

Filosofía del Derecho: una noción preliminar

¿Justicia, validez y eficacia?: reflexiones iniciales en torno a la concepción tradicional

Rubén Méndez Reátegui^(*)

Alumno de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

“Tengo que confesar que creo poco en las leyes. Si son demasiado duras, se las transgrede con razón. Si son demasiado complicadas, el ingenio humano encuentra fácilmente el modo de deslizarse entre las millas de esa red tan frágil”.

Marguerite Youcenar⁽¹⁾

“La primera cosa que tenemos que hacer es matar a todas las gentes de Ley”

William Shakespeare⁽²⁾

*“Papá, ¿Qué es la Ley?
Hijo, es el juicio de valor del hombre tan desacertado e imperfecto como el mismo”*

Anónimo

1. Introducción.

Es frecuente que se efectúen “**complejas elucubraciones teóricas**” a través de las cuales se revalide o resalte tres aspectos que se presume debe o puede contemplar el Derecho, con el objetivo de plasmar los resultados en lo que se conoce por el nombre de **norma jurídica**.

Es importante además destacar que las tradicionales posiciones dentro de la filosofía del derecho fluctúan entre las que realizan un estudio por separado de los conceptos justicia, validez y eficacia, abordados desde una perspectiva axiológica, normativo–estructural y sociológica respectivamente y entre las que observan en el Derecho una unificación de las tres perspectivas anteriormente citadas: el “**tridimensionalismo**”, postulado en nuestro medio por Miguel Reale o Carlos Fernández Sessarego (que a nuestro entender no deja de ser una interesante reformulación del **positivismo jurídico**, pues pese a sus virtudes, termina por repetir en cierta medida un discurso equivalente).

Haciendo una breve referencia del positivismo jurídico, es posible con relación a este afirmar que en nuestro medio se trata de la visión imperante, con un discurso que revalida y sostiene la preponderancia de la **validez** y por ende con estudios enfocados en los aspectos **normativos y estructurales** (de los cuales

(*) A Jesús, María, Elvira, Rubén, Marco y Gisella por su amor y apoyo constante.

(1) YUCERNAR, Marguerite. *Memorias de Adriano*. Tomado de: PIZARRO ARANGUREN, Luis. *El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas Actuales*. 2da. edición. Fondo Editorial de la PUCP. 1998. p. 205.

(2) SHAKESPEARE, William. *Enrique VI*. Segunda parte. Acto cuarto. Escena II. Tomado de COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Derecho y Economía*. 1ra. edición en español. Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 173.

se desprende la preponderancia de una tendencia racional y constructivista dominada por una fe ciega hacia los instrumentos legales como los únicos mecanismos idóneos para “corregir” o “mejorar” la situación del ámbito práctico es decir la sociedad).

Por criterios metodológicos hemos preferido iniciar el presente estudio con una exposición que en un primer momento puede pecar por parecer desgastada y limitarse a plantear “**más de lo mismo**”, lo cual claramente no es nuestro objetivo.

Será entonces importante señalar que dentro de una perspectiva tradicional haremos referencia de la temática propuesta para ser objeto de una particular reflexión crítica: la Filosofía del Derecho vista en sus “tres funciones”: (i) deontológica; (ii) ontológica; y, (iii) fenomenológica⁽³⁾.

2. Nociones iniciales.

Deberá quedar claro entonces para el lector que nuestro objetivo no es referirse largamente a las diversas escuelas de Filosofía del Derecho a las cuales uno puede acceder si inicia un estudio no necesariamente concienzudo en torno al tema.

Nuestra intención posee un *quod* mucho menos ambicioso: el de reseñar (optativamente) cuales pueden ser los temas fundamentales dentro de la Filosofía del Derecho y presentar un concepto preliminar de la que conocemos como tal (desde una perspectiva tradicional).

Para comenzar se puede afirmar que dentro de la Filosofía Jurídica existe una multitud de propuestas, criterios metodológicos y posiciones que nos llevan a afirmar que el objeto general de la Filosofía del Derecho será el de la reflexión filosófica (crítica) en tomo al Derecho, de forma que este logre trascender los viejos antagonismos existentes entre Derecho válido, Derecho eficaz y Derecho justo, consideramos entonces como Derecho al que surge válidamente del Estado sin renunciar al análisis del Derecho que “es” (visión positiva) y del Derecho que “debería ser” (visión normativa).

