

COMPRENDIENDO EL DERECHO

Autor: Mauricio Rodríguez Ferrara

Editado por el Consejo de Publicaciones

Universidad de Los Andes

Año: 2006

Las preguntas acerca de qué es el derecho, su estructura y funciones, su fundamento y sentido, cuál la relación entre el derecho y la política, el derecho y la fuerza o el derecho y la libertad individual, cuál la razón y legitimidad de las penas, por qué hay que obedecer el derecho, o si hay justicia y qué justicia en el derecho son, sin duda, algunas de las interrogantes esenciales que se hace quien se interesa en comprender realmente el fenómeno jurídico. Múltiples han sido las respuestas a dichas interrogantes, originando un amplio abanico de teorías y puntos de vista acerca del mismo. El libro del Profesor Mauricio Rodríguez Ferrara, publicado en 2006 por el Consejo de Publicaciones de la Universidad de Los Andes con el título *Comprendiendo el Derecho* pretende, desde una perspectiva metodológica novedosa, iluminar la comprensión de los aspectos más esenciales del Derecho. El interés que el libro ha suscitado es indudable. Habiéndose agotado rápidamente tuvo que ser reeditado en 2007. Agotado de nuevo, está a punto de salir una segunda edición corregida. Se puede decir que estamos frente a un *bestseller*, cosa poco común cuando se trata de obras que se encuadran en el área de la teoría y de la filosofía del derecho, entendiéndose por la primera el estudio de la estructura y conceptos comunes a casi todos los ordenamientos jurídicos, es decir lo que *es* el derecho; y por la segunda, el estudio de los fines y valores en los que se fundamenta, es decir, cómo *debería ser* el derecho, que de manera más precisa se denomina teoría de la justicia.

El libro del Profesor Rodríguez Ferrara discurre acerca de los temas y problemas clásicos de la teoría y filosofía del derecho— el concepto de derecho, la fuentes del derecho, la clasificación de las normas jurídicas, el derecho subjetivo, las lagunas y antinomias, la interpretación jurídica, la noción de justicia, el derecho natural—y se apoya en importantes autores clásicos y contemporáneos de esta disciplina, como Hans Kelsen, Alf Ross, Lon Fuller, Luis Recaséns, Norberto Bobbio o Carlos Santiago Nino. Pero hay que admitir que no se trata de un libro *típico* acerca de los conceptos y fundamentos del derecho, ni es ésta la intención

del autor. Como él mismo señala “la plena comprensión del derecho pasa por la comprensión del ser humano (...) y comprender al ser humano implica comprender nuestro entorno (...) rabias, envidias, temores (...) en última instancia implica el conocimiento de sí mismo (...) y muy pocas personas llegan a este preciso y originario punto de partida (...)” (pp. 231-32). Esta nota al final del libro revela la peculiar actitud con la que el autor se aproxima a los temas que trata.

El libro consta de 36 capítulos cortos escritos para que sean accesibles a todos los públicos, en los que se hace uso de ejemplos sencillos y sumamente útiles. Cada capítulo constituye una unidad en sí misma de modo que pueden leerse separadamente y de acuerdo con el orden que el lector prefiera. Siendo en parte un libro introductorio a los conceptos básicos del derecho es evidente el interés del autor por estimular dudas y reflexiones en quien lo lee y antes que asumir posiciones dogmáticas o definitivas deja abiertas infinidad de preguntas: ¿existen derechos que tenemos por el sólo hecho de ser personas? ¿Existe el derecho natural? ¿Una conducta es mala porque se prohíbe o se prohíbe porque es mala? ¿Pueden las pequeñas comunidades desenvolverse sin el derecho?

Dentro de las posturas acerca del derecho la del Prof. Rodríguez Ferrara está más cerca del positivismo kelseniano que del iusnaturalismo y más cerca aún de la teoría crítica del derecho desde el momento en que presta gran atención a sus aspectos y funciones ideológicos dando relevancia a la relación entre el derecho y el medio social en el que se inserta.

