imponer conductas, porque el comportamiento humano es algo enteramente voluntario y libre. Las normas de derecho pueden únicamente imponer sanciones"[426]. Diez Picazo aplica aún más este razonamiento y dice que "en rigor, jurídicamente, no se debe, sino que se es responsable.". Vaya lío. El contrato sería la voluntad como representación, el mundo como representación de la voluntad.

* * *

Si continuamos con la idea planteada por Marco Aurelio Risolia, que parafraseando a Stammler escribe: "…la noción misma del derecho no es más que un aspecto del problema de la voluntad;… el derecho es pura y simplemente una voluntad que tiende a la consecución de determinados fines, valiéndose de determinados

[426] Diez Picazo, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho.* Editorial Ariel. Pp. 78.

medios aptos para su realización; que la génesis psicológica de la noción de derecho radica en el germen común de toda voluntad"

"La voluntad, como elemento de la psicología, sólo es determinable por abstracción. Ni conocemos su esencia individualizada ni nos es dado precisar sus caracteres genéricos y diferenciales. Nuestras observaciones se ciñen, en suma, a la consideración objetiva del acto voluntario y de los seres dotados de voluntad."[427]

"No existe, arguye Höffding, y Roustan lo ratifica, ningún estado que sea pura representación, puro sentimiento, o pura voluntad. Conocimiento, sensibilidad, voluntad, aparecen en cada acto de conciencia y se condicionan sin materializarse. La voluntad, sin embargo, que es como la síntesis -no la suma- de todas las fuerzas que implican los estados de conciencia, reúne lo diverso, y hace del conjunto, por su unión, 'el contenido de una sola y misma conciencia'.[428]

"De cualquier modo, la voluntad es el aspecto activo de la vida consciente. El signo que la denuncia es la acción; su manifestación objetiva, el acto voluntario."[429]

"Prescindiremos de los actos espontáneos, reflejos, instintivos, habituales, que algunos autores hacen caber dentro del concepto de la *voluntad automática,* con el que especula a veces el derecho, sobre todo en los ca-

[427]Risolia, Marco Aurelio. *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil.* Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Pp. 20.
[428]Risolia, Marco Aurelio. *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil.* Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Pp. 20, 21.
[429]Risolia, Marco Aurelio. *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil.* Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Pp. 22.

sos de responsabilidad delictual. A nosotros nos interesa la voluntad como fórmula superior de la vida psíquica; la voluntad que elige y prefiere entre distintos impulsos; la voluntad que delibera y obra con eficacia. Nos interesa, pues, la voluntad reflexiva".[430]

[430]Risolia, Marco Aurelio. *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil.* Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Pp. 22.

CAPÍTULO XV: EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO

1.- Concepto de Epistemología.-

Es la rama de la Filosofía que estudia la investigación científica y su producto, el conocimiento científico, y consta de las siguientes ramas, de acuerdo a Fernando Salmerón: Lógica de la ciencia o investigación de los problemas lógicos y metodológicos concernientes a la lógica requerida por la ciencia. Así como la estructura lógica de las teorías científicas, 2, Semántica de la ciencia o investigación de los conceptos de referencia, representación, contenido, interpretación y afines que se presentan en la investigación científica o metacientífica.3. Teoría del Conocimiento científico, 4.- Metodología de la ciencia, 5.- Ontología de la ciencia, 6.- Axiología de la ciencia o estudio del sistema de valores de la comunidad científica, 7 .- Ética de la ciencia o investigación de las normas morales que cumplen o quiebran los investigadores científicos, 8.- Estética de la ciencia o estudio de los valores y cánones estéticos de la investigación científica. "Es la adopción de la lógica matemática como un nuevo instrumento del análisis del lenguaje científico" dice Luis Piscoya Hermosa

2.- La importancia de la Epistemología.-

La historia de un nuevo tipo de conocimiento es siempre la historia del hombre enfrentado a la pregunta del

porqué de la existencia, y del porqué del carácter o tipo de esta existencia; es una lucha entre el yo interno y el yo externo. Entre el yo y el ello; es buscar una explicación a nuestra propia existencia en relación directa con la existencia de los demás. Es preguntarse ¿por qué existimos?, ¿por qué existen los demás?, ¿que implica esta existencia? Pues, nada menos que relación, relación intersubjetiva, entre sujetos de Derecho.

