



EL FENÓMENO JURÍDICO Y FORMAS BÁSICAS DE PENSAR EL DERECHO¹

Henrique Alexander Grazi Keske²

Claudine Rodembuch Rocha³

RESUMEN⁴

Este artículo presenta el lugar apropiado donde se sitúa la Asignatura de Filosofía del Derecho, como relación que se establece entre los campos de la Filosofía y de los estudios jurídicos, seguido de posibles articulaciones conceptuales del Derecho, como fenómeno normativo, político, social e histórico. Evidencia, igualmente, dos enfoques metodológicos para tratar el asunto: la fusión de horizontes entre las concepciones filosóficas y propiamente jurídicas, históricamente consideradas; así como las cuatro concepciones fundamentales del Derecho surgidas en el pensamiento occidental: el Derecho Natural, antiguo y moderno; el Derecho Racional, el Derecho como fuerza y como técnica social: el Derecho Positivo. A la exposición de los postulados de las teorías, se añade un breve muestreo de cómo se puede hacer problemático un análisis filosófico de dichos enfoques. En las consideraciones finales se presenta una propuesta de discusión para el tema e indicación, en las Referencias, de los principales autores enfocados.

Palabras clave: Filosofía. Naturalismo. Racionalismo. Positivismo.

- 1 Artículo para estudiantes de Ciencias Jurídicas y Sociales, operadores e investigadores de Derecho que deseen profundizar en la interfaz entre las concepciones filosóficas y legales presentes en el pensamiento occidental.
- 2 Licenciado em Direito, Maestria em Filosofia, Professor de la Universidade Feevale, doctor por el Programa de Postgrado de Unisinos em la Línea de Investigación del Lenguaje, Racionalidad y Discurso de la Ciência. Av Pernambuco, 1690 - CP 90240-002 - Porto Alegre / RS, correo electrónico: henriquek@feevale.br. Teléfono: 051 - 999.55.27.01
- 3 Doctora em Direito por la Universidad de Burgos (España), Maestra em Direito de la Universidade de Santa Cruz do Sul, Especialista em Direito por la Universidade de Santa Cruz do Sul. Abogada.
- 4 Traductora: Andrea de Araújo Rubert, Licenciada en Letras por la Universidad Federal del Rio Grande del Sur e por el Programa de Postgrado de la Universidade do Minho, en Portugal, em la línea de investigación de Português como segunda língua.

1 SITUANDO LA ASIGNATURA

En un estudio como este, la mejor metodología que se puede emplear es, antes de otras consideraciones, situar la Asignatura de la Filosofía del Derecho, no sólo como una de las posibilidades de los Currículos de las Carreras de Derecho, sino como un campo que pretende reunir conocimientos más específicos, originado, de forma directa, de la relación constitutiva que se establece entre la Filosofía y el propio Derecho. Ese procedimiento es seguido por la mejor doctrina, de tal forma que, al discurrir sobre la Filosofía General, como sistematización del pensamiento y enfrentamiento del propio pensamiento acerca del mundo y del ser, Mascaro coloca a la Filosofía del Derecho como un objeto específico de aquella, en la medida en que “(...) la Filosofía del Derecho no es más que la Filosofía General con un tema específico de análisis, el Derecho” (MASCARO, 2010, p. 10).

En ese esfuerzo de situar la Asignatura, por lo tanto, según el mismo autor, se exige “(...) una doble especificidad: ella es una rama específica de la Filosofía General y el máximo pensamiento posible sobre el Derecho”; de modo que:

Siendo la Filosofía del Derecho la propia Filosofía General, con un objeto específico, el Derecho, la indagación que se pone preliminarmente, se refiere a la propia ubicación de lo que sea jurídico, ya que es esto lo que da identidad a la Filosofía del Derecho. (MASCARO, 2010, p. 18).

Seguimos, en ese recorrido. En primer plano, situamos la Asignatura, señalando lo que algunos adoctrinadores afirman acerca de su objeto y, concomitantemente, pasamos a delinear el campo propio de sus investigaciones, en lo que se refiere al carácter específico del que sea lo jurídico, desde su enfoque.

Con ese propósito, obtenemos de Carreiro la afirmación de que:

Podemos considerar que la Filosofía del Derecho busca estudiar la conceptualización del Derecho en sí, explicando las causas determinantes de su transformación, en el tiempo y en el espacio, en relación con los demás elementos sociales. Su finalidad es, pues, examinar el Derecho en su pleno desarrollo, a través de sus leyes generales de movimiento. (CARREIRO, 2000, p. 25)

Se percibe, ya de pronto, un procedimiento explicativo propio, ya que, en la tarea de relacionar ambos campos de saber, es decir, al buscar situar la Asignatura, necesariamente se presenta el enfoque específico de que trata, mejor dicho, ya se busca presentar las características esenciales del fenómeno jurídico a ser tratado por los análisis filosóficos aplicados al Derecho. En este sentido, se refiere al carácter de la dinamicidad propia que se establece al conceptualizar propiamente el Derecho, pero enfocado en su condición histórica, en cuanto hecho social y que, por lo tanto, se transforma, no sólo como norma específica, sino también en cuanto a los conceptos generales que lo informan, desde el debate doctrinal y pasando, inexorablemente, por su aplicación mediante sentencias de cualquier tipo.

Por su parte, Miguel Reale así se posiciona:

La Filosofía del Derecho, al contrario, en lugar de ir de las normas jurídicas a sus consecuencias, vuelve a la fuente primordial de donde esos dictámenes de acción necesariamente emanan, o sea, no observa la experiencia jurídica como un dato, o un objeto externo, pero como '*hominisinteriore*.'” (el hombre interior - énfasis añadido). (REALE, 2009, p. 290).

Aprovechándose del mismo procedimiento explicativo, Reale, presenta, otra de las cuestiones fundamentales a ser estudiadas por la Filosofía del Derecho, es decir, el fundamento primero y último del propio Derecho, enfocado, no en el examen de la complejidad de las normas jurídicas, consideradas como objeto a ser manipulado por los operadores del Derecho, pero colocando el fenómeno jurídico en su fuente: el interior del ser humano, es decir, como perteneciente a la propia condición de esto que se considera como esencia humana, presentando, por lo tanto, el derecho como un fenómeno existencial humano, como caracterizador de nuestra humanidad.

Se establece, así, el Derecho, no sólo como fenómeno propio del ser humano, individualmente considerado, sino propio de su intrínseca y constitutiva condición social, entendiendo el cuestionamiento de la Filosofía del Derecho como algo que abarca la experiencia jurídica como un todo, ya que para Bittar y Almeida:

La Filosofía del Derecho es un saber crítico acerca de las construcciones jurídicas erigidas por la Ciencia del Derecho y por la propia praxis del Derecho. Más que eso, es su tarea buscar los fundamentos del Derecho, sea para cerciorarse de su naturaleza, sea para criticar el asiento sobre el que se fundan las estructuras del raciocinio jurídico, provocando a veces fisuras en el edificio que, por encima de las mismas, se alza. (BITTAR Y ALMEIDA, 2001, p. 12).

