

Extravíos sobre Filosofía del Derecho

Por: Alex R. Zambrano Torres

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

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

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

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

Estructura de la Teoría Del Delito, de Claus Roxin; 5) Sesenta y cinco Años de Evolución en la Filosofía del Derecho, de Edgar Bodenheimer; 6) Fundamentos del Derecho Procesal Civil, de Eduardo J. Couture; 7) Derecho, Política y Justicia, de Giorgio Del Vecchio; 8) En Defensa de la Usura, de Jeremy Bentham; 9) Un Viaje Al Brasil. Impresiones de un Conferenciante, seguidas de un Estudio sobre el Derecho Penal Brasileño, de Luis Jiménez De Asúa; 10) Principios de Derecho Penal, la Ley y el Delito, de Luis Jiménez De Asúa; 11) El Derecho a la Pereza, de Paul Lafargue; 12) Derecho Civil, de Marcel Planiol – Georges Ripert; 13) Del Asesinato considerado como una de las bellas artes, de *Thomas De Quincey*; 14) La Naturaleza de la Filosofía del Derecho, de Robert Alexy; 15) Tratado de las Pruebas Judiciales, de Jeremy Bentham; 16) La lucha por el Derecho, de Rudolf Von Ihering; 17) Filosofía del Derecho, de Giorgio Del Vecchio.

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

O sólo serán ¿filósofos? quienes escriban obras como: 1) Ideología y aparatos ideológicos de Estado, Freud y Lacan, de Louis Althusser; 2) Diccionario de Política, de

Norberto Bobbio; 3) Spinoza Filosofía-Practica, de Gilles Deleuze; 4) Diccionario Filosófico, de Voltaire; 5) Vidas de los Filósofos más Ilustres, de Diógenes Laercio; 6) Los límites de la Interpretación, de Umberto Eco; 7) El Libro Negro, de Giovanni Papini; 8) El Fin y los Medios, de Aldous Huxley; 9) Así Habló Zaratustra, de Friedrich Nietzsche; 10) Teoría de la Acción Comunicativa, *Crítica De La Razón Funcionalista*, de Jürgen Habermas; 11) Los Nueve Libros de la Historia, de Herodoto De Halicarnaso; 12) Tratado de la Naturaleza Humana, de David Hume; 13) En Defensa de la Usura, de Jeremy Bentham; 14) Critica del Juicio, de Kant; 15) Carta sobre la Tolerancia, de John Locke; 16) Ensayo sobre el Gobierno Civil, de Locke, John; 17) Lógica del Sentido, de Guilles Deleuze; 18) Los beneficios de privatizar el control del delito, de Bruce L. Benson; 19) Una temporada en el Infierno, de Rimbaud; 20) Ensayos, de Michel Montaigne; 21) Mil mesetas capitalismo y esquizofrenia, de Deleuze y Guattari; 22) Monadología, de Leibniz; 23) Tolerancia y Responsabilidad Intelectual, de Karl Popper; 24) ¿Qué es Filosofía? de Ortega y Gasset; 25) Filosofía en el Tocador, de Sade; 26) Tratados Morales, de Seneca; 27) Sobre la brevedad de la vida, de Seneca; 28) La Decadencia de Occidente, de Spengler Oswald; 29) Sobre la libertad, de John Stuart Mill; 30) Historia del Imperio Ruso bajo Pedro El Grande, de Voltaire; 31) Cartas Filosóficas, de Voltaire.

U otros autores como: 1) La literatura y el mal, de Georges Bataille; 2) Van Gogh el suicidado por la sociedad, de Artaud Antonin; 3) Factotum, de Charles

Bukowski; 4) El segundo sexo, de Simone De Beauvoir; 5) Escritos de un viejo indecente, de Bukowski; 6) Historia de la locura en la época clásica, de Michel Foucault; 7) Entre Filosofía y Literatura, de Michel Foucault; 8) La arqueología del saber, de Michel Foucault; Seguridad, Territorio y Población, de Michel Foucault; 9) Vigilar y Castigar, de Michel Foucault; 10) Arquitrave, de Charles Bukowski; 11) Las Flores del Mal, de Baudelaire; 12) Rubaiyat, de Omar Khayyam; 13) Una Temporada en el Infierno, de Rimbaud; 14) Hojas de hierba, Whitman.

