

Una teoría global del Derecho. Algunas propuestas ante la crisis de la tradición jurídica occidental

Juan Pablo Pampillo Baliño¹

Resumen: Este artículo presenta resumidamente los contornos de la Teoría Global del Derecho, como un intento de comprensión de los nuevos ordenamientos jurídicos de nuestro tiempo. Tras describir el cambio de época en que nos encontramos inmersos, así como el contexto iusfilosófico actual, expone los presupuestos y fundamentos de una teoría del derecho integradora de las principales corrientes filosófico-jurídicas, que también trata de entender la evolución del derecho en los últimos años.

Palabras clave: Teoría Global del Derecho, Teoría del Derecho, Filosofía Jurídica.

Abstract: This article presents an outline of the Global Theory of Law as an attempt to understand contemporary legal systems. It describes the as the context of this new theory the profound changes of the historic period we live in, together with the most significant contributions of recent legal thought, providing the foundations of an holistic legal theory that looks forward to understand law and legal theory in our days.

Keywords: Global Theory of Law, Theory of Law, Jurisprudence.

Preliminar

El mundo atraviesa tiempos de crisis, tiempos de cambios. Desde la segunda mitad del siglo XX, la civilización y la cultura occidentales en su versión moderna-contemporánea parecen haberse agotado, y con ellas, la dogmática jurídica todavía vigente entre nosotros.

En otras palabras: nuestro modo de comprender al derecho, de acercarnos metodológicamente a su estudio y de operar nuestros ordenamientos jurídicos, producto de la cosmovisión moderna (escepticismo, racionalismo, empirismo) y contemporánea (subjetivismo, criticismo, voluntarismo, relativismo), que se tradujo en la dogmática del positivismo jurídico, parece ser incapaz de seguirnos ofreciendo: a) una idea completa y convincente de lo jurídico, b) una fundamentación epistemológica adecuada para la ciencia del derecho, así como c) los instrumentos y herramientas que requieren los operadores jurídicos prácticos de nuestro tiempo. Por otro lado, varias de las principales metodologías jurídicas de nuestros días, más allá de sus indudables aportaciones, han generado también una confusión generalizada, sin haber podido traducirse todavía en una dogmática jurídica sustitutiva del positivismo legalista formalista.

¹ Abogado egresado con honores de la Escuela Libre de Derecho. Doctor en Derecho *cum laude* y Premio Extraordinario del Doctorado por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador Nacional nombrado por el Gobierno Mexicano. Autor individual de ocho libros, coautor de otros 35, coordinador de más de 45 volúmenes y autor de más de 40 artículos científicos en los ámbitos de su especialidad (Derecho de la Integración, Derecho Comparado, Derecho Internacional, Derecho Constitucional, Historia y Filosofía del Derecho). Director fundador del Centro de Investigaciones de la Escuela Libre de Derecho y actualmente Coordinador del Centro Anáhuac para el Desarrollo Jurídico. Miembro de número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la Real Academia de Madrid, de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, de la que fue Vicepresidente y de otras asociaciones científicas mexicanas y extranjeras, es Presidente de la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana (www.rijia.org). Ha sido profesor visitante y congresista en diversas instituciones académicas de México, Estados Unidos, Italia, Argentina, Brasil, Colombia y Ecuador, entre otras. Algunas de sus publicaciones están disponibles en su página web: http://works.bepress.com/juan_pablo_pampillo/. juanpablopampillo@yahoo.com.mx

Ante las anteriores realidades, dentro del presente artículo se retoman algunas perspectivas que he planteado previamente para tratar de orientarnos ('vía global') en esta época de cambios ('edad global'), así como los fundamentos desde los cuales pudiera intentarse una nueva comprensión, más amplia y pluridimensional de lo jurídico, desde las coordenadas filosóficas de nuestro tiempo ('teoría global del derecho').²

I. Crisis y cambios

1.1.- El Fin de Modernidad.

Nuestro tiempo, marcado por el fin de un periodo y el comienzo de una nueva etapa, es un tiempo de crisis. De hecho, la crisis del derecho y de la dogmática jurídica contemporánea es, ante todo, parte de una crisis mayor, de una crisis que comprende las crisis del hombre, de la sociedad, de la civilización y de la cultura occidentales.³

El quiebre que fracturó la confianza en la civilización occidental se produjo durante el siglo XX, que en realidad puede caracterizarse como el siglo de la gran crisis.⁴

Desde el periodo de entreguerras, pero sobre todo tras la II Guerra Mundial, muchos coincidieron en anunciar el fin de un periodo, vaticinando a su vez el principio de una nueva etapa.⁵ Pero aún hoy podemos sentirnos inmersos dentro de una gran crisis de la civilización y la cultura occidentales que se proyecta hasta nuestros días.

La superación de la crisis del pensamiento –general y jurídico- de nuestro tiempo, exige deshacer el enredo que la misma supone o, incluso quizás, ‘cortar de tajo el nudo gordiano’... Sin embargo, para deshacer el enredo -o cortar el nudo-, necesitamos primero observar la maraña, para ver ‘dónde’ y ‘cómo’ se han anudado sus hilos.

² En el presente ensayo se ofrece un panorama general sobre la vía global y la edad global, así como una síntesis de la teoría global del derecho, que he desarrollado más en extenso en los libros Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO. *Filosofía del Derecho. Teoría Global del Derecho*. (México. Editorial Porrúa. 2005) e *Historia General del Derecho*. (México. Oxford University Press. 2008). Puede verse también el artículo “La Filosofía de la Historia del Derecho y El Futuro de la Tradición Jurídica Occidental” en *Problemas Actuales de la Historia del Derecho en México*. México. Editan Porrúa y el Tecnológico de Monterrey. 2007 y más recientemente el capítulo “La Edad Global y la Teoría Global del Derecho” en *Filosofía Jurídica y Política de la Nueva Ilustración*. México. Editan Porrúa, la Escuela Libre de Derecho, la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad de Manizales, la Universidad de Tucumán y Paideia Politeia. 2009 y en “Una Teoría Global del Derecho para una nueva época histórica” en *Dikaion. Revista de Fundamentación Jurídica*. Año 24. Volúmen 19. Colombia. Universidad de La Sabana. 2010.

³ Sobre esta gran crisis, sus orígenes y sus alcances, me he referido previamente y más en extenso en PAMPILLO. *Filosofía...*, op. cit. passim e *Historia...*, op. cit., passim.

⁴ Como observó Spengler, el agotamiento de nuestra cultura, constituye “la filosofía de nuestro tiempo” hasta el punto de ser “una idea que no cae en una época, sino que hace época”. Oswald SPENGLER. *La Decadencia de Occidente. Bosquejo de una Morfología de la Historia Universal*. Traducción de Manuel García Morente. Madrid. Calpe. 1925, tomo I pp. 5 y ss.

⁵ Romano Guardini, en su sugerente obra *El Ocaso de la Modernidad*, observaba desde comienzos de la década de los 1950's: “la Edad Moderna toca a su fin, nosotros divisamos sus fronteras” Romano GUARDINI. *El Ocaso de la Modernidad. Un intento de orientación*. (Madrid. Ediciones Guadarrama) p. 77. Igualmente, para mediados de la década siguiente, la importantísima Constitución *Gaudium et Spes* sobre la Iglesia en el mundo actual observaba: “Hoy el género humano se encuentra en una nueva era de su historia, caracterizada por la gradual expansión, a nivel mundial, de cambios rápidos y profundos.” *Gaudium et Spes*, N 4. Vaticano II. *Documentos Conciliares. Constituciones, Decretos y Declaraciones*. (Texto Oficial de la Secretaría General del Concilio. Vigésima Edición. México. Ediciones Paulinas, 1998), p. 168.

Preliminarmente hay que destacar que durante el siglo XX se produjo, más que el quiebre definitivo de la civilización occidental, el agotamiento de sus últimas modulaciones, gestadas durante la Modernidad y radicalizadas durante su última fase: la Modernidad Contemporánea o Edad Contemporánea.

El siglo XX fue pues el de la crisis de la Modernidad, especialmente desgastante por cuanto que la misma fue profunda y prolongada; pero además, en razón de que dio lugar a una búsqueda de las más variadas alternativas de solución, que paradójicamente, han servido de oportunidad para las corrientes, movimientos y experimentos, más contradictorios y extravagantes.

La crisis a la que nos referimos es una ‘crisis total’, que comprende, abarca y rebasa la crisis del estado moderno, la de la comunidad internacional de las naciones y la del propio pensamiento y cultura modernos genéricamente considerados.

Pero, volviendo a la búsqueda de los orígenes del enredo, parece que el germen de la barbarie desatada durante la primera mitad del siglo XX –efecto y a su vez nueva causa de la crisis- debe buscarse en el periodo de relativa paz que abarca, desde el fin de las guerras napoleónicas hasta la conflagración de la I Guerra Mundial.

Fue durante dicho periodo –más allá de la superficial imagen romántica del ‘ordenado progreso burgués’, cifrado en las formas de la *belle époque*-, que se desarrolló la enfermedad del siglo: el ‘*ennui*’ de los franceses, el ‘*spleen*’ de los ingleses, el ‘tabardillo’ o ‘tedio’ de los españoles, resultante de una vida que reprimió su sed de grandeza y trascendencia sustituyéndola por el elusivo ‘*comfort burgués*’...

Dicho tedio, que según G. Steiner debe atribuirse al desencanto sentido, cuando tras la vertiginosa aceleración histórica empujada por la Revolución Francesa y la aventura napoleónica sobrevino un monótono periodo de ‘reacción y calma’, supuso que la inmensa “reserva de energías acumuladas” por las generaciones posteriores, no encontrase otro desahogo que la gran empresa capitalista.⁶

Y ése furor capitalista de los siglos XIX y XX revela –según el análisis psicológico de E. Fromm- la manera paradójica en que el hombre, que había conquistado la “libertad de”, renunció a la “libertad para”, en una auténtica “huida de la libertad”, que se explica precisamente a partir del “concepto de enajenación”. En efecto, los modos de producción en serie y la creación de sociedades de consumo, hicieron que el hombre se sintiera “enajenado de sí mismo.”⁷ Y en dicha alienación por el trabajo y para el consumo, quizás se encuentren las explicaciones remotas de la presión acumulada sobre ciertos resortes psicológicos colectivos, que encontraron un escape violento durante toda la primera mitad del siglo XX.⁸ De hecho y en parte como resultado de la producción en serie y del consumo estandarizado, los siglos XIX y XX conocieron la aparición de un nuevo tipo de hombre, el “hombre-masa”, cuyos perfiles fueron delineados por Ortega y Gasset, quien puso a su vez de relieve -anticipándose a los acontecimientos por venir- su desaforada capacidad de barbarie.⁹

La furia destructora del hombre masa comenzó su desbordamiento durante la I Guerra Mundial, con un saldo de 13 millones de muertos y tremendas pérdidas materiales. Era lógico que durante el periodo de entreguerras, expresiones tales como

⁶ Cfr. George STEINER. *En el castillo de Barba Azul. Aproximación a un nuevo concepto de cultura*. Traducción Alberto L. Budo. Barcelona. Editorial Gedisa. 1998 pp. 15-43.

⁷ Erich FROMM. *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea. Hacia una sociedad sana*. (Traducción de Florentino M. Torner. México. Edita el Fondo de Cultura Económica. 1997), p. 105 y ss.