En síntesis el *quid* de la Filosofía del Derecho concebido dentro de esta perspectiva tradicional (que claramente no compartimos del todo) será la reflexión crítica sobre el Derecho y sobre cómo debería ser y qué “**valores**” debería incorporar.

Partiendo de este breve análisis pasaremos a decir que es posible considerar tres temas como centrales dentro de la filosofía jurídica:

a) Una teoría del Derecho (que no es lo mismo que la Teoría General del Derecho que como es conocido es una rama de la denominada “Ciencia del Derecho” u ontología jurídica, referida al estudio del “ser” del Derecho.

b) Una teoría de la Ciencia Jurídica que posee como objetivo central la reflexión crítica en tomo a la ciencia jurídica o dicho de otra forma sobre las ciencias “sobre” el Derecho y sus metodologías.

c) Finalmente debemos de referirnos al tema a mi entender más vinculado y sin lugar a dudas constantemente relacionado con la Filosofía del Derecho; la denominada teoría de la justicia o axiología que puede sintetizarse como: “(...) el enjuiciamiento crítico del Derecho positivo desde un determinado sistema de valores (...)”⁽⁴⁾ los cuales a través de la confrontación racional y crítica de forma sucesiva y simultánea buscan mostrarse como justos.

Es común que se le reste legitimidad filosófica al tema de los juicios de valor. Consideramos que no se trata de afirmar que partiendo de “abstracciones”, construyamos un sistema de valores universal. Por el contrario efectuar una reflexión filosófica implica partir de una realidad verificable (empírica) lo que nos permitirá descubrir por ejemplo que la sociedad se rige por lo que podemos calificar como un orden praxiológico (por lo cual resultará ser vital observar los continuos procesos espontáneos de ensayo-error que caracteriza nuestro medio social), sin dejar de concebir al mundo de los “valores” como algo en esencia racional pero además cambiante (por lo cual puede ser ya criticable).

(3) Rogamos leer con detenimiento a fin de comprender la tesis que deseamos plantear y no concebir percepciones erróneas.

(4) DÍAZ, Elías. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus, 1976

En síntesis la filosofía jurídica, vista como teoría de la justicia debe ser observada como:

- a) Una apreciación racional y crítica del Derecho que “es” en la realidad
- b) Como una apreciación racional y crítica sobre las diversas visiones en tomo a la Justicia en el Derecho.

Finalmente consideramos que esta reflexión crítica en tomo al Derecho estará constituida por la “búsqueda de la justicia”⁽⁵⁾ vista a través de una dimensión real, palpable no meramente emotiva, lo cual es sumamente difícil de realizar sin que se nos permita, por ende, la reformulación constante de las Instituciones Jurídicas cuyo perfeccionamiento como es de público conocimiento, **es vital** para la obtención de una mejora en la formación de los futuros “**hombres de derecho**” de nuestro país, que a su vez deberán de contribuir en la obtención de una sociedad más “justa” y donde la “equidad” no sea vista como una “idealidad” (pudiendo ser en cierta forma alcanzable), no deviniendo en un “**concepto manipulado al antojo de ambiciones personales, mal interpretado o tergiversado**” (aprovechando el desconocimiento que muchas veces se tiene de su real significado).

3. Un solo fin, ¿tres concepciones?

Será posible señalar que las tres perspectivas (valoraciones) desde las cuales tradicionalmente se ha abordado el Derecho pueden ser catalogadas como unidimensionales, pues existe la posibilidad de considerarlas independientes. Pero aun tomando en consideración esta opción podremos de cierto modo afirmar que los tres problemas fundamentales, que observarán los estudiosos de la “reflexión crítica entorno al derecho”, coincidirán con las tres “calificaciones normativas”: la de justicia, la de la validez y la de la eficacia.