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

Bertrand Russell, por ejemplo, nos da una clara noción del sentido de la Filosofía, enfundándola en palabras como “autoafirmación”, uso de la “razón deliberada”, para tratar de lograr el mejor modo de vida; y es en este contexto que escribiría: “La filosofía, contrariamente a la ciencia, nace de una especie de autoafirmación: una creencia de que nuestros fines tienen una relación

importante con los fines del universo, y que, a la larga, el curso de los acontecimientos se realizará de acuerdo con nuestros deseos. / “El hombre carece de filosofía va por la vida preso en los prejuicios derivados del sentido común, de las creencias habituales de su tiempo o de su nación, y de las convicciones nacidas en su mente sin consentimiento ni cooperación de su razón deliberada. / La filosofía ha tenido, desde sus comienzos, dos objetivos diferentes, que se consideraban estrechamente relacionados entre sí. Por una parte tendía al entendimiento teórico de la estructura mundial; por la otra, trataba de descubrir e inculcar el mejor modo de vida posible.”.

Y Jean Jacques Rousseau escribe: “El más fuerte no lo es jamás bastante para ser siempre el amo o señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber. De ahí el derecho del más fuerte, tomado irónicamente en apariencia y realmente establecido en principio. Pero, ¿se nos explicará nunca esta palabra? La fuerza es una potencia física, y no veo qué moralidad puede resultar de sus efectos. Ceder a la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad; cuando más, puede ser de prudencia. ¿En qué sentido podrá ser un deber? / Supongamos por un momento este pretendido derecho: yo afirmo que resulta de él un galimatías inexplicable, porque si la fuerza constituye el derecho, como el efecto cambia con la causa, toda fuerza superior a la primera, modificará el derecho. Desde que se puede desobedecer impunemente, se puede legítimamente, y puesto que el más fuerte tiene siempre razón, no se trata

más que de procurar serlo. ¿Qué es, pues, un derecho que perece cuando la fuerza cesa? Si es preciso obedecer por fuerza, no es necesario obedecer por deber, y si la fuerza desaparece, la obligación no existe. Resulta, por consiguiente, que la palabra derecho no añade nada a la fuerza ni significa aquí nada en absoluto. / Obedeced a los poderes. Si esto quiere decir: Ceded a la fuerza, el precepto es bueno, pero superfluo. Respondo de que no será jamás violado. Todo poder emana de Dios, lo reconozco, pero toda enfermedad también. ¿Estará prohibido por ello, recurrir al médico? ¿Si un bandido me sorprende en un bosque, estaré no solamente por la fuerza, sino aun pudiendo evitarlo, obligado en conciencia entregarle mi bolsa? Porque, en fin, la pistola que él tiene es un poder. / Convengamos, pues, en que la fuerza no hace el derecho y en que no se está obligado a obedecer sino a los poderes legítimos. Así, mi cuestión primitiva queda siempre en pie.”

Por otro lado, el conocimiento o saber escolar nos da ya una idea de qué es la filosofía. Pero esta noción se queda en la “escolástica”, es decir en una simple “transmisión de saberes”, que luego se hacen saberes dominantes tradicionales¹(se los usa sin saber cuál es el origen y sentido primario de los mismos). Pero nosotros tenemos que abordar el tema desde una perspectiva ontológica²

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

² En este trabajo entenderemos a la ontología como el estudio del ser. Ferrater Mora escribe que “La ontología Se concibe como ciencia del ser en sí, del ser último o irreductible, de un primer ente en que todos los demás consisten, es decir, del cual dependen todos los entes” / Ferrater Mora, José. *Diccionario de Filosofía Abreviado*. Editorial Sudamericana. Buenos Aires.

