

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS

Ediciones Analéctica

Co-Edición internacional

Academia Latinoamericana de Humanidades

&

Editorial Abierta FAIA

FILOSOFÍA DEL DERECHO

UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS

JAIME ARAUJO FRIAS

Chile-Argentina

2015

JAIME ARAUJO FRIAS

Jaime Araujo Frias

Filosofía del Derecho: una breve incitación a los abogados, -1da. ed.
Academia Latinoamericana-Editorial Abierta FAIA, 2015.160 pp.
(15.24 x 22.86 cm)

ISBN-13: 978-1517795245

ISBN-10: 1517795249

Co-Directores de la Colección

Ismael Cáceres Correa y Fernando Proto Gutierrez

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares de copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella con fines comerciales

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS

Dedicado a Lizbeth Arpi Dianderas, con amor.

Agradecimientos

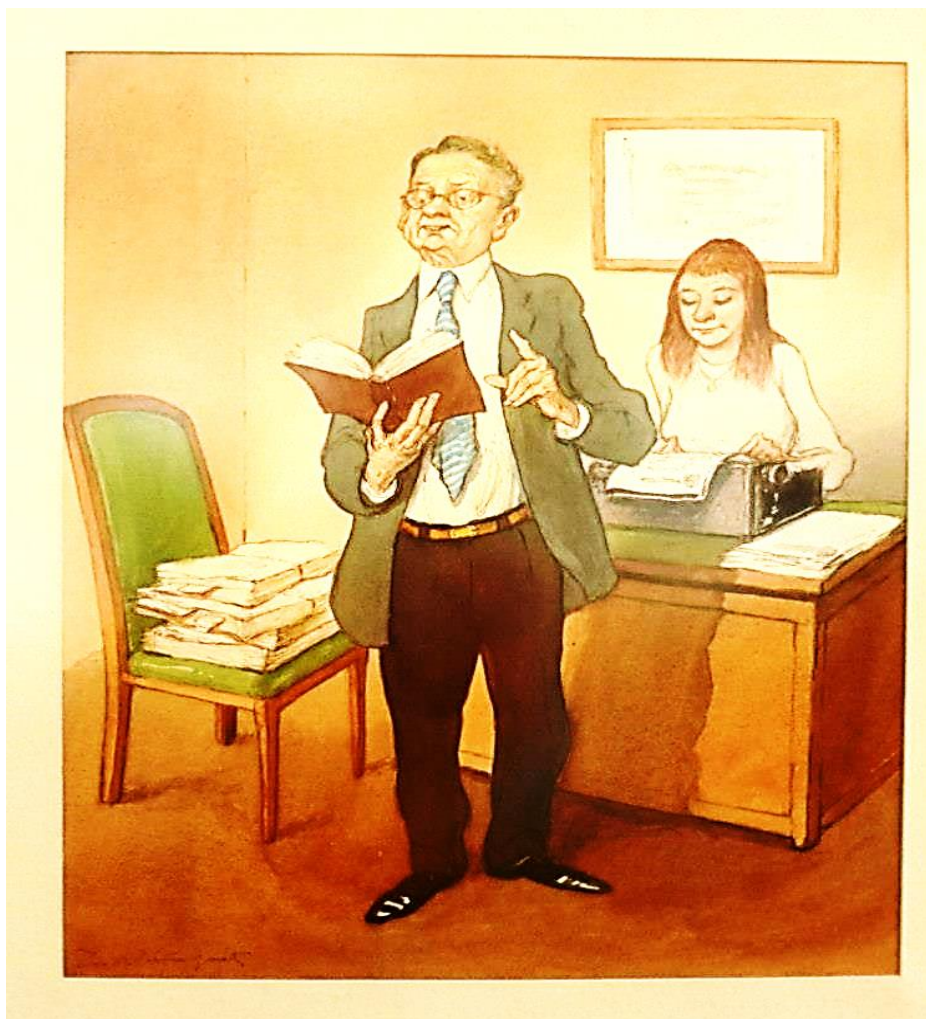
El trabajo de pensamiento es una actividad que tiene que ver con el pensamiento de otro y, ese pensamiento de otro es una invitación a provocar un pensamiento propio. Por esta razón, no se puede pensar si no se dispone de ciertos medios: libros, tiempo y amor para la reflexión calmada. En tal virtud, quiero agradecer a Lizbeth Arpi, a Nancy Dianderas y a Edgar Arpi por posibilitar las condiciones que gestaron el presente trabajo ensayístico.

JAIME ARAUJO FRIAS



Es Abogado litigante y Filósofo por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, Perú. Investigador en las áreas de Filosofía del Derecho y Filosofía Política; con publicaciones de artículos en revistas Nacionales e internacionales (Uruguay, Ecuador, México, Colombia, entre otros). Ha ganado el segundo lugar en el 2º Certamen Internacional de Ensayo Filosófico “Enséñame a Pensar” 2012. Y, Segundo lugar en el 3º Certamen Internacional de Ensayo Filosófico “Filosofía para los niños de Latinoamérica” 2013. Ambos, organizados por el Observatorio filosófico de Morelos, Observatorio filosófico de Colombia y la Organización Juvenil Utopía. Además, es miembro del Comité de Relaciones Académicas de la Revista Humanidades Populares, con sede en Concepción-Chile.

JAIME ARAUJO FRIAS



Autor: Teodoro Núñez Ureta. Arequipa 1912 – Lima 1988.

Título: Abogado de los años setenta.

CONTENIDO

PREFACIO	9
A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA FILOSOFÍA DEL DERECHO NO SIRVE PARA NADA.....	10
CAPÍTULO I	13
A PROPÓSITO DEL ABOGADO.....	14
¿Por qué necesitamos del Derecho?	16
¿Qué es un abogado?.....	18
¿Para qué sirve un abogado?	18
CAPÍTULO II.....	20
EL ABOGADO: ENTRE EL ESTADO DE DERECHO LEGAL Y EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL ...	21
Estado de Derecho Legal	24
Estado de Derecho Constitucional.....	26
CAPÍTULO III	28
IMPORTANCIA DEL PENSAMIENTO CRÍTICO PARA EL ABOGADO	29
CAPITULO IV	33
A PROPÓSITO DE LA FILOSOFÍA	34
¿Qué es la filosofía?.....	36
¿Para qué sirve la filosofía?.....	39
CAPÍTULO V.....	42
RELACIÓN ENTRE FILOSOFÍA Y DERECHO..	43

CAPÍTULO VI	46
A PROPÓSITO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO	47
La ontología.....	48
La epistemología.....	52
La ética.....	54
CAPÍTULO VII.....	56
IMPORTANCIA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA EL ABOGADO.....	57
CAPÍTULO VIII.....	59
A MANERA DE EPÍLOGO: LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO ELOGIO DE LA CONCIENCIA DEL ABOGADO	60
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	Error! Marcador no definido.

PREFACIO

El autor del corazón de las tinieblas dijo que su objetivo al escribir era “antes que nada hacer ver”. El objetivo nuestro es, ante todo, hacer pensar, pensar cuando la mayoría repite, seguir pensando allí donde la mayoría se resigna a lo establecido. Pero, pensar no de cualquier manera, sino de forma crítica.

Pretendemos agitar el pensamiento del lector interesado en el Derecho. Para ello nos valemos de la filosofía y más precisamente de la filosofía del derecho.

De manera que el ensayo que tienen en sus manos, gracias a la enorme generosidad de *Ediciones Analéctica*, debe ser juzgado en ese sentido.

Por tanto, para decirlo con Sartre, desde ahora ya no me pertenece, sino que le pertenece al juicio del lector. Pues no lo escribí para guardarlo, lo escribí para arrojarlo al mundo y una vez allí, ya no depende de mí, depende del juicio de los otros. Lo que yo piense no interesa, porque ya lo arrojé y ahora estoy en peligro en medio del juicio del mundo.

“El jurista, que no es filósofo al mismo tiempo [...] siente una irresistible inclinación, muy propia de su empleo, a aplicar las leyes vigentes, sin investigar si estas leyes no serían acaso susceptibles de algún perfeccionamiento”.¹

“Ya te he dicho que para mí [la abogacía en] el Perú es una herida y estoy buscando la palabra y la estructura que la exprese con ética y belleza”.²

¹ Kant, Immanuel (1972). *Lo bello y lo sublime. La paz perpetua*. 5ta. Ed. Madrid: Espasa-Escalpe, p. 130.

² Reynoso, Oswaldo (2014). *Arequipa lámpara incandescente*. Arequipa: Aletheya, p. 13.

A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA FILOSOFÍA DEL DERECHO NO SIRVE PARA NADA

La Filosofía del Derecho es una rama de la filosofía que los abogados dicen que es de filósofos y los filósofos dicen que es de abogados. Es decir, que en esta materia estamos en tierra de nadie, porque ninguno se quiere ocupar en serio.

Por esta razón, salvo algunas excepciones, no es extraño que en nuestro país, como en otros, los estudiantes de derecho y los abogados en general consideren en el mejor de los casos que la filosofía del derecho es una asignatura muy interesante, y en el peor de los casos, que es cualquier cosa menos útil para el ejercicio de su profesión.

Así lo confirman por un lado, Gianella Bardazano catedrática de filosofía del derecho de la Universidad de la República del Uruguay cuando nos dice, “que es una idea generalizada escuchar a los estudiantes de derecho que la disciplina en mención debería ser una materia opcional o ser, lisa y llanamente, eliminada del plan de estudios de Abogacía”.³ Y, Por otro lado, Enrique Cáceres Nieto, Catedrático de la Universidad Nacional Autónoma de México, con gran pesar nos expresa que un estudiante de derecho, después de rendir el examen de la asignatura en mención sentenció, “la filosofía del derecho no sirve para nada”.⁴

Como se podrá advertir de lo expuesto, la disciplina de la filosofía del derecho no sólo no interesa a los futuros abogados de nuestros países, sino que creen que no sirve para nada.

Contrariamente, consideramos que el avance de una determinada área del conocimiento depende de quienes lo practica y, quienes lo practican previamente deben pensarlo. Y pensar consiste siempre repensar y, por lo tanto, pensar desde una situación determinada. No se trata de pretender empezar sin presupuestos,

³ Bardazano, Gianella (2011). “Asamblea en el aula de filosofía del derecho”. En: Revista Academia, año 9, N° 17, P.

⁴ Cáceres Nieto, Enrique (2015). “Epistemología Jurídica”. Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Vol. 3, México D.F: Universidad Autónoma de México.

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS
sino de reconocerlo y explicitarlos.⁵ Así pues, el Derecho, es un saber que necesita ser pensado, enjuiciado, recreado continuamente en función de los problemas que nuestras sociedades evidencian y de las soluciones que demandan.

Y para ello, es indispensable ejercer un continuo ejercicio reflexivo y crítico del conjunto de saberes jurídicos ya dados para mejorarlo y orientarlo hacia la posibilitación de la justicia⁶. Adiestramiento que permita, por un lado, generar provocaciones y refutaciones allí donde este sea constreñido al servicio de los intereses del mercado y de sus adoradores, y por otro lado, tomar conciencia de que el ejercicio de la abogacía sólo cumple su cometido cuando contribuye con su saber a posibilitar la prevención y resolución de conflictos intersubjetivo de intereses con justicia.⁷

Para ello es inevitable tener claro los fundamentos, los medios y los fines de nuestra profesión. Tal es en nuestra opinión una de las funciones de la iusfilosofía que hoy, más que nunca, debería ser de incumbencia del operador del derecho. Porque esta permitirá a los abogados en general a entenderse a sí mismos, a comprender y desarrollar el Derecho y a operarla de manera justificada, creativa y con honestidad, y no atentas en la oscuridad.⁸

Por tanto, el compromiso que nos hemos propuesto en el presente ensayo, es provocar en el lector (estudiante de derecho u abogado) interés por la disciplina de la filosofía del derecho, no por mera cuestión académica, ni por lujo. Pues

⁵ Si bien asumimos la idea de que filosofar es pensar por uno mismo. Sin embargo, también reconocemos que nadie puede lograrlo sin apoyarse en el pensamiento de otros, especialmente en el de los grandes pensadores que nos precedieron.

⁶ Consideramos que la justicia es el núcleo del derecho, de la política de la moral; de todo saber que tenga como objetivo orientar la acción humana.

⁷ Entiéndase por justicia tres conceptos generales: distributiva, retributiva y positiva. La primera es sinónimo de justicia social, es decir, la distribución equitativa de los derechos y deberes. La justicia retributiva se refiere a la corrección de la conducta anti social. Y la justicia positiva, es aquella definida por la ley. En nuestra opinión la justicia que se hace desde el derecho es la de eliminar, hasta donde ello sea posible, los obstáculos que pudieran impedir el libre desarrollo del proyecto de vida que cada persona es portador.

⁸ En opinión de Berlín, “el papel de la filosofía es siempre el mismo, ayudar a los seres humanos a entenderse a sí mismo y así operar en una forma abierta, y no salvajemente en la oscuridad”. Cfr. Berlín, Isaiah (1992). *Conceptos y categorías. Ensayos filosóficos*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 41

JAIME ARAUJO FRIAS

somos de la firme convicción de que pensar⁹ el Derecho desde la filosofía no es un lujo. Pensar el derecho de manera crítica es de suma necesidad; fundamental para practicarlo en función de su valor esencial: la justicia.

En efecto, el propósito del presente ensayo no es la búsqueda de una verdad objetiva, sino más bien, la presentación sincera de lo que pensamos.

El creador del género ensayístico, Michel De Montaigne, describió al ensayista como un rapsoda que compone con retazos de diversos orígenes un texto que muestra un pensamiento trabajando. Eso es lo que intentamos hacer en el presente trabajo. No escribimos para informar, ni para hacer ver con diría el autor de *El corazón de las tinieblas*, Joseph Conrad. Escribimos para hacer pensar. Y eso, es más que suficiente.

⁹ Siguiendo a Gilles Deleuze, conceptualizamos el pensar como el “descubrir, inventar nuevas posibilidades de vida”. Como la capacidad cognitiva para crear y recrear las condiciones que posibiliten el buen vivir.

