

ROQUE CARRION WAM

CELIJS,

Universidad de Carabobo, Valencia

FILOSOFIA DEL DERECHO POSITIVO

(Notas para una investigación crítica sobre los fundamentos de la "racionalidad práctica jurídica")

- I. En esta comunicación me propongo adelantar algunas ideas relativas a un posible programa de investigación y enseñanza en el campo de la *Filosofía del Derecho*. La expresión *Filosofía del Derecho* se usa con frecuencia, en el ámbito institucional universitario y profesional, para designar una actividad teórica que investiga los fundamentos del derecho y de la práctica jurídica. Restrictivamente hablando, en la tradición civilista del mundo jurídico, la *Filosofía del Derecho* se ha investigado y enseñado en función de la historia de dichos fundamentos siguiendo una secuencia histórica lineal. La investigación sobre la *Filosofía del Derecho* se ha desarrollado, *grasso modo*, como una Historia de la *Filosofía del Derecho* independientemente de los problemas teóricos y prácticos del derecho positivo.¹

La materia *Filosofía del Derecho* en los cursos regulares de la enseñanza del Derecho en las Facultades Universitarias ha seguido la suerte de las materias enciclopédicas e informativas de los fundamentos del Derecho que los filósofos han expuesto en sus tratados. La enseñanza de la *Filosofía del Derecho* es considerada generalmente como una materia que no tiene que ver con la teoría y la práctica del derecho positivo, es decir con la *dogmática jurídica*. La *Filosofía del Derecho* se inserta en el currículum del tercer año de estudios de derecho sin ningún peso en la jerarquía de prelación. En suma, los *fundamentos filosóficos* que la *Filosofía del Derecho* enseña, no tienen ninguna relevancia teórica ni práctica en la dominante línea de investigación y enseñanza del derecho institucionalmente considerado.

- I.1. Preguntarse por el origen histórico de este desentendimiento entre fundamentos filosóficos del derecho y derecho positivo está fuera de

1. Un ejemplo clásico es la obra de Giorgio del Vecchio *Historia de la Filosofía del Derecho*, (cuya primera edición italiana es de 1930 y traducida por Luis Legaz y Lacambra y editada por Bosché, Barcelona 1960). La influencia de del Vecchio en la formación de los juristas latinoamericanos es notable.

lugar en esta ocasión. Que sea suficiente indicar que la historia de la formación de la actual teoría del derecho moderno, en su expresión dominante positivista, encierra la clave de esta cuestión. En otras palabras, la historia de la formación de lo que se conoce como "dogmática jurídica" constituye una rica cantera para encontrar no sólo la concepción que del Derecho tiene el "ciudadano común" sino también para desvelar todos los "mitos" necesarios de la teoría de la legislación y de la idea del Estado de Derecho, tal como funcionan en los diarios discursos de legisladores, abogados, políticos, empresarios, padres de familia, profesores y estudiantes de derecho.

- 1.2. Si bien no podemos hacer en esta ocasión la historia de la *dogmática jurídica*, paradigma de la "ciencia jurídica positivista", podemos señalar algunas características que hacen de este paradigma el punto crucial de referencia de la racionalidad práctica jurídica, tal como se efectúa en la praxis del derecho positivo en los países en los que predomina el derecho legislado.² Aunque la referencia a esta particular forma de conocimiento jurídico denominada *dogmática jurídica* sea un lugar común en la literatura jurídica, no existe —que se sepa— algo así como un *tratado de dogmática jurídica* todas las investigaciones sobre el tema se esfuerzan por caracterizar tal método de la "ciencia jurídica". Algunas de esas características son las siguientes: a) Frente al derecho positivo el jurista adopta ciertas actitudes ideológicas e ideales que cumplen determinadas funciones en relación al derecho positivo; b) se realizan ciertas técnicas de justificación de soluciones que se proponen; c) la aceptación dogmática se funda en criterios tales como "la autoridad" que dicta la norma o en la "eficacia" de la misma. En todo caso no son criterios materiales (frente a la aceptación racional que supone un cotejo de contenido de la norma con otra, la aplicación de criterios de justicia, conveniencia, etc.); d) los juristas reafirman que su trabajo profesional consiste en la mera des-