del derecho. Eso significa que no podemos quedarnos con esa visión reducida de la filosofía. ¿cuál es esa noción reducida de la que estamos hablando? Pues nada menos aquella que identifica a la filosofía con el “amor a la sabiduría” y nada más. Porque la filosofía ya no es sólo amor a la sabiduría, al menos no en derecho. Es además la “búsqueda de las causas últimas de las cosas”, búsqueda del “sentido”. Y ¿cuál es este sentido? Pues nada menos que el hombre, el ser, el “ente” y éste es “lo que es”³, a diferencia de “el ser”, que es el hecho de que cualquier ente dado sea⁴. Y ¿Qué es el ser humano? Si le preguntáramos a alguien este daría sólo su nombre, y eso acabaría el asunto. Pero en Derecho el ser, no significa sólo un nombre uno no es un nombre, sino un “ser”, y ¿quién es uno? Uno es el que es⁵. Ese “ser” en términos jurídicos se denomina: “persona”. ¿Y qué es ser persona?, pues no se más que

Decimocuarta edición, 1983. Pp. 307. Carlos Fernández Sessarego también habla de la ontología, y dice que esta “asume la discusión sobre el objeto de la disciplina” / Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho y Persona*. Editorial Grijley. Tercera edición, 1998. Pp. 49. Fernández Sessarego usa también este término en su tesis de Bachillerato ante la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, que titulaba “Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho”. En dicha tesis el autor identificaba a la ontología con la metafísica. Estas preocupaciones ontológicas parecen ser sugeridas en el autor por la filosofía existencialista, con Heidegger y Sartre.

³ Explicado por Ferrater Mora, en su *Diccionario de Filosofía Abreviado*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Al respecto recordamos una narración histórica sobre esta respuesta: “Yo soy el que soy”, para identificar al “ser”, contada por Arturo Uslar Pietri. “... con Moisés va a ocurrir algo...: Dios le revela su misión y él quiere negarse a llevarla adelante porque no se considera capaz, y entonces tiene la osadía de preguntarle a Dios su nombre. / Esto tenía una importancia extraordinaria para un hombre antiguo. En todos los pueblos primitivos, el nombre tiene un valor mágico, de tal modo que no se le comunica sino a gentes en quienes se confía mucho, porque, según la magia de los pueblos primitivos, quien posee nuestro nombre posee en cierta forma nuestra persona, y quedamos a merced de las gentes que saben nuestro nombre. Por ejemplo, entre las tribus indígenas venezolanas es muy difícil que un indio diga su verdadero nombre; generalmente dice uno que no es el verdadero, porque el nombre verdadero no se le dice a nadie por temor de quedar en posesión de aquella persona al hacerle la entrega preciosa de esa especie de esencia de la personalidad que es el nombre. / Para un hombre de un pueblo antiguo y primitivo a quien se le aparece Dios, decirle: ‘¿Cómo te llamas?’, era sencillamente, decirle: ‘Ponte en posesión mía’. Sin embargo, Dios responde a la audaz pregunta de Moisés y le dice un nombre extraordinario: ‘Yo soy el que soy’. ... ‘El que es’, que en hebreo se dice Yavé, y no Jehová,...” / Uslar Pietri, Arturo. *Valores Humanos (Biografías y evocaciones)*. Tomo I. Editorial Edime, Madrid. 1972, pág. 27.

un “sujeto, eje, de imputación de derechos y deberes”⁶. Y si nos volvemos positivistas (creemos que todo debe estar en los códigos y las leyes y nada más, perdiendo la perspectiva de totalidad del ser humano, o su carácter expansivo) podemos citar el artículo 1º. “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento...”⁷

La persona tiene personalidad jurídica, es decir es susceptible de atribución de derechos y deberes, “...la persona es el ser humano entre su nacimiento y su muerte, con personalidad jurídica, es decir, con capacidad de tener deberes y derechos”⁸.

⁶ Escribe Rubio Correa, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1992. Pp. 23.

⁷ El ser humano es sujeto de derecho de dos formas, 1) como concebido: “Entre la concepción y el nacimiento”; 2) Como persona: “desde el nacimiento hasta la muerte” / Rubio Correa, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1992. Pp. 17 y sgts.