La pregunta acerca de qué es el derecho y en qué se diferencia de otros órdenes normativos ha sido muy recurrente a lo largo de la historia del pensamiento jurídico. Establecer ciertos referentes teóricos y metodológicos que apunten a delinear un concepto de derecho es necesario para fundamentar el deber de obediencia o la obligación jurídica que el derecho impone; necesario para establecer límites al poder; necesario para criticar y eventualmente reformar un sistema jurídico determinado a partir de una instancia valorativa basada en una moral social o crítica; necesario, en fin para justificar la existencia y razón de ser del derecho mismo. Los capítulos 2, 4, 5, 11, 16, 18, 21, 26 y 28 del libro tocan más o menos directamente este importante tema en un orden poco convencional. El carácter multidimensional del derecho, los distintos aspectos en los que se revela su actuación y funciones, abre el tema de las distintas acepciones del derecho que el autor resume en dos categorías básicas: el derecho como un sistema de normas o derecho objetivo y el derecho como un conjunto de facultades de la persona o derecho en sentido subjetivo. Al margen de estas categorías que muestran aspectos parciales del fenómeno jurídico el autor pone

luego la atención en el aspecto funcional del derecho considerándolo, como Kelsen, un instrumento para la consecución de ciertos fines sociales indiferentes desde el punto de vista moral y dependientes del poder político de turno. Pero además añade que “normalmente e incluso en muchísimos estados que se llaman democráticos, el derecho es el mecanismo o instrumento más refinado de que disponen las clases dominantes para el mejor logro de sus beneficios (...) (p.)” Se trata ya de una postura típicamente asumida por las teorías marxistas aunque hay antecedentes en antiguos pensadores griegos que subrayan, digamos, las funciones negativas del derecho. Si bien es cierto que el derecho ha contribuido a crear, sancionar y mantener diferencias entre seres humanos y entre clases sociales preservando relaciones sociales desiguales en beneficio de grupos o clases poderosas es también innegable que tiene y ha tenido un potencial emancipador (piénsese en el reconocimiento y progresiva positivación de los derechos humanos, en el derecho internacional humanitario, en el derecho laboral, en la legislación que castiga la violencia hacia las mujeres, en el progresivo reconocimiento de los derechos de las minorías, de los discapacitados o de los homosexuales, legislaciones éstas que favorecen justamente a los débiles y que en la mayoría de los casos han sido producto de luchas sociales en contra de los poderes establecidos) y que desempeña funciones positivas como la de organizar y limitar el ejercicio del poder político a fin de minimizar la arbitrariedad o la función de promoción y tutela de los derechos fundamentales. Por otra parte, si se piensa en los grandes negocios ilícitos transnacionales, el esquema marxista según el cual el derecho sirve a las clases dominantes se revela insuficiente para comprender y catalogar una parte importante de la realidad que nos rodea. No es precisamente el derecho sino su ausencia lo que facilita los negocios ilícitos y la consolidación de una ‘nueva’ clase rica e influyente que pulula justamente no al amparo de la ley sino a su sombra.

Sumándose a la tesis de John Austin entiende que las normas jurídicas que integran la estructura del ordenamiento jurídico son en esencia mandatos u órdenes respaldadas por la fuerza de quien detenta el poder bajo la amenaza de sanción en caso de incumplimiento. Presenta de una manera fácil de comprender para el lector no especializado la estructura de la norma jurídica de acuerdo con el esquema kelseniano, apropiado éste especialmente para las normas de carácter prohibitivo que imponen sanciones. Aunque H.L.A. Hart, uno de los grandes filósofos del derecho de la segunda mitad del siglo XX no se refiere en su conocida obra, *El concepto de Derecho*, explícitamente a la teoría de Kelsen sino a la de Austin, no obstante sus críticas a este autor son útiles para revelar algunos puntos débiles de la doctrina kelseniana. Si el derecho fuera, como señala Austin, un conjunto de

