Reflexiones sobre el Concepto de Derecho en Ecuador y América Latina

Juan Morales Ordóñez
EDITOR



homo

Reflexiones sobre el Concepto de Derecho en Ecuador y América Latina

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Casa Editora

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Francisco Salgado Arteaga
RECTOR

Genoveva Malo Toral
VICERRECTORA ACADÉMICA

Raffaella Ansaloni
VICERRECTORA DE INVESTIGACIONES

Toa Tripaldi Proaño
DIRECTORA DE LA CASA EDITORA

Juan Morales Ordóñez
EDITOR

Juan Morales Ordóñez
Sebastián López Hidalgo
Olmedo Piedra Andrade
Santiago Jara Reyes
Diego Jadán Heredia
Guillermo Ochoa Rodríguez
REVISORES PARES

Sebastián Carrasco Hermida
CORRECCIÓN DE ESTILO

Priscila Delgado Benavides
DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

PrintLab
Universidad del Azuay
IMPRESIÓN

ISBN: 978-9942-847-70-6

e- ISBN: 978-9942-847-71-3

Contenido

El derecho definido desde la economía
Hernán Pérez Loose 12

Las Paradojas de la Constitución ecuatoriana del 2008
Fabián Corral Burbano de Lara 26

Derecho del siglo XXI: paradoja y urgencias
César Montaño Galarza 52

El derecho como ciencia: una mirada histórica de su evolución
Teresa Nuques Martínez
Bryan S. Carrera-Ordóñez 64

El concepto de derecho en el pensamiento de Miguel Reale
Pablo Estrella Vintimilla 88

¿Qué es el derecho? reflexiones sobre su trascendencia
Hugo Darquea López 106

¿Puede concebirse el concepto de derecho sin la categoría de la justicia?
Juan Morales Ordoñez 144

Derecho de seguros
Eduardo Peña Triviño 166

La teoria iusfilosófica consensual y la norma fundamental discursiva
como respuesta pospositivista al concepto de derecho convencional
Oscar Mejía Quintana 198

Derechos de grupos, revisión judicial y "motivos personales"
Roberto Gargarella 234

Direito como forma política sofisticada: uma proposta dialética
para o conceito de direito
Raoni Bielschowsky 252

Do conceito de direito no brasil: um ensaio de história do pensamento
jurídico a partir de Miguel Reale e Roberto Lyra Jr.
Diego Nunes 286

Presentación

Tengo el honor de presentar el libro “Reflexiones sobre el concepto de Derecho en Ecuador y América Latina”. La publicación, enfocada en el análisis de criterios doctrinales y teóricos sobre el concepto de derecho, es uno de los productos del Programa de Ética de la Universidad del Azuay. Además, el libro es fruto de la importante alianza entre la Universidad del Azuay y el Grupo de Cooperación Internacional de Universidades Brasileñas-GCUB, asociación formada por noventa y dos universidades, ochenta y nueve de Brasil, dos de Ecuador y una de Nicaragua, cuya misión es promover la internacionalización de sus instituciones asociadas a través de proyectos y programas que se desarrollan con instituciones ubicadas en los cinco continentes.

En este sentido, el libro forma parte del conjunto de actividades que desarrolla la Asociación y destaca la importancia de las alianzas internacionales entre instituciones de educación superior. Incluso para los lectores no cercanos al ámbito jurídico, esta publicación es de fundamental importancia, ya que brinda relevantes aportes al conocimiento del derecho y su indispensabilidad para todas las esferas sociales. En el contexto de los grandes problemas y desafíos contemporáneos, los capítulos del libro permiten comprender los estrechos vínculos entre el derecho y las cuestiones sociales, económicas, de relaciones políticas, éticas y científicas.

Felicito a los autores por dedicar su tiempo a la materialización de esta obra y por realizar aportes relevantes para una mejor comprensión del tema en consideración. Finalmente, expreso mis felicitaciones al Programa de Ética de la Universidad del Azuay y al Dr. Juan Morales Ordóñez, organizador de este trabajo, por tan relevante iniciativa.

¡Buena lectura!

Profa. Dra. ROSSANA VALÉRIA DE SOUZA E SILVA
Directora Ejecutiva – GCU

Prólogo

La reflexión sobre conductas, planes o resultados del quehacer humano han de ser permanentes para no desfasar la relación individuo-sociedad. Esto nos obliga a pensar y reconsiderar asuntos y conceptos buscando una mejor comprensión de actos y efectos útiles, para argumentar la implementación de conductas afines con los tiempos y sus necesidades, con las nuevas ideas y guías para trascender; protegiendo las virtudes, particulares o colectivas, y con sinceridad reconocer los defectos. Un proceso ingénito, propio de un ser provisto de inteligencia que ahora le permite vislumbrar y construir el deber ser para llegar a ser, con anhelos paradigmáticos de alcanzar un ser renovado y bueno, individual y colectivo, forjando su propia identidad y destino.

En el estudio y la relación jurídica quizá encontramos el espacio teórico - práctico más fértil y forzoso para esta reflexión. De ahí el valor del ilustrado aporte de los juristas invitados a exponer en este libro sus observaciones, sus críticos comentarios y propuestas que favorecen la deliberación para divulgar nuevas tendencias y pensamientos sobre el Derecho. Derecho y Ética constituyen una relación inseparable. Una existencia simbiótica que no admite interpretación ni aplicación en las que no concurran como unidad; es cuando las instituciones, hombres y mujeres que han comprometido talentos por una sociedad justa, democrática, libre e informada, encuentran su espacio ideal en la Academia.

Las Reflexiones sobre el Concepto de Derecho en Ecuador y América Latina son páginas en las que se fijan las preocupaciones y glosas especializadas de personajes vinculados a la cátedra, al periodismo analítico, a la gestión universitaria; formados en el Derecho con perspectiva latinoamericana. Acuden en esta obra por iniciativa y convocatoria del Programa de Ética de la Universidad del Azuay, órgano que reúne a profesores y estudiantes de nuestra Universidad, precisamente para estimular conceptos y conductas con firme

base moral, no solo en la formación profesional sino también para recorrer el trayecto común del ciudadano. El enfoque temático desarrollado con la sapiencia jurídica de los distinguidos autores nos permite actualizar conocimientos y criterios para comprender la evolución del Derecho en campos tan diversos como la economía, la política cual medio para la expresión de la ética y la dialéctica, los preceptos constitucionales, el ordenamiento jurídico o la Justicia y su debida administración, proyectándonos hacia una filosofía y teoría que se ajusten a las realidades del Ecuador y Latinoamérica en el siglo XXI. Esto sin sacrificar la esencia que trasciende las coyunturas, superando las tesis autoritarias o aquellas que explotan la desesperación social para imponer novelerías o fracasados modelos.

Así, y circunscritos al mundo jurídico, evidenciamos certeza plena de la afirmación inicial: Ética y Derecho determinan una íntima relación conceptual. La Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, a la que me honra servir, recibe, y presenta esta magnífica obra al cumplir 35 años de su fundación. Es cuando la celebración se reviste de fastuosidad porque se hacen presentes la inteligencia y erudición traducidas en este compendio de saberes. Una deferencia del señor Director del Programa de Ética de la Universidad del Azuay, digno jurista de la plana de sus maestros fundadores. Sea el lector de este condensado esfuerzo y versada realización colectiva quien emita su concluyente comentario; pero, seguro que motivará ilustradas aportaciones para dar nuevos rumbos a la ciencia del Derecho.

JOSÉ CHALCO QUEZADA
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la
Universidad del Azuay

Introducción

Los criterios doctrinarios y teóricos sobre el concepto de derecho forman parte de la tradicional producción jurídica universal. Pensadores, filósofos y juristas han abordado este aspecto porque la elucidación de la naturaleza del derecho se presenta como indispensable para todos los ámbitos sociales que son, precisamente, los escenarios en los cuales la normativa jurídica se crea, interpreta y aplica, además de ser los espacios en los que es estudiada, analizada y comprendida en su objetividad material, así como en su espíritu.

En Ecuador no ha existido un proyecto que aborde esta temática ineludible en la Filosofía del Derecho y en la academia. Si bien diferentes abogados y juristas reconocidos por su prestigio y aporte al desarrollo doctrinario del derecho han emitido criterios al respecto, ninguno ha producido una obra que trate el tema sistemáticamente. La preocupación por este aspecto de la Filosofía del Derecho, naturalmente, se encuentra especialmente en la academia jurídica. Son los profesores de asignaturas como Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho o Ética y Derecho quienes, al tratar con este ámbito tan importante, lo comprenden con claridad y se identifican con la necesidad de generar procesos de diálogo a través de los diferentes medios que existen, como conferencias, artículos, publicaciones científicas o libros, para así posicionar el tema y desde el análisis diverso que sobre él se produzca, evidenciar su importancia tanto en los procesos de creación de derecho, como en los de su interpretación y aplicación; y, por supuesto en los espacios de educación jurídica.

Por las razones mencionadas, en calidad de quien escribe esta Introducción, así como uno de los capítulos de esta obra y es el editor de la misma, como profesor de las materias mencionadas desde hace cuarenta años en distintas universidades ecuatorianas y extranjeras y, en especial en la escuela de derecho de la Universidad del Azuay, siempre sentí la necesidad de incorporar esta temática a la reflexión y al debate jurídico nacional y latinoamericano.

Ese anhelo se concreta en esta ocasión a través del Programa de Ética de la Universidad del Azuay, que convocó a distin-

guidos juristas locales de la ciudad de Cuenca, nacionales del Ecuador y extranjeros de América Latina, para que escriban sobre la naturaleza del derecho desde sus propias perspectivas y enfoques. Esta obra recoge el pensamiento de los distinguidos profesores brasileños Diego Nunes de la Universidad Federal de Santa Catarina y Raoni Bielschowsky de la Universidad Federal de Uberlandia, del profesor argentino Roberto Gargarella de la Universidad de Buenos Aires, del profesor colombiano Oscar Mejía Quintana de la Universidad de los Andes, de los juristas nacionales Eduardo Peña Triviño, Teresa Nuques, César Montaño Galarza, Fabián Corral Burbano de Lara y Hernán Pérez Loose; y, de los juristas locales Pablo Estrella Vintimilla, Hugo Darquea López,y Juan Morales Ordóñez.

Los capítulos de cada uno los autores nos muestran sus enfoques y criterios académicos sobre el derecho en su relación con la economía, el poder político, la realidad social contemporánea, la ética, la cultura, la justicia, la institución jurídica de los seguros, el pos positivismo, los "motivos personales" como factor de decisión judicial, así como la posibilidad de estudiar al derecho como ciencia; y, el caso de la historia del concepto de derecho en Brasil.

El Programa de Ética y la Universidad del Azuay agradecen a tan distinguidos juristas su decisión de contribuir con esta obra, que la presentamos como el inicio de un debate nacional sobre la naturaleza del derecho, con la intención de contribuir al análisis de los elementos que conforman lo jurídico para relacionarlos con los diferentes ámbitos de su influencia directa, como son los de su creación, aplicación y enseñanza.

Para finalizar expreso un reconocimiento especial al señor Rector de la Universidad del Azuay, Profesor Francisco Salgado Arteaga, quien apoyó con entusiasmo la publicación de esta obra.

JUAN MORALES ORDÓÑEZ
Editor

El derecho definido desde la economía

Hernán Pérez Loose

Abogado en la Universidad Católica de Guayaquil, estudios de Ciencias Políticas en la Universidad de Columbia, maestría en Jurisprudencia Comparada (MCJ) por la Universidad de Nueva York (NYU), maestría en Derecho y doctorado en la Universidad de Harvard. Compartió el Premio Lynn a la mejor disertación doctoral en derecho internacional público. Se desempeñó como Secretario del Ministro de Educación Pública y Asesor Jurídico de la Procuraduría General del Estado en el gobierno del Presidente Jaime Roldós, fue Asesor Jurídico de la Presidencia de Osvaldo Hurtado Larrea. Director Jurídico del Consejo de Modernización del Estado, representante del Ecuador de una de las comisiones negociadoras de paz con el Perú, Diputado Suplente de la Asamblea Constitucional de 1998 por el Movimiento Gente Nueva. Ha sido Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Civil Internacional de la Universidad Católica de Guayaquil, y de Ciencias Políticas en la Universidad Espíritu Santo. Es miembro del Consejo para las Américas de Abogados por los Derechos Civiles y Económicos del Vance Center de Nueva York. Mantiene una columna semanal en Diario El Universo de asuntos políticos, y una quincenal sobre literatura en el suplemento La Revista. Es autor de varias publicaciones académicas editadas en el exterior, y socio fundador del estudio jurídico Coronel & Pérez. Actualmente es árbitro registrado en el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas de Inversiones (Ciadi) y en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil y Quito.

Si nos detenemos a pensarlo por un momento, la relación entre el Derecho y la Economía parece inevitable. A un nivel muy general, el Derecho es el conjunto de normas que regulan la conducta humana y la Economía es la ciencia social que estudia la forma de predecir la conducta humana. El Derecho está constituido por una serie de regulaciones que emanan de legisladores, jueces, burócratas y demás operadores jurídicos, y tiene como finalidad dirigir la actuación de la gente a través de la amenaza de una sanción. La Economía estudia la forma de predecir la actuación de la gente, tomando en cuenta los incentivos que tienen para obrar y tratando de explicar las causas y efectos en el proceso de asignar los recursos escasos para satisfacer sus necesidades. Por eso es por lo que la relación entre las dos disciplinas parece inevitable: mientras el Derecho regula la conducta humana, la Economía estudia la manera de predecir la conducta humana.

La relación entre el Derecho y la Economía ha llevado a la creación de una rama particular de estudio que, en inglés, es llamada *Law and Economics* y que se acostumbra a traducir como Análisis Económico del Derecho. Esta rama de estudio nació en los Estados Unidos y ha sido tomada muy en serio en ese país y en los países de Europa Occidental, Israel, Australia y Nueva Zelanda. De hecho, en esos países, los alumnos de Derecho estudian Economía y existen cátedras exclusivamente dedicadas al Análisis Económico del Derecho. Los profesores universitarios publican trabajos en los que utilizan métodos económicos para explicar fenómenos jurídicos o sugerir cambios en la legislación; los legisladores utilizan argumentos económicos para debatir la conveniencia de la aprobación de nuevos proyectos de leyes; e, incluso

los jueces, a la hora de dictar sentencias y resolver controversias, invocan argumentos económicos y doctrinas desarrollados por el Análisis Económico del Derecho.

El Análisis Económico del Derecho consiste en el uso de las herramientas que la Economía ha desarrollado para explicar o predecir el impacto que una norma legal tiene o va a tener en el comportamiento de los individuos, de las empresas y de los gobiernos. La lógica es, hasta cierto punto, simple. La Economía ha desarrollado una serie de herramientas -algunas matemáticas, otras gráficas y otras conceptuales- para determinar relaciones de causa y efecto en las conductas de los humanos. Estas herramientas se basan en ciertas premisas y pueden ser demostradas a través de experimentos empíricos. La idea del Análisis Económico del Derecho es utilizar esas herramientas para describir el impacto de una norma jurídica en la conducta de las personas a las que se le aplica. Así, por ejemplo, el Análisis Económico del Derecho estudia si va a haber más o menos accidentes en la carretera si se aprueba una ley que aumente la pena por el cometimiento de infracciones de tránsito; o si la regla que permite al acreedor de una obligación contractual que ha sido incumplida exigir la ejecución forzosa del contrato -y no sólo la resolución más la indemnización- va a hacer que hayan menos o más contratos; o si va a haber más o menos contaminación del medio ambiente con una regla de responsabilidad por culpa que con una regla de responsabilidad estricta. Y, lo más interesante de todo es que el Análisis Económico del Derecho, utilizando los métodos empíricos de la Economía, puede demostrar sus hipótesis y hacer experimentos para comprobar sus teorías.

En este artículo nos hemos propuesto resumir la importancia de incluir el Análisis Económico del Derecho en nuestra cultura jurídica. Este artículo se divide en cuatro partes. En la primera vamos a hablar de la evolución del Análisis Económico del Derecho. En la segunda, de los postulados más básicos de la Economía. En la tercera, del concepto del Análisis Económico del Derecho y de algunas de sus aplicaciones prácticas. Y, en la cuarta, nos referiremos a las críticas que ha recibido el Análisis Económico del Derecho.

Evolución del análisis económico del derecho

Casi todos están de acuerdo en situar la fecha de nacimiento del Análisis Económico del Derecho a principios de la década de los sesenta y, más específicamente, en la publicación del artículo académico de Ronald Coase titulado El Problema del Costo Social, en 1960. Pero el Análisis Económico del Derecho no es, como la diosa Afrodita, algo

que apareció de la espuma y de un momento para otro. Por el contrario, el Análisis Económico del Derecho es el resultado de un largo proceso que tiene su origen en dos fenómenos que le preceden.

El primero es la obra de ciertos filósofos políticos que utilizaron el sentido común y la experiencia para tratar de explicar las consecuencias que, en la actuación de las personas, iban a tener ciertas leyes. La idea de estos filósofos era tratar de predecir de qué forma una persona iba a alterar su conducta ante la presencia de una regulación legal.

Hay dos trabajos que destacan. El primero es el libro De los Delitos y las Penas, del italiano Cesare Becaria, publicado en 1764. En este libro, que fue especialmente influyente en la codificación del derecho penal europeo de los años de la Ilustración, Becaria hizo un análisis sobre los efectos que una ley que estableciera la pena de muerte iba a tener en el cometimiento de nuevos delitos. Becaria, utilizando su intuición y ciertos argumentos de sentido común, llegó a la conclusión de que la pena de muerte no servía ni para disuadir a futuros criminales ni para disminuir las tasas de criminalidad. El segundo trabajo es el libro del filósofo inglés Jeremy Bentham titulado Introducción a los Principios de la Moral y la Legislación, que fue publicado en 1780. En este libro, Bentham expuso razones para aprobar ciertas leyes basándose en su posible cumplimiento. Bentham sostuvo que las personas hacen un análisis de costo y beneficio antes de cumplir una ley, y que los legisladores tenían que tomar en cuenta ese análisis. En su libro, Bentham escribió que "todos los hombres calculan, algunos con menor exactitud y otros con mayor exactitud: pero todos los hombres calculan."[1]

En su nivel más básico, la idea de estos pensadores, en donde puede encontrarse cierto origen del Análisis Económico del Derecho, es que las leyes no son algo que se aplica en balde, sino que se aplican a seres humanos de carne y hueso que tienen incentivos para cumplirlas o desacatarlas. La Economía no había sido inventada como ciencia social en los tiempos de Becaria y de Bentham, pero estos filósofos entienden que la conducta humana puede entenderse como una relación de causa y efecto, en donde los incentivos juegan un rol fundamental. El Derecho estaba siendo entendido como una institución que regula la conducta humana, pero que sus reglas eran mejores o peores dependiendo de qué tan bien eran entendidas las motivaciones de la conducta humana que iba a regular.

---

[1] Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1780.

El otro antecedente del Análisis Económico del Derecho puede encontrarse en ciertas ramas del Derecho en donde, necesariamente, se produce una interacción con la Economía. El mejor ejemplo de eso es el Derecho de Competencia. A finales del siglo XIX, emergió en los Estados Unidos una legislación federal destinada a evitar los abusos de la posición de dominio y los acuerdos en los que las grandes compañías restringían el acceso a los mercados de nuevos oferentes. Un punto clave en esta regulación era el concepto de monopolio. Para poder aplicar estas leyes era necesario determinar si una compañía estaba en situación de monopolio, oligopolio o si se trataba de un mercado competitivo. Y es precisamente aquí en donde entra la Economía. Uno de los objetos tradicionales del estudio de la Economía es, precisamente, el monopolio: cuándo se produce, por qué existe, en qué situación produce ineficiencias. Así, para aplicar las leyes propias del Derecho de Competencia había que acudir a conceptos económicos. Algo parecido ocurría en el Derecho Financiero. La regulación de los mercados de valores o de las transacciones bursátiles supone acudir a conceptos propios de la Economía como el valor del dinero en el tiempo o los métodos para la valoración de activos. Así, en disciplinas jurídicas como el Derecho de Competencia y el Derecho Financiero, que anteceden a los primeros trabajos del Análisis Económico del Derecho, encontramos una interacción entre la regulación jurídica y los conceptos económicos.

Pero no es al uso de la intuición y del sentido común para predecir las consecuencias que una ley va a tener en la actuación de las personas, ni a la aplicación de conceptos económicos a áreas particulares del Derecho, a los que nos referimos cuando hablamos de Análisis Económico del Derecho. El Análisis Económico del Derecho, y lo nuevo y controversial que implica, consiste en utilizar la teoría microeconómica y los métodos empíricos desarrollados por la Economía para explicar y proponer cambios a la regulación de las instituciones más fundamentales del Derecho: la propiedad y los derechos reales, los contratos y su forma de ejecución, la responsabilidad por delitos y cuasidelitos civiles, la regulación de los procesos judiciales e, incluso, la forma en que la Constitución establece derechos individuales y organiza a la función pública.

Este "nuevo" Análisis Económico del Derecho tiene su origen en los años sesenta en los Estados Unidos y, más concretamente, en los trabajos de Ronald Coase, Guido Calabresi, Gary Becker y Richard Posner. A partir de los trabajos de estos cuatro académicos, el Análisis Económico del Derecho se ha tomado las universidades y la práctica del Derecho en los países del primer mundo.

Algunos postulados de la economía

Típicamente, la Economía se suele dividir en Macroeconomía y Microeconomía. La Macroeconomía es la parte que estudia la economía global del país. Su objeto de estudio son los indicadores generales tales como la tasa de inflación, el producto interno bruto y el índice de desempleo de un país. La Microeconomía, por su parte, estudia las relaciones entre los agentes económicos, que son los individuos, las empresas y los gobiernos, y la forma en que adoptan sus decisiones para asignar los recursos escasos a sus necesidades. El Análisis Económico del Derecho se construye, básicamente, valiéndose de los postulados de la Microeconomía. Como la Microeconomía ofrece una teoría general sobre cómo los individuos toman sus decisiones y cómo el Derecho busca regular esas decisiones, es natural que la interacción se produzca con la Microeconomía.

Además, también hay otra clasificación de la Economía que resulta relevante para efectos del Análisis Económico del Derecho. Es la diferencia entre Economía Positiva y Economía Normativa. La Economía Positiva describe la forma en que se producen las interacciones de los agentes económicos. En otras palabras, se refiere *a lo que es*. La Economía Normativa estudia los cambios que deben hacerse para conseguir objetivos económicos como el empleo o la reducción de la inflación. En otras palabras, estudia *lo que debe ser*. Son dos cosas distintas, aunque ciertamente interrelacionadas porque las conclusiones de la Economía Positiva, de lo que describe lo que es, son relevantes para los problemas que se plantean en la Economía Normativa, lo que aboga por lo que debe ser; pues, para saber qué es lo que puede hacerse y proponer cambios, es necesario entender la situación y cuáles son los problemas que se quieren corregir. Tanto la Economía Positiva como la Economía Normativa sirven en el Análisis Económico del Derecho, pues en ciertas ocasiones se quiere explicar el impacto que una ley tiene para entenderlo, y en otras se especula sobre qué impacto va a tener la ley, con el fin de hacer reformas.

El objetivo de la Microeconomía es desarrollar teorías sobre el comportamiento de los individuos, las empresas y los gobiernos, que puedan ser demostradas utilizando métodos empíricos. La Microeconomía se vale de modelos para explicar el comportamiento. El modelo más famoso y utilizado es el de la oferta y la demanda. Hay tres conceptos fundamentales que sirven para construir este modelo: la racionalidad, el equilibrio y la eficacia.

En términos económicos, la racionalidad se refiere a la presunción de que los agentes económicos orientan sus acciones hacia el fin de

procurarse una mayor utilidad a sí mismos. En este contexto, la utilidad se equipara a la satisfacción o a la felicidad personal, y es absolutamente subjetivo, en el sentido de que depende de las preferencias personales de cada persona. La idea es que los individuos, las empresas y los gobiernos actúan como si, antes de realizar una acción, hicieran un análisis de costo y beneficio: si los beneficios de realizar la acción superan los costos, entonces la acción se lleva a cabo; pero si los costos de realizar la acción superan los beneficios, entonces la acción no se lleva a cabo. Así, por ejemplo, se presume que se si una persona ha decidido comprar un libro en, digamos, USD 20, es porque, para él, el beneficio de leer el libro o de tenerlo adornando las repisas de su biblioteca, es superior a los USD 20 que paga, pues, en caso contrario, no los pagaría. Un punto importante es que se reconoce que no es cierto que, en cada ocasión y en cada momento, las personas hagan un cálculo de los posibles costos y beneficios de cada una de sus acciones. Lo que se asume es que actúan "como si" así lo hicieran, pues, se sostiene, en la práctica ocurre que, aún sin saberlo, la mayoría de las veces las personas sólo emprenden una acción cuando sus beneficios superan sus costos.

El equilibrio se refiere a la situación que se produce como consecuencia de la interacción de los agentes económicos. Se llama equilibrio a la forma de interacción entre agentes económicos que persiste en el tiempo a menos que una fuerza externa lo modifique. Se trata de una situación de balance. El punto es que las relaciones entre agentes económicos racionales tienden al equilibrio. Si cada agente actúa racionalmente, esto es, en busca de maximizar su utilidad, las relaciones entre los individuos van a llegar un punto de equilibrio o balance.

La eficiencia es un concepto que admite varios significados. El concepto de eficiencia que es más comúnmente usado por los economistas es el de eficiencia de Pareto, así llamado por haber sido descrito por el economista italiano Wilfrido Pareto. Según este concepto de eficiencia, una situación es eficiente si es imposible alterar la situación para que una persona mejore sin empeorar a otra persona. Así, por ejemplo, podemos suponer que tenemos un universo de diez personas hambrientas y que tenemos como único recurso diez pedazos de pizza. Si cada persona tiene un pedazo de pizza nos encontramos ante una situación de eficiencia de Pareto: no hay forma de mejorar la situación de una persona -darle un pedazo más de pizza, por ejemplo- sin empeorar la situación de otra persona -quitarle el pedazo de pizza para dárselo a otro-.

Los conceptos de racionalidad, equilibrio y eficiencia son fundamentales para explicar el comportamiento de los agentes económicos en el mercado, que no es otra cosa que la interacción coordinada de muchos agentes económicos. Estos conceptos sirven para explicar el

modelo de la oferta y la demanda. Este modelo establece que, a una mayor oferta de un producto o servicio, el precio del producto o servicio disminuye y, a la vez, que a una mayor demanda el precio sube y a una menor demanda el precio baja. Si muchas personas venden pizzas, el precio de las pizzas bajas. Y si muchas personas compran pizzas, el precio de las pizzas sube. Al final, el precio de la pizza va a llegar a un punto de equilibrio que, además, es lo más eficiente porque habrá la suficiente cantidad de oferentes y de demandantes para que los recursos estén asignados a su mejor uso. Así, si el mercado funciona libremente, la regla es que se alcanzará un punto de equilibrio.

Con todo, los economistas han encontrado cuatro impedimentos para que los mercados operen libremente y se consiga el punto de equilibrio. Esos impedimentos se llaman "fallas de mercado" y son la existencia de monopolios, las externalidades, los bienes públicos y las asimetrías de información. Los monopolios se producen cuando un agente económico puede obrar independientemente de sus competidores y de sus clientes. Esto ocurrirá cuando alguien se encuentre en un negocio para el cual existan barreras de entradas de sus competidores. Los monopolios impiden que se llegue a una situación de eficiencia porque la falta de competitividad hace que el monopolista pueda determinar el precio sin tomar en cuenta a los demandantes. Las externalidades se presentan cuando los beneficios o los costos de un intercambio afectan a individuos distintos de aquellos que participaron explícitamente en él. Las externalidades pueden provocar ineficiencias porque hay quienes sufren costos que no generan y hay quienes generan costos que no asumen, lo que supone que se produzca en exceso un bien o servicio. La presencia de bienes públicos se refiere a aquellos bienes que no tienen consumo rival y cuyo uso es de imposible exclusión. El ejemplo típico es la tierra que no tiene dueño. El problema con los bienes de uso público es que la gente tiende a usarlos más de lo eficiente porque no asume el costo de su uso. Y, la cuarta fuente de la falla del mercado es un desbalance de la información entre las partes de un intercambio, tan severo, que impide el intercambio.

Para resumir: la Economía se divide en Macroeconomía, que estudia la situación global de un país, y Microeconomía, que estudia las decisiones de los agentes económicos. El Análisis Económico del Derecho está interesado, especialmente, en la Microeconomía. Este estudio que la Microeconomía hace de las decisiones puede ser descriptivo o normativo, y al Análisis Económico del Derecho le interesan los dos. La Microeconomía propone que, por regla general, las personas actúan racionalmente y que, si se las deja interactuar libremente, alcanzan un punto de equilibrio en donde los recursos estén distribuidos

de forma eficiente. Pero esta regla general admite excepciones: hay casos, conocidos como "fallas del mercado", en los que las interacciones libres no producen resultados eficientes. Estos casos se producen en presencia de monopolios, externalidades, bienes públicos y asimetrías de información.

Algunos postulados del Análisis Económico del Derecho

El Análisis Económico del Derecho es una metodología que consiste en aplicar los postulados de la Microeconomía para determinar los efectos y la conveniencia de las normas jurídicas. El objeto de estudio es el Derecho, en el sentido de que busca explicar y predecir las consecuencias de normas legalmente obligatorias. Pero lo que lo caracteriza es el método, la aplicación de las herramientas elaboradas por la economía para predecir la conducta humana.

El Análisis Económico del Derecho se asienta sobre la premisa de que las personas que forman parte del sistema legal actúan racionalmente, que son "maximizadores" de utilidad. La idea es que, antes de cumplir o desacatar una norma, las personas van a hacer -o van a actuar como si de hecho hicieron- un análisis de costo y beneficio del cumplimiento de la ley. Si los beneficios de cumplir la ley superan a los costos, o si los costos de incumplir la ley son más altos que los beneficios de incumplir, entonces la ley se cumple. En caso contrario, se incumple.

Richard Posner resumió algunos de los hallazgos más relevantes del Análisis Económico del Derecho. En primer lugar, Posner se refiere a la comprobación empírica de que los participantes del proceso legal, de hecho, actúan como agentes económicos racionales que maximizan la utilidad personal. Según Posner, se ha demostrado que un incremento en la expectativa de los costos de castigos por crimen -a través de un incremento en la severidad de la pena o en un incremento en la probabilidad de que la pena sea impuesta- reduce la cantidad de crímenes.[2] En segundo lugar, el Análisis Económico del Derecho demuestra que, sea por diseño o por accidente, el sistema legal del *Common Law* ha sido fuertemente influenciado por una preocupación por promover la eficiencia económica y que muchas de sus reglas, como por ejemplo el preferir una regla de negligencia a una regla de responsabilidad estricta en materia de *Torts*, pueden ser explicadas como una forma de obtener la eficiencia de Pareto. En tercer lugar, que el Análisis Económico

[2] Citando un estudio de Tullock, Richard A. Posner, Economic Approach to Law, 53 Tex. L. Rev. 757 (1975).

del Derecho es indispensable para diseñar reformas al sistema legal. Posner admite un grado de contradicción entre los puntos dos y tres (al final, si el *Common Law* es eficiente ¿para qué reformarlo?), pero se concentra en aquellas leyes que regulan nuevos aspectos de la vida humana o en aquellos puntos en donde hubo una desviación del principio de eficiencia. Finalmente, Posner se refiere a la importancia que el Análisis Económico del Derecha da a los métodos cuantitativos para el estudio del Derecho. La idea es que todos podemos tener opiniones sobre cómo debería ser una ley o de qué forma podría reformarse, pero el uso de métodos cuantitativos nos ayuda a demostrar la conveniencia de una ley en base a resultados y datos.

Pero, sin duda alguna, el postulado más influyente del Análisis Económico del Derecho es el Teorema de Coase.

Ronald Coase escribió un artículo titulado *The Cost of the Firm* en los años treinta. En ese artículo, Coase explicaba que las compañías son posibles porque, en ciertos escenarios, resulta más barato utilizar un sistema centralizado de mando que acudir a contratos independientes en el mercado. A veces es más barato tener una compañía que construya máquinas, en donde un jefe asigne tareas a los empleados con cierta flexibilidad, a tener que contratar independientemente a cada persona cuyo trabajo va a contribuir en la fabricación de las máquinas. En el fondo, Coase estaba proponiendo que utilizar el mercado tiene un precio, y que los agentes económicos valoraban ese precio antes de utilizar el mercado. El artículo fue especialmente influyente porque, a un nivel más general, demostraba que el sistema económico centralizado de los países comunistas estaba destinado al fracaso porque no era posible que alguien tenga tanta información para dirigir una compañía omnipresente -que era el caso del Estado comunista.

Pero no fue hasta su artículo *The Problem of Social Cost*, publicado en 1960, que Coase desarrolló totalmente su idea de que utilizar el mercado cuesta. Y es en este artículo académico, precisamente, en que aparece elaborado lo que luego se conocería como el Teorema de Coase. Este Teorema no sólo es relevante porque sirve para entender la estructura de relaciones económicas, sino, principalmente, porque sirve para entender la estructura del sistema jurídico. La formulación ha sido divida en dos partes. En una primera parte, el Teorema de Coase consiste en que si los costos de utilizar el mercado (Coase y la literatura que le sucedió los llaman "costos de transacción") son cero, entonces la regla legal que asigne derechos no es relevante, porque las partes van a llegar a un acuerdo que sea eficiente. Pensemos en un dentista que hace bulla en su consultorio y su vecino no puede trabajar en paz. Si las dos partes pueden sentarse a negociar sin ningún

costo, el Teorema de Coase sostiene que no importa si el dentista tiene o no derecho a hacer bulla, pues las partes van a llegar a un acuerdo eficiente: tal vez sea que el vecino le paga algo al dentista para que no haga ruido, tal vez sea que el dentista le pague al vecino para que se mude. El segundo postulado del Teorema de Coase -que viene a ser la misma idea, pero dicha de otra forma- es que, si los costos de transacción son altos, entonces sí importa la regla legal que asigne derechos. Así, por ejemplo, si hay una fábrica que contamina a un vecindario, pero resulta muy costoso que los vecinos se pongan de acuerdo para ir a negociar con el dueño de la fábrica, entonces sí resulta importante que exista una regla que, por ejemplo, obligue a la fábrica a no contaminar o, por el contrario, prohíba a los vecinos habitar en ese lugar.

Las implicaciones del Teorema de Coase son infinitas en el mundo jurídico. Alfredo Bullard, un autor peruano que ha escrito en el campo del Análisis Económico del Derecho, llega a sostener que la *summa divisio* del Derecho Civil de las Obligaciones entre las obligaciones contractuales y las extracontractuales se explica con el Teorema de Coase: "El Derecho contractual se aplica a casos en los que, típicamente, los costos de transacción son lo suficientemente bajos como para permitir a los individuos llegar a la solución más eficiente. Por el contrario, la llamada responsabilidad civil extracontractual se refiere, normalmente, a los accidentes, situaciones en las que los costos de transacción, principalmente los costos de información hacen inviable la solución de mercado."[3]

En definitiva, el Análisis Económico del Derecho es todo un campo de estudio que, si bien es relativamente reciente, pues tiene un origen en la década de los sesenta del siglo pasado, ha tenido varios desarrollos. Así, el Análisis Económico del Derecho ha sido utilizado para describir que, para cumplir las reglas de ciertas instituciones jurídicas básicas, las personas actúan como si hicieren un análisis de costo y beneficio; que el *Common Law* promueve la eficiencia; que puede utilizarse en la reforma de las leyes; y que brinda métodos cuantitativos para determinar los efectos de las leyes en las conductas de las personas. Además, en cuanto a los postulados del Análisis Económico del Derecho, especialmente influyente ha sido el Teorema de Coase.

[3] Alfredo Bullard, Derecho y Economía, El análisis económico de las instituciones legales, Lima, 2006, p. 109.

Críticas al Análisis Económico del Derecho

El Análisis Económico del Derecho ha recibido varias críticas. Tiene, sin duda, muchos enemigos. Vamos a tratar de resumir y contestar a tres de esas críticas, que nos parecen las más frecuentes.

La primera crítica al Análisis Económico del Derecho se dirige, más bien, a la propia Economía. La idea aquí es que la Economía es imperfecta porque utiliza modelos que son abstractos y se basa en la premisa de que las personas son racionales cuando, en la práctica, no lo son. Se sostiene que como la Economía no es una ciencia exacta que, de forma absoluta, puede predecir causas y efectos, y como existen muchos casos de personas que no obran racionalmente, entonces la Economía debe descartarse de plano.

Por supuesto esto parece un poco radical. En primer lugar, la Economía hace lo que la mayoría de las ciencias hacen. Trata de explicar el mundo en base a abstracciones. En la física, por ejemplo, tenemos la ley de la gravedad. Para formular la ley, Newton partió de la idea de que un cuerpo cae al vacío. Se trata de un escenario abstracto porque no hay un vacío absoluto en donde los cuerpos caigan sin parar. Pero el punto es que la abstracción sirve para explicar la realidad. Algo parecido hace la Economía con modelos como los de la oferta y la demanda o con conceptos como los de la eficiencia de Pareto. En segundo lugar, si bien es cierto que en muchas instancias existen personas obrando de forma irracional -una rama de la Economía llamada *Behavioral Economics* o Economía del Comportamiento sostiene que, como consecuencia de nuestro pasado evolutivo, mucha de esa irracionalidad es persistente y sistemática-, la Economía prueba, con métodos empíricos, que en muchas instancias los datos demuestran que las personas operan como si fueran racionales.

La segunda crítica se refiere al trasfondo político del Análisis Económico del Derecho. Aquí se sostiene que se trata de un método que busca impulsar la economía de mercado y que es un invento del *Common Law* que no tiene cabida en los países que, como Ecuador, pertenecen a la tradición de Derecho Civil.

Pero esto es simplemente infundado. En primer lugar, porque como lo reconoce la propia teoría de la Microeconomía, el mercado tiene fallas y hay un importante espacio para discutir sobre la intervención estatal para combatir esas fallas. Enseguida porque, como lo demuestra el hecho de que haya teóricos del Análisis Económico del Derecho con inclinaciones políticas de izquierda como Guido Calabresi, el Análisis Económico del Derecho no pertenece a ninguna corriente política, de la misma manera que la Economía no pertenece a ninguna corrien-

te política. Y finalmente, del hecho de que el Análisis Económico del Derecho haya surgido en Estados Unidos, que tiene un sistema de *Common Law*, no se sigue que el método sólo pueda aplicarse en ese contexto. No hay nada en la lógica del método del Análisis Económico del Derecho que impida a su aplicación al estudio de normas jurídicas de los países que siguen la tradición de Derecho Civil.

La tercera gran crítica al Análisis Económico del Derecho se refiere al concepto de justicia. El punto es que, según sostienen algunos, el Derecho y la Economía buscan dos cosas totalmente distintas. Mientras el Derecho está preocupado en alcanzar la justicia, la Economía está obsesionada con la eficiencia. Dado que existen situaciones en que la justicia entra en contradicción con la eficiencia, sigue esta crítica, entonces debe descartarse la Economía como método de estudio de Derecho.

Realmente se trata de una crítica importante y que cuenta con un considerable poder retórico y persuasivo. Para empezar, mientras la palabra justicia siempre suena bien, la palabra eficiencia parece referirse a una cuestión propia de la ingeniería mecánica que nada tiene que ver con las relaciones intrapersonales. Con todo, saltando el bache retórico, para contestar a esta crítica, lo primero que hay que hacer es tratar de entender a qué se refiere cuando dice "justicia". Como saben los filósofos, la justicia no es un concepto fácil. Desde Aristóteles se distingue entre la justicia entre iguales, que es la justicia contributiva, y la justicia entre el todo y la parte, que es la justicia distributiva. Desde el punto de vista de la justicia entre las partes, la búsqueda de la eficiencia puede presentar un problema pues no es del todo intuitivo que algo eficiente sea justo en la relación entre iguales. Así, por ejemplo, no es del todo intuitivo que la terminación del contrato de compraventa en que se paga una indemnización sea justa sólo porque permite al vendedor celebrar otro contrato con un tercero que valora más los bienes vendidos. Pero, si de lo que se habla es justicia distributiva, entonces la economía si tiene mucho que decir, porque la correcta asignación de recursos es una forma de justicia. Puesto en otras palabras, una sociedad en la que se desperdician los recursos porque las leyes no los asignan a sus usos más eficientes, es una sociedad injusta.

En conclusión, si bien hay ciertas críticas frívolas hacia el Análisis Económico del Derecho, hay otras, como la necesidad de incluir el objetivo de alcanzar justicia entre las partes como un objetivo propio del Derecho, que deben ser muy tomadas en cuenta.

Las paradojas de la constitución ecuatoriana del 2008

Fabián Corral Burbano de Lara

Nacido en Riobamba, Ecuador. Licenciado en Ciencias Políticas, Abogado, Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito). Profesor de Derecho Tributario en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesor de Teoría de la Norma Jurídica, Conceptos Fundamentales del Derecho, Sociología, Teoría del Estado, Derecho Constitucional, Decano Fundador del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Decano Emérito. Profesor invitado de la Universidad de las Américas UDLA. Quito). Académico de Número de la Academia Ecuatoriana de la Lengua, Subdirector. Académico Correspondiente de la Real Academia Española de la Lengua. Colaborador en la redacción del Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (Real Academia Española, Cumbre Judicial Iberoamericana y Consejo General del Poder Judicial de España, 2017).

Las constituciones son, al mismo tiempo, estatutos jurídicos que determinan todo el ordenamiento inferior, e instrumentos políticos. Son sistemas normativos de los que nacen las facultades públicas, y a la par, estructuras que limitan sus atribuciones y establecen responsabilidades. Una de sus notas distintivas es que tratan de conciliar, no siempre con fortuna ciertamente, el poder con la legalidad, las facultades de la autoridad con los derechos de las personas, las libertades con la seguridad y las restricciones que ella impone. Pero el tema más arduo, ciertamente, es aquel que alude a la función de la Constitución frente a los valores de la sociedad, bajo la idea de que ni siquiera la Carta Política puede contrariar frontalmente las nociones de justicia, equidad, libertad a igualdad, que son anteriores al Estado y superiores a toda tarea legislativa, incluso a la de las asambleas constituyentes.

En la perspectiva de estas ideas, es preciso hacer algunas reflexiones sobre la índole política y jurídica de la Constitución del Ecuador, aprobada por referéndum el 28 de septiembre y promulgada el 20 de octubre del 2008, destacando los contrastes de sus normas y las paradojas que surgieron de los actos políticos que dieron lugar a la Asamblea Constituyente y aquellos que ella misma expidió.

La paradoja fundacional de la asamblea nacional constituyente

El Estado nace jurídicamente cuando se expide la primera Constitución, de allí el concepto de "Asamblea Constituyente" que, según la teoría constitucional y la doctrina contractualista sobre la legitimidad

de la organización política, es el escenario en donde se da el pacto originario, germinal, de un nuevo poder soberano e independiente, limitado y responsable, que adquiere estructura, atributos y personalidad en virtud de la manifestación de voluntad de la población, o de sus legítimos delegados, de organizarse políticamente para proteger sus derechos, preservar sus libertades y crear las condiciones necesarias para alcanzar la plenitud personal.

El supuesto y la circunstancia en los cuales puede conformarse y actuar una Asamblea originaria es la ausencia anterior de estructura política o de legalidad, ya sea por la inexistencia del Estado como poder legítimo y legal, o por la ruptura de su ordenamiento. Son asambleas constituyentes propiamente dichas aquellas que fundan el Estado, o las que restauran las condiciones jurídicas que efectivamente desaparecieron por un hecho político incuestionable: la dictadura o la guerra civil, por ejemplo. La precondición, por tanto, para que la Asamblea tenga la calidad de constituyente, es la desaparición de hecho de las reglas jurídicas que estructuran el Estado, y la suplantación de la voluntad general con actos dictatoriales.

Acudir al pueblo en consulta para que se exprese sobre una reforma, o acerca de la sustitución de una Constitución, cuando ya existe un ordenamiento jurídico basado en sus anteriores expresiones de voluntad política, en rigor, no constituye una apelación al poder originario. En esas circunstancias, el plebiscito es un mecanismo excepcional, previsto por el ordenamiento constitucional vigente en un país, que consiste en proponer a la población una opción jurídico-política para reformar o sustituir las reglas existentes. En tal caso, la Función Legislativa, depositaria institucional del poder de reforma, entra en receso y es reemplazada, directamente por el pueblo o por una entidad transitoria-la Asamblea Constituyente- encargada de formular el proyecto de reforma constitucional. Ya sea que se trate de hacer enmiendas puntuales a la Constitución, más o menos numerosas, o de su sustitución integral, la actividad en ese caso, es de reforma, no de constitución o de estructuración originaria de las reglas del Estado.

La noción de Asamblea Constituyente, entendida como órgano de fundación, es un término impropio e inconsistente, porque existiendo el Estado como entidad jurídica, nadie puede volver a constituirlo, es decir, a conformarlo. Se trata, en realidad, de una Asamblea Constitucional cuya naturaleza jurídica es la de un congreso o parlamento extraordinario, nacido de elecciones directas, que tiene el encargo concreto de reformar la Constitución parcial o integralmente. Sus facultades legislativas devienen no del poder fundacional del pueblo, como el discurso predominante viene sosteniendo. Al contrario, se trata de

una expresión del poder de reforma que, cuando funcionan normalmente las instituciones, radica en el Congreso Nacional, pero que, por la vía del referéndum, puede hacerse directamente por el pueblo.

La Constitución Política de 1998, en el Art. 104, nº 2 , en concordancia con el 283, contempló la posibilidad de acudir al referéndum reformatorio de la Constitución. Y fue en ejercicio de esa facultad legal que el presidente de la República convocó a la población para conformar la Asamblea Constituyente. Este hecho, contenido en los Acuerdos Presidenciales Nº 2 y 54,[4] ratifica que no se trató, en rigor jurídico, de una Asamblea fundacional, sino de un mecanismo político, nacido del poder de reforma instituido ya en la Carta vigente entonces, que tenía como objetivo la estructuración de la Asamblea. En consecuencia, todo aquello fue una derivación secundaria del ordenamiento vigente cuando se hizo la convocatoria a referéndum, cuando se lo votó y durante el desarrollo de la Asamblea Constituyente.

La consulta popular, cuyos fundamentos jurídicos son los Arts. 104, nº 1 y 283 de la Constitución de 1998, que permitieron la convocatoria y el posterior referéndum del que nació la Asamblea, contrastan con la tesis fundacional, originaria y primigenia que animó el discurso político inspirador de los actos que produjeron los referéndum del 15 de abril del 2007 y del 28 de septiembre del 2008.

El Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea, que fue votado el 15 de abril del 2007, contiene la primera paradoja de las varias que caracterizan a los antecedentes de la Constitución del 2008 y a la Constitución misma: ese Estatuto es un producto del ejercicio de potestades públicas del presidente de la República y de actos electorales de los ciudadanos basados en el ordenamiento constitucional que se repudió y criticó en forma insistente. La Carta Política que inaugura el pretendido socialismo del Siglo XXI es, quiérase o no, resultado de la aplicación de normas e instituciones previstas en la Constitución de 1998. La Constitución del 2008 fue posible gracias a las previsiones y potestades democráticas y representativas contenidas en la Constitución burguesa y neoliberal, como se ha calificado a la Carta de 1998.

La paradoja radica precisamente en la pretensión fundacional y originaria de la Asamblea Constituyente, y las evidencias históricas y antecedentes constitucionales que con claridad indican que el discurso político, en rigor, no responde a la realidad histórica, ni a una sólida base jurídica. Lo que sí es evidente es que la Asamblea se originó en actos po-

[4] R.O. nº 2 de 25 de enero 2007, y nº 12 de 31 de enero 2007.

líticos inspirados en las posibilidades previstas ya en la Constitución de 1998 y más que alusivos al presunto poder fundacional, son expresión del poder de reforma constitucional, contenido en las instituciones y en las reglas de un Estado fundado y operativo desde hace muchos años.

En un régimen democrático, y en un Estado de Derecho, el referéndum reformatorio se basa en la idea de que la población, que ha delegado en las instituciones políticas previstas en una Constitución –el Congreso Nacional- la facultad de modificar el ordenamiento jurídico, en situaciones especiales y por la vía de la consulta, puede avocar, o reclamar, para sí directamente la potestad de reforma, o transferirla a una Asamblea que debe hacer estrictamente lo que la ciudadanía disponga en el correspondiente mandato, resultado de expresión de la voluntad general.

Desde la perspectiva jurídica, las pretensiones fundacionales de las asambleas en países que ya responden a una estructura constitucional, se reduce evidentemente a una proclama política ciertamente antihistórica.

El discurso político dominante, y la propaganda que se convirtió en su expresión sustancial[5], apuntó a legitimar tanto la conformación de la Asamblea como sus actos legislativos, gubernativos y administrativos, apelando al concepto fundacional, bajo la idea de que aquello que hace el pueblo está bien hecho, que el pueblo no está sometido al ordenamiento jurídico político, y que ejerce potestades libres en calidad de titular del poder. Estas tesis no responden a la verdad, porque también el pueblo, inclusive como soberano político, está sometido a reglas, tiene límites morales, culturales y legales, expresados estos últimos en la Constitución. Admitir lo contrario significaría apostar a la democracia tumultuaria, volver al estado de naturaleza e inaugurar la arbitrariedad y la violación de los derechos al amparo del capricho siempre manipulado de la multitud. Nunca es admisible el linchamiento como lógica política.

Pero, además, la teoría fundacionista, como recurso que apeló a la búsqueda de legitimidad de los actos de la Asamblea, presenta otras complejidades insuperables. En efecto, la representación política tiene problemas y limitaciones sustanciales: se reduce, en la práctica, a un encargo nominal, formal y ciertamente teórico, porque los representantes se eligen en función de la imagen personal y de un discurso puramente electoral. No hay propuestas concretas sobre las que se vote; o ellas cambian una vez elegido el poder delegado o, lo que es más frecuente, el 'criterio' en función del cual se elige consiste en una tesis abierta, en

[5] Giovanni Sartori se ocupa de esta tema en sus libros Homo Videos y en La Video Política.

emotividad difusa, en una ilusión tan subjetiva que en ella cabe casi todo lo que el mandatario-asambleísta electo quiera interpretar.

Un problema complejo del sistema de representación política es la lealtad de los elegidos frente al criterio de la mayoría de los electores, lealtad que solo es posible si el mandatario o legislador electo fue extraordinariamente preciso en su propuesta. Eso es sumamente raro en una democracia dominada por los sondeos, que indican solo la ruta de lo que se debe seguir para ganar. Además, esa lealtad es imposible si las elecciones tienen sustento únicamente en percepciones difusas de la población. Pero, en uno y otro caso, la falta de concreción o la emotividad de los populismos permite que el margen de interpretación de los asambleístas, respecto del sentido y del contenido de la voluntad popular, sea tan amplio que, en la práctica, el mandato será vacío o puramente emotivo y por tanto carente de contenidos ideológicos concretos o de tesis específicas..

La vaciedad y la emotividad en el origen de un mandato nos enfrentan a otro hecho complejo: ¿hasta dónde opera la legitimidad del mandato político vacío o puramente afectivo frente a los asuntos concretos de la legislatura? ¿Admite tal legitimidad que el asambleísta, desde el poder, y ya sin ataduras frente al pueblo, sea quien descodifique o interprete a su arbitrio lo que él considera que es el encargo político? En esa descodificación entrará mucha subjetividad del mandatario-asambleísta, mucho sondeo, bastante ideología que usualmente no es explícita en la campaña, e incidirán los proyectos concretos, los planes específicos de ejercicio y de prolongación en el poder, que se construirán con la dirigencia ya desde las oficinas del poder.

Se trata, por tanto, de un problema esencial de los límites de la representación y de los contenidos de la 'interpretación' que de la voluntad del pueblo se haga. Se trata de responder a la siguiente pregunta: ¿es legítimo que el gobierno de una república o sus legisladores o asambleístas interpreten en forma discrecional y den contenido concreto a un mandato laxo o vacío que recibieron, y que lo hagan en función de los intereses del poder ya constituido, o en beneficio de una ideología por la cual la gente, en realidad, no votó?

El lenguaje político abunda ahora en aquello de la democracia participativa, entendida como el sistema en el cual el pueblo estaría en realidad participando directamente en la toma de decisiones políticas. De algún modo, el asambleísmo o la democracia plebiscitaria están en la línea de esa presunta democracia participativa. Pero, vistas las cosas desde la realidad, se concluye que la 'participación' desemboca inevitablemente en un sistema de 'representación'. La participación, en

el fondo, no elimina la delegación del ejercicio del poder. El más acentuado asambleísmo o la vocación plebiscitaria no eliminan, en modo alguno, el mandato político propio de la democracia representativa.

Ya sea que la 'participación' consista en asambleas populares que, en realidad, son foros de opinión dirigidos al poder, ya seaen presión directa y tumultuaria en base de la movilización, ya sea en la incidencia de los sondeos; el hecho es que las decisiones finalmente las toman quienes ostentan el mandato político e interpretan el sentido y los contenidos de la voluntad popular. Y esto es precisamente lo que ocurrió en la Asamblea Constituyente ecuatoriana, en donde la mayoría de asambleístas descifraron o inventaron, a su arbitrio y al arbitrio de su partido o grupo dominante, los deseos del pueblo, que nunca fueron más allá de un sentimiento primario de cansancio frente al viejo sistema de partidos políticos y de instituciones estatales ineficientes y corruptas. Pero jamás en temas relativos, por ejemplo al cambio del modelo económico, a la sustitución del antiguo concepto del bien común, por el novísimo *sumak kawsay*..

Sobre la capacidad de descifrar la voluntad popular de las agrupaciones políticas que, presuntamente, representan al pueblo, Norberto Bobbio escribió: "...son circunstancias en que quienes toman las decisiones no son, en última instancia, los representantes en su calidad de libres mandatarios de los electores, sino los partidos, en calidad de mandantes imperativos sobre los llamados representantes, a los que proporcionan "instrucciones", en el sentido peyorativo que esta palabra siempre ha tenido en boca de los que sostienen la representación política en contraposición a la representación de intereses".[6]

Sobre el mandato libre, en contraste con el mandato vinculado, el mismo autor considera: "La característica distintiva de ambos tipos de representación radica en que la primera se constituye mediante un mandato vinculado, y la segunda mediante mandato libre. Sin embargo, aquel que actúa por cuenta de otro sin estar ligado por la voluntad de este último, ¿puede ser llamado propiamente su representante?"[7].

En las sociedades de masas, la democracia real es un sistema en que el poder del voto está en la mayoría de los electores, generalmente emotivos y desinformados, y no en todo el pueblo. El poder 'constituido' proveniente de una mayoría de votantes suplanta y sustituye al

[6] Bobbio, Norberto, Teoría General de la Política, p. 507. Edith. Trotta. Madrid 2003

[7] Bobbio, op cit. P. 497.

poder popular, y se ejerce por una minoría de personas: los diputados o asambleístas, quienes conforman una mayoría parlamentaria, que se dedica a interpretar, según la ideología o proyecto del grupo parlamentario dominante, lo que ellos entienden por voluntad popular; y que expresan esa interpretación subjetiva del mandato en actos de poder, en sistemas normativos o en medidas administrativas.

