

Nuevas Reflexiones hacia una Teoría Global del Derecho. Principios de una filosofía jurídica comprensiva (II). (Segunda de dos partes: Perspectivas, fundamentos y conceptos)

*New reflections towards. A Global Theory of Law
Principles of a Comprehensive Jurisprudence (II)
(Second of two parts: Perspectives, foundations and concepts)*

Dr. Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO*
Escuela Libre de Derecho, e Instituto
Mexicano de Estudios Estratégicos
en Seguridad y Defensa Nacionales
(IMEESDN) (México)

Resumen: Este artículo es la segunda de dos partes de un estudio que presenta, de manera resumida, una Teoría Global del Derecho que pretende ofrecer una mejor comprensión de los ordenamientos jurídicos de nuestro tiempo. Tras haber referido en el anterior artículo el contexto histórico y la encrucijada iusfilosófica de nuestro tiempo, dentro del presente artículo se exponen los distintos fundamentos -presupuestos y métodos- que requiere la configuración de dicha teoría integradora

* Abogado egresado con honores de la Escuela Libre de Derecho. Doctor en Derecho *cum laude* y Premio Extraordinario del Doctorado por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador Nacional nombrado por el Gobierno Mexicano (Consejo Nacional para la Ciencia y la Tecnología) en el más alto nivel (nivel 3), adscrito al Instituto Mexicano de Estudios Estratégicos en Seguridad y Defensa Nacionales (IMEESDN). Autor individual de doce libros, coautor de más de 50, coordinador de más de 70 volúmenes y autor de más de 50 artículos científicos en los ámbitos de su especialidad (Derecho de la Integración, Derecho Comparado, Derecho Internacional, Derecho Constitucional, Historia y Filosofía del Derecho). Director fundador del Centro de Investigaciones de la Escuela Libre de Derecho. Miembro de número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la Real Academia de Madrid, de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, de la que fue Vicepresidente y de otras asociaciones científicas mexicanas y extranjeras. Presidente de la Red Interdisciplinaria Justicia Social e Integración Americana (www.rjia.org). Ha sido profesor visitante y congresista en diversas instituciones académicas de México, Alemania, Estados Unidos, Italia, España, Argentina, Brasil, Colombia y Ecuador, entre otras. Algunas de sus publicaciones están disponibles en su página web:

http://works.bepress.com/juan_pablo_pampillo/.

Su correo personal es: juanpablopampillo@yahoo.com.mx.

del derecho, para dar una razón completa de los fenómenos jurídicos desde la interdisciplinariedad, conjuntando así sus fundamentos antropológicos, sociológicos, económicos, políticos, jurídicos, simbólicos e históricos.

Abstract: This article is the second part of a two-parts monography that presents an outline of the Global Theory of Law as an attempt to better understand contemporary legal systems. After exposing in the former article the historic context and the current dilemmas of contemporary jurisprudence, this article describes the foundations -perspectives and methodologies- of an holistic and integrative legal theory, that looks forward to understand the law in an interdisciplinary fashion, considering its anthropological, sociological, political, economic, legal, symbolic and historical foundations.

Palabras clave: Teoría Global del Derecho, Filosofía del Derecho, Pensamiento Jurídico Contemporáneo.

Keywords: Global Theory of Law, Jurisprudence, Current Legal Theories.

Sumario:

I. Los presupuestos filosóficos (continuación).

1.1. *La perspectiva.*

1.2. *El método.*

II. Fundamentos antropológicos.

III. Fundamentos sociológicos, económicos y políticos.

IV. Fundamentos estrictamente jurídicos.

V. Fundamentos formales.

VI. Fundamentos históricos.

VII. Hacia un teorema global del derecho.

VIII. Bibliografía.

Recibido: septiembre 2024.

Aceptado: noviembre 2024.

I. LOS PRESUPUESTOS FILOSÓFICOS

Establecidos en el artículo anterior a) la naturaleza y alcance de la crisis que ha dado lugar al fin de la Modernidad y al surgimiento de la Edad Global, b) la necesidad y perfiles de una nueva comprensión cultural-y-filosófica-general que nos permita orientarnos dentro del anterior contexto ('vía global'), c) los principales presupuestos epistemológicos de una teoría jurídica con sentido de actualidad, y d) las encrucijadas que nos plantea el pensamiento iusfilosófico contemporáneo, corresponde ahora referirnos -como parte de sus presupuestos- a la 'perspectiva' desde la cual puede observarse mejor y conviene analizar la realidad jurídica, para referirnos finalmente al 'método' o itinerario para acercarse a la realidad jurídica¹.

1.1. *La perspectiva*

La perspectiva de la teoría global del derecho que aquí se propone es, en primer lugar, una perspectiva que se orienta desde las coordenadas generales de la 'vía global' como parte de las 'cosmovisión' propuesta para la superación de la crisis filosófico-cultural de nuestra época.

En ese sentido, así como en claro deslinde del pensamiento de la Modernidad, puede denominarse como la 'perspectiva del ángel benigno'. Ello en tanto que pretende ubicarse en las antípodas de la propugnada por el racionalismo cartesiano, basado precisamente sobre un 'mito', el mito del 'genio maligno', desde el del cual Descartes postuló su 'pesimismo gnoseológico' y su 'escepticismo existencial paranoico' (pienso luego existo-duda metódica)².

¹ Dicha perspectiva se encuentra expuesta, en PAMPILLO BALIÑO, J.P., *Filosofía del Derecho. Teoría Global del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 2005.

² La hipótesis del genio maligno fue planteada por Descartes en su Meditación Primera de la siguiente manera: "Supondré pues, que Dios –la Suprema Bondad y la Fuente soberana de la verdad- es un genio astuto y maligno que ha empleado su poder en engañarme; creeré que el cielo, el aire, la tierra, los colores, las figuras, los sonidos y todas las cosas exteriores, son ilusiones de que se sirve para tender lazos a mi credulidad; consideraré, hasta que no tengo manos, ni ojos, ni carne, ni sangre, ni sentidos y que a pesar de ello creo falsamente poseer todas esas cosas; me adheriré obstinadamente a estas ideas; y si por este medio no consigo llegar al

En efecto, partiendo de la misma realidad que Descartes -la deficiencia de nuestros sentidos y las limitaciones de nuestra razón-, en lugar de inventar un genio maligno encargado de confundirnos, llevándonos al pesimismo gnoseológico y -posteriormente- a un ‘idealismo criticista’ (Kant), parece mejor ‘exorcizarnos’ del mismo asumiendo un ‘optimismo moderado en la gnoseológico’ y un ‘decidido realismo en lo ontológico’.

Es decir, ante la misma realidad, la perspectiva del ángel benigno adopta un supuesto inverso al cartesiano, afirmando que la persona humana, a pesar de sus limitaciones, es capaz de conocer la verdad mediante la ‘observación metódica’, la ‘reflexión dialéctica’ y la confianza o ‘apertura’ a los demás y al legado de la cultura.

Igualmente se parte del presupuesto -de evidencia casi tautológica- de que la realidad existe, siendo algo ‘dado’ que se nos presenta integralmente y no de manera separada -más allá de las disecciones de nuestro análisis-, y que se desarrolla en el tiempo conforme a un principio dinámico que rige su desenvolvimiento.

Por ello mismo, la perspectiva propuesta del ángel benigno niega en contrapartida que la realidad sea algo puesto o inventado por el hombre, que se nos presente dividida o mutilada por entendimientos ‘apriorísticos’, ‘aposteriorísticos’, o relativos a un ‘mundo del ser sin deber ser’, o del ‘deber ser sin el ser’, o que se agote en su sola realidad fenoménica, sensible o empírica actual, desentendiéndose de sí dinámica teleológica.

Más aún: la perspectiva del ángel benigno quiere ser también una perspectiva de ‘humildad’, de ‘apertura’ y de ‘dialoguicidad’, y por ende, también capaz -cuando se requiere-, de empatizar con ‘el otro’, incluso a través de la experiencia ética radical del ‘cara a cara’ (Lévinas) y de modo ‘analéctico’ ante el ‘pobre’ y el ‘oprimido’ (Scannone), asumiendo a su vez una capacidad de diálogo intercultural (Fornet-Betancourt, Panikkar).

Igualmente, en tanto que interesada en la comprensión ontológica del ser del derecho, la perspectiva del ángel benigno es una ‘perspectiva filosófica’, es decir, ‘radical’ y ‘fundamental, basada también sobre el principio del ‘restablecimiento de la unidad dialéctica’ que presentan ‘el ser, el saber y el

conocimiento de alguna verdad, puedo por lo menos suspender mis juicios, cuidando de no aceptar ninguna falsedad. Prepararé mi espíritu tan bien para rechazar las astucias del genio maligno, que por poderoso y astuto que sea no me impondrá nada falso”, DESCARTES, R., *Discurso del Método, Meditaciones Metafísicas, Reglas para la Dirección del Espíritu, Principios de la Filosofía*, México 1972, p. 58.

existir', dada la 'implicación trascendental' entre los mismos, por donde, propiamente, la 'ontognoseología jurídica' -a la que se hizo referencia en el artículo anterior- viene a ser en realidad una 'onto-gnoseo-antropo-sociología jurídica'.

En otras palabras: además del problema circular entre el sujeto y el objeto, cuando 'el sujeto se implica en el objeto' -como en el caso de las humanidades, las disciplinas sociales y por antonomasia en la jurisprudencia-, sobre todo respecto de ciertos temas que tienen que ver con ciertos 'aspectos inquietantes' de la 'existencia humana', (matrimonio, divorcio, filiación, adopción, eutanasia, aborto, clonación, pena de muerte, etcétera), existe el 'riesgo' de que 'el sujeto proyecte sobre su objeto' sus propios 'miedos', 'atavismos', 'prejuicios' y 'creencias', por lo que resulta necesaria tanto la 'toma de conciencia' sobre esta dificultad, como la 'mayor cautela' para evitar dicha 'contaminación subjetiva' sobre el objeto de estudio³.

Pero aún hay más. La perspectiva del ángel benigno debe ser, en tanto que perspectiva filosófica, una 'perspectiva global' u holística, que nos permita apreciar la 'totalidad de realidad jurídica' mediante una especie de 'federación' superadora e integradora de cualquier 'perspectiva parcial', a fin de que pueda 'comprender' al derecho en su 'variada complejidad' humana, social, política, económica, cultural, etcétera.

Sin embargo y a pesar de su 'globalidad filosófica material', es necesario que medite sobre el derecho observándolo según 'cierta formalidad': la jurídica. En efecto, la filosofía del derecho en general y la ontología jurídica en lo particular no solo buscan dar una razón filosófica del derecho, sino precisamente el dar una razón filosófica sobre el derecho 'en tanto que derecho' -*sub ratione iuris*- y no en tanto que orden social, estructura del poder político, factor de desarrollo económico, o instrumento de fomento cultural⁴.

1.2. *El método*

Descrita la perspectiva del ángel benigno -vía global, optimismo gnoseológico, realismo ontológico, humildad, apertura, dialoguicidad, radicalidad filosófica, integralidad material y juridicidad formal-, desde la cual se propone comprender al

³ Cfr. PAMPILLO BALIÑO, J. P., "Aspectos filosófico-jurídicos de la eutanasia. Un intento de fundamentación epistemológica de la bioética desde la Teoría Global del Derecho", en *Medicina y Ética. Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica* (Facultad de Bioética de la Universidad Anáhuac, México), (2007).

