EDITORIAL

Este ejemplar de la Revista de Derechos y Garantías Fundamentales de la Facultad de Derecho de Vitória es dedicado a la filosofía del derecho, entendiendo dentro de ella la teoría general del derecho. Y el tema del editorial es justamente este: para que sirve la filosofía y su subdivisión que más nos interesa, la filosofía del derecho.

Con este desiderato, quiero sugerir que la tarea de la filosofía del derecho puede ser resumida en dos grandes campos de investigación.

Por un lado, busca saber que es el derecho, como puede ser descubierto, conocido, consultado. Por ejemplo: el derecho viene objetivamente de la ley, esto es, tiene un sentido específico y claro para todos que leen su texto? Son realmente los legisladores – senadores, diputados y concejales – que crean el derecho? O los textos legales no tienen un sentido propio y el derecho es revelado a nosotros por aquello que los jueces deciden que la ley quiere decir en aquel caso, delante de un conflicto concreto? Y cuando la sociedad, aquellas personas a quien las leyes se dirigen las ignoran (por veces hasta los órganos del propio Estado no siguen a la ley), el derecho es aquello que las leyes o las decisiones judiciales dicen o consiste en aquello que sus destinatarios – las personas, el pueblo – efectivamente hacen? Este es el problema del conocimiento del derecho , el problema de saber en que consiste una **norma jurídica**.

Por otro lado, la filosofía del derecho se ocupa de la cuestión del valor, de la ética en el derecho. Por ejemplo: el derecho justo es aquello que los poderes establecidos (ejecutivo, legislativo y judicial) deciden lo que es justo o el está por encima de la voluntad de los gobiernos? En otras palabras: existe una regla ética que vale por encima de las leyes, encima de la propia Constitución ? Digamos, una regla que afirme que el aborto es crimen independiente de lo que digan la ley y los jueces aunque la Constitución lo permita? O que proteja los derechos humanos de todos, inclusive cuando los gobiernos nacionales y su derecho los nieguen a determinados grupos, como hicieron los nazis en relación a los judíos o los blancos en relación a los negros sur-africanos? En otras

palabras, el contenido ético del derecho está a disposición del poder positivado o es Independiente de el ? Este es el problema del **derecho subjetivo**. Las repercusiones prácticas de esas dos ordenes de problemas son inmensas y muy importantes, y estan relacionadas al próprio sentido de la palabra “derecho”.

En términos generales la filosofia del derecho busca responder a esas dos ordenes de interrogantes, mostrando que es una herramienta útil, para el camino profesional y personal: el abogado que necesita decidir si acepta o no la defensa de determinado individuo, la comisaria de policia que tiene que resolver cuales son los datos que deben constar del inquérito policial, el fiscal de justicia que necesita acusar o pedir la absolución de una persona o de la juez que hesita en condenar a aquel joven a 25 años de regimen cerrado en un panóptico cruel...Todos esos profesionales del derecho veran su difícil tarea ser menos pesada con el auxilio de la filosofia.

En otras palabras, no apenas los ministros del Supremo Tribunal Federal que deciden sobre la constitucionalidad del aborto de feto me-roencefálico o de la investigación en células tronco necesitan de la filosofia del derecho; las personas no necesitan de ella apenas en momentos de crisis y de grandes decisiones, pero tambien en el dia a dia, ayudando a transformar la vida mejor.

Una de las características de la sociedad contemporánea viene siendo el distanciamiento de la filosofia del derecho, la incapacidad de los juristas para pensar, simplemente. Eso en un contexto inucitado, en el cual el derecho es abarrotado por sobrecargas. Una de ellas es la **pulverización ética**, con la cual el derecho estatal no se mostró capaz de lidar. Eso significa que las demás ordenes éticas – pues el derecho es una de ellas – se vuelven mas y mas individualizadas y en esa pulverización solamente resta él como “ mínimo ético,” pues moral, política, religión y etiqueta, por ejemplo, no funcionan mas como amortiguadores para los conflictos sociales los cuales son todos juridicializados.