La democracia real es, pues, algo bastante más modesto y terrestre que aquello del gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Es el gobierno de una minoría delegada por una mayoría circunstancial, minoría que ejerce el poder según sus propias visiones, conceptos o intereses. La pregunta esencial es ¿en qué difiere la democracia representativa y delegada de la oligarquía, si la sociedad de masas ha determinado que lo que en realidad existe como agente del poder es una oligarquía por representación, que se atribuye la potestad de interpretar las ideas, creencias, esperanzas y sentimientos de la población?

Los plenos poderes y la imperfecta potestad legislativa

Paradójico es también el tema de los plenos poderes asignados a la Asamblea Constituyente ecuatoriana, si se los compara con las verdaderas capacidades legislativas que se le atribuyeron en el referéndum del 15 de abril del 2007. En efecto, el Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente[8] establece en el artículo 1º que: "La Asamblea Constituyente es convocada por el pueblo ecuatoriano y está dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado, y para elaborar una nueva Constitución."

El concepto de plenitud de poderes en el Derecho Constitucional alude inequívocamente a la atribución de potestades legislativas "perfectas", es decir, que impliquen no solo la elaboración del proyecto de texto constitucional, sino la capacidad directa, política y legal de la Asamblea de poner en vigencia la nueva Constitución y todos los actos que impliquen la transformación del marco institucional del Estado. Sin embargo, la paradoja está en que, pese a la declaración de plenitud de poderes, el mismo Estatuto, en el Artículo 1º, dispuso que "La transformación del marco institucional del Estado y la nueva Constitución solo entrarán en vigencia con la aprobación en referéndum de la nueva Constitución."

[8] Decretos Ejecutivos de 25 y 31 de enero del 2007, y su codificación constante del Decreto Ejecutivo 148 de 27 de febrero del 2007

Lo anterior significa que las tareas encomendadas a la Asamblea quedaron sometidas a la condición imperativa y de Derecho Público de que las propuestas y los proyectos no entren en vigencia, y por tanto, no tengan efectos jurídicos plenos y vinculantes sino en virtud del posterior referéndum aprobatorio. La Asamblea Constituyente, por la modalidad diseñada en el Estatuto que se votó el 15 de abril del 2007, nunca tuvo plenitud de potestades legislativas. En realidad, estuvo facultada únicamente para elaborar un proyecto de reestructuración constitucional y un proyecto de Constitución. Este condicionamiento contrasta con la tesis de los plenos poderes absolutos, con cuyo argumento la Asamblea, sin tener potestades para hacerlo, puso en vigencia varias leyes y mandatos.

La Asamblea Constituyente, según lo que la mayoría de votantes dispuso en el referéndum del 15 de abril, quedó sometida –condicionada- a lo que la doctrina llama referéndum obligatorio[9] que tiene relación con el mandato vinculado del que habla Bobbio. Este tipo de referéndum es impuesto como condición para la validez y vigencia de las normas jurídicas que sean materia de la consulta a la población. "En otras palabras, el referéndum es obligatorio cuando la expresión afirmativa de los ciudadanos se ha previsto como condición necesaria para la promulgación de la ley".[10]

Por lo mismo, la expresión plenos poderes, que reiteradamente se ha empleando para legitimar y explicar las acciones de la Asamblea, resulta equívoca y manifiestamente inconsistente con la naturaleza condicional de todas las potestades de la Constituyente, ya que en el mandato popular que le dio origen no se hizo excepción alguna a la obligación de actuar *ad referéndum*; es decir, con sujeción a la aprobación o desaprobación proveniente del sufragio de la población.

El ejercicio de los plenos poderes en la expedición de norma legales, como la Ley de Equidad Tributaria, por ejemplo, no concuerda con el contenido del mandato del 15 de abril del 2007, ni con la naturaleza del encargo que recibió la Asamblea. El tema se torna aún más complejo si se considera, por otra parte, que la plenitud de poderes de la Asamblea se ejerció mientras estuvo vigente la Constitución de 1998, que solamente se derogó con la vigencia de la Constitución del año 2008.[11] Este hecho plantea una nueva paradoja: la conformación y actuación

[9] Borja Rodrigo, Enciclopedia de la Política, p. 821.

[10] Borja, Rodrigo, Ibíd.

[11] Promulgada en el Registro Oficial N 449, de 20 de octubre del 2008

del organismo legislativo exento de límites legales, no sometido a la Constitución vigente ni a la responsabilidad pública consiguiente que ostenta plenos poderes, concepto claramente reñido con los principios básicos del Estado de Derecho, como el de sujeción general y obligatoria a la Constitución y a la ley, como la limitación del poder por las normas, como la responsabilidad en el ejercicio de sus potestades.

Para ilustrar la paradoja, hay que advertir que la Asamblea, una vez conformada en virtud de las elecciones de 30 de septiembre del 2007, siempre con potestades condicionadas al referéndum posterior, sin embargo, expidió el Mandato N 1, por el cual interpretó el concepto de plenos poderes bajo una visión reñida con el Estado de Derecho, alejada de los límites y las condiciones esenciales del referéndum obligatorio de 15 de abril del 2007, y asumió, por decisión política, facultades que nunca le atribuyó la población que votó para estructurarla, contrariando así conceptos básicos de la democracia que entiende las facultades públicas y el concepto mismo de autoridad como poder autorizado por una norma preexistente[12]. En el caso que nos ocupa, esto se dio por decisión popular expresa, ya que se acudió al referéndum obligatorio como mecanismo jurídico-político para asignarle facultades a la Asamblea. "Un poder puede considerarse legítimo cuando quien lo detenta lo ejerce con justo título, y el poder es ejercido con justo título en la medida en quien lo ejerce esté autorizado por una norma o conjunto de normas generales ...La autorización transforma el poder desnudo en autoridad: la diferencia entre autoridad y poder puede resolverse con la distinción entre poder de derecho (y por tanto legítimo) y poder de hecho. Autoridad es el poder autorizado..."[13]

Ni las asambleas constituyentes, ni los congresos ni el presidente de la República, en el ejercicio de sus funciones, tienen derechos en sentido estricto, ni potestades para crearse atribuciones que no tengan fuente directa en la Constitución o en las leyes. Todos ellos necesitan justificar sus actos en la existencia de una norma vigente previa, o, en el caso de la Asamblea, en la sujeción estricta al mandato vinculante de orden público que recibió, porque ninguno de ellos tiene fines propios, sino los que constan en las normas o en los actos que son la fuente de su potestad.

En efecto, el Estado y sus funciones Ejecutiva, Legislativa o Judicial no son solo fuerza, ni aunque provenga de una mayoría. Tampoco

---

[12] Norberto Bobbio y algunos tratadistas españoles del Derecho Constitucional y Administrativo se ocupan de este tema.

[13] Bobbio Norberto, Teoría General de la Política, p. 256-257.

se reducen a puro poder o a lo que algunos llaman capacidad real de mando[14]. El Estado de Derecho impone que esas fuerzas, o esa capacidad real de mando, tengan sustento necesario en el Derecho.[15] En el caso de la Asamblea Nacional Constituyente, tampoco puede reducirse la legitimidad de sus potestades a la capacidad de acción o de decisión que provenga de una mayoría de votos, a cuyo amparo se interpreta o descifra discrecionalmente el mandado, y se lo dota de alcances o naturaleza distinta de la contenida en el referéndum.

En este tema, como en otros, es aplicable la vieja máxima de Cicerón: "La potestad está en el pueblo, la autoridad en el senado". Autoridad como facultad derivada de una autorización explícita, legal y política, se entiende. Si es así, la potestad no puede convertirse en absoluta, porque eso riñe con la noción de autoridad con facultades específicas, limitadas por las leyes o por los mandatos. Toda autoridad, incluso la constituyente, es relativa, condicionada a una tarea y, en el caso de la Asamblea ecuatoriana del 2007-2008, claramente condicionada tanto por el referéndum originario de su poder como por el referéndum aprobatorio posterior.

El artículo 2º del Mandato Constituyente Nº 1 contiene varios temas que deben ser considerados en este análisis. En primer lugar, la Asamblea se atribuyó la potestad de expedir mandatos constituyentes, leyes, acuerdos y resoluciones. En segundo lugar, estableció que sus decisiones son "jerárquicamente superiores a cualquier norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento...". Además, dispuso que ninguno de sus actos puede ser objeto de impugnación o control por parte de los poderes constituidos. Por último, ordenó la penalización de las autoridades, jueces y funcionarios "...que incurran o promuevan, por acción u omisión, el desacato o desconocimiento de las disposiciones de la Asamblea Constituyente."

El 11 de diciembre del 2007, la Asamblea dictó el Reglamento de Funcionamiento, cuyo artículo 1º dispone que la Asamblea dictará

---

[14] Carl Schmitt, por ejemplo.

[15] "El Estado como "autoridad"...es el Estado al que se exige una justificación ulterior, que no se encuentra ni se puede encontrar en la simple fuerza ni sólo en el ejercicio del poder. La exigencia de tal justificación es una exigencia permanente que ha proporcionado materia a las más profundas especulaciones, las cuales, a su vez, han influido grandemente sobre la noción y sobre la misma estructuración del Estado moderno." Passerin D'Entrèves, Alessandro. La Noción de Estado. Ariel Derecho. Madrid 2001. p. 25

mandatos constituyentes, leyes, resoluciones, etc. Esto como consecuencia de lo dispuesto por el Art. 7 del Mandato Constituyente Nº 1, por el cual reformó la Constitución de 1998, derogó las funciones del Congreso Nacional, y asumió potestades legislativas comunes distintas de la potestad de reforma constitucional específica que le confirió el referéndum de 15 de abril del 2007.

Tanto el Mandato Nº 1 como el Reglamento de Funcionamiento plantean varios problemas jurídicos y conceptuales. El primero consiste en la interpretación del concepto de plenos poderes en forma extensiva; es decir, desbordando las reglas impuestas a la Asamblea por el referéndum vinculante que le dio origen, cuyo Estatuto le otorgó poderes condicionados al referéndum aprobatorio y circunscritos claramente a los dos encargos que se le hicieron: elaborar un proyecto de constitución y un proyecto de reestructuración institucional.

El segundo radica en que la Asamblea se atribuyó potestades legislativas perfectas de las que, por su origen y naturaleza, carecía. En efecto, si la facultad de reforma constitucional que se le atribuyó por mandato popular no comprendió la capacidad de expedir directamente la Constitución, no podía la Asamblea asumir por sí misma las facultades de expedir leyes secundarias. "Quien no puede los más, no puede los menos" dice un aforismo jurídico.

Al asumir la Asamblea, por propia decisión, potestades no contenidas en el origen de su poder, reformó la Constitución de 1998, que teóricamente continuó vigente hasta el 19 de octubre del 2008. Pero la Asamblea no tenía facultades directas ni completas de reforma constitucional, sino un *sui géneris* encargo de formular apenas un proyecto constitucional sometido a referéndum. La Asamblea, en el Reglamento de funcionamiento y en el Mandato Nº 1, desconoció los límites de sus atribuciones y obró de hecho, basándose exclusivamente en la capacidad política de la mayoría de los asambleístas. Es decir, practicó de hecho el decisionismo, inventado y sustentado por Carl Schmitt, uno de los teóricos más notables de la filosofía autoritaria.

El tercer problema toca uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho, específicamente el de la impugnabilidad de los actos del Poder Público, ya sean legislativos, reglamentarios, administrativos o judiciales. La Asamblea decidió rodear sus decisiones e instrumentos de la imposibilidad jurídica de cuestionarlos, volviéndolos intangibles y supremos en el sentido hobbesiano[16] de la palabra.

[16] Thomas Hobbes, filósofo y jurista inglés a quien se atribuye la autoría moderna de los fundamentos del totalitarismo político

Esto no concuerda con la Constitución de 1998, vigente hasta el 19 de octubre del 2008, cuyos Arts. 196 y 276 establecían la posibilidad de impugnar todo acto del poder, ya sea por ilegalidad o por inconstitucionalidad. Una norma similar consta en la Constitución del 2008.

Este tema es de principal importancia, porque implica que la Asamblea interpretó en forma extensiva el mandato que legitimó su conformación, y confundió la noción de plenos poderes con la de potestades absolutas. Es decir, por la vía de la interpretación del mandato de 15 de abril del 2007, la Asamblea transformó en capacidad suprema e inobjetable, el encargo instrumental para hacer dos proyectos: el de constitución y el de reestructuración constitucional, limitados por la imposibilidad jurídica de expedir o poner en vigencia directamente las reformas que quedaron condicionados a los resultados del referéndum.

Exonerarse de limitaciones legales y rodearse de garantías que eliminan la responsabilidad política y legal significa obrar fuera del Estado de Derecho, tanto más si la Asamblea, por su simple decisión, dictaminó que sus decisiones "...son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico..."[17]. En esta declaración debe entenderse comprendida, por cierto, la Constitución Política, lo que significa que el Ecuador vivió en la época de operación de la Asamblea, una situación de extra legalidad, con normas jurídicas parcialmente vigentes, potestades ilimitadas del órgano legislativo *sui géneris* y alteración episódica del ordenamiento jurídico, a través de los mandatos y leyes, dictados en uso de poderes extraordinarios que la Asamblea se asignó por vía de interpretación del contenido del referéndum del 15 de abril del 2007.

Todo esto ocurrió gracias a una sustancial mayoría de asambleístas que hicieron énfasis en su poder decisorio y en la posibilidad absoluta para imponer su voluntad por sobre cualquier otra consideración. Para proceder de tal forma, sostuvieron los asambleístas la teoría de que su poder venía del soberano, en alusión a los votantes, sin considerar que la voluntad general quedó incuestionablemente enmarcada en la figura jurídica del referéndum, cuyos términos y condiciones estaban obligados a respetar. En efecto, cuando existe un ordenamiento jurídico, incluso el pueblo queda sometido a sus reglas. La soberanía o potestad popular solo puede ejercerse conforme a la Constitución y a la Ley. No hay poder libre, hay poder reglado. No hay soberanía absoluta, hay soberanía condicionada.

[17] Mandato Nº 1, artículo 2

Estos episodios recuerdan el decisionismo político propiciado por el Carl Schmitt, para quien la legitimidad se basaba exclusivamente en la capacidad de poder, lejos de toda ortodoxia constitucional y de las limitaciones impuestas por las leyes.

Carl Schmitt, un importante pensador alemán del siglo XX, inventó y desarrolló la idea del decisionismo que justifica la tesis del poder fundado en la exclusiva voluntad de quien manda. Schmitt legitima, en función de la simple voluntad de imposición, los fundamentos del poder constituyente, la plenitud de facultades, el absolutismo del legislador, etc. Esa doctrina es una exaltación del poder y sus capacidades, una justificación de toda suerte de tácticas, con la teoría de que la voluntad de poder tiene derechos irreductibles. Así, se somete todo lo jurídico a los actos políticos de un líder, asamblea o grupo, que tienen la opción de decidir, de allí la denominación de decisionismo. Schmitt cuestionó fuertemente al liberalismo y al régimen parlamentario, censuró el tecnicismo constitucionalista y los argumentos basado en apreciaciones de ortodoxia y legalidad. Según el autor, nada puede estar sobre la voluntad del poder. La Constitución es, ante todo, una "expresión de la voluntad fundante del soberano."

Schmitt ideó los conceptos del Estado Administrativo, basado en las necesidades del poder, en contra del clásico Estado de Derecho, de origen liberal, al que llamó Estado Legislativo:.

"El Estado administrativo puede apelar a la necesidad objetiva, a la situación real, a la fuerza coercitiva de las relaciones, a las necesidades de la época y a otras justificaciones no basadas en normas, sino en situaciones fácticas. En consecuencia, el Estado administrativo encuentra su principio existencial en la conveniencia, en la utilidad, en la adaptación inmediata y concreta de sus medidas, de sus disposiciones y sus órdenes a las necesidades reales, al contrario que el Estado legislativo, que busca su justificación en la elaboración de las normas. Tanto el Estado gubernativo como el Estado administrativo atribuyen una cualidad especial al mandato concreto que se ejecuta y obedece sin más. Estos Estados ponen fin a los alegatos de los abogados... lo mismo que a las interminables discusiones del Estado legislativo parlamentario y reconocen un valor jurídico positivo al decisionismo del mandato inmediatamente ejecutorio. Aquí rige el aforismo "lo mejor en el mundo es una orden"[18]

[18] Schmitt, Carl. Legalidad y legitimidad, Prólogo. En Carl Schmitt, Teólogo de la Política, p. 264. Selección de textos por Héctor Orestes Aguilar. Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

Según esta doctrina, el poder constituyente es la dominación basada exclusivamente en la opción de mando; es decir, en el grupo estructurado que tiene posibilidad de hecho de actuar y, por cierto, de votar. La mayoría parlamentaria se transforma en una especie de dios inobjetable, sus actos están exentos de legalidad y desaparece la posibilidad de impugnarlos. No interesan los contenidos de la acción política, importa solo la capacidad real de obrar que justifica toda decisión que se adopte en su ejercicio. Lo jurídico y los derechos dependen esencialmente de lo político. Se extingue, pues, todo referente que no sea la exclusiva potestad del Estado, su capacidad de imposición, su posibilidad de coacción.

La capacidad constituyente radica solo en la voluntad de poder. "El poder constituyente –en la tesis de Schmitt- no está vinculado a formas jurídicas ni a procedimientos." De modo que en todo, y en especial en la formulación del ordenamiento jurídico, lo que prima es la posibilidad real de "dictar" las reglas. No prevalecen los valores, ni los derechos. En consecuencia, la legitimidad moral se esfuma y queda suplantada por el simple análisis pragmático de la fuerza política, de la voluntad. Lo demás, pierde sentido y fundamento.[19]

La Asamblea Constituyente se caracterizó por ejercer poderes políticos discrecionales, provenientes de decisiones de la mayoría dominante, que decidió asumir[20] potestades absolutas, no impugnables y prevalecientes incluso sobre la Constitución entonces vigente.

Debe examinarse con detenimiento la conversión de los plenos poderes, con destino y funciones específicas, en potestades absolutas, inapelables, y en una suerte de soberanía ilimitada, que no concuerda ni con el concepto teórico del Estado de Derecho ni con las normas de ningún ordenamiento, y tampoco con las previsiones contenidas en el mandato que dio origen a la Asamblea Constituyente.

---

[19] Schmitt, Carl (1888-1985) Teología política, el Concepto de lo político, Sobre el Parlamentarismo. Según Schmitt, la política se reduce y concreta a la capacidad real de mando y no alude a los fundamentos constitucionales del poder. Importante pensador antiliberal, ideólogo del régimen alemán que gobernó entre 1933 y 1945. "La decisión es el principal acontecimiento político. La soberanía descansa en el poder definitivo de la decisión"

[20] Se ha generalizado en el vocabulario político ecuatoriano de los últimos tiempos, y en las prácticas, la teoría de "asumir" funciones, poderes o encargos, sin justificación legal expresa ni motivación constitucional alguna. Así, el Tribunal Constitucional decidió asumir las competencias de la Corte Constitucional, contrariando las previsiones contenidas en la Constitución, y para el efecto elaboró un extenso alegato político que trata de explicar esa decisión interpretando las normas constitucionales en beneficio de esa resolución. (R.O. Suplemento, nº 451 de 22 de octubre del 2008)

El argumento político que se empleó reiteradamente para proceder en esa forma fue el de la presunta naturaleza originaria o fundadora de la Asamblea a que aludí antes, y además, la consideración de que, por provenir del voto popular, la Asamblea tendría capacidades ilimitadas. Este argumento, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, no es sostenible porque los votantes entregaron a la Asamblea facultades concretas y limitadas, y fue la Asamblea la que dictaminó que esos poderes eran ilimitados, lo que plantea una evidente falta de correspondencia entre el contenido del mandato político vinculado y el alcance que le dio la Asamblea.

El abate Emmanuel Joseph Sieyès, uno de los más influyentes ideólogos y actores de la Revolución Francesa -a quien se ha citado con frecuencia últimamente para justificar la teoría de la Asamblea con poderes supremos, inobjetables y absolutos- en su conocido libro ¿Qué es el Tercer Estado?, hablando sobre las asambleas constitucionales, escribió*:*

"...la comunidad no se despoja de su derecho de querer. Es su propiedad inalienable. No puede sino encargar su ejercicio...el cuerpo de los delegados no puede ni siquiera tener la plenitud de este ejercicio. La comunidad no ha podido confiarle de su poder total sino esa porción que es necesaria para mantener el buen orden...No corresponde, pues, al cuerpo de los delegados alterar los términos del poder que le ha sido confiado. Se concibe que esta facultad sería contradictoria consigo misma... Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación."[21]

Paradójicamente lo que ocurrió es que el poder delegado en la Asamblea cambió discrecionalmente y a su arbitrio, las condiciones de la delegación. Este es el hecho central que explica lo que después sucedió en el proceso de discusión y aprobación del proyecto constitucional, y en la expedición de leyes y mandatos no comprendidos entre las facultades delegadas a la Asamblea por la comunidad.

La absorción ilimitada del Derecho por la Convención –es decir, por la Constituyente- ha sido antigua preocupación de los académicos y de los políticos. Ya en los tiempos de El Espíritu de las Leyes, un comentarista de Montesquieu, escribió: "Cuando un gobierno, basándose en la pluralidad de los votos, puede ordenar lo que le place, es un gobierno despótico exactamente igual que aquel en que uno solo

[21] Sieyès, ¿Qué es el Tercer Estado?. Biblioteca de Política, Economía y Sociología. Edit. Orbis, Barcelona 1973. Pgs. 83, 86.

manda sin respetar más ley que su propia voluntad[22] "Esta absorción del derecho en el Estado, combinada con la destrucción de los cuerpos sociales, ponía las dos bases de ese régimen que en nuestros días se ha llamado "monolitismo": ningún poder fuera del poder que ejerce el Estado, ningún derecho fuera del derecho que el Estado proclama."[23]

Sobre el peligro que, para las libertades, presentan las asambleas ilimitadas, Benjamín Cosntant dijo "Una asamblea que no puede ser suprimida ni restringida es, de todos los poderes, el más ciego en sus movimientos y el más imprevisible en sus resultados, incluso para los miembros que la componen. Se precipita en excesos que, a primera vista, parecerían inconcebibles. Una alocada agitación sobre todo; una multiplicidad de leyes sin medida; el deseo de agradar a la parte más apasionada del pueblo cediendo a su pasión e incluso tomándole la delantera...la ausencia de toda responsabilidad moral...tales son los vicios de las asambleas cuando no se las mantiene dentro de unos límites que no puedan franquear".[24]

Estado de derecho y estado de derechos y justicia

El primer inciso del artículo 1 de la Constitución del 2008, dice: "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico."

Me referiré en esta oportunidad al primer concepto que caracteriza al Estado según la Constitución: "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos...". Esta frase implica, a mi entender, el alejamiento consciente -ideológico- de la noción de Estado de Derecho que constaba en la Constitución de 1998, elemento de casi todas las cartas políticas vigentes en el mundo. Por ejemplo, la Constitución española, en su artículo 1º, dice que "España es un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político."

La Constitución venezolana, en el artículo 1º define a ese país como "Estado social de Derecho y de justicia". En la misma línea están la

[22] Elie Luzca, citado por Jouvenel, op. cit. P,385.

[23] De Jouvenel Bertrand, Sobre el Poder. Historia Natural de su crecimiento. p. 384.Unión Editorial. Madrid 1998.

[24] Curso de Política constitucional, citado por Jouvenel, op. cit. p. 385.

Constitución colombiana y la de Chile, aunque está última no emplea tales términos, pero sus textos son muy claros en establecer el principio de sujeción general e integral del poder público a la Ley.

La renuncia que hizo la Asamblea Constituyente a definir el Ecuador como Estado de Derecho es uno de los episodios más significativos en términos políticos y jurídicos. Es la abdicación de la legalidad como única forma de expresión del poder y como medio de relación entre la Administración Pública y los ciudadanos. Es la huida del principio de sujeción de la autoridad a la Ley.

El concepto de Estado de Derecho implica que tanto la base o fundamento del poder, como los medios para ejercer el poder sean jurídicos, no solo políticos o administrativos.[25] Es la única forma de garantizar la seguridad de los asociados y la efectiva vigencia de sus libertades, porque entonces las potestades públicas requieren de motivación específica, de legitimación por la norma preexistente y quedan sometidas a límites precisos, no simplemente especulativos. Esto implica que tanto la atribución de potestades a la autoridad o la asignación de competencias, cuanto las actividades reguladoras de la conducta de los asociados deben consistir en reglas jurídicas promulgadas, publicadas e impugnables por la vía contenciosa o de control constitucional, y por cierto, derivadas de la Constitución. Eso, además, dota de estabilidad y previsibilidad a la conducta del poder, lo que no ocurre si el gobierno queda investido constitucionalmente de atributos vagos, indefinidos, como son las denominadas políticas públicas.

En efecto, la supresión del concepto de Estado de Derecho se vuelve comprensible si se lee en contexto la Constitución y se advierte que, a diferencia de todas las anteriores, que vinculaban necesariamente las decisiones del poder a la ley, la nueva establece dos formas de relación y de expresión de las facultades del gobierno: a) la sometida a las reglas, y, b) aquella que consiste en las políticas exentas de esa sujeción. Esto es mucho más evidente cuando la Carta Política se refiere a las acciones del Estado frente a la planificación y al mercado. Allí las políticas discrecionales son ciertamente recurrentes. (Por ejemplo, Política Económica, Art. 284, Política Fiscal, Art. 285; Política Monetaria, Cambiaria, Crediticia y Financiera, Art. 302, Política Comercial, Art. 304, Constitución Política 2008).

[25] Laporta, Francisco J. Poder y Derecho, en El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Edit Trotta, Madrid, 2000.

La idea de los constituyentes, en mi opinión, fue generar un sistema de poder en que el Ejecutivo cuente, como herramienta fundamental, con un conjunto de potestades públicas liberadas de reglas. Esto dará lugar a que tanto las competencias de la Administración, cuanto la capacidad de regulación y control de las actividades de la sociedad civil sean ampliamente discrecionales, y ancladas en el gobierno y en el Consejo Nacional de Planificación. Esto dará lugar a una nueva forma de relación entre el Estado y los ciudadanos y las empresas, que devendrá de los actos originados en las políticas estatales, que al parecer serán abundantes y determinantes.

Para enfatizar en el argumento, la lectura integral de la Constitución permite intuir que la modificación del concepto de Estado de Derecho y la mención al Estado de derechos y justicia está animada de una ideología cuya intención va en la línea del fortalecimiento de la acción discrecional del gobierno, lo que necesariamente implica liberación de ataduras legales, y supone, por cierto, el declive de la legalidad como principio inspirador del ordenamiento político. Y, además, la inauguración de la conducción del Estado con acento en las políticas, o decisiones del poder que no requieren de fundamentación en normas jurídicas y que pueden aplicarse sin sujeción específica a norma vigentes preestablecidas. Es una especie de huída de la legalidad que colisiona con el principio de Derecho Público, según el cual, el Estado, sus funciones y autoridades solamente pueden hacer aquello para lo que expresamente están facultados. Al contrario, la Constitución articula un ordenamiento fuertemente discrecional y escasamente reglado para la acción del Estado y, especialmente, del presidente de la República, que me recuerda el concepto de Estado administrativo de Schmitt.

Aunque se declara que la planificación será obligatoria para el sector público y solo indicativa para el privado, la verdad es que semejante mecanismo satura de tal modo a la Constitución en los temas económicos, políticos, sociales, educativos y hasta culturales que, en la práctica, pese a esa declaración, será imposible que los demás sectores de la sociedad hagan abstracción de la fuerza determinante de las definiciones estatales. Al modo de la vieja utopía socialista, la intención es planificar integralmente y determinar, desde la política, a la economía y a la vida social, para alcanzar la sujeción de todos a la filosofía del buen vivir.

La fuerte tendencia hacia la planificación integral de la vida económica y social que se advierte en la Constitución y su derivación en la aplicación laxa del principio de legalidad ya fue planteada hace muchos años por Hayek. Sobre el significado y el valor del Estado de Derecho en una organización política planificadora, Hayek dijo: “Los parlamentos comienzan a ser mirados como ineficaces tertulias, inca-

paces para realizar las tareas para las que fueron convocados. Crece el convencimiento de que, si ha de lograrse una planificación eficaz, la dirección tiene que quedar "fuera de la política" y colocarse en manos de expertos, funcionarios permanentes u organismo autónomos."[26]

El mismo Hayek advirtió de las consecuencias de la planificación sobre el principio de legalidad, que es el único que garantiza la seguridad y la vigencia de los derechos individuales y respecto del afianzamiento de los poderes de la burocracia. "Si, por consiguiente, las leyes han de permitir a las autoridades dirigir la vida económica, deben otorgarles poderes para tomar e imponer decisiones en circunstancias que no puedan preverse y sobre principios que no puedan enunciarse en forma genérica. La consecuencia es que cuando la planificación se extiende, la delegación de poderes legislativos en diversas comisiones y organismos se hace cada vez mayor"[27]

La planificación nace del Consejo Nacional de Planificación, ente controlado por el Ejecutivo. La planificación prevista y admitida por la Constitución es tan potente que el Presidente podrá disolver la Asamblea Nacional sin autorización de la Corte Constitucional, cuando, a su juicio, los diputados obstruyan la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo (Art. 148). El Estado presidencial intervendrá en las transacciones económicas si para los efectos de la planificación es preciso. El Estado presidencial será empresario, propietario, regulador, interventor, concedente, etc; todo bajo la inspiración planificadora del Ejecutivo. Todo este esquema previsto en la Constitución está relacionado con la laxitud de las normas jurídicas para el Estado, bajo el argumento, que paulatinamente se irá perfeccionado, de que al no ser el Ecuador un Estado de Derecho en los términos ortodoxos y liberales del concepto, la legalidad será no un mandato, sino una opción, y las políticas se convertirán en el fértil campo para ejercer potestades discrecionales no impugnables.

Al respecto, un autor español dice: "La Constitución, pues, diseña y configura el Estado de Derecho, que, en su acepción más clásica, se manifiesta en una triple faceta: a) la garantía del principio de legalidad, en cuanto que la ley ha de ser la expresión de la voluntad popular emanada de un Parlamento elegido mediante sufragio universal, libre, igual, directo y secreto; b) el respeto a los derechos fundamentales, a cuyo efecto se han de prever listas enunciativas públicas que los pro-

---

[26] Hayek, Friedrich A. Camino de Servidumbre. p. 93. Alianza Editorial S.A. Madrid, 1978

[27] Hayek, op.cit. p. 115

clamen y declaren, pero también y sobre todo instrumento técnicos y procesales para su protección y defensa; y, el sometimiento pleno de la Administración al Ordenamiento jurídico y al control judicial, de forma que no haya ámbitos o zonas de exclusión de ese control...Por eso, el estado de Derecho no significa, como simplistamente a veces se cree, un Estado en el que hay Derecho, un Estado regido por cualquier Derecho, porque es evidente que en toda sociedad mínimamente organizada hay Derecho, esto es, se requieren reglas de organización y distribución del trabajo. No. El Estado de Derecho apela a unos contenidos...De modo que la Constitución y el Estado de Derecho en que se ha de plasmar significa en última instancia...la lucha contra las inmunidades del Poder..."[28]

Resulta paradójico –y ciertamente contradictorio- que la Asamblea del Ecuador elimine de la Constitución el concepto de Estado de Derecho, noción jurídico-política esencial en la tradición constitucionalista moderna, y al mismo tiempo, lo califique como Estado Constitucional y , por otra parte, enliste y describa los derechos fundamentales y las garantías correlativas para su protección, cuando, al decir del autor español, y de casi todos los académicos que se ocupan del tema, hay una vinculación esencial, innegable, entre el Estado de Derecho, la limitación del poder y la protección de los derechos individuales. Resulta, por tanto, que el Estado que se diseñó en la Constitución es, a la vez, garantista y discrecional, Constitucional pero no de Derecho.

Aparte de esto, señalar al Estado -entidad política organizada para que ejerza el poder-como titular de los derechos individuales como dice el artículo 1º de la Constitución es erróneo. Los estados no tienen derechos, tienen facultades, o autorizaciones que derivan de la Ley, tienen capacidad de acción y de gobierno en bien de la sociedad y de las personas que lo conforman. Los derechos de los estados son una ficción, no un atributo que corresponda a su naturaleza. No cabe, entonces, que la norma establezca, como principio constitucional, que el titular de los derechos sea el Estado.

El texto que analizo contiene un error grave, ya que asigna al Estado la titularidad de los derechos que corresponden a los ciudadanos, porque no de otra forma puede entenderse el artículo 1º de la Constitución. En efecto, tal norma tiene por objeto caracterizar al Estado y no aludir a los derechos de las personas. Sin embargo, introduce en su

[28] Martín Rebollo, Luis. Constitución y Tribunal Constitucional, p. 59-60. Leyes Administrativas. Ed. Arazandi . Navarra, 2004

redacción, como elemento constitutivo o definitorio de la organización política, los atributos que, por naturaleza, son de los ciudadanos. Muy distinto es señalar, como la hacía la Constitución ecuatoriana anterior, como lo hace incluso la Constitución Venezolana, que el Ecuador es un Estado de Derecho, ya que tal concepto no se refiere a los derechos como potestades individuales, sino a la condición jurídica del Estado y a la limitación política de un poder sometido en forma integral e inexcusable a la Constitución y a la Ley.

La tendencia planificadora integral que se advierte en la Constitución implica, como queda dicho, la consecuente laxitud normativa y la discrecionalidad estatal, aparte del notable fortalecimiento de la burocracia, pero supone, además, un cambio importante en el principio de seguridad jurídica. Es fácil advertir que la planificación y las políticas del Estado ya constitucionalizadas traerán como consecuencia la precariedad de las disposiciones o actos administrativos dirigidos a instrumentar las políticas, la volatilidad de algunos derechos y la afectación a la previsibilidad normativa, que solo puede dar la Ley.

"La estabilidad del Derecho es un presupuesto básico para generar un clima de confianza en su contenido. "El hombre –nos dice Helmut Coing- aspira siempre a crear situaciones e instituciones duraderas bajo cuya protección pueda vivir; el hombre no quiere sustraer su existencia a un cambio permanente, dirigirla por vías seguras y ordenadas y librarse del asalto constante de lo nuevo"[29]

Finalmente, cabe advertir que entre las facultades del la Corte Constitucional, previstas en el Art. 436 de la Constitución, no consta ninguna de la cual se pueda inferir que las políticas y los actos de formulación o ejecución de las potestades fiscalizadoras puedan ser objeto de acción alguna de inconstitucionalidad.

La participación popular o la politización de la sociedad civil

La Constitución proclama como principios políticos fundamentales la democracia directa y la democracia participativa. Así lo señala el inciso segundo del artículo 1º. Por su parte, el artículo 85, nº3 dispone *que* "en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y comunidades". Se crea el Consejo de

[29] Pérez Luño, Antonio-Enrique. La Seguridad Jurídica. P. 34. Edit Ariel S.A. Barcelona 1994

Participación Ciudadana y Control Social (Arts. 207-210), que aseguraría la efectiva intervención del pueblo en los actos de gobierno y de administración. En principio, sería un ideal contrapoder.

Pero la lectura detenida de estos temas y de los artículos vinculados permite advertir una nueva paradoja constitucional: la participación popular deriva en una estructura de control político de las actuaciones de la sociedad civil a través de un método corporativo de representación, con fuerte ingerencia del poder público. La Función de Transparencia y Control Social se concreta en el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (Arts. 207-209), cuyos siete consejeros son designados a través de comisiones ciudadanas de selección, integradas por delegados de cada función del Estado e igual número de representantes por las organizaciones sociales y la ciudadanía. No hay sistema de elección. Hay un método de designación, y toda designación implica, necesariamente, el ejercicio de un poder que se superpone a la sociedad; en este caso, el ejercicio del poder político concurrente con el poder controlado por las organizaciones sociales. El artículo 209 de la Constitución establece claramente un sistema de designación de los integrantes del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y no un sistema de elección de sus miembros, lo que contradice a los métodos democráticos que solo se expresan a través del voto. Y esto es aún más importante si se considera que el Consejo presuntamente encarna la participación popular en el control del poder.

Extraño sistema de control social, conformado por delegados del poder político y por corporaciones que responderán a la filosofía de movilización permanente que anima a los autores de la Constitución. Extraña conformación si se considera que el Consejo debe establecer mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público y que investigará denuncias sobre actos de corrupción, que emitirá informes que determinen indicios de responsabilidad de funcionarios (Art. 208); todo ello, paradójicamente, con la presencia de delegados de los poderes fiscalizados.

El Consejo Nacional de Participación Ciudadana, dada su conformación y el método de designación de sus miembros, se traducirá, en la práctica, en una instancia política fuertemente controlada por el Ejecutivo. La actividad de la sociedad civil, mediatizada y controlada por tal Consejo, se traducirá en la ejecución de actos burocráticos-políticos que respondan a las definiciones del poder. En la práctica, todo esto restará legitimidad a cualquier otra iniciativa de la verdadera sociedad civil, que se haga desde fuera del Estado.

El llamado "control popular", cuando se lo institucionaliza como ocurre en la nueva Constitución ecuatoriana, se convierte en el control manipulado por el partido o grupo político dominante. La experiencia histórica es una evidencia innegable. La democracia participativa queda reducida en esos casos a una democracia corporativa y la sociedad civil se queda sin auténtica voz..

Los sistemas de control del poder, que provienen de la vieja propuesta de división de funciones del Estado del Barón de Montesquieu, se fundamentan en la independencia de las funciones entre sí. De otro modo, el objetivo resulta imposible de cumplirse. La auditoria desde la sociedad presupone, como condición esencial, desvinculación formal y real entre el ente titular del derecho a exigir cuentas y el sujeto fiscalizado. De otro modo, el sistema será ineficaz. La Constitución estructura un sistema de participación popular que provocará el bloqueo de cualquier intento eficaz de rendición de cuentas, de control al poder y de determinación de responsabilidades, por la presencia de integrantes de los organismos que serán objeto de control. De otra parte, la estructura corporativa de la participación ciudadana politizará esa participación. Es innegable que las organizaciones sociales en el Ecuador rebasan las tareas de representación de la sociedad civil y sistemáticamente incursionan en actividades políticas. Son *sui géneris* partidos políticos, aunque de modo vergonzante eluden identificarse como tales por el desprestigio que tales partidos han sufrido en los últimos años.

En esta, como en otras materias, la Constitución presenta un claro sesgo hacia el corporativismo, lo que se advierte desde la forma privilegiada en que se tata al tema de los derechos colectivos de comunidades, naciones y pueblos, entidades sin definición legal clara a las que, sin embargo, se asignan múltiples derechos. En el caso de la conformación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, las normas constitucionales dejan en claro el proceso de corporativización de la integración del Consejo. Los sistemas corporativos son adversarios de los métodos democráticos de elección y se constituyen en filtros de la presunta representación popular, comandados por sus dirigentes, que mediatizan la acción de la sociedad civil.

El poder necesita contrapoderes que contrarresten la natural tendencia de los gobiernos a acumular potestades, a eludir la rendición de cuentas. Y los contrapoderes, por definición, deben ser independientes. Royer-Collard, escribió: "Allí donde no hay magistrados independientes no hay más que delegados del Poder. Así es como nos hemos convertido en un pueblo de administrados, bajo el poder de funcionarios irresponsables, centralizados a su vez en el poder del que

son servidores" [30].En el caso del Ecuador, no habrá independencia ni control eficaz si los consejeros no son elegidos conforme a las reglas de la democracia representativa, sino designados mediante un cerrado sistema que asegura el predominio del poder por sobre la eficaz acción de la sociedad civil, libre y no cautiva en una red de representación corporativa y mediatizada.

[30] Citado por Bertrand de Jouvenel, Sobre el Poder, Historia Natural de su Crecimiento. P. 382. Unión Editorial, Madrid 1998.

Derecho del siglo XXI: paradoja y urgencias

César Montaño Galarza

Doctor en Derecho (Ph.D.); Magíster en Derecho Económico, mención en Relaciones Económicas Internacionales; Especialista Superior en Tributación, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Abogado y Doctor en Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja (UNL). Fue Director Metropolitano de Administración Tributaria del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito; Presidente del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario; Director del Área de Derecho de la UASB-E. Rector de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; y, Presidente del Centro Andino de Estudios Internacionales. Editorialista del Diario Nacional El Telégrafo. Ha publicado ocho libros y más de 70 artículos académicos sobre varios ámbitos jurídicos, en: Argentina, Bélgica, Bolivia, Colombia, Ecuador, España, Italia, México, Perú, Rusia, Uruguay, Venezuela. Imparte clases de posgrado y conferencias en universidades nacionales y del extranjero. Premio Velasco Ibarra, Mención de Honor a la Mejor Obra de Derecho Público, Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, por el libro *Manual de Derecho Tributario Internacional*, 2006. Fundador y Vicepresidente de la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana (RIJIA), México, 2012. Condecoración al Mérito Educativo Federico González Suárez, de la Cámara de Comercio de Quito, 2015. Elegido "Jurista Símbolo de la Democracia 2015", Premio Jorge Zavala Egas, por la Federación Nacional de Abogados del Ecuador. Designado Miembro de la Sección Académica de Ciencias Jurídicas de la Casa de la Cultura Ecuatoriana "Benjamín Carrión", 2015. Designado Miembro de Número de la Academia de Abogados del Colegio de Abogados de Pichincha, 2016.

El presente escrito plantea un conjunto de ideas generales pero consideradas básicas, por el autor, para tratar de comprender mejor lo que es o, mejor dicho, lo que debería ser el Derecho en los tiempos que corren. La primera cuestión es una paradoja que explica al Derecho como algo que no puede concebirse al margen del Estado -insustituible hasta ahora-, con sus responsabilidades y prerrogativas, y lo que esto en conjunto puede plantear en clave de riesgos para el ciudadano. El segundo asunto que se describe aquí es una urgencia para el Derecho; permite evidenciar que la realidad actual complejísima y crítica, cargada de un pesado fardo de fenómenos, con creces ha superado la capacidad de respuesta efectiva y exitosa tanto del Estado como del Derecho, lo que va en desmedro del ciudadano y de la sociedad a la que pertenece, poniéndolos en una situación de orfandad peligrosa. Como tercera cuestión -también urgente-, vuelvo a aquella visión tan presente aún en las facultades de jurisprudencia sobre la concepción y entendimiento de derecho, donde se repite con énfasis que este debe reflejar la realidad, y la cuestiono para defender que el Derecho sí debe partir de reconocer la realidad, pero debe proyectarse mucho más allá de ella, no quedarse atrapado en ella, para facilitar cambios y transformaciones hacia una nueva realidad de un mundo que ha resuelto los más graves problemas que ahora mismo amenazan por doquier la vigencia de valores y principios universales -lo que involucra una dimensión ética insoslayable en este campo-, y en suma, a la vida en todas sus expresiones. Termino este corto ensayo con una reflexión final.

Una paradoja de nuestro tiempo

A lo largo de los siglos, el Estado, discurso u orden jurídico con notas de coactividad por excelencia, ha evolucionado en diversos sentido,s tomando en cuenta sus múltiples facetas, particularidades y ámbitos de incidencia. Muchas veces, el Estado se confunde con el Derecho; sin embargo, algo incontrastable es que el Estado es una institución peculiar, así como lo es también el Derecho. En tal sentido, se constituye en el centro generador de normas jurídica gracias al accionar de los funcionarios habilitados para tal propósito por el mismo ordenamiento jurídico.

El Estado también ha sido considerado una ficción jurídica, una de las más impresionantes y audaces creaciones del intelecto humano, que en principio no existe, pero que gracias al reconocimiento que le dan las sociedades tiene un sitial y presencia destacada en la vida pública y privada de los ciudadanos, en especial en países de Occidente. Para abordar este asunto, Óscar Correas acude a la explicación que al respecto comparte el escritor Mario Vargas Llosa, en una de sus destacadas columnas periodísticas del diario español El País:

> "Poseídos de deseos que dejan siempre rezagada a la realidad de sus vidas, condenados a una existencia que nunca está a la altura de sus sueños, los seres humanos debieron inventar un subterfugio para escapar a su confinamiento dentro de las alambradas de lo posible: la ficción. Ella les permite vivir más y mejor, ser otros sin dejar de ser lo que ya son, trasladarse en el espacio y en el tiempo sin salir de su lugar ni de su hora y protagonizar las aventuras más osadas del cuerpo, la mente y las pasiones sin arriesgar por ello la piel, perder la cordura y traicionar el corazón."[31]

Precisamente, esta idea de ficción es la que debe preservarse en el derecho, en la idea de "vivir más y mejor", como lo ha referido el último autor glosado. Se habla de una idea que impulse al cambio, a la transformación en busca de algo superador de una realidad que no satisface mínimamente a las grandes mayorías, en especial de los países menos desarrollados del orbe.

En las primeras décadas del siglo XX, el Estado se enfocó básicamente en las tareas de vigilancia y seguridad, y en el objetivo de

---

[31] Óscar Correas, *Teoría del Derecho,* México D. F., Fontanamara, 2004, p. 111, quien refiere a Mario Vargas Llosa, "La ficción y la historia", en El País, Madrid, 26-02-1995, p. 13.

garantizar los llamados derechos políticos y de libertad. Es decir, el ciudadano de esa época no esperaba mucho del Estado; a lo sumo, que despliegue su accionar para garantizarle un cierto nivel de seguridad mediante la acción policial y la administración en sus distintos campos. Más adelante, irrumpe, sobre todo en las sociedades más desarrolladas de ese tiempo, el denominado Estado social, a remolque de cambios en constituciones de países que han sido emblemáticos en el avance de las conquistas colectivas. Aparecen entonces la Constitución de Querétaro (1917) y la Constitución de Weimar (1919), cuerpos normativos más políticos que jurídicos, hitos de sendos avances en materia social especialmente relacionada con los campos de la salubridad y el trabajo, gracias a la lucha ciudadana organizada. De esta manera, el Estado recibe nuevos encargos con los que tiene que lidiar para garantizar su permanencia y mantener la paz en la sociedad.

Años más tarde ocurre la superación del Estado social por el Estado de bienestar,[32] nuevo escenario que implica un aumento de tareas y responsabilidades estatales para garantizar un número mayor de derechos ciudadanos en varios frentes; por ejemplo, haciéndose cargo de la gestión y prestación de servicios sociales ligados a derechos como la salud y la educación, la seguridad social, etc.

Más recientemente, surge entre nosotros el llamado genéricamente Estado del Buen Vivir, caracterizado por el reconocimiento amplísimo de derechos no solo para los ciudadanos individualmente considerados, sino también en clave colectiva, más los derechos de la naturaleza y otros, como nunca antes en las sociedades occidentales de esta parte del continente americano. Este tipo de Estado de bienestar recargado sobre todo se lo ha definido con alguna variante en constituciones más o menos recientes, como las de Ecuador (2008), Bolivia (2009) y antes en la de Venezuela (1999).

Pero la evolución explicada más arriba de manera sumaria ocurre fundamentalmente porque, con el pasar de los años, las sociedades han crecido y con esto se han multiplicado sus problemas. Los ciudadanos tienen cada vez más expectativas al amparo de la ampliación del reconocimiento de derechos operada en las constituciones, pero también gracias a avances importantes logrados a través de fallos emitidos por algunas cortes constitucionales, decisiones o sentencias claramente progresistas producto de un cierto nivel de activismo judicial con vi-

[32] Para ampliar esta temática puede revisarse mi trabajo titulado: "Derecho económico: teoría y realidad en Ecuador del siglo XXI", en *El derecho económico en tiempos de crisis,* Quito, Ediciones Legales, 2020, pp. 71-119.

sión social. Así mismo, hoy por hoy, los ciudadanos en todo el planeta se encuentran más informados y conectados, gracias a que los avances tecnológicos ponen al alcance de casi todos una serie de herramientas nuevas para la interconexión, información y comunicación sin que existan para ello límites geográficos ni otros tipos de barreras que otrora parecían insalvables; a la par, en los años últimos viene dándose una multiplicación impresionante de medios de comunicación y canales de difusión digitales, también al alcance de casi todos. Ante esta realidad, lo que hoy se logra plasmar como nueva conquista social en un país sudamericano, seguramente será demandado en igual sentido por ciudadanos de otras culturas y experiencias, pero que se movilizan y expresan en las calles de ciudades importantes de países lejanos, ubicados geográficamente incluso al otro lado del mundo. Aquella trillada frase que dice "el mundo es un pañuelo" parece ser cada vez más una descripción acertada de la realidad en el siglo XXI, una realidad marcada por la fuerza casi incontenible de las expectativas y exigencias ciudadanas, la escasez de recursos económicos en muchos países con grandes desigualdades sociales, el creciente cuestionamiento al rol del Estado y sus autoridades frente a la gestión y manejo de recursos para satisfacer urgentes necesidades generales.

Estoy convencido de que esta visión sumariamente expuesta evidencia una situación indiscutible que, por su persistencia, debe preocupar a los cientistas sociales y, de manera particular, a los juristas. Esta situación consiste en que el Estado posee una especie de vocación histórica, acaso un destino, para quedar en deuda con el ciudadano.

Esta verdad que acabamos de destacar se remarca al constatar que, a lo largo del tiempo, mientras crecen las obligaciones y responsabilidades a su cargo, el Estado multiplica su deuda y se halla inmerso en una enorme complejidad, porque para poder responder efectivamente ante tan descomunales y crecientes retos requiere fortalecerse en todo sentido, lo que significa tomar en cuenta al menos tres condiciones de relevancia:

La primera, la institución estatal requiere una institucionalidad cada vez más grande y compleja, lo que implica mayor número de ministerios y oficinas, así como de funcionarios para el servicio público. Ante crecientes retos y tareas que demuestran cambios significativos y permanentes en la experiencia social, el Estado debe modificarse para responder con eficiencia; es decir, es posible que el modelo republicano y tradicional de Estado haya caducado, por lo que ha de reinventarse con prontitud. Para realizar una tarea compleja se requiere una herramienta compleja, solución adecuada en la vida práctica.

La segunda, el Estado, para poder incidir positivamente en cada vez más frentes de su responsabilidad requiere mayores poderes de acción que dependen, sobre todo, de la emanación de nuevas, numerosas y especializadas normas jurídicas que deben sintonizar con la realidad actual para transformarla. Esta situación puede acarrear una presencia mucho más fuerte del Estado en casi todos los espacios de la vida social, también más control y coacción, lo que no pocas veces es mal visto y puede poner en entredicho los derechos.

La tercera condición puede ser la más difícil de cumplir en los hechos y se explica en los siguientes términos. Para que el aparato público -oficinas y funcionarios- alcance la capacidad de responder con éxito, y de cumplir todas las responsabilidades que los procesos constituyentes le han legado, demanda ingentes recursos económicos, Una de las fuentes de ingresos más importantes se encuentra en el sector privado, más específicamente en manos de los contribuyentes, personas naturales o físicas y jurídicas o morales que generan recursos, entendidos como riqueza, por medio de sus actividades profesionales, comerciales y financieras, trabajo dependiente o independiente, y negocios e inversiones, entre otras. Es así que la puesta en marcha del poder y la potestad tributaria permitirá allegar recursos en montos importantes para el presupuesto nacional; aunque, como sentencia aquella vieja e infalible máxima de la Economía, los recursos económicos siempre serán insuficientes para atender a todas las necesidades, pues estas siempre los superan.

Para seguir con este hilo argumental, es conveniente intentar un resumen de lo expuesto en esta última parte, lo que explica algo cada vez más evidente a lo largo y ancho del planeta en muchísimos países y que se plantea también como un tipo de paradoja de nuestro tiempo: el Estado está abocado cada vez en mayor grado a hacer su mejor esfuerzo para garantizar y satisfacer las crecientes pretensiones ciudadanas en materia de derechos que en conjunto pugnan por una vida más digna, equitativa, justa y democrática; fines que exigen un Estado más ampuloso, complejo, costoso y, obviamente, poderoso.

Más derechos efectivos seguramente dependerán de más Estado presente en la sociedad, y como el Estado posee también una natural propensión controladora que tensa naturalmente la cuerda de los derechos poniéndolos en riesgo, esto genera un rechazo ciudadano en permanente expresión y alza. O, dicho en palabras más digeribles, el ciudadano clama por más derechos cristalizados, fin que depende necesariamente de más Estado. Pero, al mismo tiempo, al ciudadano no le gusta la idea de tener más Estado presente para definir la vida social y sus justificadas expectativas. ¡Vaya paradoja de nuestro tiempo!

Y es así cómo nos encontramos en pleno siglo XXI, entrampados entre varias formas de expresión y sentidos de Derecho, lo que siempre dependerá en últimas del enfoque que aprecie la experiencia social, del contexto y la realidad de cada país, así como también de la época y, obviamente, también de la cultura de la gente.

Diremos entonces que el Derecho sirve para casi todo, y no solamente para concretar la justicia, como tantos lo han sostenido; desde el momento en que reconocemos que el Derecho sirve tanto para ordenar conductas, como para sancionar y hasta para reclamar derechos al poder público, estamos aceptando que el Derecho y sus fines encarnan un caleidoscopio de opciones no fácilmente comprensibles en su total dimensión.

Realidad superadora del Estado y del Derecho

A esa vocación histórica del Estado de la que hablábamos antes, según la cual, conforme transcurre el tiempo, el Estado acrecienta su deuda con el ciudadano y sus legítimas y crecientes expectativas, se adiciona otra cuestión incontestable y urgente de atender: se trata de que hay problemas muy complejos que ahora mismo afronta la humanidad en general y que por su dimensión y alcance de los efectos superan la capacidad de respuesta eficiente por parte del Estado nacional, así como también de organizaciones internacionales que se han creado para la coordinación, cooperación e integración.

Bajo estas consideraciones previas, me refiero ahora a temas que envuelven problemáticas sensibles y de difícil solución como las siguientes: cambio climático, debido a la sobreexplotación de la naturaleza y a la contaminación del agua, los océanos y mares, del aire y de la tierra; migraciones humanas detonadas por inequidad, pobreza y desocupación; preservación de glaciares, bosques, entre otros; evasión y fraude fiscal, lavado de activos y entramados de corrupción a nivel mundial; pandemias como la que ahora mismo tratamos de superar y que va ocasionando más de cinco millones de muertes en el planeta; narcotráfico; el poder descomunal de muchas multinacionales; y temáticas relacionadas con la inteligencia artificial y algoritmos utilizados con propósitos contrarios a valores y principios universales, por lo tanto ajenos a la consideración de bases éticas imprescindibles en el presente.

Debe quedar claro, de una vez por todas, que tampoco es muy posible visualizar la solución a los problemas antes referidos gracias al accionar y preocupación del sector privado y sus organizaciones, menos todavía podemos esperar si tales responsabilidades se entregan a

la sociedad civil frecuentemente desarticulada y hasta poco interesada en resolverlos. Es el Estado y su aparataje público y, en especial, son los funcionarios que lo conducen quienes tienen compromisos ineludibles y urgentes con la sociedad. La misma pandemia de COVID-19, que inició a finales de 2019, demuestra lo insignificantes e incapaces que pueden llegar a ser todas aquellas creaciones humanas que canalizan la agregación de esfuerzos para combatir un fin común, como lo son los propios estados nacionales, sus organizaciones, las empresas y, por qué no decirlo también, el Derecho en sus múltiples expresiones.