⁴ Cfr. HERVADA, J., *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona 1995, p. 49.

derecho la teoría global, falta únicamente dentro de sus presupuestos filosóficos la enunciación del ‘itinerario metodológico’⁵.

Y a dicho itinerario metodológico se ha denominado como el ‘método de la doble *reditio* jurídica’, en virtud de que pretende un doble regreso consistente en una serie de precomprensiones y regresos, de ‘idas’ y ‘vueltas’. Se trata de emprender una serie de reflexiones dialécticas e interactivas entre sí, que a través de ‘ires’ y ‘venires’ desde el sujeto hacia el objeto, desde el objeto hacia el sujeto, del conocer al ser, del ser al conocer y del ser y del conocer al existir, así como de la realidad a la cultura, del problema a la solución y viceversa, sirvan para aclarar el método desde el objeto y, a su vez, el objeto desde el método, superando definitivamente el problema ontognoseoantroposociológico, trascendiendo también la separación o la confusión entre los aspectos aporético-fenomenológicos (problemas sociales) y tópico-nomotéticos (soluciones culturales) del derecho.

Además, dicho itinerario sirve también para ofrecer una explicación sobre nuestro derecho, considerando ‘su ser, su devenir pretérito y su existir actual’, desde la gnoseología, la ontología, la fenomenología, la historia, la filosofía de la historia y la filosofía de la cultura jurídicas⁶.

Finalmente, a través del método de la doble *reditio*, la teoría global del derecho puede identificar, precomprensivamente, las experiencias jurídicas más significativas, para construir desde ellas las perspectivas parciales, que una vez federadas, permitan la articulación de una perspectiva global.

Dichas experiencias jurídicas son: a) la experiencia personal de la libertad, b) la experiencia social -que es también económica y política- de la relación distante, c) la experiencia práctica del orden debido, d) la experiencia simbólica de la expresión formal y e) la experiencia temporal de la variación histórica.

Cada una de las anteriores experiencias nos ofrece a su vez una perspectiva y un fundamento, y entre todas, una visión completa del derecho, que es lo que busca la teoría global⁷.

⁵ La descripción completa de dicho itinerario, que únicamente se enunciará esquemáticamente en el cuerpo del presente artículo, se encuentra en PAMPILLO, J.P., *Filosofía...*, o.c., capítulo IV.

⁶ Éste método se encuentra desarrollado en PAMPILLO, J. P., *Filosofía...*, o.c., capítulo IV y en *Historia General del Derecho, México 2008*, capítulo I. En el mismo se encuentra también presente la inspiración de la ciencia nueva de G. Vico.

⁷ No se incluye aquí el procedimiento a través del cual se identificaron dichas experiencias especialmente significativas, por rebasar los propósitos más bien divulgativos del presente artículo; se remite al lector interesado a PAMPILLO, J. P., *Filosofía...*, o.c., capítulo IV.

II. FUNDAMENTOS ANTROPOLÓGICOS

Toda experiencia jurídica es una experiencia humana. Como observara desde antiguo el jurista romano Hermogeniano: “el hombre es causa de todo derecho” (*hominum causa omne ius constitutum est*)⁸. En realidad, el hombre es causa, motivo y razón de ser de todo derecho.

Todo derecho tiene pues al ser humano como su origen, fundamento y finalidad.⁹ Y por ello mismo, el ser humano es -o al menos debiera ser- un tema central de la filosofía del derecho -y en general de toda disciplina jurídica-, que tendría que explicitar, como su indispensable punto de partida, sus presupuestos y nociones antropológicas¹⁰.

De hecho, muchos de los extravíos tanto del pensamiento jurídico contemporáneo, así como de diversas instituciones vigentes en el derecho positivo actual, derivan inevitablemente de la proyección sobre los mismos de concepciones desviadas sobre el ser humano y sus relaciones interpersonales, sociales y ecológicas, bien sean inconscientes, subyacentes o incluso explícitas.

En efecto, desde presupuestos -bien sean manifiestos o implícitos- antropológicos o sociales respectivamente individualistas o colectivistas, materialistas o espiritualistas, personalistas, institucionalistas o estatalistas, machistas, feministas o de género, teocentristas, antropocentristas o ecologistas, sociologistas, economicistas o politicistas, derivarán conceptos o se propondrán reglas instituciones y procedimientos jurídicos que serán contrastantes entre sí.

De ahí la conveniencia de asegurarse de que la noción de persona humana que se coloca como ‘piedra angular’ de toda reflexión humanística o científico social -en nuestro caso jurídica-, sea lo más completa e integral posible, considerando todas sus aristas.

⁸ D. 1, 5, 2.

⁹ Cfr. COTTA, S., *¿Qué es el Derecho?*, Madrid 1995, p. 10.

¹⁰ Por esto mismo ha observado con razón A. Kaufmann: “Si en la filosofía del derecho actual domina la conciencia de que no sabemos exactamente lo que el derecho es, hay que decir que esto constituye sólo un reflejo de una perplejidad aún más profunda acerca de lo que es el hombre”, KAUFMANN, A., “Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho”, en *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Madrid 1992, p. 108. Sobre antropología filosófica, además de la abundante bibliografía en la materia, pueden verse los diversos trabajos publicados dentro de la obra *Memorias del XIII Congreso Internacional de Filosofía. Comunicaciones sobre el Tema I: El Problema del Hombre*, Vol. 2, México 1963. Es de fácil acceso y puede consultarse con provecho los libros de MARÍAS, J., *El tema del hombre*, México 1994, y *Antropología Metafísica*, Madrid 2000.

En ese sentido, la teoría global del derecho parte de la consideración del ‘existente humano’ como una ‘persona’ dotada tanto de una ‘corporalidad’ -material y sexuada-, como de una ‘espiritualidad’ -religiosa o no, pero en todo caso psicológica, intelectual y emocional-, que se realiza y complementa a través de su ‘sociabilidad’, tanto interindividual cuanto intercomunitaria, proyectándose hacia la ‘trascendencia interpersonal’. Trascendencia interpersonal que implica -como se apuntará- tanto ‘libertad’ como ‘responsabilidad’¹¹.

Ahora bien, la libertad y la responsabilidad personales suponen también la ‘autoconciencia’, la ‘conciencia del otro’ y la ‘conciencia moral’ -tanto individual como social-, mismas que a su vez se expresan, dada la ‘condición físico-psíquico-social’ de la persona, a través de los ‘símbolos culturales’ -como el lenguaje, las costumbres, los valores y la creatividad artística-, en plena referencia al entorno natural -‘ecológico’- en que vive cada individuo. Se trata pues de libertades y responsabilidades, que en la dinámica existencial del hombre, tanto personal como social, suponen la posibilidad -no determinista- del crecimiento y la ‘maduración personal’, así como de la evolución y del ‘progreso social’, en un proceso de desarrollo que aspira a la progresiva plenificación (felicidad). Pero que también, en contrapartida y como parte de la referida dinámica de desarrollo personal y social, se ven amenazadas y limitadas, por un lado, por la caducidad y los accidentes de la vida, así como -desde el otro lado- por la ‘ambivalencia del ser humano’, que puede ser tanto el lobo del hombre (*homo homini lupus*), como su mejor amigo y custodio (*homo homini angelus*).

De ahí la necesidad del derecho, para evitar las injusticias y encauzar las discordias, promoviendo el mínimo de ‘amistad civil’ para hacer posible -y eventualmente tolerable y hasta placentera- la vida social. Y de ahí también que el derecho -desde una perspectiva antropológica integral- no pueda agotarse en las solas ‘exigencias libertarias’ de la justicia y la reciprocidad, sino que deba -como se verá- complementarlas con las ‘exigencias comunitarias’ de la igualdad y la solidaridad para la construcción -participativa y subsidiaria- de un ‘bien común’, que incluya todas las anteriores dimensiones antropológicas (corporales, espirituales, sociales y ecológicas) de la persona humana.

Desde las anteriores premisas y con el propósito de ordenar la aproximación al ser humano y a la persona, en términos muy generales, puede caracterizarse al hombre, en primer lugar, como un “existente autoconsciente”. Así, primeramente,

¹¹ Una espléndida exposición de antropología jurídica puede encontrarse en SANTIAGO, A., *La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional*, Buenos Aires, 2023. Véase también a BEORLEGUI, C., *Antropología filosófica. Nosotros: urdimbre solidaria y responsable*, Bilbao 2009.

puede decirse que el ser humano no es, si no que existe; que está siendo, en el tiempo y en el espacio, limitado y condicionado a un momento y a un lugar determinado, donde debe desenvolverse.

Pero el hombre no solo existe, sino que además, es consciente de su propia existencia. El conocimiento de sí mismo o ‘autognosis’, que fue para los griegos el principio de toda sabiduría -*gnothi suaetón*- es también la culminación de toda reflexión filosófica, pues como observara San Agustín, “en el interior del hombre se encuentra la verdad”.

De hecho, la ‘toma de conciencia’ de sí mismo y de su existencia, lleva al ser humano a descubrir no sólo su ‘yo psicológico’, sino también a descubrir en los demás la idea de otredad -o de ‘proximidad’, con los ‘deberes’ que se siguen de la misma-, conduciéndolo también a descubrir que dichas reflexiones son en sí mismas el resultado de una ‘virtud intelectual’ que no puede atribuirse a ninguno de los órganos materiales de su corporalidad.

De hecho su intelectualidad le sugiere al ser humano, que la existencia no se agota en la ‘materia’, sino que abarca un ámbito inmaterial o ‘espiritual’, que es condicionante de su misma intelectualidad, así como de su propia emotividad.

De esa manera, el hombre se percata de que es -como ha observado Basave- una especie de “centauro ontológico”; un “espíritu encarnado” -según la expresión teológica-, que como ‘naturaleza anfibia’ se debate entre una ‘naturaleza inmaterial’, llamada a trascender, ansiosa de eternidad y una ‘naturaleza corporal’, contingente y corruptible, fatalmente condenada a la muerte. Por ello mismo, la vida del hombre como “absoluto-relativo” -según X. Zubirí- tiene una condición dramática y hasta trágica¹².

Como existente autoconsciente, anfibio entre la materia y el espíritu, el ser humano ‘es a caballo’ entre el ‘espíritu que se expresa’ y la ‘materia’ como ‘condicionante de la expresión’. De aquí que como ha destacado Ernst Cassirer, el hombre es también un “animal simbólico”, que depende de signos, símbolos y señales para comunicar, a través de la materia, sentidos y significados inmateriales o espirituales¹³.

¹² Cfr. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, A., “La dimensión jurídica del hombre. Fundamentos de Antropología Jurídica”, en *Estudios de Filosofía del Derecho en Homenaje al Doctor Eduardo García Maynez*. México 1973, ZUBIRÍ, X., *El hombre y Dios*, Madrid 1985, y *Gaudium et Spes* n. 14,

¹³ CASSIRER, E., *Antropología Filosófica*, México 1968

Ahora bien, en tanto que existente autoconsciente y simbólico, su devenir se torna dramático en virtud de los principios materiales y espirituales -aparentemente opuestos- que sellan su 'naturaleza', que además, por un lado, es 'universal e inmutable' pero igualmente es 'histórica y cultural'. En ése sentido puede decirse -empleando analógicamente una terminología metafísica- que la 'esencia' del hombre es inmutable, aunque su 'existencia' personal sea siempre histórica y, como tal, dicha existencia condiciona su propia naturaleza imprimiéndole una nota de contingencia, de historicidad.

