



SOBRE EL DERECHO COMO "ORDEN CONCRETO"

Dr. Enrique P. Haba. Profesor de la Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Investigador honorario de la Alexander von Humboldt-Stiftung.

La filosofía es, contrariamente a lo que piensan quienes no la conocen, un esfuerzo empecinado por asir la realidad en sus bases mismas. Claro está, un filósofo puede llegar a fracasar más o menos, como en toda empresa humana —lo atestigua también la historia de las ciencias—. Pero más allá de sus triunfos (relativos) y de sus fracasos, de sus luces y sus sombras, la filosofía seguirá siendo una actividad ineludible mientras haya quienes quieran intentar que el conocimiento del hombre llegue lo más lejos posible.

Lo que distingue a la filosofía frente a la ciencia no es tanto, acaso, la cantidad de los errores o de los aciertos, sino la clase de verdades que persiguen una y otra. Las de carácter filosófico son mucho más difíciles (si no imposibles) de probar, a favor o en contra, por los medios que sirven para contrastar las de índole científica. Pero esto no porque el filósofo ande, como suele decirse, "por las nubes", sino más bien por lo contrario: por tratar de alcanzar la raíz de las cosas, su visión se proyecta necesariamente hacia "regiones" que están en el fondo mismo de nuestros conocimientos, aunque resulten insospechadas para el realista ingenuo. La falta de comunicación entre el filósofo y el hombre común, inclusive el científico meramente pragmático, se produce no porque los problemas estudiados por el primero tengan poco o nada que ver con los del segundo —cosa que no es cierta—, sino que ello depende sobre todo del nivel

de conciencia. Para explicarlo valiéndome de una imagen gruesa: aunque yo no sepa cuántos latidos da mi corazón por minuto, ni de qué modo está circulando la sangre por mi organismo, eso no quita que todo ello esté determinando la forma en que me muevo y hasta la claridad de mis ideas, a pesar de que yo ni siquiera esté pensando en los vaivenes de mi aparato circulatorio. Lo propio ocurre, en general, con aspectos que encara la filosofía: "están ahí", aún cuando no se perciben a primera vista, y son determinantes para cosas que suelen verse en forma más inmediata.

Todo lo dicho vale también para la filosofía del derecho, por cuanto ella constituye justamente un enfoque filosófico —o sea de los fundamentos— del quehacer jurídico. En el presente artículo quisiera presentar, tomando como ejemplo el pensamiento de un destacado iusfilósofo latinoamericano, un cuadro de temas (no son los únicos) y de soluciones (tampoco son las únicas) que interesan a la filosofía jurídica. Tal vez sirva para hacer ver, incluso al jurista práctico, hasta qué punto se trata de cuestiones de las que depende no poca cosa en la realización del derecho.

Ahora bien, hay muchas maneras de escribir una Filosofía del Derecho. En la obra a que habremos de referirnos (1), el pensador mexicano Eduardo García Máynez encara esa tarea bajo la perspectiva de una teoría del derecho entendido como "orden concreto". Quiero ofrecer una visión

(1) Eduardo GARCÍA MAYNEZ, *Filosofía del Derecho*, 2a. ed. revisada, Editorial Porrúa, México, 1977, (la 1a. ed. es de 1974). Este trabajo contiene desarrollos que recogen ideas que, en parte, el autor había expuesto (a veces en forma más detallada) a través de artículos y libros anteriores, señaladamente en dos obras: *Introducción al estudio del derecho*, 29a. ed. revisada, Editorial Porrúa, México, 1978 (la 1a. ed. es de 1940); y *La definición del derecho*, 2a. ed., Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Xalapa, México, 1960. García Máynez ha vuelto a retomar buena parte de esos desarrollos en un libro más reciente, reelaborando la forma de exposición: *Diálogos jurídicos*, Editorial Porrúa, México, 1978.

de conjunto sobre la manera en que dicho autor concibe ese "orden" (I), para luego agregar algunas observaciones críticas por mi cuenta (II).

I

Hemos adelantado que, para García Máynez, se trata de enfocar el derecho como un "orden concreto". Con ello desea indicar que los fenómenos jurídicos constituyen un "orden" que no se agota en lo que es el sistema normativo por sí solo, las normas en sí mismas. También la eficacia, la sumisión real de las conductas a dicho sistema, forma parte de la estructura "concreta" del derecho. Sobre esas dos dimensiones fundamentales, sistema normativo y eficacia, que por lo demás aparecen estrechamente ligadas a la promoción (e inclusive a conflictos) de valores, están centrados los análisis del profesor mexicano. El resultado es un cuadro extremadamente orgánico y coherente de cuestiones que, en función de tales presupuestos, constituyen el objeto de una visión filosófica de conjunto sobre lo que es el derecho. (Aún cuando esas bases mismas, sobre todo el hecho de atenerse en tal medida a la idea de orden, pueden ser —apresurémonos a decirlo— un tanto discutibles).