Estos autores ahora citados, por lo tanto, añaden a la Asignatura su carácter crítico, en el sentido de buscar no sólo cuestionar los fundamentos del Derecho, como también el de analizar el propio pensamiento, la propia característica del modo en que opera el razonamiento jurídico, en sus instancias, sus institutos, en la formulación de sus postulados, para, además de verificar en cuanto a su naturaleza, provocar los cambios que la dinamicidad de sus construcciones conlleva.

A su vez, Cretella Jr. explica que: “Filosofía del Derecho es la exposición crítico- evaluativa de experiencia legal, en la universalidad de sus aspectos, mediante la indagación de los primeros principios que informan a los institutos jurídicos, los derechos y los sistemas.” (CRETELLA JR., 1999, p. 15).

Otro aspecto, se suma a la especificidad de la Asignatura ya presentada en su carácter crítico, el de operar de forma a cuestionar la propia articulación de los valores que, en determinada circunstancia, informaron, o mejor, sirvieron de base constitutiva para los principios jurídicos, los diversos derechos erigidos sobre la base de tales valores y, aún, los sistemas jurí-

dicos como un todo que compone la estructura compleja del Derecho. De esta forma, se busca por su universalidad, no sólo enfocada en los aspectos referentes a sus ordenamientos formales, esto es, de su conjunto propio de leyes, no sólo en aquello que tales ordenamientos albergan de aplicaciones prácticas a la convivencia humana, sino en lo que tales institutos sirven como base que hace posible tal convivencia y tal sociabilidad intrínseca a la condición humana.

Podemos, ahora, con Bittar y Almeida, afirmar que, al cuestionar los fundamentos de la experiencia jurídica como un todo, en su teoría y práctica, las investigaciones propias de la Filosofía del Derecho, se prestan a abrir horizontes para otras posibilidades de sentido de los institutos jurídicos, como, por ejemplo, proponer algunas metas y tareas que están comprendidas en esas perspectivas, que pueden expresarse así:

- a. proceder a la crítica de las prácticas, de las actitudes y de las actividades de los operadores del Derecho;
- b. evaluar y cuestionar la actividad de legislar, así como ofrecer apoyo reflexivo al legislador;
- c. proceder a la evaluación del papel desempeñado por la ciencia jurídica y el comportamiento del jurista sobre ella;
- d. investigar las causas de la desestructuración, el debilitamiento o la ruina de un sistema jurídico;
- e. depurar el lenguaje jurídico, los conceptos filosóficos y científicos del Derecho;
- f. investigar la eficacia de los institutos jurídicos, su acción social y su compromiso con cuestiones sociales, ya sea con respecto a los individuos, ya sea con respecto a los grupos o comunidades, así como a las preocupaciones humanas universales;
- g. aclarar y definir la teleología del Derecho, su aspecto evaluativo y sus relaciones con la sociedad y los anhelos culturales;
- h. rescatar orígenes y valores fundantes de los procesos e institutos jurídicos;
- i. mediante la crítica conceptual, institucional, valorativa, política y procesal, asistir al juez en el proceso decisorio. (BITTAR y ALMEIDA, 2001, p.16)

Al aclarar una posible especificidad de la Filosofía del Derecho, así como, concomitantemente, presentar algunas consideraciones acerca de los aspectos del fenómeno jurídico que se propone averiguar, ese elenco de tareas que se puede realizar con sus investigaciones pueden colocarnos en un espacio seguro en cuanto a los propósitos de la Asignatura, una vez que, por el examen de esos postulados, se puede cuestionar y analizar el fenómeno jurídico en aspectos que la distinguen de los demás enfoques propios de otras investigaciones jurídicas.

Por lo tanto, en su conjunto de cuestiones, sin duda, se incluyen preguntas acerca de la postura ética de los operadores del Derecho, en su totalidad, incluyendo aquí a los integrantes tanto del Poder Legislativo, como del Judicial y Ejecutivo y, de la misma forma, preguntas sobre las prácticas específicas de tales operadores y de las operaciones realizadas, en lo tocante también al ejercicio de la abogacía como un todo. Además, la Filosofía del Derecho también analiza cuestiones fundamentales en cuanto a la legitimidad de las leyes, es decir, del marco legislativo vigente, las condiciones de su efectucción y elaboración, pudiendo ofrecer algunos paradigmas,

o sea, bases referenciales para la actividad propia de legislar, bien como de las condiciones de aplicabilidad de las leyes por los órganos jurisdiccionales del Estado.

Su tarea de evaluación se vuelve igualmente al papel que la ciencia jurídica desempeña en el contexto de la sociedad y al papel del jurista ante ella, también aclara en ese sentido, la dinámica de los institutos jurídicos que, una vez vigentes y una vez constituidos en un sistema, pasan por modificaciones, a veces tan profundas a punto de desnaturalizarse y de no sólo dejar de ser significativas en una determinada sociedad y contexto histórico, como de perder su eficacia y aplicabilidad, siendo sustituidos por otros.

En la tarea de buscar por los fundamentos del Derecho, no se puede dejar de analizar el lenguaje conceptual de que se constituyen los institutos jurídicos, su corrección terminológica, su adecuación correcta a los principios generales informadores del Derecho, buscando aclarar los valores estatuidos por las normas, y por la propia finalidad de las normas, en el sentido de verificar si, efectivamente, corresponden a los anhelos de dada cultura, en sus aspectos constitutivos más basilares.

De la misma forma, las investigaciones de la Asignatura analizan la dinamicidad propia del Derecho, cuando éste se dirige a establecer las relaciones entre los individuos y grupos integrantes de las sociedades y de la propia colectividad como un todo, enfocadas en los valores, predisposiciones y nociones y concepciones que digan respeto a la condición humana, en sus aspectos particulares y universales. En ese sentido, no podía dejar de asesorar al Poder Jurisdiccional del Estado en su momento máximo, es decir, el de la decisión del juez, en sus instancias apropiadas.

2 LÍNEAS GENERALES PARA UNA CONCEPTUALIZACIÓN DEL FENÓMENO JURÍDICO

Después de exponer las aplicaciones de la Filosofía del Derecho, enseñando algunas de las tareas a las cuales se propone, seguimos el recorrido metodológico que adoptamos. Ofrecemos, ahora, por lo menos en líneas generales, algunas de las características básicas de su temática u objeto de estudio, es decir, el Derecho, en el sentido de presentar elementos que nos lleven a una posibilidad conceptual, a partir del enfoque propio de la Asignatura.

Para responder a la pregunta ¿qué es el Derecho?, Venosa, en lugar de proponer una definición fija, prefiere seguir el camino metodológico de presentar algunas características esenciales del fenómeno jurídico como un todo, relacionándolo, de inmediato, como una de las expresiones del contexto social, en el que se articulan aspectos perennes y, de forma paradójica, esencialmente dinámicos:

El derecho es dinámico, como dinámica es la sociedad (...). En la ley no hay dogmas, sino principios, normas y leyes que pueden y deben ser cambiados de acuerdo a las necesidades sociales. Hay, sin duda, principios más o menos solidificados, cuya alteración demanda mayor o menor mediación social. El Derecho es esencialmente

dialéctico. De la discusión entre varias corrientes, se buscan las soluciones legislativas. (VENOSA, 2009, p. 06)

Se trata, pues, de un fenómeno intrínsecamente social, pero que añade a la sociedad su carácter propio, en el sentido de promover un hecho social a una dimensión jurídica, a través de la normatividad, de la elaboración de normas, reglas, leyes, como soluciones legislativas para la propia dinámica de las interacciones que ocurren en el interior de las sociedades y en las sociedades entre sí. Por ser y constituirse en esa mediación legal de las relaciones sociales, se fundamenta en el carácter dialéctico, o sea, en la búsqueda de la síntesis entre las varias concepciones, a menudo contradictorias, presentes en el medio social, pero tendientes a establecer una orden, un arte o técnica de convivencia armónica.