Precisamente en razón de las anteriores paradojas -entre otras muchas que recorren lo humano-, las nociones del hombre han saltado, desde hacerlo "medida absoluta de todas las cosas" (Protágoras), hasta convertirlo en un "ser para la nada", cuya vida es una "pasión inútil" (J.P. Sartre).

Y dicha dualidad, fuente de contradicciones e inconformidades, acaba por conducirnos a la conclusión de que el ser humano, su existencia, su vida y su muerte, son un auténtico misterio y, como todo misterio, escapa a nuestra acabada comprensión racional... Por ello se afirma por muchos que el ser y la persona humana son insondables y por eso se ha dicho que el existente humano es, hasta cierto punto, indefinible (*individuum est ineffabile*)¹⁴.

Pero debe hacerse la siguiente precisión: si el derecho como experiencia antropológica arraiga en el hombre como existente autoconsciente y simbólico, no radica en dicho 'hombre en abstracto', sino más bien en 'el hombre real concreto', el "hombre de carne y hueso" del que hablara Unamuno, el hombre en tanto que 'persona'¹⁵.

Y dicho 'hombre-persona', en tanto que individuo concreto, es también un 'existente cultural' injertado en una determinada 'circunstancia', que -como ha señalado Ortega y Gasset- es constitutiva de su propio ser.¹⁶ Así pues, la raíz de todo derecho es el hombre como persona, alguien único e irrepetible, perteneciente a una cultura también única, presente en un tiempo y espacio determinados. Y al servicio de dicho hombre-persona, en su circunstancia concreta, debe ajustarse todo derecho.

Ahora bien, el ser humano como persona es ante todo 'libertad'. De hecho su eminente dignidad, su propia grandeza, se encuentra en su capacidad de 'hacerse a sí mismo', de 'gestionar su naturaleza', de 'definirse' según su propio 'arbitrio'.

¹⁴ En complemento de la síntesis presentada y como profundización de la misma, véase PAMPILLO, J. P., *Filosofía...*, o.c., pp. 73 y ss.

¹⁵ Cfr. UNAMUNO, M., *Del sentimiento trágico de la vida*, México 1986, pp. 7 y 8

¹⁶ Cfr. ORTEGA Y GASSET, J., *Meditaciones del Quijote y otros ensayos*, Madrid 2014.

Pero la libertad no debe entenderse como una ‘autonomía locomotriz’ en un sentido empírico, como una mera “libertad de hacer”, de hacer cualquier cosa, sino que debe entenderse desde la ‘dinamicidad teleológica’ de la ‘naturaleza humana’.

En efecto, la libertad se encuentra referida a las profundidades del hombre donde se halla su sentido y dirección. Se trata de una auténtica “libertad para”, de una libertad para ser, para más ser, para mejor ser¹⁷. De una libertad ontológico-teleológica-y-ética, cuyas resonancias nos vienen desde la lírica clásica, cuando el poeta Píndaro exhortaba a los atletas olímpicos con su famosa arenga: “llega a ser el que eres...”.

La libertad puede entenderse así como la “autonomía de gestión que todo ser humano tiene de sus exigencias naturales, con el fin de alcanzar su propio destino” y, así concebida, dicha libertad constituye el fundamento próximo de la eminente dignidad de la persona humana.

Ciertamente, la consideración que el hombre merece desde un punto de vista filosófico y también jurídico, descansa sobre su condición de ser persona, de ser libre para realizarse en todos los sentidos. Y de dicha dignidad se sigue también que toda persona es un fin en sí misma, no susceptible de ser mediatizada o instrumentalizada al servicio de otro fin superior a ella misma (I. Kant).

De lo anterior deriva -desde el humanismo integral y el personalismo- que todo ordenamiento jurídico debe partir de una adecuada concepción de la naturaleza humana, de la comprensión de que el *homo juridicus* o sujeto de derechos y obligaciones es siempre una persona concreta, individual y circunstanciada y de que todo derecho debe tutelar, como su máximo bien, la eminente dignidad de la persona, mediante la delimitación de su ámbito de libertad para la autorrealización.

En ese último sentido, el derecho es ‘libertad y responsabilidad’ y, más específicamente, ‘delimitación de libertades’ interactuantes y potencialmente contrapuestas -dada la naturaleza también social y ecológica del hombre-, llamadas a evitar interferencias y, en caso de producirse, a procurar compensaciones y establecer responsabilidades. Es decir, desde la perspectiva personal de la libertad, el derecho puede entenderse como *un conjunto de delimitaciones a la libertad humana para posibilitar la interacción en sociedad*, o en otras palabras: *un reconocimiento de la dignidad y la libertad personal humanas, que delimita las esferas subjetivas de actuación en sociedad y establece*

¹⁷ Sobre estas nociones de “libertad de” y “libertad para”, originalmente cfr. FROMM, E., *El miedo a la libertad*, México 1990.

*responsabilidades para el caso de su interferencia, procurando la promoción del desarrollo individual y comunitario*¹⁸.

III. FUNDAMENTOS SOCIOLOGICOS, ECONÓMICOS Y POLÍTICOS

La experiencia jurídica es radicalmente humana, pero específicamente, es una experiencia de vida humana en sociedad.

Ya sea que -siguiendo la distinción propuesta por F. Tönnies- se le encuentre agrupado en torno a la ‘comunidad’ (*Gemeinschaft*) o en torno a la ‘sociedad’ (*Gesellschaft*), según se quiera subrayar el aspecto ‘natural gregario’ o ‘volitivo asociativo’ en el origen de la convivencia, lo cierto es que la dimensión social es constitutiva del existir humano. De aquí que hasta nuestros días se repita el tópico, “donde está la sociedad, allí hay derecho; donde está el derecho, allí hay sociedad” (*ubi ius ibi societas, ubi societas ibi ius*)¹⁹.

La realidad del derecho se ubica así dentro de la realidad social humana, que por ser una ‘realidad relacional’, condiciona la misma contextura del derecho que es también, esencialmente, relacional.

Pero dicha realidad relacional del derecho toma la forma de las ‘relaciones polares’, o sea, de aquéllas caracterizadas por la correlatividad de sus polos contrapuestos, que en el caso del derecho, son el crédito y la deuda²⁰.

En efecto, el derecho se ubica precisamente dentro del ámbito de las relaciones de convivencia social distantes o separadas y no cercanas o íntimas.

Siguiendo a este respecto las ideas orteguianas -como las expuso en el ámbito jurídico Legaz y Lacambra-, la vida del ser humano es de naturaleza personal cuando es vivida “desde uno mismo”, desde el “centro de intimidad personal”, siendo su exigencia propia la autenticidad y su forma típica la libertad. En contrapartida, la vida del hombre es de naturaleza social respecto de aquellas relaciones que son vividas “desde los otros”, de manera impersonal y cuya forma es más bien normativa²¹.

¹⁸ Cfr. PAMPILLO, J. P., *Filosofía...*, o.c., capítulo V.

¹⁹ Sobre el debate entre el origen de la sociedad en la naturaleza o en la voluntad humanas cfr. GUZMÁN VALDIVIA, I., *El Conocimiento de lo Social. La Sociología Científica y la Ontología Social*, México 1990, pp. 145 y ss.

²⁰ Cfr. RECASÉNS SICHES, L., *Tratado General de Sociología*, México 1966, p. 581. Véase también a BRIESKORN, N., *Filosofía del Derecho*, Barcelona 1993, p. 65.

²¹ LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1961, pp. 256-266

El derecho está así arraigado en el ámbito de la ‘convivencia social’, es decir, hunde sus raíces en aquellas ‘relaciones distantes, separadas, externas’, motivadas por un ‘interés concreto’ y referidas siempre a ‘bienes susceptibles de estimación’, donde las personas que se encuentran en cada extremo de la relación, no se ven entre sí personal o íntimamente, sino exterior o funcionalmente. Decir pues que el derecho arraiga en la convivencia social, significa -siguiendo a Sánchez de la Torre- que el derecho no se ocupa de relaciones intersubjetivas, íntimas -salvo en casos excepcionales y de manera subsidiaria para corregir su deformación patológica, como en el caso del derecho de familia-, sino solamente de relaciones de externas y funcionales²².

Por eso, cuando se afirma que el derecho se ubica dentro del ámbito de la convivencia social, también se quiere decir que el derecho se ocupa de promover una ‘convivencia social sana’ y que, consecuentemente, no se ocupa de conductas socialmente neutras (asociales) y, si se ocupa de conductas sociales patológicas (antisociales), lo hace con una finalidad preventiva o sancionadora.

El derecho en tanto que experiencia de convivencia social, se caracteriza también por su ‘vitalidad’, y dicha vitalidad supone un dilema entre la necesidad del ‘equilibrio social’ y la ‘realidad del conflicto’.

Es por eso que como observara con razón Roscoe Pound, el derecho “debe ser estable, pero no puede permanecer estático” (*law must be stable, but yet it can not stand still*).

Y es que el derecho, a la vez que cumple con una finalidad ‘ordenadora’ que conserva, debe también acomodarse a las exigencias cambiantes de la sociedad y cumplir así con la función de reconducirla, por lo que tiene también una potencialidad renovadora, reformista y hasta revolucionaria.

Por eso debe ser capaz, simultáneamente, de mantener un orden de cosas, pero permaneciendo abierto al cambio. De ahí que las perspectivas funcionalista y estructuralista en la sociología jurídica contemporánea deban ser vistas como complementarias y no como antagónicas, para reconocer que el derecho cumple, por un lado, muy diversas ‘funciones sociales’ -como la de reconducción del cambio social- y por el otro, se ‘vertebra a sí mismo’ como un verdadero subsistema social²³.

²² Cfr. SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *Introducción al Derecho*, Madrid 1991, pp. 319 y 320.

²³ Cfr. DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid 1993, pp. 181 y ss.; SORIANO, R., *Sociología del Derecho*, Barcelona 1997, p. 285 y ss., ROBLES, G., *Sociología del Derecho*, Madrid 1997, p. 170, TREVES, R., *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Barcelona 1998, p. 204

Ahora bien, en lo que toca a la amplia variedad de funciones sociales atribuidas usualmente al derecho, vale la pena destacar entre todas la ‘función distributiva’ y la ‘función de solución de conflictos’.

Respecto de la primera, puede asegurarse que es la función más típicamente jurídica de todas. En lo que toca a la segunda, la virtualidad del derecho acotando los intereses jurídicamente relevantes, definiéndolos entre sí, jerarquizándolos apropiadamente y reconduciéndolos imperativa y efectivamente, resulta extraordinariamente fértil para una auténtica comprensión de lo jurídico.

De hecho son cada vez más los estudiosos, que desde diferentes perspectivas críticas -como la sociológica misma, la histórica y la filosófica-, proponen una mejor comprensión de lo jurídico a partir de la dinámica del *challenge and response*, que encuentra la fuente real del derecho precisamente en la convivencia social y sus conflictos²⁴.

Pero el derecho es también -según se dijo- ‘subsistema social’, es decir, estructura y orden que reconduce, sistémica aunque inestablemente, la complejidad del medio y en dicha virtud, es un subsistema en relación comunicativa con otros subsistemas sociales. De hecho, su relación con los demás subsistemas sociales es de naturaleza interactiva, por cuanto que influye y es influido por los mismos.