CAPÍTULO I

A PROPÓSITO DEL ABOGADO

“Nadie vive tan expuesto a la deformación profesional como el abogado. ¿Qué recto corazón no se tuerce con el hábito de cifrar la justicia en el fallo aleatorio de un juez? ¿Qué privilegiado cerebro no se malea con algunos años de triquiñuelas y trapisondas? ¿Qué verbo, qué lenguaje, no se pervierte con el uso de la jergonza judicial? ¿Qué buen gusto no se corrompe con el manejo diario de códigos, reglamentos y expedientes? En la abogacía, como en un sepulcro voraz e insaciable, se han hundido prematuramente muchas inteligencias, quizá las mejores del país”.¹⁰

Las ideas no tienen existencia propia fuera de los cerebros, mejor dicho de las personas concretas, en nuestro caso de los abogados. De manera que, es pertinente empezar por preguntarnos, ¿Para qué sirve un abogado? Para nada, sino hubiese conflictos de intereses e incertidumbres jurídicas de relevancia social que resolver.

Aunque, si le preguntamos a un abogado, puede que nos ofrezca una respuesta generosa, como es natural cuando a alguien se le interroga sobre su profesión: para defender la justicia diría sin titubeos. Pero si examinamos a cualquier ciudadano, la cuestión puede cambiar radicalmente. La pregunta sugerirá risas y hasta respuestas poco gratas: *para robar*.

No en vano, a menudo entre nuestros conciudadanos y hasta en los mismos abogados se utiliza la expresión ‘rata’ (palabra vulgar que en Perú se usa para referirse al ladrón) para nombrar al abogado. Lo cual, en principio nos advierte que la profesión de la abogacía ha perdido su significado y nobleza primigenia: “advocatus”, el que asiste al llamado de la justicia.

Los autores del *Manifiesto Comunista* acusaron a la burguesía del despojo de la dignidad y respeto de los cuales gozaba la profesión. La burguesía, escribieron,

¹⁰ Gonzales Prada, Manuel (2010). *Los jóvenes a la obra. Textos esenciales*. Lima: Fondo Editorial del Congreso, p. 170.

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS por un lado Marx y Engels, la ha convertido en su servidor asalariado¹¹; en una profesión que ha hecho del dinero la certeza de su existencia, en un medio para lucrar de la desgracia ajena.

Por otro lado, el experto en historia europea Tony Jutd, precisa que esta forma de razonar, el pensar *económicamente*, así lo denomina, que ha infestado todas las profesiones, no es algo intrínseco a los seres humanos, sino producto del culto al libre mercado, al dinero¹² como certeza de nuestro destino.

Esta forma de pensar (mejor dicho de no pensar y de repetir lo que otros han pensado)¹³ ha reducido, salvo algunos que se resisten, la función del abogado a una especie de gestor, de tramitador remunerado en los tribunales. Desprovisto de elementos humanísticos: disposición crítica, imaginativa y creativa.

Y, si esta tendencia se prolonga, en poco tiempo tendremos generaciones enteras de máquinas utilitarias, en lugar de profesionales cabales con capacidad de pensar por sí mismos, poseer una mirada crítica sobre la realidad y los problemas jurídicos que aparecen en la vida social.

No obstante, este mal se ha ido naturalizando en el transcurso del tiempo y hace falta un arduo trabajo de profilaxis ontológica, epistemológica y ética para cambiarla de dirección. Encaminarla hacia su valor esencial: la justicia.

Pues, como advierten los que saben, desaprender las falsedades es tal vez el proceso más difícil a seguir. Así lo confirma irónicamente Mark Twain, cuando escribió, “es más fácil engañar a la gente que convencerlos de que han sido engañados”.¹⁴

La profesión de la abogacía lleva constreñida muchos siglos al engaño, a la farsa y al mimetismo intelectual. Salvo algunas excepciones, la regla es la incapacidad para diferenciar entre lo justo y lo injusto, entre el medio y el fin, entre el derecho

¹¹ Marx, K. y Engels, F. (1999). *El manifiesto comunista*. Barcelona: Edicomunicación, p. 90.

¹² Jutd, Tony (2010). *Algo va mal*. Barcelona: Ariel, p. 21.

¹³ Oscar Wilde decía con ironía al respecto que la mayoría de la gente es otra gente. Sus pensamientos son opiniones de otros y sus vidas son una imitación; sus elecciones son decisiones de otros, sus pasiones son una cita de otra persona. Citado por Icke, David. “El amor infinito es la única verdad, todo lo demás es ilusión”, p. 4 [En línea] disponible en: <http://ebiblioteca.org/?/ver/48451>. [15 de agosto del 2013]. El mundo entero está siendo gestionado para ahorrarnos la tarea de pensar por nosotros mismo, de vivir en mérito a nuestras propias reflexiones.

¹⁴ Citado de memoria.

y el abuso del mismo cuando hay de por medio una buena suma de dinero. Así, los abogados se han convertido en instrumentos en los que el tirano toca su melodía, o en máscaras teatrales por donde habla la voz del verdugo.

Y, ello ocurre porque como nos advirtió el autor de *Rebelión en la granja*, George Orwell, algo erróneo no se convierte en verdad a base de repetirlo muchas veces, tampoco la verdad se convierte en algo erróneo porque nadie la vea.

Sentencia actualmente corroborada por el premio Nobel de psicología Daniel Kahneman, quien concluye que “una manera segura de hacer que la gente se crea falsedades es la repetición frecuente, porque la familiaridad no es fácil de distinguir de la verdad”.¹⁵

Ahora bien, antes de dar respuesta desde nuestro punto de vista a la pregunta antes referida, es necesario resolver dos interrogantes previas: ¿Por qué necesitamos del derecho? y ¿Qué es un abogado? Pues, sino necesitaríamos del Derecho no tendría razón de ser el abogado.

¿POR QUÉ NECESITAMOS DEL DERECHO?

Puede aplicarse aquí lo que dijo Aristóteles para la política.¹⁶ Es decir, “porque no somos ni dioses ni animales”. Porque somos seres humanos que nos caracterizamos por la sociabilidad, pero también la conflictividad.

El egoísmo¹⁷ es una posibilidad de condición humana, pero también la cordialidad¹⁸. Esto es, por un lado porque somos seres sociables. Sólo podemos

¹⁵ Kahneman, Daniel (2012). *Pensar rápido, pensar despacio*. Barcelona: Debate, p. 88.

¹⁶ Según Bobbio, el término política deriva del adjetivo de polis (politikós) que significa todo lo que se refiere a la ciudad, y en consecuencia ciudadano, civil, público, y también sociable y social, la expresión política ha sido transmitido por influjo de la gran obra de Aristóteles intitulada Política, que debe ser considerada como el primer tratado sobre la naturaleza, las funciones y las divisiones del estado y sobre las varias formas de gobierno, predominantemente en el significado de arte o ciencia del gobierno, es decir de reflexión, sin importar si con intenciones meramente descriptivas o incluso prescriptivas sobre las cosas de la ciudad. Cfr. Bobbio, Norberto (2005). *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta, p. 175.

¹⁷ En las ciencias biológicas y cognitivas está surgiendo una visión nueva y radical de la naturaleza humana que es motivo de discusión en los círculos intelectuales. Los descubrimientos recientes en el ámbito de las neurociencias y en el del desarrollo infantil

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS
vivir y desarrollar nuestro personal proyecto de vida con la participación de nuestros semejantes. Pero, por otro lado, porque nuestra “insociable sociabilidad” como pensaba Kant¹⁹, hace que no podamos ni prescindir de los demás ni renunciar, por ellos, a la satisfacción de nuestros propios intereses y deseos.

Por estas razones necesitamos el Derecho. Para que nuestras pretensiones y resistencias acerca del interés en un mismo bien en el que ninguna de las partes quiere ceder²⁰, lo resolvamos de otra manera que no sea el crimen. Para librarnos de la guerra, de la masacre; o al menos para acotarlo, racionalizarlo.

En resumen, necesitamos del Derecho, no porque seamos únicamente egoístas o cordiales, sino porque tenemos la posibilidad de llegar a serlo en algún momento de nuestra vida, dado que vivir implica necesariamente enfrentar y resolver problemas. Y para que esa porción de conflictos intersubjetivo de intereses no terminen en un crimen, se ha inventado el Derecho.

Sin embargo, para ello necesitamos de operadores del Derecho capaces de poner sus destrezas racionales y desiderativas al servicio de la resolución de conflictos intersubjetivos de intereses. Y ellos son sin duda los abogados.

nos obligan a cuestionar la creencia, tan arraigada, según la cual los seres humanos son agresivos, materialistas, utilitaristas y egoístas por naturaleza. Ahora, por el contrario, empezamos a darnos cuenta de que somos una especie fundamentalmente empática, y ello tiene unas implicaciones profundas y de largo alcance para la sociedad y concretamente para el derecho. Véase, Rifkim, Jeremy (2010). *Civilización empática. La carrera hacia una conciencia global en un mundo de crisis*. Barcelona: Paidós.

¹⁸ La cordialidad brota de una razón compasiva, capaz de indignarse ante la injusticia y de conmoverse ante el sufrimiento del otro. Véase, Cortina, Adela (2010). *Justicia cordial*. Madrid: Trotta.

¹⁹ Kant, Immanuel (2007). *Idea de una historia universal desde un punto de vista cosmopolita*. Trad. Eduardo García Belsunce, Buenos Aires: Prometeo, p. 33

²⁰ Alvarado Velloso, Adolfo (2003). *El debido proceso de la garantía constitucional*. Rosario: Editorial Zeus, p. 21.

¿QUÉ ES UN ABOGADO?

Un abogado es ante todo un profesional del Derecho. Una profesión es una actividad que lleva a cabo alguien que es perito en una determinada área del saber humano. En nuestro caso concreto la actividad de resolver conflictos intersubjetivos de interés e incertidumbres jurídicas a través del derecho la lleva a cabo el abogado.

De manera que él tiene la enorme y gratificante tarea de reflexionar, repensar críticamente el conjunto de saberes jurídicos disponibles a fin de mejorarlo, recrearlo y orientarlo hacia la posibilidad de la paz social desde la justicia.

¿PARA QUÉ SIRVE UN ABOGADO?

Así como el médico tiene la función social de usar sus conocimientos en medicina para prevenir y curar enfermedades biológicas; así también, el abogado es el profesional que tiene la función social de usar sus conocimientos en derecho para prevenir y sanar enfermedades sociales: conflictos intersubjetivos de intereses e incertidumbres jurídicas.

Así pues, lo que da sentido a la profesión de la abogacía es el bien que ofrece a la sociedad y que ninguna otra profesión puede dar: posibilitar la paz social con justicia a través de normas jurídicas. Y el abogado que actúa así, créase o no, parafraseando al Nobel en economía Amartya Sen, es un bien público. Un profesional al servicio de los intereses de la población, de la *res pública*.

Porque en efecto, no es posible tener buenas instituciones que se ocupen de la cosa pública, como por ejemplo, administrar justicia, si los profesionales que la componen son mediocres y corruptos. Por ello, un abogado (buen abogado) es una garantía para la defensa de los intereses de la ciudadanía; es decir, el progreso social de una determinada población depende en gran medida de la calidad de profesionales que se tenga, en nuestro caso específico, de la calidad de profesionales del derecho que se sumen para defender y garantizar a través del derecho los intereses legítimos de la ciudadanía.

Pero cuidado, ser experto en Derecho no es sinónimo de memorizar los enunciados normativos descritos en los códigos jurídicos. Eso es útil para realizar trámites administrativos, pero no suficiente para ejercer la abogacía.

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS

El escenario actual, es decir, el Estado de derecho²¹ Constitucional, requiere abogados no solamente que asimilen los contenidos legales sino sobre todo que lo piensen, lo recreen en función de los problemas reales que evidencia nuestra población y que lo operen con honestidad. Lo cual, conlleva abandonar concepciones y prácticas jurídicas acriticas, para embarcarnos en la hermosa aventura de pensar el derecho y, definimos al pensar como discernir, a este como criticar, y a la crítica como un crisol por el que pasan los saberes y son depurado de sus sobras hasta quedar un resto sustancial útil.

En síntesis, el abogado necesita pensar críticamente su saber para desarrollarlo. No obstante, el asunto del Estado de Derecho Constitucional y de la importancia del pensamiento crítico para el abogado merece una sección aparte.

²¹ Si Estado de derecho significa según Raz, que “la gente debe obedecer la ley y ser gobernada por ella”. Cfr. Vilhena Viera, Oscar (2011). “Desigualdad estructural y Estado de derecho”. En: *El derecho en América Latina*. Madrid: Siglo XXI, p. 26. Estado de Derecho Constitucional significaría, obedecer la Constitución y ser gobernada por ella, es decir, el principio de legalidad es avasallado por el principio de constitucionalidad.

JAIME ARAUJO FRIAS

CAPÍTULO II

EL ABOGADO: ENTRE EL ESTADO DE DERECHO LEGAL Y EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

“Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la justicia, lucha siempre por la justicia”.²²

El cambio es un rasgo inherente a la vida. Parafraseando al filósofo Heráclito de Éfeso, podemos decir que la única certeza que tenemos es el cambio, en él debemos hallar no una aspiración de acomodamiento a las circunstancias sino de aprovechamiento crítico a los signos de los tiempos.

El ser humano es un individuo situado, es decir, piensa, siente y actúa a través de un cerebro (cuando digo cerebro digo también pensamiento, pues no existe científicamente tal dualidad, al menos para la ciencia) en situación. Lo cual, significa que está condicionado por uno conjunto de circunstancias históricas, sociales y culturales que van modelando la subjetividad personal, que le impregna una manera de ver el mundo, de reflexionar, de enjuiciarlo y consecuentemente, de orientar su vida en ese mundo, en medio de los otros y con los otros.

De manera que si esto es así, hay que concluir que también los saberes jurídicos son provisionales, pues estos son producto de la creatividad humana y por tanto está sujetos a sus contingencias: miserias y bondades del sujeto que lo produce.

Cada teoría²³ jurídica lleva la impronta de la época en la que se gestó y el deber de engendrar a la que le sucederá pero sin anularla sino más bien recreándola y

²² Couture, Eduardo J. *Mandamiento del Abogado*.