meras órdenes respaldadas por sanciones, entonces la orden de un asaltante que nos exige que le demos la billetera amenazándonos con un cuchillo o una pistola sería una norma jurídica, dice Hart. El aspecto impositivo-coercitivo del derecho no es ni el elemento esencial del sistema jurídico ni el elemento que permite definirlo y distinguirlo de otros sistemas normativos. Si bien las normas prohibitivas que imponen sanciones constituyen un aspecto imprescindible del derecho hay otra categoría de reglas jurídicas que lo integran con el fin de regular su coherencia y funcionamiento internos, dándole un carácter institucional, minimizando la arbitrariedad y permitiendo en definitiva distinguir un sistema jurídico de uno moral o religioso, o incluso entre un sistema jurídico y una organización mafiosa. Son dos los tipos de reglas que integran un sistema jurídico según Hart. Las reglas primarias que imponen sanciones y las reglas secundarias que regulan las competencias de los poderes públicos, los procesos de creación y extinción de las normas del sistema y los procesos de identificación de las normas jurídicas, es decir, los criterios de validez del sistema. Las reglas secundarias muestran una cara del derecho que revela que éste no puede entenderse solamente bajo el esquema de órdenes respaldadas por la fuerza y la amenaza de castigo o en términos de una relación de fuerza entre los poderosos y los débiles. Por otra parte cada vez más se habla del proceso de constitucionalización del orden jurídico que acentúa el valor de las constituciones nacionales entendidas como textos que no sólo contienen reglas jurídicas sino principios en los cuales se funda la legitimidad del poder político y el resto del sistema jurídico; que consta, además de las reglas para la organización del Estado, de reglas que consagran valores y derechos fundamentales que constituyen no sólo los fines del Estado o razón de ser de la asociación política sino los límites al ejercicio del poder y la promoción de las garantías ciudadanas. El constitucionalismo implica, entre otras cosas, la promoción efectiva del carácter supremo de la Constitución dentro de la jerarquía del sistema jurídico, la aplicación directa de sus principios por parte de los jueces y otros operadores jurídicos, y su elevación a la categoría de referentes básicos en los procesos de interpretación legislativa. La constitucionalización del derecho supone el abandono del modelo positivista formalista o legalista y la implantación de lo que algunos gustan denominar un nuevo paradigma jurídico que da relevancia principalmente a la dimensión valorativa del derecho.

En la aplicación de las reglas jurídicas, que pasa por su interpretación, el modelo constitucionalista supera la tesis de la aplicación mecánica de la ley. Como bien lo reconoce el Profesor Rodríguez Ferrara en el capítulo 22 de su libro, casi ninguna norma es clara aunque lo parezca, es decir, casi todas las normas jurídicas requieren interpretarse para poder ser aplicadas al caso concreto y a veces esa

interpretación no resulta sencilla. Como señala el autor, la interpretación exige prudencia, “poder ver las normas desde varios ángulos (...) desde el ángulo del propósito o motivo de la norma, desde el ángulo de las diversas realidades y necesidades históricas del momento y *desde el ángulo de la prudencia, de lo sensato y de lo racional.*” (p. 146, subrayado mío). El modelo constitucional reconoce precisamente que las decisiones judiciales exigen y son el producto de deliberaciones racionales en las que de hecho intervienen los principios jurídicos y los valores éticos. Como es sabido los trabajos de R. Dworkin han centrado la atención en el papel que desempeñan los principios en la interpretación de las normas y en las deliberaciones judiciales. De lo dicho se colige, pues, que podamos ver el derecho no como mero conjunto de órdenes que se obedecen por miedo a una sanción sino como algo más, y en muchos casos, como verdaderas *razones* para actuar.

Otro aspecto central del libro del Profesor Rodríguez Ferrara es el referido a la justicia y al derecho natural o, dicho con otras palabras, a la relación entre el derecho y la moral. Como el autor lo señala, en la historia de las concepciones acerca del derecho se habla de dos modelos clásicos y contrapuestos que son la teoría del derecho natural o iusnaturalismo y la teoría del derecho positivo o iuspositivismo. La primera se caracteriza por sostener, en primer lugar, que existe una moral o conjunto de valores objetivos y válidos universalmente y, en segundo lugar, que debe haber una relación necesaria entre el derecho y la moral. Esta postura tiene consecuencias que afectan tanto a la validez del derecho como a la obligación jurídica pues para el iusnaturalismo un derecho injusto no es válido, es decir, no es derecho y tampoco hay obligación o deber de obedecerlo. La segunda teoría, el iuspositivismo, puede acoger o no la tesis del objetivismo moral. Kelsen no la acoge mientras que, por ejemplo, Hart sí. Lo que distingue realmente al positivismo es la tesis de la relación contingente, accesoria o no necesaria entre el derecho y la moral. El derecho puede tener cualquier contenido (justo o inicuo) pero sigue siendo derecho desde el punto de vista del iuspositivismo.

El Profesor Mauricio Rodríguez parece inclinarse por la tesis positivista en su versión kelseniana y específicamente por el agnosticismo y relativismo morales característicos tanto de Kelsen como del realismo jurídico de Alf Ross. En los capítulos 12, 23, 24 y 27 que llevan por título respectivamente ‘Aproximación al concepto de justicia’; ‘Lagunas y sentimientos’; ‘Antígona’; y ‘Seguridad frente a justicia’ el Profesor Rodríguez Ferrara afirma la imposibilidad de acceder racionalmente al conocimiento de las exigencias de la justicia.