Como observara R. Treves, la moderna sociología jurídica en su vertiente ‘estructural-funcionalista’ ha puesto de relieve la relación del sistema jurídico respecto de otros sistemas sociales a través de sus emisiones (*outputs*), de sus inmisiones (*inputs*), así como de su interacción mediante el efecto de retorno (*feedback*). Sin embargo, dicha naturaleza comunicativa, a más de ser interactiva, es imperativa y goza como de una cierta superioridad, por cuanto que el derecho recibe de otros subsistemas una influencia condicionante, pero devuelve siempre una influencia determinante y obligatoria²⁵. El derecho pues impera, aunque puede hacerlo con diferentes intensidades, bien sea, en su máxima expresión, mandando y prohibiendo, pero también puede hacerlo permitiendo, organizando o regulando.

Ahora bien, a mayor abundamiento, el derecho, en tanto que cumple con la función de distribución de bienes (función también económica) y de resolución

²⁴ La dinámica interactiva entre realidad (*challenge*) y cultura (*response*) la retomamos de las exposiciones de Arnold J. Toynbee. La importante concordancia entre estructura y relación la he tomado de SUÑÉ LLINÁS, E., *Teoría Estructuralista del Derecho*, Madrid 2006.

²⁵ Cfr. ROBLES, G., *Sociología...*, o.c., pp. 180 y 181. Muy interesantes son también las aportaciones de ROBLES, G., *Teoría del Derecho (Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho)*, Madrid 2010.

de conflictos (función también política) y en tanto que ‘subsistema social’ en relación comunicativa con otros subsistemas (y, destacadamente, con los subsistemas económico y político), no puede menos -según también quedó apuntado- que recibir una influencia condicionante de los mismos.

Así, de manera muy general y por lo que respecta a la economía, conviene recordar en primer lugar la especial importancia que guarda su relación con el derecho, como pusieron de relieve, a partir del siglo XIX el marxismo y más recientemente la corriente denominada *Law & Economic*²⁶.

Y es que más allá de las críticas -en su mayor parte legítimas y fundadas- a sus principios neoclásicos o neoliberales, el Análisis Económico del Derecho destacó la importancia de ciertos valores y conceptos del estudio científico de la economía, que tienen una indudable utilidad para la jurisprudencia, como la ‘eficiencia’ (óptimos de Pareto y Kaldor-Hicks), los ‘costos’ (teorema de Coase), las ‘externalidades’ y el ‘diseño de mecanismos’ como una generalización de la ‘teoría de juegos’ (Cooter), entre muchos otros. Así, para nadie es desconocido actualmente que el ‘estado de derecho’ (*rule of law*) es un requisito y factor de fomento de la inversión y del crecimiento económico y que el ordenamiento jurídico debe estructurar a la sociedad y cumplir sus funciones de manera precisamente eficiente, tratando de minimizar los costos y de maximizar los beneficios, incentivando, desincentivando y, en todo caso, previendo y considerando, las consecuencias económicas de sus determinaciones.

En segundo lugar por lo que respecta a las relaciones entre la economía y el derecho -aunque también con proyecciones políticas-, se encuentra -más allá de sus desviaciones y limitaciones- lo más fundado de la ‘crítica marxista’ al derecho burgués como instrumento de dominación clasista.²⁷ Y posteriormente -tanto desde el marxismo cuanto desde otras perspectivas filosóficas-, se encuentra el indudable sustrato de razón que encierran las ‘teorías críticas del derecho’ respecto de la ‘dependencia económica’ y la ‘opresión política’²⁸.

²⁶ Entre la gran diversidad de obras que se han escrito sobre el Análisis Económico del Derecho, pueden verse las siguientes: ROEMER, A., *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, México 1998; COSSIO DIAZ, J. R., *Derecho y Análisis Económico*, México 2008, DEL GRANADO, J. J., *Oeconomia iuris*. México 2010, COOTER R., y ULEN T., *Derecho y economía*, México 2002; POSNER R., *Economic Analysis of Law*, Aspen 2007.

²⁷ Siendo una tesis central del marxismo, dicha concepción se encuentra presente en varias de sus obras; se cita, como aquí, como la más difundida MARX, C., y ENGELS, F., *Manifiesto del Partido Comunista*, Madrid 2013.

²⁸ Cfr. a CORREAS, O., *Crítica de la Ideología Jurídica. Ensayo sociosemiológico*, México 1999, CORREAS, O., *Introducción a la crítica del derecho moderno (Esbozo)*, México 1999; DE LA TORRE RANGEL. J. A., *Del Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Aportaciones Críticas*, México, 1992; DE SOUSA SANTOS, B., *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido*

Y aunque algunos de sus planteamientos puedan parecer -y algunos de hecho sean- ‘ideológicos’ e ‘hipercríticos’, es necesario admitir que dichos planteamientos han realizado una importante contribución, por lo menos en cuatro sentidos: a) despertando una ‘conciencia crítica’, b) evidenciando la eventual ‘instrumentalización’ del derecho al servicio del ‘poder’ y del ‘tener’, c) sensibilizando sobre las múltiples injusticias y desigualdades sancionadas por el derecho, y d) llamando a una reformulación del derecho al servicio de la libertad política, de la igualdad social y de la justicia económica.

En tercer lugar y de modo convergente con las anteriores teorías críticas, debe considerarse de manera particular y urgente la profunda reflexión que ha venido haciéndose, desde la época de la segunda revolución industrial y sobre todo a partir del último tercio del siglo XIX en torno a la denominada ‘justicia social’, que retomando las nociones clásicas de ‘justicia distributiva’ y ‘justicia legal’, ha venido a darles un nuevo impulso. En ése ámbito se ha venido vertebrando un importante eje de reflexión filosófica, económica, política, internacional y jurídica, representada por autores tan variados como R. Dworkin, J. Rawls, Th. Pogge, A. Sen y M. Nussbaum –entre muchos otros-, quienes proponen redefinir a la “justicia” en términos de imparcialidad y equidad, buscando un reparto más adecuado de los bienes, recursos, derechos, libertades, capacidades y mínimos de bienestar, que requiere la sociedad de nuestro tiempo²⁹.

Y lo dicho sobre las relaciones entre el derecho y la economía debe también afirmarse respecto de las relaciones que median entre el subsistema político y el jurídico, donde múltiples autores han venido destacando las peculiares interdependencias entre el poder y los ordenamientos jurídicos: desde las inatendibles tesis voluntaristas y decisionistas (K. Schmidt) que destacan el aspecto volitivo del derecho, hasta el crudo realismo escandinavo (A. Ross), pasando por la identificación del derecho con el estado (H. Kelsen)³⁰.

común en el derecho, Bogotá 2009, y WOLKMER, A. C., *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina*, México 2017.

²⁹ Véase un panorama general de conjunto en PAMPILLO BALIÑO, J. P., “Una introducción a la Justicia Social Global” en *Justicia Social Global. Perspectivas, reflexiones y propuestas desde Iberoamérica*, México 2022; más en extenso cfr. VÁZQUEZ, R., *Teorías contemporáneas de la justicia. Introducción y notas críticas*. México 2019. Dentro de esta línea de pensamiento son particularmente significativas las obras de KÜNG, H., *Una ética mundial para la economía y la política*, México 2017; POGGE, T., *Hacer Justicia a la Humanidad*. México 2013, RAWLS, J., *Justicia como Equidad*, Madrid 1986; RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, México 2010, y SEN, A. *La idea de la justicia*, México 2010.

³⁰ Más allá de la inmensa variedad de obras que tratan sobre las relaciones entre la política y el derecho, aquí seguimos en lo fundamental las ideas de PEREIRA MENAUT, A. C., y PEREIRA SÁEZ, C., *Polis. Política, poder y comunidad política*, México 2015.

Lo cierto es que ambos subsistemas sociales -el político y el jurídico- reclaman la misma vocación englobante, fundamentante y estructurante de los demás, por donde sus relaciones han sido especialmente tensas -incluso violentas- a lo largo de la historia, aunque a partir del triunfo del ‘constitucionalismo’, va quedando cada vez más claro que el poder debe someterse al ordenamiento jurídico, que lo organiza y limita mediante una batería de *checks & balances*, así como de libertades y derechos humanos, orientándolo a su vez hacia el bien común, como advierten, entre muchos otros, E. Suñé, desde una perspectiva estructuralista y V. Ruiz Rodríguez o A. Cruz Prados, desde la perspectiva clásica, que pone su énfasis en la ética y en la prudencia³¹.

Por último, conviene observar que los principios-valores-criterios-conceptos económicos y políticos de eficacia, costo-beneficio, justicia social, coacción, legitimidad, bien común, orden y seguridad -entre otros- no solo tienen cabida, sino que recomiendan una especial consideración, de naturaleza sustantiva -y no solo formal- en el ámbito jurídico.

Así las cosas y considerando lo anterior, puede redefinirse al derecho desde esta perspectiva sociológica, económica y política como “*una realidad relacional y polar arraigada en y condicionada por la sociedad y particularmente por sus subsistemas económico y político, que por un lado busca ordenar legítimamente la convivencia hacia el bien común y la justicia social, estableciendo un equilibrio abierto al cambio y, por el otro, cumple con diversas funciones, entre las cuales destacan la de distribuir eficientemente bienes incentivando el bienestar material y la de resolver conflictos imperativa y coactivamente*”³².

IV. FUNDAMENTOS ESTRICTAMENTE JURÍDICOS

La perspectiva propuesta para comprender al derecho que se propone la teoría global es-según se recordará- ‘materialmente global’ aunque ‘formalmente jurídica’. En tanto que materialmente global, se trata de una perspectiva que busca captar la silueta del derecho describiendo su contorno; es decir, identificando su perfil a partir de sus rasgos antropológicos, sociológicos (económicos y políticos), formales-simbólicos e históricos.

³¹ Cfr. SUÑÉ LLINÁS, E., *Teoría estructuralista...*, o.c., y RUIZ RODRÍGUEZ, V., *Filosofía del Derecho*, México 2009. CRUZ PRADOS, A., *Ethos y Polis. Bases para una reconstrucción de la Filosofía Política*, Pamplona 2006, pp. 329 y ss. Una importante aproximación al tema puede verse en DEL PERCIO, E., *Ineludible fraternidad: conflicto, poder y deseo*, Buenos Aires 2014. También me he ocupado del tema en PAMPILLO BALIÑO, J. P., “Revaloración del Constitucionalismo Latinoamericano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Fundación Konrad Adenauer, Bogotá), Año XXVIII (2022).

³² Cfr. PAMPILLO, J. P., *Filosofía...*, o.c., capítulo V.

Sin embargo, en tanto que la filosofía jurídica busca dar una razón del derecho en tanto que derecho -no en tanto que realidad humana, social, económica, política, simbólica o histórica-, es necesario, además de observarlo desde los anteriores perfiles externos, apreciarlo también *ad intra*; es decir, desde su dintorno, *sub ratione iuridica*, o en razón de su íntima -e intrínseca- juridicidad sustantiva. Una juridicidad sustantiva o material que se encuentra íntimamente relacionada con la justicia y la equidad en la dimensión interpersonal, y con la igualdad y la solidaridad en su proyección social o comunitaria.

Y aunque en distintos momentos se haya negado o relegado la naturaleza ‘a-jus-tadora’ y ‘rea-jus-tante’ del derecho, la experiencia jurídica por antonomasia es la que lo capta -percibe, entiende y siente- como *ius*, o sea, como un ‘orden justo’, es decir, como un ordenamiento que reconduce la convivencia no de cualquier manera, sino de un modo precisamente ‘correcto’ o no arbitrario.