⁸Cfr. José Ramón DÍEZ ESPINOSA. “El Derrumbe de la Civilización Occidental. La Crisis Social y Económica, 1914-1939” en Javier PAREDES. (Coordinador). *Historia Universal Contemporánea*. Barcelona. Editorial Ariel. 2001, tomo II, pp. 1-24.

⁹ Cfr. José ORTEGA Y GASSET. “La Rebelión de las Masas” en *Obras*. Madrid. Editorial Espasa-Calpe. 1932, pp. 1065

“el fin de la cultura” caracterizaran la reflexión intelectual, cada vez mayormente seducida por el avance del irracionalismo. Sin embargo, la megalomanía suicida de la II Guerra Mundial aún estaba por venir; con la participación de 60 países y un balance de 70 millones de muertos, 40 millones de desplazados y 800 millones de damnificados, se entiende que la civilización y la cultura occidentales quedasen definitivamente sumidas en una ‘crisis total y definitiva’.

La reacción no se hizo esperar. Desde el periodo de entreguerras aparecieron el abstraccionismo y el dadaísmo, como expresiones de inconformidad con la realidad del hombre contemporáneo y con las irrazonables consecuencias de la razón racionalista. Posteriormente vino el surrealismo y, tras la segunda posguerra, se desarrollaría una poscultura caracterizada, de un lado, por el encumbramiento de lo fortuito, de la inconciencia y de la alucinación, y del otro, por el predominio de las formas bárbaras de un neo-primitivismo atávico.

En el fondo de las anteriores actitudes, se encuentra una negación más o menos consciente de la herencia occidental. Vista la tradición occidental -como observa Steiner- como “una monstruosa impostura”, nuestra cultura fue arrastrada por un “masoquismo penitencial” que alcanzó una auténtica “histeria punitiva”.¹⁰ La Modernidad quedó así agotada definitivamente, proyectándose para el futuro la indeterminación de un tiempo jalonado entre el fin de una época concluida y las anticipaciones de otra nueva aún por nacer.

De hecho, el fin de la Modernidad es el telón de fondo que aparece detrás de las diferentes actitudes, ideas y corrientes que se suceden durante toda la segunda mitad del siglo XX, desde el ‘pragmatismo-tecnocrático-postideológico’ hasta el ‘neo-marxismo-culturalista’, pasando desde luego por el ‘nuevo nihilismo existencialista’.

Paralelamente a la anterior crisis y también durante el siglo XX, se sucedieron en un ritmo vertiginoso los más extraordinarios avances de la tecnología. Baste recordar como durante los 1920’s comenzaron las emisiones de radio y en 1928 las de televisión; como en los 30’s se inventaron el microscopio electrónico y el radar y se desarrolló desde entonces la aviación comercial; como en los 40’s se generalizó el uso de la penicilina y los antibióticos; como en los 50’s llegaron a los hogares la televisión a color y el microondas y despegaron las tecnologías satelital y láser. Para 1967 se produjo el ‘milagro médico’ del primer trasplante de corazón y en 1969 la humanidad alcanza uno de sus ‘momentos estelares’ con la llegada del hombre a la luna... Hacia 1978 nació el primer niño ‘*in vitro*’, durante los 80’s la computación personal hizo su entrada triunfal en la oficina, comenzando su cada vez más intrusiva penetración en los hogares y, en fin, hacia los 90’s, se generalizaron la telefonía móvil, la tecnología digital, el teletrabajo, los discos compactos.¹¹

Ahora bien, resulta especialmente significativo notar que el lugar de convergencia de los anteriores elementos: ‘hombre-masa’, ‘poscultura’ y ‘nuevas tecnologías’, se desplaza cada día más hacia el ciberespacio, cuya ‘ubicuidad utópica’ nos hace todo ‘simultáneamente omnipresente’... Y es todavía más notable que la confluencia de los anteriores vectores nos ofrecen como resultante común, precisamente, una ‘confusión generalizada’, al presentársenos la información como espectáculo, la cultura como entretenimiento, la ficción como realidad, la civilización

¹⁰ Cfr. STEINER. *En el castillo...* op. cit., pp. 85-88. En efecto, solo desde la anterior perspectiva parece comprensible la ‘negación compulsiva’ de la cultura occidental a la que se pretendió sustituir con los ‘referentes alternativos’ de un ‘primitivismo africanista’, o de un ‘rebajamiento edulcorado’ propio del ‘americanismo *light*’.

¹¹ Cfr. Javier CERVERA GIL. “Comunicación Social y Generalización de la Cultura de Masas” en PAREDES. *Historia...* op. cit, tomo II, p. 284.

como naturaleza y el hombre como mercancía, embotándonos con la ubicuidad de todos los sucesos, con la inmediatez de todos los acontecimientos, con el alud estadístico de datos y más datos sin criterio alguno de pertinencia.

A la anterior confusión debe sumarse, por lo menos desde la segunda mitad del siglo XX, un persistente sentimiento de desazón y de desencanto, cuyo correlato en el plano de las ideas y de la razón ha sido una desconfianza paranoica que de todo recela, asumiendo la posición de un escepticismo casi militante. Y precisamente, ‘la confusión’, ‘el desencanto’ y ‘el escepticismo’ son los rasgos de una ‘nueva actitud’ que ha venido a denominarse como ‘posmoderna’. Actitud que supone un confuso desencanto escéptico, precisamente respecto de las ideas, promesas y valores de la Modernidad.

Ciertamente la posmodernidad abarca un amplio abanico de ideas, perspectivas y críticas, pero todas están caracterizadas por un confuso y amargo descreimiento respecto de las bondades de una ‘razón ilustrada’ que ha conducido a la ‘aberrante irracionalidad del mundo racional’. Sin embargo, a pesar de su radicalismo pesimista y negativo, la postmodernidad supone, según la expresión de J.F. Lyotard, un “momento de relajamiento”.¹² De hecho, su mismo relajamiento intelectual lleva consigo una cierta dosis de relajamiento moral, que se traduce en una especie de apatía, anti-propositiva y conformista, que bajo el pretexto de ‘aceptar las cosas como son’, predica como solución vital el más vulgar de los hedonismos sensualistas. Se trata, según Carlos Valverde, de un “un pensamiento *light*, frívolo y sin compromisos”, que a la postre conduce a una especie de “nihilismo sin tragedia”¹³

En todo caso, la posmodernidad, a pesar de sus pretensiones modernistas, constituye el síntoma más claro y la prueba más concluyente del final de la Edad Moderna.

1.2 El principio de una Nueva Época.

Es llamativo que cada vez más estudiosos reconozcan las notables similitudes entre el momento actual y la peculiar coyuntura, que a partir de la Baja Edad Media, fue paulatinamente propiciando el advenimiento de la Edad Moderna.

Entonces como ahora, el orden político se debatía entre las fuerzas antagónicas del universalismo globalizador y del regionalismo localista. Lo mismo puede decirse respecto del comercio, que en ambos casos fue un dinamizador de la sociedad que creó nuevas formas de vida, promovió el desarrollo científico y tecnológico y fomentó una revitalización de las comunicaciones, detonando un extraordinario intercambio de bienes e ideas, que enriquecieron material y espiritualmente a ambas sociedades históricas.¹⁴

Los paralelismos son incontables: la brújula de ayer es el satélite de hoy, las carabelas son nuestras naves espaciales en busca de nuevos horizontes interplanetarios, la imprenta de entonces, como factor multiplicador de la cultura, es la computadora y el internet... Similares fuerzas y hasta parecidas quimeras... Sobre

¹² Jean-Francois LYOTARD. *La Posmodernidad (Explicada a los niños)* Traducción de Enrique Lynch. Barcelona. Editorial Gedisa. 1998, p.11

¹³ Carlos VALVERDE. *Génesis, Estructura y Crisis de la Modernidad*. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos. 1996 pp. 339 y 340.

¹⁴ Cfr. Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO. “Del *ius mercatorum* bajomedieval al moderno Derecho Comercial Internacional” en *Anuario de la Cultura Jurídica Mexicana*. Número 1. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2005 y del mismo autor “Retos y Proyecciones del Derecho Mercantil frente a la Globalización. Un intento de aproximación filosófica, histórica y dogmática” en *Panorama Internacional del Derecho Mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. 2 tomos. México. UNAM. 2006

todo: paradigmas en crisis, paradigmas emergentes y tensión dialéctica entre ambos... En una frase: el inicio de una nueva época.

Pero, para poder orientarnos en este nuevo tiempo, son necesarias algunas premisas ordenadoras. En primer lugar, puede decirse que en la encrucijada del momento actual no podemos, ni conformarnos con llevar la ‘Modernidad agotada’ hasta sus últimas consecuencias (opción que podemos llamar ‘la senda tardo-moderna’) ni tampoco negar la Modernidad, sin mayores trámites ni propuestas, estancándonos en un cómodo pesimismo escéptico (alternativa de la ‘poscultura’ o ‘vía posmoderna’).

En contrapartida, parece que la única actitud viable nos exige -como siempre- intentar lanzarnos a la conquista del futuro, desde la comprensión y aceptación de nuestro presente, mediante la reconquista y el aprovechamiento de cuanto tiene de aprovechable nuestro pasado. Para ello, parece especialmente adecuada la propuesta del filósofo mexicano Luis Villoro, quien ha planteado como la misión del pensamiento actual el “levantar” la Modernidad, lo que no se consigue ni por negación, ni por imitación, sino precisamente, por “superación”, mediante una completa “inversión de su noción de sentido”, que conserve sin embargo “su momento de verdad”.¹⁵

En realidad, más que una ‘inversión conservadora’, debiéramos intentar una ‘re-versión paliativa’ de la ‘per-versión de la Modernidad por la Contemporaneidad’... En efecto, si es en la absolutización de los postulados de la Modernidad -extremados a partir del siglo XVIII- donde encontramos los orígenes de la crisis actual, la misión del pensamiento actual debiera ser atemperar dichos excesos, mediante una ‘oposición dosificada’ de sus ‘virtudes contrarias’. Esta propuesta de ‘superación re-compositiva por oposición dosificada’, puede considerarse -en alusión a la ‘vía moderna’- como la nueva vía de nuestro tiempo, como la ‘vía global’.¹⁶

Ahora bien, para realizar la reversión paliativa, superadora de las limitaciones contemporáneas de la modernidad, es necesario definir primero las líneas fundamentales de la imagen moderna del mundo, posteriormente pervertidas durante la Edad Contemporánea. Para tales efectos se pueden -con mucha generalidad- esbozar como las creencias básicas del pensamiento moderno las siguientes: a) la búsqueda de la emancipación humana por la libertad autonómica, b) el optimismo seguro del progreso evolutivo de la humanidad en la historia, c) el dominio del hombre sobre la naturaleza como objeto de explotación y d) la exaltación de una racionalidad instrumental, cientificista y atomizadora.¹⁷

Partiendo de los anteriores postulados y reformulándolos en ‘clave inversa’ para tratar de delinear algunos de los rasgos de la vía global, se pueden proponer las siguientes consideraciones.