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

La persona es una “entidad sicosomática”. Kelsen diría: “la persona es un centro ideal de imputación”, Parece que Boecio decía que “la persona es un ente indiviso de naturaleza racional”. O más allá se dice que “la persona es el centro unitario ideal de derechos y deberes”.

⁸ Rubio Correa, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1992. Pp. 22.

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

De la Filosofía “se esperan revelaciones extraordinarias”⁹. O se la desprecia como “un pensar que no tiene objeto”¹⁰; se la tiene como algo “simple y comprensible, al que se puede llegar simplemente con el sentido común”; O se la tiene como algo oscuro, confuso, “se la tiene por tan difícil que es una desesperación el ocuparse de ella”.¹¹

Pero la filosofía ha sido atacada también por la ciencia, igual que el derecho. Hubo un tiempo que la filosofía quiso ser científica, a esa filosofía que utilizaba el método científico se la llamó positivismo. La pretensión filosófica era la “certeza”, Jasper decía: “La certeza me parecía entonces que solo podría darla la ciencia y, queriendo que fuese la filosofía, tenía que ser una filosofía prendida de las ciencias y nacida de ellas. Todos conocen esta filosofía: en nuestro tiempo, llamase positivismo.”¹²

Una de las más grandes contradicciones para la filosofía ha sido la ciencia, ¿Qué es ciencia? Sería la primera pregunta: Lo resumimos. Ciencia : “Conjunto de

⁹Jasper, Karl. *La Filosofía*. Editorial del Fondo de Cultura Económica. México.1996. pp. 7.

¹⁰Jasper, Karl. *La Filosofía*. Editorial del Fondo de Cultura Económica. México.1996. pp. 7.

¹¹Jasper, Karl. *La Filosofía*. Editorial del Fondo de Cultura Económica. México.1996. pp. 7.

¹²Papini, Giovanni. *Obras completas. Oumo finito (Un hombre acabado)*. Editorial Aguilar. Madrid. 1966. Pp. 766.

conocimientos sistemáticamente organizados, universalmente válidos y pasibles de ser verificados”.¹³

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

“Para un hombre con fe en la ciencia” la filosofía es una contradicción, o no llega a estas presuposiciones de “certera”, “verificable”, “universalista”. Este hombre científicista¹⁴ acusa a la filosofía de carecer “por completo de resultados universalmente válidos y susceptibles de ser sabidos y poseídos”¹⁵. El talón de Aquiles de la filosofía, se dice, es que no tiene conocimientos universalmente válidos, y menos verificables, puesto que “en filosofía no hay unanimidad alguna acerca de lo conocido definitivamente”¹⁶

La disputa entre ciencia y filosofía surge, o se desprende, de un entredicho; entre dos dominios de saber, dos formas de conocimiento (muchas veces se quiso subordinar la filosofía a la ciencia). Se cree en el carácter de un proceso progresivo, que tendría la ciencia y no la filosofía. El adelanto, el avance, el progreso, en la

¹³ Mario Bunge señala diez características que hacen de una disciplina una ciencia: “ 1) El conocimiento científico parte de los hechos y siempre regresa a ellos; 2) La ciencia trasciende los hechos, llega a producir nuevos hechos.; 3) La ciencia es analítica; 4) La ciencia es especializada; 5) La ciencia es clara y precisa; 6) El conocimiento científico se puede comunicar y verificar; 7) La investigación científica sigue un método y es sistemática; 8) Los conocimientos científicos son generales; 9) La ciencia trata de establecer leyes y de aplicarlas; 10) La ciencia es explicativa e intenta explicar los hechos en términos de leyes y las leyes en términos de principios. / Valdivia Cano, Juan Carlos. *La caja de herramientas (Introducción a la investigación jurídica)*. Edición de la Universidad Católica Santa María. Arequipa. 1998. Pp. 112 y sgtes.