Eso quiere decir que, en la sociedad compleja, cada grupo social inclusive cada individuo pasa a tener su propia moral, su propia religión, y solamente el derecho coercitivo constituye el ambiente ético comun a todos. Em una sociedad mas homogenea, la religión y la moral comunes

cuidan de controlar las conductas contrarias y solamente llegan hasta el derecho los conflictos mas agudos, tales como los referidos al derecho penal. No es por nada que las personas no versadas en el derecho piensan luego em el derecho criminal cuando hablan de derecho, en cambio los juristas saben que el derecho es una parte muy pequeña entre las demás ramas del derecho. En una sociedad compleja, a su turno, cualquier conflicto es llevado al ordenamiento jurídico, tales como peleas de vecinos o desentendimientos de familia.

Además de esa **sobregarga del derecho** dogmaticamente organizado dentro del sistema social, se observa outra dentro del próprio derecho , como ser, la **sobrecarga de la decisión concreta**, haciendo con que aumenten las tareas y la importancia del poder judicial en perjuicio del Legislativo, pues el derecho se vuelve cada vez mas casuístico y las reglas generales se debilitan. De la misma manera que el derecho dogmático no está preparado para la primera sobrecarga, el poder judicial tampoco está reparado para esa segunda sobrecarga y crecen los procedimientos alternativos de solución de conflictos, como conciliación, mediación y arbitraje. Y se pulverizan tambien las instancias decisórias: o problema sobre cuales de los tres poderes prevalecen en la creación del derecho se vuelve mas complicada de lo que transparece em el debate entre activistas judiciales y sus contrários y hoy el derecho está tambien en las manos de los terecerisados de la Infraero y compañías de energia eléctrica, personas que a veces no son ni siquiera funcionários públicos.

El hecho es las reglas de ética válidas para todos pasan a ser unicamente las jurídicas y decididas solamente em el caso concreto. Al mismo tiempo en que eso es poco para constituir los lazos éticos de los individuos de uma comunidad, es mucho para el derecho estatal asumir el control de todos los conflictos.

La solución ofrecida por la modernidad democrática para el dilema de la pulverización y divergencias éticas en la sociedad compleja es que el derecho pasa a decidir las, en primer lugar, de acuerdo con las inclinaciones de la mayoría, pues justamente no es este o aquel padron de conducta, como permitir o prohibir el aborto, el comércio de armas o de sexo, pero si aquello que la mayoría decide como justo, en segundo lugar, es por eso mismo, el derecho asume un contenido ético esencialmente

mutable, pues siempre será posible que nuevas mayorías decidan por opciones éticas divergentes em relación a las anteriores.

En relación al control de las diferentes éticas, hay tambien un problema lingüístico, que la semiótica jurídica estudia y explca: en una sociedad altamente diferenciada, los signos significantes tienden a distanciarse cada vez mas de los signos significados . En el derecho eso quiere decir que los textos normativos, como las palabras de la ley, son comprendidos diferentemente por los diversos individuos y grupos, pues cada uno reacciona a su modo delante de las expresiones como “litigância de mala fé”, “ interes público,” “reacción moderada,” “ crimen de responsabilidad fiscal” y demás términos abundantes em la legislación. Esso hace que la ley sea menos funcional em el tratamiento con los conflictos y por eso sobrecarga a los que estan envueltos em la desición del caso, como las partes, los abogados y los magistrados, y resalta el papel de la voluntad personal y de los intereses concretos, em perjuicio de una “ racionalidad” pretensiosamente genral e Independiente. Al mismo tiempo es mas difícil preveer como será la decisión conrtea, convirtiendo mas y mas obsoletas las concepciones hermenêuticas exegéticas, literais ou filológicas, tal como muestra la evolución de la hermeneutica jurídica.

Com estos problemas como tela de fondo y siguiendo los debidos procedimientos de avaliación exigidos de uma publicación calificada como A 1 por la CAPES, la Revista de Derechos y Garantias Fundamentales busca dar una contribuição al debate contemporáneo em el Brasil y en el mundo.

(Con traducción de Marcelo Obregon)

João Maurício Adeodato

Faculdade de Direito de Vitória (FDV)