Todo ello está atravesado por una latente falta de contenido ético en gran número de decisiones gubernamentales, decisiones del ámbito empresarial y del propio mercado y, en general, actuaciones y conductas dirigidas a contener la emergencia sanitaria global. Por ejemplo, se puede hablar de los negociados y abuso en la fijación de precios de los insumos médicos fundamentales como los respiradores que, en muchos casos, han sido la diferencia entre la vida y la muerte para pacientes contagiados o el aprovechamiento y acaparamiento abusivo de vacunas solo para ciertos países o poblaciones privilegiadas del primer mundo.

Si en una de las versiones de comprensión del mundo jurídico se considera al Estado como un orden jurídico institucionalizado, se dirá que en el presente, y como nunca antes en la historia de la humanidad, tanto el Estado como el Derecho van juntos, y que ambos se encuentran en crisis o, al menos, gravemente disminuidos debido a que ha menguado ampliamente su eficacia y eficiencia. Esta situación funge como una especie de combustible que, gota a gota, alimenta el fuego de la convulsión social por el creciente descontento ciudadano.

Un Derecho para transformar la realidad

En esta parte, planteo una idea que puede suscitar debate enconado porque, a lo mejor, detona la necesidad de replantear lecturas y enfoques previamente asumidos con nulo o escaso cuestionamiento, sin mayor crítica, en torno a la visión del Derecho como una disciplina y un instrumento que debe tener una diáfana relación con la realidad. Cuántas veces se escucha y se sabe que, en las clases de Derecho, tanto en el pregrado como en el posgrado universitario, con vehemencia se sostiene como verdad fija y acabada que el derecho deber responder a la realidad, y al mismo tiempo, ser reflejo de aquella.

Pero esto, que es común escuchar en las aulas, me genera una duda tan fuerte y a tal punto que me anima a postular algo un tanto diferente; esto es, que el derecho en efecto debe tener una vinculación con

la realidad, porque para su diseño y expresión positiva ha de partir de la experiencia, es decir, de la misma realidad. Sin embargo, el derecho está para acompañar un proceso de cambio necesario en la sociedad, de tal manera que aquella realidad se acerque cada vez más como experiencia a los ideales que encarna la justicia y a las situaciones que proyectan los valores y principios de la ciencia jurídica.

Debemos conocer, con cierta profundidad, que múltiples aristas del mundo actual enfrentan crisis complejas que no solo afectan los campos social, político y económico, sino hasta las bases mismas de la convivencia humana, al evidenciar también la negación de la ética y una galopante crisis de valores debido a los espacios ganados por la corrupción. El derecho como reflejo y como disciplina conectada con esa realidad no puede ser un instrumento para perpetuarla, bloqueando de esta forma cambios deseados por todas partes, y menos para castrar cualquier intento en dirección de modificarla. Sucede que el derecho se nutre de la realidad, pero solo en algún grado, como referente, para transformarla a través de las fórmulas positivas y de todo lo que las rodea. Me refiero a la interpretación y aplicación por medio de decisiones políticas estratégicas y a los casos concretos mediante decisiones de índole judicial.

Como instrumento para transformar la realidad, el Derecho, si bien seguirá manteniendo su orientación a la justicia, necesita urgente tratar de entender que en el mundo actual no puede aceptarse como algo desvinculado con las más acuciantes problemáticas del siglo presente. Esto no solo tiene que ver con lo ya señalado sobre los problemas que han sobrepasado con creces la capacidad del Estado nacional para responder efectivamente, sino que también tiene que ver con una serie de consensos que la humanidad ha ido alcanzando a través de numerosos intentos de diálogo multilateral, auspiciados por organizaciones e instancias internacionales, muchos de los cuales han puesto el foco en temáticas de preocupación general que atañen a todos y demandan nuestra atención. Tales consensos se han logrado gracias al intercambio de visiones de gobernantes de muchos países, proyectadas desde todos los ángulos de la política. ¿Cómo no caminar hacia un consenso universal sobre la pobreza y la exclusión como problema aún no superado y que, últimamente, con la pandemia desafortunadamente se ha fortalecido?

Podría decirse que los más caros consensos mundiales orientados a la construcción de un mundo mejor están representados en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (ODS),[33] adoptados por los líderes mundiales el 25 de septiembre de 2015, con el fin de alcanzar objetivos globales, entre ellos, para terminar con la pobreza, cuidar nuestro planeta y asegurar el adelanto de todos como parte de una nueva agenda de desarrollo sostenible. Estos objetivos tienen metas específicas que deben alcanzarse hasta el 2030, lo que además constituye una prueba fehaciente de que el Estado nacional, tal como lo conocemos, cada vez es menos apto para hacer frente con fortuna a los descomunales retos y problemas que la dinámica mundial genera.

Se trata de una iniciativa sin precedentes que convoca a trabajar a los gobiernos, las empresas y el sector privado en general, así como la sociedad civil. De manera más completa, los objetivos de desarrollo sostenible son los siguientes: 1. Fin de la pobreza. 2. Hambre cero. 3. Salud y bienestar. 4. Educación de calidad. 5. Igualdad de género. 6. Agua limpia y saneamiento. 7. Energía asequible y no contaminante. 8. Trabajo decente y crecimiento económico. 9. Industria, innovación e infraestructura. 10. Reducción de las desigualdades. 11. Ciudades y comunidades sostenibles. 12. Producción y consumos responsables. 13. Acción por el clima. 14. Vida submarina. 15. Vida de ecosistemas terrestres. 16. Paz, justicia e instituciones sólidas. 17. Alianzas para lograr los objetivos.

Desde el punto de vista público, cada uno de los objetivos referidos tiene fuerte vinculación con la decisión política que permite diseñar y adoptar políticas públicas y, por ende, posteriormente, diseñar y emanar un amplio conjunto de normativas jurídicas contenido en constituciones, instrumentos internacionales, leyes, reglamentos, decretos, etc. Es decir, que está contenido en instrumentos de Derecho que deben ser útiles para cristalizar objetivos que beneficien a la mayor cantidad de gente posible.

Reflexión final

Luego de haber puesto por escrito las someras cuestiones -paradoja y urgencias- que preceden y que me han distraído el pensamiento por algún tiempo, diré que el prestigio del Derecho -y por lo tanto, su proyección, aceptación y confianza-, una de las más maravillosas ficciones creadas por el ser humano, no se sostiene sin más en el hecho

[33] Naciones Unidas: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de- desarrollo-sostenible/, 30-01-2021.

de reflejar la realidad tal cual la vemos y sufrimos, ni tampoco en la manera como se expresa textual y gramaticalmente, ni siquiera en la forma cómo se lo aplica por la Administración y los jueces. Se sostiene en el potencial que le es ínsito para convertirse en instrumento útil como también bastante suficiente para mantener la convivencia en paz, y también con el propósito de transformar las cuestiones de la realidad que hoy nos parecen aberrantes, simplemente inaceptables o urgentes, como lo demuestra el caso de los ODS.

El Derecho, pero también los juristas, y otros campos del conocimiento con sus cultores y profesionales tienen que adaptarse a los tiempos que corren, pero sin alejarse de la base firme que les proveen siglos de reflexión sobre contenidos éticos fundamentales; tal vez este sea el mayor reto de quienes dictan y definen al Derecho, para arribar a una combinación virtuosa de tradición jurídica e innovación digna para el adelanto.

El derecho como ciencia: una mirada histórica de su evolución

Teresa Nuques Martínez

Abogada, Doctora en derecho por la Universidad de La Coruña; Con estudios de Maestría en Justicia Constitucional, Derecho Administrativo, Arbitraje. Especialista en Sistemas Jurídicos Nacionales e Internacionales de Protección a los Derechos Humanos

Especialista en Derecho Constitucional, (Universidad de Salamanca). Profesora titular de la cátedra de Fundamentos del Derecho en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Guayaquil. Entre sus obras publicadas se encuentran: "Manual Elemental de Fundamentos del Derecho", "Texto guía para el estudio del Derecho de Familia" "Instituciones y Principios Procesales analizados a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" y "Reflexiones en temas constitucionales". Es profesora de posgrado en varias universidades. Se desempeñó como Directora de Posgrado de la Universidad Católica de Guayaquil, Directora y Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Ha sido coordinadora para América Latina, de los proyectos AECID en derecho procesal con las universidades de Coruña, Cádiz, Salamanca y en el proyecto de Métodos Alternos de Solución de Conflictos con las mismas universidades. Se desempeñó como presidenta del Consejo Editorial de la Revista de Derecho Civil en la Universidad Católica de Guayaquil. Actualmente es Juez de la Corte Constitucional del Ecuador.

Bryan Carrera Ordóñez

Egresado de la carrera de Derecho, próximo a titularse. Actualmente es ayudante de cátedra de la materia Fundamentos del Derecho en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Ha desempeñado sus labores en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil como Secretario de Tribunales Arbitrales y en la Corte Constitucional del Ecuador como Asistente Jurídico. Fuera del ámbito laboral, Bryan pertenece al Club de Cine – Jurisprudencia de la UCSG.

Resumen

El presente artículo académico pretende analizar el Derecho desde el punto de vista científico. Esto porque, dada la omnipresencia del fenómeno jurídico en nuestras vidas, pareciera que lo jurídico está fuera del ámbito de la ciencia. Comúnmente solemos asociar las ciencias estrictamente al estudio de la naturaleza y fenómenos físicos, químicos, biológicos, geológicos, etc. En este trabajo, le ofreceremos al lector las herramientas para inferir que el Derecho es una ciencia práctica; así, la misma se compone por un objeto de estudio, un campo de estudio, métodos y técnicas de estudio, que han ido evolucionando conforme la sociedad se desarrolla. Analizaremos aquellos cambios a la luz de las transformaciones sociales del pensamiento humano que han dado cabida a diferentes teorías y concepciones de Derecho. Abordaremos la corriente *ivsnaturalista* que se centra en un orden jurídico que proviene de la divinidad y que se encarga de estudiar *lo justo*; estudiaremos el *ivspositivismo* que se centra en un orden jurídico proveniente de la voluntad humana y de la fuerza, que se encarga de estudiar *lo válido*; analizaremos, también, al Realismo Jurídico, que se centra en un orden jurídico que es dinámico y que se transforma continuamente junto a la sociedad, que se encarga de estudiar *lo eficaz*. Luego, desembocaremos en el Constitucionalismo o Post-positivismo de la mano con las consecuencias de la segunda posguerra y cómo aquellos hechos produjeron un cambio de paradigma en el mundo del Derecho.

Palabras clave

Derecho, Ciencia, Derecho Natural, Derecho Positivo, Realismo Jurídico, Constitucionalismo, Justicia, Validez, Eficacia.

Abstract

This academic article aims to analyze Law from a scientific point of view. This, because given the omnipresence of the legal phenomenon in our lives, it seems that the legal aspect is outside of the scope of science. It is common to associate science strictly with the study of nature and physical, chemical, biological, geological phenomenons, etc. In this work, it will be offered to the reader tools to infer that, Law, is a practical science; hence, the same is composed by an object of study, a field of study, study methods and techniques, which have evolved as society develops. Those changes will be analyzed in the light of the social transformations of human thought that have given rise to different theories and conceptions of Law. The *iusnaturalism* current will be addressed, same that focuses on a legal order that comes from the divinity and that is in charge of studying *what is fair*; the *iuspositivism* that focuses on a legal order derived from human will and force, which is in charge of studying *what is valid*; and also the Legal Realism will be analyzed, which focuses on a dynamic legal order that is continuously transformed together with society, which is in charge of studying *what is effective*. This then will lead to Constitutionalism or Post-positivism in hand with the consequences of the second postwar period and how those events produced a paradigm shift in the world of Law.

Keywords

Law, Science, Natural Law, Positive Law, Legal Realism, Constitutionalism, Justice, Validity, Efficacy.

Introducción

Para iniciar un artículo, en general, para escribir para otros, es indispensable ubicar al lector en tiempo y espacio sobre lo que se escribe. Esto es, darle las herramientas al sujeto cognoscente para que pueda seguir una senda sin tropezarse o desviarse en el camino. Por ello, para comenzar a analizar al Derecho es importante identificar las implicaciones mínimas que tiene aquella ciencia en la sociedad.

Todos tenemos una idea, aunque sea vaga de lo que el Derecho es. En algún momento, todos hemos tenido algún contacto con el mundo jurídico. Tal es así que, en palabras de Nino (2003): "El derecho, como el aire, está en todas partes" (p. 1)[34]. Así es, muy probablemente hemos tomado un autobús y por lo tanto hemos celebrado tácitamente un contrato por el valor y ruta con el conductor del transporte público; al salir de casa en automóvil hemos procurado seguir los lineamientos mínimos de tránsito tanto para nuestra seguridad como para los demás conductores de la vía pública; en alguna ocasión hemos presenciado la grata noticia del nacimiento de una persona o la lamentable del fallecimiento de un humano. Además, tenemos la posibilidad de participar de cuestiones con connotaciones jurídicas más marcadas como el matrimonio, algún préstamo de cualquier naturaleza, etc. Todos aquellos actos y hechos, tienen efectos jurídicos.

La omnipresencia del Derecho en nuestra cotidianeidad, es tan natural que está íntimamente ligada a la existencia de una sociedad. ¿Por qué? Porque toda sociedad quiere vivir en orden y armonía, ni más, ni menos. Es decir: *Ubi societas, ibi ius*[35].. Siguiendo aquella línea, cabe mencionar que el Derecho viene a ser una ciencia práctica que se desarrolla y transforma con la sociedad tanto en su dimensión cultural, económica y política. Es decir, los hechos transforman el Derecho. Por lo tanto, podemos destacar que existe una realidad pre-jurídica destinada a dar pie y fundamento a la ciencia de Derecho.

Sin embargo, para aterrizar el Derecho a la sociedad, hay que analizar las normas en estricto sentido al sujeto cognoscente. De esta manera, y tal como lo señala Figueroa (2018): "La conducta humana está regulada por cuatro grandes órdenes normativos: el Derecho, la Ética (o Moral), la Religión y los convencionalismos sociales (comitas)" (p. 6 – 7)[36]. Así, estas grandes divisiones se diferencian por las características de cada una de las normas que las componen. Con ello, las normas que nos ocupan al caso en concreto son las normas jurídicas.

La "norma jurídica" tiene características que la hacen única: es general, bilateral, externa, heterónoma y coercible. Todas estas particularidades alimentan y solidifican el establecimiento de normas que

---

[34] Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho* (Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 2003) p. 1 – 2.

[35] Donde hay sociedad, hay derecho. Aforismo latino.

[36] Luis Mauricio Figueroa, *Las fuentes del Derecho* (Editorial Porrúa, Ciudad de México, México, 2018) p. 6 – 7.

son de obligatorio cumplimiento[37] por parte no solo de un ciudadano, sino de la sociedad a la que se destine el cumplimiento de aquella (o aquellas) normas. Ahora bien, ante esto cabe plantearse la pregunta ¿el Derecho se compone solo de normas jurídicas? Evidentemente, no. En palabras de von Ihering (1946):

> (...) la norma y la coacción son elementos de pura forma que no nos enseñan nada del contenido del derecho. Todo lo que nos dicen es que la sociedad exige ciertas cosas de sus miembros. Pero ¿por qué causa?, ¿con qué fin? No lo advertimos. Permanecemos en presencia de la forma exterior e inmutable del derecho. Solo el contenido del derecho nos enseña su verdadera utilidad social. (p. 210)[38]

Debemos analizar cuáles son las transformaciones que forman parte del Derecho y que le dotan, a aquella ciencia, de sentido y fundamento.

Desarrollo

Una duda constante para quienes estamos inmersos en el mundo del Derecho es precisamente sobre su significado. Así, muchas personas a lo largo de la historia de la humanidad se han esforzado por tratar de hallar una definición unívoca de lo que el Derecho es. Sin embargo, al ser una ciencia que depende en gran medida de los cambios sociales, muchas son las acepciones que existen acerca del Derecho. Vamos a observar, de manera general, algunas de ellas a continuación.

Hay autores como Toullier y Duvergier (1845)[39] que sugieren que el término Derecho proviene de la palabra latina *directum* que deriva del verbo *dirigere*, que significa enderezar. Para Planiol (1922), la relación responde a una metáfora ya que: "viene de *directum*, tomado en su sentido figurado y designa lo que está conforme a la regla, es decir, la ley" (p. 1)[40]. Así también, Planiol (1922) afirmó que la misma metáfora es aplicable a la mayoría de las lenguas europeas. De esta manera Derecho es *right* (en idioma inglés), *Recht* (en idioma alemán),

---

[37] En esta concepción de *"(...) normas que son de obligatorio cumplimiento (...)"* se hace referencia a la clasificación de Derecho Objetivo.

[38] Rudolph von Ihering, *El fin en el derecho* (Editorial Altaya, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 1946) p. 210.

[39] Toullier, C. B. M. y Duvergier, J. B., *Le Droit civil français*, sixième édition, volume premier, F. Coutillon, Paris, S/a, #11.

[40] Marcel Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, neuvième édition, tome premier, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1922, #1.

regt (antiguamente en holandés), *diritto* (en idioma italiano), *direito* (en idioma portugués), *dret* (en idioma catalán), *dreptu* (en idioma rumano), *rett* (en idioma noruego), *droit* (en idioma francés), etc.

Por ello, Alatorre (1995) menciona que:

> (...) las palabras rey, derecho, regla, ruego y prórroga y muchas otras, a través del latín (*rex*, *directum*, *regula*, etc.) y de los antecesores del latín, se remontan en línea continua a una antiquísima raíz *reg-*, de la que vienen, además, entre otras de muchas lenguas modernas, la palabra alemana *Reich* ("reino") y la palabra inglesa *right* ("derecho"). (p. 12)[41]

Sin embargo, hay que señalar que a pesar de las raíces latinas de la palabra Derecho, muchos otros autores han definido al mismo como lo justo. Entonces se asimila lo justo con lo correcto, lo correcto con lo derecho, y así la metáfora de la que habla Planiol se muestra con una naturalidad evidente, al punto de hacerse práctico al momento en el que, *verbigratia*, preguntamos a alguien qué cree que significa Derecho.

Ahora bien, el análisis anterior responde únicamente a las acepciones formales de la palabra Derecho como expresión. Pero hay que destacar que, al ser una ciencia que pertenece a la sociedad y por lo tanto, humanística, es muy importante señalar las diferentes teorías conceptuales que se han elaborado del fenómeno jurídico.

Existen tres criterios de valoración de Derecho que a lo largo de la historia han sido piedra angular de cada etapa de la ciencia jurídica en distintos momentos de la humanidad. Estos tres criterios son los de justicia, validez y eficacia. Diversos filósofos del Derecho enriquecieron cada criterio y así, por su afinidad a cada punto de vista, surgieron las tendencias, corrientes o concepciones de Derecho. Pero, ¿qué sugiere la expresión "concepción de Derecho"? En palabras de Atienza (2013):

> Una concepción del Derecho viene a ser un conjunto de respuestas, con cierto grado de articulación entre sí, a una serie de cuestiones fundamentales en relación con el Derecho: cuáles son sus componentes básicos, cómo se determina el Derecho válido, qué relación mantiene con la moral o con la política, en qué consisten las operaciones de interpretarlo y aplicarlo, etc. (p. 21)[42]

---

[41] Antonio Alatorre, *Los 1001 años de la lengua española* (El Colegio de México-FCE, México, 1995) p. 12.

[42] Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica* (Editorial Trotta, Madrid, España, 2013) p. 21.

Las concepciones tomaron nombre para identificar a cada una y así poder delimitar conceptualmente lo que cada tendencia representa. Podemos notar, entonces, que existen, y sin ser restrictivo en su enunciación, las siguientes corrientes centrales: a) Derecho Natural (*ivsnaturalismo*), b) Derecho Positivo (*ivspositivismo*, positivismo normativista, positivismo estructural o positivismo analítico), c) Realismo Jurídico (positivismo funcional o positivismo sociológico), y una adicional que luego la abordaremos que se denomina d) Constitucionalismo o Post-positivismo. También debemos destacar a las siguientes corrientes periféricas: el Formalismo Jurídico y Escepticismo Jurídico (Atienza, 2013)[43].

a. Corriente del Derecho Natural o *Ivsnaturalismo*

En el mundo, en general, suele haber por lo menos dos ideas que siempre se contraponen. Por ejemplo, lo cierto de lo incierto, lo verdadero de lo falso, lo objetivo de lo subjetivo, etc. En este caso particular, la contraposición inicial en el mundo del Derecho fue entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo.

La corriente del Derecho Natural tiene sus orígenes en la antigüedad. Se funda en la expresión filosófica de *deontología jurídica* y propende, conforme lo señala Falcón y Tella (1994), a una suerte de validez material[44] como justicia en el Derecho. Para esta corriente, la existencia del Derecho viene dada en función de lo justo y, entonces, su validez depende de la ley natural. Autores como Bobbio (2016)[45] sugieren que esa validez sería viable si los criterios como lo natural y lo justo tuvieran un significado inmutable e inmodificable.

Sin perjuicio de aquello, cabe recalcar que es muy difícil encontrar un solo concepto que sea inmutable e inmodificable de lo que representa lo justo. Esto porque las expresiones humanas provienen de convencionalismos sociales. A decir: en la antigüedad, para Aristóteles, lo natural era la esclavitud; en la ilustración, para Locke, lo era la propiedad privada; en la revolución, para Marx, lo era la comunidad de bienes; para Kant, lo era la libertad. De esta forma, nos podemos dar cuenta de que el ser humano no puede ofrecer una sola definición, un significado unívoco, de lo que lo natural o lo justo representan.

---

[43] *Ibídem*, p. 21-30.

[44] María José Falcón y Tella, *Concepto y fundamento de la validez del derecho* (Editorial Civitas, Madris, España, 1994) p. 34 y 35.

[45] Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, trad. Jorge Guerrero (Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2016) p. 27 a 30.

El análisis que se hace en el párrafo anterior, proviene de lo que tiempo después se llamaría *ivsnaturalismo* racionalista y que fuera el origen de la corriente filosófica del positivismo normativista (Salgado, 2019)[46]. En los albores de la historia del Derecho, el *ivsnaturalismo* al que se hace referencia primero, es el denominado aristotélico-tomista (Hervada, 1990)[47],. Este es el que tiene relación con el llamado derecho universal que proviene de un orden divino que sustenta al Derecho Positivo y lo condiciona para su validez (Vigo, 2016)[48].

En general, el *ivsnaturalismo* propugna por la existencia de valores suprapositivos[49] que alimenten al Derecho Positivo. Que aquellos principios sean el fundamento de la validez de un ordenamiento jurídico destinado a regular la vida en la sociedad. Algunos de los más destacados filósofos de la corriente *ivsnaturalista* fueron: Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Hugo Grocio, Gustav Radbruch, Lon L. Fuller, John Finnis, etc.

b. Corriente del Derecho Positivo, *Ivspositivismo*, Positivismo Normativista, Positivismo Estructural o Positivismo Analítico

La antítesis de la concepción *ivsnaturalista* del Derecho es, sin duda alguna, la del *ivspositivismo*. La corriente de Derecho Positivo ve sus orígenes en el *ivsnaturalismo* racionalista (a partir de la separación que se hiciere entre el Derecho y lo divino). Se funda en la expresión filosófica de ontología jurídica y propende por el concepto de validez formal de las normas que integran un ordenamiento jurídico. El Positivismo Normativista se ocupa en buscar el fundamento de la validez de las normas en un sentido estrictamente formal.

De esta manera, uno de sus mayores precursores, Kelsen (1994) nos menciona que: "El derecho positivo es un orden coercitivo, en el cual las normas son creadas por actos de voluntad de seres humanos; es decir, creadas por vía legislativa, judicial, administrativa o por

---

[46] Hernán Salgado Pesantes, *Introducción al Derecho*, cuarta edición (Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2019) p. 9.

[47] Javier Hervada, *Lecciones de filosofía del derecho* (Editorial Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1990) p. 9.

[48] Rodolfo Luis Vigo, *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo* (Editorial Porrúa, Ciudad de México, México, 2016) p. 10.

[49] Es decir, que doten a un ordenamiento jurídico de un alto contenido axiológico para que pueda así legitimarse el contenido de las normas que lo integren.

costumbres constituidas por actos de seres humanos" (p. 9)[50]. Para este filósofo del Derecho, las normas que componen un ordenamiento jurídico se fundamentan en la voluntad humana y se distinguen en la fuerza con la que cada órgano con potestad normativa emita las mismas. En el positivismo, el punto de partida siempre será la ley (en sentido amplio) y en la validez[51] con la que son creadas las mismas (en sentido estricto).

Cabe mencionar que el tránsito del *ivsnaturalismo* al *ivspositivismo* se debió en gran medida a que, en la época de la monarquía ilustrada o despótica, los príncipes comenzaron a fundar su poder en sí mismos (Locke, 1976)[52] y de aquella forma perdían legitimidad frente a una ciudadanía que cada vez más se iba ilustrando con relación al ejercicio del poder. Es decir, la voluntad sobrenatural que fundamentaba sus mandatos fue perdiendo fuerza y, en el Derecho, dio lugar a una corriente de Derecho Natural de corte racionalista y luego al racionalismo propiamente dicho que fue, como anticipamos, el punto de partida de la tendencia del Derecho Positivo. Así, un cambio significativo fue el de considerar la existencia de un nuevo soberano: el poder constituyente. El mismo reside en el pueblo y en su voluntad de fundar un Estado bajo sus propias reglas y designios.

Por sí solo, el pueblo quiere siempre lo bueno; pero por sí solo, no lo ve siempre. La voluntad general siempre es recta pero el juicio que la guía no siempre es ilustrado. Es preciso hacerle ver los objetos tal y como son y, algunas veces, tal como debe parecerle; mostrarle el buen camino que ella busca, preservar la de la seducción de las voluntades particulares, ponerle a la vista a los lugares y los tiempos, equilibrar el atractivo de las ventajas presentes y sensibles con el peligro de los males lejanos y ocultos. Los particulares ven el bien que rechazan; el público quiere el bien que no sabe ver. Todos tienen igual necesidad de guías. A los unos se les ha de enseñar a conformar su voluntad

---

[50] Hans Kelsen, *Positivismo jurídico y Doctrina del Derecho Natural* (IUS ET VERITAS, 5(8), 9-12, Lima, Perú, 1994). Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15414

[51] Cuando se habla de validez, se hace referencia a la validez formal y a la validez materia. Es decir, tanto el hecho de que la producción normativa siga una serie reglada de etapas que desemboquen en "la norma", como que aquella norma regule lo que le toque regular. Véase también: Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del Derecho* (Editorial Trotta, Madrid, España, 2011) p. 73 – 82.

[52] John Locke. *Second treatise of Government: And, a Letter Concerning Toleration* (J. W. Gough, Ed.). Barnes & Noble Books-Import, 1976.

con su razón; al otro se le ha de enseñar a conocer lo que quiere. Los conocimientos públicos resultan de la unión del entendimiento con la voluntad en el cuerpo social; de aquí, se obtiene un exacto concurso de las partes, y, en fin, la mayor fuerza de todo. De aquí nace la necesidad de un legislador. (Rousseau, 2019, pp. 39-40)[53]

De esta forma, el fundamento del *ivspositivismo* es la voluntad soberana del pueblo cedida a sus representantes. A aquella cesión, que en un primer momento se establecería para la creación del Estado como tal, Rousseau le denominaría "contrato social" por medio del cual los ciudadanos realizamos, en aquella convención, lo siguiente:

1. La creación de una persona jurídica denominada Estado.
2. Ceder al Estado nuestra soberanía en la toma de decisiones ulteriores sin afectar a la democracia.
3. Ratificar la voluntad general del pueblo en el sentido del pronunciamiento para auto-restringirse y así otorgarle autoridad y poder al Estado como centro de poder y fundamento de los derechos.
4. Otorgarle representatividad al pueblo frente a los demás pueblos.

Así, Montesquieu en El Espíritu de las Leyes propuso un sistema de gobierno en el que los poderes de este no recaigan en una sola persona, sino que estuvieran todos, al mismo nivel, siempre equilibrados (Montesquieu, 2002)[54]. A aquella tesis se le denominaría Teoría de Pesos y Contrapesos y contempla el establecimiento de los siguientes poderes:

1. Poder Legislativo. – Encargado de elaborar las leyes que rijan en el territorio determinado.
2. Poder Ejecutivo. – Encargado de hacer ejecutivas las leyes que emanen del Poder Legislativo.
3. Poder Judicial. – Encargado de juzgar el incumplimiento de las leyes que emanen del Poder Legislativo.

Tal como se puede apreciar en aquel tránsito histórico, la voluntad del pueblo, y la de sus representantes en su nombre, sirven de fundamento único para el establecimiento de un ordenamiento jurídico

---

[53] Jean-Jacques Rousseau. *El contrato social* (Editorial Lectorum S.A., Ciudad de México, México, 2019) pp. 39-40.

[54] Charles- Louis de Secondat barón de Montesquieu. *El espíritu de las leyes* (Castro Alfín, Trad., Istmo, 2002).

válido destinado a regular la vida en sociedad. Muchas de aquellas creencias acerca del denominado *ivspositivismo* ahondan en la separación de la moral y el Derecho, producto del racionalismo de la Ilustración; además, de consolidarse el Derecho como un conjunto de normas coactivas creadas por seres humanos mediante procesos determinados e identificables objetivamente.

Sin embargo, una cuestión que ciertos críticos del *ivspositivismo* hicieron relucir es el hecho de que en dicha corriente se valida demasiado (o en exceso) la infalibilidad de la voluntad general (Plazas Vega, 2009)[55], sin que exista una tendencia a la discusión. Esto, porque los *ivspositivistas* consideran que, si existe un órgano representativo al que le es conferida la voluntad para crear normas , sus integrantes son elegidos por la ciudadanía, la aprobación de las normas por parte de aquel órgano es más que suficiente para validar la existencia de aquellas normas en la sociedad, sin posibilidad de discutir el hecho de que puedan, como no, cambiar en el tiempo, por diversas circunstancias que no le son ajenas al Derecho. Además, a consideración de algunos teóricos del Derecho, la corriente del Positivismo Normativista resulta ser "incompleta" cuando se trata de explicar el fenómeno jurídico, ya que cuando hablamos de Derecho podemos hacernos muchas preguntas no solamente sobre la validez de sus normas sino también del contenido justo de las mismas para poder identificar el Derecho del no Derecho (Atienza Rodríguez y García Amado, 2021)[56].

Al ser, el Positivismo Normativista una corriente que se inclina por cuestiones de validez formal de las normas, muchos autores sugieren que dicha tendencia del Derecho excluye, en cierto modo, algunas técnicas de interpretación jurídica. Así, para el *ivspositivismo*, las normas deben ser interpretadas tal cual se manifiestan en texto[57]. En esta corriente, las normas son reglas. Señala Aguiló (2007) que las reglas son las que se correlacionan entre una descripción cerrada, directamente con una solución normativa. Así, las reglas se fundan en el principio de tipicidad y, por lo tanto, inadmiten cualquier tipo de deliberación práctica o de valoración. Por ello, en la corriente de Derecho Positivo, difícil sería encontrarse con normas deliberadamente abstractas y generales (textura abierta del lenguaje), puesto que

---

[55] Mauricio Plazas Vega, *Del Realismo al Trialismo Jurídico*, segunda edición (Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2009) p. 108.

[56] Manuel Atienza Rodríguez y Juan Antonio García Amado. *Debates iusfilosóficos. Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral* (Palestra Editores, Lima, Perú, 2021).

[57] Concepción propia de la Escuela de la exégesis.

aquello admitiría otro tipo de técnicas de interpretación ajenas al *ivspositivismo* (Aguiló, 2007)[58].

Es menester destacar que, si bien, por un lado Kelsen establecía a todas las normas con la característica de coactivas, Hart (2017)[59] defendía la siguiente clasificación de normas a manera de características:

1. Normas primarias. – Las que establecen prohibiciones, obligaciones o permisiones.
2. Normas secundarias. – A las que dividía de la siguiente manera:
    - Regla de reconocimiento: que permiten dar cuenta de cuáles normas pertenecen a un sistema determinado.
    - Normas de cambio: que determinan los procedimientos de modificación o creación de normas.
    - Normas de juicio: que determinan la competencia de un organismo para conocer y sancionar al que ha infringido una norma primaria y su consecuencia.

En general, el *ivspositismo* tiende a convencernos que el Derecho es estrictamente un artefacto de los seres humanos (Scarpelli, 2021)[60] en el que no interviene ninguna autoridad de tipo divino. Es más, niega aquella relación al referirse a la corriente de Derecho Natural como una moral crítica (Guastini, 2019)[61]. Algunos de los más destacados filósofos de la corriente *ivspositivista* fueron: Hans Kelsen, Herbert Hart, Norberto Bobbio, David Hume, Jeremy Bentham, John Austin, Joseph Raz, etc.

d. Corriente del Realismo Jurídico, Positivismo Funcional o Positivismo Sociológico

Resulta evidente que la afirmación realizada acerca de que en el mundo, por lo general, existen dos ideas que siempre se contrapo-

---

[58] Josep Aguiló Regla, *Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras* (Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 0(30), Alicante, España, 2007) p. 665-675. Recuperado a partir de https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.55.

[59] Herbert Lionel Adolphus Hart, *El concepto de derecho* (G. R. Carrió, Trad.) Abeledo Perrot, 2017.

[60] Uberto Scarpelli, ¿Qué es el Positivismo Jurídico? (Editorial Zela, Ciudad de Puno, Perú, 2021) p. 105.

[61] Riccardo Guastini, *Discutiendo. Nuevos estudios de teoría y metateoría del derecho* (Editorial Zela, Ciudad de Puno, Perú, 2019) p. 250.

nen, es insuficiente. Siempre habrán matices en los que conceptos que pertenecen a la realidad humana van a variar conforme la sociedad evolucione. Siguiendo esta línea, surge la corriente del Realismo Jurídico como réplica al Positivismo Analítico. Se funda en la expresión filosófica de *fenomenología jurídica* y propende por el concepto de validez sociológica (Plazas Vega, 2009)[62] de las normas jurídicas. El Realismo Jurídico se ocupa en buscar el fundamento de la validez de las normas en la eficacia que las mismas tengan en la sociedad.

Para los precursores de esta corriente es muy importante la vinculación del Derecho con los hechos. Así, esta corriente se aleja del purismo al que se inclina el Positivismo Normativista y tiende a analizar a detalle el contenido del Derecho a la luz de los cambios sociales, culturales, políticos y económicos, que son el fundamento de la existencia de normas destinadas a regular la realidad social. Hay que destacar que, a criterio de Guastini (2019): "No todos los juristas positivos son realistas, pero todos los realistas son positivistas" (p. 252)[63].

Siguiendo aquella línea, cabe destacar que existen varias escuelas dentro del Realismo Jurídico (Carruitero y Cerna, 2019) [64]. Estas son:

- **Realismo Jurídico norteamericano.-** Que ataca el dualismo entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo a partir de la realidad y directamente a la eficacia de las normas. Así, dota al juez de la suficiente fuerza para crear normas a través de sus fallos y le confía la posibilidad de adecuar las normas del ordenamiento conforme su formación y el contexto en el que se desarrolle a la luz de la realidad (Recaséns Siches, 1979)[65].

- **Realismo Jurídico escandinavo.-** Que considera que el dualismo entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo tiene que ser superado no solo desde el punto de vista de la realidad, sino también

---

[62] Mauricio Plazas Vega, *Del Realismo al Trialismo Jurídico,* segunda edición (Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2009) p. 132.

[63] Riccardo Guastini, *Discutiendo. Nuevos estudios de teoría y metateoría del derecho* (Editorial Zela, Ciudad de Puno, Perú, 2019) p. 252.

[64] Francisco Carruitero y María Eugenia Cerna, *Curso Universitario de Filosofía del Derecho* (Jurista Editores, Lima, Perú, 2019) p. 263.

[65] Luis Recaséns Siches, *El realismo jurídico norteamericano* (Comentarios en Enciclopedia Jurídica Omeba, vol. XXIV, Buenos Aires, Argentina, 1979) p. 24 – 50.

tomando en cuenta otro tipo de elementos del fenómeno jurídico; en particular, las normas y su proceso de creación (Ross, 1961)[66].

- **Realismo Jurídico genovés.-** Que se centra más en el estudio de los fenómenos que alimentan a la ciencia del Derecho. Así, la tendencia iniciada por Giovanni Tarello se destinó a nutrir un jurista teórico y práctico, que da cuenta de los mecanismos por los cuales se toman decisiones y la manera de razonar de quienes aplican el Derecho en la sociedad (Ferrer y Bautista, 2017)[67].

- **Realismo Jurídico francés.-** Que considera a la interpretación como la piedra angular de la teoría del Derecho. Considera que las normas en realidad son producto de la interpretación y le dota fuerza al intérprete y al tipo de intérprete de un texto normativo (Peces-Barba, 2002)[68].

Como se hizo mención en párrafos anteriores, hay puntos de coincidencia entre los adeptos al Positivismo Normativista y al Realismo Jurídico. Entre algunas de ellas están: 1) niegan la existencia del Derecho Natural y, por lo tanto, la no conexión entre el Derecho y la moral; 2) la existencia de la jurisprudencia como parte del fenómeno jurídico[69]; y 3) no se pueden inferir normas a partir de los cambios sociales, primero deben pasar por un procedimiento formal de creación.

Algunos de los más destacados filósofos de la corriente del Realismo Jurídico norteamericano son: Jerome Frank, Karl N. Llewellyn, Underhill Moore, Herman Oliphant, Walter Cook, Charles E. Clark, Wesley Sturges, etc.; del Realismo Jurídico escandinavo son: Vilhem Lundstedt, Karl Olivecrona, Alf Ross, etc.; del Realismo Jurídico genovés son: Giovanni Tarello, Silvana Castignone, Riccardo Guastini, Mauro Barberis, Paolo Comanducci, Pierluigi Chiassoni, etc.; y del Realismo Jurídico francés, es: Michel Troper.

---

[66] Alf Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, trad. Julio Barbosa (Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1961) p. 17 y 18.

[67] Jordi Ferrer y Giovanni Bautista, *El realismo jurídico genovés* (Marcial Pons, Madrid, España, 2017) p. 12.

[68] Gregorio Peces-Barba, *M. Troper; por una teoría jurídica del Estado* (Editorial Dykinson, Madrid, España, 2002) p. XIV-XC.

[69] Sin perjuicio de que en ambas corrientes del Derecho, la jurisprudencia tiene distinta fuerza.

e. Corriente del Constitucionalismo o Post-positivismo

Antes de introducirnos en la corriente del Constitucionalismo o Post-positivismo, cabe destacar que la idea de Constitución, no le pertenece exclusivamente a la segunda mitad del siglo XX. Ya en la Antigüedad, filósofos como Aristóteles acuñaban este concepto para referirse al instrumento en el que se debía plasmar la forma de organización de los atenienses. Él le denominaría *politeia*. y la gran mayoría de autores lo traduciría como Constitución. Otros filósofos como Cicerón utilizarían la expresión *constitutio* para denominar a la forma ideal de gobierno equilibrado y estable. Aquello demuestra que el concepto de Constitución ha variado sobremanera para llegar a la concepción moderna de la misma (Fioravanti, 2001)[70].

La Edad Media, que inició en el año 476 con la caída del Imperio romano de Occidente y que finalizó en el año 1492 con la llegada de Cristóbal Colón a América, se caracterizó por la presencia de gobiernos monárquicos que, en la práctica, no precisaban de un texto escrito al cual adjudicarle una categoría de Constitución como actualmente la conocemos. La razón se debía a que los lineamientos y organización del Estado monárquico estaban siempre a la postre del monarca, del rey y por ello, en constante cambio. El absolutismo tomó partida al denominar que la figura del rey es la del soberano y que todos los poderes residían en él y solo en él.

Como bien indicamos en líneas anteriores, las transformaciones sociales y políticas que tuvo el mundo supusieron la falla del absolutismo y el nacimiento de un nuevo modelo de gobierno en el que la soberanía radicara en el pueblo. Pero estos cambios fueron progresivos. El más peculiar y famoso de todos, en el que se delimitó la autoridad del rey, fue el de Juan Sin Tierra.

En aquel entonces Inglaterra estaba sometida a un sin número de gravosos impuestos. En su debilidad, los barones ingleses le impusieron al rey la denominada *Carta Magna*, en la cual el monarca se comprometía a respetar derechos y costumbres de los comerciantes, los caballeros, los barones, los centros urbanos y la ciudad de Londres. Así también, se estableció el derecho a la libertad, a la seguridad y a los juicios equitativos para todos. Lo más destacable del documento

---

[70] Maurizio Fioravanti. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días* (Editorial Trotta S.A., Madrid, España, 2001) p. 29.

es la cláusula que contiene la obligación del rey de no exigir nuevos impuestos sin la aprobación del pueblo (Vila Casado, 2012)[71].

De este modo, se fueron formando algunas ideas de lo que más adelante sería el concepto moderno de Constitución como instrumento en el cual se limitaría el poder político y, luego, con el devenir del tiempo, iría evolucionando hacia una mirada de los derechos ciudadanos a ser regulados y reconocidos. Un ejemplo bastante claro de esa evolución fue la Declaración de los Derechos de Virginia de 1776, que fuera el primer documento orgánico escrito del Estado moderno. Ya en 1787, se aprobaría la Constitución Federal de los Estados Unidos de América en la que teorías como la de pesos y contrapesos de Montesquieu fueron recogidas para frenar el poder del Estado. En 1791 se incluiría la Carta de Derechos o *Bill of Rights* en la que, por medio de diez enmiendas, se establecieron los derechos de los ciudadanos estadounidenses.

Mucho tiempo después llegó un hecho sin precedentes en la historia de la humanidad, en general, y en el Derecho, en particular: la Segunda Guerra Mundial. Los procesos de Nüremberg[72] y de Tokyo[73] supusieron un cambio de paradigma acerca de lo que se espera del Derecho. Al preguntarnos si son suficientes los criterios de justicia, validez y eficacia para analizar un ordenamiento jurídico, la respuesta es no. ¿Por qué? Pues, porque idealmente estos criterios, de forma independiente, no coadyuvan a mantener un orden efectivo en la sociedad y por ende la correspondiente armonía, tanto de las personas como de las normas.

Así, nace el Constitucionalismo o Post-positivismo, propiamente dicho, con una mirada del Derecho a favor de los principios, derechos y reglas, que alimentan axiológicamente el ordenamiento jurídico y que es transversal a todas las ramas del Derecho.

Como se revisó anteriormente, el poder, siempre ha sido la piedra angular del Derecho en cuanto a la facultad de emitir normas y de obligarse a sí mismo y a los demás. Por aquel motivo, una preocupación constante de la sociedad ha sido el exceso o abuso en el ejercicio del poder. Así, desde la filosofía inglesa, transitando por la ilustración

---

[71] Iván Vila Casado, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo* (Legis Editores, Colombia, 2012) p. 18.

[72] Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, *Examen histórico de la evolución en materia de agresión* (Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 2002) p. 18 – 130.

[73] *Ibídem*, p. 131 – 143.

francesa, a la luz de las monarquías absolutistas de la época se analizó la manera en la que se puede limitar el abuso de la fuerza institucional. La humanidad se preocupó por fortalecer el parlamento (Vila Casado, 2012)[74] para controlar, de alguna forma, los excesos de poder. En virtud del fortalecimiento referido, los ordenamientos jurídicos se centraron en la ley como consecuencia del principio de soberanía parlamentaria (Jennings, 1959)[75].

Sin perjuicio de aquello, la realidad fue distinta en Estados Unidos de América, ya que muy temprano incorporó en su ordenamiento jurídico el control difuso de constitucionalidad. Esto provocó una dinamización del poder del Gobierno y la existencia de una fuerza contra-mayoritaria para las leyes que emanen del legislativo y las acciones gubernamentales que emanen del ejecutivo. ¿Cuál fue el documento donde se plasmó aquello para limitar el abuso del poder? En la Constitución.

Una Constitución es un documento jurídico-político destinado a organizar el Estado y a establecer los derechos de las personas. En Ecuador, al nacimiento de la República en el año de 1830, se consideraba a la Constitución como un mero documento político únicamente orientador en lo que se refiere a la estructura del Estado. Es decir, la Carta Magna era un conjunto de normas programáticas que, para ser efectiva, necesitaba el auxilio de la ley. Entonces cabe preguntarse: ¿era considerada una norma suprema? Sí, pero que solo definía lineamientos generales, mero declarativa, axiológica y reguladora de la creación de las leyes que, de forma paradójica, necesitaba de la ley para su pleno funcionamiento.

Recapitulando, a partir de los eventos de la Segunda Guerra Mundial, la sociedad en general comienza a repensar de si la voluntad del legislador, reducida al texto de la ley, es suficiente para validar documentos normativos. De esta forma se marca un hito en la historia del Derecho, tal como señala Vigo (2009):

> La segunda mitad del siglo XX en Europa marca el tránsito del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Consti-

---

[74] Iván Vila Casado, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo* (Legis Editores, Colombia, 2012) p. 19 – 21.

[75] En palabras de Jennings: *"La supremacía parlamentaria significa en primer lugar que el Parlamento puede crear jurídicamente legislación sobre cualquier tipo de objeto o materia (...). En segundo lugar (...), que el Parlamento puede legislar para todas las personas y lugares. Si ordena que fumar en las calles de París es un delito, entonces es un delito"*. Ivor Jennings: *The Law and the Constitution* (University of London, Londres, 1959) p. 170.

> tucional; o sea, el paso –al decir de Ferrajoli– del Estado de Derecho "débil" al Estado de Derecho "fuerte". Así la realidad jurídica europea se transforma en sus líneas fundamentales, pero sintéticamente esos cambios suponen superar la sinonimia entre ley y derecho que había impulsado el siglo XIX a partir de la Revolución Francesa, lo que queda receptado por primera vez en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 cuando se refiere a aquellas realidades ("ley" y "derecho") como distintas. Precisamente ese derecho que antecede, excede y controla a la ley, es el que las nuevas Constituciones reconocen bajo el rótulo –explícito o implícito– de valores, principios, fines o derechos humanos, y consecuentemente, se encomienda a tribunales constitucionales que velen para que aquel "higher law" prevalezca sobre todos los intentos de su violación a través del resto de las normas infraconstitucionales. (p. 256)[76]

Siguiendo esta línea, alrededor del mundo, se generan algunos cambios, entre ellos: 1) la incorporación, en los textos constitucionales, de derechos de carácter social, económico y cultural, los cuales precisan acciones directas de los diversos organismos estatales para su efectiva vigencia (Zavala, 1999)[77]; 2) la configuración de Estados sociales de Derecho (Vila, 2012)[78], en los que las autoridades estatales deben velar para que la comunidad participe activamente de los cambios sociales, económicos, culturales y políticos; 3) el establecimiento de Tribunales y Cortes Constitucionales como organismos de fuerza contra-mayoritaria para precautelar la supremacía de las Constituciones, en sus respectivos Estados, y la efectiva vigencia de los derechos consagrados en ellas (Guastini, 2018)[79]; y, 4) el amplio desarrollo de la Teoría General del Derecho, en torno al Derecho Constitucional para lograr la eficacia de las Cartas Supremas densamente normativas (Zagrebelsky, 2011)[80].

---

[76] Rodolfo Luis Vigo, *Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones* (Revista De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales. Nueva Época, 1(7), Ciudad de Santa Fe, Argentina, 2009) p. 256.

[77] Jorge Zavala Egas, Derecho Constitucional, tomo 1 (Editorial Edino, Guayaquil, Ecuador, 1999) p. 124.

[78] Iván Vila Casado, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo* (Legis Editores, Colombia, 2012) p. 412.

[79] Riccardo Guastini, *Filosofía del Derecho Positivo. Manual de teoría del Derecho en el Estado Constitucional* (Palestra editores, Lima, Perú, 2018) p. 232.

[80] Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Décima edición* (Editorial Trotta, Madrid, España, 2011) p. 9.

Un fenómeno importante que se dio a partir de aquel cambio de paradigma, fue el de la constitucionalización del orden jurídico (Aguiló, 2007)[81]. Es decir, que los encargados de elaborar y aplicar un ordenamiento jurídico determinado tomen consciencia de que las normas jurídicas supremas contenidas en la Constitución no son solo supremas en lo formal, sino también en lo material, y que aquello supone que todas las normas infraconstitucionales deben guardar coherencia con la Carta Magna. De esta forma, las normas constitucionales adquieren fuerza vinculante a todas las normas que componen un ordenamiento jurídico.

De esta manera, quedó prácticamente resuelta la duda de si es que es suficiente valorar al Derecho solo desde lo justo, lo válido o lo eficaz. El paradigma post-positivista supuso una suerte de entrelazamiento entre estos tres criterios al momento de analizar esta ciencia, sobretodo porque se aleja de creencias estáticas de Derecho y se pone de pleno manifiesto que es un fenómeno muy complejo y que, en sí mismo, es una realidad social (Aguiló, 2008)[82]. Algunos de los más destacados filósofos del Constitucionalismo o Post-positivismo, son: Carlos Santiago Nino, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Luis Prieto Sanchís, Gustavo Zagrebelsky, Ronald Dworkin, Manuel Atienza, Josep Aguiló, etc.

Teniendo en cuenta el análisis que hemos hecho en el presente artículo, debemos considerar que, efectivamente, el Derecho es una ciencia. Esto, porque, como señala Asencio Cabot (2014):

> (...) la ciencia no [es] sólo (...) un sistema de conceptos, proposiciones, teorías e hipótesis, sino también, simultáneamente, (...) una forma específica de la actividad social dirigida a la producción, distribución y aplicación de los conocimientos acerca de las leyes objetivas de la naturaleza y la sociedad (...)83. (p. 549)

---

[81] Josep Aguiló Regla, *Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras* (Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 0(30), Alicante, España, 2007) p. 666. Recuperado a partir de https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.55.

[82] Josep Aguiló, *Sobre Derecho y argumentación* (Lleonard Muntaner, editor, Palma (Mallorca), España, 2008) p. 25.

[83] Esperanza Asencio Cabot, *Una aproximación a la concepción de ciencia en la contemporaneidad desde la perspectiva de la educación científica* (Ciênc. Educ., Bauru, 2014) v. 20, n. 3, p. 549.

Siguiendo aquella línea, podemos notar que el Derecho, desde el punto de vista científico, representa una actividad social dirigida a la producción de conocimiento que se manifiesta, principalmente, a través de normas. Esto no excluye que se manifieste de otras maneras ya que, al ser una ciencia, también se preocupa por la aplicación de aquellos conocimientos, su interpretación, la verificación del contexto histórico en el que se desarrolla y los fines para los que sirve la misma.

Cabe señalar también que, tal como indica Ruiz (2005)[84], la ciencia está estrictamente vinculada a la actividad investigativa. Esto, porque se encamina a la producción del conocimiento acerca de la naturaleza, la sociedad y el pensamiento de los seres humanos. De esta forma, el Derecho encuentra sentido y fundamento para ser considerada una ciencia, una ciencia práctica.

Conclusiones

- Aquello que llamamos Derecho, es algo tan común en nuestras vidas y que está presente en todos los actos y hechos cotidianos. Cualquier actividad, propia o ajena, tiene consecuencias jurídicas de las que tenemos que estar conscientes siempre pues, en mayor o menor medida, acarrean responsabilidades, deberes u obligaciones.

- Hallar una definición unívoca de lo que la expresión Derecho representa es pretencioso. Cada mirada del fenómeno jurídico es respetable y todas alimentan a aquella ciencia del Derecho. Ninguna tendencia reemplaza a la otra, muchas de ellas siguen vigentes al mundo de hoy, con ciertos matices a la luz de las necesidades de la sociedad actual.

- La visión del mundo acerca del fenómeno jurídico va a evolucionar de la mano con la forma de manifestación política de los ciudadanos. De aquella forma podemos darnos cuenta que, desde la Antigüedad, el Derecho fue tomando forma para convertirse en lo que actualmente conocemos como tal. Sin embargo, difícilmente podremos encontrar una respuesta correcta sobre lo que significa en realidad.

- Aquella evolución del Derecho nos permite dar cuenta que estamos ante una ciencia social dinámica que permite el conocimiento de fenómenos culturales, políticos, económicos, etc.

---

[84] Ariel Ruiz, *Introducción a la investigación en la educación* (MINED, La Habana, Cuba, 2005) p. 19.

- No podemos reducir el concepto de ciencia solo a las ciencias naturales. También aquello que pertenece a la rama humanística es ciencia. De esta manera, la ciencia del Derecho halla su fundamento en el objeto (la interacción social y la necesidad de establecer normas para la convivencia), el campo de estudio (los cambios sociales), los métodos y técnicas de estudio (lo relativo a la interpretación e integración en el Derecho), etc.

- Descartar que a futuro podría haber alguna nueva tendencia de Derecho, que redefina todos los conceptos que hemos revisado en el presente artículo académico, sería desconocer el dinamismo de la ciencia del Derecho.

Referencias bibliográficas

Aguiló Regla, J. (2007). *Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 0(30), Alicante, España. Recuperado a partir de https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.55.

Aguiló, J. (2008) *Sobre Derecho y argumentación*. Lleonard Muntaner, editor, Palma (Mallorca), España.

Alatorre, A. (1995) *Los 1001 años de la lengua española*. El Colegio de México-FCE, México.

Asencio Cabot, E. (2014) *Una aproximación a la concepción de ciencia en la contemporaneidad desde la perspectiva de la educación científica*. Ciênc. Educ., Bauru. v. 20, n. 3.

Atienza Rodríguez, M., & García Amado, J. A. (2021). *Debates iusfilosóficos. Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral*. Palestra Editores S.A., 2021.

Atienza, M. (2013) *Curso de argumentación jurídica*. Editorial Trotta, Madrid, España.

Bobbio, N. (2016) *Teoría general del derecho*, trad. Jorge Guerrero. Editorial Temis, Bogotá, Colombia.

Carruitero, F. y Cerna, M. (2019) *Curso Universitario de Filosofía del Derecho*. Jurista Editores, Lima, Perú.

Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (2002) *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*. Organización de las Naciones Unidas, Nueva York.

Falcón y Tella, M. (1994) *Concepto y fundamento de la validez del derecho*. Editorial Civitas, Madris, España.

Ferrer J. y Bautista, G. (2017) *El realismo jurídico genovés*. Marcial Pons, Madrid, España.

Figueroa L. (2018) *Las fuentes del Derecho*. Editorial Porrúa, Ciudad de México, México.

Fioravanti, M. (2001) *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Editorial Trotta S.A., Madrid, España, 2001.

Guastini, R. (2018) *Filosofía del Derecho Positivo. Manual de teoría del Derecho en el Estado Constitucional*. Palestra editores, Lima, Perú.

Guastini, R. (2019) *Discutiendo. Nuevos estudios de teoría y metateoría del derecho*. Editorial Zela, Ciudad de Puno, Perú.