Por ello, al ser la experiencia-expectativa de ‘lo justo’ -o si se prefiere de lo correcto- una experiencia jurídica tan definitiva, la filosofía jurídica debe avocarse -siquiera en parte- al estudio y la reflexión sobre el ‘derecho justo’, ‘equitativo’, ‘racional’, ‘razonable’ ‘correcto’ -o como quiera llamársele-, con independencia de la posición que se adopte respecto del ‘derecho natural’ y la ‘ley natural’.

Y dicho estudio debe atravesar pues el de las relaciones entre la moral y el derecho, ámbito al que Ihering denominara como el ‘cabo de Hornos’ de la jurisprudencia, donde el peligro de naufragio en el tempestuoso mar de las más violentas controversias se presenta siempre amenazante.

Ciertamente, al ser el derecho re-a-jus-te de la conducta humana -inteligente, consciente y voluntaria- conforme a un orden referencial, la reflexión sobre el ‘derecho justo’ o ‘derecho materialmente correcto’ nos remite, necesariamente a la consideración de los intrincados problemas de carácter ético, como la libertad, el bien, los fines, los valores, la intención y las circunstancias personales de tiempo, modo y lugar, que no pueden hacerse a un lado de la realidad del derecho. Y dichas consideraciones, que resultan de suyo problemáticas, lo son más aún en el contexto de una época marcada -como se dijo- por el subjetivismo, el escepticismo y el relativismo, que no abonan ni a favor del entendimiento ni del consenso. No obstante, dichas consideraciones deben hacerse³³.

³³ De manera puramente ejemplificativa pueden verse las obras de GONZÁLEZ, J., *Ética y Libertad*, México 2001, en lo general y en lo particular la colectiva de CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J., *Derecho y Moral en el Debate Iusfilosófico Contemporáneo*. Arequipa 2010.

Pero, por otro lado, también es importante apuntar desde un principio que ni la esencial juridicidad del ‘derecho correcto’, ni -por ende- el innegable sustrato ético que presentan todos los ordenamientos jurídicos históricos y actuales, permiten la identificación del derecho con la moral, ni tampoco la subordinación de lo jurídico a lo ético³⁴.

Más allá de sus indudables convergencias, el derecho y la ética tienen objetos, métodos y principios distintos, pues mientras ésta busca el perfeccionamiento subjetivo de la persona, aquél solo pretende establecer un orden de convivencia sobre ciertas bases mínimas, para que cada quien alcance su realización. En ése sentido debe entenderse el aforisma de Paulo “no todo lo que el derecho permite es honesto” (*non omne quod licet, honestum est*, D. 50, 17, 144), así como la bella y sugerente expresión de W. Luypen -tan difundida por Villoro Toranzo- para quien el derecho es “*el mínimo de amor exigible en sociedad*”³⁵.

Cerrado el anterior paréntesis y regresando al ámbito de lo estrictamente jurídico, puede constatarse que dentro de la tradición occidental existe una íntima relación entre el derecho y la justicia, que ha sido destacada desde nuestros orígenes culturales greco-latinos, donde etimológica -y también realmente- los sustantivos empleados para designar al derecho (*ius* en latín y *to dikaion* en griego) significaban, literalmente, ‘lo justo’.

Más allá -insisto- de cualquier presupuesto iusfilosófico, puede reconocerse que la relación entre la justicia y el derecho es tan cercana cuanto compleja. Por ello vale la pena empezar por esclarecer lo que es la justicia, pues dependiendo de la noción que nos formemos ésta última -por ejemplo como un ‘valor’, como una ‘idea’ o como una ‘virtud’- variará también, considerablemente, la noción del derecho que nos formemos³⁶.

Si como se ha afirmado desde el neokantismo sudoccidental de Baden, la justicia es ‘un valor’ en referencia al cual se configura el derecho, la noción que de éste último habremos de formarnos será estimativista -y por ende relativista- así como dependiente e inesencial. Si -como afirmara G. Radbruch- el derecho fuera “la realidad cuyo sentido estriba en servir el valor de la justicia”, la relación entre derecho y justicia sería en primer lugar referencial, por cuanto que el derecho no puede entenderse más que referido a la justicia, ya sea que la realice o la malogre.³⁷ Pero, como la justicia no es, desde esta perspectiva,

³⁴ Cfr. entre muchos a DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, Tomo I, Barcelona 1929, p. 168.

³⁵ VILLORO TORANZO, M., *La Justicia como Vivencia*, México 2004.

³⁶ Un recorrido sobre las ideas del derecho y la justicia a las que refiere el cuerpo del trabajo puede encontrarse en PAMPILLO, J. P., *Historia...*, o.c.,

³⁷ RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, Granada 1999, pp. 38 y ss.

un bien objetivo, sino solamente un valor, no puede ser aprehendida por la inteligencia, sino solamente intuida por medio de la estimación subjetiva. Y el problema es que hablar de estimación es hablar de perspectiva y hablar de perspectivas es renunciar a la objetividad de las cosas para caer en un insalvable relativismo subjetivista.

Por otro lado, si concebimos a la justicia como ‘una idea’, como una especie de ‘idealidad trascendental’ del ser jurídico en el sentido platónico, la noción del derecho que nos formaremos será figurativa e idealizada y, por ende, abstraída de la realidad concreta del derecho. Si la idea trascendental de la justicia -que agota en sí misma todas las virtualidades del derecho- es un arquetipo abstracto, universal e inmutable (como sostuvo la escuela moderna del derecho natural), la concepción del derecho que se sigue es la propia de un racionalismo dogmático, axiomático y suprahistórico, que subordina todo el derecho positivo a una especie de ‘derecho natural idealizado’ al margen de toda experiencia práctica³⁸.

Ahora bien, existe -como se anticipó- otra manera de concebir a la justicia y, por ende, su relación con el derecho. Dicha concepción, con profundo arraigo en el pensamiento occidental, arranca desde la Antigüedad y perdura hasta nuestros días, si bien actualmente ha venido a ser recuperada y renovada, por un ‘iusnaturalismo’ completamente diferente de aquél, que desde fundamentos teológicos o racionalistas, pretendía a través de elaboraciones metafísicas identificar al derecho con una ‘ley natural moral’ fundada en un concepto abstracto del ser humano, proponiendo un conjunto de principios generales y universales supuestamente válidos para todo tiempo y para todo lugar³⁹.

En efecto, en los últimos años se ha venido consolidando un ‘nuevo iusnaturalismo’, realista-moderado, objetivo, concreto, crítico, analógico e histórico, que ha rescatado también una reflexión milenaria que fue absurdamente estigmatizada y descartada en bloque, como parte de las críticas formuladas más bien contra otros iusnaturalismo teológicos y racionalistas⁴⁰.

³⁸ Cfr. CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Historia del derecho natural*. México 1999, y HERVADA, J., *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Pamplona 1996.

³⁹ WOLF, E., *El Problema del Derecho Natural*, Barcelona 1960.

⁴⁰ Entre otras muchas obras representativas de este nuevo iusnaturalismo, aunque con importantes matices diferenciales en cada autor, pueden verse las de ADAME GODDARD, J., *Filosofía Social para Juristas*, México 1998; CASTAÑEDA, D. H., *Filosofía de la Jurisprudencia*, México 2007, DACAL ALONSO, J. A., *Filosofía del Derecho*, México 2016; DE LA TORRE RANGEL, J. A., *Iusnaturalismo histórico analógico*, México 2019; FERREIRA DA CUNHA, P., *Filosofía do Direito*, Coimbra 2013; HERRERA, D. A., *La noción de derecho en Villey y Kalinowsky*, Buenos Aires 2005; HERVADA, J., *Lecciones...*, o.c.; MASSINI-CORREAS, C. I., *El Iusnaturalismo Actual*, Buenos Aires 1996; OTERO, M., y PUY, F., *Jurisprudencia*

Dicho nuevo iusnaturalismo -insisto: realista, objetivo, concreto, razonable, crítico, analógico e histórico- ha venido a recoger una larga tradición filosófica, que concibe a la justicia, desde el ámbito de la ética, como un ‘hábito’, esto es, como una ‘reiteración de conductas’ caracterizadas por la ‘identidad de su objeto’.

En efecto, desde la antigüedad clásica, la ética -definida como el estudio de la conducta y el carácter humano- concibió a la justicia como un hábito bueno, caracterizándola como la ‘virtud de la acción justa’ o dirigida hacia el derecho y su cumplimiento.

Ahora bien, por acción justa debe entenderse aquélla cuya calificación se sigue de su objeto, que no es otro sino el derecho en sentido objetivo -*ius, to diakion*- ‘lo justo’ o el orden jurídico correcto, que está orientado precisamente a la satisfacción del derecho en su sentido subjetivo como ‘lo debido’ (*ius suum*).

Así concebida la justicia, como el hábito de las acciones justas, o como el hábito de cumplir con el derecho, nos lleva a formarnos una idea del propio derecho de naturaleza ‘substancial’; es decir, a reconocer que el derecho tiene una entidad propia, que a su vez constituye algo valioso, hasta el punto de considerarlo susceptible de ser el objeto mismo de un hábito virtuoso⁴¹.

Desde esta concepción clásica de la justicia como virtud, se llega a una noción del derecho como algo primero, real, sustantivo, objetivo, concreto y mutable históricamente.

Ciertamente, el derecho es primero porque es la justicia la que lo sigue como noción segunda y dependiente, que consiste en un ‘estar en el derecho’ *ius-stare=iusiustitia*. Es real por cuanto que existe en el mundo de las cosas, aunque su contextura no sea substancial sino relacional. Es sustantivo, por cuanto que designa una realidad independiente, no subordinada a un valor, ni emuladora de una idea. Igualmente, es objetivo, por cuanto está en las personas y las cosas y sus diferentes relaciones y constituye un objeto susceptible de ser conocido y separado del sujeto cognoscente. Finalmente, es mutable históricamente, por cuanto que la realidad relacional del derecho -como se expondrá posteriormente- varía en el tiempo.

Dialéctica, Madrid 2012; PUY, F., *Teoría Científica del Derecho Natural*, México 2006; RABBI-BALDI CABANILLAS, R., *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires 2008; SANTIAGO, A., *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, Madrid 2010; TRIGEAUD, J-M., *Humanismo de la Libertad y Filosofía de la Justicia*, Madrid 1991; VIGO, R. L., *De la Ley al Derecho*, México 2003, VILLEY, M., *Compendio de Filosofía del Derecho*, Pamplona 1979.

⁴¹ En general pueden verse las exposiciones de HERVADA, J., *Lecciones...*, o.c., y VILLEY, M., *Compendio...*, o. c.

Ahora bien, bosquejado el anterior concepto de justicia y apenas insinuado el del derecho como su objeto, conviene profundizar sobre este último.

Más allá de los matices y particularidades del nuevo iusnaturalismo al que se hizo alusión, para los efectos más bien esquemáticos del presente artículo puede seguirse la sencilla y clara exposición que hace Aristóteles del derecho en el Libro V de su *Ética a Nicómaco*⁴².