En primer lugar, que donde la Modernidad buscó la emancipación humana por la libertad autonómica, la vía global debe reivindicar la necesidad que tiene el hombre de conocer ‘las relaciones constantes en las cosas’ que atraviesan a la naturaleza y al hombre mismo como parte de ella. En efecto, la crisis de la posmodernidad es ante todo una ‘crisis de valores y referencias’. Al convertirse el hombre en autolegisador, merced al imperativo categórico kantiano, acabó por precipitarse en un subjetivismo extremo, que si bien le permitía convertirse en cualquier cosa, en la realidad lo condujo a nulificarse, dejándolo completamente vacío. Por ello, la vía global deberá -

¹⁵ Cfr. Luis VILLORO. *El Pensamiento Moderno. Filosofía del Renacimiento*. (México. Editan El Colegio Nacional y el Fondo de Cultura Económica. 1992), p. 102-117.

¹⁶ Por primera vez se propuso esta vía global en PAMPILLO. *Filosofía...*, op. cit.

¹⁷ Cfr. GUARDINI. *El Ocaso...*, op. cit., p. 77. y VILLORO *El Pensamiento...*, op. cit., p. 93.

sin hacer de lado las conquistas de un sano personalismo- re-descubrir en el mundo y en el hombre aquéllas ‘relaciones constantes’ que el pensamiento medieval y antiguo denominaron ‘naturaleza’ y ‘leyes’.

En segundo lugar, donde la Modernidad postuló un optimismo seguro del progreso evolutivo de la humanidad en la historia, la vía global debe contraponer en su lugar la ‘ley del doble progreso contrario’ o ‘ley del trigo y de la cizaña’ -según las denominaciones propuestas por Jacques Maritain¹⁸, por virtud de la cual, el bien y el mal, el progreso y el retroceso, la evolución y la involución, se suceden en la historia, dependiendo siempre de las libres decisiones del hombre, que no admiten determinismos históricos. Por ello, ante el decurso de la humanidad en la historia, no cabe ni el ‘optimismo alucinógeno’ de la Ilustración ni el ‘pesimismo conformista’ de la Posmodernidad, sino el compromiso de un ejercicio ético de la libertad.

En tercer lugar, donde la Modernidad propugnó por un dominio del hombre sobre la naturaleza como objeto de explotación, la vía global debe replantear una nueva relación entre la naturaleza y el hombre, donde prime la ‘noción de pertenencia’ en lugar del ‘principio de separación’. En esa dirección, será conveniente que la misma técnica abandone su condición de instrumento de explotación, para convertirse en un saber integrado, comprometido con la preservación y el aprovechamiento sustentable de los recursos.

En cuarto lugar, donde la Modernidad exaltó una racionalidad instrumental, científicista y atomizadora, la vía global debe -sin prescindir de aquélla- subordinarla a una ‘racionalidad finalística’ que le imprima una profunda orientación humana.¹⁹ Más aún, debe re-integrar dicha razón, re-incorporándola al conjunto de las demás racionalidades, reconciliándola inclusive con las demás dimensiones de la vida humana no susceptibles de ser reconducidas según la sola lógica de la razón, como es el caso de la religión. Dicha re-integración, deberá partir de la realidad vital de que la experiencia humana es de naturaleza eminentemente pluridimensional, por donde, cualquier intento de reducir al hombre a una sola de sus dimensiones, absolutizándola, resulta incapaz para comprenderlo y contraproducente para orientarlo.²⁰ Ésta es precisamente la propuesta de la hermenéutica analógica.²¹

Finalmente, donde la Modernidad reivindicó un ‘individualismo atomista’, conviene que la senda global recupere un ‘comunitarismo celular’, que partiendo de la incomunicabilidad de ciertos reductos propios de la dimensión personal del hombre, reconozca sin embargo su proyección natural gregaria, tomando en cuenta cómo en los últimos tiempos, el declive del Estado se ha visto correspondido con el consecuente ascenso de la Sociedad Civil, que se ha organizado en torno a un número creciente de ‘asociaciones intermedias’.²²

¹⁸ Cfr Jacques MARITAIN. *Filosofía de la Historia*. Traducción de Jorge L. García Venturini. Buenos Aires. Editorial Troquel. 1971 pp. 51 y ss.

¹⁹ Cfr. VILLORO. *El Pensamiento...*, op. cit., 105-108. En el mismo sentido la crítica de Ortega respecto de ‘la barbarie del especialista’ en la Rebelión de las Masas pero también en “Misión de la Universidad” en *Obras...* op. cit., pp. 1179-1224. Previamente he tratado este tema también en relación con la Universidad Contemporánea en Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO. “Orígenes, Desarrollo, Crisis y Alternativas de la Universidad Contemporánea. Conferencia Inaugural del Primer Congreso Internacional sobre la Universidad en el Mundo” en *Iuris Tantum. Revista de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac*. Número 16. México. Universidad Anáhuac. 2005.

²⁰ Cfr. VILLORO. *El Pensamiento...*, op. cit., pp. 118 y 119. Cfr. también a GUARDINI *El Ocaso...*, op. cit., pp. 126 y ss.

²¹ Cfr. Mauricio BEUCHOT. *Hermenéutica analógica, símbolo, mito y filosofía*. México. UNAM. 2007.

²² Cfr. por todos a Emilio SUÑÉ. *La Sociedad Civil en la Cultura Postcontemporánea*. Madrid. Edita El Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y el Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande. 1998.

Por último, puesto que la actitud es preparación del acto, disposición íntima para la acción, donde la Modernidad Ascendiente (siglos XVI y XVII) promovió ‘la duda generadora de certezas’, la Modernidad Triunfante (siglos XVIII y XIX) ‘el optimismo eudemonista’ y la Modernidad Decadente (siglo XX) el ‘desencanto confuso y escéptico’, la actitud propia de la vía global debiera ser la de una ‘esperanza esforzada’, que sin ingenuidad ni desaliento, esperándolo todo, pero trabajando también por todo, emprenda la titánica labor de ‘re-construir la cultura’ para ‘re-componer al hombre’.

En síntesis, la vía global busca la ‘superación’ de la Modernidad, sin abdicar a ‘su momento de verdad’, cerrando el círculo del pensamiento occidental, ‘englobando’, por lo mismo, ‘la autonomía de la voluntad’ con las ‘leyes que recorren la naturaleza’, ‘el progreso histórico’ con la ‘ley del doble progreso contrario’, el principio de ‘separación para la explotación’ con el de ‘reintegración para la convivencia armónica’, la ‘racionalidad instrumental’ con la ‘racionalidad finalística, integrada y pluridimensional’, el ‘individualismo atomista’ con el ‘comunitarismo celular’, ‘redondeando’ finalmente su pretensión partiendo de una ‘actitud revulsionadora’ de ‘esperanza esforzada’.

II. La teoría global del Derecho

2.1.- Presupuestos filosóficos: estatuto, encrucijadas, perspectiva y método.

La crisis y agotamiento de la civilización y la cultura modernas se ha proyectado también sobre el derecho, su comprensión, estudio y operación. Por eso, nuestro tiempo necesita de una teoría del derecho consecuente con la re-composición que plantea la vía global.

Ahora bien, una ‘teoría global del derecho’, para serlo, debe partir de ciertos presupuestos, que en este caso son: su estatuto epistemológico, la encrucijada filosófica actual, una nueva perspectiva y un método apropiado.

En ese orden de ideas, la teoría global del derecho debe partir de la cuestión más radical de todo conocimiento, que es el de la ‘la circularidad del problema ontognoseológico’. Este problema consiste en la ‘correlación trascendental’ entre el ‘objeto cognoscible’ y el ‘sujeto cognoscente’, que en el ámbito jurídico, se traduce en el ‘condicionamiento recíproco’ entre ‘el qué es el derecho’ (*quid sit ius?*) y ‘el cómo haya de conocerse’ (*quomodo ius scire?*).²³

Para tratar de revulsionar el anterior ‘círculo vicioso’, algunos filósofos y iusfilósofos contemporáneos han pretendido articular dos disciplinas hasta hace poco tiempo separadas: la ontología, que se ocupa del ser y la gnoseología que se ocupa del conocer. Así, en primer lugar, vale la pena proponer que la filosofía y la teoría del derecho de nuestro tiempo, estructure sus nociones sobre el ser y conocer jurídicos de manera conjunta, dentro de una nueva rama de la filosofía que bien puede denominarse como ‘ontognoseología’ y que vendría a ser una ontología que parta de la explicitación de sus presupuestos gnoseológicos.²⁴

La ontognoseología necesita servirse de la precomprensión (*vorgriff*) como una importantísima herramienta metodológica reivindicada por la filosofía

²³ Sobre éstos dos problemas fundamentales de la filosofía del derecho y su relación de interdependencia, véase a Arthur KAUFMANN “Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho.” en *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Traducción de María Virginia Martínez Bretones y Gregorio Robles Morchón. Edición alemana a cargo de Arthur KAUFMANN y Winfried HASSEMER. Madrid. Editorial Debate. 1992, p. 49, Luis LEGAZ Y LACAMBRA. *Filosofía del Derecho*. Segunda edición. Madrid. 1961, p. 32, Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid. Edita Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Univ. Complutense de Madrid, p. 19.

²⁴ En el ámbito iusfilosófico puede verse a Miguel REALE. *Teoría Tridimensional del Derecho*. Traducción de Ángeles Mateos. Madrid. Editorial Tecnos. 1997, p. 82.

hermenéutica.²⁵ Se trata de retomar los planteamientos de H.G. Gadamer y de P. Ricoeur para reconocer que “todo entendimiento se construye a partir de necesarios sobreentendidos” y de que toda investigación exige, previamente, de ‘hipótesis provisionales y providentes’, que sirven como apoyo para el conocimiento, con tal de que no se desplacen al ‘ámbito temático’, donde correrían el riesgo de convertirse en ‘prejuicios’. La ontognoseología debe así estructurarse a partir de sucesivas precomprensiones, a través de las cuales, se reflexione sobre lo ‘dado’ (objeto, realidad), desde lo ‘puesto’ (sujeto, método) y viceversa.

Partiendo de las anteriores ideas -que nos ofrecen el estatuto filosófico de una teoría del derecho ontognoseológica y precomprensiva-, la reflexión sobre el ser de lo jurídico debe estar precedida por la consideración de la ‘encrucijada iusfilosófica de nuestro tiempo’. Dicha encrucijada conviene ubicarla dentro del contexto de la crisis por la que atraviesa actualmente la civilización occidental, crisis que nos urge a una superación que puede llevarse a cabo a través de la vía global.

Y la vía global constituye precisamente una alternativa ante dos tendencias filosóficas muy presentes en nuestros días: a) la ‘senda tardomoderna’, que pretende sacar a la modernidad filosófica de su crisis, paradójicamente, desde las coordenadas del propio pensamiento moderno (escepticismo-racionalista de Descartes / idealismo-criticista de Kant) y b) el ‘camino posmoderno’, que ha adoptado una postura y una actitud confusa de desencanto, escepticismo, contentándose con describir, desde una perspectiva pesimista y conformista, los aspectos más negativos de la realidad y del pensamiento de nuestro tiempo.