²³ El término teoría procede del griego *theoreo*, que significa mirar, y de su derivado *theoros* con lo cual se designaba a los embajadores que los ciudadanos enviaban a una fiesta y cuya única función era observar sin participar en la misma. Actualmente el camino que rodea la Acrópolis y desde el cual se tiene una mirada panorámica sobre Atenas se llama el camino de la teoría. En el lenguaje culto que es el que nos interesa se llama teoría a un edificio conceptual formado por una colección organizada de nociones y proposiciones que codifica información acerca de cierto tipo de sistemas, fenómenos o procesos y típicamente sirve para dar explicaciones, hacer predicciones y resolver problemas. Cfr. Mosterín, Jesús y Torretti, Roberto (2002). *Diccionario de lógica y filosofía de la ciencia*. Madrid: Alianza, p. 556.

proponiendo nuevas formas de pensar. Y pensar significa: inventar, agrietar, ensanchar las fronteras del saber jurídico para generar nuevas posibilidades de vida. Porque “el pensador afirma la hermosa afinidad entre el pensamiento y la vida: la vida haciendo del pensamiento algo activo, el pensamiento haciendo de la vida algo afirmativo”.²⁴

El pensamiento creó el iusnaturalismo²⁵, la filosofía jurídica dominante de la época premoderna, mientras faltó un sistema formalizado de fuentes basado en el monopolio estatal de la producción jurídica. Luego, inventó el iuspositivismo²⁶, sistema formalizado de reglas característico de las codificaciones y el nacimiento del Estado moderno. Y ahora ingenió el iusconstitucionalismo²⁷, sistema concertado de reglas y de principios que se han convertido en la teoría jurídica dominante, o en todo caso para decirlo con Ferrajoli, se está convirtiendo en ella.²⁸

No obstante, pensar es pensar en situación, somos hijos de una determinada cultura jurídica, lo cual indica que tenemos que pensar y trabajar con ella. La nuestra se gestó en Europa después de la Revolución Francesa y luego fue importado por América Latina. Esta cultura jurídica suponía una determinada concepción del Derecho, una particular manera de aprehender, de pensar y de operar el Derecho.

De la literatura jurídica podemos advertir que esa cultura o paradigma jurídico²⁹ como lo denomina Luigi Ferrajoli, que aún sigue influenciando en el modo de concebir, enseñar y operar el Derecho en nuestros días, no porque sea la más

²⁴ Deleuze, Gilles (2002). *Nietzsche y la filosofía*. 7ma. Ed. Barcelona: Anagrama, p. 143.

²⁵ El iusnaturalismo es una teoría jurídica que defiende la existencia de Derechos del Hombre superiores o independientes al ordenamiento jurídico positivo, es decir, a la creación humana.

²⁶ Según el positivismo jurídico, el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral. Se sostiene el divorcio radical entre moral y derecho, o para decirlo con Alexy, la tesis de la separación entre ambas.

²⁷ El iusconstitucionalismo propugna la tesis de la subordinación de las leyes a los principios y los Derechos Fundamentales establecidos en la Constitución. Así, una ley es válida, además de vigente, dice Ferrajoli, sólo si sus contenidos no contrastan con los principios y Derechos Fundamentales estipulados en la Constitución.

²⁸ Ferrajoli, Luigi (2011). *Principia iuris. Teoría de derecho y de la democracia. 2. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, p. 41.

²⁹ Entendemos por paradigma jurídico al conjunto de ideas, concepciones, representaciones que condicionan y en algunos casos determinan el modo de producir, pensar y operar el derecho propio de una determinada época.

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS adecuada, sino, por costumbre o tal vez por comodidad, es el Estado de Derecho Legal. Contrariamente, el paradigma de Estado de Derecho que hoy defendemos es el Estado de Derecho Constitucional.

De modo que esto advierte una especie de esquizofrenia jurídica; por un lado hemos cambiado de paradigma de Estado de Derecho a nivel teórico, pero en la práctica seguimos enseñando, pensado y operando los saberes jurídicos para el Estado de Derecho Legal.

El juez sigue siendo, para decirlo con Montesquieu, la boca que pronuncia la ley, y los abogados, eximios recitadores de los enunciados legales contenidos en los códigos jurídicos, sin examinar previamente si merecen ser aplicados, mejorados o tal vez desechados.

Esto muestra la urgencia de que los operadores jurídicos no sólo asimilen los cambios teóricos del Estado de Derecho Constitucional, sino también que traduzcan su saber en consecuencias prácticas para ejercer su profesión de manera justificada y coherente, acorde a las demandas de nuestro tiempo.

En el Estado de Derecho Legal se estudiaba el Derecho estáticamente, puesto que se creía que el Derecho se reducía a lo que estaba contenido en la ley. En la actualidad, esto es en el Estado de Derecho Constitucional, es insoslayable un examen crítico y dinámico del mismo, considerando que el Derecho no es sólo un conjunto de reglas inmutables, sino que es una realidad social viviente³⁰, lo cual requiere del abogado una destreza reflexiva y crítica de su saber, un aprendizaje ya no solamente informativo, sino fundamentalmente formativo, puesto que el hoy del Derecho exige una profunda renovación de las numerosas concepciones jurídicas que operan en la práctica y cuyas consecuencias sociales incrementan cada día el número de víctimas del Derecho.³¹

Por tanto, es de necesidad pública poner en correlación el texto jurídico con el contexto social. Pues como certeramente apunta Zagrebelsky, “la idea de derecho que el actual Estado Constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire

³⁰ Sobrevilla, David (2013). *La filosofía del derecho en el Perú*. Lima: Fondo Editorial Universidad de Lima, p. 128.

³¹ En nuestro país, el divorcio entre derecho y realidad social trae como consecuencia que la ley se vea como una farsa, una disputa de poder entre los pocos afortunados que negocian con el destino de una gran mayoría empobrecida en nombre de la justicia.

que respiran los juristas”³². De modo que es imperioso asumir semejante tarea con responsabilidad.

Veamos brevemente algunas características de cada uno de estos dos paradigmas de Estado de Derecho.

ESTADO DE DERECHO LEGAL

Podemos decir que el Estado de Derecho legal surgió a partir del último tercio del siglo XIX, la teoría más importante que respaldaba y legitimaba este modelo de Estado de Derecho fue el iuspositivismo jurídico que, como es sabido, identifica plenamente el Derecho con la Ley, a la que define formalmente como un acto de voluntad del Poder legislativo sin referencia alguna a sus posibles contenidos axiológicos o teleológicos y, sin que tampoco haya que buscar un especial sentido a las notas de generalidad, discusión, debate y rebate de la ley.

Se asume que la ley es lo que el legislador ha decidido que sea la ley a través de unas determinadas formas³³. Por ello, Hans Kelsen resumió esta tesis con la fórmula: “por ello cualquier contenido puede ser derecho”.³⁴

La idea que propugnaba el Estado de Derecho legal y con ella la teoría que la legitimaba, el positivismo jurídico de corte Kelseniano, suponía una situación histórica concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional: la instancia legislativa. Esta concepción hacía de la actividad de los abogados un mero servicio a la ley, e incluso una simple exégesis, es decir, conducía a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador.

Una praxis del Derecho reducida a esto no puede reivindicar ningún valor de creación autonómica. Es más bien apropiada la afirmación despectiva: tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura³⁵.

Algunas de las características más resaltantes de este Estado de Derecho son:

³² Zagrebelsky, Gustavo (1999). *El derecho dúctil*. 3ª ed. Madrid: Trotta, p. 10.

³³ García Pelayo, Manuel. “Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho en el Tribunal Constitucional Español”. En: *ILANUD*, Año 9-10, pp. 23-24.

³⁴ Citado por Alexy, Robert (1997). *El concepto y validez del derecho*. 2da. Ed. Barcelona: Gedisa, p. 13.

³⁵ Zagrebelsky, Gustavo. *Op.Cit.*, p. 33.

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS

- a) La sinonimia entre Derecho y ley. Esto es, no hay más Derecho que lo contenido en la ley. En consecuencia, la moral y la política no cumplen ningún papel. El Derecho ha sido deducido por la razón y puesto en los códigos;
- b) La Ley es fruto de una voluntad general infalible. Pues los miembros de la sociedad renuncian a sus derechos y todos se benefician del renunciamiento de los demás. Por ende cumplir la ley es ser libre y sólo estamos obligados a ser lo que manda la ley; y
- c) El Derecho se enseña a partir de los códigos legales. Las materias que no tienen códigos son devaluadas.

Todo esto genera en el estudiante de Derecho dos características importantes: una memoria prodigiosa y una capacidad crítica casi nula. Disposición para memorizar muchos enunciados legales pero desprovistos de reflexión crítica de los mismos.

Desde esta perspectiva, el abogado no es más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque memoriza el Derecho para luego repetirlo en la ley. Sin averiguar previamente si dichos contenidos necesitan alguna mejoría.

Así, la justicia se define como el cumplimiento de las leyes. Concepción que llegaría formalmente a su fin con el caso paradigmático de los juicios a los jerarcas de Núremberg, a quienes se les condena por cumplir la ley y violar el Derecho. Es decir, la reducción del Derecho a la ley, o por lo menos la sumisión a la ley de todas las demás fuentes del derecho,³⁶ tales como La Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados internacionales, la Constitución, etc.

De modo que, para decirlo con Ferrajoli, si el primer cambio, Estado de Derecho Legal, se expresó en la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho existente y, al mismo tiempo, válido; el segundo cambio, Estado de Derecho Constitucional, se expresó en la afirmación de las constituciones rígidas como normas de reconocimiento, no sólo del derecho válido, sino también del derecho inválido, pero existente³⁷. Lo cual, exhibió que el

³⁶ Zagrebelsky, Gustavo. Op. Cit., p. 24.

³⁷ Ferrajoli, Luigi (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara, p. 123

positivismo no era la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad a la que asistíamos después de la primera y segunda guerra mundial³⁸.

ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Hoy, pocas dudas que vivimos es un Estado de Derecho Constitucional, donde la ley por primera vez, escribe Zagrebelsky, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución.³⁹ El Estado de Derecho Constitucional eleva la Constitución desde el plano programático que ocupaba en el Estado de Derecho Legal al mundo de las normas jurídicas vinculantes y, por consiguiente, no sólo acoge el principio de primacía de la ley, sino que lo complementa con el principio de la primacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre todo el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación de la ley si ésta, en su conjunto o en algunos de sus preceptos, no se adecua a la norma Constitucional.⁴⁰ Así, la legalidad positiva en el Estado de Derecho constitucional no es ya únicamente condicionante, sino que ella misma está condicionada por límites y vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustantivos.⁴¹

El Estado de Derecho Constitucional tiene las siguientes características:

- a. La Constitución es fuente de Derecho.
- b. La Constitución está cargada de moral, bajo los rótulos de principios y Derechos Humanos.
- c. Se defiende la Constitucionalización de los Derechos Humanos y se reconoce a toda la Constitución como operativa.

En resumen, podemos decir que si el Estado de Derecho Legal se basa en el principio de legalidad, por el que todo acto del poder solo puede hacer lo determinado por la ley, y todo acto privado es permitido en tanto no esté prohibido. El Estado de Derecho Constitucional en cambio, se basa en el

³⁸ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. “*Dejemos atrás el positivismo jurídico*”. [En línea] en: <http://pdf.cervantesvirtual.com/downloadpdf/dejemos-atrs-el-positivismo-juridico-0/?uuid=021e547a-82b2-11df-acc7-002185ce6064>. [18 de marzo del 2014].

³⁹ zagrebelsky, Gustavo. Op. Cit., p. 34.

⁴⁰ García Pelayo, Manuel. Op. Cit., p. 15.

⁴¹ Ferrajoli, Luigi. Op. Cit., p. 123.

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS
principio de constitucionalidad, en el que los actos públicos y privados son sometidos a la Constitución.⁴² Así, la Constitucionalización del ordenamiento jurídico pone sobre la mesa un cambio de paradigma en la manera de producir, pensar y operar el Derecho.

Por tanto, es en este escenario donde hoy los abogados deben pensar, desarrollar y operar el Derecho, esto implica abandonar la idea de sinonimia entre Derecho y ley, o en el peor de los casos entre ley y justicia.

Lo cual, inevitablemente requiere de los juristas un continuo ejercicio reflexivo y crítico del saber jurídico en su conjunto. Por que sin esta disposición a cuestionar y a cuestionarse, de pensar y obrar conforme a los intereses y necesidades que la ciudadanía evidencia, nuestros pueblos siempre serán víctimas de las decisiones judiciales que se tomen travestidos de justicia.

Sin capacidad crítica, los abogados se tragarán toda clase de ideas, promesas, charlatanerías, etc., que “la industria de producción de dispositivos legales”⁴³ les arroje por delante.

De manera que es imperioso un saber que sea capaz de sacar las reliquias del templo de Diké⁴⁴, expulsar a los predicadores y juzgar sus sermones. Y la filosofía del derecho como crítica tiene mucho que decir respecto a ello y en orden al referido cambio de paradigma de aprehender, pensar y operar el Derecho.

⁴² Ávila Santamaría, Ramiro. “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XV, Montevideo, 2009, p. 779.

⁴³ Con la industria de producción de dispositivos legales nos referimos al Poder Legislativo.

⁴⁴ En la mitología griega Dike es la hija de Zeus que sentada junto al trono de su padre le refiere los actos de los hombres justos. En el pensamiento homérico, Dike era la línea de demarcación entre la barbarie y la civilización. Véase, Jaeger, Werner (1953). *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*. Madrid: Civitas, p. 20.

JAIME ARAUJO FRIAS

CAPÍTULO III

IMPORTANCIA DEL PENSAMIENTO CRÍTICO PARA EL ABOGADO

“La crítica es la destrucción como alegría, la agresividad del creador. El creador de valores no es separable del destructor, del criminal y el crítico: crítico de los valores establecidos, crítico de los valores reactivos, crítico de la baja”⁴⁵

De acuerdo con su etimología, la palabra crítica proviene del griego *Krisis*: separación, escisión pero también, por extensión, elección, resolución, desenlace. El verbo *krineîn* en griego significa discernir, separar, y también escoger, decidir.

La crítica implica necesariamente una toma de posición, una resolución que nos persuade y compromete a enjuiciar el conjunto de saberes disponibles, así como a “juzgar la bondad, la belleza o la verdad de las cosas”⁴⁶, con el propósito de depurarlas de sus malas mezclas.