2. Para una reciente exposición de las características de dogmática jurídica, véase Carlos S. Nino *Introducción al análisis del Derecho*. Editorial Astrea, Buenos Aires 1980. pp. 321 y sgtes. Carlos S. Nino *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974 Tercio Samparo Ferraz Jr. *Funcao Social da Dogmática Jurídica*. Editora Revista dos Tribunaes, Sao Paulo, 1980. Klaus Adomeit, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1984. Enrique Zuleta Puceiro, *Paradigmas Dogmáticos y Ciencia del Derecho*, Editoriales de Derecho, Madrid, 1981. Rolando Tamayo y Salmerán, *El Derecho y la Ciencia del Derecho*, UNAM, México, 1986. Antonio Hernández Gil, *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1976.

cripción del derecho de *lege data*: se expone el derecho "tal cual es" (se excluyen las preferencias ideológicas personales); e) propugna el modelo dogmático del "legislador racional", que encierra todos los ideales de la racionalidad neutral: singular, imperecedero, único, consciente, finalista, omnisciente, omnipotente, justo, coherente, omnicomprendivo, económico, operativo, preciso, cuya función es la de "adecuar el derecho a ciertos standards axiológicos vigentes, cerrar sus lagunas, eliminar sus contradicciones, precisar sus términos vagos, prescindir de las normas superfluas, etc., *sin que aparezca como una modificación del orden jurídico positivo*, sino como si se tratara de una descripción del derecho vigente, tal como genuinamente debió haber sido pensado por el legislador"; f) del "legislador racional" se deriva un "ordenamiento jurídico óptimo" sin contradicción, operativo, sin lagunas, preciso, dinámico, finalista; g) la ideología dogmática postula que, respecto de los jueces, éstos deben aplicar el derecho, tal como fue sancionado por el legislador y adecuar sus decisiones a los estándares valorativos vigentes y respecto del derecho positivo sostiene que éste no tiene lagunas ni contradicciones y que las normas que lo confirman tienen un significado unívoco.³

II. *Dogmática Jurídica y racionalidad práctica del Derecho*

La dogmática jurídica es apreciada, aún hoy, desde una doble valoración: a) negativamente, como una práctica teórica que impide el desarrollo de una actividad racional abierta y la franca disputa axiológica, acorde con lo que exige, por ejemplo, el discurso racional de la ética en tanto discurso sobre la acción humana y b) positivamente, en el sentido que la actividad dogmática ha desarrollado una técnica discursiva valiosa que puede servir de modelo en otros dominios, como por ejemplo, en los discursos de justificación racional de la acción humana, es decir, en el ámbito en el que se desarrolla la actual discusión sobre la racionalidad práctica.

Resulta por lo menos curioso observar que la misma "técnica de racionalidad práctica" puede valer para dos objetivos distintos. Sin embargo, decidirse por uno de ellos implica escoger un horizonte dialéctico que modifica radicalmente la concepción teórica y práctica del Derecho.⁴

3. Carlos S. Nino, *Introducción...*, p. 329. El "legislador" tal como la dogmática lo utiliza no contiene correspondencia fáctica, no denota ningún individuo ni designa ningún conjunto de propiedades, cuya presencia sea necesaria y suficiente para la aplicabilidad de la palabra"... C. S. Nino, *Consideraciones*, p. 91.