Esta afirmación nos llevará a enunciar como postulado (dentro de una visión positivista) que si lo que se quiere es establecer una teoría de la norma jurídica sobre bases sólidas, lo primero, que deberemos de tener bien claro es si cabe la posibilidad que toda norma jurídica pueda ser sometida a tres distintas valoraciones, y que estas valoraciones serán independientes entre sí.

En efecto frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas (insisto dentro de una concepción tradicional): (i) si es justa o injusta (justicia); (ii) si es válida o inválida (validez); y, (iii) si es eficaz o ineficaz (eficacia).

Será posible incluso concluir (siguiendo esta línea de razonamiento) que la justicia no depende ni de la validez ni de la eficacia; la validez no depende ni de la eficacia ni de la justicia, y la eficacia no depende ni de la justicia ni de la validez.

Resultará claro para el lector entender que las conexiones entre perspectivas y escuelas que se pretende plantear será:

a) Iusnaturalismo, dimensión axiológica-valorativa (cuyo enfoque consagra la preponderancia, el reinado de la “justicia”), que concibe que el Derecho emana o es creación de un ente o entidad natural suprahumana o de la razón que al ser de inspiración superior es infalible, única y verdadera fuente de la concepción trascendente de justicia como algo universal.

b) Positivismo jurídico, dimensión normativo estructural (validez, que concibe que la norma aparece como fruto de la voluntad del legislador, pero inspirada en otra norma, dicho de otra forma la validez crea validez).

c) Realismo jurídico, dimensión sociológica (eficacia) el cual buscará inspirarse en la realidad social.

Resultará fundamental señalar que al hacer referencia de esta corriente del pensamiento filosófico-jurídico, deberemos de diferenciar entre el Realismo Jurídico norteamericano, entre cuyos principales exponentes podemos citar a Roscoe Poud y Karl Llewellyn autor que sostendrá la inexistencia de una escuela realista y la imposibilidad de que exista y el Realismo Jurídico escandinavo representado entre otros por Alf Ross y Karl Olivercrona.

(5) Deseo agradecer profundamente al doctor Eduardo Hernando Nieto quien tuvo la gentileza de leer la versión preliminar del presente escrito y proporcionarme una serie de muy útiles y agudos comentarios, que me ayudaron a una mejora sustancial de las ideas y conceptos humildemente aquí expuestos. Asimismo en este mismo sentido expresamos nuestra gratitud por el apoyo brindado por los doctores Enrique Ghersi, Favio León Lecca y Paul Laurent.

La primera de las escuelas estará caracterizada por una **concepción dinámica e instrumental del Derecho** (el Derecho deberá entonces ser concebido como un **medio de cambio social**) una separación básicamente de naturaleza metodológica entre el ser y el deber ser (por ende claramente divergente de la separación ontológica entre ambos “dominios”), la desconfianza en las normas como base de las resoluciones judiciales y finalmente la importancia asignada en cambio a la autoridad de los jueces y fiscales. En tanto que la segunda se caracterizará por estar dividida (según algunos autores) en tres etapas, con una preponderancia de una ortodoxia empirista en la primera, una recepción de la filosofía analítica en la segunda y su incorporación al positivismo analítico en su etapa final⁽⁶⁾.

Esta última escuela (estando de cierta forma influenciada por la psicología) concebirá además que derecho es solo el que surge de una multiplicidad de factores sociales y no de la manifestación de la voluntad, se deberá tener en cuenta, por ende, si una norma al ser promulgada realmente beneficiará a la sociedad, sistematizando las leyes considerando en primer lugar la realidad de las instituciones sociales. Será entonces posible afirmar que **el Derecho que rige, el Derecho vigente será aquel conjunto abstracto de ideas normativas que servirá de esquema interpretativo del Derecho en acción, de lo que se puede deducir que las normas son efectivamente obedecidas porque estas serán consideradas como socialmente obligatorias.**

Se tiende a señalar que las similitudes entre ambas concepciones del realismo jurídico serán solo nominales. Aunque se puede encontrar una concordancia mayor en cuanto a las opiniones que hacen referencia de los orígenes de ambos, señalando estas últimas la existencia de raíces o punto de vista filosóficos comunes.