Con el mismo autor, podemos, igualmente, afirmar: “El Derecho es necesario. La sociedad no existe sin él. No se trata de una creación abstracta. El derecho no sobrevive sobre entidades abstractas. El derecho se concreta en la sociedad. Hay toda una actividad racional orientada hacia la creación del Derecho.” (VENOSA, 2009, p. 06).

Ese carácter necesario del Derecho se refleja en todas las sociedades humanas, de modo que se puede afirmar que ninguna sociedad se ha estructurado sin un marco de normas, aunque no leyes en el sentido estricto de la técnica jurídica que se tiene hoy, sino de reglas que ponían las relaciones sociales en determinado orden, de acuerdo con determinado objetivo, de forma que se puede afirmar la relación originaria entre Derecho y sociedad, como fenómenos mutuamente constitutivos de lo que se puede definir como el carácter existencial humano.

Eso es tan relevante que, pese a toda la actividad racional que se emplea en la elaboración de leyes, reglas y reglamentos, ninguno de estos procedimientos pasa a tener eficacia mientras se refiere a entidades abstractas, o sea, no relacionadas directa y constitutivamente a los hechos sociales que intentan ordenar. Una de las tareas de la Asignatura puede ser, precisamente, la de verificar por qué institutos jurídicos, por mejor elaborados intelectual y racionalmente, no se convirtieron en prácticas efectivas de determinada sociedad. En ese sentido, la respuesta es inmediata: porque, en Derecho, no se trata sólo de abstracciones conceptuales y, sí, de conceptos jurídicos, regulados, que se refieren a la concreción de las relaciones sociales.

Otro aspecto fundamental de nuestro análisis, retiramos, igualmente, de Venosa:

El Derecho es un fenómeno histórico. Cualquier relación jurídica sólo puede ser despojada por completo con el conocimiento de la historia. La historia es el laboratorio del jurista. (...) El Derecho refleja la experiencia de la historia. (...) Los marcos jurídicos, de la más simple y la más compleja ley, nunca surgen de la nada; siempre surgen de una base histórica, conceptos y aspiraciones conocidos. (VENOSA, 2009, p. 06).

Por ese aspecto histórico del Derecho, se refuerza su carácter esencialmente dialéctico, ya que la experiencia histórica de los pueblos y naciones puede ser averiguada a partir de las construcciones jurídicas instituidas en una época que se quiera analizar, de tal forma que, en cada período considerado, se pueden ver los valores estatuidos como norma jurídica y de ahí

deducir su dinámica propia, reflejo de los institutos que permanecen y que se deshacen, en relación directa con las concepciones que las sociedades pudieron elaborar como reglas o normas para regular su propia conducta.

El aspecto paradójico de este movimiento proviene del hecho de que, al analizar estos institutos jurídicos en su experimentación histórica, se puede percibir que datos fundamentales, como, por ejemplo, la protección de la vida, siempre estuvieron presentes en las normas y legislaciones, a pesar de las diferentes formas con las que se presentaron. Otro de esos principios básicos y que permea todo el ámbito del Derecho, se refiere a las concepciones de Justicia: variables en cada cultura, en cada momento histórico, en cada conjunto de normas objetivas que se encargan de su ejecución, pero presente en su universalidad en cada uno de esos aspectos. No se tiene, por tanto, en el Derecho, solamente la relatividad de los valores, como ya se ha mencionado, sino la perennidad de valores, considerados en su aspecto universal, como principios informadores que el propio género humano elaboró para sí mismo y en función directa de las concepciones de su propia humanidad.

En su Diccionario de Filosofía, Abbagnano propone una larga conceptualización de Derecho, también apunta algunas de las características marcadas ya presentadas en ese estudio acerca del fenómeno jurídico:

En sentido general y fundamental, la técnica de la convivencia humana, es decir, la técnica orientada a hacer posible la coexistencia de los hombres. Como técnica, el Derecho se concreta en un conjunto de reglas (que, en ese caso, son leyes y normas); y tales reglas tienen por objeto el comportamiento intersubjetivo, es decir, el comportamiento recíproco de los hombres entre sí. (ABBAGNANO, 1982, p. 260).

Por lo tanto, el Derecho se define aquí en el ámbito propio de la coexistencia humana como técnica, es decir, una capacidad, o arte, que comprende todo un conjunto de reglas aptas para dirigir eficazmente una actividad cualquiera. Sólo que esa actividad no es una simple actividad humana, sino aquella que da condiciones de posibilidad a la existencia misma de los seres humanos, mientras se organizan en sociedades y, dado que no se tiene el factor humano destituido de ese carácter social, esa técnica de normalizar las relaciones, es constitutiva y originaria de la condición humana.

Sin embargo, no se trata sólo de un conjunto de reglas, dado que esa normatividad, es esencial a la definición de lo que es jurídico, a su vez, es el aspecto en que se concreta el Derecho, pero, al hacerlo concreto, no se agotan los significados y sentidos de constituirse en una expresión más original y aún más amplia que la propia regla y técnica, eso es, las normas, reglas y leyes son las estructuras a través de las cuales este se expresa, para hacer posible una condición Humana básica: la reciprocidad del comportamiento; por lo tanto, el derecho se pone como una mediación fundamental e intrínseca de esas relaciones.

Así, el Derecho se expresa por la técnica de mediar las relaciones humanas recíprocas, por el conjunto de normas que vienen de ese proceso, pero, se constituye, concomitantemente,

en la técnica que, al mediar las relaciones recíprocas fundamentales, posibilita la existencia humana como coexistencia, como convivencia ordenada de las relaciones sociales; e de esa forma se establece el carácter mutuamente constitutivo entre Derecho y sociedad.

En ese sentido, también se posiciona Venosa, al establecer las relaciones entre técnica, conjunto de reglas y relaciones humanas fundamentales de convivencia intersubjetiva:

(...) el Derecho traduce una realidad histórico-cultural. No hay Derecho fuera del mundo de la cultura, insertado en el contexto histórico. Por esa razón se afirma que el Derecho es atributivo, porque realiza, permanentemente, valores de convivencia. Realizar el Derecho es, por lo tanto, realizar la sociedad como comunidad concreta, que no se reduce a un amorpho conglomerado de personas, sino que forma un orden de cooperación, de comunión de finalidades. Para poder reaccionar este desiderato, el Derecho es coercible, debe ser impuesto por normas de conducta. Este objetivo deriva de elecciones entre imperativos que integrarán las normas. (VENOSA, 2009, p. 16)

Es importante resaltar aquí, una característica fundamental del Derecho, además de las otras posibilidades conceptuales presentadas, o sea, su coercibilidad. Puesto que su conjunto de normas se refiere a conductas obligatorias, no a meras facultades de actuar en ese o en aquel sentido, libremente al gusto de la subjetividad de cada individuo, pero de obligar a un orden general, aunque opere excepciones fundamentales a la condición de cada uno individualmente, o, en sentido propiamente jurídico, a las personas que interactúan en ese contexto.