Según nuestro autor, el concepto general de "orden" se refiere a estructuras que presuponen cinco condiciones: "a) un conjunto de objetos [cualesquiera]; b) una pauta ordenadora; c) la sujeción de aquéllos a ésta; d) las relaciones que de tal sujeción derivan para los objetos así ordenados; e) la finalidad perseguida por el ordinante" (p. 23). Distingue, a continuación, entre "orden técnico" —fundado sobre reglas científicas— y "orden normativo" —fundado sobre principios de la vida práctica, que se refieren a la realización de valores relacionados con la conducta del hombre en cuanto ser libre.

El derecho constituye uno de los grandes tipos de órdenes normativos. Los restantes son la moral, los convencionalismos sociales y las normas religiosas. Entre tales órdenes, el derecho se caracteriza por presentar los siguientes rasgos específicos: "es un orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas —integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible— son sancionadas y, en caso necesario, aplicadas o impuestas, por la organización que determina las condiciones y los límites de su fuerza obligatoria" (p. 135). Esta definición, en donde volvemos a encontrar (ahora particularizadas) las cinco clases de elementos señalados para la estructura de todo orden, sirve como punto de partida y como marco para los análisis subsiguientes, es decir, para examinar estos temas fundamentales: a) los sujetos jurídicos (la noción jurídica de "persona", el concepto de "personalidad", etc.); b) el sistema normativo y su estructura (la distinción entre sistema normativo y orden jurídico, el problema de las fuentes, la

estructura de los sistemas jurídico-normativos y las consecuencias que de ello resultan para sus normas, la cuestión de las lagunas, etc.); c) la eficacia del sistema normativo (positividad y vigencia, aplicación e interpretación, procedimientos de integración); d) las relaciones jurídicas (clases de relaciones, hechos jurídicos, derecho subjetivo y deber jurídico); e) los valores jurídicos (su naturaleza, el concepto de justicia, otros valores del derecho, el problema del derecho natural, etc.). Demás está subrayar todo el interés que tiene esta problemática, tan multilateral.

García Máynez insiste más de una vez, retomando una expresión de Hermann Heller, en que el derecho no constituye una "nomocracia impersonal"; pues de éste depende también de que las conductas de los súbditos se ajusten de hecho, en la experiencia jurídica real, a lo que disponen las normas. En efecto, la eficacia (relativa) de un ordenamiento legal no depende sólo del poder del Estado, sino también de que ese orden sea reconocido, aceptado, normalmente obedecido por los sujetos a quienes se dirige. Ello nos coloca frente a una cuestión clave para la filosofía y la teoría del derecho: la relación entre la positividad y la vigencia de las normas jurídicas. Aunque estas dos condiciones puedan serle atribuidas a unas mismas normas, no quiere decir, sin embargo, que se trate de la misma cosa. La positividad se refiere al simple hecho de que tales o cuales preceptos hayan sido establecidos (o reconocidos) por órganos estatales, mientras que la vigencia se refiere a la obligatoriedad de dichos preceptos.

La cuestión de la vigencia remite al problema de los valores jurídicos, a la idea de un derecho "justo", a la noción de "validez". Quiere decir que, para captar integralmente el derecho, incluso en el plano de la teoría, no es posible hacer abstracción de la consideración de fines, de valores. Al sostener tal punto de vista, inspirándose aquí fundamentalmente en el pensamiento de Nicolai Hartmann, nuestro autor toma sus distancias frente a la posición de Kelsen: "es insostenible la tesis Kelseniana según la cual las normas jurídicas pueden tener cualquier contenido" (p. 414).

Ahora bien, hay diversos criterios posibles con respecto a la validez. Son principalmente de dos grandes clases. Por un lado, tenemos los establecidos por los órganos del poder público. Para éstos, las normas ofrecen por de pronto una validez formal, en cuanto son el producto de ciertas fuentes oficiales (estatales) de creación de derecho; y aquéllas presentan asimismo una validez material, en la medida en que las normas de rango inferior deben permanecer en armonía con las disposiciones que tienen una jerarquía más alta en el sistema; validez formal y material en sentido jurídico-positivo, pues. Por el otro lado, está aquello que los súbditos del ordenamiento jurídico, los particulares, piensan sobre lo que es objetivamente justo; pero estos (otros) criterios de validez, aplican o no coincidir con los órdenes estatales, pueden o no coincidir con los criterios jurí-

dico-positivos. Y es justamente esta posibilidad de que se planteen conflictos entre ambas clases de criterios, lo que constituye la base del problema del derecho natural.