4. Hace tiempo tengo para mí que el trabajo realizado por Kelsen en su Teoría Pura del Derecho era en gran medida una reconstrucción de la dogmática jurídica. C. S. Nino lo afirma claramente: "Pocas veces se ha advertido que el acierto de la teoría pura de Kelsen,

Esto significa que, si "la dogmática jurídica abandonara la fachada descriptiva de su actividad", entonces tendría que presentarse como un modo de proceder abierto y sin ambages que propone "soluciones normativas originales en base a las consecuencias valorativas de las mismas, como lo quiera la "jurisprudencia de intereses". Tal caso sólo sería posible "en un contexto social que permitiera manifiestamente a los jueces, principales destinatarios de la tarea dogmática, completar el derecho en caso de lagunas, elegir una de las normas contradictorias por motivos axiológicos, determinar el significado legislado cuando fuertes razones valorativas lo exigen".⁵

Lo señalado supone: a) abrir el juego a la racionalidad práctica normativa y b) construir una teoría de la sociedad, que convalide una actividad racional normativa abierta.⁶ Con lo cual nos ubicamos en el centro de la problemática política jurídica actual, y por esta vía replanteamos, una vez más, la necesidad de un estudio sobre de derecho y sus vinculaciones con la "realidad social" desde la perspectiva de la *razón práctica*, la misma que nos permitiría no ser "descriptivamente dependientes" de la "realidad social" (supuestamente fija, determinada, ideológicamente conservadora) sino que nos alentaría, en función del objetivo de la actividad racional práctica jurídica, a proponer soluciones normativas.

- II.1 El Centro de la discusión actual sobre la praxis social humana, es decir sobre las acciones morales y sobre las razones de la acción moral, acoge con interés los ejemplos de la "racionalidad dogmática" del derecho. Así por ejemplo Hans-Georg Gadamer se esfuerza por establecer el "significado dogmático de la hermenéutica jurídica", reviviendo con ello toda una rica tradición de la teoría de la interpretación del derecho, en un análisis comparativo entre hermenéutica jurídica y hermenéutica histórica. Gadamer piensa que la primera está en capacidad de "devolver a la hermenéutica histórica todo el alcance de sus problemas y reproducir así

sin duda la obra más importante de la filosofía jurídica contemporánea, consiste principalmente en haber "racionalizado" las bases ideológicas de la dogmática jurídica. Kelsen ha logrado hacer explícitos muchos de los supuestos que permanecen latentes en la labor de los juristas". Op. cit. p. 34.

5. C. S. Nino. Op. cit. 108.

6. Cf. Roque Carrión Wam. *Argumentación Ética, Proceso e Interpretación Jurídica. (Una aproximación metodológica)*, ponencia presentada en la sección de Filosofía del Derecho del Congreso Nacional de Filosofía, Caracas, noviembre 1988, editada, conjuntamente con todas las ponencias de esa sección del Congreso, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. UCV, Caracas, 1989, N° 73, pp. 131-139.

la vieja unidad del problema hermenéutico en la que viene a encontrarse el jurista, el teólogo y el filósofo".⁷ La hermenéutica jurídica ejercida por el juez es un modelo de lo que "de todos modos tiene lugar en cualquier forma de comprensión".⁸ Otro filósofo de la racionalidad práctica, Jürgen Habermas ha puesto de relieve el esquema de la legitimación por intermedio de la legalidad, destacando con ello el modelo de la racionalidad práctica procedimental jurídica (RPJ). Habermas es, en el actual panorama de la renovada discusión, un interlocutor importante que ha abierto un camino de investigación en donde las relaciones de la moral y el derecho saltan al primer plano, en el horizonte de la constitución del Estado de Derecho como sustituto del Derecho Natural Racional. La estructura racional del Derecho brinda la ocasión de una valoración "imparcial" regulada por reglas. Así, la *razón práctica* encuentra su validez en los contextos de aplicación de normas, examinando si se han tenido en cuenta de forma *adecuada y completa* todos los contextos relevantes a la luz de reglas que pueden colisionar entre sí, y lo cual se materializa en los "procedimientos jurídicos" que hayan de institucionalizar la imparcialidad de la Administración de justicia.⁹ La versión de la legalidad que sustenta al derecho positivo y a su correlato político-jurídico de la idea de Estado de Derecho se convierte, para Habermas, en la "garantía" de la racionalidad práctica. De aquí que afirma con decisión: "A lo que apunto... es a la idea de un Estado de Derecho, con división de poderes que extrae su legitimidad de una racionalidad que garantiza la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales".¹⁰ En la convicción de Habermas la "racionalidad procedimental" constituye (tras el hundimiento del Derecho Natural Racional) la única dimensión que queda en que pueda asegurarse al derecho positivo un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída a ataques contingentes".¹¹

Ahora bien, hay que señalar que esta estructura racional procedimental del derecho positivo se encuadra en el ámbito de las sociedades comple-

7. Hans -Georg Gadamer *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Ediciones Sígueme, Salamanca, 1977. p. 401.

8. Gadamer, op. cit. p. 414. Del mismo autor, *La Razón en la época de la Ciencia*. (Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés). Editorial Alfa, Argentina, S. A. 1981.