Todo esto nos lleva en principio a colegir que ser crítico significa tener la capacidad para juzgar una situación adecuadamente, no sólo en función de una mente estructurada y lógica, sino también, con base en unos valores y principios éticos y un manejo adecuado de las emociones.⁴⁷ Ser cuestionador de las certidumbres, transgresor de lo establecido, pero también ser creador y recreador, proponente de formas y contenidos alternativos a los ya dados, que nacen no solamente de la racionalidad sino también de la sensibilidad humana frente a la realidad.

Con todo, sostendremos que la crítica, es el ejercicio continuo de la depuración de ideas, creencias y costumbres que no solo obstruyen el acto de pensar y actuar,

⁴⁵ Deleuze, Gilles (2002). *Nietzsche y la filosofía*. Barcelona: Anagrama, p. 123.

⁴⁶ Espíndola Castro, José L. y Espíndola Castro, Marco (2005). *Pensamiento crítico*. México: Pearson, p. 9.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 10.

sino sobre todo el motor que los impulsa: “emociones y sentimientos”⁴⁸. Pues, todo cuanto piensa y siente acerca de los problemas y qué hacer con respecto a ellos es un sujeto sentipensante.⁴⁹

De manera que, pensar críticamente no solamente requiere destrezas racionales para detectar los problemas, sino, sobre todo, que ello nos mueva, nos indigne y nos impulse a poner constantemente nuestro saber al servicio de la vida y en oposición a todo mecanismo que niegue u obstaculice las condiciones que la posibiliten.

En fin, una persona crítica es, para decirlo poéticamente, alguien tan sensible capaz de “escuchar a la hierba crecer”⁵⁰; educado para ver problemas allí donde todos ven conveniencias; de dudar cuando muchos se aferran a las certezas; de advertir posibilidades allí donde muchos proponen resignación o acomodamiento. Pero, ¿quiénes son capaces de pensamiento crítico?

Todo ser humano está dotado para pensar por naturaleza, algunos hacemos uso de este privilegio en mayor o menor medida, otros no; en cambio, pensar críticamente no es lo mismo que respirar, no es natural. Por supuesto que la actividad cerebral y la capacidad innata del lenguaje definen al hombre. Pero en la historia de la humanidad el pensamiento crítico es el resultado de un arduo trabajo. Es labrado por una fuerza que va a contracorriente de lo ya pensado.

⁴⁸ La diferencia entre emociones y sentimientos es la siguiente: las primeras son percepciones que se acompañan de ideas y modos de pensamiento, en cambio los sentimientos, son principalmente percepciones de lo que nuestro cuerpo hace mientras se manifiesta la emoción, junto con percepciones del estado de nuestra mente durante ese mismo periodo de tiempo. Cfr. Damasio, Antonio. *Y el cerebro creó al hombre. ¿cómo pudo el cerebro generar sentimientos, emociones, ideas y yo?* Trad. de Ferran Meler Orti. Barcelona: Crítica, 2010, p.p. 17-19.

⁴⁹ Entiéndase por sentipensante, el deseo de orientar la vida en consecuencia con lo que se piensa o conoce. Sólo se logra hacer lo conocido si se pone los sentimientos y emociones al servicio de ese fin. Los sentimientos son el ingrediente básico de todo posible conocimiento capaz de transformar individuos y sociedades

⁵⁰ Frase citada por Jean Ziegler y atribuida a Karl Marx. Véase Documental “El orden criminal del mundo”. En: <https://www.youtube.com/watch?v=TKnrP9xdFR8>. [26 de febrero del 2015].

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS

La neurociencia⁵¹ señala que los seres humanos no estamos habituados a pensar críticamente porque el cerebro no está dotado para hacerlo sino para evitarlo. De modo que el pensamiento crítico no es gratuito, no nos viene dado por herencia genética ni mucho menos baja del cielo (para los que creen que existe el cielo). Es el resultado de un arduo ejercicio intelectual, el más duro y el más necesario que existe y como observó de manera sarcástica Henry Ford, probablemente es la razón por la que tan poca gente se dedique a ello. Unos por comodidad, otros por pereza mental y muchos por costumbre o economía de pensamiento. Es más fácil y cómodo creerlo todo que abandonar las certezas y aventurarnos a pensarlo todo, a cuestionarlo todo.

Por ello, el pensamiento crítico es de vital importancia para la gestión de la vida social en la cual ocupa un lugar privilegiado la actividad profesional y particularmente la profesión de la abogacía. Sin este tipo de pensamiento tendremos abogados incapaces de cuestionar y de cuestionarse, de desplegar sobre su saber una tarea reflexiva, audaz y creativa.

En tal virtud, consideramos que el pensamiento crítico debe acompañar al abogado en su tarea cotidiana, porque se juega con uno de los valores más importantes sobre el cual se sustenta la sociedad: la justicia.

Con la crítica el profesional del Derecho deja de aceptar indiferentemente el conjunto de saberes jurídicos ya dados, muestra sus insuficiencias y limitaciones y señala así la necesidad de transformarlo para responder a los problemas más acuciantes que nuestros pueblos evidencian.

Por consiguiente, no debe haber ejercicio de la abogacía sin crítica, no es aconsejable abstenerse del enjuiciamiento al conjunto de contenidos jurídicos aprendidos. En razón de que la crítica se presenta para el abogado como el

⁵¹ La neurociencia es una saber experimental, que con todas las herramientas técnicas disponibles (RM, TAC, escáneres cerebrales, etc.) y utilizando el método científico observación, experimentación, hipótesis, etc., busca explicar cómo funciona el cerebro humano. Lo cual, nos permite acercarnos a conocer cómo se ha construido y qué circuitos neuronales están involucrados y participan en la elaboración de las decisiones que toma el ser humano, la emoción y el sentimiento y hasta el juicio y el pensamiento de las conductas éticas. Cfr. Mora, Francisco (2007). *Neurocultura*. Madrid: Alianza, p. 35.

aguijón que mantiene a raya las ideas únicas, los clichés y perjudica las “estupideces”⁵² teóricas y prácticas que cada época produce.

Ahora bien, ¿cuál es ese saber capaz de provocar en el ser humano esa disposición crítica sobre el conjunto de saberes jurídicos disponibles? Podemos contestar a esta pregunta citando a Theodor Adorno, quien decía que si se trata de llevar a cabo una tarea crítica, hoy más que nunca, es necesaria la filosofía.⁵³ Porque, se preguntaba Gilles Deleuze, “¿Existe alguna disciplina, fuera de la filosofía, que se proponga la crítica de todas las mistificaciones, sea cual sea su origen y su fin? [...] ¿Quién, a excepción de la filosofía, se interesa por todo esto?”⁵⁴ No cabe duda que la filosofía. Es una herramienta formidable para formar un espíritu crítico y una actitud responsable⁵⁵ en todos los ámbitos del saber y sobre todo en el ámbito del saber jurídico.

Sin embargo, antes de seguir con nuestra reflexión, previamente debemos caracterizar la filosofía.

⁵² La estupidez que combate la crítica es la de someterse voluntariamente a cualquier forma de dominación e injusticia, incluso la de la libertad.

⁵³ Adorno, Theodor (1995). *Justificación de la filosofía*. Barcelona: Ed. Altaya, p. 73.

⁵⁴ Deleuze, Gilles (2002). *Nietzsche y la filosofía. 7ma. Ed.* Barcelona: Anagrama, pp. 149 - 150.

⁵⁵ UNESCO. “La filosofía una escuela de libertad”, p. 7 [en línea], disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001851/185119s.pdf>. [18 de diciembre del 2012].

CAPITULO IV

A PROPÓSITO DE LA FILOSOFÍA

La filosofía sirve para entristecer. Una filosofía que no entristece o no contraría a nadie no es una filosofía. Sirve para detestar la estupidez, hace de la estupidez una cosa vergonzosa. Sólo tiene este uso: denunciar las bajezas del pensamiento bajo todas sus formas.⁵⁶

En cuanto a la filosofía podemos decir que es esa clase de actividad incitadora del pensamiento, transgresora de las costumbres por excelencia; capaz de abrir grietas allí donde muchas creencias, ideas y costumbres⁵⁷ se dan por supuestas. Generando de esta manera provocaciones y refutaciones e instigándonos a pensar por cuenta propia y nunca al dictado y conveniencia de nada ni de nadie que no tenga como punto de partida el debate y rebate racional. Porque su objetivo es la formación del pensamiento independiente y la crítica del conjunto de creencias, conocimientos y prácticas, más que la absorción pasiva y la resignación contrita a los mismos.

Por ello, de la filosofía ha dicho Séneca, ocupa el sitio más elevado con respecto a otros saberes, porque su objetivo es adiestrar el espíritu.⁵⁸ En la misma línea Bertrand Russel afirma que el valor de la filosofía debe hallarse exclusivamente

⁵⁶ Deleuze, Gilles (2002). *Nietzsche y la filosofía*. Barcelona: Anagrama, p. 149.

⁵⁷ A las creencias estamos inseparablemente unidos. Porque el que cree no duda ni moviliza su inquietud de conocimiento por la verdad o la evidencia. Tiene la certidumbre plena sin saber cómo ni por donde ha llegado a ella. Como decía el autor de *La rebelión de las masas*, “las ideas se tienen; en las creencias se está”. Cfr. Ortega y Gasset, José (1986). *Ideas y creencias*. Madrid: Revista de Occidente, p. 23. Con las ideas pasa lo contrario, es algo que construimos en el pensamiento. No contamos con ellas, sino que las elaboramos a fin de comprendernos y comprender el mundo que nos rodea.

⁵⁸ Farrington, Benjamín (2000). *La civilización de Grecia y Roma*. Buenos Aires: Ed. Aleph, p. 7.

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS entre los bienes del espíritu y sólo los que no son indiferentes pueden llegar a la persuasión de que interesarse por la filosofía no es perder el tiempo.⁵⁹

No obstante, hay quienes a menudo la menosprecian e incluso, han decretado su partida de defunción. Con todo, hay que advertir que la idea de la muerte de la filosofía no es más que producto de la pereza reflexiva de algunos detractores de la razón. Pues, como sostiene Mario Bunge:

La afirmación de que la filosofía ha muerto es falsa y su propagación es inmoral. La idea es falsa, porque todos los seres humanos filosofan a partir del momento en que cobran conciencia. Es decir, todos planteamos y debatimos problemas generales, algunos de ellos profundos, que trascienden las fronteras disciplinarias.⁶⁰

Y, es inmoral porque sostener su muerte equivaldría a decir que nadie puede pensar por cuenta propia y por consiguiente orientar su vida en mérito a sus propias reflexiones y elecciones. Lo cual, además, empobrecería nuestra imaginación narrativa⁶¹ y exacerbaría la seguridad dogmática que cierra la curiosidad por la investigación.

Porque la filosofía es el intento de responder a problemas finales y también a problemas que aparecen en la vida cotidiana, no de un modo negligente y dogmático, como lo hacemos a menudo en la vida ordinaria y aun en el dominio de las ciencias, sino de una manera crítica, después de haber examinado lo que hay de embrollado en ellos, y suprimido la vaguedad y la confusión que hay en el fondo de nuestras ideas habituales.⁶²

⁵⁹ Russell, Bertrand (1937). *Los problemas de la filosofía*. 2da. Ed., trad. Joaquín Xirau. Barcelona: Labor, p. 178.

⁶⁰ Bunge, Mario (2002). *Crisis y reconstrucción de la filosofía*. Barcelona: Gedisa, p. 267.

⁶¹ Entendemos por imaginación narrativa a la capacidad de pensar cómo sería estar en el lugar de otra persona, de interpretar con inteligencia el relato de esa persona y de entender los sentimientos, los deseos y las expectativas que podría tener. Cr. Nussbaum Martha (2010). *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*. Buenos Aires: Katz, p. 132.

⁶² Russell, Bertrand. Op. Cit., p. 7.

¿QUÉ ES LA FILOSOFÍA?

Consideramos que la filosofía es una forma de pensamiento cuestionador que surge de la realidad y vuelve a ella para entenderla y transformarla. Sin embargo, es necesario anotar que muchas veces dicha expresión es usada equívocamente.

Se dice por ejemplo que todos somos filósofos por naturaleza o que cada uno tiene su filosofía. Dichas afirmaciones están fundadas en la creencia de que pensar es sinónimo de filosofar. Idea en nuestra opinión ingenua. Pensar es una cosa, pero pensar filosóficamente es otra. Esta última requiere cumplir con ciertos requisitos mínimos: racionalidad, claridad, confrontación y duda.

En primer lugar, filosofar demanda prescindir del apoyo de supersticiones o mitos y sostenerse sólo en la autoridad de la razón. La característica esencial de la razón es su generalidad. Es decir, “si tengo razón para concluir en, creer en, desear o hacer algo, esta no pueden ser sólo para mí: la razón debería servir como justificación para cualquiera que esté haciendo lo mismo en mi lugar”.⁶³

Este hábito de razonar nace en situación: Grecia. Con lo que queremos decir que a la hora de razonar, cada quien lo hace según su etnia, su sexo, su clase social, sus intereses económicos o políticos, incluso su carácter, en suma: su cultura.

No obstante, lo característico de la razón es que nunca es exclusivamente mi razón, con lo cual evitamos que cualquier cosa sea tenida como verdad. Descartes había sugerido que la razón significa, primero, universalidad, en el sentido de que todos los seres humanos la poseen, incluso los que la usan mal o no la usan. De modo que con atención y paciencia todos podríamos convenir en los mismos argumentos sobre algunas cuestiones; y segundo, que la fuerza de convicción de los razonamientos es comprensible para cualquiera, con tal de que se decida a seguir el método racional, de manera que la razón puede servir de árbitro para zanjar conflictos de interés entre los seres humanos⁶⁴.

Con todo, la racionalidad se aparta tanto del conformismo como de la utopía. En último término, nos invita a buscar la mejor solución posible a cada uno de

⁶³ Nagel, Thomas (2000). *La última palabra*. Barcelona: Gedisa, p. 17.

⁶⁴ Savater, Fernando (2004). *Las preguntas de la vida*. 10. Ed. Barcelona: Ariel, p. 53.