La vida, es entonces, relación. Así, la existencia en sociedad deja de pertenecerle por completo al hombre, porque este ya no es un ente unidimensional, de una dimensión, sino, constituye una parte del todo, un órgano de la sociedad. Sociedad que le reclama deberes, y a la misma vez le otorga y promete derechos. Es esta conciencia internalizada lo que hace al hombre escribir, porque escribe sobre la relación, la relación de él con la sociedad, la relación que lo hace parte de esa sociedad. Por eso, en el fondo de todo escrito, de todo libro, existe no sólo conocimiento, sino relación del hombre con el mundo, con los demás. Un intento ineludible de darse y formularse explicaciones del porque de la existencia, del porqué de la relación con el mundo, de cómo, en fin de cuentas, hacer que esa relación sea mejor. De cómo hacer que la vida sea llevada lo mejor posible.

Y, para que la vida sea lo mejor posible es necesario hacerla incorruptible, es decir, que no se filtren en ella elementos que la perturben, que la anulen, e impliquen un atentado contra nuestras sanas intenciones de vivir bien y mejor. Y entonces la nueva pregunta sería ¿cómo hacer incorruptible a la vida?, ¿cómo hacer que la co-

rrupción no nos corrompa? Y esto es lo principal, porque hablar de corrupción no es sólo hablar de un tema moral, sino de un tema Ético, es decir: la corrupción es un atentado contra el propio individuo como fin supremo y último, como fin en sí mismo (como dijera Kant). Pues, entonces, ¿cómo hacer que la corrupción no nos corrompa, que no afecte nuestra constitución física y mental, y la desgarre hasta anularla?

¿Cómo eludir la corrupción, si esa parece ser la médula de la sociedad, de la vida en sociedad? Y aún más trágico cómico en el caso de los hombres del Derecho, que, según Friedrich Nietzsche, parecen ir siempre más allá del bien y del mal. ¿Cómo eludir la naturaleza extra formal del litigio y sus casi perfectas y lógicas formas de composición; que olvidan la naturaleza amoral de los intereses privados?

¿Cómo, pues, no corromperse? Muchos siglos han pasado los hombres haciéndose esa pregunta, desde todos los ámbitos del saber; formulando respuestas diversas. Por ejemplo, desde la religión con la invención del pecado –como fórmula para anular la corrupción-; hasta las ciencias ocultas y sagradas, como la Alquimia (que buscaba un método para convertir las piedras en oro). Pero en la Alquimia originaria esa concepción se refería a los seres humanos. Así las piedras eran los hombres en potencia de corrupción, y era menester por ello transformarlos en oro, en incorruptibles, es decir en aquello que representaba lo incorruptible (el oro, como sabemos, es un metal incorruptible por naturaleza).

Y luego la Filosofía, el Derecho, entre otros conocimientos, han intentado también hacer incorruptible al hombre, imputando muchas razones de ello y por ello, pero en el fondo de todo está sólo la búsqueda de un sentido en la vida, un sentido que nos haga dignos de vivir, de vivir en sociedad. Y hoy el mayor sentido alcanzado parece ser el de la Epistemología, de aquella Filosofía de las Ciencias. Donde la corrupción se alterna con una idea fundamental: pensar correctamente. Es decir, hacer lógica, lógica jurídica. Pensar correctamente para no ser corrupto, porque la corrección del pensar es un problema del lenguaje, de la gramática, pero la vida es mucho más que gramática. Pensar correctamente lleva en sí, un método contra la corrupción, porque está previniendo la corrupción del lenguaje, lenguaje que hace al hombre, lenguaje que expolia y extiende valores, puesto que a fin de cuentas la corrupción es cuestión lingüística, es decir, de aquello, que por el lenguaje entendemos que es corrupto. Un acto multidimensional que engarza el yo interno con el ello externo.

El lenguaje de la lógica pues se convierte en metalenguaje, en lenguaje que trata sobre el lenguaje – diría Lyotard-.Y de eso trata la Epistemología del Derecho, sobre las formas de composición de la vida humana a través de la normatividad jurídica, sobre las formas y explicaciones de nuestra vida en relación, relación jurídica; o en otras palabras, sobre la justificación o razón suficiente para actuar de cual o tal manera, Sobre lo motivos – o razones para sea válida la existencia en relación-. Y fue Leibniz el escogido, el que hizo pues esta pregunta: la del porqué tenemos que dar explicacio-

nes de nuestra existencia, de lo que hacemos o no hacemos, si estos actos conciernen a todos, a la sociedad. Y hoy nuestro amable maestro nos ha regalado con las explicaciones del porqué los motivos de nuestra vida en relación.