Hart, H. L. A. (2017) *El concepto de derecho* (G. R. Carrió, Trad.) Abeledo Perrot, 2017.

Hervada, J. (1990) *Lecciones de filosofía del derecho*. Editorial Universidad de Navarra, Pamplona, España.

Ihering, R. (1946) *El fin en el derecho*. Editorial Altaya, Ciudad de Buenos Aires, Argentina.

Jennings, I. (1959) *The Law and the Constitution*. University of London, Londres, Inglaterra.

Kelsen, H. (1994). *Positivismo jurídico y Doctrina del Derecho Natural*. IUS ET VERITAS, 5(8). Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15414

Locke, J. (1976). *Second Treatise of Government: And, A Letter Concerning Toleration* (J. W. Gough, Ed.). Barnes & Noble Books-Imports, 1976.

Montesquieu, C. L. d. S. (2002). *El espíritu de las leyes* (D. Castro Alfín, Ed.; D. Castro Alfín, Trad.). Istmo, 2002.

Nino, C. (2003) *Introducción al análisis del Derecho*. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina.

Peces-Barba, G. (2002) *M. Troper; por una teoría jurídica del Estado*. Editorial Dykinson, Madrid, España.

Planiol, M. (1922) *Traité élémentaire de Droit civil*, neuvième édition, tome premier, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris.

Plazas Vega, M. (2009) *Del Realismo al Trialismo Jurídico*, segunda edición. Editorial Temis, Bogotá, Colombia.

Prieto Sanchís, L. (2011) *Apuntes de teoría del Derecho*. Editorial Trotta, Madrid, España.

Recaséns Siches, L. (1979) *El realismo jurídico norteamericano*. Comentarios en Enciclopedia Jurídica Omeba, vol. XXIV, Buenos Aires, Argentina.

Ross, A. (1961) *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, trad. Julio Barbosa. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.

Rousseau, J.-J. (2019). *El contrato social*. Editorial Lectorum, S.A., 2019.

Ruiz, A. (2005) *Introducción a la investigación en la educación*. MINED, La Habana, Cuba.

Salgado, H. (2019) *Introducción al Derecho*, cuarta edición. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador.

Scarpelli, U. (2021) ¿Qué es el Positivismo Jurídico? Editorial Zela, Ciudad de Puno, Perú.

Toullier, C. B. M. y Duvergier, J. B. (1845) *Le Droit civil français*, sixième édition, volume premier, F. Coutillon, Paris.

Vigo, R. (2009) *Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones*. Revista De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales. Nueva Época, 1(7), Ciudad de Santa Fe, Argentina.

Vigo, R. (2016) *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo*. Editorial Porrúa, Ciudad de México, México.

Vila Casado, I. (2012) *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Legis Editores, Colombia.

Zagrebelsky, G. (2011) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Décima edición*. Editorial Trotta, Madrid, España, 2011.

Zavala Egas, J. (1999) *Derecho Constitucional*, tomo 1. Editorial Edino, Guayaquil, Ecuador.

El concepto de derecho en el pensamiento de Miguel Reale

Pablo Estrella Vintimilla

Abogado en Jurisprudencia por la Universidad de Cuenca. Ha estado vinculado con la docencia y la investigación universitarias, desde hace cuarenta y cinco años. Su carrera académica ha ido desde la ayudantía de cátedra, hasta Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca y Secretario General de la Asociación Ecuatoriana de Facultades de Derecho. Fue profesor principal de las cátedras de Filosofía del Derecho, Sociología Jurídica y Ética profesional en la Universidad de Cuenca. Profesor invitado en la Universidad Carlos III de Madrid. Fue Director del Instituto de Investigaciones Sociales (IDIS) de la Universidad de Cuenca. Por más de quince años, ha sido Director del Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de Producción del Azuay. Es Mediador calificado y ha participado de manera permanente en procesos de formación de mediadores en diferentes centros de mediación del país, y en cursos de post-grado en temas de negociación, mediación y solución de conflictos. Profesor de Medios Alternativos de Solución de Conflictos en la Escuela de Derecho y en la Escuela de Estudios Internacionales de la Universidad del Azuay. Fue editorialista de opinión en Diario "El Tiempo" de Cuenca. Miembro del Colectivo Ciudadano "Cuenca, ciudad para vivir". Recibió la condecoración "Municipalidad de Cuenca", en 2011, y la presea "Seguridad y Cultura de Paz", de la Cámara de Comercio de Cuenca, en 2016. Es autor de varios libros de ensayos históricos y jurídico-políticos. Escribe poesía y relato.

En función de los objetivos del presente artículo, creo pertinente iniciar citando al filósofo brasileño Miguel Reale, quién define, dentro de los límites que tiene un párrafo, por supuesto, elementos básicos de su pensamiento jurídico-filosófico que aquí competen; en especial, la importancia que tiene la teoría tridimensional del Derecho, objeto básico de nuestro estudio:

> "En realidad, mi tridimensionalismo jurídico se inserta en un contexto de ideas y opciones doctrinales, en el inevitable modo de pensar propio y de comprender el universo y la vida, que cada filósofo acaba por elaborar para su propia vivencia, valiéndose de nociones originales o recibidas, desde el momento en que la filosofía represente para él auténtica exigencia existencial, y no mero adorno de ilusorio poder verbal, siendo ingenuo pensar que pueda haber un pensador que no pueda ser tributario de ideas y contribuciones ajenas." Y luego concluye: "La originalidad de un filósofo, puede estar menos en la formulación de nuevas preguntas que en la reformulación de las antiguas, en consonancia con las exigencias históricas de su tiempo" (Reale, 1973).

El planteamiento que antecede resume dos propuestas centrales del pensamiento de Reale y una suerte de conclusión que, en su conjunto, marcan su postura en el ámbito del Derecho, mostrando, además, el lugar de su posicionamiento y su actitud humana frente a la vida. La primera tiene que ver con el modo cómo cada filósofo moldea su propia vivencia, para comprender el universo y la vida como auténtica exigencia doctrinal, y no "como mero adorno de ilusorio poder verbal". La segunda guarda relación a cómo lo hace, a través de no-

ciones originales y recibidas. Y de ahí, la conclusión respecto a que la originalidad de un filósofo radica no precisamente en la formulación de nuevas preguntas, sino en la reformulación de las viejas peguntas, en consonancia con las exigencias históricas de su tiempo.

Dentro de este marco general, queremos acercaros al pensamiento filosófico-jurídico del maestro brasileño, con la convicción de que muestra elementos constitutivos fundamentales que permiten la reformulación de la vieja, eterna y desafiante pregunta: ¿qué es el Derecho? Esto, en consonancia con los desafíos históricos que hoy nos exige la realidad latinoamericana y mundial.

Realizaremos un recorrido sobre las principales líneas de su pensamiento, revisando de manera selectiva algunos de los textos que integran la amplia producción intelectual de Reale. Nos centraremos básicamente sobre la naturaleza triádica esencial que le asigna al Derecho como un proceso fáctico-axiológico-normativo, en el que hecho, valor y norma están siempre presentes y correlacionados en cualquier manifestación de la experiencia jurídica.

Consideramos que esta concepción de Derecho no solo contribuye a esclarecer y fertilizar los viejos problemas en torno a su concepto, sino que coadyuva también a situar y deliberar en torno a nuevas cuestiones, que reclaman las actuales coyunturas histórico-sociales, en medio de la profunda crisis que vivimos hoy.

El derecho y el mundo de la vida

Durante mucho tiempo ha persistido, en el ámbito doctrinario y en la práctica jurídica, la concepción que tendencialmente reduce el Derecho a la norma y esta a un juicio lógico o instrumento para entender una realidad a ella extraña. Se han dejado de lado, de una u otra manera, las profundas resonancias y repercusiones sociales, políticas y culturales que ubican a la experiencia jurídica en el ámbito de la existencia misma del ser humano, en el mundo de la vida, como un fenómeno que se ha desarrollado a lo largo de la historia de la humanidad. Es decir, como un sistema de regulación y de control que abarca el amplio espectro de las relaciones sociales e incide de manera gravitatoria en todas ellas.

El dogmatismo y el positivismo jurídicos, que establecen una división tajante entre el ser y el deber ser del Derecho, han provocado un efecto negativo en la percepción y en la vivencia que el ciudadano común y corriente tiene sobre el fenómeno jurídico, en general, y sobre el Derecho, en particular. Este se ha presentado como un conjunto

de normas formales que están fuera del alcance del común de los mortales, de los ciudadanos de a pie. Se ha extendido la convicción de que el acceso al mismo requiere de una intermediación especializada y ritualizada, casi como la posibilidad única para buscar la solución que el Derecho debe dar a los problemas que se presentan en el mundo de la vida. De este modo, se ha separado el Derecho de las necesidades sociales y culturales más significativas. Y, algo más: ha determinado que los ciudadanos nos hayamos divorciado de lo que es la esencia de la vida democrática. A saber, el conocimiento y el ejercicio de los derechos fundamentales como condición básica para vivir una ciudadanía activa, participativa y deliberativa, que es la esencia y razón de ser del Estado de Derecho y de la democracia.

En esta perspectiva, resulta relevante estudiar el pensamiento jurídico-filosófico de Miguel Reale; de manera particular, la tesis medular de su tridimensionalismo jurídico. Consideramos que contienen un potencial que nos permite realizar una síntesis integral y creativa de la experiencia jurídica, en razón de que, en su núcleo central, se interrelacionan dialécticamente los elementos que configuran el Derecho. Para el pensador brasileño, la norma jurídica es una realidad cultural y no un mero instrumento técnico de medida en el plano ético de la conducta; pues, a través de ella, se resuelven conflictos de intereses y se integran renovadas tensiones fáctico-axiológicas.

El tridimensionalismo específico o concreto

No nos vamos a referir a la concepción tridimensional del Derecho en general, puesto que, según reconoce y estudia el mismo Reale, esta fue desarrollada con anterioridad por algunos filósofos y juristas de diferentes corrientes de pensamiento y en distintos lugares del mundo. A partir de dichos planteamientos, con una actitud innovadora y fructífera, él la fertiliza y, a la largo de su infatigable labor científica, configura los contenidos filosóficos y jurídicos de lo que denomina el tridimensionalismo específico o concreto, que supera creativamente las concepciones del denominado tridimensionalismo genérico o abstracto, desarrollado por otros juristas.

A partir de esta nueva concepción del tridimensionalismo, Reale ajusta cuentas con otras corrientes de comprensión del Derecho; básicamente, con las visiones sesgadas y fragmentarias del positivismo. Pero, también lo hace con aquellas que reducen la teoría tridimensional a la constatación de que toda experiencia jurídica se reduce a la correlación de hechos, valores y normas.

Como es sabido, en el caso de las concepciones unidimensionales y bidimensionales, se privilegia uno o dos de estos elementos. Kelsen, por

ejemplo, entiende el Derecho como norma, y los iusnaturalistas como valor. Jellinek, desde una perspectiva bidimensional, conceptualiza el Derecho como valor normativo, y los culturalistas como un hecho axiológico. En cambio, el tridimensionalismo genérico o abstracto, si bien ya reconoce al Derecho como una realidad tripartita, plantea que debe ser analizado en sus tres aspectos distintos, correspondiendo a cada uno de ellos una ciencia diferente: los hechos a la Sociología, los valores a la Axiología y las normas a la Ciencia Jurídica.

El salto cualitativo que provoca *el* tridimensionalismo específico o concreto consiste en entender al Derecho como una realidad de estructura esencialmente tridimensional y, como tal, estudiada por cualquier ciencia jurídica. Siendo el Derecho:

> "...un objeto cultural, integra normativamente hechos según valores. De este modo, la norma deja de ser un simple juicio lógico o instrumento para entender una realidad a ella extraña, para ahora presentarse tal como efectivamente es: momento de integración fáctico-axiológico; ello resulta momento de la experiencia jurídica en sí misma" (Reale, 1976).

Lo que busca el autor es demostrar, por una parte, que el Derecho, en suma "*...no es el resultado de una creación cerebral de gabinete, sino que va siendo elaborada a la luz de la experiencia...todo según esa orientación realista y pragmática que ha acompañado a la ciencia jurídica desde sus mismos orígenes*" (Reale, 1976). Y, por otra, que:

> "la teoría tridimensional específica, sobre todo en la orientación intelectual de Recaséns Siches y personal, proclama la ilación esencial e indisoluble de los tres factores, explicando que la diferencia entre la investigación del jurista y la del sociólogo consiste en lo siguiente: el segundo tiene en cuenta más el hecho (de cuyo estudio parten, como no podría ser de otro modo, las normas y los valores que se le refieren), mientras que el primero tiene a la norma como un objeto final, relacionándola con los hechos y los valores, sin los cuales ella no tendría eficacia social y contenido ético" (Reale, 1976),

En otras palabras, el Derecho es una concreción dinámica pues siendo, un objeto cultural, como en verdad lo es, integra normativamente hechos según valores y, por lo tanto, la norma deja de ser un simple juicio lógico o instrumento para entender una realidad a ella extraña. Ahora se presenta como un momento de integración fáctico-axiológico que resulta ser un momento de la experiencia jurídica misma. De ahí que el Derecho, en simple y acertada definición de Reale, se convierte en "un hecho social en la forma que le da una norma racionalmente promulgada por una autoridad competente según un orden de valores".

Hecho, valor, norma.

En este punto, resulta indispensable analizar cómo se comprenden y definen los elementos constitutivos de esta relación tripartita, para luego entender la forma cómo se produce su interrelación dialéctica que, finalmente, es la que provoca la experiencia jurídica y el Derecho.

En primer lugar, es necesario destacar la posición clara a la que arriba Reale para comprender el Derecho como una experiencia histórico-cultural, como conducta en interferencia inter-subjetiva o, simplemente, como vida humana objetivada, en referencia directa a la posición filosófica racionalista vitalista de Ortega y Gasset y al pensamiento que en esta misma línea desarrollan Recasens Siches y otros pensadores de la época. Entonces, es fundamental distinguir entre el hecho del derecho, global y unitariamente entendido como acontecimiento espiritual e histórico, y el hecho en cuanto factor o dimensión de dicha experiencia. Es decir, interesa distinguir esta última acepción de hecho como una circunstancia que condiciona cada momento particular en el desarrollo del proceso jurídico. Ahora, en esta acepción particular, el hecho es todo aquello que en la vida del derecho corresponde a lo ya dado en el medio social y que ahora se integra de manera valorativa en aquella unidad ordenadora que es la norma jurídica.

En base de esta línea interpretativa, el Derecho debe ser entendido como el resultado de la interrelación dialéctica entre hecho, valor y norma, como "un hecho histórico-cultural, o producto de la vida humana objetivada, solamente en cuanto los actos humanos se integran normativamente en relación a ciertos valores."

Dentro de la dinámica social e histórica, los hechos sociales y su interrelación en el ámbito de la realidad (lo fáctico), son valorados desde un punto de vista axiológico, puesto que la realidad es en cuanto debe ser, y siempre las realidades son referidas a valores. El Derecho se produce, entonces, como resultado de una implicación dialéctica fundamental, que será analizada más adelante, que le permite superar las particularizaciones conflictuales de las acciones humanas, y determinar y prever la tipicidad de los comportamientos posibles, generando modelos jurídicos prescriptivos.

Por ejemplo, cuando el legislador tipifica determinadas formas de conducta y concretiza aspiraciones e intereses del Estado y de los ciudadanos:

> "...hay que examinar siempre dos aspectos: uno objetivo, relacionado por la validez adquirida por la realidad jurídica en sí, (...) y otro subjetivo tocante a la situación de los hombres que se insertan en el ámbito de la referida objetividad, conser-

> vando y buscando salvaguardar su ser propio, es decir, su irrenunciable capacidad de libertad y de síntesis...” (Reale, 1976).

Y, aún, algo más:

“Entre las formas de objetivación, de que se vale el hombre para la protección de los bienes que ya objetivó y de los que puede y debe objetivar...está el Derecho, gracias al que se procura superar las particularizaciones conflictuales de las acciones humanas. A tal fin es menester determinar y prever la tipicidad de los comportamientos posibles, mediante la configuración de “tipos de acciones” de correspondientes “tipos de normas”, es decir de modelos jurídicos prescriptivos y modelos teoréticos o dogmáticos, en la unidad coherente y concreta del macro modelo del ordenamiento jurídico” (Olmedo, 1989).

Historicismo axiológico y relación entre derecho y ética

Consideremos otro aporte muy importante que realiza Miguel Reale, que nos permite comprender el Derecho más allá de un proceso onto-gnoseológico, puesto que se convierte en un proceso ético, o de praxis, cuando la experiencia y el proceso jurídico se presentan como una objetivación histórica que deviene en una experiencia axiológica e histórico-cultural. Esto se manifiesta en lo que Reale denomina el historicismo axiológico. El ser humano, en la raíz de su ser histórico, es en cuanto debe ser, puesto que se proyecta y se realiza en la historia. Y debemos entender a esta historia como una realidad temporal-axiológica, en la que el ser humano viene construyendo obras, actos y procesos; en fin, un mundo histórico, que no es nada más que el mundo de la cultura o, como algunos prefieren llamarlo, espíritu objetivo., A este espíritu, según hemos dicho, Recasens Siches y Ortega y Gasset lo denominan vida humana objetivada.

En el marco del historicismo axiológico, es indispensable destacar dos elementos fundamentales que, a nuestro criterio, resultan relevantes como aporte de Miguel Reale al desarrollo del pensamiento humanista en el ámbito de los estudios filosóficos-jurídicos. El primero tiene que ver con la comprensión que tiene de la persona como valor y fuente de la experiencia ético-jurídica:

> “...el revelarse del hombre a sí mismo ya es en sí y por sí un valor, la fuente de todos los valores. El ser del hombre es, de manera originaria, y no derivada, su deber ser: de dicha raíz se origina, en la pluralidad de sus formas, el árbol de la vida cultural.” (Reale, 1973)

El segundo elemento se refiere concretamente a la forma cómo la experiencia jurídica, en un momento histórico determinado, incide de manera significativa en la manifestación y concreción de ciertos valores que condicionan no solo la formación, sino también la aplicación de los modelos jurídicos, provocando una implicación directa entre Derecho y Ética:

> "Siendo la experiencia jurídica una de las modalidades de la experiencia histórico-cultual, se comprende que la implicación polar hecho-valor se resuelve, en mi opinión, en un proceso normativo de naturaleza integrante, representando cada norma o conjunto de normas, en un momento histórico determinado y en función de ciertas circunstancias, la comprensión operacional compatible con la incidencia de ciertos valores sobre los múltiples hechos que condicionan la formación de los modelos jurídicos y su aplicación." (Reale, 1973).

Este proceso se desarrolla en una interrelación histórica dinámica, en la que se implican creativamente pasado, presente y futuro, lo que permite establecer una correlación fundamental entre valor y tiempo, entre axiología e historia. He aquí, una interpretación lúcida, de cómo se produce este proceso:

> "...la categoría del pasado existe solo en cuanto hay posibilidad de futuro, que da sentido al presente que se convierte en pasado. El presente como tensión entre pasado y futuro, el deber ser dando peso y significación a lo que se es y se fue, me lleva a establecer una correlación fundamental entre valor y el tiempo, axiología e historia." (Reale, 1973)

El principio dialéctico de polaridad-implicación

De lo señalado hasta aquí se desprende muy claramente la importancia que tiene para Reale la categoría de tridimensionalidad para la elaboración de su concepción del Derecho. Sin embargo, una de las particularidades que el autor concede a esta categoría consiste en que solo puede ser comprendida rigurosamente:

> "...como traducción de un proceso dialéctico, en que el elemento normativo integra en sí y supera la correlación fáctico-axiológica, pudiendo la norma a su vez convertirse en hecho en un ulterior momento del proceso, pero únicamente con referencia y en función de una nueva integración normativa determinada por nuevas exigencias axiológicas y nuevos sucesos fácticos" (Reale, 1973).

En este sentido, Reale reconoce que pudo aclarar y concretar la categoría de tridimensionalidad. Cuando el valor dejó de ser visto como una especie de objeto cultural, pasó a representar una categoría primaria y se colocó al lado de los objetos naturales y de los objetos ideales. De ahí que los objetos culturales pasaron a ser vistos como objetos derivados que surgen en función de exigencias del deber ser.

Es por esta razón que la categoría de tridimensionalidad solo puede ser mirada y comprendida a través de la dialéctica de implicación-polaridad, que tanta importancia tiene en el pensamiento de autor, puesto que es la que permite restablecer la ligazón entre experiencia gnoseológica y experiencia ética. Además, permite proyectar nueva luz sobre la consistencia de la experiencia jurídica.

Consideremos lo que dice al respecto:

> "Así como en el plano gnoseológico, sujeto y objeto se implican y se correlacionan, ontognoseológicamente, sin que un término pueda ser reducido al otro, y sin que, al propio tiempo, uno de ellos sea pensable sin el otro (polaridad gnoseológica entre subjetividad y objetividad), de la misma forma el hombre, en la raíz de su ser histórico, es en cuanto debe ser, pero su existencia nunca agota las virtualidades de su proyectarse temporal-axiológico, ni los valores son concebibles extrapolados o abstraídos del existir histórico (polaridad ética entre ser y deber ser)" (Reale, 1973).

De este modo, la dialéctica de la complementariedad, entendida desde esta perspectiva, permite superar los límites que, según el criterio del autor, tienen la dialéctica de Hegel y Marx. Ahora, la implicación de los opuestos se da en la medida en que se descubre y se revela la apariencia de la contradicción, sin que con dicho descubrimiento los términos cesen de ser contrarios, cada cual idéntico a sí mismo y ambos en necesaria y mutua correlación.

> "En mi opinión, la correlación existente entre sujeto y objeto es de implicación-polaridad, que rige todo proceso espiritual tanto en el plano teorético como en el de la praxis, pudiendo, en resumen, decirse que en la dialéctica del tipo aquí expuesto, hay una correlación permanente y progresiva entre dos o más términos, que no se pueden comprender separados unos de otros; tales elementos distintos y opuestos de la relación, por otra parte, tienen únicamente plenitud de significado en la unidad concreta de la relación que constituyen y participan de dicha unidad" (Reale, 1973).

Así, el principio dialéctico de implicación-polaridad se convierte también en un principio de polaridad-complementariedad. Uno y otro están imbricados de manera esencial; sí, uno y otro son los que nos permiten comprender la tridimensionalidad en la que se interrelacionan dialécticamente hecho, valor y norma, en el proceso de creación y transformación permanente del Derecho.

Este último aspecto, la trasformación permanente del Derecho, se convierte en otro punto muy importante del pensamiento de Reale, puesto que da nueva cuenta de la expresión del principio de polaridad-implicación-complementariedad. Este aporte debe ser destacado de manera especial; lo denomina historicismo abierto e incluye el factor decisivo de la originalidad de la libertad como componente del futuro, para vivencia del presente y diagnóstico del pasado. Por esta razón, una norma jurídica, una vez emanada, sufre alteraciones de diverso tipo hasta que se produce su revocación, al sobrevenir cambios en el plano de los hechos y de los valores.

Se señala al respecto:

> "Una ley, por ejemplo, una vez promulgada por el legislador, pasa a tener vida propia, libre de intenciones iniciales de quienes la elaboraron. Sufre alteraciones inevitables en su significado, sea porque se producen cambios en el mundo de los hechos (bien hechos ligados a la vida espontánea, bien hechos de naturaleza científica o tecnológica) o, también, en virtud de alteraciones verificadas en el tejido de los valores. Es, sobre todo en este dominio donde las "instituciones valorativas", en curso en el mundo de la vida, siempre en continua valoración, pero no siempre de carácter evolutivo o progresivo, actúan sobre el significado de las normas jurídicas objetivas y en valor" (Reale, 1985).

El cambio inevitable que se produce en las normas debe ser comprendido bajo las coordenadas de un historicismo axiológico y un historicismo abierto, en razón de que la experiencia jurídica se desenvuelve siempre en el marco de complejidad de su estructura dinámica. Ello es común a la vida del Derecho, puesto que, en sus diferentes niveles, buscará siempre una conexión objetiva entre medios y fines; es decir, entre la realidad y la idea de justicia como fin último que debe perseguir el Derecho, en cualquiera de sus manifestaciones.

La dimensión de derecho en la vida humana

Por todo lo analizado, resulta evidente que, para el tridimensionalismo jurídico específico o concreto, el Derecho es una dimensión de la vida humana, puesto que está inmerso en el mundo de la vida (Le-

benswelt), tanto como formas espontáneas y todavía no categorizadas conceptualmente, como estructuras normativas racionalmente elaboradas. La integración dialéctica entre hecho, valor y norma, que se expresa en el principio de la polaridad-implicación-complementariedad, debe ser vista menos como elementos y más como momentos de un proceso.

Y este proceso se desarrolla a partir de un principio fundamental que está en la raíz misma de su pensamiento filosófico-jurídico: el ser humano es el único ente que originariamente es y debe ser; o, en otras palabras, es un ente, cuyo ser es su deber ser. El hombre, como ser espiritual, es el punto de partida y de llegada del proceso histórico, y, por lo tanto, la raíz del Derecho hay que buscarla en la misma naturaleza del hombre, que tiene una naturaleza axiológica", puesto que su carácter es de ser en situación. Esto le permite ejecutar actos valiosos para sí mismo y para los demás.

De allí, entonces, que las normas tengan una relación intrínseca con la cualificación axiológica de los hechos, lo cual determina que toda experiencia jurídica sea ética; es decir, deontológicamente cualificada, puesto que "el Derecho solo se constituye cuando determinadas valoraciones de los hechos sociales culminan en una integración de naturaleza normativa" (Reale, 1985). Dicho de otra manera, todo hecho jurídicamente relevante está ya imantado por un valor.

El hecho, en suma, es valorado, recibe una cualificación axiológica, pero jamás se convierte en el valor:

> "Tampoco podemos concebir la norma jurídica como una relación neutra y objetiva, como si fuera simple copia o retrato de conexiones de naturaleza fáctica. Toda norma jurídica señala una toma de postura ante los hechos en una función tensional de valores" (Reale, 1985)

Interpretando el pensamiento del autor, decimos nosotros que la Ética, como razón práctica,nos permite a los seres humanos afrontar los desafíos del mundo de la vida con una perspectiva siempre renovada y renovadora, en procura de la realización de la libertad y la vivencia de la dignidad, tanto personal como social. De ahí que la experiencia jurídica se vuelva consustancial con la experiencia ética. Esto, en razón de que el Derecho, en el proceso histórico, debe ir modelando, a través de la norma, las diferentes conductas y formas de comportamiento, tanto individuales como sociales, hasta el punto de convertirse en real y objetiva garantía para que dichas conductas sean aceptadas y cumplidas con un carácter obligatorio. Todo ello en un marco en el que deben interrelacionarse de manera armónica la libertad, la normatividad y el poder. (Estrella, 2007)

El Derecho se convierte así en una experiencia jurídico-ética, en una de las expresiones más acabadas y válidas de la cultura humana que permite que, en el devenir histórico, el ser humano, tanto personal como socialmente, se vaya construyendo como un ser perfectible en el marco de las circunstancias en las que vive.

Y este orden social no se construye de manera gratuita o por generación espontánea, sino que se va generando y tallando en el contexto de las relaciones específicas que marcan el destino de los seres humanos en una determinada sociedad, en un momento histórico concreto. Todo esto en una perspectiva histórica, axiológica y abierta, jamás concluida y sellada, no solo como resultado de las circunstancias históricas que modifican la dinámica de la realidad social, sino también por los efectos que producen la propia legalidad y la legitimidad que emanan de dicha normatividad, para garantizar la vigencia del Estado de Derecho y la vivencia de la democracia. (Estrella, 2007)

Derecho, poder y política

Precisamente, en el ámbito que acabamos de reseñar, se establece la relación entre el Derecho y el poder, entre el Derecho y la política.

> "La elaboración de una determinada y particular norma de derecho, no es mera expresión del arbitrio del poder, ni resulta objetiva y automáticamente de la tensión fáctico-axiológica operante en determinada coyuntura histórico-social: es más bien uno de los momentos culminantes de la experiencia jurídica, en cuyo proceso se inserta positivamente el poder (ya el individualizado en un órgano del Estado, ya el anónimo difuso en el cuerpo social como sucede en la hipótesis de las normas consuetudinarias), pero siendo condicionado siempre el poder por un complejo de hechos y valores, en función de los que se hace la opción por una de las soluciones reguladoras posibles, fortaleciéndola con una garantía específica (institucionalización o realización jurídica del poder en la génesis de la norma jurídica)" (Reale, 1973).

Sí, es verdad que, por una parte, en la institucionalización y realización jurídica del poder, está la génesis de la norma jurídica; pero, por otra, de manera dialéctica y en una suerte de paradoja, es el propio Derecho el que debe dar al poder del Estado su título de legitimidad y su capacidad de organización. Luis Recaséns Siches es muy claro al respecto:

> "Si por una parte, el Derecho positivo vigente es realmente tal Derecho positivo vigente de un modo efectivo porque lo apoya el poder del Estado, por otra parte, acontece que el

> poder del Estado está organizado y ungido por el Derecho, o, dicho con otras palabras, el Derecho es uno de los ingredientes más importantes del poder del Estado (...) Es decir, el poder del Estado, el cual por una parte es la fuente formal del Derecho, no puede surgir sin el Derecho. El Derecho es la forma del poder estatal, es su organización, y es el medio que permite que éste se legitime." (Recaséns, 1986)

Como es sabido, otra de las funciones principales del Derecho es limitar el poder político, lo cual tiene como fin principal el reconocimiento y la protección de la libertad, tanto de los individuos como de los grupos sociales, puesto que, como señala el mismo autor: "Toda limitación de los poderes públicos llevada a cabo por el Derecho constituye, explícita o implícitamente, el reconocimiento y la protección de una esfera de libertad."

Las funciones de organización, legitimación y limitación que cumple el Derecho, respecto al ejercicio del poder político que se expresa en el Estado, tienen su expresión jurídico-política más importante en la Carta Fundamental o Constitución de un Estado. Este documento es un pacto social normativo que ha sido acordado por el poder constituyente del mandante; es decir, del pueblo soberano, con la finalidad de sentar las bases para organizar y garantizar la vigencia del Estado de Derecho, y precautelar la vigencia del sistema democrático, que es su correlato indispensable. Dicho cuerpo normativo establece de manera explícita los derechos fundamentales, las garantías para el cumplimiento de dichos derechos y las obligaciones que debemos cumplir los ciudadanos, en la vivencia democrática desarrollada en el marco del Derecho.

El tridimensionalismo jurídico en la constitución política y los derechos humanos

Desde nuestro punto de vista, la concepción jurídico-política de Miguel Reale estudia al Derecho como una realidad de estructura esencialmente tridimensional y resulta válida y operativa para analizar con profundidad, la relación entre el Derecho, el poder y la ética, que se expresa a través del ejercicio de la política en los diferentes ámbitos de la vida social. La concepción de Derecho, como el hecho social en la forma que le da una norma racionalmente promulgada por una autoridad competente, según un orden de valores, es plenamente aplicable al Derecho Constitucional y, de manera específica, a la Constitución Política de un Estado. Al ser esta la expresión jurídico-política de mayor nivel jerárquico, puesto que ha emanado desde la voluntad del poder soberano, ocupa un lugar privilegiado, se ubica en el vértice de la pirámide legal y rige todo el ordenamiento jurídico-político de una sociedad. Por

lo tanto, en la Constitución debe expresarse, de manera privilegiada, la interrelación dialéctica entre hecho, valor y norma como elementos constitutivos de esta expresión máxima de la vida republicana.

En la formulación y aprobación de este cuerpo de normas fundamentales, de carácter supra legal, el legislador constituyente, para cumplir con su mandato, debe ser capaz de recoger los hechos que configuran la realidad sociológica de un determinada y concreta situación histórica, en la cual los ciudadanos han adquirido la conciencia de que es necesario formular un nuevo pacto social normativo, que garantice su existir y su actuar en el marco del Estado de Derecho y del sistema democrático, no en términos coyunturales, sino en el largo plazo. Mas, este existir y este actuar que se dan en el ámbito de lo fáctico, debe ser valorado desde un punto de vista axiológico, puesto que la realidad es en cuanto debe ser, y las realidades siempre están referidas a valores. Es así como el resultado onto-gnoseológico e histórico-axiológico de esta implicación dialéctica fundamental debe expresarse en la Constitución Política del Estado, con la perspectiva de superar las particularizaciones conflictuales de las acciones humanas y prever la tipicidad de los comportamientos posibles, para generar modelos jurídicos prescriptivos para toda una sociedad, en una dimensión histórica de largo plazo.

Vistas así las cosas, la validez jurídico-política y la vigencia de la Constitución están dadas en razón de que se convierte en un modelo de acción legítima y legal, en dos aspectos fundamentales: 1) para el establecimiento de los derechos fundamentales, las garantías de tales derechos, y los deberes y obligaciones que se establecen para los ciudadanos (parte dogmática), y 2) para el establecimiento de la estructura y de las formas de organización, limitación y legitimación del poder político estatal (parte orgánica).

Además, cuando el legislador constitucional tipifica, en forma de derechos fundamentales, determinados aspectos de protección y garantía de los atributos básicos que tiene el ser humano y la sociedad para su realización integral, está creando normas objetivas y positivas que deben ser respetadas como normas fundamentales, que tienen un carácter supra legal. Estos derechos deben ser ejercidos y exigidos por los ciudadanos y por la colectividad como atributos que les permiten conservar y salvaguardar la irrenunciable capacidad de libertad, de dignidad, de autonomía, entendidas como los bienes primarios sin los cuales no sería posible la realización integral del ser humano ni de la sociedad.

En este contexto, el pensamiento filosófico-político de Miguel Reale, a partir de los principios del historicismo axiológico y del historicismo abierto, nos permite explicar otro aspecto fundamental: cómo el concepto de derechos humanos y su conversión en normatividad

positiva se han desarrollado dentro de un proceso de transformación permanente a lo largo de la historia.

En el proceso histórico, las renovadas demandas sociales por la dignidad, equidad y justicia han sido reconocidas, valoradas y validadas por el poder político, para finalmente convertirse en norma jurídica de carácter positivo y de respeto obligatorio. En muchos casos, esas demandas se dieron en medio de largas y difíciles luchas, no exentas de sufrimiento y dolor. Así, se ha ampliado el campo de protección integral del ser humano y de las demandas de los pueblos a través de lo que se ha denominado como las generaciones de los derechos humanos (Estrella, 2007).

Este proceso, nos permite destacar, por lo menos, dos aspectos importantes: 1)-los derechos humanos se articulan culturalmente y se realizan históricamente, y han evolucionado en medio de luchas y sobresaltos, de esperanzas y retrocesos, enmarcados siempre en la búsqueda y construcción de la dignidad, la libertad, la igualdad del ser humano, y 2) los derechos humanos deben tener siempre un carácter de indivisibilidad, de interdependencia, tener un carácter progresivo y buscar como norte la lucha por la dignidad del ser humano y por la solidaridad entre los pueblos a nivel global (Pablo Estrella Vintimilla, 2007).

A manera de conclusiones

Al llegar al punto de cierre del presente artículo, invitamos a reflexionar sobre algunos temas que constituyen, para nuestro criterio, el aporte central del maestro brasileño Miguel Reale. Aportan significativamente a la fertilización del concepto de Derecho y al debate urgente que hoy debe darse en su torno, en razón de la profunda crisis de institucionalidad que afectan al Estado de Derecho y a la vigencia del sistema democrático republicano:

1. No se puede reducir la teoría tridimensional del Derecho a la constatación de que toda experiencia jurídica se reduce a la correlación de hechos, valores y normas. El Derecho es una estructura fáctica-axiológica-normativa resultante de la interrelación dialéctica que se da entre dichos elementos. El principio de implicación-polaridad determina que se produzca una complementariedad dinámica como una relación que se concreta en el mundo de la vida, no como un simple y abstracto enunciado lógico. Tampoco se puede concebir la norma jurídica como una relación neutra y objetiva, como si fuera una simple copia y retrato de conexiones de naturaleza fáctica. Toda norma jurídica señala una toma de postura ante los hechos, en una función tensional de valores.

2. El Derecho es una dimensión de la vida humana. El Derecho está inmerso en el mundo de la vida (Lebenswelt), tanto como formas espontáneas y todavía no categorizadas, cuanto como estructuras normativas racionalmente elaboradas. El ser humano, como ser espiritual, es el punto de partida y el punto de llegada del proceso histórico. Por lo tanto, la raíz del Derecho hay que buscarla en la misma naturaleza humana, que es una naturaleza axiológica, puesto que el hombre es el único ente que originariamente es y debe ser; o, en otras palabras, es el único "ente, cuyo ser es su deber ser". En esta medida, el ser humano es el valor-fuente de todas las formas de convivir jurídicamente ordenadas y ejecuta actos valiosos para sí y para los demás. La experiencia jurídica cumple una función onto-gnoseológica-deontológica, y el Derecho se constituye sobre determinadas valoraciones de los hechos sociales, que culminan en una integración de naturaleza normativa.

3. La experiencia jurídica no puede ser entendida sin tener presente la complejidad de su estructura, que no es una estructura estática sino dinámica, susceptible de ser analizada bajo las coordenadas de un historicismo axiológico. El Derecho sufre alteraciones inevitables en su significado como consecuencia de cambios en el mundo de los hechos o, también, en virtud de alteraciones verificadas en el tejido de los valores. Es en este dominio del mundo de la vida donde existen continuas variaciones, que actúan sobre el significado de las normas jurídicas objetivadas. Sin embargo, el deber ser del Derecho estará siempre ligado por el propósito de una conexión objetiva entre medios y fines; o sea, entre la realidad y la idea de justicia.

4. El Derecho, como un fenómeno cultural, puesto que es vida humana objetivada, contribuye para que el ser humano pueda perfeccionarse a sí mismo, dar sentido a su vida y contribuir al desarrollo humano integral de la sociedad en la que vive y de la comunidad planetaria a la que pertenece. Entre las formas de objetivación de las que se vale el ser humano para la protección de los bienes que ya objetivó y de los que puede o debe objetivar está el Derecho, que procura superar las particularizaciones conflictuales de las acciones humanas. Con tal fin, es menester determinar y prever la tipificación de los comportamientos posibles para que sean regulados en modelos prescriptivos y modelos teóricos o dogmáticos del ordenamiento jurídico.

5. El ser humano, dentro de una matriz de libertad y de responsabilidad, ha ido construyendo una naturaleza diferente, que es su patrimonio y, al mismo tiempo, la expresión y la justificación del ejercicio de sus atributos humanos. El Derecho es el medio idóneo para proteger, potenciar y garantizar su preservación; y más que nada, asegurar la transferencia de esta herencia cultural a las nuevas generaciones y a la historia de la raza humana. La cultura que se crea, se acumula y

transmite como patrimonio bajo la protección del Derecho no se reduce a un bagaje constituido por conocimientos, sino que se convierte en un desafío y en una oportunidad para rebasar la mera erudición y convertirse en sabiduría.

> "El simple erudito -señala Miguel Reale- acumula conocimientos, pero no perfecciona el espíritu en razón de lo que aprende. Podría decirse que permanece extraño a lo que sabe, permanece con conciencia, pero sin sabiduría. En el hombre culto, por el contrario, los conocimientos se transforman en razón de vida, en dimensión de su propio ser. El erudito generalmente es un hombre árido, mientras que el hombre culto se muestra abierto a todas las palpitaciones de la vida (Reale, 1979).

Referencias bibliográficas

ESTRELLA VINTIMILLA, Pablo. (2007), *Filosofía, Derecho y Sociedad en América Latina*. Quito: Editorial El Conejo.

OLMEDO LLORENTE, Francisco. (1989), *La Filosofía Crítica de Miguel Reale*. Cuenca: Universidad de Cuenca.

ORTEGA Y GASSET, José. (2007). *¿Qué es Filosofía?* Madrid: Austral.

REALE, Miguel. (1973), *Teoría Tridimensional del Derecho, preliminares históricos y sistemáticos*. Santiago de Compostela: Imprenta Paredes.

REALE, Miguel. (1976), *Fundamentos del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

REALE, Miguel.(1977), *Experiencia y Cultura*. Sao Paulo: Grijalbo.

REALE, Miguel. (1979), *Filosofía del Derecho, introducción filosófica general*. Madrid: Ediciones Pirámide.

REALE, Miguel. (1985), *Separata de Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, No. 25. Granada: Universidad de Granada.

RECASÉNS SICHES, Luis. (1946), *Estudios de Filosofía del Derecho*, 3ª. edición, tomo I. México: Uteha.

RECASÉNS SICHES, Luis. (1983), *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*. México.

¿Qué es el derecho? reflexiones sobre su trascendencia

Hugo Darquea López

Presidente del Consejo de Regentes de la Universidad Católica de Cuenca 2020 a la fecha. Rector Asociado 1995 a 1998, Vicerrector Académico 1974 a 1994, Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Profesor de la misma Institución 1970 a 2004. Decano y Profesor de Derecho en la Universidad del Pacífico, Sede en Cuenca 2000-2014. Vocal Titular del Tribunal de Garantías Constitucionales del Ecuador 1988-1990. Presidente de La Honorable Corte Superior de Justicia de Cuenca 2004-2006. Ministro Juez y Juez Provincial 1998 a 2012. Concejal del Ilustre Concejo Municipal de Cuenca 1972 a 1978. Presidente del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Cuenca 1997-98. Doctor en Jurisprudencia 1971. Licenciado en Ciencias Sociales por la Universidad de Cuenca 1968. Especializado en Derecho Penal y Justicia Indígena por la Universidad de los Andes UNIANDES y la Universidad Católica de Cuenca. Diplomado Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Cuenca. Diploma en Derechos Humanos por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (OEA) San José de Costa Rica. Político, Fundador y Presidente del PCD de Cuenca y cofundador del Partido Democracia Popular-UDC del Ecuador 1962. Autor de libros y ensayos. Columnista de Diario El Mercurio de Cuenca 2000 a la fecha.

A modo de introducción

¿Qué es el Derecho?

Es una pregunta que debemos hacernos todos porque, del concepto o la idea que tengamos de este producto humano, en un intento lógico desde las premisas culturales y peculiares a la filosofía, dependen las actitudes y las formas de vivir socialmente. Es más, según lo que apreciamos del modo de vida, de la organización y del modo de ser de una sociedad, podemos constatar la realidad y lo que pretendemos que debe ser la vida social; para así obtener una aproximación a los valores que nos guían, en orden a canalizar y dirigir la conducta social del ser humano.

En la Filosofía del Derecho se han dado respuestas sustanciales sobre la vida humana y la necesidad de normar su conducta. El ser personal y el nosotros social son la manifestación existencial de la Vida en su realización cultural. La historia registra sus procesos y los acontecimientos que alertan nuevos desafíos.

En este sentido, los aportes de los grandes maestros establecen, desde su perspectiva, investigaciones claves: la investigación lógica, que responde al interrogante de lo que es, en esencia, el Derecho; la investigación fenomenológica, que estudia la norma jurídica con sus procesos en el devenir social; y la investigación deontológica, que ofrece la perspectiva de su deber ser. El identificar la seguridad jurídica, la libertad y la justicia es el núcleo de la dignidad humana. Estos valores y principios

son asumidos por la Autonomía Ética, que es la que debe fundamentar el acto social del Ser Humano, por ser un acto asumido y normado. Esto debido a que se ajusta a los sistemas prevalecientes de orden cultural.

El sentido de lo justo natural ya se encuentra anunciado desde cada pensamiento y para cada momento de relación. ¿Existe un séptimo sentido en la intimidad del Yo Profundo? Estimo que así mismo es, no existe ningún dato científico que lo niegue, al punto que se despierta o se inculca, desde temprano, la noción de pensar y actuar correctamente. No se diga para la complejidad del mundo en el cual debemos realizarnos, pues las responsabilidades que asumimos como respuesta a las expectativas de ese Yo Profundo, por una intelección moral, nos guían para vivir en la seguridad y confianza en la que estimamos, sin reparo alguno, encontrarnos asistidos.

Es que por una sensación psicológica nos sabemos en el resguardo de nuestra comunidad inmediata que es la familia; o, en una reflexión instantánea para nuestro proceder, nos sentimos con la instantánea impresión de tranquilidad o inquietud por la decisión tomada. Estas son reacciones de la conciencia ética, se dirá; pero son muy propias de ese profundo sentimiento que late desde nuestro ser más íntimo. Luego, nos sabemos en la obligación de cumplir con los demás o con nuestro peculiar sentido de obrar bien, sensación entendida como un ajuste existencial que nos ilumina.

Por eso, rescato la idea con la que inicié. Del concepto o de la idea que tengamos de este producto denominado Derecho se pueden ofrecer múltiples consideraciones.

Al respecto se ha puntualizado que, como todas las realizaciones humanas que son productos culturales o que han sido gestadas culturalmente, el Derecho como sistema normativo es, sin contrapunto lógico, una creación decisiva del proceso que debemos cumplir a lo largo de la existencia que nos sea concedida. En la comunidad en la que nos encontremos, debemos ajustar los actos, respuestas e iniciativas a la necesidad vital de cumplir con el orden normativo, por la misma necesidad de seguridad que late desde el yo íntimo en la interacción que se manifiesta como respuesta a los problemas que se enfrentan en esa constante exigencia de sabernos garantizados en los bienes jurídicos. Bienes jurídicos tales como los derechos a la vida, a la integridad personal y patrimonial, al trabajo y a la libertad, en conjunción con el impulso inmanente de perfección que nos anima.

Así vamos diseñando el proyecto social de vivir en armonía con el nosotros comunitario en una constante exigencia de la voluntad, que nos conduce a concebir al Derecho en su génesis y desarrollo como la

creación del ingenio humano para vivir en sana relación con nuestra mismidad y con los demás.

El Derecho, como ciencia, es el conocimiento objetivo y metódico de la normativa jurídica que regula la sociedad para definirla como el Estado de Derecho y las facultades que nos son inmanentes a nuestra condición personal y social. Ejemplos de ello pueden ser las obligaciones que debemos cumplir. Estas realidades sustanciales comprenden en sí mismo la esencia de las relaciones humanas con los derechos subjetivos y los deberes correlativos. El Derecho es pensado como el *prius* lógico inexcusable que define Rudolf Stammler en su obra Tratado de Filosofía del Derecho. Del formalismo jurídico a la esencia del Derecho: la pretensión de Justicia como el valor ideal.

La reflexión crítica del mundo nos alerta sobre las categorías de Derecho como suscitador de nuevos mundos o efecto de los mismos porque este es un ser autónomo y pantónomo, pero siempre inacabado porque es perfectible. La línea Kantiana del pensamiento se considera, para sus cultores, el fundamento del ser del Derecho, o su dimensión ontológica. Estimo que de la metafísica debemos situarnos en la Física de las esencias, de las realidades materiales debemos situarnos en el mundo de las ideas o lo que es tan existencial que define nuestra condición humana; como resulta ser aquello que más nos apremia, para encontrar la solución de los problemas sociales y construir el bien común.

El Realismo de la visión nos induce a la reflexión crítica, se avanza entre las contingencias que se manifiestan en el mundo objetivo de las relaciones sociales y por la presencia de lo tangible y, así mismo, de lo intangible de la Naturaleza. No solamente existe lo que vemos sino también existe lo que no percibimos ni vemos pero que allí se encuentra.

La seguridad jurídica y libertad responsable son caminos y objetivos a lograrse mediante los ordenamientos normativos que regulan la conducta humana. La filosofía será siempre un proceso de reflexión que perfila la investigación científica.

El Derecho debe ser considerado dinámicamente en un proceso perfectible de constante actualización. Los fenómenos y hechos sociales deben ser normados en función de la Justicia.

Rehagamos unos instantes la visión del *homo sapiens* en sus primeros pasos creativos. Antes de que descubra el fuego y articule los sonidos, ya discernió y valoró lo que es el día y la noche, el abrigo y el frío. En la comparación que define, al observar varios hechos y cosas que se suscitan o le rodean, entra asombrado al mundo de las ideas. Es decir, se comprende que puede concebir juicios y expresarlos con palabras que comunican a otros y, desde luego, a su compañera de la

vida y procrear con ella en un acto de amor y de atracción inmanentes, proyectando y representando su mundo en figuras que diseña y en frutos que da y le ofrece la vida.

Así va avanzando, abriendo sus caminos para imaginar nuevos horizontes y penetrar en ellos y llegar a descifrar la necesidad de organizarse hasta generar sus propios modelos de convivencia. La necesidad de la relación social es comprendida como el medio de la realización más sutil y perfecta que pudo concebir desde el despertar de su conciencia crítica en función de asegurar el yo con la naturaleza, con el medio y los otros; esto da origen al proceso de la vida en comunidad. Entonces, procedió a delinear el mundo social, aprendió por las experiencias acumuladas a diferenciar entre blandir el garrote o extender la mano en señal de convivencia, paz y producción.

En los orígenes de la evolución y en nuestros días, desde aquellas confrontaciones primitivas a las guerras del mundo actual, el conocimiento humano es la fuente natural de la Cultura. En la actualidad, la ciencia y la tecnología han avanzado notable y decisoriamente para liberar a la humanidad del atavismo de la violencia y hacer posible los procesos creativos de la convivencia pacífica. ¿Será posible? pregunta el escéptico. Solamente los resultados, nos responderá. Vemos entonces que lo sucedido en el tiempo ha sido y es un proceso de aprendizaje descubrimiento e invención. Es una reserva y una información que debe ser estudiada para superar o evitar los procedimientos y hechos, pretendiendo siempre lo mejor.

La memoria social nos informa de los hechos acaecidos y de la conducta a seguir. Recopilemos lo manifestado en estudios que se han realizado. Desde la piedra, el hueso, el metal, los minerales y los elementos inertes como los que se encuentran en movimiento y todo el universo cultural, con la aportación que la historia nos detalla y también cuestiona, debemos aprender a organizarnos. Con ese acervo acumulado en milenios, podremos construir un mundo más humano.

Entonces, así sea en milenios, hemos aprendido a valoramos y comprendemos, por el desarrollo de la mentalidad humana, que el polvo, la arena, las semillas del reino vegetal y las células son elementos que forman la evolución zoológica. El *homo sapiens* llega a encontrarse con el rostro propio y los rostros de sus semejantes con sus facciones y los detalles diferenciadores, unos de otros. Así es que concibe las ideas y descifra las incógnitas de la existencia, con sus crispaciones y necesidades permanentes, y luego descubre que ese devenir, que todo ese acervo y lo que seguimos elaborando, conforman el don de la vida. Porque hemos tomado conciencia de que todo es vida. La cultura y el Derecho son vida humana objetivada, nos aporta Luis Recaséns Siches en su obra magistral Tratado General de Filosofía del Derecho.

Con criterio lógico discernimos la semejanza y la diferencia del Ser con su esencia, manifestada en los diversos fenómenos, objetos y cosas que nos rodean y en las personas con su mismidad, como las sociedades en su vasta y múltiple presencia que van adquiriendo y desarrollando la importancia decisoria de la idea pura y del juicio de valor. Esto tiene su impacto en el proceso de la evolución y, tal como es en nuestra condición de seres pensantes, analizar lo realizado, establecemos las responsabilidades y obviamente juzgamos como los actores responsables del desarrollo social o de su fracas., Todo este proceso es concomitante al desarrollo mental que ha definido los procesos de la historia.

En este punto bien cabe precisar que la conciencia del Yo y del Nosotros, del universo y del Ser Infinito, del nivel de la Física al nivel de la Metafísica que se expresan en sus condiciones de calidad y cantidad nos animan, desde nuestra raíz, para asirnos a la Verdad Absoluta y, solamente entonces, actuar con certidumbre en los trabajos y los días. Tal como se enseña desde Hesíodo, Heródoto y Tucídides, hay que generar y hacer Cultura; dentro de la cual, el Derecho es la creación del orden intelectual, que se va decantando en cada proceso regulador para ordenar con Justicia la vida social.

Platón, Sócrates y Aristóteles nos guían en el conocimiento de la Ética, de la Política y del Derecho, definiendo el significado de los usos, costumbres, tradiciones y la Ley, que definen con su contenido de mayor complejidad a las normas de convivencia. Recordemos a los Mores y Ethos y luego los ritos y las religiones teologales, que pese a todo lo que se afirma en contrario, siguen motivando la conducta social, porque el Misterio sigue allí en lo profundo del *animus* latiendo y aguijoneando las incógnitas con sus preguntas y motivaciones sicológicas.

El mundo del Espíritu es el infinito. Agustín de Hipona, Tomás de Aquino, Duns Escoto y luego Suárez y Mariana sistematizan el pensamiento moderno de la creación filosófica y, por tanto, jurídica.

Es la corriente crítica del pensamiento racionalista con exponentes como René la que se hace posible y afina el proceso eidético, para comprenderlo como el punto cimero de la humanidad. La cultura tiene su esencia en la mentalidad de las épocas, "pienso luego existo"; sentir y saber que vivir no son más esenciales que pensar, tal como se dijo. Porque este es el aporte más significativo, por sus intuiciones geniales para ser hasta hoy lo que incita a los desafíos de esa mentalidad crítica del *homo sapiens*, del hombre que piensa. En esa perspectiva, la sociedad contemporánea sigue el proceso eidético, con las creaciones geniales de científicos y filósofos tales como Emmanuel Kant, Teilhard de Chardin, Albert Einstein, Stephen Hawking, Leonard Mlodinow, Zygmunt Bauman, Karl Popper, entre otros, que, con sus teorías, disciplinas y concepciones, investigan y ponen los hitos de futuros desarrollos.

Ha sido y es el universo de la mente y de la consciencia crítica, en permanente obrar dialéctico, el factor que conduce a la hominización del Universo.

Resumiendo, en cada norma, en cada mandato de hacer y de no hacer, de actuar, de permitir y de prohibir, encontramos la necesidad de asegurar el proceso vital y de perfeccionar las líneas conductuales. Por eso, bien se puede decir en una aproximación conceptual, que el Derecho es un arte y una ciencia inconmensurable, usado para organizarnos racionalmente y así aproximarnos al bien común, a la realización del yo personal, en el marco indispensable de seguridad jurídica para aproximarnos a la verdad y al ideal de la Justicia.

Visión axiológica: los valores y su vigencia social

Con la aproximación conceptual antes puntualizada, lo que he tratado de decir es que el Derecho no es la difusa idea de unas normas o condicionamientos formales que asumimos o a los que ajustamos la conducta; sino que el Derecho es una manifestación de nuestra conciencia, para comprender y encausar el sentido de la vida social. Solamente a través de las experiencias vitales, asumidas por la persona singular y por el aporte realizado para ese mundo social, se puede realizar el bien común. Max Scheler aporta la tesis de que del mundo de los valores es y debe ser el mundo real. En esta línea, se motiva a concebir al Derecho como la creación cultural más lúcida de las sociedades, porque es una síntesis del pensamiento, valores, doctrinas e ideales tales como la justicia y la dignidad humana, la libertad y la solidaridad; así como normas, leyes e instituciones como la familia, la propiedad, el trabajo y la seguridad jurídica, que integran en un sólido conjunto el concepto *per se* del Derecho, en el que los procesos históricos, las tradiciones y las costumbres sociales se encuentran formando la mentalidad de los pueblos, para abrir cauces permanentes de superación histórica.