Sostiene en esencia que “el concepto de justicia, así como el concepto de la belleza, escapa a todo esquema lógico, a todo esquema racional. En otras palabras no podemos llegar al concepto de justicia por la vía del razonamiento, por el camino de la lógica, por el sendero de la argumentación. Jamás podremos afirmar que tal o cual conducta o actividad es justa o injusta valiéndonos exclusivamente de razonamientos. Simplemente el concepto de justicia es un juicio de valor al que sólo podemos llegar, si es que llegamos, como por una especie de intuición (...)” (p. 85) La discusión acerca del carácter racional o no de los juicios morales, de la posibilidad misma de establecer qué debe ser moralmente correcto o moralmente incorrecto, de la posibilidad de hablar de una moral universal o al menos universalizable es tan antigua como la filosofía misma y aún sigue abierta. Lo que conviene destacar en todo caso es que los ordenamientos jurídicos nacionales y el orden jurídico internacional se basan y requieren de la existencia de una moral o conjunto de valores o exigencias de justicia con pretensiones de universalidad, cierto carácter objetivo y lógicamente pretensiones de racionalidad. De modo simple, el problema de sostener el carácter irracional, intuitivo o sentimental (en mayor o menor medida compartido) de los juicios acerca de lo justo o lo moral es la imposibilidad de fundamentar, justificar y criticar, o rechazar, la elección de uno u otro juicio. Si no podemos por medio de la razón afirmar jamás que tal conducta o actividad es justa o injusta quiere decir que no tenemos un *fundamento racional* para preferir los regímenes que respetan los derechos humanos y despreciar por ende los regímenes que los violan. Que no tenemos *razones* para rechazar prácticas como la mutilación sexual femenina, la lapidación de mujeres, la prostitución infantil y paremos de contar. Que no podemos, por medio de la deliberación o la argumentación racionales derivar decisiones o juicios morales acerca de lo justo o alcanzar un consenso acerca de lo que debe considerarse moralmente aceptable o moralmente inaceptable en el seno de una comunidad social. Evidentemente no son éstas las consecuencias que extrae el Profesor Rodríguez Ferrara. Muy al contrario, en los capítulos 13, 14, 19, 30 y 36 que llevan por título respectivamente ‘Derecho y libertad’; ‘Esclavitud y Trabajo’; ‘El dilema del prisionero’; ‘Persona e igualdad’, y ‘La pena de muerte’, el autor demuestra sus profundas convicciones morales y su preocupación, por ejemplo, por el tema de la libertad humana y cómo ésta se puede ver restringida por la manipulación de los medios, la televisión, la escuela o la familia. “Si observamos nuestro entorno, y de alguna manera captamos los cambios tecnológicos (...) podríamos concluir que (...) cada vez tenemos menos libertad y (...) nos atan cadenas dañinas e invisibles.” (p.) Su preocupación por el reconocimiento de los derechos de las personas, el problema de reconocer al otro, dice, es un problema de fondo, de mentalidad y de conciencia. Aunque la

esclavitud haya sido legalmente abolida, muestra también su preocupación por las nuevas formas de esclavitud en condiciones laborales infrahumanas. Explica la importancia del valor de la cooperación y sus paradojas a través del dilema del prisionero. Dirige la atención hacia la desigualdad entre seres humanos señalando que históricamente las mujeres, los pobres y los negros han sido considerados inferiores. Muestra cómo el problema de la desigualdad radica en gran medida en la falta de educación, y la importancia de elevar el nivel educativo y eliminar el analfabetismo. Y finalmente se refiere al carácter bárbaro de la pena de muerte y su inutilidad práctica como método disuasorio y como mecanismo para reducir los índices delictivos.

En suma, se trata de un libro que analiza con originalidad temas diversos referidos tanto al fondo como a la forma del fenómeno jurídico y, como cabe esperar de una obra que introduce los conceptos fundamentales del derecho, contiene puntos de vista encontrados. En consecuencia su lectura, lejos de aburrir o adormecer al lector, despierta preguntas e incita a replicar y a controvertir. De ahí que su título incluya el gerundio ‘comprendiendo’, que denota una acción duradera, un proceso abierto en el tiempo.

Mayda Hočevár