Se constata, de pronto, otra de las condiciones de la dinámica del fenómeno jurídico, ya que establece las dialécticas y contradictorias relaciones entre lo que es personal, subjetivo y lo que se refiere al conjunto del ordenamiento social, como reglas coercitivas de convivencia recíprocas, no como forma de anular una u otra, sino de presentarlas en una síntesis armoniosa y armonizadora de las mismas relaciones, en la multiplicidad y diversidad de sus aspectos. Se sigue, por ejemplo, que el ser humano como individuo, puede elegir por no seguir tales reglas, lo que trae consecuencias obvias: o no podrá vivir en sociedad, o tendrá que arcar con las cargas/castigos, derivados de sus propias prácticas.

El autor arriba mencionado, concluye con la afirmación de que la profundización de esas cuestiones pertenece a la Filosofía del Derecho y, luego, podemos apuntar otro doctrinador que, al conceptualizar el fenómeno jurídico, elabora una teoría tridimensional del Derecho, de la cual no se aparta ninguna expresión de la experiencia jurídica, en cuanto hecho social, valor y norma. Nos referimos, pues, a Miguel Reale, que así se posiciona:

La integración de los tres elementos de la experiencia jurídica (el axiológico - *valores establecidos*, los hechos - *hechos sociales que apoyan las normas* y la técnica formal - *las reglas adecuadamente consideradas*), revela la precariedad de cualquier comprensión del Derecho de manera aislada, como un hecho, como valor, o como estándar y, de manera especial, la idea errónea de una comprensión de la ley como una forma pura, capaz de alojar con total indiferencia, las infinitas y conflictivas posibilidades de interés humano. (GRIFO NUESTRO). (REALE, 2009, p. 699).

En consonancia con el enfoque seguido en el presente estudio, el mismo autor considera que:

Realizar el Derecho es, por lo tanto, realizar los valores de coexistencia, no este o aquél individuo, no este o aquel grupo, pero de la comunidad, concebida de manera concreta, es decir, como una unidad de orden que tiene valor propio, sin ofensa u olvido de los valores peculiares a las formas de vida de los individuos o de los grupos. “(REALE, 2009, p. 701).

Un poco adelante, en la misma obra, Reale aclara que usa la expresión ordenación, con el propósito claro de añadir otro carácter fundamental del Derecho, o sea, la problemática cuestión relacionada al poder, a través del cual, en su núcleo, el Derecho tiene el objetivo de, incluso por el ejercicio de la fuerza, realizar los valores estatuidos por las normas vigentes en una determinada sociedad, en cierto contexto histórico. Por lo tanto, el Derecho presenta una forma ordenadora específica y el poder como garantía de su actualización, o sea, de su realización efectiva.

Por lo expuesto, se percibe, una vez más, el Derecho, considerado en sus aspectos amplios y universales, no sólo como normas abstractas, formuladas sin vínculos con los contextos sociales e históricos a los que se refieren, sino, al contrario, como sustancialmente vinculados a esos mismos contextos, como una forma específica de presentarles en cierto orden, en función de los valores humanos seleccionados, tanto en sus aspectos relativos, como perennes.

Así, en un análisis de tales contextos, no se podría huir de un examen de los institutos jurídicos que los componen, justamente por eso, porque los constituyen, porque los posibilitan, porque es a través del Derecho que se presenta una de las más concretas articulaciones de las estructuras sociales e históricas que corresponden a la experiencia humana. Y la existencia de la sociedad no puede prescindir, a su vez, de la realización del Derecho, como ya se ha mencionado anteriormente, de su efectividad como experiencia propiamente humana.

3 ENFOQUE METODOLÓGICO EMPLEADO PARA TRATAR LAS CONCEPCIONES GENERALES DEL DERECHO

Este artículo presenta cuatro de las concepciones fundamentales que se sucedieron, o se entrecruzaron, en la forma de pensar el fenómeno jurídico en sus fundamentos filosóficos, al discutir sobre la validez del Derecho. Se trata, por lo tanto, de las formas básicas de presentar las cuestiones relativas a los fundamentos del Derecho, pero que se interrelacionan intrínsecamente. Lo hacemos, por lo tanto, de manera solamente introductoria, como una invitación a la reflexión y la profundización de investigaciones posteriores.

En este estudio, nunca es demasiado repetir, se presentan tales caminos fundamentales, más como un estímulo a la investigación y profundización posterior, dado que una exposición crítica que se propusiera a ser exhaustiva, tal vez no encontrase espacio completo ni siquiera en

los innumerables tratados que se presentan sobre el tema.

Se trata de presentar, en ese estudio, las principales temáticas y pensadores, en su situación histórica, así como con una breve problematización filosófica, a partir de un enfoque fenomenológico, que evidencia las concepciones generales del Derecho, no como definiciones cerradas, sino como definiciones que se comunican y se construyen conjuntamente, en el sentido de ser presentadas como posibilidades de pensar el fenómeno jurídico. Sin embargo, al enumerar, aunque no exhaustivamente tales pensadores y temas, dejamos la provocación en el sentido de que se hace siempre necesaria la investigación posterior, a partir de un texto introductorio de tales enfoques, como ya se ha mencionado.

4 CONCEPCIONES GENERALES DEL DERECHO

En este recorrido metodológico, tenemos la agrupación de cuatro concepciones fundantes del Derecho, a lo largo de la historia del pensamiento occidental, filosófico y jurídico, de forma que pensadores e ideas se muestran a partir de paradigmas comunes y, por ellos mismos diferenciados. Ese recorrido obtenemos a partir de Abbagnano, que nos informa que, en ese sentido, tenemos las siguientes cuatro acepciones:

- a) la que considera el derecho positivo, es decir, el conjunto de derechos - normas/leyes que las diversas sociedades humanas reconocen, como fundado en una ley natural, eterno, inmutable y necesario;
- b) la que juzga el Derecho fundado en la moral y lo considera, por lo tanto, una forma de moralidad;
- c) la que reduce el derecho a la fuerza, es decir, una realidad histórica políticamente organizada;
- d) la que considera el Derecho como una técnica social. (ABBAGNANO 1982, p. 260)

Se justifica la presentación de esa posibilidad de enfoque, en el sentido de mostrar que, al averiguar la complejidad del fenómeno jurídico, no se dispone de sólo un camino, sino que podemos analizar el objeto de otras formas igualmente eficaces. Eso nos parece ser uno de los aspectos más característicos del estudio del Derecho, es decir, no sólo la polisemia de sentidos de sus conceptos debe ser empleada, sino también los diversos métodos de análisis, pues son capaces de proporcionar diversas perspectivas interpretativas.

Es así que, en Filosofía del Derecho y en la propia Ciencia del Derecho, objeto y método realizan una auto-referenciabilidad mutuamente constitutiva, de suerte que el mismo concepto, enfocado de otras formas, presenta más posibilidades de sentido, significados y aplicaciones.

4.1 Derecho Natural

La primera de las concepciones, o sea, la del Derecho Natural resulta de las especulaciones filosóficas que también buscaban un fundamento para el conocimiento como un todo,

al reconocer en la racionalidad humana las condiciones de una validez universal y necesaria de los conceptos, en contraposición con la variabilidad de las formas y objetos que se abrían a las facultades cognitivas.