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS
nuestros problemas, con realismo, lucidez y decisión. No es una panacea, pero es lo mejor que tenemos⁶⁵

En segundo lugar, filosofar requiere claridad. Esta no es la cortesía del filósofo como anotaba Ortega y Gasset, sino más bien una obligación. Lo expresado debe ser entendible si es posible por cualquier persona mínimamente instruida. La oscuridad nos dice Bunge es indicador de incompetencia, confusión o impostura. Por ello, si queremos competencia y autenticidad cumplamos la exigencia de Descarte: procuremos forjar ideas claras y distintas, no oscuras ni confusas.⁶⁶

En tercer término, el pensamiento filosófico requiere ser confrontado. La filosofía no es algo que se hace en soledad sino que se crea al comunicarse y cotejarse con las ideas de los otros: toda razón es discusión. Y en filosofía las ideas deben ser expuestas a la profanación, al juicio de los otros. Deben ser vestidas con las alas del lenguaje y ser arrojadas al mundo. Para despojarlas de su inocencia y candidez. Para saber si merecen el elogio o la condena, el aplauso o la injuria.

Y por último, como cuarto requisito, filosofar requiere capacidad para dudar. La duda no es algo que nos venga naturalmente. El hábito de sopesar razones para creer o no creer apareció precisamente con la filosofía misma y es lo que la diferencia de otros saberes.

La duda no es mera vacilación sino interpelación, llamada de atención e invitación a cuestionar todo aquello que no sea racional, claro y confrontable para la inteligibilidad humana. Sólo de esta manera se evitará adoctrinamientos, dogmatismos y, el quehacer filosófico seguirá su curso como viento en popa.

Estos cuatro requisitos son una especie de filtros que van a permitir que no cualquier actividad del pensamiento sea tenido por filosofía.

En suma, además de cumplir con los requisitos señalados, la filosofía debe ser ambiciosa. Pues, la única filosofía que es interesante y vale la pena, es la filosofía

⁶⁵ Mosterín, Jesús (2008). *Lo mejor posible. Racionalidad y acción humana*. Madrid: Alianza Editorial, p. 15.

⁶⁶ Bunge, Mario (2002). *Crisis y reconstrucción de la filosofía*. Barcelona: Gedisa, p. 284.

ambiciosa⁶⁷, que se sustenta y reflexiona apoyado en los saberes científicos disponibles.

Así como no se puede tener una buena digestión si solamente consume comida chatarra, tampoco se podrá filosofar bien si solo se consume literatura acientífica. En el mejor de los casos, con el consumo de este último, lo que se podrá producir será “filosofía chatarra”⁶⁸. Expresión que designa la simple tontería, falsedad obvia o perogrullada presentada en jerga filosófica.

Del mismo modo pensaba el iusfilósofo Legaz y Lacambra cuando escribió, “cuanto más contacto con el saber científico tenga un filósofo, tanto más sólida y eficaz será su filosofía. Quien abandona la ciencia termina en la retórica o en el solipsismo”⁶⁹.

En consecuencia con todo lo anterior, podemos inferir que la filosofía es una actividad, un proceso, no un producto acabado ni delimitado, sino un quehacer continuo que se va acrisolando con los problemas que surgen en la vida misma. Así lo confirma Wittgenstein cuando dice, “la filosofía no es una doctrina, sino una actividad”⁷⁰. Acción no pasividad, acusación no adoración, desacuerdo no conformidad.

Con todo, para efectos didácticos vale una aproximación conceptual⁷¹ de modo provisional a lo que entendemos por filosofía, para orientarnos en la frondosidad carcelaria de conceptos disponibles.

⁶⁷ Mosterín, Jesús (2010). *Naturaleza, vida y cultura*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, p. 124.

⁶⁸ La chatarra filosófica presenta dos variedades, la inofensiva o pelusa y la ofensiva o venenosa. Se produce tanto por filósofos amateurs como por académicos. A diferencia de estos, los primeros trabajan por amor a la filosofía. Cfr. Bunge, Mario (2005). *Diccionario de filosofía*. 3ra. Ed. México DF: Siglo XXI, p. 21.

⁶⁹ Legaz y Lacambra (1961). *Filosofía del derecho*. 4ta ed., Barcelona: Bosch, p. 16

⁷⁰ Wittgenstein, Ludwig (1987). *Tractatus lógico-philosophicus*. Madrid: Alianza, p. 41.

⁷¹ Así como no se puede dibujar sin líneas ni pintar sin colores, tampoco se puede hablar sin palabras ni pensar sin conceptos. Hay una estrecha relación entre como hablamos y como pensamos, entre las oraciones y las proposiciones, entre las palabras y los conceptos. De manera que los conceptos son imprescindibles para la actividad de pensamiento. Cfr. Mosterín J. y Torretti R. (2002). *Diccionario de Lógica y filosofía de la ciencia*. Madrid: Alianza, p. 104.

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS

De modo que, apoyados en la Enciclopedia Oxford de Filosofía conceptualizamos la filosofía como el pensamiento racionalmente crítico de un género más o menos sistemático sobre la naturaleza general del mundo (ontología), sobre la justificación de las creencias (epistemología) y sobre la conducción de la vida (ética).⁷² Es decir, la filosofía es un saber que tiene el todo como objeto de reflexión.

Aunque pudiera parecer que las posibilidades de controversia son infinitas, todas las cuestiones se reducen a tres variedades, porque únicamente son tres las dudas o cosas dudosas sobre las que podemos reflexionar, pensar y discutir⁷³: si existe la cosa, qué es la cosa y cómo es la cosa.⁷⁴

En pocas palabras, la definición de filosofía que usaremos será la siguiente: la filosofía es la reflexión crítica y ordenada sobre lo que existe: ¿existe la cosa? Sobre qué es lo que podemos conocer: ¿Qué es la cosa? y, sobre cómo se debe vivir: ¿Cómo es la cosa? De la reflexión sobre lo que existe se ocupa la ontología, de lo que podemos conocer la epistemología, y a la ética le corresponde dar razones de cómo y por qué se debe vivir de una determinada forma.

En modo alguno esta aproximación conceptual pretende resolver el concepto de filosofía. Nuestra intención tiene un fin meramente didáctico a partir del cual intentaremos reflexionar desde la filosofía sobre el fenómeno jurídico. Pero antes, diremos algo sobre su utilidad.

¿PARA QUÉ SIRVE LA FILOSOFÍA?

La filosofía sirve para cuestionar, para agitar la conciencia, mover el pensamiento respecto de las tres interrogantes antes mencionadas. Porque una filosofía que no cuestiona, que no inconforma⁷⁵ y no contraría a nadie no es una filosofía.

⁷² Honderich, Ted. Coord. (2001). *Enciclopedia Oxford de Filosofía*. Madrid: Tecnos, p. 388.

⁷³ García Damborenea, Ricardo (2000). *El uso de razón. El arte de razonar, persuadir, refutar*. Madrid: Biblioteca Nueva, P. 9

⁷⁴ Cicerón, Marco T (2002). *Sobre el orador*. Traducción y notas de José Javier Iso. Madrid: Gredos, p. 121.

⁷⁵ Frente a los discursos que legitiman el conformismo y persuaden a la población a resignarse con lo establecido. Consideramos, que la filosofía hoy más que nunca debe inconformar al profesional, al ciudadano en general frente a aquellas voces que dicen que

JAIME ARAUJO FRIAS

En resumen, la filosofía sirve por un lado, para podar la frondosidad carcelaria de nuestras creencias, costumbres, prejuicios vigentes que obstruyen el libre juego de nuestros sentidos y la libertad de nuestra razón y, por otro lado, para provocar el rompimiento de los límites del pensamiento y de las prácticas sociales que se nos impone desde los poderes hegemónicos.

Porque si la filosofía ha pervivido ha sido a través de una crítica constante al conformismo; pues tuvo su origen en las dudas y críticas a las ideas y prácticas existentes en su tiempo de aparición, y permanecerá viva y saludable sólo si no renuncia a ello. Sin la labor crítica, la filosofía muere y con ella la imagen del filósofo, la imagen del hombre libre que interpele al saber con el propósito de encontrar la verdad.

Exigencia en nuestra opinión pretenciosa; pero sin embargo muy importante porque nos incita a indagar, a reparar en cuestiones que en la vida ordinaria y también profesional damos por supuestas, es decir, a no renunciar jamás a pensar y, no de cualquier manera, sino, de forma crítica y mordaz.

La ironía es el arma dialéctica que vacía de contenido la realidad y nos expurga de las malas mezclas a fin de provocar la duda y la confrontación sobre aquello que nos es dado como infalible.

Y la filosofía, a través de razonamientos contribuye a sospechar, dudar y a ensanchar los límites del pensamiento y del lenguaje que se nos imponen desde la autoridad académica, pero también política, moral, religiosa, etc., incitándonos de esta manera a desobedecer los mandatos e invitándonos a averiguar sobre aquello que verdaderamente nos interesa, nos aturde y nos indigna en la vida; a fin de no dar por supuesto nada, de no resignarnos nunca a aquello que nos limita a pensar mejor para encontrar la posibilidad de vivir mejor.

Vista así la filosofía; el deber del filósofo reside en ser un permanente agitador del pensamiento, un subversivo de las ideas y prácticas únicas; con la intención de generar las condiciones para iluminar los ámbitos estrechos y oscuros del saber y el hacer. Ensanchar los límites del conocimiento para ponerlo al servicio de la vida y de los escenarios que la posibiliten sin restricciones.

En fin, la filosofía sirve para cuestionar e inconformar respecto de los supuestos órdenes establecidos como únicos. Lo cual, a decir de Luciano Canfora, la

las cosas están bien como están y, que en consecuencia, no se puede hacer nada para cambiarlas, por más aberrantes que éstas sean.

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS
convierte en una profesión incómoda y peligrosa⁷⁶, porque no acepta nada por el
sólo hecho de que haya sido transmitido por la tradición, establecido por la
autoridad, o se haya hecho familiar a través de la costumbre.

Ahora bien, ¿de qué sirve todo esto al abogado? Sin duda, de mucho más de lo
que pueda pensarse preliminarmente. No obstante, veamos antes el vínculo que
existe entre filosofía y derecho.

⁷⁶ Canfora, Luciano (2002). *Una profesión peligrosa. La vida cotidiana de los filósofos griegos*.
Barcelona: Anagrama, p. 169.

JAIME ARAUJO FRIAS

CAPÍTULO V

RELACIÓN ENTRE FILOSOFÍA Y DERECHO

“La Filosofía [...] no es una disciplina de segundo orden que tenga por objeto el razonamiento jurídico ordinario, sino que ella misma es el nervio de la reflexión sobre el derecho”.⁷⁷

Hace aproximadamente un año en una entrevista el iusfilósofo Manuel Atienza expresó de manera sarcástica que en las facultades de derecho se debería estudiar filosofía del derecho y algunas otras cosas.⁷⁸ Aunque semejante afirmación desde un juicio superficial podría parecer un despropósito para muchos estudiantes y profesionales del derecho si tenemos en cuenta lo descrito en la introducción del presente ensayo sobre la asignatura.⁷⁹ No obstante, si reparamos en ello no parece ser desatinada.

En principio debemos advertir que el fenómeno jurídico como objeto de reflexión crítica tuvo lugar precisamente con el nacimiento de la filosofía y, ha evolucionado en el tiempo en gran medida gracias a los que asumieron el pensamiento filosófico como profesión.

Así, los primeros filósofos griegos se dieron cuenta que “la vida humana no solo se ve afectada por la naturaleza (phýsis), sino también por todas las convenciones

⁷⁷ Dworkin, Ronald (1980). *Filosofía del derecho*. México DF: Fondo de Cultura Económica, p. 8

⁷⁸ La entrevista fue realizada por el iusfilósofo argentino Rodolfo Luis Vigo. Cfr. <https://www.youtube.com/watch?v=QBlghoDC9q4>. [26 de febrero del 2015].

⁷⁹ Entiéndase por derecho al conjunto de normas jurídicas. En el mundo contemporáneo cada vez es más acepado que existen dos tipos de normas jurídicas: reglas y principios. Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. Los principios son normas que ordenan algo que sea realizado en la mayor medida posible. Por ello el filósofo del derecho de origen Alemán Robert Alexy define a los principios como “mandatos de optimización”.

(nómoi) de la sociedad en la que vivimos. Las convenciones dependen de nuestra voluntad y nuestro acuerdo; carecen de existencia natural.”⁸⁰

Es precisamente la contraposición entre naturaleza y convención la que se convirtió en el centro de las discusiones y en la cual ocupó un lugar privilegiado el Derecho (convención) como objeto de reflexión filosófica.

De ello dio cuenta el experto en filología clásica Werner Jaeger cuando escribió “fueron los griegos, creadores de la filosofía, los que por vez primera se enfrentaron con los fenómenos jurídicos y las instituciones legales con espíritu filosófico”⁸¹.

Asimismo, a equivalente conclusión llegó luego el historiador de la filosofía del derecho Guido Fassó cuando precisó que “entre los aspectos de la experiencia humana que desde tiempos remotos han impelido a la meditación filosófica, se encuentra, sin duda alguna, el derecho”⁸².

De modo que, sin ánimos gremiales – *dado que soy filósofo pero también abogado* -, de lo expuesto cabe inferir que fueron los filósofos quienes emprendieron intensas indagaciones respecto de la naturaleza del derecho y su relación con la justicia mucho antes que los juristas en el sentido moderno de la expresión.

En efecto, más tarde la filosofía cumplió un papel fundamental en la consolidación de los Estados Republicanos sobre todo al establecer las bases a partir del cual se elaboraron luego las Constituciones, en virtud de las cuales hoy se crea, piensa y opera el derecho; me refiero a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Conquista lograda en gran medida gracias al arduo e infatigable trabajo de filósofos tales como Voltaire, Diderot, Rousseau, entre otros.

En rigor, no cabe duda, como escribe Mantilla Pineda citando a Carlos Cossio que:

La relación entre la filosofía y Derecho no es una relación de continuidad rectilínea. Pero, no obstante esto, el verdadero jurista no puede perder el

⁸⁰ Mosterín, Jesús (2008). *Lo mejor posible. Racionalidad y acción humana*. Madrid: Alianza, p. 107.

⁸¹ Jaeger, Werner (1953). *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*. Madrid: Colección Civitas, P. 13

⁸² Fassó, Guido (1982). *Historia de la filosofía del derecho 1. Antigüedad y Edad Media*. Madrid: Pirámide, p. 7.