9. Jürgen Habermas, "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?", en *DOXA*, Nº 5. Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1988, pp. 21-45. p. 37.

10. IDEM.

11. IDEM.

jas: "Para que en sociedades de nuestro tipo pueda ser posible una legitimidad mediante legalidad, la fe en la legalidad, que ya no puede contar con las certezas colectivas que antaño habían proporcionado la religión y la metafísica, tienen que apoyarse en cierto sentido en la racionalidad del derecho.¹² No nos debe extrañar tal confianza en la legalidad sobre todo a los juristas prácticos que saben cuán "vacía" puede ser y de hecho lo es, en la praxis diaria, la "legalidad"¹³ pues a lo que apunta Habermas es a confiar en la "fuerza legitimadora" de los procedimientos, suponiendo que éstos "institucionalizan exigencias y requisitos de fundamentación y justificación y la vía por la que se procede al desempeño argumentativo de tales exigencias y requisitos"¹⁴ y en estos procedimientos encuentra Habermas el otro elemento básico que completa el modelo procedimental de la imparcialidad. Habermas dice: "Acerca del núcleo racional (en sentido práctico-moral) de los procedimientos jurídicos, sólo cabe decidir cuando se analiza cómo a través de la idea de la imparcialidad, tanto la fundamentación de las formas como la aplicación de regulaciones vinculantes establecen una conexión constructiva entre el Derecho vigente, los procedimientos legislativos y los procedimientos de aplicación del derecho. Esta idea de imparcialidad constituye el medio de la razón práctica".¹⁵

La argumentación moral como la jurídica siguen entonces un mismo patrón procedimental. Así, para Habermas y K-O Apel "la argumentación moral" debe entenderse como "el procedimiento adecuado de promoción de una voluntad racional".¹⁶ De aquí se deduce una regla pragmática que rige la práctica argumentativa, que se enuncia así: "todo participante en una práctica pragmática argumentativa tiene que suponer pragmáticamente que en principio todos cuantos pudieran verse afectados podrían participar como iguales y libres en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coerción que puede hacerse es la coerción sin coerciones que ejercen los buenos argumentos".¹⁷ Por este camino llegamos a la necesidad de construir una "teoría procedimental de la justicia". Una tal teoría constituye la base de la siguiente tesis de Habermas: "El derecho

12. IDEM.

13. Sobre una expresión de esta "vacía" legalidad, véase la declaración de la juez Hildegard Rondón de Sanso, "Exceso de Formalismo" aparecida en *El Nacional*, 22-1-90.

14. Op. cit. p. 38.

15. IDEM.

16. Op. cit. p. 39.

17. IDEM.

procedimentalizado y la fundamentación moral de principios remiten el uno al otro".¹⁸ La "legalidad" a la que apunta Habermas "sólo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivación del derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a los discursos morales".¹⁹ Esto significa que la "justicia y la "moral" sólo tienen en común —en el nivel procedimental— el hecho de que la "racionalidad del procedimiento ha de garantizar la "validez" de los resultados obtenidos conforme a tales procedimientos".²⁰