La tarea de esta forma de pensar el Derecho era la de se lo dar un fundamento constante e invariable, que apoyara su validez universal, en principios perennes, que no representasen la mutabilidad de las formas accidentales y transitorias, constantes en las legislaciones específicas de los diversos pueblos y naciones.

Se hizo una especie de primer estudio comparado de las diversas legislaciones vigentes en el mundo antiguo, verificándose que determinados pueblos y naciones valoraban ciertos aspectos y otros no; y tal variabilidad condujo a la idea de imperfección de tales ordenamientos, principalmente porque surgían las primeras formas de pensar la organización perfecta de las sociedades humanas. Por eso, Abbagnano, en la obra citada, afirma que: “El Derecho natural es la perfecta racionalidad de la norma, es decir, la perfecta adecuación de la norma a su propósito de garantizar la posibilidad de la vida asociativa. Los diversos derechos positivos son realizaciones imperfectas o aproximativas de esa normatividad perfecta.” (ABBAGNANO, 1982, p. 260).

Así, el fundamento del Derecho es la normatividad perfecta que, a su vez, es la expresión de una perfecta capacidad racional de ordenar los dispares factores de la condición humana, considerados desde el punto de vista individual o colectivo, para instaurar una convivencia humana recíproca, en principios universales y necesarios. Esta fase también se puede dividir en Derecho Natural Antiguo y Derecho Natural Moderno, cada una de las subdivisiones que presentan variaciones del diseño en general, como lo vemos ahora.

4.1.1 Fase Antigua

En la Fase Antigua, considerada clásica, la ley natural emana del orden racional perfecto del universo y lleva a cabo esa orden en la comunidad humana. Ese principio se basa en el concepto griego de Cosmos, a saber, de un inicio caótico, un tipo de desorden primitivo, donde los elementos que forman la materia y energías primordiales estaban en dispersión confusa, surge un único principio, capaz de ordenar todos los fenómenos que, a partir de sus acciones, produce el orden perfecto de los mismos elementos y crea el universo conocido, incluyendo la condición humana.

A su vez, ese orden perfecto no sólo se expresa en la racionalidad humana, como es la capacidad racional que puede conocer a la multiplicidad, porque comulga, originalmente, de ese factor de orden o principio único. Pero de la misma manera que ese orden se encuentra en la naturaleza, también debe realizarse en la condición humana, basada en la vida social fundadora de las personas, por lo que la ley fue vista como el instrumento para lograr ese orden perfecto, en el sentido de que siempre que sea determinado por la razón, los conceptos legales representan ese orden perenne, ese principio de ordenación de las confusas relaciones recíprocas de los seres humanos entre sí.

Dado que ese es el más antiguo de los conceptos de Derecho, en sus casi dos mil años

de historia, esos conceptos eran pasados por la experiencia humana histórica de ese período, por lo que esas ideas básicas resultaron bien adaptadas a la lógica cristiana del período siguiente, que adaptó conceptos filosóficos griegos a los postulados de un Dios único, presentado como la fuente de todo proceso de creación.

En consecuencia, ese factor de ordenación quedó definido como el acto creador divino, es decir, ese orden universal o es el mismo Dios o viene de Dios. El acceso a dicha voluntad divina se llevó a cabo por la Iglesia como intérprete de dicha orden por lo cual se entiende como incuestionable. La ley se basa, por tanto, en el mismo Dios y su tarea es realizar el orden divino en la tierra. Ese entendimiento dominó casi todo el período histórico de la Edad Media.

4.1.2 Fase Moderna

La Fase Moderna del Derecho Natural sigue el movimiento cíclico de un retorno a la Antigüedad Clásica, objeto incluso del Renacimiento, por rescatar a la racionalidad humana y buscar la autonomía de la Filosofía, del Derecho y de las concepciones de Estado, eliminando la dependencia de los conceptos teológicos dominantes a lo largo de la Edad Media, asegurando el Derecho Natural como una disciplina, un orden de base necesariamente racional, sin embargo, independiente tanto del orden cósmico, como de Dios.

Por lo tanto, con el fin de lograr dicha independencia, el Derecho Natural aparece como “concepto de una técnica que puede y debe regular, en la forma más conveniente, las relaciones humanas”, así como “se convierte en una técnica racional de la convivencia humana.” (ABBAGNANO, 1982, p. 263).

Es, por lo tanto, una técnica racional, de base matemática, es decir, se emplearía el mismo proceso que utilizan las fórmulas que expresan razonamientos lógicos exactos inferidos indispensablemente de principios evidentes, requeridos necesariamente para ordenar a la vida humana en sociedad.

A este respecto, uno de los grandes eruditos de la época, Grocio, citado por Abbagnano (1982, p. 263), afirma que “el acuerdo necesario entre la norma y la naturaleza racional y social (...) significa el carácter de indispensabilidad de la norma en vista de las relaciones entre los hombres”; es decir, debido a que la base de la normatividad se establece en la misma naturaleza humana, entendida como racionalidad y necesaria sociabilidad, el objetivo del ejercicio de la técnica es deducir la norma legal correcta que, siendo una adaptación necesaria a esa doble condición del ser humano, permiten, a su vez, las correctas relaciones de convivencia de las comunidades y las sociedades.

Como es la naturaleza del fenómeno jurídico, tales consideraciones básicas también sufrieron contrastes significativos, que incluyen las aportaciones de pensadores ya mencionados, así como de Hobbes y Locke y también Puttendorf y Hume, que finalmente transforman ese carácter de racionalidad necesaria de la técnica que elabora la norma y de la propia norma. Ya no es un aspecto unívoco que la norma determina siempre la condición humana en sus relaciones recíprocas y es el complemento perfecto a esta condición, sino que se establece un

concepto más flexible de una técnica más maleable, y una norma tal cual, ahora considerada como un ordenamiento razonable de las relaciones humanas, que relativiza ese carácter fijo e implacable de la normatividad como expresión perfecta de la racionalidad y la sociabilidad humanas. La norma deja de ser necesaria y absoluta, para ser considerada como razonable en un contexto dado.

4.2 Derecho y Moral – Derecho Racional

El segundo diseño distingue Derecho y moral, puesto que las características que se atribuyeron al Derecho, pasan a ser identificadas con la moralidad, que se entenderá como una obligación interna del ser humano, lo que le obliga a una acción desde su fuero íntimo, mientras que el Derecho se entenderá como una obligación externa, es decir, la obediencia a una regla o norma social.

Kant establece así la diferencia entre legalidad y moralidad, “La pura concordancia y discordancia de una acción con la ley, independientemente del motivo de la acción misma, se llama legalidad, mientras que, cuando la idea de deber deriva de la ley es, al mismo tiempo, motivo de la acción, se llama moralidad.” (KANT, 1984, párrafo 3).