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS
contacto con la filosofía porque esta resulta indispensable para poder hacer verdadera ciencia y para poder situarse frente a los problemas no científicos del Derecho en razón de la plenitud humana que es inmanente a este y que la ciencia no puede descubrir sin desvalorarse.⁸³ .

Así, en concordancia con el concepto de filosofía que hemos formulado anteriormente podemos indicar de manera general que la filosofía respecto de su relación con el derecho es de permanente enjuiciamiento crítico, de puesta en cuestión de lo que existe (ontología), lo que podemos conocer (epistemología) y lo que debe hacerse (ética), con la intención de indagar, de provocar aquello que mejor conviene para la convivencia social. Y la filosofía del derecho vendría a ser la adecuación de estas tres disciplinas filosóficas al conjunto de saberes jurídicos en concreto.

A continuación, nos proponemos reflexionar lo que entendemos por filosofía del derecho y de la importancia que tiene en el ejercicio de la abogacía.

⁸³ Mantilla Pineda, Benigno (1996). *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Temis, p. 17.

JAIME ARAUJO FRIAS

CAPÍTULO VI

A PROPÓSITO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

La filosofía: para interrogar la vida

El derecho: para regular la convivencia social.

La filosofía del derecho: para pensar el derecho a fin de generar las condiciones que posibiliten la vida sin restricciones.

La Filosofía del Derecho es una rama de la filosofía que se ocupa de perturbar al Derecho, de enjuiciarlo críticamente a fin de indagar los fundamentos y los fines que rigen su creación, justificación y aplicación. Esto es así porque como hemos dicho, la filosofía es un saber cuestionador, agrietador, provocador e impertinente con las creencias, ideas y verdades establecidas y dadas por supuestas.

Si como sostuvimos, la filosofía es la reflexión crítica y ordenada sobre lo que existe, sobre lo que podemos conocer, y sobre lo que debemos hacer. La filosofía del derecho será la adecuación de estas tres disciplinas al ámbito propiamente jurídico. De modo que quedaría de la siguiente manera: la filosofía del derecho es la reflexión crítica y ordenada sobre la naturaleza del Derecho: ¿Qué es el Derecho? Sobre lo que podemos conocer en derecho: ¿Cómo conocemos en derecho? Y, sobre cómo se debe orientar la práctica jurídica: ¿Cómo se debe aplicar el Derecho?

Así lo entiende Robert Alexy cuando escribe que la filosofía del derecho no se dirige en general a las preguntas acerca de lo que existe (ontología), lo que puede conocerse (epistemología), o lo que debe hacerse (ética), sino a estas preguntas en relación con el derecho.⁸⁴

De manera que, la ontología, la epistemología y la ética se ven invitadas permanentemente a interpelar de manera crítica el fenómeno jurídico, a no dejarlo reposar en ningún paraje místico, ni en morada de amo alguno; sino a hacerla urbana, terrestre y pedestre: habitar el barro de la historia, allí donde los tumultuosos conflictos de intereses humanos necesitan soluciones y no de cualquier modo sino de manera justa.

⁸⁴ Alexy, Robert (2003). “La naturaleza de la filosofía del derecho”. En: Cuadernos de Filosofía del derecho. Doxa, N° 26, p. 149.

JAIME ARAUJO FRIAS

Por ello, consideramos que la necesidad que tiene un abogado de la filosofía es mayor que la de otros profesionales, por el hecho de que el abogado es un profesional del juicio: a él le concierne evaluar y juzgar las relaciones sociales conflictivas que lesiones o pongan en peligros determinados bienes jurídicos protegidos por el Derecho.

Pero no a costa de lo que sea, sino desde el punto de vista de la justicia y del bien común. Y parafraseando a Mario Bunge⁸⁵ podemos decir que una práctica de la abogacía sin filosofía sería poco seria. Porque sin ontología sería invertebrada, sin epistemología estará acéfala, y sin ética no tendrá garras.

Ahora bien, justifiquemos brevemente por qué.

LA ONTOLOGÍA⁸⁶

Los juristas buscan todavía la definición del concepto de derecho⁸⁷, escribió Kant hace más de dos siglos. Búsqueda que parece de nunca acabar si revisamos lo que se ha dicho luego de la advertencia del filósofo del imperativo categórico.

Por un lado, el eminente iusfilósofo H.L. Hart, empezó su libro titulado precisamente, *“El concepto de derecho”*, advirtiéndonos que “pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores de maneras tan diversas, extrañas y aun paradójicas, como la pregunta ¿qué es el derecho?”⁸⁸

Por otro lado, el no menos importante jurista Uruguayo Couture escribió que:

“El vocablo derecho ha sido considerado desde el antiguo como indefinible. La palabra derecho, por sí sola, como unidad conceptual no se puede definir. La razón consiste en que quien no distingue confunde y

⁸⁵ Bunge, Mario (2009). *Filosofía política: solidaridad, cooperación y democracia*. Barcelona: Gedisa, P. 33.

⁸⁶ Entendemos por ontología siguiendo a Mario Bunge a la disciplina filosófica que se ocupa del ser y del devenir en general. Y es el núcleo de la filosofía, ya que se ocupa nada menos que de la reflexión del mundo, de las cosas y sus cambios.

⁸⁷ Kant, Immanuel (2006). *Crítica de la razón pura*. Trad. Pedro Rivas. México: Taurus, pp. 585.

⁸⁸ Hart, H.L.(1998) *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 16.

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS
quien confunde no puede definir. [...] Las definiciones pueden ser erradas.
Lo que no parece errado es la rigurosa distinción que debe hacerse de las
diversas acepciones.⁸⁹

En efecto, esta pregunta es, quizá, la que mayor escozor y desorientación provoca entre los juristas.⁹⁰ Pues, el concepto de Derecho revolotea, tal como un pájaro asustado y sin encontrar sosiego, por todos los ámbitos de la Filosofía Jurídica.⁹¹

Pero, ¿por qué es tan importante resolver dicha interrogante? Sin duda, porque de ello depende fundamentalmente cómo pensemos, produzcamos y operemos el Derecho. En otras palabras, podríamos contestar formulando la siguiente pregunta ¿dime qué piensas del Derecho y te diré cómo vas a operar el mismo?

Sin duda, el concepto de derecho que tengamos, depende de la visión de la realidad que tengamos. Un abogado como cualquier otro profesional que quiera ser riguroso con su saber no puede desligar sus ideas de una concepción del mundo⁹² justificada científicamente. Una concepción del mundo es un conjunto de representaciones, ideas, creencias que tiene una persona sobre la realidad en general.

Por ejemplo, si un abogado, siguiendo a Friedrich Nietzsche, y con él a los pensadores postmodernos asumiera que “no hay hechos, solo interpretaciones”⁹³, reduciría su actividad a interpretar y escribir sin salir de su oficina para ver como discurrió el caso que va a defender.

Si considerara que estamos sometidos a una voluntad divina y que por tanto estamos condenados a sus designios, se pasaría el tiempo rezando y elevando súplicas a dios a fin de lograr una ventaja en el juicio.

⁸⁹ Couture, J. Eduardo (2000). *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires: Iztaccihuatl, pp. 20-30.

⁹⁰ Nino, C. Santiago (2003). *Introducción al análisis del derecho*. 2da. Ed. Buenos Aires: Astrea, p. 27

⁹¹ Reale, Miguel (1976). *Fundamentos del derecho*. Buenos Aires: Depalma, p. 23.

⁹² Una concepción del mundo es una imagen o figura general de la realidad que una persona se forma en una época determina sobre la base de los saberes o conocimientos adquiridos. En cada estadio de evolución del pensamiento: mágico, mítico, religiosos, filosófico, científico, se tenía una visión de la realidad.

⁹³ Así escribe Nietzsche, “no hay hechos: todo es fluido, inaprensible, huidizo; lo que más cura son nuestras opiniones”. Véase, Nietzsche, Friedrich (2000). *La voluntad de poder*. Madrid: Edaf, p. 596

Si de otra manera estuviese convencido que la naturaleza del ser humano es invariable genética y culturalmente, toda iniciativa de reforma legal sería inútil porque concebiría la conducta criminal como una condena del ser humano, y si conceptualizara la justicia como como el cumplimiento de las ley, se correría el riesgo de consagrar cualquier ley por más aberrante que sea. Además, estaría tentado a ver en el derecho, sobre todo penal, el primer y único instrumento de lucha contra la inseguridad ciudadana, sin antes estudiar las causas que los dio origen.⁹⁴

En resumen, el abogado que no posee previamente una concepción del mundo razonada⁹⁵, que justifique el concepto de derecho y de sus principales presupuestos e instituciones⁹⁶ (Dignidad, Verdad, justicia, delito, debido proceso, etc.), está condenado a tomar prestado fragmentos de cosmovisiones⁹⁷ que no han sido evaluadas rigurosamente; lo cual puede tornarse en un peligro a la hora de resolver un caso concreto.

⁹⁴Lamentablemente en nuestro país, como en otros, la lucha contra la inseguridad ciudadana por parte de nuestros representantes políticos ha sido y sigue siendo desde la supuesta omnipotencia de la legislación penal, a saber: endurecimiento de las leyes penales, aumento de la represión policial, aumento de cárceles, etc. No advierten que la ley penal es una propuesta vacía si no se han generado primeramente las condiciones para que opere eficazmente. En otras palabras, las posibilidades de que los individuos que componen una sociedad tengan una conducta pro social y acorde a las normas de convivencia legal son casi nulas si las personas tienen la cabeza y el estómago vacío, es decir, si el analfabetismo, la ignorancia y el hambre son el pan de cada día.

⁹⁵ Una convención, además de admitir una explicación histórica y social de cómo surgió, requiere también una justificación racional de por qué hemos de aceptarla, de por qué nos conviene jugar el juego por ella definido. Cfr. Mosterín, Jesús (2008). *Lo mejor posible. Racionalidad y acción humana*. Madrid: Alianza Editorial, p. 113.

⁹⁶ Una institución es un conjunto de convenciones o reglas constitutivas que definen y determinan posiciones y relaciones en un entramado social determinado de un modo convencional. Las convenciones o reglas de una institución determinan también derechos y deberes, permisos y prohibiciones, premios y castigos. Cfr. Mosterín, Jesús. Op cit., p. 92.

⁹⁷ Una cosmovisión es una visión del mundo, una imagen o figura general de la realidad que una persona se forma en una época determina sobre la base de los saberes o conocimientos adquiridos. En cada estadio de evolución del pensamiento: mágico, mítico, religiosos, filosófico, científico, se tenía una visión de la realidad.

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS

Por nuestra parte, pensamos que el Derecho es un conjunto de normas jurídicas. En el mundo contemporáneo cada vez es más aceptado que existen dos tipos de normas jurídicas: reglas y principios. Siguiendo a Robert Alexy, podemos decir que las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. Mientras que los principios son normas que ordenan algo que sea realizado en la mayor medida posible. Son mandatos de optimización.

Pero este conjunto de normas es producto de una práctica social compleja en la que participamos todos los miembros de la comunidad jurídica y política, a lo largo de la historia, en diferentes generaciones. Por medio de esta práctica, jueces⁹⁸, abogados defensores, fiscales, periodistas, ciudadanos construimos colectivamente el significado de la ley.⁹⁹

En resumen, todos debemos contribuir a la formación del derecho no solo como legisladores sino como partes del equilibrio del poder social que el derecho expresa. Esta es la premisa racional e ideal del republicanismo: “todos obedecen la ley que todos hacen”^j.¹⁰⁰

Este concepto de derecho parte de una concepción general, que el derecho es una creación humana, un producto cultural que encontramos presente en distintas épocas y pueblos y que ha ido modificando sus características en relación a las circunstancias de cada momento para estar al servicio de la vida de los seres humanos, para facilitar la realización del singular proyecto de vida que cada persona debe realizar en sociedad. Y que si no es así, transgredir la ley en nombre del Derecho se convierte en un deber moral de todo ciudadano. Porque en última instancia convenimos con Radbruch cuando escribió, “la idea de

⁹⁸ En este extremo disentimos con Dworkin, cuando sostiene que, únicamente los jueces deberían decidir qué es el derecho al interpretar la práctica de otros jueces cuando deciden qué es el derecho Ronal (2012). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, P. 287.

⁹⁹ Gargarella, Roberto (2005) *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 5

¹⁰⁰ Villacañas Berlanga, José L. (1999). *Res Pública. Los fundamentos normativos de la política*. Madrid: Akal, p. 18.

JAIME ARAUJO FRIAS

derecho no puede ser otra que la justicia”.¹⁰¹ Y si esto no ocurre, es por nuestro consentimiento y adhesión, y no por ninguna voluntad sobrenatural.¹⁰²

En consecuencia, la ontología se torna en una necesidad elemental, en una especie de moblaje – como lo denomina Mario Bunge - para todo profesional del derecho.

LA EPISTEMOLOGÍA¹⁰³

¿Cómo determinar las condiciones bajo las cuales una creencia puede ser considerada verdadera y justificada? ¿Cómo podemos estar seguros de que fulano tiene la razón respecto del reclamo de un derecho? O, lo que es más difícil y delicado ¿cómo sabemos con certeza de que alguien es culpable antes de enviarlo a la cárcel?

Sin duda, lo más importante no lo dice la ley, sino la filosofía y más concretamente, la epistemología. Por tanto, es la disciplina que ayudaría al operador jurídico a aproximarse a la veracidad de los hechos conflictivos a fin de obtener un resultado no solamente en mérito al derecho sino sobre todo en virtud de la verdad. Y sobre la verdad, actualmente existen tres teorías que

¹⁰¹ Radbruch, Gustav (1933). *Filosofía del derecho*. Madrid: Revista de derecho Privado, p. 44.

¹⁰² Lamentablemente, en nuestro país, como en otros, el derecho está patas arriba, acostumbra a hacer lo que no debe: maltrata a quienes debe cuidar, persigue a quienes debe proteger, ignora a quienes debe mayor atención, y sirve a quienes debe controlar.

¹⁰³ Conceptualizamos a la epistemología como la disciplina filosófica que se ocupa del estudio de la cognición y el conocimiento científico. Su función es cristalizar, es decir, esclarecer cuáles son las circunstancias en que se puede conocer y cuáles son sus límites que determina el alcance de lo que nos es dado como conocimiento verdadero.