Tanto los partidarios de un derecho natural, como así también los del positivismo jurídico, unos y otros proponen respuestas en cuanto al fundamento de la obligatoriedad de las normas. Pero sería mejor —nos dice García Máynez— dejar de lado esa expresión, "derecho natural", para replantear entonces dicho problema, el del fundamento, de otra manera. Habría que encararlo más bien sobre la base de un análisis de los diversos sentidos de la expresión "validez del derecho" (p. 507).

Si se efectúa dicho análisis, corresponde distinguir entre tres tipos de conceptos expresados por la palabra "derecho" y tener en cuenta las relaciones que pueden darse entre ellos: derecho vigente (validez formal y material, en sentido jurídico-positivo), derecho intrínsecamente válido (objetivamente justo) y derecho eficaz. En estas tres expresiones, el término "derecho" no significa lo mismo. Nos encontramos aquí frente a tres "círculos" del derecho. Ellos pueden (o no) coincidir más o menos, según los lugares y las etapas históricas, así como según el plano desde el cual sean encarados los fenómenos jurídicos; estos planos son, respectivamente, el punto de vista del jurista dogmático, el del filósofo de la justicia y el del sociólogo. El juego de las combinaciones posibles entre los tres círculos muestra que hay siete variantes posibles (cf. el cuadro de la p. 513). Es decir, que caben siete concepciones diferentes —y eventualmente contradictorias— sobre lo que es "derecho" en un momento y lugar dados.

Frente a ese panorama de posibilidades, García Máynez se inclina a considerar que el verdadero derecho, la situación ideal, el "derecho correcto" (*richtiges Recht*, en la terminología alemana), correspondería al sector en donde los tres círculos se entrecruzan, o sea, a una sola de las siete posibilidades: allí donde el derecho presenta a la vez los caracteres de vigencia, validez intrínseca y eficacia (p. 512 ss.). Pero esta conclusión constituye antes bien un llamado dirigido a que en la práctica se lleve a cabo un derecho semejante, el mejor, que una solución capaz de ser justificada de modo indiscutible desde un ángulo exclusivamente doctrinario.

En efecto, los conflictos entre los tres puntos de vista señalados sirven para explicar lo que nuestro autor llama *"el desarrollo dialéctico de la idea de derecho"* (p. 516 ss.). Porque el derecho aparece históricamente sometido, nos dice, a un proceso de tríadas sucesivas, al modo hegeliano. La "tesis" es determinado Derecho positivo vigente. Como "antítesis" surgirá cierto ideal de justicia que se opone (en mayor o menor medida) al Derecho-tesis, de modo que aquél tiende a hacer vacilar la eficacia de éste. Y la "síntesis" es la constitución —por vía revolucionaria o no— de un nuevo Derecho, donde puedan llegar a coincidir otra vez

la vigencia, la validez intrínseca y la eficacia. Sin embargo, el equilibrio así obtenido va a ser solamente temporario; llegará a quebrarse de nuevo, más tarde o más temprano, y entonces el ciclo dialéctico recomienza.

Es sólo en el seno de ese proceso mismo, en el desarrollo práctico del derecho, en el campo de la acción, que puede y debe ser superada la oposición —insoluble en el plano de la pura teoría— entre los puntos de vista correspondientes a los tres círculos, es decir, entre los partidarios del positivismo jurídico, del iusnaturalismo y del realismo sociológico. Pero para llegar a ello, es necesario que los miembros de la colectividad, tanto los particulares como las autoridades, movidos en común por un afán de justicia, consigan establecer y contribuyan a mantener un orden capaz de dar satisfacción a todos, en cuanto ese orden constituya (temporariamente) una síntesis adecuada de los tres caracteres mencionados. *"Realizar un propósito de tal especie —son las palabras con que García Máynez cierra su libro— es la tarea que la justicia impone al hombre en este mundo"* (p. 518).

I I

No sé si puede advertirse a través del resumen brindado, pero la Filosofía del Derecho que nos presenta el profesor mexicano ofrece, además del interés que tienen los desarrollos que su autor consagra en particular a cada punto, la peculiaridad de adoptar un tipo de enfoque poco habitual en los estudios que actualmente se llevan a cabo en la materia. En efecto, habría que volver a puntos de vista como los de Stammler, Radbruch o Kelsen, para hallar un "edificio" de ideas tan "estructurado", tan sistemático, sobre las cuestiones de filosofía y teoría general del derecho. Ese rigor en la manera de ver (y de exponer) la problemática jurídica desde el plano filosófico, constituye ciertamente un mérito fundamental de nuestro autor. Pero ello lo conduce también a incurrir, según creo, en ciertas limitaciones de que adolece el cuadro que nos brinda.