A la senda tardomoderna pertenecen filósofos como J. Habermas y J. Rawls y en el ámbito jurídico, pensadores como R. Alexy, A. Aarnio y A. Kaufmann, que conscientes de la crisis de la modernidad, se esfuerzan por superarla – paradójicamente- aferrados a su epistemología escéptica y crítica. Por su parte, dentro del camino posmoderno, pueden ubicarse a intelectuales como J. Derrida y J. F. Lyotard y en el campo de lo jurídico a la escuela del ‘realismo jurídico escandinavo’ (A. Ross, K. Olivercrona) y otras corrientes de pensamiento jurídico, que conciben al derecho como un mero ‘instrumento de dominación’ o ‘fenómeno de poder’, y que parecieran resignarse con la supuesta explicación de una realidad deprimente, en lugar de intentar cambiarla, asumiendo una actitud más bien escéptica y negativa.

Contextualizada la encrucijada a la que se enfrenta actualmente la filosofía jurídica, puede decirse que muchas de las aportaciones de las diversas escuelas y corrientes contemporáneas, como las teorías de la argumentación jurídica, el garantismo, el tridimensionalismo, etcétera, son recogidas por la teoría global que pretende articularlas analógicamente.²⁶

En segundo lugar, conviene explicitar la ‘perspectiva’ desde la cual puede observarse adecuadamente la realidad jurídica. Dicha perspectiva, en claro deslinde del pensamiento de la modernidad, puede denominarse como la ‘perspectiva del ángel

²⁵ Véase especialmente a Hans-Georg GADAMER. *Verdad y Método*. (Traducción Ana Agud y Rafael de Agapito. Décima edición. Salamanca. Ediciones Sígueme. 2003). Respecto de la comprensión mediante la precomprensión en el ámbito específico del derecho, véase a Ulrich SCHROTH “Hermenéutica Filosófica y Jurídica.” en *El Pensamiento...*, op. cit., pp. 289-309.

²⁶ Sobre las principales escuelas iusfilosóficas contemporáneas y sus fundamentos filosóficos generales, pueden verse los capítulos 9 a 11 del libro PAMPILLO. *Historia...*, op. cit. Sobre las principales direcciones del pensamiento filosófico en nuestro tiempo puede verse el opúsculo de Mauricio BEUCHOT y Miguel Ángel SOBRINO. *Historia de la filosofía moderna y contemporánea*. (México. Editorial Torres. 2003) o la obra más extensa de Giovanni REALE y Darío ANTISERI. *Historia del Pensamiento Filosófico y Científico*. Traducción J.A. Iglesias. Barcelona. Editorial Herder. 2004. Sobre el pensamiento específicamente jurídico pueden consultarse el tomo tercero de Guido FASSÒ. *Historia de la Filosofía del Derecho*. Traducción por José F. Lorca Navarrete. Tercera edición. Madrid. Ediciones Pirámide. 1966 así como el de José María RODRÍGUEZ PANIAGUA. *Historia del Pensamiento Jurídico*. Quinta edición. Madrid. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. 1984.

benigno', pues pretende ubicarse en las antípodas de la perspectiva del racionalismo cartesiano, basado –como es sabido- sobre un 'mito', el del 'genio maligno', desde el cual Descartes postula su 'pesimismo gnoseológico' y su 'escepticismo paranoico' (pienso luego existo - duda metódica).²⁷

Partiendo de la misma realidad que Descartes -la deficiencia de nuestros sentidos y las limitaciones de nuestra razón- en lugar de inventar un genio maligno encargado de confundirnos, llevándonos a un pesimismo gnoseológico y a un 'idealismo criticista' en lo ontológico (Kant), parece mejor 'exorcizarlo', asumiendo un 'optimismo moderado en la gnoseológico' y un 'decidido realismo en lo ontológico'. Es decir, se parte del supuesto de que el hombre, a pesar de sus limitaciones, es capaz de conocer la verdad mediante la observación metódica, la reflexión dialéctica y la confianza o apertura a los demás y al legado de la cultura. Igualmente, se parte del presupuesto de que la realidad existe, es algo dado que se nos presenta integralmente y no de manera separada y se desarrolla en el tiempo conforme a un principio dinámico que rige su desenvolvimiento. Niega en contrapartida que la realidad sea algo puesto o inventado por el hombre, que se nos presente dividida o mutilada por entendimientos 'apriorísticos', 'aposteriorísticos', o relativos a un 'mundo del ser sin deber ser', o del 'deber ser sin el ser', o que se agote en su sola realidad fenoménica, sensible o empírica actual.

Más aún, la perspectiva del ángel benigno se caracteriza por ser también una perspectiva de 'humildad', de 'apertura' y de 'dialoguicidad'.

Todavía más, en tanto que interesada en la comprensión ontológica del ser del derecho, la perspectiva del ángel benigno es una 'perspectiva filosófica', es decir, 'radical' y 'fundamental, basada también sobre el principio del 'restablecimiento de la unidad dialéctica' que presentan 'el ser, el saber y el existir', dada la 'implicación trascendental' entre los mismos, por donde, propiamente, la ontognoseología jurídica viene a ser en realidad una 'onto-gnoseo-antropología jurídica'. En otros términos: además del problema circular entre el sujeto y el objeto, cuando 'el sujeto se implica en el objeto', como en el caso del derecho, sobre todo respecto de ciertos temas que tienen que ver con su 'propia existencia' (matrimonio, divorcio, filiación, adopción, eutanasia, aborto, clonación, pena de muerte, etcétera), existe el 'riesgo' de que 'el sujeto proyecte sobre su objeto' sus propios 'miedos', 'atavismos', 'prejuicios' y 'creencias', por lo que se le exige al mismo, tanto la 'toma de conciencia' sobre esta dificultad sobreañadida, cuanto la 'mayor cautela' para evitar dicha 'contaminación subjetiva' sobre su objeto de estudio.²⁸

Pero aún hay más. La perspectiva del ángel benigno debe ser, en tanto que perspectiva filosófica, una 'perspectiva global', que nos permita apreciar la 'totalidad de realidad jurídica', mediante una especie de 'federación' superadora e integradora de

²⁷ La hipótesis del genio maligno fue planteada por Descartes en su Meditación Primera de la siguiente manera: "Supondré pues, que Dios –la Suprema Bondad y la Fuente soberana de la verdad- es un genio astuto y maligno que ha empleado su poder en engañarme; creeré que el cielo, el aire, la tierra, los colores, las figuras, los sonidos y todas las cosas exteriores, son ilusiones de que se sirve para tender lazos a mi credulidad; consideraré, hasta que no tengo manos, ni ojos, ni carne, ni sangre, ni sentidos y que a pesar de ello creo falsamente poseer todas esas cosas; me adheriré obstinadamente a estas ideas; y si por este medio no consigo llegar al conocimiento de alguna verdad, puedo por lo menos suspender mis juicios, cuidando de no aceptar ninguna falsedad. Prepararé mi espíritu tan bien para rechazar las astucias del genio maligno, que por poderoso y astuto que sea no me impondrá nada falso." René DESCARTES. "Meditaciones Metafísicas" en *Discurso del Método, Meditaciones Metafísicas, Reglas para la Dirección del Espíritu, Principios de la Filosofía*. (Introducción y notas por Francisco Larroyo. Segunda Edición. México. Editorial Porrúa. 1972), p. 58.

²⁸ Cfr. Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO. "Aspectos filosófico-jurídicos de la eutanasia. Un intento de fundamentación epistemológica de la bioética desde la Teoría Global del Derecho" en *Medicina y Ética. Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica*. México. Facultad de Bioética de la Universidad Anáhuac. 2007.

cualquier ‘perspectiva parcial’, a fin de que pueda ‘comprender’ al derecho en su ‘variada complejidad’ humana, social, política, económica, cultural, etcétera. Sin embargo, a pesar de su ‘globalidad filosófica material’, es necesario que medite sobre el derecho observándolo según ‘cierta formalidad’: la jurídica. En efecto, la filosofía del derecho en general y la ontología jurídica en lo particular no solo buscan dar una razón filosófica –y por ende comprensiva, integradora y global- del derecho, sino precisamente, el dar una razón filosófica sobre el derecho ‘en tanto que derecho’, no en tanto que orden social, estructura del poder político, factor de desarrollo económico, o instrumento de fomento cultural.²⁹

Descrita la perspectiva del ángel benigno -vía global, optimismo gnoseológico, realismo ontológico, humildad, apertura, dialoguicidad, radicalidad filosófica, materialmente global y formalmente jurídica- desde la cual intenta comprender al derecho la teoría global, falta únicamente, dentro de sus presupuestos filosóficos, la enunciación del ‘itinerario metodológico’.

Dicho itinerario puede denominarse, expresivamente, ‘método de la doble *reditio* jurídica’, en virtud de que pretende un doble regreso consistente en una serie de precomprensiones, de ‘idas’ y ‘regresos’, de reflexiones dialécticas e interactivas entre sí, que a través de ‘ires’ y ‘venires’ -es decir, de precomprensiones y regresos- desde el sujeto hacia el objeto, desde el objeto hacia el sujeto, del conocer al ser, del ser al conocer y del ser y del conocer al existir y viceversa, sirvan para aclarar el método desde el objeto y, a su vez, el objeto desde el método, superando definitivamente el problema ontognoseoantropológico.

Por su misma estructura, el método de la doble *reditio* asegura el ‘máximo rigor y resistencia filosófica’, por cuanto que permite ‘esclarecer la existencia del derecho desde su esencia’, ‘clarificar lo dado desde lo puesto’ y analizar la experiencia fenomenológica desde el objeto ontológicamente considerado. Además, el método de la doble *reditio* ofrece por lo mismo una explicación sobre nuestro derecho, considerando ‘su ser, su devenir pretérito y su existir actual’, desde la gnoseología, la ontología, la fenomenología, la historia, la filosofía de la historia y la filosofía de la cultura jurídicas.³⁰

A través del método de la doble *reditio*, la teoría global del derecho identificó las experiencias jurídicas más significativas, para construir desde ellas las perspectivas parciales, que una vez federadas, permitieron la articulación de una perspectiva global. Dichas experiencias jurídicas son: a) la experiencia personal de la libertad, b) la experiencia social de la relación distante, c) la experiencia del orden debido, d) la experiencia simbólica de la expresión formal y e) la experiencia temporal de la variación histórica. Cada una de las anteriores experiencias nos ofrece una perspectiva y entre todas, una visión completa del derecho.

2.2.-Fundamentos antropológicos.

Toda experiencia jurídica es una experiencia humana. Como observara el jurista romano Hermogeniano: “el hombre es causa de creación de todo derecho” (*hominum causa omne ius constitutum est*). Todo derecho tiene al hombre como su origen, fundamento y finalidad.³¹ Por ello mismo, el hombre es un tema central de la filosofía jurídica, por lo que ésta debe partir de ciertas nociones antropológicas.³²

²⁹ Cfr. Javier HERVADA. *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*. (Segunda Edición. Pamplona. Editorial de la Universidad de Navarra. 1995), p. 49.

³⁰ Éste método se encuentra desarrollado en PAMPILLO. *Filosofía...*, op. cit., capítulo IV y en *Historia...*, op. cit., capítulo I.

³¹ Cfr. Sergio COTTA. *¿Qué es el Derecho?* Traducción por José Joaquín Blasco. Segunda edición. Madrid. Ediciones Rialp. 1995, p. 10.