¹⁴ El científicismo puede explicarse en aquella formulación de que para la validez de una disciplina debe ser “elevada” a ciencia. Si no está dentro de la categoría de ciencia, su saber no es legítimo. Pero Berdiaev retrucaría que “nada tiene que ser científico salvo la ciencia”.

¹⁵ Jasper, Karl. *La Filosofía*. Editorial del Fondo de Cultura Económica. México. 1996. pp. 7.

¹⁶ Jasper, Karl. *La Filosofía*. Editorial del Fondo de Cultura Económica. México. 1996. pp. 7.

ciencia está determinado. En filosofía no. “Estamos ciertamente mucho más adelantados que Hipócrates, el médico griego; pero apenas podemos decir que estemos más adelantados que Platón.”¹⁷. El avance, el “proceso progresivo”, en la ciencia es verificable, en filosofía no, “sólo estamos adelantados en punto al material de conocimientos científicos”¹⁸. La “certeza” con la que está investida la ciencia es incorruptible. El saber científico es el mismo para todo el mundo, para todo el intelecto; la certeza científica es “la misma para todo el intelecto”¹⁹. Por ejemplo, todo el mundo sabe que el licor tiene efectos embriagadores²⁰, pero no se sabe a ciencia cierta cómo afectará emocionalmente a cada ser humano, cual es su tolerancia, etc.

La ciencia se ocupa de un objeto determinado: el cuerpo, los átomos, la materia, los genes, etc., es la parte material, aquello que se puede ver o comprobar, y por lo tanto existe la certeza de ese saber. Son objetos medibles matemáticamente, “son objetos especiales”²¹. Pero estos objetos sobre los que trata la ciencia no son necesarios para todo el mundo, mientras que la filosofía tratase “de la totalidad del ser que interesa la hombre en cuanto hombre”.²² En filosofía no se trata de hacer como en la ciencia, por ejemplo, de descubrir un telescopio para mirar las lindas estrellitas y acumular conocimientos, sino que en filosofía se trata

¹⁷Jasper, Karl. *La Filosofía*. Editorial del Fondo de Cultura Económica. México.1996. pp. 7.

¹⁸Jasper, Karl. *La Filosofía*. Editorial del Fondo de Cultura Económica. México.1996. pp. 7.

¹⁹Jasper, Karl. *La Filosofía*. Editorial del Fondo de Cultura Económica. México.1996. pp. 8.

²⁰ Conocemos de grandes bebedores artistas, escritores, como por ejemplo Poe, Bukowski, Bryce Echenique, etc.

²¹Jasper, Karl. *La Filosofía*. Editorial del Fondo de Cultura Económica. México.1996. pp. 8.

²²Ibid.

sobre el hombre y su condición de tal, su condición humana, se trata de enfrentar a este ser humano con sus necesidades primarias. Ver las estrellas no es necesario a todo el mundo. Cómo se siente un ser humano es un saber “necesario”. En fin, la filosofía sólo tiene sentido si desemboca en el hombre²³. Parece pues que “no hay manera de escapar a la filosofía”²⁴.

II.- ¿La Filosofía del Derecho?.-

La Filosofía del Derecho “es el elemento que articula y fusiona las heterogéneas dimensiones del Derecho, utilizando todas las fuentes a su alcance y dando principio y sentido a la actividad jurídica.”²⁵

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

²³Ibid.

²⁴Ibid.. pp.11.

²⁵ Valdivia, Juan Carlos. “*Codificación e Identidad*”. “Kurak”. Tanteo putunchaycuna valen. Revista de ciencias jurídicas y políticas. Editada por estudiantes universitarios. Arequipa - Perú. Pp. 54.

demarcarlo, encerrarlo dentro de un contexto conceptual, para poder utilizarlo. Y ese contexto recién le da forma, contenido, sentido.

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

La Filosofía ha sido descrita como el amor a la sabiduría, pero esta es siempre insuficiente. Porque se ama aquello que se quiere conocer, aquello que se quiere internalizar, aquello que, en última instancia, permitirá, nuestra felicidad. No es el amor a la sabiduría, pues, lo que define a la Filosofía, porque no se ama la sabiduría por simple sabiduría, sino porque nos permite la felicidad, porque nos posibilita algo más que el simple conocimiento, porque este conocimiento proporcionado es relevante y trascendental, y no meramente rutinario o descriptivo. La filosofía es aquella que construye un sentido a los actos humanos, a la misma vida humana. Le da al hombre la posibilidad de justificar su existencia.