La idea de un "orden concreto", sobre la cual aparecen centrados esos desarrollos, parece destinada a superar, pero sin dejar de retener ciertas nociones fundamentales de la misma, una concepción como la de Kelsen, es decir, una visión del derecho como sistema (orden) puramente normativo. García Máynez incorpora a este "orden", a título de perspectiva complementaria, una dimensión vertical, de naturaleza teleológica axiológica, inspirada sobre todo en ideas de Hartmann: el plano de lo "concreto". No discutiré que consiga llegar, sobre tales bases, a una síntesis armoniosa, a una "construcción" coherente, y que logra igualmente brindarnos análisis penetrantes de los temas abordados. (su "teoría de los tres círculos" por ejemplo, constituye una explicación muy ajustada de la polisemia de la palabra "derecho", punto sobre el cual nos ofrece el mejor cuadro sistemá-

tico de que yo tenga noticia). Cabría empero preguntarse si, por la circunstancia de conservar todavía demasiado de las bases Kelsenianas (cf. p. ej. el No. 11 del cap. I), nuestro autor no habrá sido llevado a concebir un "orden" que, sin perjuicio de ser mucho más "concreto" que el de Kelsen (2), de todas maneras resulta todavía demasiado estrecho para dar debida cuenta de ciertos aspectos (no sistemáticos) que son también esenciales dentro de los fenómenos jurídicos.

¿Puede decirse que el derecho constituye, en realidad, un "orden" propiamente dicho? Es claro que puede ser concebido como tal, cosa que en general ha hecho la dogmática jurídica, sobre todo en países cuyo ordenamiento se considera centrado en la legislación. Pero tal esquema ha suscitado objeciones desde mucho tiempo atrás. Y en la actualidad se encuentra más cuestionado que nunca.

Puede ser que haya exageración por parte de los autores que insisten en destacar más que nada el carácter asistemático del Derecho "viviente". Por lo demás, con frecuencia ellos sustentan una actitud apologética, expresa o veladamente, hacia los aspectos menos racionales del razonamiento jurídico: "tópica", "argumentación", "hermenéutica", "nouvelle rhétorique", "dialéctica", etc. Sin embargo, me parece que no dejan de tener razón, hasta cierto punto, en señalar la parte que lo no-racional —o de lo que es relativamente débil en el plano racional— desempeña en el pensamiento de los juristas. Y no creo que esa parte pueda ser absorbida por el papel que García Máynez le reconoce a lo "concreto", es decir, a los fines y los valores; pues esta dimensión, en el cuadro que él nos presenta, está llamada a permanecer, de todos modos, en una armonía, (irracional) con el orden jurídico. No obstante, si se toma debida cuenta de los aspectos "concretos" que el derecho ofrece en la realidad, es un "orden" tan elástico que este término parece más bien apto a inducir en errores.

En suma: tengo la impresión de que las contradicciones internas (teóricas y prácticas), las imprecisiones y los cambios (no sistemáticos) que se dan en el derecho, en todos los momentos, son no menos considerables que los elementos de orden que allí se presentan también. Lo racional y lo irracional aparecen ahí en una combinación tan íntima, que toda visión de conjunto centrada fundamentalmente en la idea de un "orden", tiene que resultar siempre demasiado abstracta y parcial para alcanzar la esencia del derecho "concreto".

Sería probablemente mejor no postular la existencia de un "orden" jurídico si no es con vista a sectores muy particulares de cada Derecho, o para niveles muy altos de abstracción (por tanto, muy poco "concretos").

Estas observaciones, puesto que toman como eje de referencia la palabra "orden", pueden dar la impresión de ser apenas terminológicas, como si dependieran simplemente de que dicho término, o la idea de "racionalidad", se tomara en un sentido más amplio (García Máynez) o más estrecho (mi crítica), lo cual sería una cosa convencional. No me parece, sin embargo, que se trate sólo de eso. Porque esta visión demasiado armoniosa de lo que es el derecho, en cuanto "orden", explica justamente, a mi juicio, ciertas insuficiencias del cuadro que García Máynez nos traza.