³² Por esto mismo ha observado con razón A. Kaufmann: “Si en la filosofía del derecho actual domina la conciencia de que no sabemos exactamente lo que el derecho es, hay que decir que esto constituye sólo un

En términos muy generales, puede caracterizarse al hombre como un “existente autoconsciente”. En efecto, el hombre no es, existe; está siendo, en el tiempo y en el espacio, limitado y condicionado a un momento y a un lugar determinado, donde debe desenvolverse. Pero el hombre no solo existe, sino que además, es el único ser consciente de su propia existencia. El conocimiento de sí mismo o ‘autognosis’, que fue para los griegos el principio de toda sabiduría –*gnothi suaetón*- es también la culminación de toda reflexión filosófica, pues como observara San Agustín, “en el interior del hombre se encuentra la verdad”. De hecho, la ‘toma de conciencia’ de sí mismo y de su existencia, le lleva al hombre a descubrir no sólo su yo psicológico, sino también a descubrir en los demás la idea de otredad -o de proximidad-, conduciéndolo también a descubrir que dichas reflexiones, son en sí mismas el resultado de una ‘virtud intelectual’ que no puede atribuirse a ninguno de los órganos materiales de su corporalidad.

Pero su intelectualidad le sugiere al hombre que su existencia no se agota en la ‘materia’, sino que abarca un ámbito inmaterial o ‘espiritual’, que es condicionante de su misma intelectualidad, así como de su propia emotividad. De esta manera el hombre se percata de que es, como ha observado Basave, una especie de “centauro ontológico”, un “espíritu encarnado” –*corpore et anima unus* según la expresión teológica-, que como ‘naturaleza anfibia’, se debate entre una ‘naturaleza inmaterial’, llamada a trascender, ansiosa de eternidad y una ‘naturaleza corporal’, contingente y corruptible, fatalmente condenada a la muerte... Por ello mismo, la vida del hombre como “absoluto-relativo” -según la expresión de X. Zubirí- tiene una condición dramática y hasta trágica.³³

Como existente autoconsciente, anfibia entre la materia y el espíritu, el hombre ‘es a caballo’ entre el ‘espíritu que se expresa’ y la ‘materia’ como ‘condicionante de la expresión’. De aquí que, como ha destacado Ernst Cassirer, el hombre es un “animal simbólico”, que depende de signos, símbolos y señales para comunicar, a través de la materia, sentidos y significados inmateriales o espirituales.³⁴

Pero en tanto que existente autoconsciente, espíritu encarnado, principio inmaterial constreñido a una corporalidad material y animal simbólico cuya expresividad se encuentra condicionada por la materia, su ‘naturaleza’ es ‘universal e inmutable’, de un lado, pero igualmente ‘histórica y cultural’ por el otro, encarnada siempre en diversos contextos espacio-temporales. En otras palabras: la esencia y naturaleza del hombre son inmutables, aunque su existencia es siempre histórica y, como tal, dicha existencia condiciona su propia esencia y naturaleza, imprimiéndole una nota de temporalidad, de contingencia, de historicidad. En razón de la anterior paradoja, las nociones del hombre han saltado, desde hacerlo “medida absoluta de todas las cosas” (Protágoras), hasta convertirlo en un “ser para la nada”, cuya vida es una “pasión inútil” (J.P. Sastre). Esta dualidad, fuente de contradicciones e inconformidades, acaba por conducir a los filósofos a la conclusión de que el hombre,

reflejo de una perplejidad aún más profunda acerca de lo que es el hombre.” KAUFMANN. “Panorámica...”, op. cit., p. 108. Sobre antropología filosófica, además de la abundante bibliografía en la materia, pueden verse los diversos trabajos publicados dentro de la obra *Memorias del XIII Congreso Internacional de Filosofía. Comunicaciones sobre el Tema I: El Problema del Hombre*. Volúmen 2. México. Edita la Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1963. Es de fácil acceso y puede consultarse con provecho los libros de Julián MARÍAS. *El tema del hombre*. México. Editorial Espasa-Calpe. Colección Austral. 1994 y *Antropología Metafísica* Madrid. Alianza Editorial. 2000.

³³ Cfr. Agustín BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE. “La dimensión jurídica del hombre. Fundamentos de Antropología Jurídica.” en *Estudios de Filosofía del Derecho en Homenaje al Doctor Eduardo García Maynez*. México. Edita la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1973, Xavier ZUBIRÍ. *El hombre y Dios*. Madrid. Alianza Editorial. 1985 y *Gaudium et Spes* n. 14,

³⁴ Ernst CASSIRER. *Antropología Filosófica*. Quinta edición. México. Editorial Fondo de Cultura Económica. 1968

su existencia, su vida y su muerte, son un auténtico misterio y, como todo misterio, escapa a la comprensión de nuestra razón... La naturaleza humana se nos esconde (*homo est absconditus*), es insondable y por eso ha observado la antropología, que el existente humano es, hasta cierto punto, indefinible (*individuum est ineffabile*).

Pero, si el derecho como experiencia típicamente antropológica, arraiga en el hombre como *existente autoconsciente* -y como tal, anfibio, simbólico y misterioso-, ciertamente no radica en el hombre impersonalmente caracterizado. La raíz del derecho es, por el contrario, 'el hombre real concreto', el "hombre de carne y hueso" del que hablara Unamuno, el hombre en tanto que 'persona'.³⁵ Y dicho 'hombre-persona', en tanto que individuo concreto, es también un 'existente cultural', injertado en una determinada 'circunstancia', que -como ha señalado Ortega y Gasset-, es constitutiva de su propio ser.³⁶ Es así el hombre como persona, alguien único e irrepetible, perteneciente a una cultura también única, presente en un tiempo y en un espacio determinados, la verdadera raíz de todo derecho y, por ende, todo derecho debe ordenarse al servicio del hombre persona en su circunstancia concreta.

Y el hombre como individuo, como persona, es ante todo 'libertad'. De hecho su grandeza se encuentra en su capacidad de 'hacerse a sí mismo', de 'gestionar su naturaleza', de 'definirse' según su propio 'arbitrio'. Pero la libertad no debe entenderse como una 'autonomía locomotriz' en un sentido empírico, es decir como una mera "libertad de hacer", de hacer cualquier cosa, sino que antes bien debe entenderse desde la 'dinamicidad teleológica' de la 'naturaleza humana'. En efecto, la libertad se encuentra referida a las profundidades del hombre donde se halla su sentido y dirección. Se trata de una auténtica "libertad para", de una libertad para ser, para más ser, para mejor ser.³⁷ De una libertad, cuyas resonancias nos vienen desde la lírica clásica, cuando el poeta Píndaro exhortaba a los atletas olímpicos con su famosa arenga: "¡llega a ser el que eres"...

La libertad para puede entenderse así como la "autonomía de gestión que todo hombre tiene de sus exigencias naturales, con el fin de alcanzar su propio destino" y, vistas así las cosas, dicha libertad constituye el fundamento próximo de la eminente dignidad de la persona humana. Ciertamente, la consideración que el hombre merece, desde un punto de vista filosófico y también jurídico, descansa sobre su condición de ser persona, que es tanto como decir sobre su libertad para realizarse como hombre en todos los sentidos. Y de dicha dignidad se sigue también que toda persona es un fin en sí misma, no susceptible de ser mediatizada o instrumentalizada al servicio de otro fin superior a ella misma.

De lo anterior se deriva que todo ordenamiento jurídico debe partir de una adecuada concepción de la naturaleza humana, de la comprensión de que el *homo juridicus* o sujeto de derechos y obligaciones es siempre una persona concreta, individual y circunstanciada y de que todo derecho debe tutelar, como su máximo bien, la eminente dignidad de la persona, mediante la delimitación de su ámbito de libertad para la autorrealización. En éste último sentido, el derecho es libertad y, más específicamente, delimitación de libertades interactuantes y contrapuestas, llamada a evitar interferencias y, en caso de producirse, a procurar compensaciones y establecer responsabilidades. Es decir, desde la perspectiva personal de la libertad, el derecho puede entenderse como *el conjunto de las limitaciones establecidas respecto de las facultades subjetivas para garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana y promover su libre desarrollo*.³⁸

³⁵ Cfr. Miguel de UNAMUNO. *Del sentimiento trágico de la vida*. México. Editorial Origen/Planeta. 1986, pp. 7 y 8

³⁶ Cfr. ORTEGA Y GASSET. "Meditaciones del Quijote" en *Obras...*, op. cit., p. 13.

³⁷ Sobre éstas nociones de "libertad de" y "libertad para", originalmente cfr. Erich Fromm. *El miedo a la libertad*. (Traducción de G. Germani. México. Editorial Paidós. 1990).

³⁸ Más en extenso se aborda el tema dentro del capítulo V del libro PAMPILLO. *Filosofía...*, op. cit.

2.3.- Fundamentos sociológicos.

La experiencia jurídica es una experiencia radicalmente humana, pero específicamente es una experiencia de vida humana en sociedad. Ya sea que –siguiendo la distinción propuesta por F. Tönnies– se le encuentre agrupado en torno a la ‘comunidad’ (*Gemeinschaft*) o en torno a la ‘sociedad’ (*Gesellschaft*), según se quiera hacer preponderar el aspecto ‘natural gregario’ o ‘volitivo asociativo’ en el origen de la convivencia, lo cierto es que la dimensión social es constitutiva del existir humano. De aquí que hasta nuestros días se repita el tópico, “donde está la sociedad, allí hay derecho; donde está el derecho, allí hay sociedad” (*ubi ius ibi societas, ubi societas ibi ius*).³⁹

La realidad del derecho se ubica dentro de la realidad social humana, que por ser una ‘realidad relacional’, condiciona la misma textura del derecho que es también, esencialmente, relacional. Ahora bien, la realidad relacional del derecho toma la forma de las ‘relaciones polares’, o sea, de aquéllas caracterizadas precisamente por la correlatividad de sus polos contrapuestos, que en el caso del derecho, son el crédito y la deuda.⁴⁰

Más aún, el derecho se ubica precisamente dentro del ámbito de las relaciones de convivencia social distantes o separadas y no cercanas o íntimas. Siguiendo a este respecto las ideas del iusfilósofo Legaz y Lacambra, la vida del hombre es de naturaleza personal cuando es vivida “desde uno mismo”, o sea desde el “centro de intimidad personal”, siendo su exigencia propia la autenticidad y su forma típica la libertad. En contrapartida, la vida del hombre es de naturaleza social respecto de aquellas relaciones que son vividas “desde los otros”, de manera impersonal y cuya forma es más bien normativa. El derecho está arraigado en el ámbito de la ‘convivencia social’, es decir, hunde sus raíces en aquellas ‘relaciones distantes, separadas, externas’, motivadas por un ‘interés concreto’ y referidas siempre a ‘bienes susceptibles de estimación’, donde las personas que se encuentran en cada extremo de la relación, no se ven entre sí personal o íntimamente, sino exterior o funcionalmente. Decir pues que el derecho arraiga en la convivencia social, significa –siguiendo a Sánchez de la Torre– que el derecho no se ocupa de relaciones intersubjetivas, íntimas –salvo en casos excepcionales y de manera subsidiaria para corregir su deformación patológica, como en el caso del derecho de familia– sino solamente de relaciones de externas y funcionales.⁴¹

Pero, cuando se dice que el derecho se ubica dentro del ámbito de la convivencia social, también se quiere decir que el derecho se ocupa de promover una ‘convivencia social sana’ y que, consecuentemente, no se ocupa de conductas socialmente neutras (asociales) y, si se ocupa de conductas sociales patológicas (antisociales), lo hace solamente con un afán preventivo o sancionador.