Es relevante y aleccionador el estudio visionario que nos ofrece Giorgio Del Vecchio en su obra Filosofía del Derecho; especialmente, con el análisis crítico sobre el Ius Positivismo, el Historicismo Jurídico y el Ius Naturalismo.

De nuestra reacción ante las necesidades vitales y al afán de superación, por su impacto o estímulo, asumimos la compresión de la vida íntima que nos anima para responder al conjunto de la sociedad. El factor psicosocial es un componente básico de la conducta personal y social; en ese contexto nos encontramos inmersos y por la conexión del ser personal con el mundo natural, así como otros factores del en-

torno en el que nos realizamos, podemos establecer el contenido de lo que es la Cultura. Esta cultura debe ser concebida como la totalidad del acervo heredado y del obrar de la humanidad en su diversidad, con sus producciones materiales, inmateriales, estéticas, científicas, filosóficas, jurídicas y, sobre todo, los valores. Estos dan sustancia a la visión ideal, es decir axiológica, de la vida; valor fundante este en sí mismo de la existencia, con su dinamismo y renovación constante. De esta manera, se conforma el resultado que nos confirma que el Yo personal es el factor decisorio del *ethos* del ser humano, de la humanidad y que, con los datos científicos de la evolución integral del fenómeno vital, se constituye en el sujeto consciente, libre y suscitador de otros mundos que impulsan la vida social. Es también la manifestación del ser absoluto, ya que es su producto y, a la vez, el nexo causal de otros mundos porque sigue siendo cada persona la idea en acción, para realizarse en un deber ser inacabado.

Emmanuel Mounier en su libro ¿Qué es el Personalismo? nos ilustra visionariamente sobre el valor esencial de la Persona Humana frente a un mundo cosificado por la ambición de tener más, en lugar de ser más.

Por tanto, tenemos la responsabilidad de ser consecuentes con el mundo natural que nos acuna, ya que es lo que está dado desde lo profundo de nuestro ser, haciéndonos y obrando indetenible en la medida de la existencia, Debemos estar en constante diálogo con esa naturaleza trascendente, psicofísica y social, que nos define como personas. Por eso mismo, por ser depositarios de la razón o poseedores del consciente inmanente, somos seres libres. Este es un encuentro con la axiología y los valores, que son los puntos ideales en la filosofía de la persona humana.

Debemos definir nuestras líneas maestras, más allá de las categorías estáticas, fijas e inmovilistas, pensando con sentido dialéctico, desde el proceso cognitivo y la permanente necesidad de cambio y aproximación a diferentes escenarios. El ser humano vive en su pretensión ideal o utopía de perfección; desde este nivel nos asimos a la reflexión crítica para luego, de múltiples experiencias, definir que hemos sido creados para la libertad. En consecuencia, podemos decidir y actuar con responsabilidad definitoria de las decisiones y obras que tomemos o construyamos en los momentos sustanciales o en el proceso cotidiano a los que estamos abocados. Todo lo que hagamos es parte de la realización vital, misma que debemos cumplir a cabalidad o lo que suscita, para aportar con denuedo para el desarrollo de nuestra vida y, de forma creativa, para el desarrollo de la vida humana. En el conjunto de ese obrar, la libertad y la participación individual son algunas de sus condiciones esenciales, en orden para que la responsabilidad de nuestros actos se nos sea valorada en su justa dimensión. Estas

categorías de reflexión nos deben llevar a pensar en un término olvidado o distorsionado por los desvaríos de la soberbia: el respeto, Este es un necesario componente de la vida social y, por lógica existencial, de la misma forma de ser de cada persona. Respetar a los otros es respetarse a sí mismo. En este punto, el Derecho encuentra su razón axiológica y su dimensión deontológica esenciales. El realismo intrínseco del valor de la palabra empeñada ilustra la historia.

Por eso, de lo expuesto, podemos apuntar para futuros desarrollos que el Derecho es la instancia inmanente y reguladora del ser humano, como punto convergente de la vida cultural, en la que nos debemos realizar. En esta perspectiva, es el apetito inexorable de la justicia, el sentido de vivir atentos a la felicidad de los otros en sus ambientes naturales: familia y comunidad, en los que la persona individual debe realizarse. Con su búsqueda cotidiana, porque somos insatisfechos innatos, avanzamos construyendo los mundos del saber; como ya he señalado, estos mundos vienen desde la percepción mágica a la elaboración filosófica y, hoy, con la investigación y conocimientos científicos que deben aunar la ética con la sabiduría.

En la infinita conexión de los interrogantes que no terminamos por respondernos a plenitud es que podemos conocer y conocernos más; entonces, podemos descifrar los enigmas del ser íntimo y de la vida en comunidad, del átomo, de la célula primigenia al infinito cósmico. Por eso, hay que pensar y responder a cada instante, a cada desafío y a cada incógnita, tanto como al otro ser humano que nos estimula el diálogo más enriquecedor de esa existencia que saboreamos en cada latido, palabra y gesto de cercanía, de afecto; así como con la frecuencia de los estímulos y reacciones, de desafecto, una distancia lamentable pero a superar con amor y del sentimiento de animosidad, que puede engendrar tantos males y destrucción. Por ello, es lógico tender los puentes del diálogo y la construcción y reconstrucción de los mundos de empatía, que siempre nos estarán convocando; porque la vida es ese don perenne que nos llama incesantemente a seguir edificando el destino que compartimos en las relaciones sociales y en los desarrollos del trabajo, de la empresa o de las distintas formas y estructuras de asociación en las que se debe construir el bien común.

Destino es una palabra tan paradójica y tan ampliamente usada porque puede ser entendida como la quimera de la comprensión mágica del universo, pero que fue y es la respuesta del despertar del ingenio ante la grandeza cósmica que, pese a todos los avances científicos, sigue cuajada del misterio y los desafíos permanentes. Las preguntas sobre el sentimiento esencial de la vida siguen allí, en el cosmos, interrogándonos y desafiándonos a descifrarlos.

Del despertar del consciente que nos sigue acuciando para saber más, con el despertar de la consciencia crítica, en los millones de años de evolución de la energía cósmica, hemos avanzando en estos últimos tiempos lo que no se avanzó en el noventa y nueve por ciento del tiempo que ha transcurrido desde el inicio de la chispa del pensamiento infinito que nos ilumina Pero allí está la fuente eterna del cosmos y del saber. En esta dimensión teleológica y sicosocial, el Derecho debe aportar con los procesos de conciliación a perdurar en la dimensión real del acuerdo, de la paz y de la solidaridad, que son la expresión efectiva de la justicia.

Entre tantos datos, bien se puede afirmar que el Derecho sigue vibrando para decirnos lo que es justo en el sello de la dignidad humana, que conjuga el apetito de la felicidad. En este contexto, solamente detengámonos unos instantes para observar la crisis de los valores esenciales de convivencia en sociedades víctimas del despotismo y la violencia, víctimas del crimen organizado, de los reclusos en disputa a muerte por el control, no en sí mismo del sistema carcelario sino del territorio y las áreas del negocio ilícito del almacenamiento y tráfico de drogas. Esto altera de manera creciente la salud integral de la comunidad nacional e internacional. Otra arista cruel es la constancia que establece la ONU en relación a los millones de personas que sufren de la pandemia del hambre, de la falta de trabajo y de todas las miserias que ponen en entredicho los portentos del avance tecnológico. Reencontrarnos con el espíritu de solidaridad y justicia es la alternativa generadora del necesario proceso de inversión, para producir más alimentos y fuentes de trabajo que definitivamente logren superar este cuadro de angustia.

El Derecho tiene la vital importancia de considerar las realidades operantes en la sociedad para ordenarlas, al ser la fórmula por excelencia de la conducta humana. Determina, de manera insustituible y obligatoriamente, las relaciones y procesos de la vida social y del ser humano, individualmente considerado, desde la intimidad de su yo profundo, para el despertar de la conciencia solidaria que tanta falta nos hace. Sus líneas maestras nos deben garantizar la certeza de la seguridad jurídica.

Si no fuera por el Derecho y los sistemas de ordenamiento institucional que se expresan en el nivel del positivismo jurídico, como constancia histórica, perfectible y dinámica del ius naturalismo para una muy particular aproximación ecléctica, se sostiene, con razón, que el mundo social estaría perdido en el caos, ya que no existiría la sociedad organizada.

Visión antropológica

Desde una visión objetiva de la humanidad social y cultualmente valorada, Franz Boas nos deja su lección sobre el relativismo cultural.

Cada cultura es propia de la evolución y de la conciencia crítica que nos anima y define, al punto que hemos llegado al nivel del conocimiento científico de las sociedades con sus múltiples y diversas condiciones, con sus particularidades. No existe uniformidad, sino una amplia pluralidad étnica y cultural; por lo tanto, existen factores que establecen y construyen distintos puntos de vista y comportamientos sociales. Estos son temas para ser estudiados en medios y circunstancias específicas. Por eso es que el principio de generalidad de la normativa jurídica quedaría sin soporte real; sin embargo, la aceptación de los casos de diversidad cultural no puede legitimar el abuso contra la dignidad humana, que es el principio fundamental de los procesos sociales.

Así, por ejemplo, podemos hablar del hecho nefasto acaecido en 1994, entre el 6 de abril al 15 de julio, por parte del gobierno hegemónico Hutu de Ruanda. Durante esos meses, se produjo el genocidio y extermino del 70% de los tutsis; se estima que murieron entre 500.000 a 1.000. 000 de personas. La violencia es una constancia de los procesos sociales, pero no por eso es justificable; siempre será un estigma.

Los hechos señalados se dan no solamente por grupos primarios, cuanto por los gobiernos expansionistas, aún del mundo desarrollado. Por ejemplo, en las guerras de Turquía contra Armenia y el genocidio ejecutado en 1920; así como en las Guerras Mundiales de 1914 y 1938, con el holocausto judío y el genocidio de Hiroshima y Nagasaki. Las guerras no terminaban de expandir la muerte y desolación de la humanidad.

Existen más hechos que grafican los delitos de lesa humanidad cometidos hasta hoy, en pleno siglo XXI, en nuestro tiempo y de las generaciones que advienen. De lo que en la óptica logramos percibir y verificar, relacionado con los niveles de desarrollo de la conciencia humana, se establece la necesidad de educar y formar la conciencia crítica de la humanidad.

Hay que educar, siempre con la ampliación cognitiva de la conciencia humanista, para sustentar sólidamente la Cultura de la Paz y, por un proceso sostenido, descubrir las raíces de la violencia y el afán de dominio y exclusión. Esto nos hace peculiares, comparativamente con otras especies naturales, en los procesos de convivencia. Desde luego, para un aprendizaje desde las realidades ilustrativas mediante el pensamiento crítico, se logre quizás la superación de la etapa de la violencia humana, signada por ser depredadora de su propia especie y, así, definir por sentido altruista si tal pretensión se quiere entender. No es cuestión natural vivir en estado de guerra, constantemente ejecutado; el antivalor de la violencia ejercido contra el sentido de convivencia pacífica debe ser el tema central para alertarnos sobre la

necesidad de desarrollar la profunda y universal Educación por la Paz. Consentir como legítimo o permisible tal estado de guerra es el absurdo contradictorio y aberrante, como absurdo es sacralizar la guerra y poner en paréntesis la misión pacifista de las Organización de las Naciones Unidas.

Luego el racismo, la violencia de género, el tráfico de personas, armas y drogas, la discriminación laboral, la exclusión de millones de personas de los beneficios del progreso científico y del desarrollo económico deben ser definitivamente condenados por constituir prácticas execrables. Son, en sí mismo, el mayor crimen de lesa humanidad. Entonces vemos que la Antropología Social nos debe ilustrar para, de las experiencias verificadas, obtener respuestas formativas de la conciencia crítica.

De Tomás Hobbes a Levy-Strauss existe un cuestionamiento a la conducta social: ¿La arbitrariedad, la violencia y la guerra son connaturales al ser humanos? Por tanto, cabe insistir en la necesidad científica y, sobre todo, ética de establecer, descubrir y generar los medios conducentes para elevar el nivel de convivencia pacífica. Con sentido objetivo, debemos definir la relación entre violencia, guerra y Estado; una finalidad que requiere el estudio psicosocial que desentrañaría los impulsos atávicos, frente a la pretensión de paz como la necesidad culminante de la humanidad. Los casos antes puntualizados son ejemplo de tantos otros acaecidos en el mundo y que marcan las diferencias sociales y la pluralidad cultural. Se dice que los factores económicos coadyuvan a la industria bélica y más acciones de violencia como el crimen organizado; se dice que estos deben ser estudiados y resueltos desde la premisa de la racionalidad jurídica. La teoría del criminal nato de Lombroso parece retomar vigencia, ante lo cual se deben tender los puentes de convivencia justa, en función de encontrarnos en el consenso necesario y lograr construir niveles sociales de ordenamiento institucional, justos, pacíficos y creadores.

Otros casos que demuestran la precariedad del mundo por la contingencia bélica y espiral de dominio y exclusión son la multiplicidad de los factores eidéticos de los grupos políticos sectarios. Por un absurdo fanatismo que desborda la racionalidad de ajuste y convivencia pluralista, conducen a la violencia y negación de todo atisbo de ponderada conducta. Hoy mismo tenemos el punto de disenso en Afganistán, con el retorno al poder de los talibanes y su égida avasalladora, en especial en los sistemas de organización institucional. En este punto de diagnóstico, se ha hecho patente el absurdo discriminatorio para las niñas en edad escolar, impedidas de asistir al sistema educativo, en función de cumplir el diseño de ese régimen.

Dictadura o democracia, libertad o tiranía, vida o muerte. Pero lo más profundo del problema radica en el dominio de una concepción peculiar para el tratamiento a la mujer, con ese sentido discriminatorio que afecta los derechos humanos a la plena igualdad.

Los citados son ejemplos que demuestran, desde la perspectiva antropológica y social, que se dan muchos otros temas a ser analizados para una adecuada correlación de las sociedades y de la imprescindible aplicación de los derechos humanos y del Derecho en sí mismo. Si los entendemos en su sentido de universalidad, los puntos de fricción llagan a todos los temas a ser resueltos; así en el mundo de la actividad económica y en general de las relaciones sociales de producción, se debe lograr el pleno empleo como garantía del desarrollo coherente de las sociedades jurídicamente organizadas en el Estado de Bienestar, que debe ser el contenido existencial del Estado de Derecho.

No cabe asumir como normal lo injusto, ya que la desigualdad de oportunidades es una situación lacerante, porque implica aceptar la marginalidad de millones de personas. Aún así, si fuera una minoría la marginada de los beneficios creados por la sociedad de bienestar o por la igualdad de oportunidades, ya se violenta la dignidad humana; no se diga cuando se avalora a una sociedad que se precie de honrar precisamente a los valores de la justicia y de la igualdad, peculiares a la cultura democrática, que ha formado y diseñado prolijamente la conciencia en sus niveles de mayor lucidez, en los años de evolución, con sus creativas experiencias y que están patentes en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Entonces esa exclusión, así sea de la minoría, ya resulta injusta e indebida, porque el desajuste de tal minoría demuestra la impotencia institucional para que todos disfrutemos de los beneficios del desarrollo. La pretendida perfección del sistema se anota como el objetivo deseable para el juicio objetivo de la realidad. Así es, pero los procesos sociales de ordenamiento institucional siempre señalan las metas finales para diseñar el modelo de sociedad que se pretende.

Se ha dicho que el más alto valor es el de la Justicia. Evidentemente que lo es y así debe ser, ante la multiplicidad de realidades contradictorias, opuestas y dominantes en un mundo de siete mil setecientos millones y más de personas, cuando desde la proyección humanista pretendemos que todo ese conjunto humano sea realmente satisfecho en su necesidad vital de Dignidad.

Pero debemos pensar en los mínimos y en los máximos de todo proceso. En efecto, un mínimo para todos es que tengamos derecho a vivir y a vivir con dignidad; por tanto, tenemos pleno derecho a ser respe-

tados desde la concepción y desde luego, cuando nacemos, tenemos el derecho al pleno acceso a los alimentos, a la salud, a la educación, a la vivienda, al medio ambiente saludable, a la comunicación y a todos los bienes y servicios básicos. Se exige con criterio fundamental la libertad de ser lo que hemos pensado y querido ser. La definición humana mayor es el derecho a labrarse la propia personalidad. En esta línea de pensamiento, lo máximo es el derecho inalienable a la perfección.

En este sentido el apetito de lo justo ideal desborda los límites de las diferencias y privilegios indebidos, para asumir que las mismas, siendo necesarias al nivel realista de la persona, no deben ser el único factor de comprensión del fenómeno humano. Cada persona es un universo en sí mismo, tal como nos enseña Mounier y lo fundamenta Maritain; la visión humanista de estos filósofos, en base de su antropología social, nos muestra, con los aportes de la corriente y escuela Personalista, que el universo personal es trascendente y abierto a todas las expectativas y aportes de un mundo en permanente acción creadora.

La visión antropológica nos permite comprender la diversidad de la humana condición para encontrar la solución a los múltiples problemas y desajustes, siempre apuntando a la humanización creciente del ser personal y colectivo. La ciencia es y debe ser el medio de superación de los elementos y de los factores de la naturaleza, como el clima o la geografía con sus diferentes condicionamientos telúricos, o de las mismas situaciones de la sociedad en que nos encontremos, con sus diversos elementos e intereses, concurrentes o contrarios, adversos al interés individual o comunitario. Por ejemplo, debemos seguir asumiendo el trabajo y la propiedad, no como medios de control y enriquecimiento de sus promotores y ejecutores, sino más bien en la dimensión solidaria del bien común; porque la visión cultural debe ser altruista, desde la concepción humanista, como respuesta óptima del conocimiento que a todos nos define, para que disfrutemos de sus avances y beneficios en la dirección del desarrollo integral de la vida humana.

En el cuadro que se detalla, nos encontramos con unos cuantos temas peculiares al Derecho, concebido como la mejor creación de la vida humana objetivada que se ha señalado desde la reflexión filosófica y que es, en síntesis, esa instancia axiológica de la Sociedad debidamente organizada, a ser analizada por la antropología cultural y social que, teniendo como objetivo el conocimiento del desarrollo del Ser Humano, desde épocas remotas al presente, nos debe ilustrar en el intento de un diseño realmente holístico de Derecho como el sistema de valores que concentran la esencia del Estado.

Visión histórica. tiempos superpuestos

Los procesos de la génesis y desarrollo de las comunidades sociales...

"Lo que el Hombre es lo experimenta a través de su Historia" nos dice Wilhelm Dilthey. El Historicismo Antropológico inspirado en Benedetto Croce y Leopold von Ranke considera que la realidad cultural que tenemos es el producto del devenir histórico. Los hechos y creaciones culturales de todo orden no son casuales sino producto de la relación histórica de orden causal. Todo tiene un origen y una razón de ser, nos ilustra José Ortega y Gasset con su tesis del Hombre y su Circunstancia. Este fue un filósofo visionario que nos aporta con sus estudios para descubrirnos la línea existencial de la conciencia crítica, guiando con visión lo que socialmente se construye o personalmente se deba definir. Puntualizamos: La conciencia crítica de la persona humana debe guiar a las sociedade., Sin esa conciencia crítica, la masa diluye las luces de la razón.

Todo es historicidad y todo debe ser valorado en su motivación real. Con esta visión se estudian los procesos de la humanidad, en especial la creación jurídica tan delicada y fundamental para organizar la vida humana en sociedad. Se debe tener en cuenta el papel de las normas legales que necesariamente deben ser escritas, por su carácter normativo; son como las rieles que conducen los distintos procesos de la sociedad civil a la consecución del Bien Común, que es el resguardo objetivo de la dignidad humana. El Bien Común y la dignidad humana de todos y de cada una de las personas que integran la Comunidad hacen, en definitiva, la sociedad. No existesociedad debidamente organizada sin ciudadanos sin personas que ejerzan sus derechos a plenitud y cumplan sus deberes correlativos en la aplicación real del contrato social que fundamenta, legítimamente, al Estado de Derecho. En este enfoque radica el valor de honrar la palabra empeñada o *Pacta Sunt Servanda*.

El proceso de la evolución humana,tiene su origen y dimensión social. El *homo sapiens* es una continuidad perfectible, con sus limitantes de violencia y retrocesos para luego pacificarse y avanzar. Desde los orígenes, se concibe la violencia como un factor negativo y constante en la evolución de las culturas. Se ha dicho que las guerras producen los inventos que apuntalan las momentos de paz; es más, que para curar las heridas y superar los desgarramientos sociales, el ingenio humano nos brinda las soluciones y así continuar el proceso científico sin otro objetivo que asegurar prioritariamente a los beneficiaros del poder. En este razonamiento, se encuentra la desesperación y la angustia de los

pocos frente al derecho esencial de la humanidad para enfrentar las miserias humanas. Pensemos: la guerra en sí mismo es la frustración más lamentable de la condición humana. Pero la industria bélica se expande inmisericorde. De lo señalado, parecería que los momentos de lucidez son pocos en medio de los tenebrosos escenarios de la violencia, del egoísmo y de la muerte, cuando la dirección de la luz apunta más bien a salir de las tinieblas, porque la historia de las sociedades debe ser la del trabajo y de la producción, de la concurrencia de todos a la voluntad de colaboración, para así generar la prosperidad y el bienestar.

El nivel de confianza hace posible definir el capital social, nos dice Georg Simmel. En estos años, en pleno siglo XXI, la pandemia del coronavirus nos demuestra que el instinto del dominio y del enfrentamiento para lograrlo sigue vigente. Se debe trabajar en la ciencia, en función de encontrar la respuesta eficaz a la enfermedad y a la muerte de millones de personas por esa otra pandemia que es la del hambre; se pone de relieve, en el primer plano de las necesidades globales, el factor acuciante de la pandemia de la extrema pobreza, que atormenta a comunidades enteras, sumidas en la marginalidad del proceso social y económico del sistema económico mundial.

El apocalipsis está rondando las mentes, desde las profecías, a las que ya no se da importancia, pero que están en el mundo, alertando con la guerra, la muerte y el hambre que aflige y angustia a quienes las sufren.

En este escenario, nos llama a la reflexión encontrarnos con el desgarramiento de la lógica que fija la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esa guerra del Talibán, autodenominada como guerra santa, pretende retroceder la historia a contemplar la vigencia de concepciones segregacionistas de cuño recurrente que ya se ha superado para muchos, desde hace ya más de sesenta años por la Organización de las Naciones Unidas, ONU, y que ha mantenido su ritmo ascendente a la igualdad real del ser humano. Es una utopía, pero allí está, señalando su destino. El hecho de la violencia que acompaña al etnocentrismo de esta experiencia, nos debe alertar para, mediante la educación, superar sus aciagos efectos y definir en las realidades de los hechos el encuentro positivo de la diversidad cultural y de los mundos sociales para construir el ideal de la familia humana. Toda construcción es progresiva.

Se dijo también, ya hace más de siglo y medio, que el Derecho es la superestructura de la infraestructura que integra la Economía y, en su conjunto, la relaciones sociales de producción. Sin embargo, si reflexionamos con objetividad y rigor sociológico, en la permanente búsqueda de la justicia encontramos que, en primer plano, es la realidad y esencia de la Cultura la matiz de todos los procesos sociales a lo largo del tiempo.

Este punto de reflexión nos hace evidente que, si no fuese por la pluralidad de aportes en torno de los sistemas económicos, capitalismo y colectivismo, o libre empresa y economía centralmente dirigida, el mundo permanecería cerrado en una caja de caudales, emponzoñado en la miseria. En contrapunto a ello, los resultados de estas dicotomías dialécticas nos dejan claro que sin propiedad privada y reglas claras de producción, circulación y distribución de los bienes y servicios, sin valoración de la eficacia y de los múltiples aportes como las creaciones del intelecto humano, obviamente no funcionaría el sistema de la igualdad de oportunidades, de la autonomía de la voluntad y, por tanto, de la mínima posibilidad del Estado de Derecho y de la Economía como actividad productiva de efectivos alcances humanistas. Entonces, sin contrapunto válido, Keynes y los gestores de la cultura de la libertad marcan el real avance de esa cultura integral centrada en la creación de la sociedad de bienestar y el anhelo universal de la dignidad humana.

Por lo dicho, la historia tiene un fuerte componente en la ciencia, en la economía, y en el mismo obrar humano de trabajo y aporte cultural, que es la totalidad de las creaciones humanas, como los valores y principios de una civilización humanista. Por eso es imprescindible rescatar, una vez más, la necesidad de una fuerte dosis de sentido común. Más allá de toda ecuación, se encuentra la fuente óptima del progreso en la lucidez mental de los pueblos y de la cultura, como la matriz de todo el proceso y el ascendente desarrollo que converge en el Estado de Derecho, como el vector de la seguridad jurídica y, por consiguiente, del Bien Común.

Pero el tiempo es el componente de la historia; no podemos regresar al pasado se ha dicho. Juan Bautista Vico, con su célebre tesis del Torno y Retorno, nos propone realmente la necesidad de tener presente que todo vuelve a su punto y lo que fue nos alerta para construir el futuro, enmendando, corrigiendo, aprovechando las experiencias y desarrollando los procesos a seguir en un circuito inacabable. Estamos en la época de la cibernética y aún así encontramos la presencia de la edad de la piedra o del nomadismo, que sigue por ahí; están dispersos, en unos casos, no contactados en otros, pero son millones de personas que viven en el tránsito del pasado más remoto, recordando lo que fue el origen de esas comunidades que actualmente disfrutan del desarrollo científico. El método comparativo nos ilustra en esta circunstancia. La visión unilineal de la historia es un factor a ser estudiando dentro la coexistencia de las comunidades que testimonian la tesis del Desarrollo Desigual de la humanidad, o de la coexistencia de las culturas en un mosaico de cuadros superpuestos. En el gran conjunto, debemos advertir los avances científicos y la realidad de las comunidades con sus productos culturales del pasado más remoto.

El desafío mayor de nuestro mundo es comprender, respetar y aportar a otras culturas. Nosotros, con la energía eléctrica, la telemática y el avance científico de la física y la biología, el átomo y los cuarks, la genética, la inseminación artificial y tantos otros efectos del desarrollo que nos brinda su confort y sus aplicaciones en los más diversos órdenes de la creatividad cultural, debemos sin embargo coexistir con las culturas y los tiempos que marcan los espacios y lapsos reales de esos mundos que, en la selva profunda o en las cumbres de las cordilleras, no se conocen. Ni conocen la energía eléctrica, ni los elementos del mundo científico, pues las comunidades aún tribales que las habitan, en muchos casos o en todos quizá, siguen su peculiar proceso; por ejemplo, de alumbrarse como lo hacían en el tiempo de las cavernas.

Por tanto, encontramos un disímil proceso de la evolución social y cultural, coexistiendo, en un mismo espacio territorial, los mundos diversos de la prehistoria con los mayores avances de la ciencia a los que hemos llegado: grupos o comunidades nómadas defienden su modo de vida y, muy cerca, la sociedad avanzada de la tecnología nos da el cuadro de costumbres, tradiciones y mentalidades diversas que expresan la superposición de las épocas históricas y, por tanto jurídicas, que están actuantes dentro del territorio formal de un Estado moderno.

Realidades tan diferentes expresan las diversas culturas. La igualdad no es uniformidad, sino más bien la condición asumida para realizarnos en la plenitud del derecho a decidir.

Del proceso histórico avanzado de la cultura post moderna nos debemos situar en el nivel de la contingencia primitiva de la historia primaria de las sociedades. Esta asimetría la observamos en nuestro mundo de contradicciones abismales; no es sino cuestión de objetividad analítica discernir en la paradoja de los tiempos superpuestos que se contradicen y desarticulan la pretensión de la univocidad lineal de la historia. Solamente con la aceptación de la diversidad en su amplitud y contrastes existenciales podremos dar respuesta a la multiplicidad pluralista de la configuración, no solamente de los estados de desarrollo, sino de las mentalidades que se proyectan en su capacidad perfectible de seguir la línea de su vida o encontrarse en un punto de solución mediante la cultura y los mecanismos jurídicos de asociación.

¿Es posible la convergencia de culturas y momentos disímiles de la geopolítica, de las contradicciones conceptuales o de los sistemas jurídicos tradicionalistas frente a los modelos humanistas y científicos de convivencia, sin tender de por medio el puente de la comunicación y encuentro intercultural?

Unos puntos de contradicción: Los talibanes y la sociedad de la libertad e igualdad plenas no se pueden encontrar, porque en estas

cuestiones de definición vital es imposible justificar o entender la paradoja cruel que se presenta entre la abolición de la pena de muerte como sanción a los delitos de mayor daño social y la permisividad del aborto, considerado como derecho humano a pesar de que el derecho fundamental es a vivir y vivir bien. Estos son hechos irreconciliables que resultan ser los puntos negros de la historia, en los que estimo que lo desgarrador del contrapunto existencial, pese a su negatividad absoluta, no nos debe impedir avanzar a la superación de los conflictos y situaciones hirientes de la condición humana. Siempre hay que salvar lo esencial, porque debemos hacer posible el encuentro de los tiempos diferenciados de las culturas, de las etnias y de los pueblos, pero no del delito y la lenidad del Derecho para juzgarlo y sentenciarlo con el rigor de la Ley Penal. Simplemente no existe el derecho a delinquir. El crimen nefando, el delito fraguado y ejecutado con sevicia, el genocidio y la lesa humanidad no son justificables, porque son la negación de la humanidad *per se*. Es un principio inexorable de seguridad jurídica, valorar lo esencial para la vida humana. La condición humana es perfectible. El final de la Historia no está determinado por el fatalismo. Nos queda siempre el camino de construir o reconstruir nuestro mundo.

En las sociedades contemporáneas de América Latina, en especial los sectores sociales de raigambre milenaria, que se encuentran en su región Andina, se han manifestado por el reconocimiento de la plurinacionalidad, debiendo el Estado definirse en esa visión.

Se debe valorar el proceso de mestizaje. La evidente fusión de los descendientes de los colonizadores españoles con los herederos de los quichuas representa la mayoría poblacional. Se estima que en Chile, Bolivia, Perú y Ecuador, en promedio, más del 60% de las respectivas poblaciones es o se declara mestiza, el 30% se estima o es indígena y un 10% de diversas etnias, como caucásicos, afroamericanos y otros.

En el contexto cultural, la realidad es muy diferente. Las poblaciones indígenas, en un alto porcentaje de más del 80%, han sido educadas en los valores y líneas conductuales de carácter occidental. En la práctica, la asimilación de sus comportamientos culturales responde al mismo sentido vital, porque la educación, el idioma, las prácticas económicas, el comercio, los procesos de las relaciones sociales de producción han avanzado en gran medida; por ejemplo en Ecuador la electrificación llega a los sectores más diversos de la población.

Hoy con la pandemia que ha sufrido el mundo, se ha puesto a prueba el Internet. Por eso, la educación virtual fue el medio de cobertura al 70% o más de los sectores campesinos, debiendo los Estados, como en el caso de Ecuador, servir a las comunidades más diversas con la

dotación de los medios electrónicos como computadores teléfonos celulares y más mecanismos para la educación a distancia. Obviamente fue un muy duro y difícil proceso,; sin embargo, se ha logrado un resultado positivo.

En esta perspectiva, el modelo de Estado debe ser estudiado en función de afianzar la unidad real y superar la dispersión y fractura del sistema jurídico, cuanto más con visión objetiva, organizar su asociación efectiva, optimizando los procesos de coordinación sólida de estos mundos diversos con la identidad común del desarrollo integral e integrador de las culturas diferentes. A la vez, hay que sentir y saber, de antemano, que esos mundos diversos deben caminar en la misma dirección, porque se necesitan para construir una sociedad definida por el Bien Común.

La Convergencia

La pretensión de unidad y colaboración se realiza mediante la creación de organizaciones sólidas, vinculadas por normas de convivencia que promueven la paz, el trabajo creador y la cultura del respeto a la dignidad humana.

Por eso, el Estado de Derecho es la respuesta para construir un mundo asociativo de colaboración eficaz. En tal virtud, debe mantener su égida de vigencia real, reconociendo las necesidades emergentes y relevantes a la identidad de cada etnia, pueblo o sector peculiar; en los casos múltiples y presentes, desde la experiencia histórica, para que las comunidades valoradas en su peculiar condición de pluralismo innato a la naturaleza se manifiesten sin fragmentar la unidad esencial del marco jurídico. En los casos de las etnias no contactadas, se debe avanzar en el proceso de acercamiento efectivo, sin dejar al descubierto la misión unificadora del Estado, en orden para garantizar la seguridad jurídica de todos los habitantes del territorio sobre el que ejerce la soberanía.

Se pretende la coexistencia de sistemas jurídicos diversos. Tal es el caso del sistema occidental, que es el vigente hoy por hoy en el contexto de naciones americanas y europeas, como en la República del Ecuador, con los sistemas jurídicos ancestrales, de carácter consuetudinario y que se corresponden a las diversas nacionalidades, etnias y pueblos indígenas. Esta multiplicidad normativa de orden costumbrista, trasmitida oralmente de generación en generación de cada pueblo o etnia, es la pretensión plurinacional, que no constituye la esencia del Estado como expresión positiva del sistema jurídicamente organizado. Por eso, se requiere del Derecho y sus manifestaciones históricas como el Código de Hammurabi, la Ley Mosaica, el Decamerón, el Derecho Romano y la contribución de la legislación Civil o Penal y de las otras materias jurídicas que han establecido las líneas básicas del

ordenamiento social. Todas esas contribuciones y creaciones jurídicas se han establecido por escrito. Pensemos en el fenómeno y proceso puramente oral y en el hecho de que esa manifestación se guarda en la memoria de las generaciones y se trasmite oralmente sin la debida codificación. Esto se constituye, a su vez, en una de las causas de desarticulación de los sistemas jurídicos; por tanto produce la dispersión y la arbitrariedad en las decisiones, como la fragmentación del Estado y su misión de garante de la Seguridad Jurídica, una de las premisas básicas del Estado de Derecho. Esto, según lo que define el mismo sistema Constitucional de los Estados Modernos, con su inicio en la Constitución de Estados Unidos, y en Ecuador, desde 1812, con la Carta Quito, y la pieza sillar como es la Constitución de 1830.

Por lo señalado, si bien se debe estudiar la posibilidad y real vigencia en el mundo del Estado Federal, no se puede borrar la herencia común que nos identifica. Los Estados Federados, o el sistema federal o confederado, no han dado paso a sistemas jurídicos ambiguos o difusos. Han ejercido y ejercen a plenitud la soberanía de su potestad en el territorio y comunidades que los habitan, sin desconocer las particularidades y fueros de las unidades y circunscripciones estaduales que lo conforman; por ejemplo, el caso de Estados Unidos que, como república soberana, se regula por su Constitución, vigente desde 1776. En Europa, cada Estado, sea una monarquía o república con multiplicidad de etnias, mantiene su unidad estatal dentro de un solo sistema jurídico. En el caso de la Federación Rusa, su unidad se ha consolidado *ad intra* sus fronteras, nada queda de la vigencia del modelo soviético, en los estados en que se fragmentó la Unión Soviética, cada uno se rige por un mismo y definido modelo estatal.

En la realidad del Ecuador, es necesario estudiar las precisiones normativas por el pluralismo jurídico, reconocido en el sistema constitucional y legal desde 1998. En esta línea, hay que abrir los caminos de superación de las diferencias y encontrar la unidad solidaria de los mundos indígenas y blanco mestizo, como se denominan a los mismos, cuando todos somos ecuatorianos.

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se puntualiza en los artículos 1 y 191.4 de la Constitución de 1998, cuyos textos concretan la aplicación del Convenio 169 de la OIT, tal como nos recuerda Raúl Ilaquiche Licta en su obra Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia Indígena en Ecuador. En esta misma línea hay trabajos de Lourdes Tibán, como una obra conjunta con el autor antes nombrado: Manual de Administración de Justicia Indígena del Ecuador. Cabe puntualizar que la Constitución del año 2008 regula la Justicia indígena en el artículo 171, en relación con el contenido del inciso 1 del artículo 189.

Debemos estar conscientes de la premisa doctrinal que define al Estado como la sociedad políticamente organizada, de plena soberanía jurídica sobre el territorio único e indivisible de su jurisdicción y cuya misión consiste en garantizar la seguridad jurídica, debiendo actuar con aplicación de los derechos humanos para la consecución del Bien Común. El Derecho Constitucional define con precisión el carácter soberano del Estado. Se deben estudiar los textos de las constituciones de los estados desde sus mismos orígenes.

En la obra Manual de Administración de Justicia Indígena, mencionada en el párrafo precedente, Lourdes Tibán y Raúl Ilaquiche nos ofrecen sus conceptos de Nacionalidad y Pueblo Indígenas: Nacionalidades Indígenas son las colectividades milenarias anteriores a la existencia del Estado, que viven en un territorio determinado y son poseedoras de identidad histórica, cultural e idioma propios,; así como de instituciones peculiares dentro de su organización social, económica, política y jurídica. Estas comunidades están dotadas de autoridad propia.

Los Pueblos Indígenas son las colectividades originarias, conformadas por comunidades con identidades históricas y culturales propias que las diferencian de otros sectores de la sociedad, con sistemas propios de organización social, económica, política y sistemas jurídicos particulares.

Para la precisión conceptual se encuentra que estos conceptos son similares, por eso debemos concebirlas como las unidades menores de la nacionalidad. Se identifican 13 nacionalidades, dentro de las que la quichua está conformada por varios pueblos. Se mencionan a las nacionalidades Shuar, Achuar, Cofán, Siona, Secoya, Huaorani, Záparo, Shiwir, Tsáchilas, Qwa, Chachi, Epera, Quichua. Además, se identifican pueblos indígenas como los Otavalos, Caranquis, Natabuelas, Cayampis, Quitu-Caras, Panzaleos, Chibuleos, Salasacas, Quisapinchas, Huarancas, Puruháes, Cañaris, Saraguros y Quichuas de Pastaza, Napo, Sucumbíos y Orellana. Es recomendable que las personas lean el libro Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador. Lourdes Tibán y Raúl Illaquiche, en especial en las páginas 16 a 20.

En una percepción objetiva de este mundo peculiar de múltiples organizaciones étnicas con múltiples modos de valorar y administrar justicia, comparándolas con la potestad del Estado moderno, concebido como la unidad política, administrativa, social, económica, de raigambre cultural sincrético, se encuentra la necesidad de unir esas entidades jurisdiccionales en la cosmovisión del Estado y, más allá de esta finalidad aún circunscrita a un segmento del gran universo de estados, construir con realismo el objetivo de la Unidad de los Estados

en el marco de las Naciones Unidas (ONU). Este es un. vector ineludible del Derecho Internacional y del Estado de Derecho Universal.

Retomando nuestras particularidades étnicas y el papel del Estado, cabe puntualizar que en países de América del Sur como Chile, los mapuches buscan un espacio igualitario, según manifiestan, en derechos a la sociedad establecida. Algo similar ocurre en Colombia, que legisla la concurrencia igualitaria de sus sectores indígenas; como en los casos de Bolivia, Perú y Brasil. Las organizaciones indígenas alientan el derecho a la plena participación y reconocimiento igualitario en la Sociedad Civil y en el Estado. La pretensión es en sí mismo una expresión de los procesos históricos vividos, que debe ser canalizada en el contexto del sistema jurídico vigente y que define la realidad del Estado de Derecho como uno e indivisible. La égida del Estado Nacional se proyecta en su esencia por la cultura y los valores fundamentales que son los prevalecientes; se proyecta a una dimensión abierta al mundo, tal como hemos previsto en el párrafo precedente.

El concepto de Estado se refiere a una sola entidad, indivisible y soberana. Por esencia conceptual, es uno solo y, en tal contexto, no puede haber un estado dentro de otro. Pensemos que, en tal virtud, el pluralismo jurídico debe enmarcarse en la Constitución y la supremacía de sus mandatos, dentro de la necesaria unidad de la sociedad civil.

Los ejemplos de los procesos sociopolíticos y jurídicos son múltiples, pero quizás las pretensiones catalanas, vascas y otras en España nos pueden señalar una ruta de asimilación a nuestra realidad, teniendo en cuenta la unidad como punto decisorio. Sin embargo, siempre debemos considerar al Estado como la expresión formal de los acuerdos y consensos que se logren construir, para realizar el sentido de la historia y un destino común de los Estados, que se organizan en función de lograr su misión. La sociedad civil, la soberanía popular y los derechos humanos, garantizados en el ejercicio pleno de las personas y comunidades y en el contexto de la eficaz aplicación de la seguridad jurídica, son los elementos definitorios del Estado de Derecho.

Por eso, en nuestro caso, la pretensión de reencontrar o reconstruir el Tahuantinsuyo es una forma de retomar el pasado, desconociendo las evidentes diferencias de tiempos, momentos culturales y la línea conductora de la existencia de 400 millones de hispano americanos que definen un mundo diverso, totalmente identificado por su cultura y, por tanto, por el mismo sistema jurídico. Desde la conciencia lúcida de millones de personas, hemos llegado al preciso momento de la historia para definir la Unidad de los Estados Latinoamericanos.

Avanzar es la lección de la Historia. En tal virtud, estimo que se debe unificar sólidamente a las unidades nacionales; una nación de nacionalidades. La dispersión no es un camino alentador ni viable en términos de desarrollo social, económico e institucional.

Más allá de lo señalado, un término real del proceso marca el sistema mundial de convergencia. La Organización de las Naciones Unidas, en materias concretas como la de los acuerdos internacionales, las convenciones y el Derecho Internacional vigente y aprobado por los 193 estados signatarios, define un tiempo histórico irreversible. La realidad de la población mundial, siendo múltiple y diversa en sus componentes étnicos, idiomas, costumbres y tradiciones, se ha conectado en la unidad de los valores esenciales de la convivencia y el respeto a la diferencia y a las particularidades de cada etnia. Este factor permite la dinámica de la complementación en lo económico, como en la coexistencia de tradiciones que enriquecen la cultura humana. Por eso, somos cosmopolitas y dueños de un acervo común de mestizaje total. Hoy, se afirma que la Humanidad es mestiza.

En los tiempos de la cibernética, de la comunicación digital, de la telemática y los desarrollos indetenibles de la denominada inteligencia artificial, el Derecho tiene que señalar la ruta para los contenidos del nuevo orden mundial. Henri Prat, en su obra La Metamorfosis Explosiva de la Humanidad, nos ofrece la visión de las posibilidades de continuar en la línea o las líneas de paz y convergencia, o de la destrucción de los sistemas, con el colapso y liquidación de la esperanza en un nuevo orden mundial. Queda en nosotros, en cada uno y en cada comunidad, proyectar la vida humana con responsabilidad y trabajo.

No se trata de imponer ni ejercer la violencia para someter a los que piensan o son diferentes, cuanto más bien se debe intercambiar las experiencias y aportar al destino común. La Naturaleza nos define genéticamente; la cultura nos forma socialmente; el Derecho nos regula los procesos de ordenamiento institucional; el diálogo y la comprensión del valor de la vida, nuestra y de los otros, nos unen o nos pueden separar, pero esa distancia debe ser superada con la confianza en el proyecto común de trabajar por la buena vida humana. Ahí radica la importancia del diálogo y de la empatía. La solución a los intereses contrapuestos se denomina solidaridad. Con razón se dijo que el más sugerente nombre de la Democracia se llama igualdad; la utopía más excelsa, si así se la quiere idealizar y que, con la de la solidaridad, hacen con la justicia el diagrama de la historia a seguir construyéndose.

En esta línea, se han dado y se dan pasos importantes para construir la historia común. Esto, en sí mismo, es un aporte relevante y

necesario para el logro de la supervivencia de la humanidad. Lo contrario, el camino del enfrentamiento, de la dispersión y del egoísmo únicamente causan la soledad y la extinción. Ese no es, ni debe ser, considerado un proceso legítimo, cuanto que lo se requiere es construir el camino a la vida.

Reflexionemos. La historia también está hecha con ideas y acciones positivas para la garantizar la dignidad humana. Hace algunos decenios, en el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales del Ecuador, se estudió y aprobó por unanimidad la resolución que suspendió varios artículos de los códigos Civil, Penal y de Comercio que afectaban los derechos de la mujer. En total, enfatiza el informe, fueron 39 artículos los suspendidos.

Este es el proceso del Derecho, alentar la perfectibilidad de la sociedad para aproximarnos a la justicia. En una visión alentadora, la Antropología Histórica, retoma el estudio del ser humano como el sujeto esencial de sus procesos existenciales en el camino del tiempo, que es el camino de la evolución que continúa con el *homo sapiens*. La humanidad es mestiza, y es así.

Reflexionemos. En los inicios del proceso se identifica que la Eva de la humanidad se encontró con su pareja en el corazón del África, para en millones de años poblar la Tierra. Luego, obtenemos el resultado de que todos los *homo sapiens* somos y hacemos la Humanidad. En este cuadro de simbiosis nos realizamos, por eso es que las diferencias del color de la piel y de la multiplicidad de idiomas y formas culturales nos remiten finalmente al origen y destino común que nos identifica. De una misma semilla, la vida florece y se extiende por el planeta.

Hemos llegado al punto en el que vemos con claridad que la conciencia racional-humana en sí mismo, y su pensamiento crítico, se forman y articulan para desarrollos inconmensurables. Son las características del Ser Humano, si hablamos de pensamiento crítico hablamos de libertad. Pero, al ser sujetos dotados de libertad, tal condición nos hace responsables de nuestros actos. En este punto, el Derecho tiene la potestad normativa de orden conductual. La Historia es su escenario y el proceso creativo de orden normativo se desarrolla en su devenir.

Sin pensamiento consciente y crítico no existiría el mundo tal como lo apreciamos y valoramos.

La visión científica de derecho

El Derecho y su imperio inexorable:

El C*orpus Iuris Civiles*, con el Digesto y más legados de la cultura romana, ponen la base de nuestro sistema jurídico; su influencia es irreversible para estudiar la historia del Derecho. Su desarrollo encuentra su punto decisorio en el Código Napoleónico. Las instituciones básicas como la Familia, la Propiedad y la misma Ley se enmarcan en tan luminosa herencia de siglos.

El auge del Positivismo y de las Ciencias Sociales, asumiendo a la Sociología en su papel angular tal como Augusto Comte define los procesos de la sistematización institucional de la contemporaneidad; la Modernidad, con Nicolás Maquiavelo, y Tomás Hobbes; y la Ilustración, con Charles Louis Montesquieu y Hugo Grocio, luego Mariana, Suárez y Belarmino influyen en los procesos de creación jurídica, en especial por su entrega a la necesidad de positivar las normativas de la tradición cultural generadas por las comunidades sociales. Por ejemplo, el caso de la libertad contractual y los principios de la Buena Fe y del respeto a la intimidad.

La Enciclopedia y luego los aportes de filósofos como Emanuel Kant y sus tesis del Imperativo Categórico aportan decisoriamente en la definición institucional de los siglos XVIII al XXI. De este enfoque podemos, para mi criterio, resaltar la necesidad de la Filosofía trascendental conjuntamente con la metafísica, la ontología, la lógica y la ética, en especial, Estas, con más coherencia cognitiva para la cultura universal, influyen con la ciencia experimental en el proceso creativo de la cultura universal.

El Derecho, desde los conceptos clásicos a la definición del humanismo con sus diversas corrientes políticas y sociológicas, obtiene un impulso de gran aliento. El pensamiento liberal ilumina a las Repúblicas con la Revolución Francesa de 1789, la Independencia de América, con la Constitución de Estados Unidos y los sistemas constitucionales de Europa y de los Estados hispanoamericanos. Son sus referentes necesarios. Con reiteración histórica, debo citar una vez más a Nicolás Maquiavelo, Juan Jacobo Rousseau, Charles Louis Montesquieu y John Locke, Benjamín Franklin, Andrés Bello y sus concepciones sobre la libertad y la democracia.

El Código Napoleónico tiene una vigencia óptima. Este código fundamenta el Derecho Civil de Francia, Latinoamérica y, en general, de las instituciones civiles del mundo occidental. Luego, el desarrollo de

las Ciencias Penales y la Criminología alumbraron los contenido del Sistema Penal. Por eso, bien cabe destacar el papel del Ius Positivismo en la sistematización del Derecho Contemporáneo.

Algunos de los académicos y referentes de la cultura jurídica ecuatoriana son: el prócer y científico Eugenio Espejo, así como José Mejía Lequerica y Vicente Rocafuerte. Luego, en el desarrollo del Derecho, tenemos a Pío Bravo Vallejo, Benigno Malo Valdivieso, Antonio y Ramón Borrero Cortázar, Víctor Manuel Peñaherrera, Jorge Zabala Baquerizo, Juan Larrea Holguín, Andrés F. Córdova, Ramiro Borja y Borja, Gil Barragán Romero, Rafael Chico Peñaherrera, Víctor Lloré Mosquera y Hugo Ordóñez Espinoza.

Se debe subrayar, en su justa y definitiva valoración, la sistematización y vigencia de los derechos humanos, luego de la Segunda Mundial, con su Declaración Universal del 10 de diciembre de 1948 por la ONU. Estos derechos encuentran su punto decisorio en el Derecho Internacional.

Hoy tenemos nuevos factores y procesos que deben ser estudiados en profundidad. La emergencia social de reivindicaciones étnicas, de género y clase desafían la institucionalidad del liberalismo y los monolíticos estatismos.

Algo similar a lo ocurrido en la revolución socialista que llegó a constituir el poder de los *soviets*, la URSS, y su influencia en media Europa, así como gran parte del Asia con la China Popular. A la par que la India, con Mohandas Gandhi y la independencia de esa entidad histórica, milenaria y enriquecida por sus visiones culturales de primer orden, como el Hinduismo. Posterior a estos hechos tenemos un desglose no valorado en su trascendencia para el mundo con las independencias de los Países Africanos. Así también, en procesos de reinvindicación étnica hay que destacar el pensamiento y liderazgo de Nelson Mandela, que marca una nueva etapa del aporte humanista en el Derecho Político.

En el escenario, queda mucho por puntualizar en los sucesos y la calidad de las innovaciones, contenidos y desarrollos de la Ciencia, que decidirán los procesos del Siglo XXI. Por ejemplo, el desarrollo sustentable y la ecología, así como la cibernética y la investigación científica sin precedentes de la medicina y los avances tecnológicos para organizar nuevas formas de relación social frente a las pandemias del Siglo XXI, (Coronavirus, hambre y desnutrición infantil), desempleo en auge y el totalitarismo como forma de gobierno en países como China y Rusia, aunque en ellos se aplique la hegemonía económica del sistema capitalista. Son roles y desafíos para el nuevo siglo, el siglo del robot, de la inteligencia artificial y del postmodernismo.

La Familia, la propiedad y el trabajo son las instituciones fundamentales de la humanidad. Rudolf Von Ihering nos las describe desde sus raíces. En su obra La Lucha por el Derecho, el tratadista las define como la proyección objetiva de la personalidad decisoria del ser humano; mismas que, por su naturaleza dinámica, son instituciones en permanente actualización.

El Derecho es perfectible y la Ley debe responder a las necesidades de justicia, orden y paz, para que alienten el desarrollo integral de la sociedad. Siempre, la dignidad humana debe orientar a la legislación que regula las relaciones sociales de los ciudadanos y protejer sus intereses; la Constitución en sí misma es concebida como la normativa reguladora del poder gubernamental, al ser la expresión del Estado de Derecho. Es decir, se la concibe como la normativa garante de los derechos fundamentales de la persona humana. Cuando los autoritarismos se erigen en la ley y el sistema constitucional colapsa, se definen los procesos de recuperación de la institucionalidad jurídica. La sociedad civil tiene que expresarse en función de la legitimidad del poder y como su fuente natural.

Los conflictos sociales, la acumulación excesiva del poder económico, el afán de enriquecimiento y la codicia, en términos reales, afectan la lógica de la vida social, al punto que, en la sociedad contemporánea, los cárteles y las mafias son los poderes fácticos de incalculable penetración en el sistema administrativo del Estado, de la organización institucional y de los organismos de control policial, encargados de velar por la seguridad ciudadana. Las categorías del Crimen Organizado y el perfeccionamiento del crimen común han desarrollado sus teorías de protección de los derechos del delincuente, y los derechos de las víctimas de la delincuencia se han relativizado, al punto de su desprotección. Así las concepciones sobre el delito, la sanción y el autor y los coautores, los cómplices y encubridores del delito han permutado. Los sistemas carcelarios y de rehabilitación de aquellos, así como la justicia, fracasan ante la impunidad.

El crimen organizado ha penetrado en muchos Estados, se ha dicho con objetividad porque los hechos lo demuestran. Tanto es así, que se manipula la Ley en función de sus intereses. En la actualidad, el sistema carcelario se encuentra controlado por bandas delincuenciales, el narcotráfico y las mafias de todo orden se disputan su hegemonía. El caso de nuestro país es de grave conmoción; por tal razón, el presidente Guillermo Lasso ha decretado el Estado de Excepción en todo el Territorio Nacional, para combatir a la delincuencia y recuperar la seguridad jurídica de la ciudadanía.

Es necesario retomar el control del sistema penal. Hay que pensar en la víctima del delito; el sistema de justicia debe tomar el debido cuidado de ella y procurar los medios reales y científicos de erradicación del delito.

En este panorama de inseguridad creciente, las consideraciones sobre el Positivismo o eficacia de la norma escrita y del sistema jurídico en sí mismo como expresión óptima de Estado de Derecho nos motivan a valorar en su dimensión humanista el papel de la Ciencia Jurídica desde la Cultura; en su multiplicidad innovadora y su trascendencia definitoria, como fuente de Derecho, ya que es la manifestación de la conciencia crítica.

El ser humano es la sede de la autonomía de la voluntad, la base de las decisiones y el necesario, y más aún imprescindible, el guía ético de su realización integral. Por tales causas, tiene la última palabra en las decisiones fundamentales de la Sociedad Jurídicamente Organizada. En tal virtud, el Ius Naturalismo se revalora como el componente motivador de sus construcciones institucionales. Porque la razón humana, con su capacidad crítica, por el ordenamiento dialéctico de la responsabilidad de los actos del ser humano y sus raíces peculiares para la estimativa del Derecho, nos aportan con el sentido deontológico de la conducta social de la Persona.

La vida misma nos está guiando al encuentro de sus fuentes auténticas. No es la casualidad la que nos pone en el terreno de disfrutar del don de la vida y de la existencia, sino que su trascendencia espiritual es la causalidad infinita del amor, es la causa que nos alienta vitalmente y relaciona en el universo, con la sociedad y la naturaleza. Es, y debe ser, la realización del postulado que pide: “Ser más como Persona”

El Ordenamiento Institucional se presenta en la dimensión normativa de las sociedades para garantizar la certeza de la seguridad jurídica. Por eso, la Ley, en su esencia, debe ser precisa, clara y directa. En sentido ontológico, la Ley es de cumplimiento inexorable, siendo el conjunto de normas legales que rigen a la sociedad. Ese ordenamiento se encuentra integrado por la Constitución del Estado, que es la norma normarum, o norma suprema; luego, por las leyes orgánicas y secundarias, las normas que emite el poder ejecutivo, tales como reglamentos y decretos, las tratados y convenciones internacionales, los contratos y más acuerdos celebrados por las personas particulares en conformidad a la Ley.