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

Juan Manuel Terán escribe: “..., la Filosofía del Derecho es una concepción universal, de carácter racional, acerca del mundo jurídico. Universal, porque es común a todas las ramas del derecho positivo; racional, porque es una concepción del pensamiento. La Filosofía no es dogmática e indiscutible como la fe, sino que maneja conceptos; por eso no sólo es universal, sino además racional.”²⁶

C.J. Friedrich prescribe: “Toda filosofía del Derecho forma parte de una determinada filosofía general, puesto que ofrece reflexiones filosóficas acerca de los fundamentos generales del derecho. (...) / (...)es dudosa la idea expresada con frecuencia por los abogados de tipo más práctico, de que la ley no involucra una filosofía del derecho. Porque la ley consiste en declaraciones o enunciados expresados verbalmente, y tales declaraciones, comúnmente llamadas juicios -que en derecho son, netamente, juicios normativos-, dan lugar a una clase de cuestiones filosóficas generales, de significación para tales juicios.”

Carlos Fernández Sessarego escribe a su vez: “El jusfilósofo -filósofo del Derecho- no se interesa por las interioridades de la ciencia. Se inquieta por encontrar los supuestos de validez universal que hacen posible la ciencia, por la determinación ontológica del Derecho, por el estudio del pensamiento jurídico. Ante una figura jurídica no se preocupa por analizarla cómo la

²⁶Terán, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa. México, 1993. Pp. 14.

encuentra en el ordenamiento, sino que indaga por su ‘cómo debe ser’, por la justicia o injusticia que encarna.”²⁷

III.- JUSTIFICACIÓN DE LA FILOSOFÍA.-

Para entender la justificación de la Filosofía podríamos discernir sobre si es “*conveniente* en términos prácticos y *necesaria* en términos teóricos”. Poder saber “en cuanto a su *conveniencia*: ¿qué tan conveniente es (...)?, es decir, ¿para qué sirve?; *relevancia*: ¿cuál es su trascendencia para la sociedad?, ¿quiénes se beneficiarán con los resultados de la investigación?, ¿de qué modo? ; *implicaciones prácticas*: ¿ayudará a resolver algún problema práctico?; *valor teórico*: ¿se llenará algún vacío del conocimiento?, ¿se podrán generalizar los resultados a principios más amplios?, ¿la información que se obtenga puede servir para comentar, desarrollar o apoyar una teoría?, ¿ofrece la posibilidad de una exploración fructífera de algún fenómeno (...); *utilidad metódica*: (...) sugiere cómo estudiar más adecuadamente un fenómeno?”²⁸ Estas que son unas proposiciones para hacer una investigación jurídica, sirven también para intentar una visión sobre la justificación de la Filosofía del Derecho. Lo primero a hacer, es luego, hacernos las preguntas arriba enumeradas y si la Filosofía del Derecho cumple con éstas.

²⁷ Fernández Sessarego, Carlos. *El Derecho como libertad. Preliminares para una filosofía del derecho*. Ediciones Studium. Lima, 1987. Pp. 38.

²⁸ Ramos Núñez, Carlos. *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2000, pp. 87.

Una justificación es siempre decir el porqué de la importancia de algo. Es lo que sirve de fundamento, de base, de sostén para la existencia de algo. Algunos autores como Juan Manuel Terán piensan que no existe una justificación para la Filosofía, no al menos desde el punto de vista práctico.²⁹ Eso significa, según el mismo autor, primero: a) que el Derecho “no puede justificarse como una disciplina que prepare para la técnica profesional de jurista”³⁰; b) Que “no se puede pretender que tenga una utilidad directa para aumentar los conocimientos de las ramas del derecho positivos; c) Desde este punto de vista, con razón se la califica de inadecuada e inútil para las necesidades de la vida jurídica; d) La justificación de su estudio consiste en que *la Jurisprudencia técnica es insuficiente para dar unidad de visión a los estudios mismos del derecho positivo; y aún cuando en la técnica jurídica se conocen las ciencias jurídicas positivas, esa técnica no encuentra justificación para sus fines; e) Para saber qué es la Jurisprudencia técnica, su sistema y estructura, y cuáles son sus fines, se necesita la Filosofía del Derecho.*”³¹

²⁹Terán, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa. México, 1993. Pp. 13.