En realidad existen contradicciones, insolubles desde el punto de vista sistemático, no sólo entre los tres "círculos", sino también en el seno mismo del círculo de la positividad. Y las hay, igualmente, en el interior del círculo de la "validez intrínseca". Pero en el "edificio" de nuestro autor se hacen extrañar las contradicciones internas de la dogmática del derecho positivo; contradicciones que tampoco serían reductibles al problema de las lagunas, y que además se presentan hasta en las discusiones sobre la existencia misma de tal o cual laguna y sobre la manera de colmarlas. Falta asimismo toda referencia al papel de la retórica y de la ideología en el discurso jurídico. Por otra parte, las divergencias sobre lo que es "objetivamente justo" aparecen limitadas, según el planteamiento del autor, en lo fundamental o conflictos eventuales entre el Estado y sus súbditos; pero en realidad los conflictos —entre sectores de particulares que quieren influir sobre la actividad del Estado. Todo eso aparece disimulado, en cierto modo, por ese sentido —demasiado idealista— en que al derecho se le atribuye el carácter de "orden concreto". ¿No habrá que hablar de "ideología" a este respecto...?

Pero me importa subrayar que mis objeciones sobre el "orden" no apuntan, por supuesto, al hecho de que García Máynez ofrece un examen muy racionalmente pensado y ordenado de diversos aspectos del derecho. En ello reside, por el contrario, uno de los mejores méritos de su obra. Mas dicha forma de tratar el tema es acaso responsable también de que el autor se haya visto conducido, en cierta medida, a extrapolar hacia el objeto

(2) No hay que perder de vista, sin embargo, que lo que Kelsen buscaba, precisamente, no es reflejar el derecho tal cual, en su realidad "concreta", con todas sus contingencias político-sociales (que él nunca negó). Lo que le interesaba era tomar en consideración sólo ciertos aspectos estructurales del fenómeno jurídico, esto es, aquellos que permitieran fundar un conocimiento científico y específico del mismo. El programa de investigación de García Máynez es, si se quiere, mucho más ambicioso que el de Kelsen.

de investigación —el derecho mismo— ciertos rasgos demasiado racionalistas: es decir, trasladar la racionalidad del punto de vista con que es posible (y recomendable) encarar el estudio del derecho, a los fenómenos jurídicos en sí mismos. Y esto último, eso sí, no me parece muy justificado. No incurriré en la superficialidad de calificar ese enfoque de "formalista" o algo por el estilo. Pero lo cierto es que los elementos de "concreción" que nuestro autor deja de lado tienen una importancia demasiado considerable. No creo que, tratándose de obtener una visión filosófica) del derecho "concreto", puede hacerse abstracción de los mismos, sin correr el riesgo de que el cuadro resulte un tanto falseado (3).

De todos modos, por el rico catálogo de asuntos examinados en ese libro, así como por la serie-

dad de los desarrollos que nos presenta, creo que estamos ante uno de los manuales de filosofía del derecho más importantes aparecidos durante los últimos años. Tanto más cuanto constituye, frente a formas de irracionalismo (tópica, etc.) que cuentan con muchos adeptos en el viejo continente, un esfuerzo de singular rigor dentro de una orientación que, a pesar de los defectos apuntados, merecería ser tenida más en cuenta de lo que ocurre hoy en día. Hay bastante que aprender, todavía, de análisis como los presentados por el maestro García Máynez. Incluso la necesidad de superarlos, en algunos aspectos, pero ello sin renunciar al sostenido hilo conductor que los inspira: el esfuerzo por conciliar racionalidad y realismo en la teoría del derecho.

(3) Una crítica semejante no sería pertinente, en cambio, frente a Kelsen (ver *supra*, No. 2). Puesto que éste no persigue otra cosa que señalar ciertas *estructuras* generales del derecho, no es una inconsecuencia, desde ese punto de vista, que sean desatendidos aspectos más "concretos" del quehacer jurídico. Lo que puede discutirse, por supuesto, es si *vale la pena* ocuparse de dichas "estructuras"; pero esto no alcanzaría para invalidar las investigaciones de Kelsen en su contenido *descriptivo*, sino que afectaría únicamente, en todo caso, el *interés* —deber ser, valoración— de las mismas. Mas en el caso de García Máynez, por el contrario, dado que manifiesta perseguir un objetivo distinto, resulta legítimo criticarle faltas de "concreción" en el panorama que nos presenta. No corresponde olvidar, por lo demás, que Kelsen nunca pretendió que el derecho, como *objeto* fuese racional en sí mismo. Lo que debía ser racional era, simplemente, la forma de *aprehenderlo*, esto es, el análisis *científico* de ese objeto. Kelsen, pues, se refiere a un problema de *conocimiento*; García Máynez, en cambio, parece más bien referirse, cuando habla de "orden concreto", a características del *propio* derecho, es decir, a condiciones inmanentes al mismo.