Por consiguiente, si alguien cumple los mandamientos de la ley, por ser obligado a hacerlo, agota los requisitos del Derecho, es decir, cumple con la ley. Ahora bien, si a esa obligación externa se añade que, no sólo se siente obligado externamente por la ley, pero también en lo íntimo sus acciones están motivadas a dicho cumplimiento, se dice que es la esfera moral: no solo actúa de acuerdo con la ley, como también actúa por deber moral. Sin embargo, esa moral para Kant no se refería al mero cumplimiento de una persona con las costumbres de una sociedad determinada, sino también a los motivos íntimos de la acción humana, dictados por la razón, considerada objetiva e inmutable. Por esta razón, el Derecho es considerado como una forma derivada e incluso imperfecta de la moralidad, pues, por ley, se obliga a alguien, externamente, a actuar en consecuencia o en conformidad con una norma determinada, mientras que la moral verdadera, puede incluso prescindir de un orden externo.

Esas ideas tuvieron un fuerte impacto y diversos desarrollos sucesivos en la enseñanza del Derecho, ya que las declaraciones de Kant, en las cuales está basado el Derecho Racional se pueden destacar tres puntos principales:

- a) el carácter primario y fundamental de la norma moral que es la única ley racional y, por tanto, la derivación de las reglas del Derecho de esa ley;
- b) el carácter externo, luego ‘imperfecto’ de la norma de Derecho, y, por consiguiente, la naturaleza imperfecta e incompleta de la acción legal en vista de la acción moral;
- c) el carácter necesariamente coercitivo de la ley. (ABBAGNANO, 1982, p. 267).

La problemática filosófica de esos postulados resulta extremadamente fructífera en la medida en que va a cuestionar el concepto de racionalidad en Kant, entendida como una esfera objetiva y absoluta del ser, desconectado de las peculiaridades de la formación de cada indivi-

duo, considerados por separado, sin tener en cuenta sus singularidades, ni las sociedades en las que se insertan; así como de una facultad que, como un atributo superior, fuera capaz de dictar normas perfectas para el actuar humano y de obligar, desde el fuero más íntimo del ser, a que ese actuar fuera completa y totalmente adecuados a esos dictámenes.

Una vez que se cuestiona la misma razón que sirve como el fundamento de la moral, se pregunta, además, si hay un carácter de universalidad práctica de la ley moral. Por ello, entonces, es que el carácter fundamental del Derecho, con la tarea de promover la convivencia humana adecuada, es coercitivo. Es posible también discutir la legitimidad misma de esa legislación, incluso cuando se establece normas de conducta externa, es decir, las leyes: ¿qué criterios se utiliza para determinar que se debe ser obligado a hacer esto o aquello, y no otra cosa cualquier?, es decir, ¿qué supuestos se articulan en sus opciones? Y una vez identificados esos supuestos, podemos preguntar: ¿están dotados de validez absoluta? ¿Hay dicha racionalidad y dicha moralidad de carácter objetivo?

4.3 El Derecho como Fuerza

La tercera concepción del Derecho, centra sus supuestos sobre el punto de la comprensión de la ley como fuerza coercitiva que garantiza la realización de la propia norma, desde las instituciones asentadas históricamente, entre las que se destaca el Estado como su fundamento. Así pues, el Estado se presenta como la realidad histórica final, que es la culminación de la evolución histórica del ser humano, como el único verdadero y definitivo logro del Derecho.

Esa concepción del Derecho nace con Hegel, ya que se supone que la razón y la realidad se identifican de tal manera, que es en el Derecho y en el Estado que se ve la racionalidad celebrada, hecha efectiva, plena, desde lo que se establece para sí mismo. En ese sentido, la ley no es más que la realización de la libertad en el Estado, de manera que, el Derecho sólo existe como ley del Estado y, a su vez, la libertad existe sólo como obediencia a las leyes estatales. Por lo tanto, todavía en las palabras de Hegel, en la misma obra: “El individuo obedece a las leyes y sabe que, por esa obediencia, tiene su libertad; tiene en ella la relación con su propia voluntad.” (Hegel, 2000, p. 99).

No se debe pensar, sin embargo, que en esa relación se establece la desaparición del individuo, ya que Hegel ve en el estado precisamente la posibilidad de síntesis entre lo social y lo individual, ya que construye su Filosofía del Derecho no en el individuo, sino en el Estado y señala el cambio para el estado como el momento en el que el Derecho se hizo pleno, o en palabras de Mascaro:

Al considerar el Estado la razón en sí misma, sin embargo, Hegel no propone una filosofía política del tipo absolutista. Su entendimiento no es reaccionario, en el sentido de negar la individualidad del sujeto de derecho a cambio de un Estado pleno. Por el contrario, Hegel procede a una dialéctica entre el Estado y el individuo. Es precisamente el Estado que garantiza al sujeto como un ciudadano, sus derechos. (MASCARO, 2010, p.84)

Otra consideración importante es que, al ser el hombre la manifestación del espíritu, la realización de este espíritu se da en la historia. Hegel se dedica a mostrar el espíritu en sus manifestaciones, es decir, en las diversas formas que pueden aparecer en la historia. Una de esas posibilidades efectivas de manifestación del espíritu se da como Espíritu Objetivo, que se expresa como Derecho, a través de la realización de la racionalidad en la experiencia histórica del hombre y, según esa racionalidad avanza en su presencia y existencia histórica, en otras palabras, en esa expansión permanente, están los objetivos de racionalidad jurídica: “El dominio del Derecho es el espíritu en general; su propia base, su punto de partida es el libre albedrío, por lo que la libertad es su sustancia y su destino y que el sistema del Derecho es el imperio de la libertad llevado a cabo (...)” (Hegel, 2000, p. 248).

Para explicar esos conceptos que buscan el fundamento del Derecho, por la relación entre ese entendimiento del Derecho como una fuerza que sostiene y constituye el Estado y también emana del Estado; y que, dialécticamente, mientras opera la síntesis máxima de las contradicciones humanas individuales, ofrece la máxima libertad y por lo tanto es un poder que emana del espíritu mismo en su experiencia objetiva, Bittar y Almeida explican que:

La esencia del Derecho (la máxima libertad), se hace acontecimiento de Derecho (la libertad concreta), se manifiesta en este o aquel conjunto de leyes, de tal o cual Estado, de tal o cual cultura. De esa manera, surgen las leyes, los códigos, el derecho positivo, que son realizaciones de la noción abstracta del Derecho.” (BITTAR Y ALMEIDA, 2001, p. 79)

Mientras máxima abstracción, podemos entender la Ley como expresión del Estado, a través de sus leyes objetivas y ese sistema legal que es sostenido y que sostiene el Derecho, que se expresa y es una consecuencia de ese Estado; y el Estado, a su vez, se constituye en otra máxima abstracción, como un enunciado perfecto, ideal, donde las libertades individuales máximas y las garantías sociales podrían ser consideradas en un equilibrio armonioso y perfecto.

Eso es, sin duda, una amplia y máxima idealización lógica, tal vez un logro a ser alcanzado. Ahora, decir que tales elaboraciones lógico-rationales se expresan de manera efectiva en la Historia, a través de la concreción de las leyes objetivas e incluso de la estructura y del sistema legal de los Estados Nacionales, concretamente existentes y presentes en la Historia en sí, nos debe llevar a niveles muy graves de análisis y cuestionamiento. Por lo tanto, si nos centramos los Estados totalitarios, terroristas y genocidas, cuyo sistema jurídico no sólo autorizó, como también estableció mandamientos explícitos de cese de las libertades y garantías individuales y colectivas, como produjo la muerte sistemática de sus propios ciudadanos o de otros seres humanos, debemos revisar la lógica de la legitimidad del estado y las leyes, por sí mismos. Ejemplos claros de los regímenes nazi e incluso del socialismo de Stalin y de los regímenes de Europa del Este, y también algunos regímenes de orientación musulmana, cuya lógica jurídica positiva todavía existe, como asaltos violentos contra los derechos humanos básicos.