El libro en sí es una narrativa epistemológica sobre el porqué de las relaciones intersubjetivas, del porqué tenemos que dar explicaciones de nuestra existencia (existencia que es conducta). El libro es pues un hermoso retrato del porqué tenemos que dar explicaciones de nuestras relaciones con los demás. ¿Y por qué tenemos que dar explicaciones de nuestros actos, de nuestras decisiones? Porque somos, como personas, un fin en sí mismo –como dijera Kant.

La Epistemología del Derecho es importante, pues, por la consistencia e insistencia en crear un nuevo sistema de composición normativa de la sociedad.

CAPÍTULO XVI: DERECHO Y AMOR
(La muerte del Derecho)

No se puede decir que el Derecho no tiene nada que ver con el amor. Eso sería una canallada al ser humano, porque el ser humano, la persona (ese centro o eje ideal de imputación de derechos y deberes) está hecho también de amor. Y el amor es más que una construcción, un producto de la educación, de las relaciones sociales que algo innato. No existe amor si no hay conocimiento, como no existe derecho si no hay conocimiento. El amor no es un sentimiento y nada más; es mucho más. Implica sentimiento y conocimiento. Un sentimiento como el amor no nace de la nada, un sentimiento no es sólo sentir. El sentir parece partir de un conocimiento. "No existe, arguye Hoffding, y Roustan lo ratifica, ningún estado que sea pura representación, puro sentimiento, o pura voluntad. Conocimiento, sensibilidad, voluntad, aparecen en cada acto de conciencia y se condicionan sin materializarse."[431]

Carnelutti propone una teoría. El amor puede reemplazar al derecho. Sólo necesitamos derecho porque no tenemos suficiente amor para auto organizarnos -dice. Y pone un ejemplo de su teoría:

[431] Marco Aurelio Risolia. *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil.* Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Pp. 21,

"¿Por qué el padre y el hijo cristianos, para regular sus relaciones, aún las más importantes relaciones, no necesitan derecho? Porque, sencillamente, el padre ama al hijo y el hijo ama al padre. Ahora bien, la sabiduría del pueblo traduce *amar* por *querer bien*, es decir, *querer el bien del amado,* lo que no se explica de otro modo que reconociendo que el bien del amado es el bien del amante y recíprocamente. Así el bien del uno y del otro es el bien de la misma persona. Como los ladrillos se mantienen unidos, después que el arco está construido, en virtud de una fuerza interior, también una fuerza interior une a los hombres y hace de una muchedumbre una unidad: *universum*, dijeron los romanos, para significar el milagro de la *versio in inum,* es decir el de las partes que forman el todo."[432].

[432] Carnelutti, Francesco. *Arte del Derecho.* Ediciones jurídicasaeuropa-america. Buenos Aires. Pp. 20.

EL ESQUEMA JURÍDICO DE LOS TRIBUTOS

Los tributos no están desparramados por aquí o por allá; sino que, por una cuestión de orden, se han organizado y esquematizado, a fin de hacerlos previsibles. Esto en clara diferenciación de la antigua tradición de imposición de tributos sin orden ni concierto.

A continuación, un pequeño esquema de la potestad tributaria del Estado, es decir, de la facultada del Estado para crear Tributos.

1.- Los tributos se crean por las leyes expresas.- De acuerdo con la Constitución las normas, leyes, son dadas por el Poder Legislativo, y en delegación por el Poder Ejecutivo a través de los Decretos Legislativos. De esta forma se pueden crear, modificar, derogar o exonerar de tributos por leyes (emitidas por el Congreso de la República), o por Decretos Legislativos (emitidos por el Poder Ejecutivo). Asimismo, también se pueden crear tributos por Decretos Supremos dados por el Poder Ejecutivo, a través de aranceles o tasas. Cabe remarcar que el Poder Ejecutivo no puede crear tributos mediante Decretos de Urgencia.

2.- Los tributos creados por el Poder Ejecutivo.- El Poder Ejecutivo tiene potestad tributaria, puede crear los siguientes tributos: 1) Tributos; 2) Impuestos; 3) Renta; 4) Impuesto General a las Ventas (IGV); 5) Impuesto selectivo al consumo; 6) Contribución; 7) Fona-

vi; 8) Sencico; 9) Senati; 10) IPSS (impuesto de prestación de servicios de salud); 11) Tasas; 12) Licencias; 13) Partidas; 14) Trámites S.P.N.