³⁰ Para Kant lo más cercano al jurista, el lo llama jurisconsulto. Y dice: “...El hombre versado en esta ciencia o que sabe derecho, se llama jurisconsulto (jurisperitus);...” / Kant, Emmanuel. *Principios metafísicos del Derecho*. Editorial Cajica. Puebla. Pp. 51. El Diccionario de Cabanellas entiende por jurista a “Quién estudia o profesa la ciencia del Derecho. (v. Jurisconsulto.). Merryman designa a los jurisconsultos como “académicos legales” . En una de las tradiciones del Derecho o Sistemas Legales (Hay dos tipos de Derecho, según la clasificación de Merryman: Derecho Civil y Derecho Común -CommonLaw) sucedía que “En la tradición del derecho civil es muy antigua la preeminencia del investigador académico. Se considera que el jurisconsulto romano -que asesoraba al pretor y al juez, y era reconocido como un experto en materia de derecho, pero no tenía ninguna responsabilidad legislativa o judicial- fue el fundador de esta tradición académica. Sus opiniones tenían gran peso, y durante el segundo siglo de la era cristiana eran obligatorias para los jueces las opiniones de ciertos jurisconsultos (...) Durante este período, los tribunales de algunos lugares otorgaban una autoridad obligatoria a las respuestas dadas por los académicos a ciertos problemas legales (...) En Alemania, por ejemplo, hubo una época en que los tribunales enviaban con frecuencia los casos a las facultades de derecho para su decisión.” / Merryman, John Henry. *Sistemas legales en América Latina y Europa*. Editorial del Fondo de Cultura Económica. Primera reimpression en Chile, 1995. Pp. 113.

³¹Terán, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa. México, 1993. Pp. 13.

Vamos a explicar el punto a) que el Derecho “no puede justificarse como una disciplina que prepare para la técnica profesional de jurista”. Eso significa que se considera la parte “técnica” del Derecho. Pero qué es esa técnica.³² Tenemos que determinar primero que en

³² La técnica la podemos explicar de muchas maneras. El autor que mejor lo ha descrito, a nuestro parecer, es nada menos que un español, el gran José Ortega y Gasset, en su libro *Meditación de la Técnica*: “... la técnica, que podemos definir como la reforma que el hombre impone a la naturaleza en vista de la satisfacción de sus necesidades. (...), la reacción enérgica contra la naturaleza o circunstancia (...) La técnica es lo contrario de la adaptación del sujeto al medio, puesto que es la adaptación del medio al sujeto. (...) Un hombre sin técnica, es decir, sin reacción contra el medio, no es un hombre. (...)” “ En el campo del Derecho, la técnica podría decirse que cumple la función de “servir a la buena vida, al bienestar, que implica la adaptación del medio a la voluntad del sujeto.” Y entendemos por actos técnicos aquellos “en que dedicamos el esfuerzo, primero, a inventar y luego a ejecutar un plan de actividad que nos permita: 1.º Asegurar la satisfacción de las necesidades, por lo pronto, elementales.; 2.º Lograr esa satisfacción con el mínimo esfuerzo.; 3.º Crearnos posibilidades completamente nuevas produciendo objetos que no hay en la naturaleza del hombre.” / Ortega y Gasset, José. *Meditación de la técnica*. Editorial Revista de Occidente. Madrid, 1964. Como nota anecdótica podemos decir que una vez al joven y gran poeta mexicano Octavio Paz (Premio Nóbel 1994), en una reunión con José Ortega y Gasset, éste último, le dijo: “Deje Ud. la poesía, no tiene eso futuro. Aprenda Ud. alemán y piense. ¡Piense!”. Bueno Ortega se equivocó porque Octavio Paz se dedicó a pensar, pero a pensar cómo defender la poesía. Desde allí sus libros son más una justificación de por qué escribir poesía. En sus palabras en unos de sus tantos libros sobre poesía dice: “Estas páginas no son sino una variación, una más, de esa *Defensa de la Poesía* que, desde hace más de dos siglos, escriben incansablemente los poetas modernos.” / Paz, Octavio. *La otra voz. Poesía y fin de siglo*. Ediciones Seix Barral. Barcelona, 1990. Pp. 8.