Fluye una inquietud resultante de la penetración del crimen organizado articulado por las mafias cuando esa penetración es de tal magnitud que copa al Estado, para ponerle a su servicio; así, el poder

inexorable de la ley se revierte a favor de los delincuentes. ¿Qué nos quedaría? Quizá solamente los caminos de la rebelión o del éxodo. Es lo que hoy acaece en Estados de la región y quizás en otros del mundo. Entonces debemos reconstituir al Estado, depurar el sistema normativo y anclar a la sociedad en la justicia.

Retomemos el estudio de Derecho y así encontraremos la respuesta, porque las horas de angustia social son superadas por las decisiones de los Gobiernos sanos y de las comunidades sociales que recuperan el ordenamiento jurídico en función de la Dignidad Humana.

La Pirámide de Hans Kelsen

La pirámide ideada por Hans Kelsen es la representación geométrica de la jerarquía de las leyes. Con criterio lógico, el citado maestro de Derecho nos propone el sistema de ordenamiento jurídico del Estado para que, en la cúspide de la pirámide, se sitúe a la Constitución como la Norma Suprema que rige el sistema jurídico.

La ley es la reguladora de la sociedad, para aproximarse a la justicia que, según Hans Kelsen, es o debe ser la finalidad del orden social que el Derecho hace posible mediante las normas legales. Nos dice que solo secundariamente es una virtud del hombre porque, según su criterio, el hombre es justo cuando su conducta concuerda con el ordenamiento social que es considerado justo. Sin embargo, ¿cuándo un orden es justo? Cuando la ley regula la conducta de los hombres de una manera tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad.

Cabe una interrogante decisoria: ¿Quiénes hacen las leyes? Otros seres humanos investidos de la potestad de legislar, promulgar y juzgar.

De lo puntualizado, y que consta en la obra ¿Qué es la Justicia?, encontramos una pretensión sin respuesta, ya que nos desplaza a descifrar en qué consistirá la felicidad, En el contexto, se intenta establecer un criterio atinente a la perfectibilidad de las opciones existenciales. En sí mismo, este es un criterio válido porque aporta decisoriamente a requerir la sintonía o sincretismo de la ley escrita, formalmente positiva con ideales o valores, tales como la justicia o la satisfacción comunitaria; es decir, el Bien Común en acepciones correlativas a la Felicidad.

Son utopías óptimas o tendencias innatas del ser humano que nos motivan a todos para continuar en la búsqueda de lo imposible, pero que animan la historia de las culturas. En ciertos casos, ese imposible, en la visión del Ius Naturalismo, sí puede ser progresivamente construido.

Más concretamente, Hans Kelsen nos ilustra con sapiencia, para definir el mundo de los valores, centrando desde Platón su alegoría filosófica y siempre retomando la realidad de la condición humana. Por eso, en el ensayo Qué es la Justicia, nos dice que la solución que se dé al problema de la disputa de los valores como vida y libertad, libertad e igualdad, libertad y seguridad, verdad y justicia, verdad y compasión, individuo y nación, será distinta según este problema sea planteado a un idealista, a un materialista, a un liberal o a un socialista. El autor propone que la respuesta tendrá siempre el carácter de un juicio subjetivo y, por tanto, relativo. En consecuencia, la ley como norma positiva es lo que ofrece la certeza de la seguridad jurídica que garantiza el Derecho.

En cualquier óptica tenemos una cuestión trascendental para definir por qué la Justicia es el valor central del Derecho. En su obra Teoría Pura del Derecho, nos sitúa la reflexión sobre su función, que se cumple mediante el ordenamiento jurídico, normas o leyes. Por ende, es el gran regulador de las relaciones sociales. El Derecho es el estudio del sistema normativo con normas de cumplimiento coactivo y a las que considera como prescriptivas y de poder imperativo; es decir, de cumplimiento inexorable y de fuerza coercitiva.

Las categorías de legitimidad y legalidad establecen las líneas conceptuales de la seguridad jurídica; por lo tanto, el sistema normativo del Estado debe cumplirse inexorablemente como la única manera de garantizar la seguridad jurídica. La Ley escrita es la realidad normativa de cumplimiento obligatorio y coercitivo. La Teoría Jurídica de Hans Kelsen diseña el proceso de la elaboración de la norma y propone el acuerdo y los concensos; sin embargo, llegados a su definición, esa intención o proyecto normativo rige para todos inexorablemente. Ya es la ley.

En esta línea, su Pirámide Normativa es la gran respuesta para todos los sistemas establecidos. La Constitución y los acuerdos de derecho internacional con énfasis en los derechos humanos, concebidos en su justa dimensión valorativa de la dignidad humana, de la vida, de la libertad, del trabajo, propiedad y más bienes jurídicos, como expresión inmanente de su capacidad generatriz están en la cúspide. Leyes orgánicas y más normas reguladoras de la conducta humana se encuentran en orden descendente.

En nuestro sistema positivo, la Constitución del Ecuador se establece en la cúspide piramidal, con el carácter de norma suprema. Por tal consideración el artículo 424 de la Carta Magna dice:

> "La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.
>
> La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado, que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público"

Una acotación necesaria es la puntualización explícita de la supremacía constitucional que se manifiesta en textos constitucionales anteriores a la norma citada, como es el caso de sus antecedentes doctrinarios e históricos en la Constitución del Ecuador del año 1998, en su artículo 272. De igual manera, es necesaria la puntualización para la Constitución aprobada en Referéndum y cuyo texto se publicó en el Registro Oficial número 800, con fecha 27 de marzo de 1979.

En el proceso de la positivización de los valores y principios, la concepción ética, así se diga que no debe influir en la formulación del derecho positivo, tiene una evidente ligazón. Solamente pensemos en el contenido del artículo 1562 del Código Civil del Ecuador: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella".

En consecuencia el positivismo se aúna al concepto ético, natural, implícito, en cada acto contractual. La base del sistema jurídico de las sociedades es un evidente acto contractual. En todas sus implicaciones y formas derivativas del Estado de Derecho, el consentimiento, la libre aceptación de las partes contratantes legitima la asunción de las obligaciones. Vivir en sociedad exige el compromiso cívico de cumplir todas las reglas del proceso comunitario. En esta base se fundamenta la certeza y la confianza que ofrece el derecho.

También, y ciertamente por lo antes señalado, tenemos que poner el necesario énfasis en que la República del Ecuador es un Estado fundacional de la ONU y suscritor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en diciembre de 1948. Luego, por el Principio *Ius Cogens* y la Regla *Erga Omnes*, que son de vigencia y aplicación directa, en nuestro Estado se deben honrar los mandatos constantes en el Derecho Internacional como los que versan sobre los Derechos Humanos y más acuerdos, pactos y convenciones de esta naturaleza. El Pacto de Viena, celebrado el 23 de mayo de 1969 define el *Ius Co-*

gens en sus artículos 53 y 69, al ser parte del Derecho Internacional Público, cuyo contenido establece que los acuerdos que se formulen son considerados de carácter imperativo o perentorio y no admiten exclusión, ni se puede alterar su contenido. Cualquier acto contrario al mismo se declara nulo por la concepción misma de constituir principios valorativos, intangibles, *ipso jure*. Sus prescripciones deben siempre constar por escrito. Se definen los derechos humanos de orden reforzado o núcleo duro del *Ius Cogens*, como el Derecho a la Vida. En esta precisión básica, debemos tener en cuenta que todos los acuerdos o resoluciones que legalicen o admitan formas de la privación del derecho a la vida o de otro contenido fundamental, carecen de validez.

El artículo 425 de la Constitución vigente determina el orden jerárquico de la aplicación de las normas: Constitución, tratados y convenios internacionales, leyes orgánicas, leyes ordinarias, normas regionales y ordenanzas distritales, decretos y reglamentos, ordenanzas, acuerdos y resoluciones de los poderes públicos. Se precisa que, en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, los jueces y autoridades administrativas y los servidores públicos resolverán los casos mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. Se puntualiza el principio de competencia, y en especial la titularidad de competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Se debe considerar que el proceso constitucional del Ecuador se ha caracterizado por su inestabilidad formal; más de veinte constituciones desde 1830. Sin embargo, existe una línea objetiva de continuidad al mantener el sistema republicano y la soberanía popular como fuente del poder y de la ley. Nacimos como Republica Soberana caracterizada por tres funciones claves que son la Ejecutiva, Legislativa y Judicial, siguiendo el sentido universal del concepto de Montesquieu y de la Ilustración. La excepción a esto está en la Constitución de Montecristi de 2008, que definió cinco funciones, ya que se adicionaron dos más: la de Transparencia y Participación Ciudadana y la de Control Electoral. Esto, en desmedro de la función Legislativa, ya que su capacidad nominadora de las instituciones y autoridades de control como la Fiscalía, la Corte Constitucional, la Contraloría, la Procuraduría General del Estado y las Superintendencias, eran de competencia de este organismo en anteriores constituciones. Se genera y eleva a nivel de Función del Estado la de Control Electoral y, por una mixtura con conceptos pragmáticos de los estados autoritarios, se dota a la Función Ejecutiva y al Presidente del Ecuador de un poder de carácter hiperpresidencialista, al considerársele como Jefe del Estado con funciones discrecionales. Se le atribuye la capacidad de definir lo que se considera política pública, ya que todo debe estar reglado por la ley.

En el Estado de Derecho nada puede ser discrecional ni nadie debe atribuirse la potestad de legislar sin la autorización de la voluntad general expresada libremente, y por los medios republicanos, legales y legítimos. Al respecto, la Democracia Representativa tiene el aval de la soberanía popular.

Estos elementos dotan del crédito institucional a la definición de Estado de Derecho que se configura con los principios de legalidad, distribución y separación de las funciones del Estado.

No podemos dejar de puntualizar que, en un sentido contradictorio, la Constitución del año 2008 mantiene la aplicación y cumplimiento inmediato de la Constitución y la interpretación *pro homine* que se garantizan en los artículos 426 y 427 de la Constitución, pese a la antinomia hipersidencial con la potestad discrecional. Estos temas tienen que ser depurados mediante el proceso que la sociedad civil defina en conformidad con la Ciencia Jurídica.

En esta perspectiva, se debe necesariamente estudiar la Constitución y la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para los efectos procesales de la aplicación constitucional, en orden a posibilitar y hacer efectivo el mandato que versa sobre la aplicación directa de las normas constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos, ya que son de inmediato cumplimiento y aplicación. Así lo ordena la tercera parte del artículo 426 de la Constitución. Sin embargo, a pesar de su evidente necesidad, de su calidad y exigencia humanista, cuántas violaciones se han dado y se dan en contra de la concepción *pro homine*, tanto de la Ley en su amplia diversidad y de la forma contradictoria de interpretar y aplicar la doctrina y la normativa específica de los Derechos Humanos. Son temas de profundo estudio y necesaria revisión.

Conclusión

Para concluir este recorrido por los hechos de la vida humana y de nuestra realidad a lo largo de sus procesos, siguiendo a los filósofos del derecho, me permito poner énfasis en los siguientes puntos que considero básicos y que son puntos que integran la conclusión de este trabajo:

Primero: la historia es la gran maestra de las sociedades. De su estudio aprendemos las lecciones que nos deja el pasado, precisamente para no reiterar los errores y fracasos como las guerras, la violencia y arbitrariedad. El crimen organizado es el más grave daño causado a la institucionalidad y a las culturas mismas de la humanidad. La lenidad y benevolencia con la acción delictiva y sus autores irroga afectaciones

irreparables a los ciudadanos y personas que vivimos en un mundo, hoy por hoy, estremecido por la delincuencia. Por eso, el papel del Estado es fundamental para superar los desajustes y arbitrariedades cometidos contra la Ley y la Seguridad Jurídica.

Segundo: Del estudio de las relaciones sociales podemos aprender que se puede ser un ilustrado personaje, un sapiente jurista, un visionario político pero, si no se actúa con honestidad, se prevarica en sentido existencial. Solamente debemos hacer lo correcto y vivir nuestra libertad creativa, ajustados a la buena fe y a la coherencia de los actos, con las ideas y las palabras. Gayo, Paulo, Ulpiano, entre otros célebres juristas romanos nos aportan con esta enseñanza: "Justicia es la constante y permanente voluntad de dar a cada quien su propio derecho, vivir honestamente y no causar daño a nadie ni causarse". Estos son principios trascendentales porque constituyen la línea maestra de la buena vida humana.

Tercero: Giorgio Del Vecchio, Luis Recaséns Siches y pensadores humanistas de nuestro tiempo sintetizan la concepción filosófica del Derecho, al proponer que es una forma de vida humana objetivada, de orden social y normativo que se impone inexorablemente para garantizar la seguridad jurídica. Este concepto ofrece la visión ideal de la sociedad organizada por el imperio de la Ley. En esta línea, en mi ponencia La Relevancia del Derecho expresé mi criterio, en el sentido de que el Derecho es la entidad cultural, histórica, doctrinaria y normativa por excelencia, porque ha hecho posible que las sociedades avancen progresivamente a su convergencia respetando sus diferencias y logrando acuerdos de convivencia creativa, garantizando la vocación perfectible del ser humano en su justa aspiración de vivir con dignidad para, con lucidez, aportar en la construcción del Estado Universal de Derecho.

De la venganza privada a la sociedad de Pleno Derecho se define la Humanización Objetiva de nuestro destino.

Bibliografía

Cabanellas, G, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 2000.

Copleston, F, Historia de la Filosofía, Barcelona, Ariel, 1983.

Darquea, H. La Relevancia del Derecho. Ponencia publicada en la página web de la Pontificia Universidad Católica de Lima, www.pucp. Edu.pe con motivo del Congreso Interamericano de Filosofía organizado por dicha institución y publicada en la Revista Presencia Judicial. H. Corte Superior de Justicia de Cuenca, 2004.

Darquea, H. La Seguridad Jurídica y la Lucha por el Derecho. Ponencia publicada en el Libro Sociología de la Ética Cuencana. Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Cuenca. 2014. Este libro es una obra colectiva de los académicos que representaron a Universidades de nuestra Ciudad.

Darquea, H. La Autonomía Ética de la Persona Humana. Ponencia publicada en la Revista Proceso No. 5 del Colegio de Abogados del Azuay. 1997.

Darquea, H. El Personalismo: hombre sociedad, estado, Departamento de Publicaciones de la Universidad Católica de Cuenca 1983 Es una segunda Edición, porque la primera edición la publicó la Universidad de Cuenca en la Revista IURIS y por el libro respectivo según la Resolución del Consejo Directivo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca en el año de 1970.

Darquea, H.. La Vida y el Derecho a Vivir. Ponencia Publicada por la Universidad del Azuay. Congreso de Bioética, 2021.

Darquea H. La Constitución de Montecristi. www.apuntes jurídicos.com.ec 2008.

Del Vecchio, G. Filosofía del Derecho, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1974.

Fernández, S. Filosofía del Derecho, Buenos Aires, Depalma, 1984.

Fernández de Córdova, P. Apuntes de Filosofía del Derecho. Cátedra. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 2001.

Ferrater, J. Diccionario de Filosofía Barcelona, Ariel Filosofía, 2001.

Ilaquiche, R. Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia Indígena en Ecuador.

Informe del Tribunal de Garantías Constitucionales al Honorable Congreso Nacional 1988-1989. Quito, 1989

Estudio de Caso, Ecuarunari, Quito, Ecuador, 2006.

Kelsen, H. Qué es la Justicia, Buenos Aires, Leviatán, 1981.

Kelsen, H. Teoría Pura del Derecho, Buenos Aires, Leviatán, 1984.

Maritain, J Humanismo Integral, París, Hartman, 1936.

Mounier, E. El Personalismo, Criterio, 1956.

Ortega y Gasset, J. El Hombre y la Gente, Madrid, Revista de Occidente, 1972.

Prat, H. La Metamorfosis explosiva de la Humanidad, Plaza y Janes S.A, Barcelona, 1971.

Roxin, C. La teoría del delito en el discusión actual, Grijley. Lima, 2007.

Recasens, L.Tratado General de Filosofía del Derecho, México, Porrúa, 1975.

Ruptura, Revista anual de la Asociación Escuela de Derecho, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica del Ecuador, tomos I y II, Quito, 2000.

Scheler, M. Principios de una Ética Personalista, Barcelona, Herder, 1976.

Textos de la Constitución y de los Códigos citados, han sido tomados de las publicaciones respectivas, correspondientes a la Corporación de Estudios y Publicaciones. CEP, Quito, Ecuador 2018

Tibán, L. & Ilaquiche, R. Manual de Administración de Justicia Indígena en Ecuador, Fudeki, Cotopaxi, Ecuador, 2004.

Von Ihering, R. Del interés en los contratos. La posesión. La lucha por el Derecho. Buenos Aires. Mary Prin S.R.I. 1960.

Von Stammler, R. Tratado de Filosofía del Derecho, Editorial Reus, 2007.

¿Puede concebirse el concepto de derecho sin la categoría de la justicia?

Juan Morales Ordóñez

Doctor en Jurisprudencia y Abogado por la Universidad de Cuenca. Maestría de estudios avanzados en Derecho por la Universidad de Ginebra – Suiza. Profesor desde 1982 hasta la fecha en Universidades ecuatorianas y extranjeras, en las siguientes asignaturas: Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Derecho Comparado; y, Ética. Secretario General de la IV Bienal Internacional de Pintura de Cuenca. Subdecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay. Proyecto Alfa Tuning América Latina, Coordinador del área de Derecho y del Centro Nacional 2004 – 2008 y 2011 – 2013. Conjuez y Juez de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador de 2005 a 2008. Juez de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador de 2008 al 2011. Presidente de la Comisión Técnica del Consejo Consultivo de la Función Judicial. Coordinador del Observatorio de Movilidad Académica y Científica de la UNESCO desde 2014 hasta 2018. Titular de la cátedra UNESCO: *Ética, Universidad y Sociedad* desde 2016 a 2018. Director del Programa de Ética de la Universidad del Azuay. Consultor especial del Grupo de Cooperación de Universidades Brasileñas. Autor de varios libros de Ética y Derecho. Columnista de opinión de Diario El Universo. Abogado en libre ejercicio.

UNIVERSIDAD DEL AZUAY | Casa Editora

Resumen

El artículo propone un concepto de derecho integrado por la norma, el hecho y el valor, inspirado en los trabajos de importantes juristas; en especial, del doctor Miguel Reale, profesor y destacado abogado brasileño.

El texto analiza la norma desde el enfoque del positivismo jurídico, destacando la importancia de la comprensión del sistema jurídico como una estructura dogmática que permite que la norma de derecho sea, tenga vigencia y cumpla con su objetivo de regular conductas desde la prohibición, permisión o exigencia.

Posteriormente, se aborda al segundo elemento del concepto de derecho planteado: el hecho social, desarrollando una línea de argumentación que conecta a la realidad con lo jurídico como insumo inexorable, tanto de la estructura del derecho como del contenido de las leyes, que debe responder a los grandes objetivos de cada sociedad, así como a su realidad social específica y a su espíritu como pueblo.

El texto concluye con una aproximación a los valores y su relación con el derecho, manifestando que la legitimidad del sistema jurídico se encuentra en los principios éticos que lo fundamentan y que, al mismo tiempo, son sus permanentes objetivos. La justicia es analizada con el fin de ratificar su conexión indisoluble e inexorable con el derecho.

El artículo destaca los efectos, en diferentes ámbitos, de la reflexión sobre la naturaleza de lo jurídico a través del debate sobre el concepto de derecho: en el de la educación jurídica, en el de creación formal de las leyes y en el de su aplicación en la cotidianidad de la vida social.

Palabras claves: Norma, positivismo, sistema jurídico, hecho, valores, justicia, derecho, educación jurídica.

Abstract

The article proposes a concept of law composed of the legal norm, the fact, and the value. It is inspired by important works of jurists, especially the work of Miguel Reale, a prominent Brazilian professor, and lawyer.

The text analyzes the legal norm starting from the legal positivism approach, emphasizing the importance of the understanding of the legal system as a dogmatic structure that allows the existence of the legal norm, its validity, and fulfilling its purpose of controlling behaviors by forbidding, permitting, or commanding them.

Hence the second element of the concept of law is discussed: the social fact. It develops a line of reasoning that builds a bridge between reality and law, considering the fact as an inexorable component, both for the structure of the content of laws, that responds to the greatest aspirations of each society and for social reality and its essence as a people.

The essay concludes with an approach to values and their association with law, showing the legitimacy of the legal system found in the ethical principles that sustain it and, at the same time, its permanent objectives. Justice is analyzed to ratify its indissoluble and inexorable connection with the law.

This article highlights the effects of the reflection on the legal question in different scopes in the debate on the concept of law. Those scopes are legal education, legal norms creation, and its enforcement in quotidian social life.

Keywords: legal norm, positivism, legal system, values, justice, law, legal education.

Introducción

Hablar sobre el derecho y proponer un concepto que lo defina ha sido siempre uno de los desafíos de la Filosofía del Derecho, de los juristas y de la sociedad toda. Sin embargo, en Ecuador, el tema no ha sido abordado por las universidades, los abogados y juristas, de la manera más adecuada. En otros países del mundo, por el contrario, los representantes más importantes del pensamiento jurídico se han ocupado de este tema.

Analizar la naturaleza del derecho, pensarla, teorizarla, estudiarla en sus diferentes facetas, comprendiendo las consecuencias de un determinado enfoque sobre el concepto de derecho es de la más alta importancia para todos los espacios en los cuales el derecho esté, que son todos los de la vida social. El derecho se encuentra en todo el escenario que permite la convivencia de los individuos entre sí. Claro está, siempre hay que considerar las realidades sociales y naturales con los que interactúan. De hecho, esta misma afirmación podría formar parte de una propuesta de concepto de derecho.

Uno de los paradigmas jurídicos, uno de sus dogmas importantes, es el Principio de Plenitud Hermética del Derecho, que sostiene que el derecho es omnipresente, pleno, completo y que esa plenitud, para ser tal, no tiene que recurrir a algo que le sea externo, sino que encuentra las respuestas jurídico-normativas para todos los momentos de convivencia en sí mismo; esto es, en el sistema jurídico (García, 1986).

Por eso es que la obra Reflexiones sobre el Concepto del Derecho en Ecuador y América Latina, que recibe este aporte y el de otros juristas ecuatorianos y latinoamericanos y concebida hace muchos años, es un trabajo que quiere ser un aporte para que esta temática esté presente en las aulas, en los foros de abogados, en la práctica jurídica y en la práctica judicial. Exponer, dialogar y debatir sobre la naturaleza del derecho es la piedra angular sobre la cual se sustentan doctrinariamente los sistemas jurídicos.

Para empezar, voy a esbozar un concepto personal, una definición de derecho y sustentarla a lo largo de estas páginas, para al final de este texto llegar a una ratificación de la propuesta. Los enfoques de los otros coautores también contribuirán con el objetivo de la obra, que es la presentación de posiciones doctrinarias propias para fomentar el diálogo que permitirá, eventualmente, llegar a algunos acuerdos.

Se podría decir, entonces, que el Derecho es un sistema de normas que regula de manera obligatoria la convivencia humana en un determinado tiempo, y que tiene como objetivos alcanzar la paz social, la armonía, fundamentadas en la seguridad y la certeza del cumplimiento del sistema en general, con el objetivo transversal de que la justicia impere. Además, se podría agregar a esta definición que el Derecho no solo regula las relaciones de los individuos, sino también las de estos con su entorno natural y con su estructura social.

Esta sería una propuesta básica, una tentativa de un concepto de derecho. Si la analizamos en el contexto ecuatoriano o en cualquier otro, podemos deducir que la adopción de un concepto de derecho de estas características tendría como correlato su aprehensión y aplicación en

los diferentes espacios sociales con los cuales el derecho se relaciona, especialmente. Este concepto tendría una relación directa con los sistemas de educación jurídica, de elaboración de normas, práctica jurídica, práctica judicial y con las siempre fundacionales pretensiones sociales de alcanzar niveles de justicia cada vez más desarrollados y afinados.

El concepto de derecho planteado, o cualquier otro, se relaciona siempre con toda la institucionalidad social y, en especial con los tres escenarios mencionados: educación jurídica, elaboración de leyes y aplicación o práctica de derecho.

Analicemos, en primera instancia de manera breve, a cada uno los elementos que forman parte de esta definición.

"El Derecho es un sistema de normas..." se afirma en la propuesta presentada, tomando de la realidad jurídica al conjunto objetivo, estructural y normativo (leyes) que regula la conducta y la convivencia de los individuos. Son las normas jurídicas, con sus cambiantes contenidos y la estructura dogmática que permite que las normas sean. Cuando nos referimos al sistema de normas, consideramos a su estructura dogmática que no son los contenidos de las leyes, sino el conjunto de instituciones y categorías que lo conforman. También, naturalmente, el sistema está integrado por las normas como tales con sus cambiantes contenidos (Hart, 1976).

Así, el sistema normativo no es solamente el conjunto de leyes y códigos, sino que comprende elementos dogmáticos que son los que otorgan orden, coherencia y correspondencia a esas normas. Es un error asumir que el sistema normativo jurídico se refiere únicamente a contenidos de normas; es decir las leyes y sus codificaciones.

El sistema normativo, para ser analizado, lo debe ser desde la comprensión de que la norma es el juicio hipotético que conecta de manera forzosa a una condición con una consecuencia, también nombrada como silogismo jurídico, que es analizado por una teoría general que describe su funcionamiento en el marco de un sistema dogmático, que permite que ese juicio hipotético tenga presencia. Este es el enfoque del positivismo kelseniano, que implica que el derecho, si pretende ser estudiado científicamente, lo debe ser desde la validación de la norma o juicio hipotético como único elemento del derecho susceptible de ser aprehendido objetivamente para ser analizado y descrito. Así, el positivismo jurídico está atado al estudio estructural y dogmático del sistema normativo. En Ecuador, afirmamos con ligereza que la relación social con el derecho es positivista porque el estudio del mismo, esencialmente, se enfoca en el estudio del contenido de leyes; cuando, en realidad, esa situación puede definirse con mayor propiedad deno-

minándola como legalista. El positivismo es una posición doctrinaria que analiza las leyes y sus contenidos pero también. y esencialmente, su relación con el sistema estructural de derecho (Kelsen, 1953).

A la praxis jurídica ecuatoriana podría denominársela como legalismo, porque prioriza la letra de la ley, ante todo, dejando de lado en gran medida a la teoría de la norma y otros elementos que forman parte del derecho como la costumbre o la justicia, para mencionar solamente a algunos que tienen menor importante en la cotidianidad jurídica. La posición personal que propongo, siendo crítica, lo es esencialmente frente a la ausencia de teorización sobre lo que acontece en la práctica jurídica. Desde la misma,teorización o descripción, se puede deducir que esta posición de respeto y potenciación de la ley es absolutamente defendible doctrinariamente, porque el apego a la norma jurídica representa el objetivo ético más importante para la adecuada convivencia de la gente. La crítica, que sí existe, la formulo frente a una práctica que abandonó la complejidad del derecho, para utilizar exclusivamente al contenido de la ley como sola posibilidad para las aproximaciones y aplicaciones jurídicas a la vida social.

Los contenidos de las normas son cambiantes porque responden a situaciones sociales y culturales que siempre varían. En cambio, la estructura dogmática de la norma es mucho más estable. Por supuesto que no es intocable, pero es mucho más sólida y consistente que los contenidos del juicio hipotético, silogismo jurídico o norma. Los cambios en la estructura dogmática jurídica pueden ser el producto de muchos factores. Si son el resultado de realidades sociales que se imponen, su reconocimiento en el sistema las fundamenta jurídicamente y las consagra. Si esos cambios provienen de otras instancias como la política, la academia o la investigación, y son igualmente consagrados en la positividad de los sistemas jurídicos, la realidad social cambia también radicalmente porque la estructura cambió.

Así, la primera frase del concepto esbozado, tiene sentido. El derecho es un sistema de normas; no porque sea un conjunto de leyes solamente, sino porque estas forman parte de un sistema estructural complejo que es el que permite la coherencia necesaria para que los contenidos de las normas tengan vigencia y se apliquen.

Por otra parte, la definición propuesta también trae la afirmación de que ese conjunto de normas regula la convivencia de los seres humanos en un momento histórico determinado y en una sociedad determinada.

Aquí, la definición incorpora otras categorías que no son únicamente el resultado del trabajo de instancias del sistema jurídico, sino que se aproxima a dos elementos adicionales, indispensables si se pretende proponer un concepto de derecho amplio y, a la vez, completo. Por un

lado, se refiere a la historia en general y al momento histórico en especial de una sociedad determinada, concebida en un espacio geográfico concreto. Así, el concepto propone que el sistema normativo debe ser estudiado en sus contextos sociológico, cultural, geográfico e histórico. Es el hecho social amplio y complejo al cual responde el derecho y en el que encuentra su justificación y legitimidad.

La norma y el sistema estructural en el cual el silogismo jurídico se manifiesta tienen vigencia y se aplican, pero no lo son todo en el derecho; no se puede prescindir del entorno social, natural, cultural e histórico. Montesquieu (1979) así lo expresó en su obra El Espíritu de las Leyes, cuando desarrolla su enfoque de que las leyes deben responder a la cultura de los pueblos y también a su clima y geografía. Si esto es así, y parece irrefutable que lo sea, la definición esbozada inicialmente es una definición que adquiere cada vez más sentido. El derecho no puede ser definido únicamente como un conjunto de normas, porque ese conjunto de normas responde a una realidad social, cultural, histórica y natural.

Por otro lado, la definición planteada también sostiene que ese conjunto de normas, en un momento histórico determinado y en una sociedad concreta, regula la conducta pero con fines deontológicos, con aspiraciones morales que tienen que ver con los grandes objetivos de la humanidad como la paz, la armonía social, la seguridad y la certeza de saber que la vida en sociedad protege, ampara, permite, prohíbe o exige ciertas conductas que no tienen validez solo técnicamente sino se presume que son legítimas. Es decir, que están amparadas por una cierta forma de moralidad, tanto en el procedimiento que les permitió ser tales como en los contenidos que establece.

Por fin, la propuesta de concepto de derecho plantea también que el objetivo moral último y más importante del derecho es la realización de la justicia, que consiste en dar a cada quien lo que le corresponde; intención concebida como la voluntad aplicada o la búsqueda permanente de hacerlo, no como algo finito y que concluye, sino como una intencionalidad transversal (Squella, 2010). Desde esta perspectiva, esta acción de buscar lo justo es consustancial al derecho; concluye en cada caso, pero atraviesa toda acción y reflexión jurídica. Es un estado de ánimo, exige la vigencia de virtudes que cuentan con un sistema para que se realicen de mejor manera.

Así, son tres los elementos que conforman la definición que se propone. El derecho es la norma, el hecho y el valor, unidos todos para que la justicia, fundamento y el objetivo básico de lo jurídico sea posible.

No es posible desvincular al derecho de la señera categoría de la justicia. Las distintas tentativas de hacerlo han significado grandes

aportes a la comprensión del fenómeno jurídico; sin embargo, pese al impacto positivo en ámbitos estructurales y técnicos, jamás han podido eliminar a la justicia como elemento central de lo jurídico. De esta forma, el título de este artículo que interroga sobre la posibilidad de concebir un concepto de derecho sin la categoría de la justicia, tiene desde ya una respuesta clara: no es posible hacerlo.

A continuación, profundizo el análisis de la norma jurídica y procedo a hacerlo desde el positivismo jurídico, fundamental corriente doctrinaria que planteó la necesidad de estudiar al derecho de manera objetiva y científica, despojándolo de nociones cuyo tratamiento no es posible desde la ciencia, como son los valores, la justicia o las tesis sobre su origen, fundamento y su destino final.

La norma jurídica y el positivismo

El derecho es un sistema de normas integrado por principios, preceptos, dogmas, ficciones y presunciones concebido y propuesto a modo de estructura de esta inmensa creación de la civilización humana. El derecho es el conjunto de reglas que permiten la coexistencia de intereses individuales y grupales que son tratados por conceptos y categorías jurídicas para su reconocimiento y protección. El derecho también es el conjunto de herramientas conceptuales concebidas y creadas para la viabilidad jurídica de las relaciones sociales. El derecho es, finalmente, un sistema de organización social que cuenta con una estructura dogmática que lo sostiene y posibilita su ejercicio. El sistema jurídico es un producto intelectual y sus elementos son abstractos y conceptuales.

Los sistemas de todo tipo están conformados por una serie de partes que cumplen funciones específicas. El sistema jurídico no es la excepción, pues cuenta con principios y declaraciones que permiten su funcionamiento coherente y armonioso para cumplir con su gran objetivo, que tiene que ver con la adecuada regulación de la vida en sociedad para alcanzar los mejores niveles de justicia posibles. Es necesario, desde esta perspectiva, que los conceptos jurídicos fundamentales que conforman el sistema de derecho sean debidamente comprendidos, para que así sean respetados en su dimensión de elementos claves para el buen funcionamiento del más importante conjunto de reglas de convivencia social que se inspira y fundamenta en la idea de justicia o búsqueda permanente de dar a cada quien lo que le corresponde.

Si no comprendemos la estructura sistémica del derecho y dejamos de lado a las partes que la conforman, adoptando enfoques foráneos a la racionalidad jurídica, nos exponemos a soslayar la com-

pleja identidad teórica del derecho que, como tal, es objeto de análisis objetivo y técnico. Existe el riesgo siempre latente de difuminar la aproximación a lo jurídico, por la prevalencia de otros enfoques, ya sean sociológicos o filosóficos, que siendo importantes y absolutamente relacionados con el derecho, nunca pueden reemplazar la estructura dogmática del sistema jurídico.

Esta práctica de no visualizar la identidad estructural del derecho debilita la vida jurídica social y permite prácticas sociales alejadas del concepto de estado de derecho. Entre nosotros, la cotidianidad de la vida social se desarrolla, en gran medida, en niveles diferentes a los establecidos por lo jurídico. Esta realidad se encuentra como uno de los factores del desprestigio social del derecho como ordenador supremo de la convivencia. Esta situación debe superarse para que la noción de imperio de la ley no sea una afirmación discursiva sin contenido pragmático, sino que realmente se constituya en el objetivo público y social por excelencia. A ese ideal de respetar lo jurídico porque validamos su importancia única e irremplazable, contribuye el reconocimiento y entendimiento de su estructura dogmática.

El respeto y sujeción al sistema jurídico, a su dogmática, normas positivas, principios y preceptos objetivos es la mejor forma para la adecuada vida individual y social. A mayor respeto de lo jurídico, mayor seguridad social y mejores posibilidades de proyección al futuro de todo el grupo. A menor respeto de lo jurídico, entendido este concepto como el sistema que regula la vida en comunidad y que está formado por una serie de elementos fundamentales, menores posibilidades de desarrollo. Nada de lo dicho en este párrafo conculca o intenta suprimir la posibilidad de cambios en el sistema jurídico, el que por su propia definición siempre debe responder a los requerimientos de justicia de los pueblos.

Lo mencionado anteriormente apunta a fundamentar jurídicamente el entendimiento de lo que es el derecho. Se trata de una propuesta doctrinal, claro está. La aproximación realizada da cuenta de la pretensión de la escuela positivista que tiene como intención estudiar científicamente al derecho, para lo cual es indispensable determinar un objeto de estudio aislado, que permita su descripción objetiva, analizando su funcionamiento para describirlo y sistematizarlo. De no contarse con un elemento de esas características, la cientificidad del análisis no es posible.

En la Teoría Pura del Derecho del jurista austríaco Hans Kelsen, se llega hasta las consecuencias más extremas en la definición de derecho, en su afán de estudiarlo objetivamente. Para lograrlo, el autor manifiesta que se debe superar toda confusión posible entre lo que es la ciencia

del derecho que se relaciona con el conocimiento, análisis y descripción de algo, con la creación y aplicación jurídica. Estas acciones pertenecen a los ámbitos de la voluntad humana aplicada (Kelsen, 1953).

La metafísica, entendida como la aproximación intelectual a fenómenos no objetivos sino más bien supuestos y pensados, no es compatible con el estudio científico, sostiene el positivismo. La metafísica en el derecho, que podría estar representada por las propuestas explicativas de su origen y de su destino, impide su estudio objetivo o científico. La necesidad de legitimación moral del derecho, para el ilustre jurista Kelsen, no puede ser abordada por la ciencia del derecho. Por eso, las referencias a la naturaleza humana como fuente originaria del derecho, a Dios, o la utilización de la justicia como validadora del derecho objetivo, no pueden ser categorías que formen parte de un concepto científico de derecho.

Las ciencias, en todos los casos, estudian lo que es, no lo que podría o debería ser. La ciencia del derecho, emulando ese enfoque, debe analizar y estudiar lo que jurídicamente es y no lo que debería ser. Así, el estudio de la estructura del sistema de normas jurídicas es el objeto concreto de la ciencia del derecho. El ser no es igual al deber ser.

La norma jurídica positiva es el único elemento posible de análisis científico. No tienen sentido, para el positivismo jurídico, preguntas relacionadas con el deber ser del derecho: ¿cómo debería ser el derecho? o ¿cuál es el fundamento para que podamos hablar de legitimidad? o si la justicia es alcanzada en mayor o menor grado por el sistema (Kant, 1976). Todas esas preguntas son válidas, sin duda, pero sus probables respuestas provienen de aproximaciones diferentes a la científica, como las que son el producto de la filosofía del derecho, la sociología jurídica o las doctrinas de la justicia.

El estudio positivista de la norma jurídica nos remite al análisis del sistema jurídico que, como lo manifestamos inicialmente, está conformado por elementos dogmáticos que cumplen funciones específicas y dan lugar a aproximaciones desde la técnica jurídica que se aplica a la aplicación del sistema de manera cabal y lógica, respetando el entramado estructural definido por la razón jurídica. Esta posibilidad de análisis jurídico, no es evidente entre nosotros y, también de manera general en muchos países, pues se considera que el estudio del derecho es el conocimiento de la regulación legal de las sociedades. La educación jurídica se focaliza, esencialmente, en el conocimiento de las reglas legales contenidas en códigos, con el fin de ser aplicadas.

El análisis que debemos realizar para la comprensión de las fuentes del derecho, categorías jurídicas, instituciones jurídicas, conceptos fundamentales, lenguaje jurídico, razonamiento jurídico, interpreta-

ción y aplicación técnica del derecho es muy importante para que estas partes estructurales del sistema jurídico sean más asimiladas y así puedan cumplir con su rol, que es el de ser partes funcionales de un todo organizado, que tiene en la norma jurídica a un elemento central. Algunas universidades ecuatorianas, como la Universidad del Azuay, han trabajado sobre este aspecto, proponiendo a los estudiantes en su malla curricular una asignatura con el nombre de Fundamentos del Derecho, concebida y dictada para analizar la estructura dogmática y técnica del derecho. Quizá,se puede profundizar aún más este esfuerzo, para contribuir al posicionamiento cabal de lo estructural en la comprensión, creación y práctica de derecho.

Es preciso decirlo nuevamente, el positivismo no rechaza otras aproximaciones desde diversas disciplinas al fenómeno jurídico. Sostiene que la cientificidad necesaria para el estudio de algo, en este caso del derecho, exige definir un objeto de estudio claro y preciso, que pueda ser descrito y sistematizado; por eso, propone que el mismo es la norma, no en sus contenidos y sí en su estructura (Kelsen, 1953). Sin embargo, también se puede, y más aún se debe, estudiar el fenómeno jurídico desde enfoques diversos, desde la multidisciplinaridad que reconoce y requiere que cada fenómeno sea analizado desde diferentes paradigmas conceptuales de cada materia o enfoque específico. Si al derecho se lo estudia desde el enfoque puramente normativo-jurídico, nos encontramos frente a la ciencia del derecho. Sin embargo, también la filosofía lo puede estudiar; así como la sociología, la historia o cualquier otro punto de vista conceptual.

Sobre un tema de estudio tan complejo, por tanta razón histórica y social como es el derecho, que en definitiva llega a ser una representación cultural de la humanidad con toda su variedad infinita de manifestaciones de todo tipo, pretender reducirlo a cualquier expresión que deje de lado todos los elementos que lo conforman es inapropiado y hasta imposible; sobre todo, porque el derecho no es solamente una técnica de regulación de conducta, sino que está indisolublemente relacionado con la realidad natural y social, con valores y principios, con la justicia.

Desde esta nueva aproximación directa al título de este artículo, la interrogación del mismo se resuelve con una negativa rotunda. No es posible concebir un concepto de derecho al margen de la justicia.

El enfoque positivista de derecho es importante y ha aportado significativamente al análisis de lo jurídico, pero no agota la problemática de su comprensión. Por el contrario, se detiene solamente en su superficie, en su estructura que, siendo vital porque sin ella el derecho no funciona, deja de lado categorías sociales y valorativas que le otorgan legitimidad moral, esencialmente. Todas las posibilidades de análisis

académico de derecho son posibles y aportan a la elucidación de uno de los constructos más sofisticados de la civilización.

La convivencia humana no puede prescindir de regulaciones de todo tipo. Las normas de diferente clase que conforman el conjunto de sistemas normativos han sido generadas y tienen vigencia, porque lo humano siempre ha requerido, para ser y proyectarse, de definiciones de formas de conducta que se aceptan, rechazan o sancionan, tanto para las relaciones sociales generales, como para las que se dan alrededor de la religiosidad de los pueblos o las que se generan respecto a la moral individual y también colectiva. Todas estas normas son importantes y aportan a lo jurídico, que eventualmente las toma para darles sentido y naturaleza obligatoria y coercitiva.

El derecho como construcción social existe desde siempre, desde que el hombre es tal, bajo perspectivas diferentes de las actuales, pero los seres humanos en cualquier estado histórico en el que se encuentre define prohibiciones, aceptaciones, sanciones o permisiones para determinadas conductas, otorgándoles a las de naturaleza jurídica la característica de la sanción y la obligación forzosa de su acatamiento.

El derecho como conjunto de normas que regula la convivencia de las personas en una sociedad determinada para alcanzar los niveles adecuados de justicia y bien común no puede, de ninguna manera, ser manejado de forma únicamente objetiva. La vida de los seres humanos tiene que ver con la adecuada simbiosis entre la razón y los otros atributos humanos que permiten su existencia. La razón aislada de lo cultural: moral, esperanza, utopías, creencias, mitos y sueños no genera sino precariedad y, al final, extinción y muerte. La razón, orientada únicamente a la objetividad material de las cosas, adolece de perspectiva, limitándose únicamente a lo concreto, que no es sino una faceta de la realidad, pues las otras expresiones de lo humano también son parte del escenario jurídico. Las conductas de individuos y sociedades tienen que ver con facetas intuitivas, religiosas, emocionales y valorativas cuyo valor específico y profundo es comprendido por el uso de la razón trascendente. La razón permite comprender la fe y las creencias, categorías fundamentales de lo humano y, por lo tanto, del derecho.

Lo valorativo-moral escapa a lo objetivo y no puede ser tratado con la misma lógica lineal que se utiliza en ciencias exactas. La justicia es un tema de comprensión del mundo y de los seres humanos en él, de su destino y de sus responsabilidades frente a la existencia y sostenibilidad de la especie humana. La justicia es el anhelo y el impulso civilizatorio que permite construir sistemas para que su vigencia sea posible (Yañez, 2005). Y, en busca de ese objetivo transcendental, se organiza la sociedad que cuenta con el derecho como su principal instrumento para su consecución.

El hecho social y los valores como elementos del concepto de derecho

¿La norma escrita es la única manifestación de derecho? ¿El estudio del derecho debe fundamentarse sólo en el conocimiento de las leyes? ¿Es importante para el jurista estudiar la relación de las leyes con la realidad social global y específica de los lugares en los cuales rigen? ¿Las leyes pueden comprenderse al margen de los rasgos culturales y geográficos de los pueblos? Estas preguntas y otras más, relacionadas con los elementos que intervienen en el derecho, recibirán como respuesta categórica la negativa. Es decir, no es posible, en la definición de derecho, dejar de lado a lo social y a los valores.

El debate sobre la naturaleza de lo jurídico y sobre el concepto de derecho es de la mayor importancia. Históricamente, se ha dado en todas las épocas y latitudes. El interés intelectual por las consecuencias sociales de su elucidación, del concepto de derecho en sentido amplio, produjo reflexiones de Confucio, Lao-Tse, Aristóteles, Santo Tomás, San Agustín, Hobbes, Kant, Hegel, Kelsen, Hart, Dworkin y muchos otros. En América Latina, también muchos personajes históricos han emitido criterios generales sobre el significado de derecho, porque todos comprenden que es ineludible para la coordinación social como Bolívar, Martí, Montalvo y Espejo, entre otros. Sin embargo, más allá de esas aproximaciones amplias, el estudio y el debate sobre el concepto de derecho es una tarea pendiente para nosotros como sociedad y en especial para quienes somos juristas.

No hemos interiorizado la necesidad de estudiar, proponer y debatir sobre lo que es el derecho y lo que representa. Nos hemos conformado con conocer lo que al respecto dicen otros, algunos de los mencionados en el párrafo anterior, como si eso fuese suficiente, como si el pensamiento de otros pudiese eximirnos de producir el propio, el nuestro. También, desde esa forma de proceder inveterada, no solamente conocemos lo que otros formulan, sino que adoptamos, sin reserva de inventario, lo que dice el uno o el otro. Esa posibilidad de repetir lo que se produce afuera es una realidad que nos hace dependientes y consumidores de los productos intelectuales de los otros que, siendo valiosos, no pueden ni deben reemplazar a los nuestros, que sin duda podrán conectarse con ellos y hasta replicarlos, pero siempre desde el análisis, la crítica y el aporte. Es necesario profundizar en lo que somos, inclusive reconociendo limitaciones, porque a la postre es más importante contribuir que repetir. La repetición es contraria a la investigación, al descubrimiento y a la propuesta. La repetición en el campo de las ciencias jurídicas nos condena al riesgo de no responder de manera adecuada a las necesidades sociales desde el derecho, causando su degradación y alejándolo de la eficacia que debe tener. Todo

esto en detrimento de las condiciones de vida de la gente que conforma la sociedad a la cual regula.

Es preciso proponer y construir desde nuestras posibilidades y realidades socio-culturales. Los planteamientos internacionales siempre serán un gran aporte, no solamente para nosotros, sino para todos, obviamente. Pero los ecuatorianos y cada pueblo, están obligados moralmente a plantear una visión propia de la norma, del sistema jurídico. Para hacerlo, debemos fortalecer el vínculo individual con lo que nos es común, con lo que es propio de nuestra sociedad, tanto a nivel cultural como geográfico; para, desde esa identidad local, aportar a lo global, a la humanidad en toda su complejidad. Los juristas trabajamos con definiciones normativas ya elaboradas y también estamos obligados a generar otras nuevas, cada vez adoptando los contenidos normativos a las situaciones circunstanciales; y, también siempre pendientes de probables cambios en la estructura sistémica del derecho.

Quienes nos relacionamos profesionalmente con lo jurídico debemos fortalecer la relación con lo social en su complejidad, tanto de la interioridad de cada individuo, como de los fenómenos que se producen en su interrelación social. Los aspectos de la intimidad psicológica y emocional de las personas, así como los que se desprenden de su convivencia son los insumos básico de la normativa jurídica que lleva en sí la coerción como posibilidad en caso de violencia a lo establecido. El ejercicio de la fuerza legítima por parte de la organización social debería llevar a una práctica virtuosa y también técnica para alcanzar los mejores niveles de justicia y armonía social que conllevan la intención de desarrollar la conciencia y también el sentimiento de que formamos parte de lo social y que los otros, todos, y también del entorno natural, son los escenarios de los cuales formamos parte. Es necesario, para el jurista, buscar dejar de lado la individualidad absoluta para encontrar en el otro la razón de ser tanto moral como jurídica. Esta actitud permite alcanzar logros más depurados de equidad y justicia.

Todos los caminos son buenos para desarrollar esa predisposición o actitud hacia el otro, hacia lo social y natural.

Para nosotros, abogados y juristas, relacionados con el estudio de doctrinas y de normas, con el conocimiento general de la condición humana, buscadores constantes de la ilustración académica es necesario el fortalecimiento de la sabiduría filosófica, jurídica y cultural. A través de ella, y con ella, podremos argumentar y demostrar nuestros enfoques sobre la justicia de la situación que analizamos y defendemos. El abogado, y aún más el jurista, considerado como pensador reflexivo, requieren la elocuencia que se expresa de mejor manera a través de argumentaciones alimentadas por el conocimiento e hilvanadas por la

conexión precisa de cada elemento de toda situación jurídica entre sí y de todos, con el gran escenario dogmático y sistémico del ordenamiento jurídico, que está concebido y funciona para la realidad externa (hechos sociales, valores e intereses) sea analizada en ese escenario complejo y sofisticado. El sistema jurídico es una suerte de filtro, de programa, de plantilla, un protocolo inmenso cuyos insumos son los hechos sociales y los valores que son incorporados al ordenamiento jurídico por los ciudadanos en general y, cuando sea el caso, por los profesionales del derecho que lo accionan para que su punto de visto sea comprendido y respaldado por quienes hablan a nombre del derecho.

Obviamente, la sabiduría del conocimiento formal no es suficiente, pues el jurista y el abogado deben buscar también comprender desde la experiencia y la conexión con la cultura de cada situación y de cada persona natural o jurídica. En nuestro caso, ciudadanos ecuatorianos, es necesario que a la identidad nacional se la busque, se la comprenda y se contribuya para su posicionamiento en todos los frentes sociales, pero especialmente en el jurídico que debe recoger lo que somos y queremos ser. Tenemos una forma de actuar, una manera de pensar, unos objetivos valorativos culturales comunes a todos como pueblo, con una historia propia relacionada con la conquista española, la situación de los habitantes nativos, la participación de personas provenientes de escenarios culturales diferentes como los africanos, más tarde la presencia de otros migrantes de otros puntos del planeta. Ahí, en esa abigarrada multitud de elementos dispersos y diversos, los ecuatorianos aportamos ya nuestra identidad desde la realidad de nuevos llegados a la historia, como son los criollos, concepto local, y su relación con los otros grupos sociales que interactúan en el escenario de una nueva sociedad mestiza y compleja. Desde esta realidad, también se pueden abordar hitos como la independencia, el sojuzgamiento, la inequidad, la injusticia, la pobreza, la lucha de los marginados y la realidad actual.

Si el hecho social y el valor forman parte del concepto de derecho, es necesario que busquemos conocer y participar en las diferentes manifestaciones de la gente, porque esa esencia debe ser abordada no solamente desde la intermediación de textos, sino desde la real y personal relación del abogado o jurista con la misma (Reale, 1997). Si el derecho regula la vida de todos, tiene sentido lo que expreso, para que las categorías e instituciones respondan a la esencia cultural del pueblo ecuatoriano, en este caso. El profesional del derecho, entonces, valida el concepto de derecho que proponemos, adhiriendo a propuestas previas realizadas por muchos juristas, viviendo para comprender la cultura de la gente y sus formas de vida, para que esta idiosincrasia sea parte, tanto de la creación del derecho como de su aplicación.

Si debatimos sobre lo que significa el derecho para los ecuatorianos, podremos luego del eventual consenso al que se llegue, elaborar un sistema jurídico que nos represente en realidad. Hoy, la humanidad toda, a la altura de estos nuestros tiempos, se encuentra en un momento definido por la renovada intención de comprensión total de los fenómenos. El pensamiento complejo es una opción de entendimiento de las cosas, así como también lo es el pensamiento sistémico. Se entiende la vida no solamente desde las particularidades de los fenómenos, sino desde la multiplicidad de las posibilidades. Este enfoque contemporáneo se relaciona con el pensamiento ancestral del pueblo ecuatoriano y de todos los pueblos. Es el pensamiento incluyente y no exclusivamente científico que valida a la cultura en todas sus diversas manifestaciones. Esta afirmación puede parecer una perogrullada, pero la considero valedera en el sentido de que la globalidad requiere elementos fuertes y diversos para fortalecerse, pues la sola imposición de formas culturales dominantes no puede ser el objetivo de nadie. Las particularidades fuertes y sólidas tienen todas las oportunidades de tener espacios porque esos están listos a recibirlas.

Lo manifestado encuentra su realización entre nosotros con el derecho indígena, que ha sido reconocido por la Constitución ecuatoriana, precisamente por el convencimiento de los indígenas de su importancia, por su vigencia entre los pueblos nativos y por la pertinencia social que representa esa forma cultural de relacionarse jurídicamente. Los pueblos indígenas del Ecuador lograron ese reconocimiento por su fuerte identidad. La cultura ecuatoriana, emulando lo alcanzado por un grupo importante que también la integran los indígenas debe proponerse como objetivo también el reconocimiento universal de características propias, todo eso como un aporte a la globalidad del derecho.

El hecho social es un elemento consustancial al derecho (Reale, 1997). También lo son los valores morales, los principios éticos que forman parte de la cultura de las sociedades.

Lo afirmado en el último párrafo encuentra su concreción sistémica al interior mismo del ordenamiento jurídico, específicamente en la institución de las fuentes del derecho, que representa la instancia dogmática establecida para graficar, si vale el término, las formas que puede adquirir lo jurídico, el derecho. Tradicionalmente, las fuentes generales del derecho son la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho. La ley es la norma, tratada al inicio mismo de este documento. La costumbre, consiste en las formas sociales aceptadas como jurídicas, que podrían, a nivel amplio, ser consideradas como el hecho social; y, los principios generales del derecho, que son los valores.

En la institución de las fuentes del derecho se encuentra contenido el concepto de derecho que defendemos, pues ahí están la norma, el hecho y el valor.

Paso a analizar la justicia como fundamento y objetivo, los dos al mismo tiempo, de un concepto de derecho, pues la legitimidad fundacional de lo jurídico se encuentra en el criterio de lo justo como pretensión movilizadora y civilizatoria. También como objetivo porque, desde la dinámica propia del sistema jurídico, su meta mayor y en cada caso, desde el más nimio hasta el más grave, es alcanzar la justicia o búsqueda permanente de dar a cada quien lo que lo corresponde.

La justicia, categoría indispensable en el concepto de derecho

Sin duda que la justicia es una categoría indispensable en el concepto de derecho (Dworkin, 2012). Pese a que muchos consideran como algo negativo la imposibilidad de aprehender el significado de justicia de manera objetiva, una afirmación que claramente es cierta, pero no por eso constituye de ninguna una característica que impida que se la analice y comprenda.

No se puede aprehender a la justicia de manera objetiva, utilizando fórmulas de deducción lógicas. La justicia, en una intención que se concreta en cada momento y dinámicamente sin que exista un punto final que detenga el proceso, en el caso del derecho, en el marco de un sistema que tiene por objetivo trazar un camino o una estructura de seguimiento forzoso para todos (Dworkin, 2012). Sin embargo, la intención permanente de dar a cada quien lo que le corresponde nunca se agota en el exclusivo seguimiento del sistema, sino que cuenta con un ser humano, una persona, que frente a la situación a analizar y en el escenario sistémico de lo jurídico, actúa y resuelve. La estructura jurídica impide la veleidad y discrecionalidad absoluta porque se impone como obligatoria para todos. En lo jurídico, no es posible pensar la justicia al margen del sistema.