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS predominan. La verdad como coherencia¹⁰⁴, la verdad como consenso¹⁰⁵ y la verdad como correspondencia.¹⁰⁶

De modo que el abogado no puede soslayarse de la epistemología como disciplina que pretende la verdad; y en nuestra opinión, la verdad como correspondencia con los hechos es condición necesaria para una decisión justa y legítima.¹⁰⁷ Y sólo se puede decir que un hecho es verdadero cuando se prueba sobre la base de los medios de prueba, y se prueba sólo cuando su verdad se funda en ellos y no en ninguna íntima convicción del juzgador.

En suma, saber en qué condiciones una decisión judicial está justificado, es el resultado de una valoración epistémica del material probatorio producido por las partes y no en bienintencionadas acrobacias retóricas que lindan con la arbitrariedad.

En consecuencia, un abogado con conocimientos en epistemología estará más capacitado para ejercer un contradictorio con eficacia. Porque sabe que una decisión judicial sólo estará justificada si apela a la razón y no a la autoridad, o en todo caso, a la autoridad de la razón.¹⁰⁸ O, como agrega Mihele Taruffo, “sea cual sea la solución de un conflicto, no es necesariamente una buena solución porque haya puesto fin al conflicto. Porque dentro de cualquier sistema jurídico basado en el principio fundamental del Estado de derecho, una buena solución sólo se

¹⁰⁴ La verdad es el resultado de la correspondencia del enunciado con un estado empírico del mundo. De manera que una descripción es verdadera cuando describe un hecho real, es decir, cuando da una imagen fiel de un objeto del mundo empírico.

¹⁰⁵ Un hecho es verdadero si previamente existe un acuerdo de las partes sobre lo ocurrido.

¹⁰⁶ Un hecho es verdadero cuando coincide o se corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron en la situación empírica que está en la base de la controversia judicial.

¹⁰⁷ Un procedimiento en el cual los tribunales ni siquiera tratan de llegar a la verdad es, de manera manifiesta, un procedimiento injusto, pues en la base del procedimiento yace el objetivo de llegar a la verdad. Cfr. Taruffo, Michele (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, p. 23.

¹⁰⁸ Contrariamente a lo que había propuesto el Autor del *Leviatán*, Thomas Hobbes, actualmente es más aceptado que es la razón y no la autoridad la que hace el derecho.

obtiene por medio de una decisión legítima, es decir, apropiada a la justicia”,¹⁰⁹ y fundada lo más aproximado en la verdad objetiva¹¹⁰

LA ÉTICA¹¹¹

No basta saber qué es el derecho, ni cómo es, sino sobre todo, cómo debe de ser aplicado, y de esto se ocupa la ética.

Vivir éticamente es vivir en función de metas, es tener claro lo que queremos en último término y actuar de tal manera que lo obtengamos en la mayor medida posible. Si no se tiene claro la dirección en la que vamos, es muy probable que nos perdamos en el camino y terminemos haciendo cualquier cosa menos lo que nos corresponde como profesionales.

Si un abogado no tiene claro para qué sirve su profesión, tendrá graves problemas a la hora de decidir entre lo justo y lo injusto cuando hay de por medio una buena suma de dinero.

Pero, tener una actitud ética no asegura que el abogado vaya a actuar de manera justa sin más, sino que le va a proporcionar una serie de elementos que van hacer mucho más difícil que se decida por el mal antes que por una práctica honesta de su profesión. Pues es muy probable que su formación ética le lleve a tomar conciencia que ninguna sociedad puede funcionar bien si sus miembros no mantienen mínimamente una actitud ética. Y que tampoco ninguna institución de administración de justicia podrá impartir justicia si sus miembros que la componen se desinteresan por la misma y abrazan la arbitrariedad.

¹⁰⁹ Taruffo, Michele (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, p.22.

¹¹⁰ Si bien, en el estado actual de la ciencia no es posible alcanzar la verdad absoluta. Sin embargo, pensamos que no se la debe descartar como pretensión a fin de alcanzar la verdad aproximativa. Contrariamente, lo que resulta pernicioso en el actual modo académico, es la tendencia a descartar por completo la idea de búsqueda de la verdad y la objetividad, como si tales objetivos ya no pudieran guiarnos. Cfr. Nussbaum Martha (2005). *El cultivo de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal*. Barcelona: Paidós, p. 65.

¹¹¹ Sostenemos que la ética es la disciplina filosófica que se encarga de la reflexión crítica sobre determinados supuestos morales que orientan nuestra manera de convivir con los demás. De manera que a la ética le corresponde indagar no solamente cómo se debe convivir sino sobre todo de justificar por qué se debe aceptar una determinada forma de orientar la vida y no otra.

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS

Por tanto, la ética se torna en una especie de brújula que facilita al abogado operar su saber hacia el fin del derecho: la justicia. Porque los problemas que a menudo evidencian nuestros profesionales del derecho son más de hacer que de conocer. Y llegar a ser un buen profesional del derecho requiere desarrollar un *ethos*. Por un lado, un carácter, una disposición o hábito a hacer el bien deseado: justicia. Y por otro lado, evitar el mal aborrecido: impunidad y la corrupción.

Por todo ello, los historiadores de la Filosofía y del Derecho reconocen que es bajo la influencia de la Filosofía que evolucionó y se desarrolló el Derecho. Así lo reconoce Hegel cuando dice que los grandes juristas clásicos se formaron según la filosofía.¹¹²

A grandes rasgos podemos decir que la historia de la filosofía corresponde a la evolución del pensamiento jurídico. A la filosofía en lo que concierne a la reflexión crítica sobre el fenómeno jurídico: filosofía del derecho. En consecuencia, una vez que se ha reconocido, como creo que todos debemos reconocer, que el estudio del Derecho no debe tener un carácter meramente técnico, una formación precisamente humana y, por ende, filosófica, para quien lleve a cabo aquel estudio es completamente necesario.¹¹³

Porque si el derecho es una forma de vida social, solamente una reflexión crítica desde la filosofía sobre él ayudará a que todo aquello en lo que intervenga pueda cambiar para mejorar las relaciones sociales y las instituciones que trabajan por la paz y la justicia. Así lo entendió Dworkin cuando escribió que “la filosofía [jurídica] no es una disciplina de segundo orden que tenga por objeto el razonamiento jurídico ordinario, sino que ella misma es el nervio de la reflexión sobre el derecho”.¹¹⁴

¹¹² Hegel, G. Federico (1955). *Filosofía del derecho*. 4ta. Ed. Buenos Aires: Claridad, p. 45.

¹¹³ Fassó, Guido (1982). *Historia de la filosofía del derecho. 1. Antigüedad y Edad Media*. Madrid: Pirámide, p. 9.

¹¹⁴ Dworkin, Ronald (1980). *Filosofía del derecho*. México DF: Fondo de Cultura Económica, p. 8.

JAIME ARAUJO FRIAS

CAPÍTULO VII

IMPORTANCIA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA EL ABOGADO

Sólo un abogado “con una disposición de apertura hacia el contenido de la filosofía del derecho podrá ser sensible a los reclamos que la sociedad le hace, para que con la entrega en el ejercicio de su profesión, recupere el lugar que un día tuvo el licenciado de derecho: respeto, confianza y veneración”.¹¹⁵

Sostenemos que un abogado que quiera ejercitar su profesión al servicio de la sociedad con lucidez y honestidad¹¹⁶, no cabe duda que encuentra en la filosofía del derecho¹¹⁷ su mejor aliada. No con fines meramente teóricos, sino también prácticos. Pues la segunda presupone a la primera. Es sabido que no hay práctica inteligente¹¹⁸ sino está respaldada por una buena teoría¹¹⁹; es más, la práctica

¹¹⁵ Ruiz Rodríguez, Virgilio (2012). *Filosofía del derecho*. Toluca: Editorial Instituto Electoral del Estado de México, p. 234.

¹¹⁶ Pensamos que un abogado es ante todo un profesional del derecho. Una profesión es una actividad que lleva a cabo alguien que es perito en una determinada área del saber humano. En nuestro caso concreto la actividad de resolver conflictos e incertidumbres jurídicas a través de normas jurídicas. En efecto, lo que da sentido a la profesión de la abogacía es el bien que ofrece y que ninguna otra profesión puede dar: posibilitar la justicia a través de normas. Y el abogado que actúa así, créase o no, parafraseando al Nobel en economía Amartya Sen, es un bien público y no un peligro para la sociedad.

¹¹⁷ Sostenemos que la filosofía del derecho es una rama de la filosofía que se ocupa de la reflexión crítica y ordenada sobre la naturaleza del derecho, sobre la justificación de los saberes que aparecen en el mundo jurídico y, sobre cómo y por qué se deben orientar la práctica jurídica hacia la posibilitación de la justicia.

¹¹⁸ Definimos la inteligencia como la capacidad para enfrentar y resolver problemas de manera creativa.

¹¹⁹ Una teoría es un edificio conceptual formado por una colección organizada de nociones y proposiciones que codifica información acerca de cierto tipo de sistemas, fenómenos o procesos y típicamente sirve para dar explicaciones, hacer predicciones y resolver problemas de manera creativa. Cfr. Mosterín J. y Torretti R. (2002). *Diccionario de lógica y filosofía de la ciencia*. Madrid: Alianza, p. 556.

jurídica siempre debe ser edificada sobre la buena teoría; y la filosofía jurídica, por su objeto mismo, “no solo se ocupa de problemas teóricos más o menos especulativos, sino que se ve también obligada a entrar en contacto con la realidad social en uno de sus aspectos más inquietantes: el de la regulación del comportamiento humano a través de la coacción”.¹²⁰

En tal sentido, la aseveración de Manuel Atienza expuesta como pretexto para iniciar el presente apartado se justifica, porque pensamos con él que uno de los problemas fundamentales que se evidencia actualmente en el ejercicio de la abogacía es que “no existe una auténtica teoría, una teoría práctica y crítica. Y una teoría que rehúye la práctica o que acepta simplemente lo establecido, no pasa de ser falsa teoría.”¹²¹ Pues, la teoría no es otra cosa que una estrategia lúcida y eficaz para la consecución de fines concretos y no un decorado para solapar la ineficiencia. Por ello, sugerimos la implementación del curso de filosofía en las facultades de derecho y en las que ya la tienen darle mayor importancia.

¹²⁰ Garzón Valdés, E. y Laporta, J. (2013). *El derecho y la Justicia*. Enciclopedia Iberoamericana de filosofía. Madrid: Trotta, p. 11.

¹²¹ Atienza, Manuel (2008). Ideas para una filosofía del derecho. Una propuesta para el mundo Latino. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, p. 23.

CAPÍTULO VIII

A MANERA DE EPÍLOGO: LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO ELOGIO DE LA CONCIENCIA DEL ABOGADO

“Debido a la gran importancia que tiene, para la ciudadanía y para la vida, la formación de estudiantes [profesionales] capaces de pensar claramente y justificar sus puntos de vista, los cursos de filosofía desempeñan un papel vital en el currículo de las artes liberales en la universidad”.¹²²

Cualquiera haya de ser el modo de desempeño del profesional del Derecho: Magistrado o funcionario judicial, funcionario público, abogado de empresa, abogado asesor o litigante, siempre lo principal de su trabajo será resolver, o ayudar a resolver, casos o problemas concretos en base al Derecho.

El cómo resolvemos los problemas es un asunto que nos incumbe como ciudadanos de manera general y como profesionales de manera específica. Un médico está capacitado profesionalmente para resolver problemas de salud; un economista para resolver problemas de carácter económico financiero; un psicólogo para resolver problemas en el ámbito de la conducta y los procesos mentales; y un abogado para resolver problemas intersubjetivos de intereses en base a normas jurídicas teniendo como núcleo esencial la justicia.

Y la filosofía del derecho es un saber que “penetra en el corazón de la validez formal del Derecho, la anima y fecunda, dándole un nuevo sentido de plenitud y concreción, colaborando con los juristas en su difícil y ardua tarea de determinar y sintetizar las categorías jurídicas reclamadas por un mundo en cambio”¹²³, cada vez más hostil al valor de justicia.

Un abogado generalmente se encarga de estudiar y operar el Derecho sin cuestionar los fundamentos ni sus fines. La contribución que da la Filosofía al

¹²² Nussbaum Martha (2005). *El cultivo de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal*. Barcelona: Paidós, p. 66.

¹²³ Reale, Miguel (1997). *Teoría tridimensional del Derecho*. Madrid: Tecnos, p. 43.

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS

Derecho es diversa de la que le aportan las ciencias sociales. El estudio de estas últimas sirve al abogado para conocer mejor la realidad, mientras que el estudio de la filosofía le capacita para juzgar mejor lo que nos es dado como realidad.

Por esto, puede decirse que el estudio de las Ciencias Sociales es complementario de la formación jurídica, mientras que el estudio de la filosofía es parte integrante de la misma formación jurídica.¹²⁴ Por tanto, lejos de ser una herramienta acabada, el Derecho tiene muchos presupuestos filosóficos, por lo que no cabe duda que para ser operado justificadamente tenga que ser examinado críticamente por la filosofía del derecho. Porque:

La vida actual, a diferencia de otros tiempos más estables, exige que el jurista ponga más atención en la filosofía. La tecnología moderna ha dotado al hombre de un poder sobre las cosas muy superior al que había tenido en todos los siglos anteriores, lo cual ha suscitado problemas jurídicos nuevos, que difícilmente podrán resolverse con el solo recurso de las reglas jurídicas, sin considerar los principios que las inspiran. Problemas como los derivados de la fecundación in vitro, la inseminación artificial, las intervenciones quirúrgicas para "cambio de sexo", o los trasplantes y la donación de órganos son problemas que no pueden plantearse jurídicamente en forma adecuada, si no es a partir de un concepto claro y profundo de lo que es la persona humana.

Por otra parte, los problemas jurídicos que plantea la integración de diversos países en organizaciones regionales multinacionales, difícilmente podrán solucionarse si no se tiene una concepción clara de la sociedad, del orden social y de las formas en que se articulan los diversos grupos sociales. [...] El estudio de la filosofía viene a ser hoy una herramienta necesaria para que el jurista pueda entender, criticar y sobre todo encausar dicha evolución política y social, de modo que sus resultados sirvan realmente al progreso de las personas, los pueblos y la humanidad en general, y no sean simplemente desarrollos tecnológicos que degraden la vida humana.¹²⁵

¹²⁴ Adame Goddard, Jorge (1998). *Filosofía social para juristas*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 17.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 18.