La diferencia entre uno y otro procedimiento estriba en que: a) los procedimientos jurídicos "cumplen aproximadamente las exigencias de una racionalidad procedimental perfecta porque quedan ligados a criterios institucionales y a criterios independientes";²¹ los mismos que servirán para establecer si "una decisión se produjo o no conforme a Derecho";²² b) el procedimiento de los discursos morales carecen de esta posibilidad y por ello "la racionalidad procedimental es imperfecta o incompleta";²³ c) teniendo en consideración (b) (y otras cuestiones teóricas que no hacemos explícitas en esta ocasión para no alargar esta comunicación, como por ejemplo la afirmación de Habermas que "La complementación de la moral por un derecho coercitivo puede justificarse, pues, moralmente") solo es posible exigir el cumplimiento de las normas morales si estas "cobran objetividad jurídica".²⁴

Hasta aquí hemos expuesto, a grandes rasgos, el intento de Habermas de conjugar "derecho y moral". Para terminar esta breve exposición de la posición de Habermas —que ha sido necesaria para justificar nuestro propósito— debemos ahora caracterizar el "simultáneo entrelazamiento entre derecho y moral", con vistas a precisar el funcionamiento efectivo del discurso moral en el interior de la racionalidad jurídica instrumental; para lo cual dividiremos la posición de Habermas en varios pasos; tal entrelazación del derecho y la moral se produce porque:

18. IDEM.

19. IDEM.

20. Op. cit. p. 40.

21. IDEM.

22. IDEM.

23. IDEM.

24. Op. Cit. p. 41.

- a) "En el Estado de Derecho se hace uso del derecho positivo como medio para distribuir cargas de argumentación e institucionalizar vías de justificación, que se hallan abiertas en dirección a argumentaciones morales"; b) "la moral ya no flota sobre el derecho (como todavía sugiere la construcción del Derecho Natural Racional) como un conjunto suprapositivo de normas", sino que esta moral "emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo; c) esta moralidad es de "naturaleza puramente procedimental. Se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado y ha quedado sublimada en un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos posibles. Así, un derecho procedimental y una moral procedimentalizada pueden controlarse *mutuamente*"; d) "En los discursos jurídicos el tratamiento comunicativo de cuestiones práctico-morales queda, por así decirlo, domesticado por vía de institucionalización jurídica; ese tratamiento viene limitado, en lo que a métodos se refiere, por la vinculación al derecho vigente; en la dimensión objetiva viene limitado en lo tocante a temas y cargas de la prueba; en la dimensión social viene limitado en lo tocante a presupuestos de participación y a inmunidades y distribución de papeles; y en la dimensión del tiempo en lo tocante a plazos de decisión; e) la argumentación moral también queda "institucionalizada como un procedimiento abierto, que obedece a su propia lógica y controla así su propia racionalidad", de tal modo que (g) la "estructuración jurídica", no penetra en el interior de la argumentación de modo que esta quede atascada en los límites del derecho positivo. El derecho mismo deja en franquía y estimula una dinámica de fundamentación y justificación, que también puede llevar a trascender la letra del derecho vigente de forma no previsible por éste".²⁵

Pero aún queda por investigar, en la práctica diaria de los diferentes discursos jurídicos (orientados a diferentes audiencias),²⁶ "cuestiones próximas a la moral hasta cuestiones puramente técnicas".²⁷ Aquí, en el terreno de la praxis jurídica efectiva, podría investigarse "hasta qué punto los procedimientos jurídicos dejan espacio para la lógica de la argumentación o distorsionan sistemáticamente el juego argumentativo mediante restricciones en que implícitamente se hacen valer coacciones externas"²⁸ y que eventualmente perturbaría la práctica de toma de decisiones. Debo indicar que la tesis de Habermas sobre la racionalidad práctica-

25. Op. cit. pp. 42-43.

26. Sobre la idea de las "audiencias" o grupos semióticos del sistema legal, véase Bernard S. Jackson *Semiotics and Legal Theory*, Routledge and Kegan Paul, London - New York, 1985.

27. Habermas. ¿Cómo es posible...?, p. 43.

28. IDEM.

jurídica (procedimental) es en realidad (así me parece) una sub-tesis de una tesis más amplia y fundamental, su tesis sobre la "idea de Estado de Derecho" que brota del suelo mismo de la realidad jurídica".