El derecho es el representante más alto de la ética y de la justicia, porque como sistema consensuado es la manifestación más depurada de los valores imperantes en una sociedad determinada. Por eso, se lo protege a través de la sanción jurídica, por eso se lo declara imperativo y obligatorio, por eso se lo declara general, es decir, válido para todos. Las otras manifestaciones de lo correcto o incorrecto, siempre tienen valor propio indiscutible, pero frente al inmenso constructo jurídico, le están supeditadas y deben respetarlo. Sería intolerable que la opinión de cada individuo pueda destruir la construcción colectiva; en este caso, el sistema jurídico. La discrepancia individual frente a un criterio de justicia siempre es posible y debe darse, pero se lo hace en

el marco del sistema de derecho. El criterio de justicia puede trastocar con lo tradicional o revolucionar lo establecido, pero para hacerlo es necesario estar dentro de las posibilidades procedimentales y valorativas del sistema que está concebido para recibir y hasta para superar paradigmas existentes. Es, y lo mencionamos nuevamente y con insistencia, el imperio de la ley.

La búsqueda de hacer justicia es un impulso natural humano, al igual que lo es su antípoda, que podría ser definida como el egoísmo, que en casos extremos es la maldad pura que no considera al otro, sino que busca la realización de sus propias decisiones que, en los casos más leves, tienen que ver con la satisfacción de intereses personalísimos y, en otros, siempre en esa misma dimensión, con acciones de destrucción de lo que se podría oponer a sus intereses siempre desconectados del bien común.

El derecho se forja a lo largo de la historia de la humanidad, precisamente para regular la convivencia, para que los impulsos negativos de la condición humana sean canalizados a través de normas que lo regulen y se potencie también el bien o la justicia en las relaciones humanas. El derecho, pese a todos los errores que se consagren en los sistemas jurídicos, representa el esfuerzo más depurado para implantar la justicia en la convivencia social. Imaginémonos por un instante una sociedad sin reglas jurídicas, sin fuerza para sancionar conductas definidas como contrarias al bien común. Sería una situación en la cual la justicia habría dejado de tener vigencia para dar paso a la imposición de quienes pueden hacerlo, de quienes de manera individual y apelando siempre a consideraciones particulares y no generales, piensan que sus criterios son los que representan a la justicia y a lo justo. La estructura del derecho, los contenidos de las normas, los procedimientos, las categorías jurídicas, las ficciones y las presunciones de derecho tienen sentido porque buscan que lo justo tenga viabilidad. El criterio de justicia fundamenta y atraviesa esta construcción histórica, el derecho.

A lo largo del desarrollo de la civilización el ser humano ha generado una serie de instituciones jurídicas y políticas que establecen permisiones y prohibiciones de ciertos comportamientos. La justificación para el establecimiento de los comportamientos permitidos y de los que no lo son ha sido siempre un tema de la teoría de los valores. Las justificaciones que se han dado y que se dan, al ser valorativas, han recibido siempre la aceptación de unos y el rechazo de otros. En el campo de los valores existen absolutos, pese a afirmaciones racionalistas-materialistas que plantean lo contrario y a pretensiones de objetividad que cercenan el poder de la razón que puede alcanzar esas categorías absolutas porque son las que permiten la vida y su sostenibilidad. En este grupo de verdades que se alcanzan desde la reflexión racional

y que superan la objetividad limitante de los análisis positivistas se encuentran conceptos que desde su sencillez son inobjetables y vitales para la humanidad, como la solidaridad, la compasión, la búsqueda del bien común, el amor al prójimo, la caridad, el perdón. Y, en este nivel de argumentación, la justicia o búsqueda permanente de dar a cada quien lo que le corresponde es la categoría catalizadora de esas verdades que pueden también traducirse en este nivel como actitudes o comportamientos exigidos para alcanzarla, además de las clásicas virtudes morales como la prudencia, fortaleza y templanza. Así, la sutileza ética, fundamental e impostergable, atraviesa el concepto de derecho y lo determina.

Los valores están en la vida del hombre. Forman parte de la condición humana. Son ideas, conceptos, abstracciones generadas por los hombres desde siempre. Los seres humanos llegamos a los valores naturalmente. El camino puede ser la reflexión racional o la intuición. Los valores guían al ser humano hacia la consecución de un cierto estado de cosas, pues son proyecciones que muestran un objetivo moral a alcanzar, considerado vital por sus efectos positivos para la convivencia de todos. Lo ideal, producto del planteamiento de un valor como fundamental, es una instancia que orienta, que dirige, que muestra un objetivo a alcanzar. El deber ser que se desprende del valor es, necesariamente, diferente del ser que está orientado por ese concepto, por esa comprensión de cómo se debe vivir. El camino que la humanidad recorre presenta momentos de mayor o menor acercamiento al ideal planteado, pues nunca la coherencia es total. A veces, la humanidad encuentra mejores niveles de realización de la justicia y en otras lo alcanzado es precario y burdo. La utopía que plantea un mundo dedicado, al ejercicio del bien ha orientado y orienta la vida de las sociedades humanas. El hombre no vive sin objetivos ideales. Nunca lo ha hecho ni puede dejar de hacerlo. El criterio de justicia plantea que las pretensiones de realización humana involucren a todos los seres humanos y a la naturaleza. No hay justicia cuando se deja de lado a los otros para pensar solamente en sí mismos y en los que están en su entorno por diferentes circunstancias.

En el mundo de los valores y de lo jurídico, la justicia es el valor central del derecho, de la vida en comunidad. "Dar a cada quien lo que le corresponde" es la clásica definición de la justicia y el objetivo de la normativa jurídica. El valor justicia pretende esencialmente la vigencia práctica de la igualdad de los hombres.

La justicia es el valor supremo del derecho, su integración inseparable a otros elementos que permiten la construcción de un concepto de derecho exige que se reflexione permanentemente sobre ella. Toda norma tiene como sustento a un valor.

La búsqueda de la justicia es un estado de ánimo que puede y debe ser cultivado. El derecho concebido como sistema estructurado es el escenario construido expresamente para que las formas más elaboradas y posibles de la justicia tengan vigencia.

Concluyo este artículo citando al jurista español Ángel Ossorio (2008), que en su libro El Alma de la Toga, escribe: "En el abogado la rectitud de conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos. Primero es ser bueno; luego, ser firme; después, ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia en el último" (p. 4). Y la conciencia recta está definida por la búsqueda de la justicia, pretensión que fundamenta y legitima a todos los sistemas normativos y de manera especial al jurídico.

Conclusiones

Un concepto de derecho no puede dejar de reconocer a tres instancias que le son esenciales: la norma, el hecho y el valor. Las propuestas que reducen al derecho a uno de esos elementos prescindiendo de los otros por razones de objetividad o cientificidad, adolecen del enfoque global del fenómeno jurídico, que no se limita a la regulación de la conducta o a la elaboración de sofisticados sistemas dogmáticos alejados de las realidades sociales a las cuales regula y de los valores que los definen como sociedad.

Los aportes del positivismo jurídico son grandes porque permiten comprender al derecho como sistema abstracto en el cual la norma tiene vigencia y cumple con sus metas. La intención de estudiar al derecho de manera objetiva, sin elementos sociales que conllevan influencias de todo tipo: políticas, económicas o culturales, es adecuada, pero no podemos aceptar que esa propuesta agote un concepto de derecho. Sostengo en este trabajo que el positivismo jurídico aporta de manera histórica en la comprensión y definición de la dinámica jurídica, de la importancia de las categorías e instituciones del sistema, así como de otros elementos que posibiliten su operatividad como lo son el lenguaje y el razonamiento jurídico. Además, la propuesta positivista no excluye ni condena otros enfoques de la naturaleza del derecho, como los de la filosofía del derecho o la sociología jurídica, para hablar solamente de dos posibilidades de aproximación a lo jurídico.

El derecho es la concreción cultural, en un sistema jurídico, que regula la convivencia de la sociedad más elaborada que ha producido la civilización. Está inspirado en la inmensa complejidad de la condición humana que se manifiesta en los intereses que los individuos tienen y defienden, en sus posibilidades de contribuir con el bien común, así

como en la realidad cotidiana de atentar en su contra. El derecho se inspira en espíritu de los pueblos para regular su convivencia. No puede un concepto de derecho dejar de lado ninguna de las facetas de ese espíritu que es complejo, histórico y se manifiesta en cada latitud del planeta. Esta idea la planteó Montesquieu.

Por eso, la propuesta de Miguel Reale (1997), en su aproximación al derecho desde la tridimensionalidad, nos pareció siempre muy clara porque comprende todas las posibilidades de una condición humana que civilizatoriamente elabora sistemas de convivencia complejos que responden a realidades sociales y se sustentan en principios y valores, entre los cuales la justicia tiene un lugar preponderante.

Referencias bibliográficas

Dworkin, R. (2012). *El Imperio de la Justicia*. Editorial Gedisa S. A.

García, E. (1986). *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa, S. A.

Hart, H. L. A. (1976). *Le concept de droit*. Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis.

Kant, I. (1976). *Critique de la raison pure*. Flammarion.

Kelsen, F. (1953). *Théorie pure du droit*. Éditions de la Baconnière – Neuchatel.

Montesquieu. (1979). *De l'esprit de lois, tomes I et II*. GARNIER-FLAMMARION.

Ossorio, A. (2008). *El Alma de la Toga*. Editorial Porrúa, S. A.

Reale, M. (1997). *Teoría tridimensional del Derecho: una visión integral del Derecho*. EDITORIAL TECNOS, S.A.

Squella, A. (2010). Algunas Concepciones de la Justicia. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, *44*(1), 175 – 216. https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/504/594

Yañez, M. (2005). *Confucio*. EDIMAT LIBROS, S. A.

Derecho de seguros

Eduardo Peña Triviño

Doctor de Jurisprudencia por la Universidad de Guayaquil, tesis doctoral: El contrato de seguros en el Ecuador y sus efectos socioeconómicos. Nacido en Palenque, Provincia de Los Ríos, 1936. Casado con Elena Hurtado Usocovich, 5 hijos. Función pública: concejal y vicepresidente del Concejo Cantonal de Guayaquil, 1973-1976. Ministro de Educación, Cultura y Deportes, 1992-1994. Vicepresidente de la República, octubre de 1995- agosto 10 de 1996. Academia: Profesor de Filosofía de la Historia, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias de la Educación, 1969-1992. Decano de la Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias de la Educación, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Profesor de Introducción al Humanismo, Facultad de Ingeniería, Universidad Católica de Guayaquil, 1972- 2012. Vicerrector de la misma, 1972. Negocios: Gerente fundador de la Compañía Reaseguradora del Ecuador 1967-1994. Gerente General de Seguros Sucre, 1994 - enero de 2007. Presidente del Directorio fundador de Confianza, Compañía de Seguros 1986-1992. Sub gerente de Sul América, Companhia de Seguros, Sucursal en el Ecuador, 1960-1967. Actualmente, asesor de Seguros Cóndor. Libros publicados: Manual de Derecho de Seguros, 4 ediciones. Propuesta de una Ética Laica. Por las alturas, reflexiones sobre la libertad y el poder, USA y China, esplendor y decadencia. Humanismo Siglo XXI, dos ediciones. La novela Noé Club y en coautoría, Bases de la Gloria, homenaje a los 200 años de la independencia de Guayaquil. Colaboraciones en varias revistas técnicas de seguros. Columnista de El Universo.

El seguro, como institución, tiene origen en dos sentimientos profundos del hombre: el temor y la prevención. Está en nuestra más íntima condición el temor a lo desconocido, a fuerzas que no podemos evitar y nos causan daño: la muerte, la invalidez, la enfermedad, la vejez; cuatro jinetes como los del Apocalipsis. Imagino al hombre de las cavernas amenazado por las fieras, aterido de frío en el invierno, tratando de calentarse con el fuego que acaba de inventar, temiendo que otros le disputen y se apropien de lo poco que ha logrado cazar, tratando de proteger a su mujer, a su prole. Para los oídos contemporáneos, me atrevo a recordar los primeros compases de la Sinfonía Del Nuevo Mundo, de Antonín Dvorak, ese impresionante sonido de timbales que Stanley Kubrick usó como fondo musical de las escenas iniciales de una película ya clásica como lo es Año 2001, Una Odisea Espacial. Ahí vemos gorilas que se pelean a muerte por un charco de agua y que blanden como armas los fémures de otros cadáveres. En esa película hay una misión que va a la Luna a verificar la presencia de un monolito que emite sonidos, igual que el monolito que ven los antropoides; este da la impresión de que, al escuchar el sonido, yergue sobre sus patas posteriores a los monos para blandir sus armas. La civilización no ha eliminado el temor, solo lo ha cambiado porque ya hemos transitado la quinta parte del siglo XXI y seguimos sintiendo el temor a la muerte; esta vez, por una pandemia que nadie previó y cuyo origen era desconocido, hasta hace muy poco.

El temor del hombre sigue allí: acurrucado, amenazado por nuestras ignorancias, nuestros apetitos de destrucción y por el abuso de la fuerza. Todos nos sentimos amenazados y posibles víctimas de alguna energía ignota, del odio, de la ambición, de los malos gobiernos, de la guerra.

Ese hombre amenazado, sin embargo, piensa cómo puede evitar los daños que puede sufrir y, por supervivencia, desarrolla un sentido de prevención. Se piensa en cómo cobijarse de los fenómenos naturales como la lluvia, las inundaciones, las tempestades, del fuego incontrolable que producen los rayos y destruyen lo que se ha guardado para sobrevivir los duros meses del invierno, en los que nada crece ni da fruto. Se piensa en construir viviendas para salir de las incómodas cavernas, reunirse con otros semejantes para cazar juntos y compartir el animal cazado; en recolectar en los bosques los frutos que se ha probado que son buenos porque alimentan y no enferman, así mismo con las raíces y los hongos.

El ser humano ha probado que la asociación con otros semejantes los hace más fuertes y que sus fuerzas unidas producen más y mejor. El peligro los ha unido, pero también los incita a dominar a otros grupos débiles que se disputan los territorios, los cotos de caza, los frutos recolectados; más tarde, se disputan también las viviendas, las mujeres, los hijos, la familia. Las luchas cruentas entre tribus fueron de exterminio, hasta que a algún vencedor se le ocurrió perdonar la vida del vencido y convertirlo en su esclavo. El inicio de la sociedad esclavista tuvo, tal vez, ese origen de interés-compasión, pero nada justifica su impía crueldad.

Las antiguas civilizaciones esclavistas como la egipcíaca, las de la fértil Media Luna, así como la griega y la romana ofrecen a nuestros ojos signos de prevención. La Biblia contiene la historia de José, el joven judío hijo de Jacob narrada en Génesis 41 y siguientes que interpreta el sueño del Faraón:

> "De pronto suben del río siete vacas hermosas y lustrosas que se pusieron a pacer en el carrizal. Pero he aquí que detrás de aquellas subían del río otras siete vacas, de mal aspecto y macilentas, las cuales se pararon sobre las otras vacas en la margen del río, y las vacas de mal aspecto se comieron a las siete vacas hermosas y lustrosas. Entonces Faraón se despertó."

Y cuando se durmió otra vez, pasó lo mismo con siete espigas henchidas y buenas que fueron consumidas por "siete espigas flacas y asolanadas". Ordenó el Faraón que José debía comparecer; este tenía fama de saber interpretar los sueños. José dijo a Faraón que el sueño era uno solo y le explicó que las siete vacas hermosas y las siete espigas buenas eran años de abundancia; y que las siete vacas flacas y las espigas agostadas correspondían a igual tiempo de hambre. José recomendó que se hicieran reservas en los años buenos y que se guardaran en las ciudades del Faraón para alimentar al pueblo en los años

de escasez. Tan acertado consejo fue aceptado por el Faraón, quien premió a José con el cargo de primer ministro.

Los antiguos fueron grandes constructores también de silos para guardar trigo y granos. El seco clima de Egipto era favorable a la conservación de las cosechas que recogían en los fértiles terrenos enriquecidos por el limo que el Nilo dejaba en sus inundaciones periódicas. Por tal razón, Egipto se consideraba el granero del mundo conocido en Occidente.

El sentido de previsión tiene otras expresiones menos constructivas. Una de ellas es la guerra. Los romanos fundaron el imperio más largo, temporalmente hablando en la historia de la humanidad. Hay que considerar que empezó con la instalación de la república, luego de la expulsión de Tarquino, el Soberbio, y la expedición de la Ley de las XII Tablas hacia el año 450 a de C.; y se extendió hasta la caída del Imperio Romano de Occidente, en el año 476 de nuestra era.

Además del fino sentido jurídico que caracterizó a quienes crearon el Derecho, cuyas normas nos inspiran todavía, los romanos fueron la primera potencia militar de cuya fuerza se valieron para apoderarse de todos los pueblos alrededor del Mediterráneo, el *Mare Nostrum*, de *Britania* y del Medio Oriente, hasta los territorios de los Partos, a los cuales nunca lograron vencer. La base del ejército era la legión, unidad militar de aproximadamente seis mil hombres más los auxiliares, y el otro ejército de sirvientes que los seguían para asistir a los soldados y mantener las vituallas y los armamentos.

Como es obvio, las legiones perdían hombres en las guerras; por muerte, por invalidez. También algunos dejaban la legión por retiro o jubilación. Había que sustituir esos hombres, pero tenían que llevar cuentas. Los romanos tenían una burocracia numerosa y eficiente. Sus matemáticos hicieron las primeras tablas de mortalidad y sabían cuántos hombres hacía falta para completar las legiones. Contaban a los pueblos y organizaban censos. Uno de esos fue célebre: el ordenado por Octaviano Augusto, porque un joven matrimonio que vivía en Nazareth tuvo que viajar a Belén para censarse porque José, el padre del niño, era de la familia del rey David. Ese niño, Jesús, cambió las eras y las vidas.

En la Roma antigua se organizaban asociaciones de personas con actividades comunes para la defensa de sus intereses. Eran las cofradías que practicaban la solidaridad y la cooperación con el prójimo. Era muy conocida la de los panaderos, actividad muy importante, puesto que el pan era el alimento principal de todos. También se formaban asociaciones políticas en respaldo de candidatos a las distintas magistraturas que se elegían en los comicios. Los políticos buscaban

a los dirigentes para la propaganda, los grafitis, las peleas y ataques a los rivales. También para los motines. Era célebre la de los hermanos Arvales, una cofradía religiosa en la que entraban libertos. La actividad tenía una palabra común: sodalidad. Sin emabrgo se llegó a abusar de la buena fe de muchos, al punto de que se tuvo que dictar la *Lex* Licinia de Sodalicis para combatir la usura. Los legionarios formaban fondos solidarios para garantizar honras fúnebres dignas que incluían un cierto número de plañideras, otros tenían retiros. Los dirigentes de algunas de estas cofradías tenían influencia política, pues eran contactadas por los líderes para participar en mítines y manifestaciones, no solo con motivo de los comicios. Aportaban dinero para constituir fondos de ayuda solidaria a quienes eran tocados por la desgracia.

Estas prácticas se fortalecieron durante toda la Edad Media, tomando nombres diferentes como las guildas. Las asociaciones y los fondos comunes se mantenían con aportes voluntarios de los asociados para ayudar a los campesinos que perdían sus graneros y cosechas por causa de los rayos u otras calamidades.

Cuando la navegación se hizo más segura, porque aprendieron a construir barcos más grandes utilizando grandes velajes para mejor aprovechar el viento, los mismos buques y la carga tenían una protección, bajo la forma de préstamos a la gruesa ventura. Estos contratos persisten y son mencionados en el Código Civi,l entre los aleatorios.

Me permitiré transcribir aquí un párrafo de mi Manual de Derechos de Seguros, por su pertinencia:

> "Según Mario Giovannoni (Peña, 2012, p.2) la primera póliza de seguro marítimo de la historia fue celebrada el 23 de octubre de 1347, entre messer Bartolomeo Basso, dueño de una nave de vela del tipo llamado "coca", y Giorgio Lecavello, genovés, en la casa de los hermanos Carlos y Bonifacio Usodimare, en la ciudad de Génova. El idioma usado, el romance que luego sería el italiano y el interés era proteger la nave contra los riesgos de mar y de los piratas argelinos y tunecinos que infestaban el Mediterráneo en aquella época. El viaje tenía por objeto llevar una valiosa mercadería de Génova hasta Mallorca. Como en aquellos tiempos las leyes de la República prohibían celebrar contratos de seguros, se le dio al pacto la forma de mutuo"

A raíz del gran incendio de Londres de 1608 fue ganando prestigio la idea del seguro como se practica en los tiempos actuales. Empezamos a hablar de empresas constituidas bajo el imperio de la ley, cuyo fin social es contratar seguros.

El seguro como institución

La institución aseguradora no solo comprende la actividad de las empresas de seguros, sino también a otras no menos importantes que le sirven de sustento y apoyo. Celebrar un contrato de seguro requiere de antecedentes como la inspección del riesgo que se va a asegurar; esta es tarea de los inspectores de riesgos, y, en caso de siniestros, es necesario en muchos casos contratar a expertos que realizan un avalúo de las pérdidas sufridas y también, a veces, del origen del daño. Estos trabajos son encomendados a otros peritos que se llaman liquidadores o ajustadores.

Para adquirir el negocio, son muy importantes los agentes asesores-vendedores de seguros que actúan como intermediarios entre la empresa aseguradora y los solicitantes. Los corredores deben ser expertos calificados y honrados, con conocimientos sólidos sobre la ciencia y la práctica del seguro.

Ninguna empresa de seguros o de reaseguros puede prescindir de los reaseguros o las retrocesiones, salvo seguros de poca monta, que son asumidos íntegramente por la asegurador. En riesgos cuyo valor exceda un valor de, por ejemplo, cien mil o quinientos mil dólares, se necesita compartir las responsabilidades de indemnizar y las primas correspondientes con otras empresas especializadas y de mayor tamaño, que son las reaseguradoras. Estas compañías, algunas de tamaño gigantesco, asumen la parte que la aseguradora les cede y pueden a su vez compartir esa cesión con otra empresa, en un convenio que se denomina retrocesión. De esta manera, los grandes riesgos pueden regarse por el mundo, de manera que se forma así una especie de solidaridad mundial.

El éxito del negocio consiste en tener muchos riesgos homogéneos, bien tarifados, que les permitan a las aseguradoras tener una sólida cartera de primas, constituir las reservas que ordenan las leyes para que siempre sean solventes e invertirlas con prudencia, para que sean rentables y seguras.

De esta manera se ha llegado a afirmar que el seguro ya no es un contrato aleatorio, porque las empresas aseguradoras rara vez pierden dinero, porque sus cuentas así lo demuestran. Pero la afirmación carece de sustento, porque en todas partes hay empresas que quiebran, generalmente porque han sido mal administradas y a veces por falta de los adecuados reaseguros, como ocurrió después del huracán Andrés que, en 1992, destruyó parte de la Florida en los Estados Unidos de Norteamérica.

El seguro como contrato

El seguro como contrato está definido en el Código de Comercio (Registro Oficial 497 del 29 de mayo de 2019). Está vigente de la siguiente forma:

> "Artículo 690.- El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, mediante el pago de una prima, a indemnizar al asegurado o a su beneficiario, por una pérdida o daño producido por un acontecimiento incierto; o, a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato."

Los latinos afirmaron: "*Omnis definitio in jure civile periculosa est*". Nuestro legislador lo ha definido mal, por defecto. Lo veremos más adelante.

Ahora examinaré un concepto simple: el seguro es un contrato que celebran una compañía de seguros y un solicitante o tomador, contrato mediante el cual se garantiza indemnizar un daño o pérdida en un potencial futuro e incierto, contra el pago de una prima, que es su precio.

La compañía de seguros debe ser una sociedad anónima con un capital pagado mínimo de ocho millones de dólares, autorizada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Su constitución y las normas que las rigen están contenidas en la Ley General de Seguros.

El asegurado, solicitante o tomador, puede ser cualquier persona que tenga un interés asegurable lícito. El interés asegurable es tener un derecho sobre algo expuesto a un riesgo.

Las principales obligaciones del tomador o solicitante y, después, asegurado son principalmente dos: declarar con verdad y sin reticencias el estado del riesgo que pretende asegurar y pagar la prima. La principal obligación del asegurador es indemnizar el daño asegurado, sin dilaciones ni pretextos.

Trabajado así el contrato, pasamos a señalar algunos principios esenciales:

1. Eticidad del seguro

El contrato de seguro es esencialmente de buena fe. Esta es la expresión concreta de la eticidad, tanto de la institución como del convenio. Al decir de Hegel, la eticidad enlaza el derecho y la moral. Se inspira en la libertad de la persona que le permite hacer lo que necesita,

con el margen y confinamiento de la libertad de los otros. Este margen lo proporcionan el derecho y la ley. Los derechos y obligaciones de las partes que contratan los seguros están definidos en las leyes; y el respeto a estas es lo que conviene a la justicia.

Cuando Pericles pronunció su célebre y profundo Discurso del Funeral en su elogio a la democracia como forma de gobierno en Atenas, basó todo en el respeto a las costumbres de los antepasados, a las leyes de la ciudad, a la autoridad y a los demás. Me complace repetir sus palabras:

> "Si en nuestras relaciones privadas evitamos molestarnos, en la vida pública, un respetuoso temor es la principal causa de que no cometamos infracciones, porque prestamos obediencia a quienes se suceden en el gobierno y a las leyes y principalmente a las que están establecidas para ayudar a los que sufren injusticias y a las que aun sin estar escritas, acarrean a quien las infringe una vergüenza por todos reconocida" (Tucídides, p. 451-452)

El respeto es una de las conductas más apreciables. Es una disposición del ánimo para considerar a los demás. El respeto significa humildad para no sentirse superiores a otros y comprender que somos iguales; el respeto a la palabra dada y a los compromisos adquiridos indica que la persona es justa, que no abusa de su condición, que cumple lo prometido.

2. La buena fe. Del solicitante o tomador. Del asegurado

En los seguros, la buena fe y el respeto a la palabra pasa por distintas manifestaciones.

Por parte del solicitante, debe, en primer término, declarar el estado del riesgo con verdad y sin reticencias ni ocultamientos. Es con base a la declaración del solicitante que el asegurador toma dos decisiones: la primera, si acepta asegurar ese riesgo; la segunda, en qué condiciones económicas lo acepta. En otras palabras, el costo de su servicio. La razón es que las primas establecidas por los aseguradores se basan en las experiencias y en las previsiones de lo que puede ocurrir en el futuro. Entiende que el riesgo está en buenas condiciones, que la casa a asegurar contra incendios es de construcción de primera clase, como dice la solicitud, y que no es casa de caña o de madera; que la persona que solicita un seguro de vida está con buena salud y que no está con cáncer o con alguna enfermedad cardiovascular.

Esto es necesario porque los riesgos agravados o más peligrosos, como un galpón de caña donde se guardan sustancias peligrosas como explosivos o combustibles, si hubiera de ser asegurardo, debería pagar mucha más prima que las varillas de fierro en una bodega de hormigón armado.

Las leyes en todas partes del mundo consideran que la declaración del estado del riesgo es tan importante que el seguro puede ser nulo, o el asegurado perder sus derechos a la indemnización si mintió o retuvo información que, conocida por el asegurador, lo hubiera hecho desistir del contrato, o haber fijado condiciones más gravosas para aceptarlo.

Nuestro Código de Comercio (Registro Oficial N° 497 de mayo 29 de 2019), en el Art. 710, incluye esta obligación y las consecuencias de no cumplirla.

La buena fe del asegurado se debe observar también en caso de que el riesgo previsto se haga objetivo con la ocurrencia de un siniestro. El asegurado tiene varias obligaciones, todas demostrativas de la buena fe. Por ejemplo, debe comunicar el hecho inmediatamente al asegurador, con el fin de que se conserven vestigios o señales y, en todo caso, actuar poniendo a salvo cosas que se puedan dañar más o no abandonar la cosa siniestrada. Para ilustrarlo, un automotor averiado por un choque o un volcamiento debe ser cuidado para que los ladrones no se aprovechen del abandono. También debe reclamar lo que vale el daño sufrido, sin pretender sacar provecho aumentando su valor, pretendiendo lo que en el lenguaje de seguros se llama enriquecimiento ilícito y, en el vulgar, picardía criolla. Se considera que esta es una falta grave a la buena fe y a la ética de la situación, porque el seguro es para indemnizar daños reales causados por un siniestro, bien que, en algunas ocasiones, también puede ser indemnizado el lucro cesante de una actividad lícita, cuando ha sido previamente pactado.

El hecho de pretender recibir más de lo debido puede causar la pérdida del derecho a la indemnización. No es que se trate de que no hay seguro vigente ni de que el siniestro no esté amparado por el contrato. Se trata de una pretensión inmoral e ilícita que tiene el efecto de privar al asegurado de su derecho por faltar a la buena fe. Pero una de las carencias de nuestro Código es haberle quitado a la norma la contundencia que tenía el anterior Art. 22 de la Legislación sobre el Contrato de Seguro (Registro Oficial N° 123 del 7 de diciembre de 1963). La norma que la ha sustituido está implícita en el Art. 727 del mismo Código.

3. La buena fe del asegurador.

La buena fe de la compañía de seguros se manifiesta, casi exclusivamente, en el cumplir con su obligación de indemnizar al asegurado los daños causados por el siniestro. Las empresas serias no ponen objeciones a pagar lo debido, no inventan pretextos para eludir su obligación ni exigen pruebas que demoran el trámite, pidiendo un papel y luego otro y otro más. Simplemente, comprueban y pagan. En el terremoto de abril de 2016, una empresa aseguradora envió a Manta a su liquidador de siniestros para atender los reclamos en el sitio. Veían la casa o el negocio destruido, convenían en la suma a pagarse y el cheque lo tenía el asegurado en 48 horas. En dos semanas, muchos asegurados pudieron reiniciar sus negocios o empezar a reconstruir sus casas.

Fue un buen servicio y un ejemplo de cómo se actúa de buena fe. No ocurre lo mismo en todas las empresas. Se han dado casos de aseguradoras que no pudieron cumplir ni siquiera con el pago de la nómina porque estaban quebradas. No siempre de mala fe, pero sí por defectos en la administración, como fallas en la tarificación de riesgos o mal uso del dinero de la liquidez o las reservas. Aunque se trata de trabajar en contratos aleatorios, la homogeneidad de los riesgos y los reaseguros bien contratados deberían ser factores que impidan las quiebras. Pero no siempre suceden porque causas extrañas al negocio; por ejemplo, la debacle de los bancos a fines del siglo pasado, también perjudicó a las empresas de seguros que tenían sus depósitos en ellos.

El asegurador debe pagar los siniestros 30 días después de completada la prueba, según ordena el Art. 726 de nuestro Código.

4. Un caso especial: las fianzas.

Mediante los seguros de fianza, las empresas aseguradoras garantizan que los contratistas cumplan a tiempo y con los mejores materiales las obras contratadas y que usen bien el anticipo recibido. Las empresas del sector público son las que más contratan estos seguros para garantizar las obras y los servicios públicos. También los contratan en el sector privado, pero son menos.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (R/O N° 395 del 4 de agosto de 2008, reformada según el R/O N° 100 de del 14 de octubre de 2013), dispone que estas garantías sean incondicionales, irrevocables y de pago inmediato. Tan graves exigencias se justifican porque el dinero del pueblo se puede perder si los contratistas no cumplen y afectan el interés del Estado o de los municipios e instituciones públicas. En lo internacional, estas fianzas se

consideran de mayor riesgo y se las conoce con la expresión inglesa de *on demand bond*.

Han tenido una gran demanda, por parte de los contratistas, y han sustituido con ventaja de precio a las garantías bancarias. Los seguros de fianzas no tienen las limitaciones de las garantías bancarias, cuyas capacidades están confinadas por el capital y porque merman la capacidad crediticia de los contratistas. En cambio, las fianzas tienen una capacidad casi ilimitada por la vía de los reaseguros. Al mismo tiempo que pueden ser un negocio rentable, si hay una adecuada suscripción con las debidas contragarantías, los seguros de fianzas contribuyen decididamente al progreso del país.

Cuando empezaron a contratarse las fianzas, en las tres últimas décadas del siglo pasado, las instituciones públicas abusaban del poder que les confiere la ley para declarar a las aseguradoras como contratistas incumplidos y las inscribían en lo que se llamaba la Lista Negra de la Contraloría. Si eso ocurría, no podían otorgar más fianzas por tres años. Grave perjuicio. Las aseguradoras, en la mayoría de estos casos, se negaban a pagar, por ejemplo, la totalidad de la fianza, cuando el siniestro era mucho menor o cuando los contratistas ya habían cumplido y, por razones formales, no les recibían las obras. Se hacía evidente el poder exorbitante del Estado.

Con sucesivas reformas a varias leyes, se quiso ajustar más las exigencias y se redujo a diez días el plazo para pagar los siniestros. Muchas autoridades ignorantes no podían entender que, en siniestros de mayores montos, hay que pedir a los reaseguradores las respectivas remesas, porque cifras más o menos significativas no tienen en cuentas corrientes bancarias y hay que esperar. Después de mucho untar y bregar, la norma vigente concede treinta días para pagar los siniestros, una vez presentados los informes legales, técnicos y económicos que prueben el incumplimiento de los contratistas.

Características del contrato de seguro

El contrato de seguros es bilateral, oneroso, conmutativo, aleatorio y principal (excepto el de fianzas).

Bilateral

Porque se celebra entre dos partes: el asegurador y el solicitante, tomador o asegurado.

El asegurador

Debe ser una sociedad anónima con un capital pagado mínimo de ocho millones de USA dólares, cuya finalidad exclusiva es celebrar contratos de seguros y actividades conexas. Su constitución y extinción, sus actividades, reservas, inversiones y el cumplimiento de sus obligaciones están regidas por la Ley General de Compañías de Seguros (Registro Oficial N° 290 de abril 3 de 1998); su funcionamiento está regulado y vigilado por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Este organismo está sostenido económicamente por un impuesto del 3,5% de las primas emitidas por las compañías de seguros. Es una institución rica en un país pobre y sus empleados están muy bien pagados, como debe ser. En el peor de los últimos años, el 2020 de la pandemia, el ingreso debe haber sido un poco más de cincuenta millones de dólares.

Aunque las empresas aseguradoras no son instituciones financieras, porque las primas que pagan los asegurados son el precio de un contrato y no un depósito como ocurre con los bancos comerciales, también se les aplican normas del Código Orgánico Monetario y Financiero (Registro Oficial N° 332 del 12 de septiembre de 2014) y el superintendente tiene facultades de legislador, porque puede reglamentar muchas actividades de las compañías de seguros con decisiones de obligatorio cumplimiento. Él o el intendente de seguros es juez de última instancia en los reclamos administrativos en caso de contenciosos entre las aseguradoras y los asegurados y sus beneficiarios.

El asegurado, tomador o solicitante

Puede ser cualquier persona, natural o jurídica, que tenga un interés asegurable. El interés asegurable consiste, como se ha dicho, en tener un derecho sobre un bien o una cosa expuesta a riesgos. Por lo tanto, el interés asegurable tiene variaciones casi infinitas, como la existencia y el mundo. Principalmente, tienen interés asegurable:

La persona humana por su vida y su salud.

El propietario, dueño o condómino,

El acreedor quirografario, prendario o hipotecario,

El inquilino o el arrendatario.

El poseedor de buena fe.

El patrono, por la responsabilidad civil originada en accidentes de trabajo.

El asegurador y el reasegurador.

Tener un interés asegurable es condición *sine qua non* para contratar un seguro. Debe ser actual, existir al momento de la contratación del seguro, mesurable en dinero y tener objeto lícito. No son asegurables los actos ilegales o contrarios a la moral y a las buenas costumbres. Tampoco son asegurables las multas por delitos o contravenciones.

El suicidio es asegurable después del segundo año de vigencia del seguro de vida. Algunas aseguradoras reducen esta carencia a un año. También se ampara el suicidio involuntario, aunque no he encontrado una definición legal de este suceso, que puede aparecer como una farsa trágica. Me parece que puede entenderse como tal al fallecimiento de la persona que tiene la intención de aparentar un suicidio; por ejemplo, para llamar la atención de alguien, pero su intención no se cumple, sino que el suceso termina en la muerte.

Oneroso

El contrato es oneroso porque tiene un costo económico para ambas partes; con toda certeza para el asegurado y, eventualmente, para el asegurador. El asegurado siempre debe pagar el costo del contrato, que se llama prima. El asegurador tiene que pagar una indemnización en caso de siniestro.

La prima

La prima es la contraprestación económica que debe pagar el solicitante, tomador o asegurado. Hay que distinguir entre prima y costo del seguro. La prima es el valor del servicio ofrecido por el asegurador que, una vez pagada, es propiedad de la compañía de seguros. Pero a esa prima, que vamos a llamar prima comercial, hay que agregar los impuestos y tasas, que son principalmente el IVA, la tasa de mantenimiento de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y un adicional de 0,5% que se destina al Seguro Social Campesino. Este último no tiene ninguna relación con el contrato de seguro, pero así son los legisladores de todo el mundo, a quienes solo les falta gravar el aire.

La prima comercial merece una explicación. La prima es lo más importante en la institución aseguradora y en el funcionamiento del seguro. Sin prima no hay seguro. La prima comercial sirve para:

En primer lugar, pagar los siniestros. Por eso se la llama prima pura o de riesgo y debe ser un alto porcentaje, el 50% o más de la prima comercial. En segundo término, para pagar los gastos de administración de la empresa, lo sueldos del personal, los gastos de los sistemas, de los papeles, de la luz, el teléfono y todos los demás. Enseguida, la prima debe contener un porcentaje para pagar las comisiones a los agentes-asesores de seguros. La prima también debe contener un factor de error por si fallan las estadísticas que dan lugar a establecer la prima de riesgo. Finalmente, también está la utilidad del negocio. Todos estos factores, sumados, dan el 100 por ciento de una prima comercial.

La prima de riesgo, que es la más importante, se calcula teniendo en cuenta la experiencia de los cinco o diez años anteriores, comparando las primas recibidas y los siniestros pagados. En el argot asegurador, se le llama el *burning cost*. Pero a raíz del huracán Andrés, de 1992, que destruyó parte de la Florida en los Estados Unidos de Norte América, las pérdidas fueron tan excesivas que no las pudieron imaginar en el pasado. Fue un aviso doloroso. Los fenómenos naturales pueden causar daños imprevisibles. Se pierden muchas vidas humanas y su valor no tiene límite. Pero no solo los huracanes, sino también las inundaciones que se originan en huracanes, como las del Katrina en Luisiana, y los terremotos como el de San Francisco en 1906. En el fondo, está latente también el desastre nuclear de Chernóbil.

Es obvio que los siniestros de origen antropógeno pueden originar pérdidas irreparables, como el ataque terrorista a las Torres Gemelas de Nueva York, cuyo impacto económico todavía es desconocido. Pero son miles de millones de dólares.

Estas incertidumbres sobre los costos globales de los siniestros dieron origen a no solo tener en cuenta las experiencias del pasado, sino también una especie de anticipación del futuro, que depende de la composición y clase de la cartera de riesgos y también de las protecciones en forma de reaseguros de Exceso de Pérdidas que protegen la parte de los riesgos que las aseguradoras asumen por cuenta propia, que se llama retención.

No es la intención de este pequeño trabajo entrar en profundizaciones de los iniciados en estos asuntos, sino volver al de las primas. Lo anteriormente escrito se aplica a los llamados seguros generales, que aseguran cosas y bienes materiales. Me falta agregar unas líneas sobre los seguros de vida.

Las primas de estos seguros son calculadas obligatoriamente por actuarios. Estos científicos tienen en consideración más factores relativos a la vida, salud humana y hasta el grado de desarrollo de las so-

ciedades. Los factores principales son la edad y la buena salud del solicitante, las tasas de mortalidad y morbilidad del país, la expectativa de vida al nacer, el plan de seguros que se va a contratar y otros más (En los años de peor actividad de las FARC en Colombia, se hablaba de un factor llamado "plombicidio"). Tiene todas las características de un trabajo científico, por lo cual las tarifas de primas de seguros no vida no son negociables. En los llamados seguros generales, hay lugar para el apetito de la competencia y, no pocas veces, se prefieren las consideraciones comerciales a las técnicas, debido al mercadeo. En seguros, el llamado marketing comercial siempre buscará la mayor protección al menor precio, lo cual es natural. Es trabajo de los principales de las empresas aseguradoras poner límites que no se deben traspasar en las tasas de primas. En mi larga experiencia como asegurador y reasegurador profesional, he visto quebrar a algunas empresas, en el Ecuador y el extranjero, por descuidos y audacias; así como por corrupción.

Aleatorio

Tal vez la calidad de ser aleatorio sea la principal característica del contrato seguro. Como bien lo define el Código Civil (Registro Oficial N° 46 de junio 24 de 2005), tiene la contingencia incierta de ganancia o pérdida, como ocurre en el juego, otro de los contratos aleatorios. En efecto, cuando se contrata un seguro de buena fe, el solicitante debe declarar el buen estado del riesgo. Pero si en curso de la vigencia del contrato ocurre un siniestro, muchas veces su costo excede por completo y varias veces, la prima recibida. En tal contrato, pueden ocurrir otros siniestros y, cuando se termina la vigencia, el saldo puede ser muy negativo para el asegurador. Esta calidad no desaparece nunca y el contrato seguirá siendo aleatorio, a pesar de que la institución puede no serlo, en buena hora.

Conmutativo

Porque las partes se satisfacen mutuamente en las prestaciones que dan o que reciben. La empresa aseguradora no puede alegar al asegurado o beneficiario que la prima fue muy poca y que por tal razón va a mermarle la indemnización. Sería un desatino. Lo mismo ocurriría con la pretensión del asegurado de reclamar a la aseguradora la devolución de la prima porque no ha tenido un siniestro. Pero ha tenido el servicio de protección, que cuesta.

Principal

Porque no requiere de otro contrato que le dé origen. Es un convenio autónomo que siempre requiere la existencia previa de un interés asegurable. Como se ha escrito arriba, la excepción es el seguro de fianzas. En tanto que garantiza el cumplimiento de otro contrato, la fianza necesita la existencia de otro, ese sí principal. Como sucede con los contratos de obras y provisión de servicios del sector público, la mencionada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que las garantías pueden ser seguros de fianzas. Si el contratista no cumple con el contrato que ha suscrito con el ministro de Obras Públicas, o como se llame, el titular de la empresa pública puede dar por terminado anticipadamente el contrato y ejecutar la fianza. Por ello, se puede reiterar que las fianzas en nuestro país apoyan decididamente su progreso porque garantizan las obras y el dinero de los ciudadanos.

El beneficiario

No es parte del contrato, sino la persona que ha sido designada para recibir la indemnización en caso de siniestro. En la mayoría de los casos de los seguros generales, el beneficiario es el mismo asegurado. En los seguros de vida, es obvio que no puede serlo sino quien ha sido designado como tal, como los hijos, el cónyuge, los padres u otros.

Los beneficiarios son de dos clases: a título gratuito y a título oneroso. Los primeros pueden ser cambiados a discreción del asegurado; los segundos, no. Los beneficiarios a título oneroso son designados porque responden a otra causa que la mera liberalidad del asegurado. Siempre son acreedores, por ejemplo, los quirografarios, en los cuales el acreedor ha pedido que los designen así, por ejemplo, en los seguros de vida. Si una persona natural necesita un préstamo y no tiene garante, el acreedor puede pedirle que contrate un seguro de vida para cobrarse el crédito en caso de muerte. Estos beneficiarios pueden ser cambiados solo con autorización escrita del acreedor.

El derecho del beneficiario a la indemnización surge y se consolida con la ocurrencia del siniestro. Antes de este, solo tiene meras expectativas.

Derechos y obligaciones de las partes

Del asegurado

En primer lugar, por ser la base de la institución, comentaré las obligaciones del asegurado que, como queda dicho, son declarar el es-

tado del riesgo con verdad y objetividad y posteriormente los cambios que se produjeren durante la vigencia del contrato, y pagar la prima. Ya hemos señalado la importancia de la prima, sin la cual no hay institución ni contrato. Lo dice el Código de Comercio, así:

> "Artículo 713.- El solicitante del seguro está obligado al pago de la prima en el plazo de treinta días desde perfeccionado el contrato, a menos que las partes acuerden un plazo mayor. En el seguro celebrado por cuenta de terceros, el solicitante debe pagar la prima, pero el asegurador podrá exigir su pago al asegurado, o al beneficiario, en caso de incumplimiento de aquel, excepto para el seguro de vida.
>
> Si el asegurado estuviere en mora, tendrá derecho a la cobertura por treinta días, contados a partir de la fecha en que debió realizar el último pago; fenecido dicho plazo se suspenderá la cobertura. La empresa de seguros hará conocer sobre este hecho por cualquier medio. En caso de que el asegurado estuviere en mora por más de sesenta (60) días, contados desde la fecha en que debió realizar el último pago, se le notificará la terminación automática del mismo, por cualquiera de los medios reconocidos por nuestra legislación. Lo dispuesto en este inciso no podrá ser modificado por las partes.
>
> El pago que se haga mediante la entrega de un cheque no se reputa válido sino cuando éste se haya hecho efectivo, pero sus efectos se retrotraen al momento de la entrega
>
> La entrega de pagarés a la orden o letras de cambio para instrumentar la obligación de pago a plazo de la prima en caso de acordarse así, no conlleva la duplicidad de dicha obligación, misma que se reputará pagada en su totalidad."

Conocemos ya la importancia de la prima, pero esta graciosa concesión del legislador que otorga cobertura por sesenta días (y no faltará quien interprete que son noventa), demuestra palpablemente el sesgo contra las compañías de seguros que ha mal inspirado al legislador.

Antaño, la vigencia del contrato estaba determinada por el pago de la prima. Podía haberse firmado la póliza, pero la vigencia del seguro empezaba con el pago de la prima. Con la facilidad de ahora, la cobertura se puede tornar gratuita por dos meses si el asegurado no paga la prima. En seguros sencillos de primas pequeñas, más cuesta el esfuerzo de demandar el pago de los dos meses por la vía judicial que el resultado económico de la gestión. Las compañías de seguros se verán perjudicadas por no recibir la contraprestación debida. Si ocurre un siniestro, se podrá cobrar lo adeudado, deduciéndolo del valor de la indemnización.

Cuando se trate de seguros de un valor cuya prima amerite la acción judicial, el asegurador podrá cobrar por la vía judicial. Conozco casos así, con sentencias a su favor.

El asunto se puede agravar porque, con el nuevo Código, el seguro es consensual y se perfecciona por el simple consentimiento de las partes. Esto se podría considerar un avance, pero no lo es. En la práctica, hay una oferta de la compañía de seguros y la aceptación por parte del solicitante. La oferta debe ser cuidadosamente elaborada, contener casi toda la póliza, con coberturas y exclusiones, para que no quepa duda. Soy partidario de poner el contrato por escrito, en papel; no obstante, puede perfeccionarse solo por medios digitales, porque así lo permite la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos (Registro Oficial N° 557 de abril 17 de 2002). Esta ley otorga a las comunicaciones electrónicas el mismo valor probatorio de los documentos escritos. También se pueden firmar digitalmente.

Afirmo que el consenso debe ponerse por escrito porque es el medio idóneo de probarlo. Conozco de un convenio que se firmó en la servilleta de un restaurante, sin saber que, casi en el mismo momento, el buque que se aseguraba estaba naufragando. Sin haberse emitido la póliza ni pagado la prima, la compañía de seguros honró la palabra de su gerente y pagó más de dos millones de dólares. La buena fe. Eran otros tiempos. En 1978, la palabra empeñada tenía tanto valor como un documento.

Parece que el legislador quiso imprimir velocidad al negocio y lo tornó consensual, para facilitar el comercio. Tal vez, desconocía que los aseguradores ya lo venían practicando, por ejemplo, en el seguro de transportes de mercaderías que se contrata bajo la forma de una póliza maestra con todas las condiciones y límites y se entrega al asegurado aplicaciones que él mismo llena y las envía a la aseguradora para que las selle. Este documento se incluye en los permisos de importación.

En seguros sencillos, como los de automóvil, que son los más frecuentes, el consenso es fácil porque los intereses asegurados no son grandes. Pero cuando se trata de riesgos enormes, como una usina termo o hidroeléctrica, industrias de significativos volúmenes de producción, flotas de aviones o de buques, es mejor emitir primero la póliza con todos los detalles para evitar malas o perjudiciales interpretaciones para ambas partes. Sobre el tema, es conocido el caso de los seguros de las Torres Gemelas del World Trade Center en Nueva York, destruidas por ataques terroristas el tristemente célebre 11.9.2001. Se discutía si era un solo siniestro, un solo ataque en varios tiempos del mismo día, o si eran dos. La diferencia de la interpretación eran los mil cuatrocientos millones de dólares que costaba cada

torre. No hubo acuerdo y decidieron acudir a las cortes de justicia. El juez pidió la póliza para establecer la intención de las partes, pero saltó el problema: la póliza no se había emitido y los reaseguradores de buena fe sí querían pagar, pero la cifra en disputa era muy grande. En el sistema de administración de justicia de los Estados Unidos, las partes deben anunciar sus pretensiones, sin trampas. Cuando no hay acuerdo, como en este caso en que ambas podían tener razón, según las interpretaciones de cada cual, lo mejor es transigir, que fue lo que hicieron. Desconozco la cifra pagada.

Además del acusado sesgo contra las compañías de seguros, conspiran contra la justicia la defectuosa redacción del Art. 713 y el mal uso del idioma, porque al final no se sabe si son 60 o 90 días los que se concede al solicitante para pagar la prima, y el problema se complica con la calidad de los jueces. Sabido y acusado es que el sistema judicial ecuatoriano no tiene confiabilidad tanto por la venalidad de muchos jueces como por la ignorancia de estos en materias de especialización como el seguro. Por este motivo, siempre será recomendable que los contenciosos entre beneficiarios, asegurados y aseguradores se resuelvan por mediación o arbitraje en los centros *ad hoc* que hay en el país.

En las universidades no se enseña el Derecho de Seguros, pero en Quito y Guayaquil funcionan centros privados para enseñar la materia. Quien esto escribe, en vista de la carencia de conocimientos de ejecutivos y empleados de las compañías de seguros, creó hace más de 40 años el Instituto de Seguros, propiedad de la Cámara de Compañías de Seguros del Ecuador. Fue una especie de aventura que emprendí con la ayuda de mi amigo Galo Calero; un experto, de los pocos que había estudiado en el exterior. El Instituto todavía funciona con buen éxito y sus alumnos son personas ligadas a la actividad como empleados y funcionarios de las compañías de seguros y asesores vendedores de seguros. Está abierto a los interesados.

Obligaciones de la aseguradora. El siniestro

Se pueden resumir en una sola: pagar el siniestro completo y oportunamente. Para hacerlo, el asegurado, o el beneficiario, debe probar dos cosas: que ocurrió el siniestro y la cuantía de los daños a cargo del asegurador. El Código de Comercio dice que.se considera siniestro a la ocurrencia del riesgo asegurado.

El siniestro se considera ocurrido de buena fe cuando ha sido un acontecimiento involuntario, imprevisto, súbito y accidental. Hay siniestros que son públicos y notorios, como los terremotos, las inundaciones y los incendios declarados.

La prueba del siniestro en los seguros personales es la partida de defunción, si se trata de seguros de vida. Si se trata de seguros de accidente, el reconocimiento del cadáver o la autopsia; las partidas de nacimiento del asegurado y de los beneficiarios. En caso de invalidez permanente, el certificado de los médicos y el grado de la incapacidad.

El asegurado también debe probar la cuantía de los daños que el asegurador debe indemnizar. En la gran mayoría de los casos, el trámite fluye sin problemas y las aseguradoras honran su promesa. En contados siniestros, puede haber la intención de abusar, y se busca cobrar demás. En tal caso, la compañía de seguros tiene que probar que el reclamo es excesivo y, en todo caso, las razones que la eximen de su responsabilidad de pagar el reclamo. Así lo manda el Art. 727 del Código antes mencionado.

Terremotos

Un caso de excepción respecto de la prueba del siniestro es el amparo de terremoto. Este riesgo está excluido de la cobertura básica de la póliza de incendio, pero se puede amparar mediante el pago de una prima extra. Un sismo puede producir verdaderas catástrofes y, en nuestro país, las hemos tenido con una frecuencia o recurrencia en los últimos 120 años. Por ejemplo, antes del sismo de abril de 2016, hubo dos grandes antecedentes en el siglo XX: el terremoto del 13 de mayo de 1942 en Guayaquil y el que destruyó Ambato, Pelileo y otras ciudades de la Sierra Central en agosto de 1948. No se le da debida importancia a un terremoto que ocurrió en Esmeraldas el año 1906, el mismo año del célebre de San Francisco en los EE. UU. Según estudios de los expertos, el de Esmeraldas tuvo una magnitud Richter de más de 9, uno de los más fuertes registrados en la historia mundial. La provincia de Esmeraldas en esa época era poco poblada y apenas apareció una breve noticia en la prensa.

Debo recordar que Ecuador está dentro del llamado Cinturón de Fuego del Pacífico Sur, por lo que está expuesto a la energía liberada por el choque de dos gigantescas placas tectónicas, la de Nazca y la del Pacífico Sur. En esta materia, por desgracia, hay muchas interrogantes que la ciencia todavía no ha podido contestar, y una de ellas es ¿cuál es la fuerza que mueve a las inmensas placas líticas que dicen que tienen más de diez kilómetros de espesor para que todavía se produzca el efecto de subducción?

La capacidad mundial para indemnizar daños por terremoto es muy grande pero limitada, por lo cual, en ciertas zonas sísmicas de mucho peligro, como en la Bahía de Tokio, no se aseguran los edificios al cien

por ciento de su valor. Por otra parte, siempre hay que pactar un deducible de por lo menos el dos por ciento de la suma asegurada.

Con estos antecedentes, se explica que en las coberturas de terremoto se exige una especie de reversión de la prueba, porque el asegurado debe probar que los daños sufridos por su propiedad fueron causados por un sismo de intensidad mayor a cinco en la Escala Modificada de Mercalli.

Contenciosos

Volviendo a las diferencias entre los contratantes de seguros y sus beneficiarios, ya hemos mencionado que, en caso de diferencias insalvables, el asegurado tiene varias opciones. La primera sería acudir a la justicia ordinaria ante los jueces comunes en un procedimiento sumario porque se trata de materia mercantil, artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos de Procesos (Registro Oficial N°506 del 22 de mayo de 2015). Puede también acudir a la mediación o convenir un arbitraje. Las pólizas deben contener en sus condiciones generales la cláusula compromisoria y, cuando se ponen las partes de acuerdo, firman el compromiso en cualquiera de los centros de mediación y arbitraje que existen en el país, teniendo en cuenta las cláusulas de jurisdicción y el domicilio de la póliza.

El reclamo administrativo es una de las formas preferidas de los abogados que patrocinan beneficiarios de seguros. Está desarrollado en el Art. 42 de la Ley General de Compañías de Seguros, que se incorporó como la Décimo Sexta Disposición General del Código Orgánico Monetario y Financiero, publicado en el registro Oficial número 352 del 12 de septiembre de 2014; es decir, cinco años antes que el Código de Comercio.