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

Veamos pues qué implica esto del sexo, el impulso sexual, el deseo sexual. Este último podría ser ese «interés» que motiva, esa «fuerza que transforma, modifica, la naturaleza». Bien, el acto

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

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

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

La respuesta es curiosa. La fuerza (el interés) de estos hombres va más allá de un planteamiento racial, económico o simplemente social. Ellos están animados por un motivo sexual. «No temen a la muerte» -dicen. Están «aptos para morir» en pro de «su fe». ¿Cuál es esta «fe» que los vuelve inmunes al temor a la muerte? ¿Qué es lo que les dice esta «fe»? Chimo Fernández De Castro lo explica y escribe:

“Mahoma... Unificó las tribus árabes con la promesa de un paraíso de ríos, fuentes, cascadas y manantiales: con la promesa del gran Oasis de la eternidad. Imagen que podía colmar todos los sueños frustrados de un hombre del desierto. La lucha para conseguirlo iba a ser dura, pero el profeta prometía un lago celestial rodeado de bellas huries donde se podría hacer el amor sin límite para los guerreros que muriesen en el combate. Y para los que sobrevivieran a la conquista y a la expansión de todos los árabes, un botín de mujeres y riquezas sin fin en el mundo de los grandes ríos.... Para aquellos hombres del interminable mar de arena, el agua y el sexo fueron los dos argumentos que les motivaron especialmente. Y por eso en el Corán los placeres del sexo son agradables a Dios y su práctica terrenal no es más que una caricatura del placer, multiplicadísimo, que le espera al creyente si ha merecido el paraíso, que, como música de fondo, tendrá el sensual ruido del agua.”

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

Derecho técnica es un método, una forma cómo conducir los actos humanos. “La técnica específica del

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

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

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

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

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

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

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

derecho, que consiste -recordémoslo- en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.”³³ Pero a lo que se refiere Terán es que el Derecho no prepara al jurista, o en todo caso no prepara suficientemente al jurisconsulto para el “ejercicio” del Derecho; esto considerando que dentro de las técnicas sólo encuadramos al derecho adjetivo (códigos procesales) o incluso sustantivo (códigos civiles³⁵). Eso supone que aprender las técnicas no son suficientes, no son totales, no son completas. Esto tiene que hacer referencia, necesariamente a las técnicas en el Derecho, que han sido definidas, según indica Máximo Pacheco, parafraseando a Aníbal Bascuñán Valdés, como “el conjunto de reglas y habilidades prácticas para la búsqueda o creación, la individualización, elaboración y aprovechamiento de las Fuentes de Conocimiento Jurídico y de las Fuentes Jurídicas, para la realización y superación de las Ciencias del Derecho y del Ordenamiento Jurídico Positivo”.³⁴

Uno de los puntos más importantes es el de que la Filosofía del Derecho permite dar una unidad de visión al

³³ Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Editorial universitaria de Buenos Aires. Argentina. 1981. Pp. 74.

³⁴ Pacheco G., Máximo. *Teoría del Derecho*. Editorial jurídica de Chile. Santiago. Tercera edición, 1988, pp. 713.

Derecho positivo. La filosofía del Derecho sirve, trascendentalmente para saber cuáles son los fines del Derecho. Evaluarlos, motivarlos, coadyuvarlos y probar si los conceptos positivos funcionan o no en cada realidad geográfica y espacial.