Para el Estagirita, el derecho, lo justo o el *tò dikaion*, es ante todo una ‘relación’, un ‘orden’ y, más específicamente, una ‘relación u orden conforme a una cierta medida’ (*mesón*). Más exactamente, el derecho o lo justo, es una ‘relación conforme a una medida de igualdad’ (*isón*), que aunque usualmente se constituya como una ‘igualdad aritmética’ (*syinallágmata*), frecuentemente se nos presenta también como una medida de ‘igualdad geométrica’ (*analogón*) o proporcionalmente desigual. Es decir, que la medida de igualdad de lo justo varía, según se regulen los ‘tratos y el intercambio entre iguales’, o la ‘repartición de bienes, funciones y cargas entre desiguales’.

En efecto, en los intercambios entre iguales, la medida de lo justo conmutativo se caracteriza por ser estrictamente igualitaria, pudiendo configurarse: a) como una ‘igualdad de identidad’ (como cuando se devuelve la misma cosa dada en préstamo), o b) como una ‘igualdad de equivalencia’ (como cuando se paga un determinado precio para comprar un objeto cualquiera), o bien c) como una ‘igualdad resarcitoria’ (cuando se indemniza un daño).

La otra medida de igualdad no estricta, la de lo justo geométrico, es una ‘medida de igualdad de proporción’, cuya atención recae especialmente sobre las personas, para exigir trato igual a los iguales y proporcionalmente desigual a los desiguales. De esta manera, se trata diferenciadamente a las personas en razón de su diferente *condición* (como en las sociedades mixtas donde debe tratarse diferentemente al socio capitalista y al socio industrial), de su distinta *función* (como cuando atribuye mayores ganancias a quien corre mayores riesgos) y atendiendo a *otros criterios* (como cuando, por ejemplo, para el establecimiento de una pensión alimenticia considera a la vez la necesidad del acreedor y a las posibilidades del deudor), procurando que cada cual sea tratado igualmente, en proporción a sus desigualdades respecto de los otros.

En síntesis: lo justo para Aristóteles es una medida *-mesón-* que se traduce en una relación de igualdad *-isón-* entre dos o más sujetos respecto de una o

⁴² Véase el Libro V de la *Ética a Nicómaco*. Se recomienda de manera especial la estupenda traducción filológico-jurídica debida a SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., “Aristóteles (Ética)”, en *Textos y Estudios sobre Derecho Natural*, Madrid 1985.

varias cosas, pudiendo dicha medida ser aritmética en relación con las cosas *-synallagmata-* o proporcional geométrica *-analogón-* en atención a las personas, por donde puede concluirse que el derecho es un orden o una relación conforme a una medida *-real y personal-* de igualdad proporcional o, en las palabras de Santo Tomás de Aquino, una “cierta igualdad de proporción entre una cosa externa y una persona extraña”⁴³.

Y dichas medidas aplican también, en lo distributivo y en lo legal, para definir respectivamente lo que la sociedad debe a sus miembros (p. ej, obras y servicios públicos o programas sociales) y lo que sus miembros deben a la sociedad (impuestos y otras contribuciones), si bien en la actualidad estas dos últimas dimensiones de la justicia *-como se dijo-* han sido objeto de una nueva atención y de un nuevo énfasis en torno al concepto englobante de ‘justicia social’, así como en su diferentes proyecciones en los distintos ámbitos geográficos, desde el local intraestatal hasta el global, pasando por el internacional⁴⁴.

Pero el derecho se caracteriza también porque las cosas atribuidas a alguien *-o a algunos-* son, correlativamente, debidas en sentido estricto. Y ésa nota de ‘obligatoriedad’, ésa necesidad del pago de lo debido, tiene una razón de ser, un fundamento, que constituye ‘el título’ conforme al cual el acreedor puede exigir dicho pago. Así, el título, es la ‘fuente del deber’ de justicia o su ‘razón suficiente’.

Ahora bien, el título en que el acreedor funda su derecho sólo puede provenir *-por hipótesis-* de dos fuentes distintas: por un lado, de la voluntad, es decir de la ‘determinación convencional o positiva de lo útil’ (contrato, ley, costumbre, actos de *imperium*, etcétera), o por el otro, de la realidad misma (hecho, relación, situación, etcétera), también llamada ‘naturaleza de las cosas’ o ‘estructura y funcionamiento de la realidad’, en tanto que susceptible de ser captada, tanto en su dimensión empírica como en su proyección deóntica, más allá de la ‘falacia’ de la supuesta ‘falacia naturalista’⁴⁵.

En definitiva, la razón suficiente o título del derecho solo puede provenir de la voluntad (derecho positivo) o de la realidad (naturaleza de las cosas), y puesto que la misma voluntad es solo fuente inmediata de derechos y obligaciones,

⁴³ S. Th. II, Ilae, 58, 10.

⁴⁴ Cfr. PAMPILLO BALIÑO, J. P., “Una introducción...”, o.c., Además de las obras particulares anteriormente citadas, puede verse un panorama de las principales teorías sobre la justicia social, en VÁZQUEZ, R., *Teorías contemporáneas de la justicia...*, o.c.,

⁴⁵ La literatura sobre el particular es abundante. Remitimos al lector interesado en profundizar sobre la debilidad del argumento según el cual es imposible derivar del ser de la realidad sobre su deber ser, a SALDAÑA, J., *Derecho natural, tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México 2014.

por cuanto el mandato o la estipulación son conformes a la misma realidad, se impone como necesaria la investigación sobre la misma naturaleza, para comprender en profundidad la razón suficiente, tanto del derecho subjetivo del acreedor, cuanto del derecho objetivo, del ordenamiento jurídico o de lo justo.

De hecho, el gran problema del iusnaturalismo -y también del iuspositivismo- consiste en la determinación -afirmación o negación- y ubicación de la naturaleza de las cosas.

Así, mientras que el ‘racionalismo jurídico’ (o ‘iusnaturalismo racionalista’) identificó la naturaleza de las cosas con la ‘naturaleza del hombre’ y específicamente con su libertad subjetiva, el pensamiento realista (‘iusnaturalismo clásico’ y ‘nuevo iusnaturalismo’) la encuentra más bien en el ‘orden objetivo de las cosas’, bien que el mismo comprende también a la ‘naturaleza del hombre’ en tanto que realidad objetiva y concreta en tanto se realiza en cada persona con su particular circunstancia⁴⁶.

Ahora bien, por ‘naturaleza de las cosas’ puede entenderse -superando la falacia de la falacia naturalista- al ‘conjunto de las exigencias que la propia constitución de la realidad nos impone’, siempre y cuando se considere una noción completa de realidad -no cercenada por empirismos, racionalismos, criticismos y positivismos-, que abarque tanto su dimensión material-fenomenica como sus aspectos teleológicos-nouménicos⁴⁷.

Pero además, en la medida en la que la naturaleza de las cosas comprende a la naturaleza del hombre, debe abarcar también los ámbitos de su inteligencia, de su voluntad y de su libertad, aspectos que -según se apuntó anteriormente- nos remiten al campo de la ética. Y la ética debe articular en su reflexión sobre el ser humano y su conducta, la ‘naturaleza’, la ‘libertad’ y la ‘historia’ -o, en la terminología tradicional, el objeto, la intención y las circunstancias de la acción-, lo que corresponde precisamente a la ‘prudencia’⁴⁸.

Así, el ejercicio del derecho, tradicionalmente designado como jurisprudencia, supone un conocimiento prudencial (*syndéresis* o comprensión cultural + *circumspectio* o análisis de la realidad) de la naturaleza de las cosas y del hombre -en su doble dimensión empírica y cultural- para extraer de ellas sus principios y conclusiones jurídicas.

⁴⁶ Cfr. TRIGEAUD, J-M. *Humanismo...* o.c., y VILLEY, M., “La Naturaleza de las Cosas”, en *El Iusnaturalismo Actual...*, o.c.,

⁴⁷ Cfr. PAMPILLO, J. P., *Filosofía...*, o.c., pp. 93 y ss.

⁴⁸ La literatura sobre la prudencia y su configuración es abundante; en general puede verse a PIEPER, J., *Las Virtudes Fundamentales*, Madrid 1980.

De la anterior manera puede concluirse -resumiendo y simplificando lo que se ha expuesto con más detenimiento en su oportunidad-, que el derecho, desde la experiencia y fundamento intrínsecamente jurídicos de lo justo material, se nos presenta como *un orden, o sea, como una relación conforme a una medida proporcional de igualdad entre una cosa externa y una persona extraña, caracterizada por una obligatoriedad necesaria fundada en la convención o en la naturaleza de las cosas y cuya determinación debe hacerse, caso por caso, a través de la prudencia jurídica*⁴⁹.

V. FUNDAMENTOS FORMALES

Cuando el hombre común -y el propio jurista- se enfrenta al derecho, frecuentemente percibe -y hasta resiente- la presencia de las formalidades y los formalismos. Y es que el derecho es humanidad, vida social, relación y orden; pero, también es, indudablemente, forma.

La experiencia de las formas es pues especialmente significativa; hasta el punto de que durante mucho tiempo se ha pretendido definir al derecho desde una perspectiva meramente formal y, aún más restringidamente, desde una perspectiva formal-normativa. Pero más allá de que la formalidad y la normatividad son condiciones existenciales normales del derecho, su realidad tampoco puede agotarse en las formas, que son meros cauces expresivos.

En todo caso, puede decirse que el derecho se nos presenta -al menos en parte- como una 'forma de expresión simbólica', mediante 'signos' que significan ciertas 'realidades debidas' (orden justo, derecho objetivo) y que designan ciertos 'espacios de licitud' (libertades distantes delimitadas o derechos subjetivos)⁵⁰.

O sea, que el derecho es el símbolo de ciertas realidades sociales que son 'tipificadas' primariamente, o bien como realidades 'debidas', o bien como realidades 'lícitas', comprendiendo también las que son 'reguladas' o 'prohibidas', en tanto que las virtualidades del derecho son ordenar, permitir, encauzar y vedar.

Así, desde esta perspectiva, el derecho se nos presenta -en suma- como la 'tipificación formal simbólica de la licitud y del deber'⁵¹.

⁴⁹ Cfr. PAMPILLO, J. P., *Filosofía...*, o.c., capítulo VI.

⁵⁰ Cfr. BRIESKORN, N., *Filosofía...*, o.c., p. 135; LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía...*, o.c., pp. 276 y ss., y SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *Sociología del Derecho*, Madrid 1987, p. 96.

⁵¹ Cabe destacar que las anteriores ideas tienen una profunda raigambre dentro de nuestra cultura jurídica, pues cuando Ulpiano se refería a la ciencia del derecho, le asignaba dos tareas fundamentales: una material o contenutística, consistente en la separación entre lo equitativo y

Pero la expresión jurídica no es una exteriorización cualquiera, sino que es precisamente una ‘expresión garantizada’.

Efectivamente, en tanto que el derecho delimita libertades, vertebrada la sociedad, soluciona imperativamente los conflictos, reparte bienes y establece medidas de igualdad obligatorias, la expresión jurídica no puede ser común, sino que debe ser fidedigna y reforzada. El derecho requiere así de ciertas seguridades que garanticen la exactitud de sus expresiones y dichas seguridades se encuentran en las ‘formas’, los ‘procedimientos’ las ‘sanciones’.

Por lo que respecta a las formas, éstas han sido siempre el cauce expresivo de todo derecho, desde los tiempos más remotos en los que gozaban del prestigio de lo ritual y hasta nuestros días, en que a pesar de la mayor racionalidad, espontaneidad y fluidez de las experiencias jurídicas, se sigue recurriendo a ellas como ‘garantía de integridad de los mensajes jurídicos’.