Desde las consideraciones de Hegel, en el sentido de Estado y de Derecho, no se puede

decir que esos casos constituyen excepciones a la regla del Derecho, siendo excepciones, tales como el régimen militar en Brasil, teniendo en cuenta que todos esos sistemas legales tenían su legitimidad por la fuerza concreta de los titulares del poder del Estado, en las instituciones políticas establecidas y legitimaban su estructura legal por la fuerza. De manera que su lógica perfecta representó, de hecho, la máxima barbarie y la negación de lo que puede interpretarse como el Derecho.

En palabras de Hegel: “Lo que es el Derecho, en sí mismo, se hace constar en su existencia objetiva, es decir, se define para la conciencia por el pensamiento. Se le conoce como que, con justicia, es la ley. Dicho Derecho es, de acuerdo con esta determinación, el Derecho positivo en general. “(Hegel, 2000 p. 258).

Sin embargo, una vez más, nos preguntamos si la positividad de las normas es efectivamente capaz de realizar en lo concreto de sus mandamientos, lo que es el Derecho, en sí mismo; al igual que, si el Derecho positivo puede resumir las consideraciones de valor, para garantizar las libertades individuales y colectivas completas y todavía llevar a cabo actualmente en la Historia, los significados de Justicia, al máximo. Tal vez eso se pueda poner como meta. Algo que debemos tratar de lograr, pero no declarar como un poder pleno, realizado, que expresa, específicamente, tales ideales.

4.4 El Derecho como Técnica social – Derecho Positivo

La cuarta concepción del Derecho, aunque haya diversas variables, comprende el Derecho como una técnica social, desde el punto de vista centrado en el positivismo jurídico, esto es, en la especificidad de las normas legales, entendidas no como un sistema diseñado para alcanzar valores perennes e idealizados de la condición humana, especialmente en lo que se refiere a un concepto universal de Justicia, considerada como el tipo de perfecta convivencia entre los seres humanos, sino como un instrumento para lograr ciertos fines y luego como una herramienta:

(...) se puede juzgar en cuanto a su eficiencia, es decir, su capacidad para garantizar una ordenación (cualquiera) de la sociedad humana. En este sentido, se reconocerá el Derecho como un deber ser, esto es, como reglas para la conducta humana, con lo que ese comportamiento puede, en realidad, no ajustarse. (ABBAGNANO, 1982, p. 269).

Los orígenes históricos de este positivismo jurídico son los mismos que el positivismo científico que alcanzó su apogeo en el siglo XIX; y de cuyos principios se valió su mayor teórico, Hans Kelsen, en su esfuerzo por presentar, en la época contemporánea, una ciencia pura del Derecho que tuviera su fundamento en la propia estructura lógico-formal del sistema legal, basada en un estándar eminentemente lógico, desde donde emanarían todas las demás reglas, dependiendo de las condiciones de su validez, determinadas por el propio sistema legal.

Este esfuerzo de desarrollo tiene como objetivo alcanzar una Ciencia del Derecho, purgada de aspectos antropológicos, sociológicos o económicos, éticos o metafísicos y religiosos,

buscando el carácter de lo que es jurídico, en la estructura del sistema formal del Derecho que, a su vez, se apoya en un método propio, definido por el Derecho mismo, mientras se opera con sus variables, es decir, desde la operación de un sistema dado, con su conjunto de leyes, centrado en la existencia de la norma jurídica puede tener su validez cuestionada desde lo que se observa:

La forma, el rito, el momento, el modo, la estructura, la jerarquía, la lógica y la producción normativa prevista por el ordenamiento jurídico. La validez no somete a la norma al juicio de correcto o incorrecto, pero al juicio jurídico en sí, es decir, el juicio de la existencia o no (que pertenece a un sistema formal) de cierto sistema legal. (BITTAR Y ALMEIDA, 2001, p. 123).

Por lo tanto, aunque los aspectos antropológicos y sociológicos, económicos o sociales, éticos o metafísicos y religiosos, se han refugiado en una legislación dada, para convertirse en normas positivas del Derecho, sigue una lógica propia, que pertenece al sistema legal y de acuerdo con una metodología específica de la ley, de modo que no puede, desde su vigencia, utilizar de estos mismos argumentos para justificar su no aplicabilidad. El marco legal les da su propio carácter, es decir, asigna a estos elementos su condición de legalidad.

Que se puede y se debe buscar una Ciencia del Derecho, delimitada en su objeto lo más perfectamente posible, definiéndose lo más claramente posible sus límites, alcances y el funcionamiento de su sistema es tarea incuestionable. Sin embargo, cuando se trata de la búsqueda de su fundación, se debe cuestionar si es posible desvincularse el Derecho de esos otros principios generales que lo informan e informaron en su evolución histórica, sobre todo porque si echamos un breve vistazo a la Historia, nos damos cuenta de que los sistemas legales consistentes, y que cumplieron la finalidad a la que se propusieron, terminaron por hacerse exactamente contrarios al Derecho, entendido en un sentido más amplio, como se mencionó anteriormente: Derecho, Estado y leyes al servicio de la instrumentalización de la barbarie, como herramienta racional y lógica de supresión y opresión de la dignidad humana.

No obstante, seguramente podemos identificar en los sistemas legales su propia lógica y que la validez de las leyes objetivas se rige por la misma lógica normativa del sistema. Sin embargo, si queremos hacer frente a este sistema lógico con este tipo de norma fundamental afirmada por Kelsen, nos enfrentamos a cuestiones muy importantes, tales como:

- si dicha norma lógica fundamental existe como paradigma del sistema jurídico en su conjunto, ¿en dónde se coloca?
- si no es sólo la coherencia de un sistema dado, pero su paradigma, entonces, o se encuentra fuera del sistema, o emana del sistema y está por encima de él, en alguna instancia metafísica;
- y sobre todo si existe tal regla lógica como fundamento, ¿quién la puso?, es decir, ¿quién la propuso?, ¿o se ha “auto-colocado”? y ¿cómo algo puede ponerse a sí mismo? ¿o si se la fue puesta por la intervención ser humano?, ¿cómo fue el acceso a esta racionalidad pura, despojada de su contexto?

- y, por último, ¿podemos excluir de cualquier formulación lógica del Derecho positivo la complejidad del ser humano, como verdadero paradigma y autor de cualquier orden?

5 CONSIDERACIONES FINALES

En la presentación de este breve estudio de las consideraciones filosóficas, a través de la mirada de la Filosofía del Derecho, realizada tanto por los filósofos de la tradición occidental, como por los estudiosos del Derecho, nos hemos guiado por una meta que tenía por objetivo enfatizar el carácter dinámico de los diversos significados que intentaron conceptualizar y trabajar con el fenómeno jurídico, para mostrar la dinámica del fenómeno jurídico mismo.