La autonomía del sistema jurídico en este contexto "no es algo que cobre por sí y para sí solo". Por el contrario, para Habermas un sistema jurídico es autónomo "sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados por la legislación y administración de justicia garantizan una formación imparcial de la voluntad y del juicio y por esta vía penetra, tanto en el derecho como en la política, una racionalidad instrumental de tipo ético. No puede haber derecho autónomo sin democracia realizada".²⁹ Las tesis de Habermas han permitido la apertura de un campo de fructífera colaboración entre moral y derecho; así por ejemplo Tuori, siguiendo la visión procedimental de la razón práctica, plantea la construcción de una "ética discursiva" como una ética procedimental que trata de formular "reglas procedimentales para la solución de cuestiones morales problemáticas" y considera que los "procedimientos del Derecho Moderno pueden caracterizarse como discursos práctico-morales institucionalizados".³⁰

De lo expuesto, puede observarse un campo de investigación interdisciplinaria entre la Filosofía Práctica y la Racionalidad Jurídica, orientada hacia un mismo propósito: el establecimiento de un ámbito en el que se institucionalice el funcionamiento del discurso moral racional como un elemento de la estructura del derecho positivo.

Para terminar sólo agregaré resumidamente algunos puntos que ya he adelantado en otras ocasiones y que constituyen mis sugerencias para el análisis de la racionalidad práctica jurídica (RPJ):

1. El tema de la decisión en los procedimientos ético-jurídicos (en el ámbito de la racionalidad instrumental) debe plantearse como una cuestión relativa al *paso de interpretación* (de) derecho orientado a la *sentencia* (momento final de la interpretación).³¹

29. Op. cit. p. 45.

30. Karlo Tuori, "Ética Discursiva y Legitimidad del Derecho" en DOXA, N° 5, p. 50. Para una exposición reciente sobre la tesis de Habermas, véase Adela Cortina, "La moral como forma deficiente de Derecho", en DOXA, N° 5, pp. 69-85.

31. Además de lo indicado en la nota 6, del mismo autor, *Teoría y Filosofía práctica del Derecho. Descripción y Hermenéutica*. Ponencia presentada en el Congreso Nacional de Filosofía, noviembre 1986. Caracas. *Independencia del Poder Judicial, Ideología y Racionalidad Jurídico-Procesal*, ponencia, Primeros encuentros Iberoamericanos de Juristas, Cuenca-España. Octubre 1987.

2. La RPJ debe revisar la teoría procesal general estándar, que nutre la praxis del derecho positivo y en especial de la racionalidad procesal vigente.³²
3. El esquema de RPJ que se ha expuesto aquí nos indica que la cuestión política, o sea los principios y prácticas políticas democráticas son altamente relevantes para la propia viabilidad de la RPJ; de aquí que sea pertinente plantearse la oportunidad de discutir los contextos de organización política de la sociedad (sociedades en las que el "conflicto" está institucionalizado; sociedades que se orientan a la disolución del "conflicto").³³

En suma, *MORAL-POLITICA-DERECHO*, constituyen una vez más, la trilogía que subyace a todo intento de reforma, en un sentido crítico, de la Filosofía del Derecho Positivo, *hic et nunc*, lo que constituiría, quizás, el inicio del proceso de constitución y establecimiento de un nuevo paradigma de la "ciencia del Derecho".



32. La RPJ también debe iniciar un trabajo de investigación histórica del desarrollo de la "argumentación jurídica" en especial en la Edad Media y en la tradición filosófico-jurídica de la colonia en América Latina.

33. Op. J. M. Delgado Ocampo "La legitimidad como eficiencia transformadora y su nivel psicosocial de mediación", en *Legitimidad y Sociedad*. AA. Caracas Alcade/Trópicos. Conferencia sobre *legalidad y legitimidad* con la participación de J. M. Delgado Ocampo, Roque Carrión Wam y Jesús Espaza Bracho. Sociedad Venezolana de Filosofía, septiembre 1989 y en Coloquio Interuniversitario-Iberamericano sobre *Racionalidad Científica, Racionalidad Práctica y Racionalidad Teológica*, UCAB, octubre 1989.