3.- El sistema tributario.- Mediante el sistema tributario en nuestro país, tienen potestad tributaria, el gobierno central, los gobiernos locales y las contribuciones especiales.

a) El gobierno central.-

El Poder Ejecutivo tiene a su cargo: 1) Impuesto a la Renta; 2) Impuesto General a las Ventas (IGV); 3) Impuesto selectivo al consumo; 4) Registro Único Simplificado RUS; 5) Derechos arancelarios; 6) Tasas por prestación de servicios públicos; 7) Impuesto a los casinos de juego.

b) Los gobiernos locales.-

De acuerdo con el Decreto Legislativo N° 776, Ley de tributación municipal, se establece, que tiene a su cargo las municipalidades los siguientes impuestos municipales: 1) Impuesto predial; 2) Impuesto de alcabala; 3) Impuesto patrimonio automotriz o automotor; 4) Impuesto a las apuestas, eventos hípicos y similares; 5) Impuesto a los juegos, como las rifas, loterías, juegos de azar, bingos; 6) Impuesto a los espectáculos públicos no deportivos, como los espectáculos taciturnos, cinematográficos, etc.

c) Los impuestos nacionales.-

Estos impuestos son: 1) Impuesto a la promoción municipal; 2) Impuesto al rodaje; 3) Impuesto a las embarcaciones; 4) Participación en renta de aduana.

d) Tasas.-
Dentro de este rubro se encuentran los siguientes: 1) Licencia de funcionamiento, 2) Arbitrios; 3) Estacionamiento de vehículos; 4) Derecho de servicios públicos; 5) Derechos por servicios administrativos; 6) Otras licencias.

e) Contribuciones.-
Dentro de este rubro encontramos las contribuciones para obras públicas, y las contribuciones especiales: 1) IPSS; 2) Fonavi; 3) Senati; 4) Sencico.

ÓRGANOS QUE ADMINISTRAN LOS TRIBUTOS.-
La administración tributaria no sólo es la Sunat, sino todas aquellas entidades que manejan y gestionan tributos, sean del gobierno nacional o de gobiernos locales. A continuación los órganos que administran los tributos.

1.- La Sunat.- La Sunat, o Superintendencia nacional de administración tributaria, administra los siguiente tributos: 1) Impuesto General a las Ventas; 2) Impuesto Selectivo al Consumo; 3) Impuesto de Promoción Municipal; 4) Nuevo Régimen Simplificado; 5) Régimen Especial del Impuesto a la Renta; 6) Impuesto Extraordinario de Solidaridad; 7) Impuesto a las Transacciones Financieras; 8) Contribuciones a ESSALUD; 9) Contribuciones a la ONP de acuerdo a los convenios celebrados.

2.- Los gobiernos locales.- Los gobiernos locales también administran tributos, siendo los impuesto

municipales los siguientes: 1) Impuestos Municipales; 2) Impuesto al Patrimonio Predial; 3) Impuesto al Alcabala; 4) Impuesto al Patrimonio Automotor; 5) Impuesto a las Apuestas; 6) Impuesto a los juegos; 7) Impuesto a los Espectáculos Públicos.
Todo esto de acuerdo con el TUO del Decreto Legislativo Nro. 776,

Tributos Nacionales: 1) Impuesto de Promoción Municipal, 2) Impuesto al Rodaje; 3) Impuesto a las Embarcaciones de Recreo; 4) Participación en Rentas de Aduana.

Tributos creados por las Municipalidades.- 1) Contribución Especial por Obras Públicas; 2) Tasas Municipales.

3.- Essalud.- Essalud administra las contribuciones para la seguridad social.

4.- ONP.- La ONP administra los tributos del sistema previsional

5.- SENATI.- Administra la contribución al Servicio Nacional de Adiestramiento Técnico Industrial.

6.- SENCICO.- Administra la contribución al servicio nacional de capacitación para la industrial de la construcción.

De acuerdo con la Ley Nro. 27334, se estableció que las contribuciones aportadas a Essalud y la ONP son administradas por la SUNAT.

Libro editado en los talleres digitales de AZ Todo Derecho E.I.R.LTDA.

Este texto ha pasado por los controles de calidad, rigurosidad científica y por el proceso de revisión por pares externos.

AZ TODO DERECHO
Centro Jurídico promotor del Derecho, la Empresa y el Arte