Los procedimientos -como han puesto de relieve los cultores de las teorías de la argumentación y particularmente J. Habermas y R. Alexy-, sirven para garantizar la ordenada ‘conducción de los procesos comunicativos’ que desembocan en una expresión jurídica. Es decir, son una ‘racionalización metódica de los pasos’ que deben seguirse para ‘asegurar una respuesta formalmente aceptable’, que propicien que la sucesión de eventos comunicativos -mensajes emisivos (*outputs*), inmisivos (*inputs*) y de retorno (*feedback*)- que caracteriza a los procesos creativos del derecho, se desenvuelva con la garantía de que la expresión jurídica resultante de ellos, será el producto de un ‘diálogo encauzado’ conforme ciertas ‘exigencias racionales’.

Finalmente las sanciones, como ‘solemnidades especialísimas’ que rodean ciertas expresiones jurídicas privilegiadas -leyes, escrituras, juicios, tratados, etc.-, constituyen como un ‘sello que preserva su inviolabilidad e intangibilidad’ contra cualquier alteración mediante la apelación explícita a una ‘autoridad superior’.

Ahora bien, en nuestro tiempo, conviene destacar que la ‘crisis de la legislación’ -desde por lo menos la segunda mitad del siglo XX- ha dado lugar al resurgimiento de otras fuentes del derecho, dentro de las cuales conviene destacar a los principios jurídicos, cuya relevancia ha reivindicado a su vez la

lo inicuo -*aequum ab iniquo separantes*- y otra formal que suponía la distinción entre lo lícito y lo ilícito -*licitum ab illicito discernentes*- a partir de una tipología predeterminada. Es decir, que para los romanos, la ciencia del derecho tenía por objeto, de un lado, lo justo material en concreto (dimensión de la equidad), y del otro, la tipificación formal y ulterior subsunción típica (dimensión de la licitud) a partir de ciertas figuras o modelos formales instrumentales al servicio de lo justo. Cfr. PAMPILLO, J. P., *Historia...*, o.c., capítulo V.

creatividad jurídica de la ciencia dogmática del derecho y de la jurisdicción que se han ocupado especialmente de los mismos.

En efecto, por su relativa ambigüedad, revisabilidad y flexibilidad, constituyen formas dúctiles, que propician un especial dinamismo con sus respectivos contenidos materiales.

De ahí que destacados juristas y iusfilósofos recientes -como J. Esser, R. Dworkin, R. Alexy, entre muchos otros- se hayan ocupado de su estudio, diferenciándolos de las normas y de las reglas cerradas, observando como las primeras son de aplicación estricta, mientras que los segundos requieren más bien de una aplicación ponderada tendiente a su más completa realización⁵².

Particularmente J. Esser ha destacado la privilegiada posición intermedia de los principios entre el descubrimiento de los problemas jurídicos y la reconducción formal de los mismos, poniendo de relieve su ubicación en una especie como 'lugar de encuentro' entre el 'pensar abierto' y el 'pensar cerrado', entre la 'argumentación tópica' y el 'razonamiento sistemático', además de constituir quizás el mejor puente entre las tradiciones del *civil law* y del *common law*, así como el posibilitar una nueva perspectiva superadora de la controversia entre iuspositivistas y iusnaturalistas⁵³.

Lo cierto es que el derecho, en tanto que 'ordenamiento jurídico', se estructura formalmente a través de 'reglas' *lato sensu* -que como género, abarca a las reglas *stricto sensu*, a las normas y a los principios-, 'instituciones' -como conjuntos de reglas materialmente homogéneas, incluyendo las sustantivas y las adjetivas o 'procedimientos'- y 'ámbitos', que comparten ciertos fundamentos y valores generales, característicos y diferenciales de los mismos. E igualmente, dichas reglas e instituciones se comunican y colaboran con otros ordenamientos jurídicos de diferentes grupos, familias y tradiciones jurídicas, en el contexto del diálogo jurídico propio del pluralismo de nuestro tiempo, en que convergen los derechos internacionales -universal y regionales- supranacionales, estatales e intra-estatales, en la reconducción de los casos concretos⁵⁴.

⁵² Véanse entre otros a ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teorías de los enunciados jurídicos*, Barcelona 1996; DWORKIN R., *La Filosofía del Derecho*, México 1980; HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, México 1980; ESSER, J., *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona 1961; SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *Los Principios Clásicos del Derecho*, Madrid 1975, y VALENCIA RESTREPO, H., *Nomoárquica, Principialística Jurídica o Filosofía y Ciencia de los Principios Generales del Derecho*, Medellín 2007.

⁵³ Cfr. ESSER, J., *Principio y Norma...*, o.c., p. 10.

⁵⁴ Una exposición esquemática sobre el particular puede verse en PAMPILLO BALIÑO, J. P., "Ordenamiento Jurídico", en *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Regional*, Roma-Perugia-México 2013.

En consideración de lo anteriormente expuesto, el derecho puede comprenderse desde la perspectiva formal como *la tipificación simbólica de la licitud y del deber con arreglo a lo justo, cuya fidelidad expresiva se encuentra garantizada por un abanico de formas, cuya relación dialéctica con los contenidos jurídicos y diversa flexibilidad, varía al servicio de los contenidos jurídicos*⁵⁵.

VI. FUNDAMENTOS HISTÓRICOS

Visto el derecho desde las anteriores perspectivas -personal, social, intrínseca y formal-, conviene ahora tener en cuenta, que toda experiencia jurídica, es un modo de vivir el derecho en la historia.

Efectivamente, por un lado, el derecho se encuentra inserto en la historia y, por el otro, ésta última resulta fundamental para alcanzar un entendimiento crítico de lo jurídico⁵⁶.

Pero, además de poner de relieve que: a) la experiencia jurídica es una experiencia histórica, b) el derecho está inserto en la historia, y c) la historia del derecho es una disciplina vital para el entendimiento del derecho, hay que subrayar que la historia constituye también una perspectiva auténticamente filosófica, como han observado entre otros iusfilósofos, Miguel Reale y Enrique Pérez-Luño⁵⁷.

Ciertamente, la consideración de problemas tales como el dinamismo del ser, su inserción en el tiempo y su devenir existencial, son de suyo tres razones de suficiente peso para justificar la naturaleza filosófica de una perspectiva histórica.

Pero además, la perspectiva histórica nos muestra como cada acontecimiento es inédito e irrepetible y, como tal, único, por cuanto que su 'aquí y ahora' (*ubi et quando*) son, característicamente, incommunicables. De aquí que la historia, como perspectiva filosófica, nos recuerde que el ser -y el derecho- existe en una situación real y concreta que lo condiciona, siendo precisamente esta sana historicidad, el ángulo de cualquier ontología radicada en el ser -en el derecho- que es (y que existe, y que es concreto) y no exclusivamente en el ser -el derecho- que es pensado (esencia abstraída de su concreción existencial).

⁵⁵ Cfr. PAMPILLO, J. P., *Filosofía...*, o.c., pp. 113 y ss.

⁵⁶ Cfr. PAMPILLO, J. P., *Historia...*, o.c., capítulo I.

⁵⁷ Cfr. REALE, M., *Teoría Tridimensional del Derecho*, Madrid 1997, p. 104, y PEREZ LUÑO, A-E., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica*, Sevilla 1998. Véase también a ELLSCHEID, G., "El Problema del Derecho Natural. Una orientación sistemática", en *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Madrid 1992, o.c., p. 192.

La consideración histórica del derecho, de su dinamismo y temporalidad nos permiten entender que lo jurídico no es algo inmutable, pues cambia con el paso del tiempo y dicho cambio se presenta tanto en el mundo de la realidad como en el de la cultura. De hecho, la virtualidad filosófica de la perspectiva histórica respecto del derecho, radica en obligarnos a repensar nuestras respuestas para la pregunta ¿en qué medida el derecho es permanente y en qué medida el derecho es mudable?

Desde esta perspectiva histórica-filosófica, siempre y cuando se prevengan los errores del historicismo existencialista (corriente filosófica que postula que el ser -y por ende el hombre y el derecho- se agota en su existencia variable, relativizando también los bienes éticos universales según las apreciaciones morales históricas), puede concluirse, en primer lugar, que el derecho está inserto en la historia y que se da, siempre, históricamente.

Asimismo puede desprenderse que el ser humano, protagonista, causa y fin de todo derecho, es un ser histórico, que aunque está atravesado por ciertas exigencias naturales permanentes, existencialmente realiza dichas exigencias precisamente en la historia.

En tercer lugar, que el actuar humano, como actuar libre, se desarrolla dentro de circunstancias históricas infinitamente diversas.

Así, el actuar humano, como actuar libre y responsable, implica la toma de decisiones prudenciales a partir de ciertos principios radicados en la realidad o naturaleza (*syndéresis*), pero también en atención a las circunstancias concretas e irrepetibles de la acción (circunspección).

Por ello aunque se afirme que los primeros principios del actuar humano sean inmutables (por ejemplo, hacer el bien y evitar el mal, o cumplir con lo pactado), al producirse su aplicación sobre una infinita diversidad de circunstancias históricas, sus formulaciones y aplicaciones varían en el tiempo (Santo Tomás de Aquino).

Así, el derecho visto desde la perspectiva de su historicidad, se nos presenta debatiéndose entre lo permanente y lo mudable, entre lo típico adscrito a una cultura dada y lo común trascendente a ella, entre la estabilidad de sus principios y la variedad de sus aplicaciones y formulaciones. De esta manera y desde esta perspectiva se puede conceptualizar al derecho como *una realidad histórica, arraigada en la misma historicidad humana, consistente en lo justo concreto determinado dialécticamente por la prudencia jurídica, cuya aplicación a una casi infinita*

*variedad de circunstancias y diversa formulación cultural, es vertida en una pluralidad de formas históricamente mudables*⁵⁸.

VI. HACIA UN ‘TEOREMA GLOBAL DEL DERECHO’

Después de haber analizado al derecho desde las anteriores perspectivas parciales, la teoría global del derecho se propuso intentar una comprensión y una definición de lo jurídico que integrase dialécticamente todas las anteriores conclusiones a través de una sola perspectiva global.

Sin embargo, debió considerar que al ser el derecho una realidad hasta cierto punto primaria, no puede definirse rigurosamente, al modo escolástico -mediante su género próximo y diferencia específica (*per genus proximum et differentiam specificam*)-, sino que debe más bien hacerse de manera descriptiva.

Ahora bien, para comprender y definir globalmente al derecho, es oportuno retomar los criterios que ofrece la lógica⁵⁹. Dichos criterios pueden resumirse en los siguientes: a) el atenernos a todas las cualidades fundamentales o esenciales del objeto a ser definido -incluyendo las condiciones normales de su realización existencial- y sólo a ellas, b) el buscar su adecuada ubicación a partir de su género, especie y propios, y c) el señalar puntualmente su cuádruple origen causal. Adicionalmente, también resulta útil que la definición propuesta recoja las cualidades comunes a todas las perspectivas unilaterales desarrolladas, poniendo especial cuidado en partir precisamente de aquella perspectiva, que por su esencialidad, significatividad y definitividad, evidencie lo específico y propio de lo jurídico, es decir, esclareciendo correctamente el ‘analogado principal’ del término derecho.