De ese dinamismo, se puede deducir el carácter dialéctico que constituye, desde las primeras formulaciones acerca del Derecho, hasta las más recientes, así como el carácter dialéctico del ejercicio práctico de la experiencia legal, en su conjunto, ya que, en una vivencia fundamental e intrínseca de las sociedades humanas, se entrecruzaron y aún se contraponen concepciones fundamentales acerca de la propia naturaleza humana, de lo que sea sociedad, de la estructura política del Estado, así como una multitud de valores fundamentales y específicos, producidos y alojados dentro de las más diferentes culturas en su recorrido histórico.

La exposición metodológica no significa, sin embargo, que tales concepciones son herméticas y han tenido éxito en la superación de las otras el flujo de la historia, sino que, a penas las exponemos, ya que cuando operamos con el Derecho, podemos hacer uso de tal o cual concepción general, en la búsqueda de adecuación razonable de estas disposiciones generales, a los casos particulares que tratan de evaluar los sistemas jurídicos, incluso cuando la base de tales sistemas puede ser objeto de debate y debe ser discutido.

Además, en ese largo tiempo de existencia, no sólo se perciben las rupturas, sino también un proceso similar a una fusión de horizontes entre las distintas concepciones y prácticas propias de los sistemas jurídicos, lo que garantiza al fenómeno jurídico su propia especificidad, capaz de insertarlo en una Ciencia Jurídica específica, pero que lo pone en el amplio espectro de las Ciencias Humanas, con la excelente adjetivación de Ciencia Humana Aplicada, esto es, dirigida a las mismas realidades sociales que su positividad intrínseca, de acuerdo con sus propósitos, tiene como objetivo lograr, pues, una ciencia del ser humano, para el ser humano e por el ser humano.

Puede causar una cierta extrañeza el hecho de no hacer referencia a una quinta posibilidad de enfoque del fenómeno jurídico y que nace, no como un sustituto de otras formas de pensamiento jurídico, pero como complemento a una experiencia conceptual y, por lo tanto, la experiencia humana de este mismo fenómeno considerado universalmente; es decir, la ausencia de una referencia directa a la hermenéutica jurídica, ya sea tratada como la hermenéutica clásica, en la que se discuten los métodos de interpretación necesarios para aplicar las leyes, así como su tendencia contemporánea, es decir, desde el cambio lingüístico-hermenéutico operado en el pensamiento occidental, a partir de las formulaciones de los filósofos Heidegger y Gada-

mer. Dejamos entonces registrado, y este es otro estímulo para la investigación adicional, que tales consideraciones podrían extrapolar las posibilidades y condiciones de este estudio, con el fin de limitarnos sólo a presentar lo que ahora autores como Lênio Streck consideran una crítica hermenéutica al Derecho.

En este sentido, hay que destacar, lo más brevemente posible, ese enfoque. Podemos considerar que, a partir de la aplicación del círculo hermenéutico como condición de la comprensión del fenómeno jurídico, mientras que conforma como su propia forma de ser en el mundo, en su función de regular, normativamente, a sí mismo, así como la vida social en el que está insertado; ya que toda la experiencia de establecer estos sentidos normativos se da en, y a través del lenguaje, desde donde se llega al carácter inagotable del Derecho en todas sus instancias. Este es el reto que se presenta: no prescindir de la norma legal y, concomitantemente, permanecer en estado de alerta para que no se ocurra, a través del Derecho, el encubrimiento del hecho por el propio texto normativo. Se cree, por lo tanto, en la norma como inseparable de su texto, así como la aplicación de la norma como inseparable de su interpretación: no es posible aplicar la norma sin interpretarla. Se trata de mostrar el Derecho como una permanente construcción e instauración del sentido normativo de la existencia, a la que se llega por la comprensión de la dimensión abierta de esa construcción continua, mientras que una unidad de sentido inmanente presente en la existencia.

Por último, registramos, de manera explícita, que una mirada más atenta a las consideraciones filosóficas que presentan las escuelas anteriores del pensamiento jurídico, de hecho, se revisten de esa mirada hermenéutico-interpretativa, dejada, aquí, como ejemplo de un ejercicio primero de análisis a qué tal pensar puede llevarnos.

6 REFERENCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. Tradução coordenada e revista por Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1982, 2ª. Ed.

ADEODATO, João Maurício. Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Atlas, 2009, 4ª. Ed.

BITTAR, C.B. e ALMEIDA, Assis de. Curso de Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 2001, 1ª. Ed.

CARREIRO, C.H. Porto. Notas sobre Filosofia do Direito. São Paulo: Alba, 2000.

CRETELLA, Jr. Curso de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro. Forense, 1999.

DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de Filosofia do Direito. Coimbra, Portugal: Armênio Amado, 1979, in Coleção Studivm, 58 e 59. Temas filosóficos, jurídicos e sociais.

HEGEL, Georg W. F. Princípios da Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 2ª. Ed.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. In Coleção “Os Pensadores”. São Paulo, Abril Cultural, 1984, 2ª. Ed.

MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 2010, 1ª. Ed.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito, trad. De I. Cabral de Moncada. Coimbra, Portugal: Armênio Amado, 1997, 6ª Ed.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. Saraiva: São Paulo, 2009, 20ª. Ed.

ROCHA, Manuel de Sacadura. Atlas: São Paulo, 2007, 1ª. Ed.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Introdução ao Estudo do Direito. In Coleção “Primeiras Linhas”. São Paulo: Atlas, 2009, 2ª. Ed.

THE JURIDICAL PHENOMENON: BASICS FORMS OF TO THINK THE LAW

ABSTRACT

The present article presents the proper place where lies the Discipline, as the relationship established between the fields of Philosophy and legal studies, followed by conceptual articulations of Law as a phenomenon normative, political, social and historical. Evidence also has two methodological approaches to deal with the focus: the fusion of horizons between the philosophical and legal properly, historically considered, as well as the four fundamental concepts of Law, which emerged in occidental thought: the natural law, ancient and modern, the jusrationalism, the Law as a force and as a social technique: juspositivism. The presentation of the postulates of the theories, is added a brief sampling of how problematic it can become a philosophical analysis of such approaches. In the final consideration brings a proposal for discussion to the topic and indicating, in References, major authors focused.

Key-words: Philosophy. Jusnaturalism. Rationalism. Positivism.

O FENÔMENO JURÍDICO: FORMAS BÁSICAS DE PENSAR O DIREITO

RESUMO

O presente artigo apresenta o lugar apropriado onde se situa a Disci-

plina, como relação que se estabelece entre os campos da Filosofia e dos estudos jurídicos, seguido de possíveis articulações conceituais do Direito, enquanto fenômeno normativo, político, social e histórico. Evidencia, igualmente, duas abordagens metodológicas para tratar do enfoque: a fusão de horizontes entre as concepções filosóficas e propriamente jurídicas, historicamente consideradas; bem como as quatro concepções fundamentais de Direito, surgidas no pensamento ocidental: o jus naturalismo, antigo e moderno; o jus racionalismo, o Direito como força e como Técnica Social; o jus positivismo. À exposição dos postulados das teorias, acrescenta-se uma breve amostragem de como se pode tornar problemática uma análise filosófica de tais enfoques. Nas considerações finais traz uma proposta de discussão para o tema e indicação, nas Referências, dos principais autores focados.

Palavras-Chave: Filosofia. Jus naturalismo. Racionalismo. Positivismo.