El derecho en tanto que experiencia de convivencia social, se caracteriza también por su ‘vitalidad’, y dicha vitalidad supone un dilema entre la necesidad del ‘equilibrio social’ y la ‘realidad del conflicto’. Por ello, observaba con razón Roscoe Pound, que si bien el derecho “debe ser estable, no puede permanecer invariable” (*law must be stable, but yet it can not stand still*). En efecto, el derecho, a la vez que cumplir con una misión ‘ordenadora’ que conserva, debe poder también acomodarse a

³⁹ Sobre el debate entre el origen de la sociedad en la naturaleza o en la voluntad humanas cfr. Isaac GUZMÁN VALDIVIA. *El Conocimiento de lo Social. La Sociología Científica y la Ontología Social*. Sexta edición. México. Editorial Jus. 1990, pp. 145 y ss.

⁴⁰ Cfr. Luis RECASÉNS SICHES. *Tratado General de Sociología*. Octava edición. México. Editorial Porrúa. 1966, p. 581 Véase también a Norbert BRIESKORN. *Filosofía del Derecho*. Traducción de Claudio Gancho. Barcelona. Editorial Herder. 1993, p. 65.

⁴¹ Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA. Cfr. *Filosofía...*, op. cit., pp. 256-266 y Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE. *Introducción al Derecho*. Segunda edición. Madrid. Edita Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense de Madrid. 1991, pp. 319 y 320.

las exigencias cambiantes de la sociedad y cumplir así con una función en cierto sentido ‘revolucionaria’. Debe ser capaz simultáneamente de mantener un orden de cosas, permaneciendo abierto al cambio. Por ello las perspectivas funcionalista y estructuralista en la sociología jurídica contemporánea, deben ser vistas como complementarias en lugar de como antagónicas, para reconocer que el derecho cumple, por un lado, muy diversas ‘funciones sociales’ –como la de reconducción del cambio social- y por el otro, se ‘vertebra a sí mismo’ como un auténtico subsistema social.⁴²

Por lo que respecta a la amplia variedad de funciones sociales atribuidas usualmente al derecho, vale la pena destacar entre todas la ‘función distributiva’ y la ‘función de solución de conflictos’. Por lo que hace a la primera, puede asegurarse que es la función más típicamente jurídica de todas. En lo que toca a la segunda, la virtualidad del derecho acotando los intereses jurídicamente relevantes, definiéndolos entre sí, jerarquizándolos apropiadamente y reconduciéndolos imperativa y efectivamente, resulta extraordinariamente fértil para una auténtica comprensión de lo jurídico. De hecho son cada vez más los estudiosos, que desde diferentes perspectivas críticas –como la sociológica misma, la histórica y la filosófica–, proponen una mejor comprensión de lo jurídico a partir de la dinámica del *challenge and response*, que encuentra la fuente real del derecho precisamente en la convivencia social y sus conflictos.

Por lo que hace a la concepción del derecho en tanto que ‘subsistema social’, además de ser estructura y orden que reconduce sistémica aunque inestablemente la complejidad del medio, es también un sistema en relación comunicativa con otros subsistemas sociales. De hecho, su relación con los demás subsistemas sociales es de naturaleza interactiva, por cuanto que influye y es influido por los mismos. Como observa R. Treves, la moderna sociología jurídica en su vertiente ‘estructural-funcionalista’ ha puesto de relieve la relación del sistema jurídico respecto de otros sistemas sociales a través de sus emisiones (*outputs*), de sus inmisiones (*inputs*), así como de su interacción mediante el efecto de retorno (*feedback*). Sin embargo, dicha naturaleza comunicativa, a más de ser interactiva, es imperativa y goza como de una cierta superioridad, por cuanto que el derecho recibe de otros subsistemas una influencia condicionante, pero devuelve siempre una influencia determinante y obligatoria.⁴³

En razón de lo anterior, la teoría global considera que el derecho, visto desde la perspectiva que nos brinda la experiencia social de la relación distante, se nos presenta como *una realidad relacional y polar arraigada en y condicionada por la sociedad que, por un lado, la vertebrata estableciendo un equilibrio abierto al cambio y, por el otro, cumple con diversas funciones, entre las cuales destacan la de distribuir bienes y la de resolver conflictos imperativamente.*⁴⁴

2.4.- Fundamentos ontológico-teleológicos.

Aunque en distintas épocas se ha negado o relegado la naturaleza esencialmente ‘a-jus-tadora’ y ‘rea-jus-tante’ del derecho, la experiencia jurídica por antonomasia es la que lo percibe como un orden justo, es decir, como un ordenamiento que reconduce la convivencia de un modo precisamente adecuado y no meramente

⁴² Cfr. Elías DÍAZ. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Segunda edición. Madrid. Editorial Taurus. 1993), pp. 181 y ss., Ramón SORIANO. *Sociología del Derecho*. Barcelona. Editorial Ariel. 1997, p. 285 y ss., Gregorio Robles. *Sociología del Derecho*. (Segunda edición. Madrid. Editorial Civitas. 1997), p. 170, Renato TREVES. *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*. Traducción por Manuel Atienza, María José Añón y José Antonio Pérez Lledó. Barcelona. Editorial Ariel. 1998, p. 204

⁴³ Cfr. ROBLES *Sociología...*, op. cit., pp. 180 y 181.

⁴⁴ De manera más completa se encuentra expuesto el tema en PAMPILLO. *Filosofía...*, op. cit., pp. 83 y ss.

arbitrario. Cuando el hombre se enfrenta al derecho, vive una experiencia humana; más aún, vive una experiencia humana de relación distante; pero sobre todo, vive una experiencia social respecto de la que espera no una ordenación o una reconducción cualquiera, sino precisamente, una ordenación razonable e igualitaria.

Al ser la experiencia-expectativa de lo justo –o del orden racional, adecuado o igualitario- una experiencia jurídica tan definitiva, la filosofía jurídica debe abocarse al estudio y la reflexión sobre el ‘derecho justo’, ‘adecuado’, ‘racional’, ‘razonable’ o ‘correcto’, incluso con independencia de la posición que se adopte respecto del ‘derecho natural’. Sin embargo, por otro lado, hay que apuntar que ni la esencial juridicidad de ‘lo justo’, ni el sustrato ético que presentan los ordenamientos jurídicos históricos y actuales, autorizan la identificación del derecho con la moral, ni tampoco la subordinación de lo jurídico a lo ético.⁴⁵

Conviene tener presente que la experiencia jurídica, en tanto que experiencia de libertades en relación distante *rea-jus-tadas* conforme a un cierto orden, supone - puesto que dichas libertades son posibilidades de acción consciente y deliberada- el abordamiento de uno de los temas más espinosos de la filosofía: el de las ‘exigencias naturales’ del actuar humano, en tanto que actuar inteligente, libre y voluntario. Es decir, que la reflexión sobre el derecho justo nos remite, necesariamente, a la consideración de ciertos problemas propiamente éticos, como lo son la libertad, el bien, los valores, la naturaleza, la intención, las circunstancias personales y de tiempo modo y lugar, la cultura, etcétera.

Pero también, la experiencia y perspectiva jurídica del orden justo, nos destaca inmediatamente la íntima relación que existe entre derecho y justicia. Dicha relación aparece evidenciada desde nuestros orígenes culturales greco-latinos, donde etimológica -y también realmente- los sustantivos empleados para designar al derecho (*ius* en latín y *to dikaion* en griego) significaban, literalmente, ‘lo justo’ como un ‘neutro sustantivado’. La relación entre la justicia y el derecho es tan cercana cuanto compleja. Por eso mismo, para comprender el significado y el valor del derecho, conviene empezar por esclarecer lo que es la justicia, pues dependiendo de la idea que nos formemos ésta última –como un ‘valor’, como una ‘idea’ o como una ‘virtud’- variará considerablemente, la noción del derecho que nos formemos.⁴⁶

Si como se ha afirmado desde las coordenadas del neokantismo sudoccidental de Baden, la justicia es ‘un valor’ en referencia al cual se configura el derecho, la noción que de éste último habremos de formarnos será estimativista y por ende relativista, así como dependiente e inesencial. O sea, si como afirmara G. Radbruch, el derecho fuera “la realidad cuyo sentido estriba en servir el valor de la justicia”, la relación entre derecho y justicia sería en primer lugar meramente referencial, por cuanto que el derecho no puede entenderse más que referido a la justicia, ya sea que la realice o la malogre. Ahora que como la justicia no es, desde esta perspectiva, un bien objetivo, sino solamente un valor, no puede ser aprehendida por la inteligencia, sino solamente intuida o captada por medio de la estimación subjetiva. El problema es que hablar de estimación es hablar de perspectiva y hablar de perspectivas es renunciar a la objetividad de las cosas para caer en un insalvable relativismo subjetivista.

Por otro lado, si concebimos a la justicia como ‘una idea’, como una especie de ‘idealidad trascendental’ del ser jurídico en el sentido platónico, la noción del derecho que nos formaremos será figurativa e idealizada y, por ende, abstraída de la realidad concreta del derecho, que es la que nos interesa conocer. Si la idea trascendental de la justicia -que agota en sí misma todas las virtualidades del derecho-

⁴⁵ Cfr. Giorgio DEL VECCHIO. *Filosofía del Derecho*. Traducción de Luis Recaséns Siches. Tomo I. Barcelona. Editorial Bosch. 1929, p. 168.

⁴⁶ Un recorrido sobre las ideas del derecho y la justicia a las que refiere el cuerpo del trabajo puede encontrarse en PAMPILLO. *Historia...*, op. cit.

es un arquetipo abstracto, universal e inmutable (como sostuvo la escuela moderna del derecho natural), la concepción del derecho que se sigue es la propia de un racionalismo dogmático, axiomático y suprahistórico, que subordina todo el derecho positivo a una especie de ‘derecho natural idealizado’ al margen de toda experiencia práctica.

Finalmente, existe una larga tradición filosófica que ha concebido a la justicia como un ‘hábito’, esto es, como una ‘reiteración de conductas’ caracterizadas por la ‘identidad de su objeto’. Desde la antigüedad clásica, la ética concibió a la justicia como un hábito bueno, definiéndola como la ‘virtud de la acción justa’ o dirigida hacia lo justo. Ahora bien, por acción justa debe entenderse aquélla cuya calificación se sigue de su objeto, que no es otro sino el derecho en sentido objetivo –*ius, to díakion-* o ‘lo justo’ y que está ordenada, consecuentemente, a la satisfacción del derecho en su sentido subjetivo. Así concebida la justicia, como el hábito de las acciones justas, o como el hábito del derecho, nos lleva a formarnos una idea del propio derecho de naturaleza ‘substancial’, es decir, a reconocer que el derecho tiene una entidad propia, que a su vez, constituye algo valioso hasta el punto de considerarlo susceptible de ser el objeto mismo de un hábito virtuoso. El derecho como objeto de la acción justa, se configura precisamente como lo justo. El derecho así concebido, como objeto de la justicia, es un bien en si mismo, valioso y sustantivo.⁴⁷

Desde la concepción clásica de la justicia como virtud, se llega a una noción del derecho como algo primero, real, sustantivo, objetivo, concreto y mudable históricamente. Ciertamente, el derecho es primero, porque es la justicia la que lo sigue como noción segunda y dependiente, que consiste en un ‘estar en el derecho’ *ius-stare = iustitia*. Es real por cuanto que existe en el mundo de las cosas, aunque su contextura no sea substancial sino relacional. Es sustantivo, por cuanto que designa una realidad independiente, no subordinada a un valor, ni emuladora de una idea. Igualmente, es objetivo, por cuanto está en las cosas y sus relaciones constantes y constituye un objeto susceptible de ser conocido y separado del sujeto cognoscente. Finalmente, es mudable históricamente, por cuanto que la realidad relacional del derecho, varía en el tiempo.