En ése sentido, se planteó la necesidad de destacar como *cualidades fundamentales* del derecho las siguientes: a) el ser una delimitación de la libertad humana para garantizar el respeto a la persona, b) el ser una realidad social estructural-funcional, relacional y polar, en especial relación con los subsistemas económico y político y, c) el ser una medida proporcional de igualdad obligatoria entre cosas y personas descubierta o determinada por una prudencia especial. De igual manera, pueden identificarse como las *condiciones normales de su realización existencial*: a) el expresarse mediante tipificaciones formales de licitudes y deberes, b) el ordenar y desahogar la convivencia social de manera legítima, eficiente, coactiva y eficaz, y c) el adoptar diversas

⁵⁸ Cfr. PAMPILLO, J. P., *Filosofía...*, o.c., pp. 123 y ss.

⁵⁹ Entre la abundante bibliografía remitimos al lector interesado a dos obras sencillas como las de GUTIÉRREZ SAENZ, R., *Introducción a la Lógica*, México 1986, y SANABRIA, J. R., *Lógica*, México 2005.

formulaciones culturales históricas. Por lo que respecta a las causas, pueden ubicarse: como su *causa material* a la relación social distante y polar, como su *causa eficiente* a la naturaleza humana y a la libertad personal, como su *causa formal* a la obligatoriedad fundada en la naturaleza o en la voluntad y como su *causa final* al mismo orden justo o correcto –al servicio del hombre– como igualdad entre cosas externas y personas extrañas. Además, parecen ser las *características comunes a todas las perspectivas unilaterales* la libertad, la relación, el orden y la obligatoriedad; teniendo en cuenta por añadidura que su *género* son las relaciones sociales humanas distantes y polares, que su *diferencia* es la inordinación igualitaria y obligatoria conforme a la prudencia y que sus *propios* son la legitimidad, la eficiencia, la eficacia y la coacción, así como la tipificación de licitudes y deberes y su formulación cultural diversa. Por último, tomando como *perspectiva esencial* a la del orden justo, puede definirse al derecho, globalmente considerado como:

la realidad social que estructura y da cauce al conjunto de relaciones de convivencia distantes, ordenándolas de manera legítima, eficiente y eficaz para proteger la dignidad y regular la libertad personal humanas a partir de diversas medidas proporcionales de igualdad obligatoria determinadas por la prudencia y orientadas hacia el desarrollo humano integral y el bien común, que se expresan mediante licitudes y deberes tipificados a través diversas formulaciones culturales históricas.

Por último, tan solo conviene observar que la anterior definición esencial, en principio, debe ser contrastada con cada cultura jurídica –tradición, familia, grupo y ordenamiento–, pues la realización del derecho en cada sociedad, en cada momento de la historia, da lugar a matizaciones existenciales que no pueden ser pasadas por alto⁶⁰. *L.D. 2024.*

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ADAME GODDARD, J., *Filosofía Social para Juristas*, México 1998.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teorías de los enunciados jurídicos*, Barcelona 1996.

⁶⁰ Ejemplificativamente y por lo que respecta a la tradición jurídica occidental, específicamente a la familia del *civil law*, dentro del libro *Historia General del Derecho*, se intentó una reflexión fenomenológica-existencial, que a partir de la ubicación de las claves de nuestra cultura jurídica (polivalencia de su sustrato clásico greco-latino, heterogeneidad de su conformación medieval a partir de los elementos romanistas, germánicos, feudales, canónicos, etc., paradójico desarrollo en la modernidad, y crisis actual con especial énfasis en el fenómeno de la globalización y de la integración jurídica. PAMPILLO. *Historia...*, o.c., p. 414.

- BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, A., “La dimensión jurídica del hombre. Fundamentos de Antropología Jurídica”, en *Estudios de Filosofía del Derecho en Homenaje al Doctor Eduardo García Maynez*. México 1973.
- BEORLEGUI, C., *Antropología filosófica. Nosotros: urdimbre solidaria y responsable*, Bilbao 2009.
- BRIESKORN, N., *Filosofía del Derecho*, Barcelona 1993.
- CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Historia del derecho natural*, México 1999.
- CASTAÑEDA, D. H., *Filosofía de la Jurisprudencia*, México 2007.
- CASSIRER, E., *Antropología Filosófica*, México 1968.
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J., *Derecho y Moral en el Debate Iusfilosófico Contemporáneo*, Arequipa 2010.
- COOTER R., y ULEN T., *Derecho y economía*, México 2002.
- CORREAS, O., *Crítica de la Ideología Jurídica. Ensayo sociosemiológico*, México 1999.
- CORREAS, O., *Introducción a la crítica del derecho moderno (Esbozo)*, México 1999.
- COSSIO DIAZ, J. R., *Derecho y Análisis Económico*, México 2008.
- COTTA, S., *¿Qué es el Derecho?*, Madrid 1995.
- CRUZ PRADOS, A., *Ethos y Polis. Bases para una reconstrucción de la Filosofía Política*, Pamplona 2006.
- DACAL ALONSO, J. A., *Filosofía del Derecho*, México 2016.
- DE LA TORRE RANGEL. J. A., *Del Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Aportaciones Críticas*, México, 1992.
- DE LA TORRE RANGEL. J. A., *Iusnaturalismo histórico analógico*, México 2019.
- DE SOUSA SANTOS, B., *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá 2009.

- DEL GRANADO, J. J., *Oeconomia iuris*, México 2010.
- DEL PERCIO, E., *Ineludible fraternidad: conflicto, poder y deseo*, Buenos Aires 2014.
- DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, Tomo I, Barcelona 1929.
- DESCARTES, R., *Discurso del Método, Meditaciones Metafísicas, Reglas para la Dirección del Espíritu, Principios de la Filosofía*, México 1972.
- DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid 1993.
- DWORKIN R., *La Filosofía del Derecho*, México 1980.
- ESSER, J., *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona 1961.
- ELLSCHEID, G., “El Problema del Derecho Natural. Una orientación sistemática”, en *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Madrid 1992.
- FERREIRA DA CUNHA, P., *Filosofía do Direito*, Coimbra 2013.
- FROMM, E., *El miedo a la libertad*, México 1990.
- GONZÁLEZ, J., *Ética y Libertad*, México 2001.
- GUTIÉRREZ SAENZ, R., *Introducción a la Lógica*, México 1986.
- GUZMÁN VALDIVIA, I., *El Conocimiento de lo Social. La Sociología Científica y la Ontología Social*, México 1990.
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, México 1980.
- HERRERA, D. A., *La noción de derecho en Villey y Kalinowsky*, Buenos Aires 2005.
- HERVADA, J., *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona 1995.
- HERVADA, J., *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Pamplona 1996.
- KAUFMANN, A., “Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho”, en *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Madrid 1992.

- KÜNG, H., *Una ética mundial para la economía y la política*, México 2017.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1961.
- MARÍAS, J., *El tema del hombre*, México 1994.
- MARÍAS, J., *Antropología Metafísica*, Madrid 2000.
- MARX, C., y ENGELS, F., *Manifiesto del Partido Comunista*, Madrid 2013.
- MASSINI-CORREAS. C. I., *El Iusnaturalismo Actual*, Buenos Aires 1996.
- ORTEGA Y GASSET, J., *Meditaciones del Quijote y otros ensayos*, Madrid 2014.
- OTERO, M., y PUY, F., *Jurisprudencia Dialéctica*, Madrid 2012.
- PAMPILLO BALIÑO, J. P., *Historia General del Derecho*, México 2008.
- PAMPILLO BALIÑO, J. P., *Filosofía del Derecho. Teoría Global del Derecho*, México 2005.
- PAMPILLO BALIÑO, J. P., “Aspectos filosófico-jurídicos de la eutanasia. Un intento de fundamentación epistemológica de la bioética desde la Teoría Global del Derecho”, en *Medicina y Ética. Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica* (Facultad de Bioética de la Universidad Anáhuac, México), (2007).
- PAMPILLO BALIÑO, J. P., “Una introducción a la Justicia Social Global” en *Justicia Social Global. Perspectivas, reflexiones y propuestas desde Iberoamérica*, México 2022.
- PEREIRA MENAUT, A. C., y PEREIRA SÁEZ, C., *Polis. Política, poder y comunidad política*, México 2015.
- PEREIRA MENAUT, A. C., y PEREIRA SÁEZ, C., “Revaloración del Constitucionalismo Latinoamericano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Fundación Konrad Adenauer, Bogotá), Año XXVIII (2022).
- PEREIRA MENAUT, A. C., y PEREIRA SÁEZ, C., “Ordenamiento Jurídico” en *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Regional*, Roma-Perugia-México 2013.

- PEREZ LUÑO, A-E., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica*, Sevilla 1998.
- PIEPER, J., *Las Virtudes Fundamentales*, Madrid 1980.
- POGGE, T., *Hacer Justicia a la Humanidad*, México 2013.
- POSNER R., *Economic Analysis of Law*, Aspen 2007.
- PUY, F., *Teoría Científica del Derecho Natural*, México 2006.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, R., *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires 2008.
- RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, Granada 1999.
- RAWLS, J., *Justicia como Equidad*, Madrid 1986.
- RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, México 2010.
- REALE, M., *Teoría Tridimensional del Derecho*, Madrid 1997.
- RECASÉNS SICHES, L., *Tratado General de Sociología*, México 1966.
- ROBLES, G., *Sociología del Derecho*, Madrid 1997.
- ROBLES, G., *Teoría del Derecho (Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho)*, Madrid 2010.
- ROEMER, A., *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, México 1998.
- RUIZ RODRÍGUEZ, V., *Filosofía del Derecho*, México 2009.
- SALDAÑA, J., *Derecho natural, tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México 2014.
- SANABRIA, J. R., *Lógica*, México 2005.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *Introducción al Derecho*, Madrid 1991.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., “Aristóteles (Ética)”. *Textos y Estudios sobre Derecho Natural*, Madrid 1985.

- SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *Sociología del Derecho*, Madrid 1987.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *Los Principios Clásicos del Derecho*, Madrid 1975.
- SANTIAGO, A., *La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional*, Buenos Aires, 2023.
- SANTIAGO, A., *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, Madrid 2010.
- SEN, A. *La idea de la justicia*, México 2010.
- SORIANO, R., *Sociología del Derecho*, Barcelona 1997.
- SUÑÉ LLINÁS, E., *Teoría Estructuralista del Derecho*, Madrid 2006.
- TREVES, R., *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Barcelona 1998.
- TRIGEAUD, J-M., *Humanismo de la Libertad y Filosofía de la Justicia*, Madrid 1991.
- UNAMUNO, M., *Del sentimiento trágico de la vida*, México 1986.
- VALENCIA RESTREPO, H., *Nomoárquica, Principialística Jurídica o Filosofía y Ciencia de los Principios Generales del Derecho*, Medellín 2007.
- VÁZQUEZ, R., *Teorías contemporáneas de la justicia. Introducción y notas críticas*. México 2019.
- VIGO, R. L., *De la Ley al Derecho*, México 2003.
- VILLEY, M., *Compendio de Filosofía del Derecho*, Pamplona 1979.
- VILLORO TORANZO, M., *La Justicia como Vivencia*, México 2004.
- WOLF, E., *El Problema del Derecho Natural*, Barcelona 1960.
- WOLKMER, A. C., *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina*, México 2017.
- ZUBIRÍ, X., *El hombre y Dios*, Madrid 1985.