Los abogados no pueden hacer otra cosa que jurisprudencia;¹²⁶ pero si los abogados son, además, juristas que pretenden conocer su ciencia en su máxima profundidad, entonces tendrán que acudir a la filosofía del derecho. Si esta se suprimiese en el campo de las Ciencias Jurídicas, se cometería una grave mutilación de un buen programa para preparar juristas y no meros leguleyos.¹²⁷

El ejercicio de la profesión de la abogacía sin filosofía sería una práctica atentas y en la oscuridad, sin un punto de partida y de llegada. Una tarea de autómatas privados de lo que hace que el abogado sea de veras un bien público, y no un instrumento al servicio del mercado, del lucro, del dinero.

Tal vez esta es la razón que hace más de siglo y medio le llevó a preguntarse al filósofo alemán Karl, Ch. F. Krause, “¿Cómo puede prospera la vida de los individuos, los pueblos o la humanidad sin filosofía?”¹²⁸ ¿Cómo puede desarrollarse el Derecho, si les quitamos a los abogados la oportunidad de pensar de manera crítica, a orientar sus vidas en virtud de sus propias reflexiones, su profesión en virtud de los intereses legítimos de la ciudadanía y no al dictado de las reglas del comercio?

Sin iusfilosofía, no cabe duda, tendremos abogados incapaces de cuestionar y de cuestionarse, de sospechar frente a lo que a los ojos de muchos es normal.¹²⁹ Y esto, no solo tiene una importancia decisiva para los fines de la enseñanza del Derecho, sino que es de enorme importancia en cuanto a la práctica del mismo Derecho.

En suma, podemos decir que si la filosofía es como escribe el autor del *Mundo de Sofía*, Jostein Garder, “un elogio de la conciencia humana”,¹³⁰ la filosofía del derecho es un elogio de la conciencia del abogado.

¹²⁶ La jurisprudencia es el conjunto de decisiones de los tribunales sobre una materia determinada, de las cuales se puede extraer la interpretación dada por los jueces a una situación concreta.

¹²⁷ Basave Fernandez Del Valle, Agustín (2001). *Filosofía del derecho. Fundamentos y proyecciones de la filosofía jurídica*. México: Porrúa, p. 9.

¹²⁸ Querol Fernández, Francisco (2002). *La Filosofía del Derecho en K. Ch. Krause*. Madrid: Universidad de Comillas, P. 46

¹²⁹ Lo normal es lo usual, lo que la mayoría de las personas es o hace. La normalidad es así una buena manera de ocultar las aberraciones e injusticias sociales. La televisión es en este sentido un eficaz instrumento de normalización.

¹³⁰ Garder, Jostein. “Manual para salvar la tierra”, p.5 [En línea] disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001926/192689S.pdf>, 23 de enero del 2013

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS

Sin el iusfilosofar no podemos en absoluto pensar nuestra profesión y vivir en consecuencia con lo pensado: la filosofía del derecho es una actividad que a través de cuestionamientos contribuye precisamente a esto.

Finalmente, esperamos con esta breve reflexión ensayística incitar a trabajar por su recuperación; pues somos de la idea, para decirlo con Manuel Gonzales Prada, quien a decir de José Carlos Mariátegui, representó el primer instante lúcido de la conciencia del Perú, que “cuando se abriga una convicción, no se la guarda religiosamente como una joya de familia ni se la envasa herméticamente como un perfume demasiado sutil: se la expone al aire y al sol, se la deja al libre alcance de todas las inteligencias. Lo humano está, no en poseer sigilosamente sus riquezas mentales, sino en sacarlas del cerebro, vestirlas con las alas del lenguaje y arrojarlas por el mundo para que vuelen a introducirse en los demás cerebros.”¹³¹

Abrigamos pues la ilusión de recuperar el Derecho del dominio de los adoradores del mercado para reponerlo al servicio de los intereses de las grandes mayorías de nuestros conciudadanos. ¿Cómo? No lo sé exactamente. Si la supiera “saldría como esos creyentes delirantes – *quizá los únicos que verdaderamente creen en el testimonio* – a proclamarlo en las esquinas, con la urgencia que nos ha de dar los pocos metros que nos separan de la catástrofe”¹³².

Pero no, intuyo en los abogados algo más tenue, más más subversivo, quizá deba desviarme de la iusfilosofía y acudir a los poetas para insinuar algún tenue destello de luz:

...en nuestro corazón y nuestro pensamiento hay muchas ansias a las que nadie ha dado forma, muchos estremecimientos cuya vibración no ha llegado aún a ningún lado, muchos dolores para los que el bálsamo no es desconocido, muchas inquietudes para las que todavía no se ha inventado ningún nombre...¹³³

¹³¹ Gonzales Prada, Manuel (2004). *Pensamiento y librepensamiento*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, p. 104.

¹³² Sabato, Ernesto (2004). Resistencia. Buenos Aires: Seix Barral, p. 125

¹³³ Rodó, José Enrique (1956). *Obras completas*. Buenos Aires: Ed. Zamora, p. 115.

JAIME ARAUJO FRIAS

¿Es esto posible? Tampoco lo sé. No obstante, seguiremos agitando el pensamiento e inconformando a los que se resignan en el camino:

Y no dejamos de preguntarnos,
una y otra vez,
hasta que un puñado de tierra
nos calla la boca...
Pero ¿es eso una respuesta?¹³⁴

¹³⁴ Poema de Heinrich Heine. Citado por Fernando Savater en su libro *Las preguntas de la vida*. Barcelona: Ariel, p. 281.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert (2003). “La naturaleza de la filosofía del derecho”. En: *Cuadernos de Filosofía del derecho*. Doxa, N° 26.
- Alexy, Robert (1997). *El concepto y validez del derecho*. 2da. Ed. Barcelona: Gedisa.
- Adame Goddard, Jorge (1998). *Filosofía social para juristas*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Adorno, Theodor (1995). *Justificación de la filosofía*. Barcelona: Ed. Altaya.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XV, Montevideo, 2009.
- Alvarado Velloso, Adolfo (2003). *El debido proceso de la garantía constitucional*. Rosario: Editorial Zeus.
- Atienza, Manuel (2008). *Ideas para una filosofía del derecho. Una propuesta para el mundo Latino*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Bardazano, Gianella (2011). “Asamblea en el aula de filosofía del derecho”. En: *Revista Academia*, año 9, N° 17.
- Bunge, Mario (2009). *Filosofía política: solidaridad, cooperación y democracia*. Barcelona: Gedisa.
- Bunge, Mario (2005). *Diccionario de filosofía*. 3ra. Ed. México DF: Siglo XXI.
- Bunge, Mario (2002). *Crisis y reconstrucción de la filosofía*. Barcelona: Gedisa.
- Basave Fernandez Del Valle, Agustín (2001). *Filosofía del derecho. Fundamentos y proyecciones de la filosofía jurídica*. México: Porrúa.
- Bobbio, Norberto (2005). *Teoría general sobre la política*. Madrid: Trotta.
- Berlin, Isaiah (1992). *Conceptos y categorías. Ensayos filosóficos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Cáceres Nieto, Enrique (2015). “Epistemología Jurídica”. *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Vol. 3, México D.F: Universidad Autónoma de México.

- Cortina, Adela (2010). *Justicia cordial*. Madrid: Trotta.
- Canfora, Luciano (2002). *Una profesión peligrosa. La vida cotidiana de los filósofos griegos*. Barcelona: Anagrama.
- Couture, J. Eduardo (2000). *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires: Iztaccihuatl.
- Cicerón, Marco T (2002). *Sobre el orador*. Traducción y notas de José Javier Iso. Madrid: Gredos.
- Deleuze, Gilles (2002). *Nietzsche y la filosofía*. 7ma. Ed. Barcelona: Anagrama.
- Damasio, Antonio. *Y el cerebro creó al hombre ¿cómo pudo el cerebro generar sentimientos, emociones, ideas y yo?* Trad. de Ferran Meler Orti. Barcelona: Crítica.
- Dworkin, Ronald (2012). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, Ronald (1980). *Filosofía del derecho*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- Espíndola Castro, José L. y Espíndola Castro, Marco (2005). *Pensamiento crítico*. México: Pearson.
- Farrington, Benjamín (2000). *La civilización de Grecia y Roma*. Buenos Aires: Ed. Aleph.
- Fassó, Guido (1982). *Historia de la filosofía del derecho 1. Antigüedad y Edad Media*. Madrid: Pirámide.
- Ferrajoli, Luigi (2011). *Principia iuris. Teoría de derecho y de la democracia. 2. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta
- Ferrajoli, Luigi (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara
- García Damborenea, Ricardo (2000). *El uso de razón. El arte de razonar, persuadir, refutar*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- García Pelayo, Manuel. “Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho en el Tribunal Constitucional Español”. En: ILANUD, Año 9-10.
- Garzón Valdés, E. y Laporta, J. (2013). “El derecho y la Justicia”. *Enciclopedia Iberoamericana de filosofía*. Madrid: Trotta.
- Gargarella, Roberto (2005). *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Gonzales Prada, Manuel (2004). *Pensamiento y libre pensamiento*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.

- FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS
 Honderich, Ted. Coord. (2001). *Enciclopedia Oxford de Filosofía*. Madrid: Tecnos.
- Hart, H.L.(1998). *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hegel, G. Federico (1955). *Filosofía del derecho*. 4ta. Ed. Buenos Aires: Claridad.
- Judt, Tony (2010). *Algo va mal*. Barcelona: Ariel.
- Jaeger, Werner (1953). *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*. Madrid: Colección Civitas.
- Kahneman, Daniel (2012). *Pensar rápido, pensar despacio*. Barcelona: Debate.
- Kant, Immanuel (2007). *Idea de una historia universal desde un punto de vista cosmopolita*. Trad. Eduardo García Belsunce, Buenos Aires: Prometeo.
- Kant, Immanuel (2006). *Crítica de la razón pura*. Trad. Pedro Rivas. México: Taurus.
- Legaz y Lacambra (1961). *Filosofía del derecho*. 4ta ed., Barcelona: Bosch
- Marx, K. y Engels, F. (1999). *El manifiesto comunista*. Barcelona: Edicomunicación.
- Mora, Francisco (2007). *Neurocultura*. Madrid: Alianza.
- Mosterín, Jesús (2010). *Naturaleza, vida y cultura*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Mosterín, Jesús (2008). *Lo mejor posible. Racionalidad y acción humana*. Madrid: Alianza Editorial.
- Mantilla Pineda, Benigno (1996). *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Nussbaum Martha (2010). *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*. Buenos Aires: Katz.
- Nussbaum Martha (2005). *El cultivo de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal*. Barcelona: Paidós.
- Nietzsche, Friedrich (2000). *La voluntad de poder*. Madrid: Edaf.
- Nagel, Thomas (2000). *La última palabra*. Barcelona: Gedisa.
- Nino, C. Santiago (2003). *Introducción al análisis del derecho*. 2da. Ed. Buenos Aires: Astrea.
- Ortega y Gasset, José (1986). *Ideas y creencias*. Madrid: Revista de Occidente.

JAIME ARAUJO FRIAS

Querol Fernández, Francisco (2002). *La Filosofía del Derecho* en K. Ch. Krause. Madrid: Universidad de Comillas

Rifkin, Jeremy (2010). *Civilización empática. La carrera hacia una conciencia global en un mundo de crisis*. Barcelona: Paidós.

Russell, Bertrand (1937). *Los problemas de la filosofía*. 2da. Ed., trad. Joaquín Xirau. Barcelona: Labor.

Reale, Miguel (1997). *Teoría tridimensional del Derecho*. Madrid: Tecnos.

Reale, Miguel (1976). *Fundamentos del derecho*. Buenos Aires: Depalma.

Radbruch, Gustav (1933). *Filosofía del derecho*. Madrid: Revista de derecho Privado.

Ruiz Rodríguez, Virgilio (2012). *Filosofía del derecho*. 2ª ed. Toluca-México: Editorial Instituto Electoral del Estado de México.

Rodó, José Enrique (1956). *Obras completas*. Buenos Aires: Ed. Zamora.

Savater, Fernando (2004). *Las preguntas de la vida*. 10. Ed. Barcelona: Ariel.

Sobrevilla, David (2013). *La filosofía del derecho en el Perú*. Lima: Fondo Editorial Universidad de Lima.

Sabato, Ernesto (2004). *Resistencia*. Buenos Aires: Seix Barral.

Taruffo, Michele (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Villacañas Berlanga, José L. (1999). *Res Pública. Los fundamentos normativos de la política*. Madrid: Akal.

Vilhena Viera, Oscar (2011). “Desigualdad estructural y Estado de derecho”. En: *El derecho en América Latina*. Madrid: Siglo XXI.

Wittgenstein, Ludwig (1987). *Tractatus lógico-philosophicus*. Madrid: Alianza.

Zagrebelsky, Gustavo (1999). *El derecho dúctil*. 3ª ed. Madrid: Trotta.

ENLACES DIGITALES

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”. [En línea] en: <http://pdf.cervantesvirtual.com/descargapdf/dejemos-atrs-el-positivismo-juridico-0/?uuiid=021e547a-82b2-11df-acc7-002185ce6064>. [18 de marzo del 2014].

FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNA BREVE INCITACIÓN A LOS ABOGADOS
Garder, Jostein. “Manual para salvar la tierra”. [En línea] disponible en:
<http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001926/192689S.pdf>. [23 de enero del
2013].

Icke, David. “El amor infinito es la única verdad, todo lo demás es ilusión”. [En
línea] disponible en: <http://ebiblioteca.org/?/ver/48451>. [15 de agosto del
2013].

VIDEOGRAFÍA

Atienza, Manuel. “Entrevista realiza por Rodolfo Luis Vigo”. [En línea]
disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=QBghoDC9q4>. [26 de
febrero del 2015].

Ziegler, Jean. “El orden criminal del mundo”. [En línea] disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=TKnrP9xdFR8>. [26 de febrero del 2015].