Ahora bien, bosquejado el concepto de justicia y apenas insinuado el contorno externo de lo justo como su objeto, conviene profundizar ahora sobre la naturaleza de éste último. Conforme al pensamiento de Aristóteles, lo justo o *tò díkaion* es ante todo una ‘relación’, un ‘orden’ y, más específicamente, una ‘relación u orden conforme a una cierta medida’ (*mesón*). Más exactamente, lo justo es una ‘relación conforme a una medida de igualdad’ (*isón*), que aunque usualmente se constituya como una ‘igualdad aritmética’ (*syinallágmata*), frecuentemente se nos presenta también como una medida de ‘igualdad geométrica’ (*analogón*) o proporcionalmente desigual. Es decir, que la medida de igualdad de lo justo varía según se regulen los ‘tratos y el intercambio entre iguales’, o la ‘repartición de bienes, funciones y cargas entre desiguales’.⁴⁸ En los intercambios entre iguales, la medida de lo justo conmutativo se caracteriza por ser una medida estrictamente igualitaria, que puede configurarse como: a) una ‘igualdad de identidad’ (como cuando se devuelve la misma cosa dada en préstamo) o b) una ‘igualdad de equivalencia’ (como cuando se paga un determinado precio para comprar un objeto cualquiera) o c) una ‘igualdad resarcitoria’ (cuando se indemniza un daño). La otra medida de igualdad no estricta, la de lo justo distributivo,

⁴⁷ En general pueden verse las exposiciones de HERVADA. *Lecciones...*, op. cit. y Michel VILLEY. *Compendio de Filosofía del Derecho*. Traducción por Diorki revisada por Jesús Valdés y Menéndez Valdés. Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. 1979.

⁴⁸ Véase el Libro V de la *Ética a Nicómaco*. Se recomienda de manera especial la estupenda traducción filológico-jurídica debida a don Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE: “Aristóteles (Ética)” *Textos y Estudios sobre Derecho Natural*. Segunda Edición. Madrid. Edita la Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 1985.

es una ‘medida de igualdad de proporción’, cuya atención recae especialmente sobre las personas, para exigir trato igual a los iguales y proporcionalmente desigual a los desiguales. De esta manera, trata diferenciadamente a las personas en razón de su diferente *condición* (como en las sociedades mixtas donde debe tratarse diferentemente al socio capitalista y al socio industrial), de su distinta *función* (como cuando atribuye mayores ganancias a quien corre mayores riesgos) y atendiendo a *otros criterios* (como cuando, por ejemplo, para el establecimiento de una pensión alimenticia considera a la vez la necesidad del acreedor y a las posibilidades del deudor), procurando que cada cual sea tratado igualmente, en proporción a sus desigualdades respecto de los otros.

Así pues, lo justo es una medida –*mesón*– que se traduce en una relación de igualdad –*isón*– entre dos o más sujetos respecto de una o varias cosas, pudiendo dicha medida ser aritmética en relación con las cosas –*synallagmata*– o proporcional geométrica –*analogón*– en atención a las personas, por donde puede concluirse que el derecho es un orden o una relación conforme a una medida –real y personal– de igualdad proporcional o, en las palabras de Tomás de Aquino, una “cierta igualdad de proporción entre una cosa externa y una persona extraña”.⁴⁹

Pero el derecho como lo justo se caracteriza también porque la cosa atribuida es, correlativamente, debida en un sentido estricto. Y dicha obligatoriedad característica del derecho, que consiste en la necesidad del pago de lo debido, encuentra su fundamento correlativo en ‘el título’ conforme al cual el acreedor puede exigir el pago. De esta manera, el título, como fundamento del deber obligatorio, es la ‘fuente del deber’ de justicia o su razón suficiente. Ahora bien, el título en que el acreedor funda su derecho sólo puede provenir –por hipótesis– de dos fuentes distintas: ya sea por un lado de la ‘determinación convencional de lo útil’ (contrato, ley, costumbre, actos de *imperium*, etcétera), ya sea por el otro de la ‘naturaleza misma de las cosas’ (hecho, relación, situación, etcétera). En definitiva, la razón suficiente o título del derecho solo puede provenir de la voluntad o de la naturaleza, y puesto que la misma voluntad es solo fuente inmediata de derechos y obligaciones, por cuanto el mandato o la estipulación son conformes a la naturaleza, se impone como necesaria la investigación sobre la misma naturaleza, para comprender en profundidad la razón suficiente, tanto del derecho subjetivo del acreedor, cuanto del derecho objetivo o de lo justo.

De hecho, el gran problema del iusnaturalismo –y también del iuspositivismo– consiste en la determinación –afirmación o negación– y ubicación de la naturaleza de las cosas. La cuestión no es meramente hipotética, pues mientras que el racionalismo jurídico identificó la naturaleza de las cosas con la ‘naturaleza del hombre’ y específicamente con su libertad subjetiva, el pensamiento realista la encontró más bien en el ‘orden objetivo de las cosas’ (*ius naturale ex ipsa natura rei*). No obstante, el anterior dilema es meramente aparente, pues un intento comprensivo de superarlo observaría, evidentemente, que la ‘naturaleza de las cosas’ comprende también a la ‘naturaleza del hombre’ en tanto que realidad objetiva.⁵⁰

Actualmente, por naturaleza de las cosas puede entenderse al ‘conjunto de las exigencias que la propia constitución de la realidad nos impone’, siempre y cuando se recupere una noción completa de realidad, a la que nos referimos anteriormente. Pero además, en la medida en la que la naturaleza de las cosas comprenda a la naturaleza del hombre, debe abarcar también los ámbitos de su inteligencia, de su voluntad y de

⁴⁹ S. Th. II, IIae, 58, 10.

⁵⁰ Cfr. Jean-Marc TRIGEAUD. *Humanismo de la Libertad y Filosofía de la Justicia*. Traducción por María Luisa Marin Castan. Madrid. Editorial Reus. 1991 y Michel VILLEY. “La Naturaleza de las Cosas” en Carlos I. MASSINI-CORREAS. (compilador) *El Iusnaturalismo Actual*. Buenos Aires. Edita Abeledo-Perrot. 1996.

su libertad, aspectos que -según se apuntó anteriormente- nos remiten al campo de la ética que debe articular la naturaleza, la libertad y la historia -o, en la terminología tradicional, el objeto, la intención y las circunstancias de la acción-, lo que de acuerdo con el pensamiento greco-latino se hacía por medio de la prudencia. Así pues, el derecho como jurisprudencia supone un conocimiento prudencial –*syndéresis* o cultura más *circumspectio* o realidad- de la naturaleza de las cosas y del hombre para extraer de ellas sus conclusiones jurídicas.

De la anterior manera puede concluirse, que el derecho desde la experiencia de lo justo, se nos presenta como *un orden, o sea, como una relación conforme a una medida proporcional de igualdad entre una cosa externa y una persona extraña, caracterizada por una obligatoriedad necesaria fundada en la convención o en la naturaleza de las cosas y cuya determinación debe hacerse, caso por caso, a través de la prudencia jurídica.*⁵¹

2.5. Fundamentos simbólicos.

Cuando el hombre común se enfrenta al derecho, frecuentemente percibe y hasta resiente la presencia de las formalidades y los formalismos. Y es que el derecho es humanidad, es vida social y es orden; pero, indudablemente, también es forma.

La experiencia de las formas es especialmente significativa; quizás incluso, en nuestro tiempo, exageradamente. Actualmente, muchos pretenden definir al derecho desde una perspectiva meramente formal y, aún más restringidamente, desde una perspectiva normativa. Y más allá de que la formalidad y la normatividad son condiciones existenciales normales del derecho, su esencia no puede agotarse en la forma.

Siguiendo a Legaz y Lacambra y a Sánchez de la Torre, puede decirse que el derecho se nos presenta –al menos en parte- como una ‘forma de expresión simbólica’, mediante ‘signos’ que significan ciertas ‘realidades debidas’ (orden justo) y que designan ciertos ‘espacios de licitud’ (libertades distantes delimitadas).⁵² Es decir, que el derecho es el símbolo de ciertas realidades sociales que son tipificadas, o bien como realidades debidas, o bien como realidades lícitas. En síntesis, que el derecho es, desde esta perspectiva, la ‘tipificación formal simbólica de la licitud y del deber.’⁵³

Pero la expresión jurídica no es cualquier expresión, sino precisamente, una ‘expresión garantizada’. En tanto que el derecho delimita libertades, vertebrata la sociedad, soluciona imperativamente los conflictos, reparte bienes y establece medidas de igualdad obligatorias, la expresión jurídica no puede ser una expresión común, sino fidedigna y reforzada. El derecho necesita pues de ciertas seguridades que garanticen la exactitud de sus expresiones y dichas seguridades se encuentran en las ‘formas’, los ‘procedimientos’ las ‘sanciones’.

Por lo que respecta a la formas, éstas han sido siempre el cauce expresivo de todo derecho, desde los tiempos remotos en los que gozaban del prestigio de lo ritual, hasta nuestros días en que a pesar de la mayor racionalidad, espontaneidad y fluidez

⁵¹ Cfr. PAMPILLO. *Filosofía...*, op. cit., capítulo VI.

⁵² Cfr. BRIESKORN. *Filosofía...*, op. cit., p. 135, Legaz y Lacambra. *Filosofía...*, op. cit., pp. 276 y ss. y Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE. *Sociología del Derecho*. Segunda edición. Madrid. Editorial Tecnos. 1987, p. 96.

⁵³ Cabe destacar que las anteriores ideas tienen una profunda raigambre dentro de nuestra cultura jurídica, pues cuando Ulpiano se refería a la ciencia del derecho, le asignaba dos tareas fundamentales: una material o contenutística, consistente en la separación entre lo equitativo y lo inicuo –*aequum ab iniquo separantes*- y otra formal que suponía la distinción entre lo lícito y lo ilícito –*licitum ab illicito discernentes*- a partir de una tipología predeterminada. Es decir, que para los romanos, la ciencia del derecho tenía por objeto, de un lado, lo justo material en concreto (dimensión de la equidad), y del otro, la tipificación formal y ulterior subsunción típica (dimensión de la licitud) a partir de ciertas figuras o modelos formales instrumentales al servicio de lo justo. Cfr. PAMPILLO. *Historia...*, op. cit., capítulo V.

de las experiencias jurídicas, se sigue recurriendo a ellas como ‘garantía de integridad de los mensajes jurídicos’. Los procedimientos –como han puesto de relieve los cultores de las teorías de la argumentación y particularmente R. Alexy-, sirven para garantizar la ordenada ‘conducción de los procesos comunicativos’ que desembocan en una expresión jurídica; es decir, son una ‘racionalización metódica de los pasos’ que deben seguirse para ‘asegurar una respuesta formalmente aceptable’, que propicien que la sucesión de eventos comunicativos –mensajes emisivos (*outputs*), inmisivos (*inputs*) y de retorno (*feedback*)- que caracteriza a los procesos creativos del derecho, se desenvuelva con la garantía de que la expresión jurídica resultante de ellos, será el producto de un ‘diálogo encauzado’ conforme ciertas ‘exigencias racionales’. Finalmente las sanciones, como ‘solemnidades especialísimas’ que rodean ciertas expresiones jurídicas privilegiadas –leyes, escrituras, tratados, etc.-, constituyen como un ‘sello que preserva su inviolabilidad e intangibilidad’ contra cualquier alteración, precisamente mediante la apelación explícita a una ‘autoridad superior’.