De lo expuesto será sencillo deducir entonces que la finalidad del Derecho será la consecución de una **convivencia pacífica entre individuos (armonía social)**. Lo cual claramente supondrá la necesidad de un Derecho (concepto que obviamente trasciende el tradicionalmente conocido de conjunto de normas que es dominante en nuestra sociedad debido básicamente a nuestra marcada influencia positivista) que incentive el desarrollo libre de las relaciones humanas y sea básicamente un instrumento, una técnica, (en palabras de Bunge) que funcione de manera supletoria (por ejemplo a la voluntad) y no dirigida, permitiendo de esa forma el libre desarrollo praxiológico, característico de toda sociedad que no presupone que las cosas se crean sino que en realidad se descubren.

En nuestra humilde opinión muy aparte de las profundas discusiones teóricas que entre una y otra concepción del Derecho se puedan presentar todas buscarán lo mismo la consecución más próxima, de lo que algunos sociólogos concebirían como una **“sociedad funcional”**.

Es posible criticar a las tendencias seguidas en nuestro medio por su **profunda influencia positivista** que no le permitirá concebir de forma más completa el verdadero contexto y búsqueda de las otras tesis que de por sí pueden entregar valiosos aportes a la reflexión sesuda y crítica en tomo a lo que pretendemos concebir como Derecho pues no coincidimos con aquellas opiniones que entienden, por ejemplo que para que se pueda formar la *opinio iuris* (la convicción de que aquel comportamiento es obligatorio), será indispensable que ese comportamiento sea concebido como **“obligatorio”** por alguna de las **normas del ordenamiento** lo cual dicho de otra forma implicará la **“vital” existencia del “apreciado” requisito de la validez.**

Otra observación que se puede efectuar a la reflexión “jurídica” crítica tradicional es la ausencia de contemplación de similitudes tanto en la tesis Iusnaturalista como en la Positivista, pues ambos conciben el orden en la sociedad y los avances que esta obtenga por ejemplo en materia jurídica general como una creación ya sea inspirada y atribuible a un “ente trascendente” o a la “razón humana” (lo cual será sostenida por la primera tradición y las diferentes posiciones existentes dentro de ella) o efectuada por un organismo exógeno (tesis de la segunda tradición). La imposibilidad de que esto se verifique se puede explicar por la inexistencia de relaciones preconcebidas, fruto de la creación de un ente omnisciente y totalmente fuera del resultado de un proceso en permanente situación de cambio que como anteriormente hemos señalado será aquel del proceso ensayo-error.

(6) DIAZ, Elías. Op. cit.

El derecho no es una construcción, elaboración o invención humana, es en realidad el fruto del ensayo-error, de un orden praxiológico que de manera explícita puede ser observado en todas las relaciones humanas, en todas las acciones humanas; encaminadas muchas veces hacia la consecución de una maximización de “las posibilidades de los individuos”, encaminándolos hacia un presente mejor.

4. Conclusión.

Concluiremos esta breve exposición señalando que el Derecho es y será una **técnica jurídica** que debe de ser vista desde su **función positiva** (lo que es), con la constante de buscar una aplicación real y concreta que observe los requerimientos reales de los individuos y no tan solo un mero aspecto valorativo (el cual consideramos es subjetivo y por ende varía de persona en persona) o desde una perspectiva racional-constructivista que busque pre- establecer un orden cayendo en abstracciones alejadas de la realidad y muy por el contrario de su objetivo real que es lograr vigencia, concibiendo posible conocer y sustituir el pensamiento humano al grado de poder presentar igual o mejores soluciones a los que los individuos podrían arribar por ejemplo en la solución de un conflicto. Si se desea enfocar al Derecho tan solo como ley será fácil comprender que este solo obtendrá vigencia, buscando homologar los procesos que ocurren por ejemplo en el mercado en cuanto al precio (valor institucionalizado). Si se quiere será posible entonces concebir a las leyes como deberes institucionalizados que si tendrán una aplicación y obteniendo una aceptación real de los individuos en cuanto a sus prescripciones (podemos a modo de ejemplo observar lo que sucede en el mercado con los tomadores de precio) y no por el contrario creando desincentivos para que los individuos consigan finalmente vivir en una realidad más próxima a la tan ansiada armonía social. AM