Ahora bien, adicionalmente conviene destacar, que en nuestro tiempo, la crisis de la legislación ha dado lugar al resurgimiento de otras fuentes del derecho, dentro de las cuales conviene destacar a los principios jurídicos. En efecto, por su relativa ambigüedad, revisabilidad y flexibilidad, constituyen formas flexibles, dándoles un especial dinamismo en relación con sus respectivos contenidos materiales. De aquí que destacados juristas e iusfilósofos de nuestro tiempo –como R. Alexy, R. Dworkin, J. Esser, A. Sánchez de la Torre y R.L. Vigo, entre muchos otros- se haya ocupado del estudio de los mismos. Particularmente J. Esser ha destacado su privilegiada posición intermedia entre el descubrimiento de los problemas jurídicos y la reconducción sistémica de los mismos, poniendo de relieve su ubicación en una especie como ‘lugar de encuentro’ entre el ‘pensar abierto’ y el ‘pensar cerrado’, entre la ‘argumentación tópica’ y el ‘razonamiento sistemático’, además de constituir quizás el mejor puente entre las tradiciones del *civil law* y del *common law*, así como el posibilitar una nueva perspectiva superadora de la controversia entre iuspositivistas e iusnaturalistas.⁵⁴

En consideración de lo anteriormente expuesto, el derecho puede comprenderse desde la perspectiva formal como *la tipificación simbólica de la licitud y del deber con arreglo a lo justo, cuya fidelidad expresiva se encuentra garantizada por un abanico de formas cuya relación dialéctica con los contenidos jurídicos y diversa flexibilidad, varía según su diferente contextura.*⁵⁵

2.6.- Fundamentos históricos.

Visto el derecho desde las anteriores perspectivas –personal, social, ontológico-teleológica y formal-, conviene tener en cuenta que toda experiencia jurídica es un modo de vivir el derecho en la historia.

Efectivamente, por un lado, el derecho se encuentra inserto en la historia y, por el otro, ésta última resulta indudablemente fundamental para alcanzar un entendimiento crítico de lo jurídico.

Pero, además de poner de relieve que: a) la experiencia jurídica es una experiencia histórica, b) el derecho está inserto en la historia, y c) la historia del derecho es una disciplina fundamental para el entendimiento del derecho, hay que subrayar que la historia constituye también una perspectiva auténticamente filosófica, como han observado entre otros iusfilósofos, Miguel Reale y Enrique Pérez-Luño.⁵⁶

⁵⁴ Cfr. Josef ESSER. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Traducción por Eduardo Valentí Fiol. Barcelona. Editorial Bosch. 1961.

⁵⁵ Cfr. PAMPILLO. *Filosofía...*, op. cit., pp. 113 y ss.

⁵⁶ Cfr. REALE. *Teoría Tridimensional...*, op. cit., p. 104 y Antonio-Enrique Pérez Luño. *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica*. Sevilla. Editorial

La consideración de problemas tales como el dinamismo del ser, su inserción en el tiempo y su devenir existencial, son de suyo tres razones de suficiente peso como para justificar la naturaleza filosófica de una perspectiva histórica. Pero además, la perspectiva histórica nos muestra como cada acontecimiento es, por definición, inédito e irreplicable y, como tal, único, por cuanto que su 'aquí y ahora' (*ubi et quando*) son, característicamente, comunicables. De aquí que la historia, como perspectiva filosófica, nos recuerde que el ser existe en una situación real y concreta que lo condiciona, siendo precisamente esta sana historicidad, el ángulo de cualquier ontología radicada en el ser que es (y que existe, y que es concreto) y no exclusivamente en el ser que es pensado (esencia abstraída de su concreción existencial).

La consideración histórica del derecho, de su dinamismo, temporalidad y devenir existencial, nos permiten entender que lo jurídico no es algo inmutable, pues cambia con el paso del tiempo. De hecho, la virtualidad filosófica de la perspectiva histórica respecto del derecho, radica en obligarnos a repensar ¿en qué medida el derecho es permanente y en qué medida el derecho es mudable?

Desde esta perspectiva histórica-filosófica, siempre y cuando se prevengan los errores del historicismo existencialista (corriente filosófica que postula que el ser –y por ende el hombre y el derecho- se agota en su existencia variable, relativizando también los bienes éticos universales según las apreciaciones morales históricas), puede concluirse, en primer lugar, que el derecho está inserto en la historia y que se da, siempre, históricamente. Asimismo puede desprenderse que el hombre, protagonista, causa y fin de todo derecho, es un ser histórico, que aunque está atravesado por ciertas exigencias naturales permanentes, existencialmente realiza dichas exigencias naturales precisamente en la historia. En tercer lugar, el actuar humano, como actuar libre, se desarrolla dentro de circunstancias históricas infinitamente diversas. Así, el actuar humano, como actuar libre y responsable, implica la toma de decisiones prudentiales a partir de ciertos principios radicados en la naturaleza (*syndéresis*), pero también en atención a las circunstancias concretas e irrepetibles de la acción (circunspección). Por ello aunque se afirme que los primeros principios del actuar sean inmutables, al producirse su aplicación dentro de la infinita diversidad que ofrecen las circunstancias históricas, debe reconocerse también que sus formulaciones varían en el tiempo.

Así, el derecho, visto desde la perspectiva de su historicidad, se nos presenta en su dinamicidad temporal debatiéndose entre lo indisponible y lo mudable, entre lo típico adscrito a una cultura dada y lo común trascendente a ella, entre lo permanente de sus principios y la variedad de sus aplicaciones y formulaciones. De esta manera, desde esta perspectiva se puede conceptuar al derecho como *una realidad esencialmente histórica, arraigada en la misma historicidad humana, consistente en lo justo concreto determinado dialécticamente por la prudencia jurídica, cuya aplicación a una casi infinita variedad de circunstancias y diversa formulación cultural, es vertida en una pluralidad de formas históricamente mudables*.⁵⁷

2.7.- El 'teorema global del derecho'.

Analizado el derecho desde las anteriores perspectivas unilaterales, la teoría global del derecho se propuso elaborar una definición de lo jurídico que integre dialécticamente todas las anteriores conclusiones a través de una sola perspectiva global.

Conviene sin embargo anticipar, que al ser el derecho una realidad hasta cierto punto primaria, no puede definirse rigurosa y exclusivamente al modo escolástico –

Mergablum. 1998. Véase también a Günter ELLSCHEID. "El Problema del Derecho Natural. Una orientación sistemática." en *El Pensamiento Jurídico...*, op. cit. p. 192.

⁵⁷ Cfr. PAMPILLO. *Filosofía...*, op. cit., pp. 123 y ss.

mediante su género próximo y diferencia específica (*per genus proximum et differentiam specificam*)- sino más bien de manera fundamentalmente descriptiva.

Conviene para definir globalmente al derecho, retomar los criterios que para las definiciones esenciales nos ofrece una larga tradición lógica. Dichos criterios pueden resumirse en los siguientes: a) el atenernos a todas las cualidades esenciales del objeto a ser definido –incluyendo las condiciones normales de su realización existencial- y sólo a ellas, b) el buscar su adecuada ubicación a partir de su género, especie y propios, y c) el señalar puntualmente su cuádruple origen causal. Adicionalmente, también resulta útil que la definición propuesta recoja las cualidades comunes a todas las perspectivas unilaterales desarrolladas, poniendo especial cuidado en partir precisamente de aquella perspectiva, que por su esencialidad, significatividad y definitividad, evidencie lo específico y propio de lo jurídico, esclareciendo correctamente el analogado principal del término derecho.

Hay que destacar como *cualidades esenciales* del derecho las siguientes: a) el ser una delimitación de la libertad humana para garantizar el respeto a la persona, b) el ser una realidad social relacional y polar y, c) el ser una medida proporcional de igualdad obligatoria entre cosas y personas descubierta o determinada por una prudencia especial. De igual manera, pueden identificarse como las *condiciones normales de su realización existencial*: a) el expresarse mediante tipificaciones formales de licitudes y deberes y b) el adoptar diversas formulaciones culturales históricas. Por lo que respecta a las causas, pueden ubicarse: como su *causa material* a la relación social distante y polar, como su *causa eficiente* a la naturaleza humana y a la libertad personal, como su *causa formal* a la obligatoriedad fundada en la naturaleza o en la voluntad y como su *causa final* al mismo orden justo –al servicio del hombre- como igualdad entre cosas externas y personas extrañas. Además, parecen ser las *características comunes a todas las perspectivas unilaterales* la libertad, la relación, el orden y la obligatoriedad; teniendo en cuenta por añadidura que su *género* son las relaciones sociales humanas distantes y polares, que su *diferencia* es la inordinación igualitaria y obligatoria conforme a prudencia y que sus *propios* son la tipificación de licitudes y deberes y su formulación cultural diversa. Por último, tomando como *perspectiva esencial* a la del orden justo, puede definirse al derecho, globalmente considerado como:

la realidad social consistente en el conjunto de relaciones distantes y polares, inordinadas conforme a cierta medida proporcional de igualdad obligatoria determinada por la prudencia, que se expresa mediante licitudes y deberes tipificados a través diversas formulaciones culturales históricas.

Por último, tan solo conviene observar que la anterior definición esencial, en principio, debe ser contrastada con cada cultura jurídica, pues la realización del derecho en cada sociedad, en cada momento de la historia, da lugar a matizaciones existenciales que no pueden ser pasadas por alto.⁵⁸

Recebido para publicação em 12-04-14; aceito em 17-06-14

⁵⁸ Ejemplificativamente y por lo que respecta a la tradición jurídica occidental, dentro del libro *Historia General del Derecho*, se intentó una reflexión fenomenológica-existencial, que a partir de la ubicación de las claves de nuestra cultura jurídica (polivalencia de su sustrato clásico greco-latino, heterogeneidad de su conformación medieval a partir de los elementos germánicos y canónicos, paradójico desarrollo en la modernidad y actualidad con especial énfasis en el fenómeno de la globalización y de la integración jurídica europea) permitió definir al derecho occidental en los siguientes términos: “*el ordenamiento jurídico producto de la cultura europea, que se ha conformado a partir del aprovechamiento de la tradición romanista, mediante el empleo de una enorme diversidad de métodos hermenéutico-interpretativos, que lo convierten en un ordenamiento tradicional-actualizable-proyectivo, cuya actual crisis, consecuencia de los excesos del racionalismo y del voluntarismo de la modernidad, están siendo superados en clave global por la conformación de un nuevo mos europaeus.*”. PAMPILLO. *Historia...*, op. cit., p. 414.