Este procedimiento convierte a la autoridad administrativa en juez de derecho, porque le da la atribución de ordenar o negar el pago de los siniestros. Ha mezclado las jurisdicciones, porque las superintendencias, según la Constitución, son organismos de control y no jueces. Cuando el intendente de compañías de seguros dispone el pago, la aseguradora debe hacerlo en el plazo de diez días después de notificada la resolución, so pena de que disponga la liquidación de la compañía de seguros.

Es obvio que la decisión puede ser apelada en sede administrativa ante los tribunales de lo contencioso administrativo. Pero se sabe que primero hay que pagar y luego demandar. Cuando se trata de sumas manejables por las aseguradoras, no existe dificultad insalvable, pero cuando tiene que pagar el reasegurador, el problema puede ser difícil.

Los reaseguradores, mundialmente son empresas serias que conocen los mercados donde trabajan y saben que hay que lidiar con sistemas corruptos. Generalmente, las compañías de seguros avisan a sus reaseguradores de las demandas que los involucran y les consultan sobre el progreso de los reclamos para que, cuando sean condenadas a pagar, envíen su parte de la indemnización. Pero también hay reaseguradores que pueden atrasar los pagos o pedir justificaciones y explicaciones, porque de todo hay en la viña del Señor.

Control de reclamos

Tengo que entrar en una nueva digresión sobre los reaseguros. Las compañías de seguros, cuando contratan pólizas de valores grandes, tienen forzosamente que compartir el riesgo en el mercado mundial de los reaseguros. Supongamos que una aseguradora debe asegurar la refinería de Esmeraldas, o el sistema de usinas hidroeléctricas de Paute, o algún riesgo que valga más de treinta o cincuenta millones de dólares. Se tiene que reasegurar un gran porcentaje del valor asegurado; supongamos que la póliza es por cincuenta millones de dólares. Tal vez decida reasegurar el ochenta o noventa por ciento de ese negocio con un reasegurador que lo respalda. En caso de siniestro, ese reasegurador tendrá que pagar la mayor parte, el ochenta o noventa por ciento de la indemnización y los gastos. Es decir, que le entrega la chequera a la compañía de seguros. Pero no tanto.

Se exige que en el contrato de reaseguro se incorpore una cláusula que se llama Control de Reclamos, mediante la cual la aseguradora debe consultarle todo lo que debe hacer para tramitar, transigir, litigar si hace falta y después pagar el siniestro. Es frecuente que el mismo reasegurador escoja el abogado o estudio jurídico que debe patrocinar la causa y que pida que todo se le consulte antes de cualquier diligencia. Se justifica razonando que la mayor cantidad de la indemnización la paga él y que tiene que defender sus intereses porque tampoco es imposible que exista una colusión entre el asegurado y la compañía de seguros, en perjuicio de sus intereses. Se han dado casos de colusión o de culpa grave.

Para volver a los contenciosos y las formas de resolverlos, diré que prefiero el arbitraje. Aunque no es gratuito y los centros de arbitraje tienen sus aranceles, es preferible esta vía que la judicial. Hay que revisar las listas de los árbitros para comprobar que son probos.

Pago del siniestro

Presentada toda la documentación probatoria del siniestro y de su valor, la compañía de seguros debe pagar la indemnización en el plazo de 30 días. Para hacerlo, puede pagar en dinero o encargarse de la reparación del bien dañado. Muy rara vez las aseguradoras asumen la tarea de reponer o reparar cosas dañadas, prefieren pagar o transferir el dinero. El asegurado debe firmar el finiquito. Solo en contados casos, por seguridad de una de las partes, cuando ha sido un caso difícil, se deja constancia del pago mediante escritura pública ante notario.

Falsos siniestros

Puede ocurrir que alguna persona quiera obtener beneficio ilícito de un contrato de seguro. Por desgracia, no es infrecuente. Antes de que se dictara el nuevo Código Orgánico Integral Penal (Registro Oficial N° 180 del10 de febrero de 2014), esta acción dolosa quedaba impune, porque no estaba tipificada por la norma penal. Pero este nuevo Código, en su Art. 316, dice:

> "Será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años...
>
> 2. La persona que, declarando falsos siniestros, se haga entregar las indemnizaciones por las pérdidas o daños contemplados en un contrato de seguro o reaseguro".

Es una real defensa de la buena fe y la honestidad. Su solo enunciado puede disuadir a quien pretenda cobrar dinero falseando siniestros. Este Código tiene otras normas aplicables a la actividad aseguradora que no son materia de este comentario, por lo cual me abstengo de continuar con este asunto.

Actualidad del código de comercio

Este nuevo código, con todos sus sesgos y defectos, tiene el mérito de actualizar algunas instituciones y normas de la actividad mercantil.

Una de las virtudes es la de modernizar la legislación sobre el seguro marítimo. En la anterior codificación de 1960, siendo presidente el Dr. Camilo Ponce, se copió la parte referente a los seguros de casco de buques y otras normas del comercio naval. Repitió las normas del Código Alfaro, de 1906; el cual a su vez era una copia del Código Vintimilla del 10 de mayo de 1882; y este, del Código de Comercio Español de 1831. Eran normas que hacían agua por todos lados en una

materia que, por su naturaleza, puede afectar importantes intereses asegurados como los buques de gran calado para transporte de carga, pesqueros de alta mar o barcos y yates de turismo.

Felizmente, el seguro de casco y maquinaria de buques tiene normas que los ingleses del Instituto de Aseguradores de Londres han creado para su uso. Son tan sabias dichas normas que se las observa y acata en todo el mundo. Son centenares de cláusulas que convienen y arreglan prácticamente todos los sucesos atinentes a la navegación, a los tripulantes y a la carga.

Las cortes inglesas, con su sistema consuetudinario, han interpretado muchas expresiones de uso corriente pero que en los seguros pueden tener acepciones diferentes. Además, el mundo marítimo para los casos de avería gruesa o común, han creado muchas normas justas como las Reglas de York y Amberes, que son un trasunto de la célebre *Lex Rhodia* de Iactu, que data del año 475 a de C. y que es un conjunto de normas originadas en las costumbres de los armadores antiguos. La ley ordena que todos los participantes en una aventura marítima, incluyendo el dueño de la nave, deben pagar proporcionalmente a sus intereses el costo de la mercadería y los objetos arrojados al mar, por orden del capitán, con el propósito de evitar un naufragio. La echazón tiene que ser un acto voluntario que obedece a un fin superior: salvar la aventura. Es equitativo que los propietarios de los intereses salvados por esa orden contribuyan al pago de la mercadería sacrificada. Las Reglas de York y Amberes son mundialmente aceptadas y quienes hacen las liquidaciones de avería gruesa o común son expertos muy bien calificados por sus conocimientos y su ética.

Comprobar que una ley tan antigua mantiene su vigencia merece una reflexión. Tantas normas olvidadas, que en algún momento tuvieron su razón de ser, cuando la perdieron, devoradas por los cambios de valores de las civilizaciones, desaparecieron de la memoria de los hombres. Por supuesto que algunos gobernantes quisieron evitar ese olvido. Uno de ellos, el ilustre Adriano, el poeta, filósofo y uno de los mejores emperadores de Roma, en sus días ordenó al jurista Salvio Juliano elaborar una recopilación de los edictos de los pretores, sentencias, y otros instrumentos jurídicos que los recuperó del olvido en el célebre Edicto Perpetuo de Salvio Juliano. Cuando el emperador del Imperio Romano de Oriente Justiniano quiso él también inmortalizarse, ordenando una recopilación y codificación de los instrumentos jurídicos de Roma para que no se perdiera el fino sentido de los sabios juristas del pasado. Dejó para la posteridad el *Corpus Iure Civile*, su Instituta y las Pandectas, que todavía inspiran la justicia. Otro emperador, Napoleón, reunió a los mejores juristas de Francia y Europa y le pidió una ley que unificara

y actualizara el saber jurídico del pasado prudente y publicó su Código Civil. Sabemos que este fue copiado y traducido al español por don Andrés Bello para el Código Civil chileno, que nosotros adoptamos. De manera que el nuestro es una herencia de la más antigua y brillante expresión jurídica de la Civilización Occidental.

Experiencia personal

Por una casualidad, llegué un día al estudio jurídico del Dr. Carlos Alberto Arroyo del Río. Tenía yo veinte años. Me preguntó qué hacía y le contesté que trabajaba en una compañía de seguros. "¿Y qué más hace?" "Estudio derecho en la universidad de Guayaquil". "¡Ah, qué bien! ¿Escribirá una tesis?" "Sí, doctor, tal vez sobre seguros". "¡Ah!, venga para acá". Me llevó a otra oficina donde había un estante con numerosos libros. "Vea, todos estos libros son sobre seguros. Cuando necesite algo, venga nomás, mis secretarias tienen la orden de copiar todo lo que usted necesite". En esos días no había máquinas copiadoras. Todo era manual.

La biblioteca del Dr. Arroyo era célebre por muchos motivos, tanto por el número de sus libros como por la calidad y variedad de estos. Estaban en perfecto estado de conservación y sufrió vicisitudes como el abuso del Dr. Velasco Ibarra, que la confiscó y la donó a la Universidad de Loja. Pero se sabe que los lojanos no querían el fruto de un expolio y en la primera oportunidad que tuvieron, la devolvieron en los mismos cajones, a su legítimo dueño. Fueron muy nobles.

La biblioteca era enorme. Un recinto muy digno en el último piso del edificio de diez, situado en la esquina sur este de las calles Nueve de Octubre y Pichincha. Yo había visto de lejos la puerta entreabierta y con mucha audacia y poca educación, me dejé seducir por aquellos libros colocados en estantes de madera, bien ordenados, hasta el cielo raso. Eran miles de libros. Olía un poco a naftalina. Dejándome llevar por mis impulsos, tomé uno; eran las memorias de O`Leary, un ejemplar precioso, con dibujos, retratos, letra grande, elegante impresión, 24 tomos. Empecé a hojearlo, perdí la noción del tiempo y estaba absorto, cuando una señora me dijo "¡Joven!, ¿qué hace usted aquí?" "Disculpe, señora, amo los libros y me he dejado llevar". "No, no joven, al contrario. El Dr. Arroyo me ha ordenado que él quiere conocer a cualquier persona que entre a su biblioteca. Venga". Me llevó al estudio del maestro. Cuando el Dr. Arroyo me vio en el umbral, se puso de pie. Vino hacia mí con la mano extendida, me brindó asiento y empezó a interrogarme.

No cabía en mí. ¡Un expresidente de la República me había concedido el honor de saludarme en tal forma! Nunca me lo había imaginado. Demás está decir que con tres amigos más que estudiábamos juntos lo fuimos a visitar y consultar varias veces.

Y recién ahora llego al punto, pidiendo disculpas por el largo introito. En mi primera visita, me recomendó que lea el Código Civil. Dijo: "Todos los días lo leo por lo menos una hora. Está escrito en un castellano inigualable, con una sintaxis perfecta y redactado con la debida precisión. Haga la prueba de leerlo en voz alta para que escuche la cadencia del idioma".

Escribo el consejo porque es bueno compartir la sabiduría de los juristas. El Dr. Arroyo fue uno de los mejores jurisconsultos del Ecuador. Conste que no hablo de la política, en respeto a opiniones sobre el personaje histórico.

El recuerdo de instituciones tan antiguas como las leyes sobre la echazón y el Código Civil nos conduce a la reflexión sobre la utilidad y permanencia del derecho. Sin él, no hay instituciones ni progreso porque se impondría la ley del más fuerte. Al comenzar este trabajo, recordé que hay en el hombre una especie de instinto primario y vital que lo conduce a la afirmación del yo y al egoísmo. Lo dice la ley mosaica: ama al prójimo como a ti mismo. Es decir, que antes que al otro, debo amarme a mí mismo. Esto no se lo puede evitar: necesitamos satisfacer las necesidades básicas, comer, saciar la sed, conservar las energías, estar sanos, perpetuar la especie, tener vestido y guarecernos de elementos de la naturaleza que nos amenazan constantemente como la lluvia, el fuego, los sismos, las fieras y los que buscan lo mismo que yo busco y me disputan mi propiedad o me despojan. A esos instintos vitales el hombre ha respondido con el derecho para establecer normas de supervivencia, desarrollar el concepto de lo justo, el primero, lo distributivo, darle a cuál lo que le corresponde. Respetar la otredad; pura necesidad vital. Cuando decimos cada cual, estamos pensado en los demás porque el instinto gregario es necesario para la supervivencia. Las normas tienden y buscan el bien. Lo que nos satisface las necesidades, lo que nos conserva, mejora y nos da placer, a nosotros mismos y a los otros. Amarse y amar a los otros está en el principio de todo lo ético. Es lo que construye y nos hacer progresar, ser mejores.

Antes del Código Napoleón, dice Emil Ludwig, uno de sus más brillantes biógrafos, que las sociedades eran desordenadas.

> "El desorden provenía de la carencia de leyes. Hasta los comienzos de la Revolución, no existía en Francia el derecho bien establecido: se había reconocido la necesidad de él, pero al

> cabo de once años, aún no se había hecho nada en este sentido. Desde el día siguiente del golpe de Estado, Bonaparte invitó a dos comisiones a emprender el estudio del Código, llamado más tarde Código Napoleón. (...) Directamente inspirado por la Revolución, los principios de este Código que continúa en vigor en Francia (...) informa todavía hoy la legislación civil de Europa (...) hizo surgir de entre el caos de las ideas nuevas, el Derecho de Gentes" (Ludwig, 1943, p. 126)

El materialismo dialéctico nos dice, con razón, que la materia evoluciona por sus propias cualidades y por su energía propia. El hombre, con su trabajo, también la modifica y la transforma. Puede cambiar su esencia molecular y su forma. Se percata de que puede mejorar los instrumentos de trabajo y obtener más provecho. Así han evolucionado los instrumentos de producción, desde las hachas del hombre primitivo hasta las computadoras y las naves espaciales; porque, al modificar la materia y los instrumentos de trabajo, el hombre también modifica su conciencia y se hace más inteligente y capaz. Pero en todo ese proceso, necesita un orden, unos principios que todos convienen en respetar. Es la fuerza que nace del derecho.

Este concepto, en su origen tímido y sin fuerza, tuvo que luchar con el poder de la fuerza de los mejor dotados. Pero el afán de supervivencia tiene más energía vital e inteligencia que se muestra en el respeto y el derecho.

Los temores de hogaño

Para impedir que nos sintamos muy seguros con el avance de la civilización, en esta época nos asaltan temores nuevos, como el muy definitivo de perder la vida. La pandemia causada por la Coronavirus, COVID 19, ha puesto al mundo en peligro, con una velocidad antes ignorada, pero que se debe al propio avance de las comunicaciones y los viajes. De China parece que salto a Europa, llevada por turistas chinos. La bonanza económica de aquel gigantesco país permite que sus ciudadanos se den el lujo de viajar por todas partes. Los chinos, como en las últimas décadas del siglo pasado los japoneses, son los que copan los cruceros y van a visitar los países occidentales. Sea de ello lo que fuere, la verdad es que en pocos meses la enfermedad se regó por todo el mundo.

El aspecto positivo es que, con una velocidad también inusitada, los científicos descubrieron la causa del mal y la vacuna para combatirlo. Después de casi un año, algunos países están vacunando a su población y ya piensan en organizar respuestas gregarias para asumir la nueva realidad después de los confinamientos que soportamos.

En nuestro país, fue penoso ver gente que moría en las calles, que eran tantos los cadáveres que saturaron los servicios mortuorios y que, en algún momento, se pensó en la fosa común. Felizmente la mortalidad no es ahora excepcional, pero nos mantenemos aterrados por la saturación en los centros de salud. El temor es que algún familiar ingrese a una clínica u hospital y nos devuelvan un recipiente con sus cenizas. Muchos lo hemos vivido. Estamos asustados pensando quién será el próximo.

Como una maldición, el gobierno ecuatoriano no ha sido capaz de ejecutar una campaña de vacunación eficiente. Mientras en otros países los gobiernos han adquirido a tiempo las vacunas, aquí otro temor paralizó a las autoridades. Los líderes no se atrevieron a comprar vacunas, como hizo el presidente Piñera de Chile, porque temían que los acusaran de peculado u otro delito contra la administración pública, pese a estar en estado de excepción. Estamos indefensos, porque la corrupción endémica también se apoderó de los sistemas de prevención y vacunación.

Seguros de vida

Los seguros cumplen su rol de protección, especialmente los seguros de vida. Muchos de los fallecidos tenían contratados seguros de vida donde no se excluyen las pandemias; la única excepción para no pagar dichos seguros es el suicidio cometido dentro de un lapso que puede ser de uno o dos años desde el inicio del contrato. Es verdad que inicialmente hubo dudas acerca de si debían pagarse los siniestros cuya causa fuera la COVID; sin embargo, bien pensado el asunto, se examinó que no había exclusión en las pólizas. Nadie pudo anticiparlo ni tampoco es ético excusarse de la responsabilidad de indemnizar.

Las compañías de seguros mundialmente honran sus pólizas y pagan los siniestros. El sistema asegurador mundial ha respondido con oportunidad y se han pagado miles de millones de dólares. Muchos de estos siniestros deben ser pagados, en parte, por los reaseguradores del sistema. Cuentas todavía parciales, cuyos resultados anuales todavía son desconocidos, nos impiden conocer cuánto. Poco a poco se publicarán las cifras, pero no serán definitivas hasta después de tres años, cuando los resultados sean más o menos firmes. En el Ecuador, la acción para reclamar indemnizaciones prescribe en tres años, contados desde la fecha del siniestro (Artículo 729 del Código de Comercio).

Pero no todo es completo, nunca. El día que escribo este trabajo, el 23 de marzo de 2021, he recibido un boletín de noticias de Reaseguro en el que el presidente de la Swiss Re, Walter Kielholz, ha dicho

que “la retirada de la industria de cubrir el riesgo de pandemia era “inevitable” porque este peligro “alcanzó una vez más los límites de la asegurabilidad”. La nota continúa: “Como resultado, Kielholz dice que no es de extrañar que el mercado de seguros privado haya buscado excluir el riesgo de la pandemia de su cobertura durante las renovaciones recientes, ya que las empresas estaban en peligro de perder el apoyo de sus inversores”

Esto merece una explicación en diferentes aristas

1. Los reaseguros privados son negocios que buscan ganar dinero. Los accionistas que arriesgan sus capitales como inversores quieren recibir todos los años sus cheques con las ganancias. Las reaseguradoras tienen sus grandes reservas para pagar siniestros, pero esta pandemia no pudo preverse, ni sus resultados económicos tampoco. Han pagado muchos siniestros, pero han llegado al límite y no están dispuestos a perder dinero, por lo cual retiran su apoyo a las compañías de seguros directos. Tal vez no habrá reaseguros después del mes de julio de este año 2021 y las compañías de seguros se verán obligadas a excluir de sus pólizas la muerte por la pandemia del COVID 19 o como se llame, pero no se ha dicho la última palabra.

2. Los contratos de reaseguros se negocian dos veces al año: en el mes de junio, o antes, porque hay contratos con vigencia del 01 de julio del año actual hasta 30 de junio del año siguiente. La mayoría de los contratos de reaseguro tienen vigencia de un año calendario, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de cada año.

Esto significa que, desde el mes de abril de 2021, se empezarán a negociar las renovaciones de los contratos que empezarán a regir desde el primero de julio del presente año.

La compañía Suiza de Reaseguros (Swiss Re), tiene su sede en Zurich, y es la segunda reaseguradora mundial. La primera es alemana y tiene su domicilio principal en Munich. Estas dos forman lo que se llama el eje alpino-renano e influyen en todo el mundo, porque son los más conocedores y acreditados. Sus decisiones son respetadas y la mayoría de los mercados las siguen. Sus ingresos de primas anuales son de miles de millones de dólares y sus ejecutivos son profesionales de primera magnitud. Brindan a sus cedentes información de primera clase, sus actuarios son verdaderos científicos, ofrecen trabajos que incluyen la lucha por el medio ambiente sano y cuidan el planeta. Son muy serios y del más alto nivel ético para cumplir sus compromisos. La Munich Re se retiró del mercado ecuatoriano en la época del presidente Correa y la Swiss Re está volviendo poco a poco. Otros mercados importantes son los de los EE. UU., el Reino Unido, Japón y China.

En todo caso, se pagarán los siniestros porque no están excluidos de las pólizas vigentes pero, a partir del segundo semestre de este año, es posible que no haya cobertura de reaseguros. Posiblemente, las aseguradoras puedan emitir pólizas de seguros de vida que cubran la pandemia pero por valores pequeños y, posiblemente, deberán cobrar más por la prima de riesgo agravado. De todo esto darán fe los hechos.

Las grandes reaseguradoras profesionales cierran sus cuentas anuales y tienen reservas para siniestros ocurridos y no avisados o denunciados, con cifras aproximadas. En inglés se llama IBNR (*Incurred but not reported)*, son sumas del pasivo de la empresa, que puede cambiar los resultados de un ejercicio. También es obligatoria en nuestro país, innecesariamente.

Se sabe que Loyd´s Underwriters cierra sus cuentas con tres años de retraso respecto del ejercicio anual, entre otras razones porque espera que se cierren los siniestros por avería gruesa o común y porque siempre quedan siniestros de los llamados de larga cola, como los de responsabilidad civil por demandas pendientes como los de asbestosis y tabaquismo. Esto significa que todavía no se conocen los resultados definitivos.

En el Ecuador, las acciones por seguros prescriben en tres años, según el artículo 729 del Código de Comercio, como está escrito más arriba.

De cara a la pandemia y sus efectos sobre los seguros de vida, percibo que hay más incertidumbres que certezas y los países pequeños estamos a la expectativa de lo que ocurra en el mercado mundial.

Siempre el temor y la previsión

Así, desde los lejanos orígenes de la humanidad, el temor a lo desconocido, a las fuerzas destructivas, nos crea la necesidad de proteger lo que tenemos, lo que hemos reunido, la vida, los bienes, todo lo que el seguro protege.

El Derecho de Seguros analiza e interpreta los hechos no volitivos y los actos de las personas, crea normas de aplicación obligatoria para buscar la justicia y que ninguna de las partes obtenga ventajas que la ética rechaza. En este sentido, es una ciencia jurídica especializada que ayuda a racionalizar los temores ancestrales y canalizar sus energías para el bien común.

Bibliografía

Ludwig, E. Napoleón. Editorial Juventud Argentina, Buenos Aires. Duodécima edición, junio de 1943, Pág. 126.

Peña, E. Manual de Derecho de Seguros, Cuarta edición. Editorial Edino, Guayaquil, 2012, Pág. 2.

Tucídides: Historia de la Guerra del Peloponeso. Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1990. Tomo 1, Págs. 451 y 452.

La teoria iusfilosófica consensual y la norma fundamental discursiva como respuesta pospositivista al concepto de derecho convencional

Óscar Mejía Quintana

Profesor Titular de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Filósofo (UNC), Master en Filosofía Moral y Ph.D. en Filosofía Política (PWU, USA), adelantó un segundo Doctorado en Filosofía del Derecho en el Departamento de Filosofía y un Posdoctorado en Derecho en esa universidad.Columnista de El Universo.

UNIVERSIDAD DEL AZUAY | Casa Editora

Resumen

Este ensayo busca mostrar, a partir de la Norma Fundamental como unidad de análisis, que el concepto de derecho es la columna central de la filosofía del derecho contemporánea. El escrito confronta las concepciones (pre)convencionales del derecho de Kelsen a Hart y el neopositivismo de Luhmann para proponer un concepto consensual-discursivo del derecho, a partir de las teorías del derecho de John Rawls, Ronald Dworkin y Jürgen Habermas, como alternativa al legocentrismo de los paradigmas clásicos.

Palabras claves: concepto alternativo de derecho, norma fundamental consensual, paradigmas pospositivistas.

Abstract

This essay seeks to show, based on the Fundamental Norm as a unit of analysis, that the concept of law is the central column of contemporary legal philosophy. The writing confronts the (pre)conventional conceptions of law from Kelsen to Hart and Luhmann´s neopositivism to propose a consensual-discursive concept of law, based on theories of law by John Rawls, Ronald Dworkin and Jürgen Habermas, as an alternative to the legocentrism of classical paradigms.

Keywords: alternative concept of law, fundamental consensual norm, postpositivist paradigms.

Introducción

Alexy (1994) propone un triádico concepto de validez del derecho. Este es un concepto sociológico que define que una norma vale socialmente si es obedecida o, en caso de desobediencia, que aplica una sanción gradual. Es un concepto ético que define que una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada y se basa exclusivamente en su corrección; es decir, en su justificación moral. Finalmente, es también un concepto jurídico que incluye a las anteriores, pero supone que la norma sea dictada por un órgano competente y según el procedimiento previsto.

Para los sistemas de normas, la validez jurídica depende más de la validez social que de la moral, pues el sistema puede subsistir, aunque no sea moralmente justificable. Los sistemas de normas que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos y no valen jurídicamente. La injusticia, aunque se aplica sólo a las normas aisladas, puede invalidar el sistema en general cuando se extiende a tal número que no existe el mínimo de normas justas para conservarlo como tal.

En cuanto a las normas aisladas, la derogación corresponde a la pérdida de un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia, originando la perdida de validez jurídica de una norma, debido a la perdida generalizada de su eficacia. Las normas aisladas pierden su carácter jurídico y su validez jurídica cuando son extremadamente injustas, con lo que la validez social y moral son estructuralmente iguales cuando se trata de normas aisladas. Las colisiones de validez que se presentan en estos tres órdenes conducen a la instancia donde estas tendrían que resolverse y que remite, precisamente, para Alexy, al problema de la norma fundamental.

En ese orden de razonamiento, Alexy aborda los tres tipos de normas fundamentales de acuerdo a las propuestas de Kant, Kelsen y Hart, respectivamente, en la perspectiva de justificar un concepto de derecho que integre una validez no solo jurídica, sino social y moral igualmente. Se debe justificar el concepto de derecho que pudiera superar las debilidades de aquellos sobre la norma básica.

En primer lugar, Kant define un tipo de norma fundamental normativa cuya obligatoriedad es conocida *a priori* por la razón (Colomer, 1995). La legislación positiva debe estar precedida por una ley moral que fundamenta la autoridad del legislador. La norma que precede a las leyes no es solo un presupuesto epistemológico sino una ley natural. Pese a que la norma fundamental es una norma de derecho natural

o de derecho racional, existe una prioridad iusracional del derecho positivo sobre aquel. Aunque, desde una óptica contractual, en el estado natural existen ya derechos basados en la razón, la prioridad del derecho positivo no admite el derecho de resistencia, con lo que Kant sucumbe al autoritarismo estatal de su tiempo.

Kelsen, en segundo lugar, define un tipo de norma fundamental analítica. La norma fundamental es una norma que fundamenta la validez de todas las normas de un sistema jurídico. Kelsen define tres características de la norma fundamental. Es necesaria, por cuanto el cumplimiento de la constitución supone en el participante su aceptación. Es posible, pese a que no puede ser identificada conforme al orden social y a su eficacia, en tanto hechos empíricamente registrables no pueden identificar plenamente al derecho. Su contenido es neutral, pues no se identifica con ningún valor moral; lo que, para Alexy, contradice el argumento de la injusticia que invalida normas extremadamente injustas. En cuanto a sus tareas, estas son, esencialmente, la transformación de categorías del ser en deber ser, la determinación de los criterios de hechos creadores de derecho, así como el ser fuente de unidad del sistema jurídico en general, siendo su estatus la de ser presupuesta, hipotética, solo pensada y no fundamentada.

Hart, en tercer lugar, define un tipo de norma fundamental empírica denominada Regla de Reconocimiento que se diferencia de la kelseniana en cuanto a su estatus. La regla de reconocimiento contiene los criterios para la identificación de reglas o normas como derecho válido, pero también contiene los criterios y las razones de validez de todas las demás reglas. Tanto en cuanto a la cuestión de su contenido como de su validez, se trata siempre de cuestiones empíricas. Hart infiere la aceptación de la regla de reconocimiento de su existencia y en ella fundamenta la validez de las demás reglas jurídicas. Su validez se deriva de su existencia como criterio de práctica jurídica. El argumento deviene circular y la concepción empírica fracasa, según Alexy, en explicar el paso del ser al deber ser jurídico.

De las tres consideraciones sobre la norma básica pueden desprenderse varias conclusiones. Primero, la importancia que la misma tiene para el análisis de un sistema jurídico en cuanto es a partir de ella que se define la validez del sistema en general y de las normas aisladas en particular. Y, segundo, las debilidades –si seguimos a Alexy- de las tres teorizaciones en torno a la misma: la normativa, por cuanto amarra la norma básica a un contenido predeterminado hoy en día difícilmente aceptado por el conjunto de sujetos colectivos que constituyen una sociedad sin un procedimiento democrático establecido.

La analítica, por cuanto su carácter de vaciedad y supuesta neutralidad desarma al sistema jurídico de sus posibilidades de corrección frente a casos de injusticia extrema al no ofrecer pautas definidas que permitan superar las antinomias y lagunas del campo jurídico. Además, la empírica, porque fácilmente puede caer en un círculo vicioso al establecer criterios meramente empíricos de validez de las normas que suponen, sin embargo, contenidos sustantivos no explicitados.

En cualquiera de los tres casos, lo que se pone de presente, más allá de la reflexión de Alexy, es la importancia determinante de la norma básica en la consideración de un sistema jurídico que será lo que intentaré mostrar inmediatamente, señalando las aporías del positivismo que, más allá de sus debilidades y aciertos, tienen el mérito de presentar las tensiones que la norma básica conlleva para un sistema jurídico, así como las connotaciones epistemológicas que supone para su análisis (Betegón, 1997).

La hipótesis de trabajo que este ensayo busca ilustrar es la siguiente:

> El concepto de derecho que se estructura a partir de la Norma Fundamental como ideal regulativo del Derecho, que Kelsen estableció como columna central de la teoría del derecho contemporánea y desde donde se estructuraron las concepciones positivistas y neopositivistas de Hart y Luhmann, posteriormente son confrontadas por las iusconcepciones consensual-discursivas de Rawls y Habermas e interpretativa de Dworkin que, en conjunto, permiten plantear un concepto de derecho alternativo al legocentrismo de los paradigmas clásicos.

En ese orden, se abordará aquí el problema de la norma fundamental y su estrecha relación con la estructuración de los respectivos conceptos de derecho, tal como lo ha sugerido Robert Alexy, adentrándose inicialmente en el positivismo de Kelsen y Hart (1) y la apuesta del neopositivismo de Luhmann y Teubner para superar sus aporías (2), para seguir enseguida con el intento de superación que constituye la teoría de la justicia de Rawls (3), el paradigma interpretativo de Dworkin (4) y, finalmente, la teoría del derecho y la democracia de Habermas (5).

Concepto positivista de derecho

Kelsen y la norma fundamental como problema.

La teoría kelseniana sobre la norma básica tiene su principal expresión en la Teoría Pura del Derecho, en cualquiera de sus dos versiones: la de 1934 (Kelsen, 1994) y la de 1960 (Kelsen, 1997). Kelsen intenta superar lo que se llamaría la antinomia jurídica que, para él, consistía en hacer depender la validez del derecho ya del sustento ético de la norma, ya de la eficacia de la misma. En otras palabras, lo que Kelsen quería superar era, de una u otra manera, tanto la concepción iusnaturalista como la realista sobre la validez del derecho.

En ese propósito, Kelsen retoma la pregunta de su maestro Kant y la aplica al campo del derecho: ¿cuáles son las condiciones de posibilidad del conocimiento y la experiencia jurídicas? En una estrategia análoga a la kantiana en la Crítica de la Razón Pura, Kelsen considera dos condiciones *a priori* del conocimiento jurídico: la primera es la existencia de un sistema jurídico de estructura piramidal y la segunda condición, a su vez que la primera, es una norma fundamental y una fuente de validez de todo el sistema. Kelsen la concibe como una condición lógico-epistemológica del sistema. Es decir que, en últimas, la norma fundamental es concebida como una especie de condición vacía que concreta igualmente los dos postulados básicos de la teoría kelseniana: la pureza metódica y la neutralidad axiológica (Fernández, 1991).

Pero, ya desde un comienzo, la norma fundamental revela sus limitaciones y contradicciones. En efecto, Kelsen la define como una norma hipotética, no pensada, no fundamentada, que no es fruto de voluntad y, por tanto, no tiene contenido material. Pero algunas de sus tareas son el transformar categorías del ser al deber ser jurídico, así como determinar criterios creadores de derecho, además de ser fuente de unidad, completud y coherencia del sistema jurídico en su conjunto (Bobbio, 1993). La cuestión que se evidencia es de qué manera una norma sin contenido material puede, efectivamente, cumplir esas tareas que suponen, precisamente, definir con claridad un contenido sustantivo de la misma que posibilite la transformación de normas del ser en deber ser jurídico (Hoerster, 1992).

Como lo señala Robert Walter, aquí es donde la teoría de la norma fundamental kelseniana se revela como el punto arquimédico del sistema jurídico y donde se presenta la tensión de la naturaleza real de la misma: ¿es la norma fundamental una norma jurídica o es, por el contrario, extrajurídica, es decir, moral o política? (Walter, 2001).

Al ser la norma concebida como condición lógico-epistemológica del sistema jurídico, esta no tiene que tener congruencia con la eticidad de la ciudadanía, cuya conducta pretende regular. Siendo así, de una parte, su legitimidad es solamente procedimental y de otra, su eficacia solo puede residir en la coacción pues, no se requiere ni de la aceptación política de la misma por parte de la ciudadanía ni tiene que ser congruente mínimamente con la identidad de la comunidad que quiere regular (Häberle, 2002).

Como es sabido, el genocidio nazi compele a Kelsen, victima del régimen nacionalsocialista, a replantear su teoría del derecho. En 1960, aparece la segunda versión de la Teoría Pura del Derecho, donde es evidente un giro substancial: a diferencia de la del 34, el juez aquí aparece como creador de derecho, no solo de normas generales sino particulares, de una parte y, de otra, se morigera la vertical afirmación de la inexistencia de lagunas y antinomias al interior de un sistema jurídico. La razón del giro no puede explicarse sino por la apuesta de Kelsen a que la discrecionalidad del juez evite, en casos de injusticia extrema como la que se había presentado durante el genocidio nazi, volver a revivir tales crímenes dotando al sistema jurídico de una instancia de corrección –al menos en la figura del juez- que pudiera evitarlo.

Pero el giro de Kelsen, al no ir acompañado de un cambio en su doctrina de la norma fundamental que se mantiene anclada a la de ser una condición lógico-epistemológica de validez del sistema jurídico, lanza la teoría del derecho kelseniana en brazos de una parte del realismo, ya que el juez es ahora concebido como creador de derecho. También, indirectamente, se lanza la teoría del derecho en brazos del iusnaturalismo en cuanto que el juez tendrá que acudir a su propio espectro de valores para evitar que el sistema jurídico llegue a extremos de máxima injusticia.

Tal vez sea en buena parte por todas estas inconsistencias de su teoría de la norma fundamental que, en 1962, dos años después de la publicación de la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho, Kelsen, en conferencia pronunciada en Salzburgo, decida abjurar de su doctrina y reconocer que no puede sostener más su teoría en el convencimiento de que una norma como la fundamental tiene que ser una norma con contenido material, no simplemente lógico-formal (Cracogna, 1998):

> "He presentado toda mi teoría de la norma fundamental como si fuera una norma que no es el sentido de un acto de voluntad, sino que es supuesta por el pensamiento. Ahora debo, lamentablemente, aceptar... que a esta teoría no la puedo sos-

> tener, que debo renunciar a ella. Me pueden creer que no es para mi fácil renunciar a una teoría que yo he representado por decenios... He renunciado a ella en el convencimiento de que un deber tiene que ser el correlato de un querer".

Y aquí vale la pena retrotraerse a un texto que sirve de base a la primera edición de la teoría pura del derecho del 34 y que, sin duda, lleva la impronta de la discusión con Pashukanis (1976), el teórico marxista del derecho.

> "The question arises: what accounts for the content of the basic norm of a certain legal system? Analysing the ultimate presupposition of legal judgement shows that the content of the basic norm depends on a certain material fact, namely, the material fact creating that system..." (Kelsen, 1996).

Aquí sí, expresamente, Kelsen defiende el contenido material de la norma fundamental que, de mantenerse así, no solo le hubiera evitado tan radicales giros que, a mi modo de ver, dan al traste con la teoría kelseniana sobre la norma fundamental, sino que desarma a todo sistema jurídico; en especial, al positivismo de instrumentos de corrección o, como sabrá verlo Hart, incluso de la posibilidad de resistencia legítima al derecho. Esta imposibilidad, Kelsen la había heredado del contractualismo de Kant y su defensa formal y formalista de la obediencia absoluta al derecho.

En efecto, el no reconocer el contenido material de la norma fundamental tiene dos órdenes de consecuencias para la teoría kelseniana: la primera, que la legitimidad tiene que ser meramente procedimental ya que, al ser vacía, no requiere la norma básica ningún tipo de congruencia con la eticidad que busca regular. Y que la obediencia a la norma es imperativa y absoluta y descansa básicamente en la coacción y no en el reconocimiento a la autoridad de la misma. Y, segunda, que el juez, al no poder acudir a un contenido específico de la norma fundamental en casos de injusticia, lagunas o antinomias del sistema jurídico, dada su vaciedad, tiene que acudir o a su propio catálogo de valores, recayendo en el iusnaturalismo, o a su discrecionalidad subjetiva, recayendo en el realismo.

De ahí que no sea extraño que Kelsen abjure de su teoría, por las contradicciones que la doctrina de la norma básica generaba en su interior. Pero, al menos, tiene la valentía de reconocer sus aporías, evidenciando con ello no solo una honestidad intelectual que pocos autores poseen sino poniendo de presente las tensiones al interior del positivismo kelseniano que Hart intentará resolver. Estas tensiones se manifiestan, precisamente, en las ambivalencias que la norma funda-

mental supone, sin explicitar, entre las dimensiones política, moral y jurídica que aparentemente convergen en ella.

Hart y el concepto de derecho.

La teoría hartiana parte de lo que el autor llama las perplejidades de la teoría jurídica que, en lo fundamental, consisten en tres: la reducción del derecho a órdenes respaldadas por amenazas, la separación entre derecho y moral y la consideración axiomática del derecho (Hart, 1995). El libro de Hart intentará dar respuesta a estas tres perplejidades del pensamiento jurídico contemporáneo que son, a su vez, las principales debilidades en la consideración epistemológica que el positivismo ha hecho de los sistemas jurídicos.

Para resolver la primera perplejidad, Hart acude a una distinción entre reglas primarias y reglas secundarias. Las primeras son reglas de obligación, propias de sistemas jurídicos primitivos o prejurídicos, de carácter estático, que no contemplan el consentimiento deliberante de los afectados, sino que se imponen en su inmediatez por la fuerza. Este nivel se identificaría con lo que puede denominarse ordenes respaldadas por amenazas que, sin embargo, adolecerían de tres defectos: primero la falta de certeza sobre la eficacia de su aplicación; segundo, el carácter estático que las distingue para acomodarse a nuevas circunstancias; y, tercero, la difusa presión social que suponen.

En vista de todo ello, Hart propone que el remedio para cada uno de estos tres defectos principales de esta forma simple de estructura social consiste en complementar las reglas primarias de obligación con reglas secundarias que son de un tipo distinto. Estas reglas tienen como funciones específicas subsanar los defectos de las reglas primarias. El complemento para la cualidad estática del régimen de reglas primarias consiste en lo que Hart llama reglas de cambio, que facultan a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo y a dejar sin efecto las reglas anteriores. El complemento para remediar la insuficiencia de la presión social difusa consiste en establecer reglas secundarias de adjudicación que definen conceptos y confieren potestades jurisdiccionales para dirimir los conflictos entre normas (Mazurek, 1992).

Pero la más importante es la tercera, concebida para remediar la falta de certeza de un sistema prejurídico: esta es la denominada regla de reconocimiento que caracteriza el paso del mundo prejurídico al jurídico y que permite definir la identificación incontrovertible de las reglas primarias. Es esta la que introduce no solo la noción de un sistema jurídico unificado sino, y en ese orden, la idea de validez

jurídica. La combinación de reglas primarias de obligación con reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación constituye la médula del sistema jurídico y una poderosa herramienta de análisis (Ramos, 1989).

Para evitar el carácter difuso de la norma fundamental kelseniana que, como hipotética y no pensada, no da claridad sobre la validez o no de las normas especificas, Hart acude a una interesante precisión que busca determinar el carácter empírico de la regla de reconocimiento (no meramente como condición lógico-epistemológica) y que es la de ser expresión del punto de vista interno de un sistema jurídico. En efecto, como regla de tanteo, y para superar la ambigüedad lenguájica natural del derecho, Hart acude a una noción de reconocimiento que, en la tradición analítica, intentará definir la validez de las normas acudiendo a la práctica que, comunicativamente, expresa a diario ese punto de vista interno sobre las normas que pertenecen, o no, a un sistema jurídico y que está encarnado en los operadores jurídicos de ese sistema. Son ellos quienes, en sus prácticas y usos lenguájicos, determinan y definen cuáles son las normas válidas a partir de esa regla de reconocimiento que todos reconocen como regla última y criterio supremo del sistema.

Pero la regla de reconocimiento proyecta dos frentes problemáticos. El primero es que, aunque el punto de vista interno predica la validez de las normas y su pertenencia al sistema, este supone un punto de vista externo que es el que predica la legitimidad y eficacia general del sistema. En otras palabras, queda claro que el punto de vista interno define empíricamente la validez, pero no la legitimidad ni eficacia del sistema que depende, en últimas, de un punto de vista externo al mismo; es decir, de un observador del sistema jurídico determinado. Con ello, Hart, aunque desborda la indefinición de la norma fundamental kelseniana, no supera la tensión planteada por Kelsen entre validez y eficacia. Rebasa la noción formalista-procedimental de legitimidad sobre la que descansaba, además, la imperatividad coactiva de la norma y el rechazo a cualquier posibilidad de desobediencia al derecho.

El segundo frente hace referencia a la segunda perplejidad de la que habla Hart al inicio de su libro y que remite a la necesidad de replantear la relación entre derecho y moral. Hart, en una genial alternativa que más tarde será replicada por Habermas y para evitar recaer en una postura premoderna de identificación entre el derecho y la moral, recurre a considerar la necesidad de una relación congruente entre ambos sistemas que, al no poder ser horizontal, tiene que fundarse en un sustrato común al que ambos sistemas normativos tengan que responder: el del derecho mínimo natural. Esto, con la intención de evitar

el absurdo conflicto entre derecho y moral que en Kelsen desemboca en la negación de la moral y la prevalencia coactiva del derecho, lo que lo reduce a ordenes respaldadas por amenazas.

Para Hart, debe existir, de alguna manera, una concordancia entre el sistema jurídico y el sistema moral, pese a su mutua y recíproca irreductibilidad, dada la naturaleza normativa de ambos sistemas. Cuatro características distinguen la relación entre derecho y moral: primero, la observancia de normas morales es más importante que la observancia de normas jurídicas; segundo, las normas morales son inmunes a los cambios deliberados, como no pueden serlo las jurídicas; tercero, el carácter voluntario de las transgresiones morales es diferente al de la transgresión jurídica; y, cuarto, la forma de presión moral es diferente a la coacción en el derecho.

De lo anterior se desprende incluso una cierta preponderancia de lo moral sobre lo jurídico, que no debe confundirse con una determinación de la moral sobre el derecho, ni mucho menos con una identificación entre ambos, pero que sí obliga a reconocer la necesidad de que el derecho mantenga una relación de concordancia con la esfera moral. Esta relación viene determinada por lo que Hart denomina un derecho mínimo natural al cual las normas jurídicas deben adecuarse para ser socialmente reconocidas y subsumidas; pues, de lo contrario, pese a su validez jurídica, intrasistémica, y su eventual eficacia y funcionalidad, carecerían de una justificación moral necesaria para ser plena e integralmente reconocidas como válidas.

Hart sintetiza en cinco principios el contenido de este derecho mínimo natural, cuyo objetivo es hacer congruentes las verdades elementales de la dimensión moral con las reglas de conducta universales de la dimensión jurídica. Tales principios son: primero, dada la vulnerabilidad de la existencia humana, el de no matar; segundo, considerar una igualdad aproximada entre los hombres para lograr una relativa estabilidad institucional; tercero, reconocer la necesidad de un egoísmo restringido, sin el cual es imposible cualquier equilibrio social; cuarto, aceptar que, dados los recursos limitados existentes, se hace necesaria una cierta forma de propiedad; y, quinto, el requerimiento de un orden jurídico coactivo que garantice la obligatoriedad de la voluntad general de los asociados.

Hart complementa ello señalando una serie de aspectos que, desde la esfera política del poder, tendría que contemplar el derecho en su relación con la moral. A saber: primero, la autoridad moral que debe comportar el poder; segundo, la influencia de lo moral sobre el sistema jurídico y la susceptibilidad de crítica moral al sistema jurídico;

tercero, la dependencia axiológica de la interpretación constitucional; cuarto, la exigencia de justicia de las normas legales; y, finalmente, la resistencia a la validez jurídica que no cumpla unos mínimos morales. Esto acentúa la imposibilidad de desconocer, como lo pretendía Kelsen, la dimensión no sólo moral sino política que el derecho debe connotar, sin identificarse con aquellos.

Hart acepta la necesidad de ese derecho mínimo natural como elemento extrasistémico de corrección moral para lograr un sistema jurídico íntegro, pero "laiquizando" su contenido y despojándolo de todo tipo de connotaciones fundamentalistas premodernas, fiel a la tradición empirista y analítica inglesa. Pero, en el momento en que, adoptando la diferenciación de Dworkin, se presentan casos difíciles al interior de un sistema jurídico, en especial casos que comprometan ese derecho mínimo natural, tendríamos que reconocer que, al decidir en derecho, el juez se vería obligado a remitirse a los mismos en tanto punto de vista interno del sistema y, en ese orden, habría que aceptar que la regla de reconocimiento sí supone principios morales de algún tipo. En consecuencia, podría decirse que es normativa no solo en sentido moral sino también jurídico y que no es meramente empírica, como lo pretendía Hart (Hernández, 1989). Con esto, se siguen evidenciando las aporías y tensiones del positivismo que, si bien Hart supera en unos aspectos en relación a Kelsen, abre en otros con su reconceptualización de la norma básica en términos de regla de reconocimiento.

Concepto de derecho autorreferencial

Validez autopoiética

Según Luhmann, una teoría jurídica de carácter sistémico debe enfrentar, más que el problema de la funcionalidad, el de la reducción de complejidad de los sistemas sociales (Jiménez, 1993). Esto significa que la validez del derecho depende de un proceso de decisión socialmente controlable, el cual reduce las posibilidades a una medida válida organizada y efectuada explícitamente a través de las normas, permitiendo así una reducción más eficaz de la complejidad social (Luhmann, 1982).

El derecho positivo es comprendido como el derecho determinado por legislación cuya validez se deriva del hecho de que puede ser cambiado de acuerdo a sus propios procedimientos preestablecidos (Luhmann, 1974). En esa línea, los desacuerdos normativos son manejados de diferentes maneras: en el legislativo, son canalizados a través del

conjunto difuso de argumentos encontrados, conciliados en el momento de su promulgación. En el judicial, por medio de lo ya promulgado, al ser aplicado a casos específicos (Luhmann, 1998).

El sistema judicial actúa para limitar el rango de derecho válido creado por el legislativo con el fin de asegurar su propia estabilidad. La legislación puede constituir un exceso de variedad sistémica, frente a lo cual la función de la revisión judicial es equilibrar ello (Luhmann, 1985). La constricción jerárquica es la forma en que el nivel superior corrige el desequilibrio del inferior y se expresa en la existencia de diferentes niveles del sistema en general. La estructura normativo-jurídica de una sociedad es jerárquica en diferentes niveles. Cada nivel constriñe la complejidad del nivel anterior para mantener la estabilidad. Al mismo tiempo, cada uno emerge del nivel inferior. El sistema jurídico escoge las posibles normas que pueden ser usadas en la interacción normativa de la sociedad para estabilizarlas contrafácticamente y, gracias a ello, que no dependan del arbitrio de nadie en especial.

El nivel mas bajo del sistema lo constituyen los individuos o roles que, por supuesto, es el más expuesto a una variedad incontrolada. Para constreñir esta variedad, el siguiente nivel está definido por las reglas o leyes de una comunidad jurídica. El abanico de leyes provee un sustrato normativo común a la sociedad que permite reducir el exceso de variedad (Zagrebelsky, 1995). Existen dos criterios para constreñir el ejercicio de las leyes. Primero, tal constricción debe encausar las incongruencias que ponen en cuestión la administración de la ley. Segundo, la constricción debe orientarse a la aplicación de las leyes y no a su creación.

La revisión judicial expresa este imperativo en el derecho moderno positivo. Su principal mecanismo es el precedente legal. Este limita la interpretación de las leyes a estándares examinados y probados como aceptables. La revisión judicial constituye el más alto nivel de constricción del sistema legal que opera sobre la administración de las leyes para mantener la estabilidad en torno a la variedad de interpretaciones posibles.

La revisión por si sola no es suficiente: debe ser a su vez constreñida por un nivel más alto de valores. Este nivel luhmanniano de valores corresponde al de los principios legales de Dworkin. A saber: primero, el de que toda decisión debe tratar a todos los ciudadanos como iguales, susceptibles de ser tratados equitativamente con igual preocupación y respeto, esta aplicación equitativa hace legítima la decisión del juez y, por el contrario, la aplicación inequitativa la hace ilegitima; segundo, el de que, si una decisión política es tomada y anunciada como

que respeta la equidad, cumpliendo la exigencia del primero, entonces un cumplimiento posterior de tal decisión no es ya una decisión política que tenga que ser igual en su impacto, sino una decisión jurídica cuyo objeto es la reducción de complejidad social.

En esa dirección, Luhmann, como Dworkin, se interesa, no por principios éticos, morales o de justicia material, de carácter extra-sistémico, sino por los **principios** sistémicos que los jueces pueden utilizar para hacer válidas y legítimas sus decisiones. Los principios son el más alto nivel de un sistema legal. La posibilidad de corrección moral no es un problema de contenido material ni tiene que ver con lo que las personas crean de la ley. Se reduce, pues, a la equidad del procedimiento. Tales principios legales emergen como respuesta a la incongruencia de las leyes al ser aplicadas a casos concretos (Kennedy, 1997).

En síntesis, el derecho, en cuanto sistema prototípico, ambienta jurídicamente la autorreferencialidad de los sistemas sociales, garantizando procedimentalmente tales características en cada uno y asegurando para la sociedad en su conjunto su autoadaptación a su propia complejidad (García, 1997). El derecho se convierte en procedimiento sistémico y la validez y legitimidad del mismo no requieren una fundamentación ética, contractual o discursiva. Aunque es un subsistema más del macrosistema, de él dependen la totalidad de procesos sistémico-funcionales que garantizan la autoadaptación del sistema a su complejidad creciente, a través de procedimientos de todo orden, regulados institucionalmente en términos jurídicos, para que cada sistema social asegure su objetivo sistémico de autoadaptación, sin necesidad de acudir a justificaciones intersubjetivas.

El procedimiento sistémico-funcional deviene derecho y el derecho se reduce al procedimiento sistémico-funcional, sin contemplar la posibilidad de argumentos de corrección de ningún tipo a su interior, a no ser los que su misma sistematicidad requiera y permita para autoprocesalizar su propia complejidad. La noción de norma básica que se infiere de Luhmann es la de unos principios sistémicos cuyo rol es, en últimas, permitir la reducción autopoiética de complejidad del sistema jurídico, sin necesidad de acudir a elementos externos al mismo. De la teoría de Luhmann se infiere, claramente, el rol sistémico que los principios juegan para un sistema jurídico en el marco de una sociedad global.

Sin necesidad de acudir a un código moral paralelo que obstaculizaría el rol sistémico del código binario jurídico, Luhmann señala la necesidad del sistema para determinar sus principios. Esto, de alguna forma, coadyuvaría al código binario, en su función de clausura operativa ante el entorno y, al mismo tiempo, apertura cognitiva al mismo. La

norma fundamental juega así un rol eminentemente sistémico. Llevando a Luhmann a sus límites, podríamos decir que el contenido sistémico de la misma serían estos principios cuyo rol es el de afinar y calibrar el filtro del código binario legal-ilegal que, posibilitando la apertura y clausura ante el entorno, garantice la reducción efectiva de complejidad del sistema jurídico, principal función del mismo.

Validez autorreferencial.

En una línea similar, Gunter Teubner complementará la propuesta de Luhmann planteando la necesidad de concebir el derecho como un hiperciclo autopoiético fundado en una validez autorreferencial. Esta validez autorreferencial expresa, precisamente, dos situaciones de un sistema jurídico determinado. De una parte, constituye el punto de desarrollo genético más elaborado, logrado por un sistema jurídico en cuanto que logra liberarse de los anclajes e imperativos sociales inmediatos que amarran a un sistema jurídico y que, como diría Luhmann, emplazan su eje de decisión en el entorno antes que en sí mismo (Teubner, 2000).

En esa dirección, Teubner define tres momentos en el desarrollo de un sistema jurídico. El primero es el que denomina el del derecho socialmente difuso, donde los procesos e instancias jurídicas se encuentran atravesados por los procesos e instancias sociales que pretenden regular. Es el momento donde las normas de la tradición se confunden todavía con las normas prejurídicas, sin lograr ningún nivel de autonomía. En un segundo momento, el del derecho parcialmente autónomo, el sistema jurídico logra diferenciar sus instancias, pese a que mantiene su anclaje con la comunicación societal. Pero ya aquí surgen, como esferas semi-autónomas, las del procedimiento jurídico, el acto jurídico, la norma jurídica y la doctrina jurídica.

Finalmente, en un tercer momento, el del derecho autopoiético, el sistema jurídico se autonomiza, constituyendo un hipercírculo autopoiético y desligándose en su inmediatez de los imperativos societales de reducción de complejidad social. Es el momento donde el derecho, al reducir su propia complejidad gracias a ese proceso de autonomización logrado, reduce la complejidad de la sociedad indirectamente. La reducción de complejidad social depende, por tanto, de la capacidad del sistema jurídico de reducir su propia complejidad.

Pero, ¿cómo se logra ese proceso de reducción de complejidad del sistema jurídico? Aquí es donde entra en juego el concepto de validez autorreferencial. El derecho como sistema autopoiético supone un proceso que Teubner descompone en ocho momentos. A saber: 1º, momento de la autoobservación, es decir, la operativización de procesos

sistémicos; 2º, la autodescripción, en tanto cristalización de procesos jurídicos; 3º, la autoorganización en cuanto edificación de estructuras sistémicas propias; y, 4º, la autorregulación como variante dinámica de la anterior. Para Teubner, los cuatro momentos anteriores corresponden a lo que en Hart son las reglas primarias, las reglas secundarias y, especialmente en el momento de la autoorganización, el de la regla de reconocimiento (Teubner, 1993).

Solo cuando un sistema jurídico ha determinado con claridad su regla de reconocimiento, en palabras de Hart, la definición de la regla de reconocimiento de un sistema jurídico como regla última y criterio supremo para la pertenencia de reglas primarias (y secundarias) válidas, logra el sistema jurídico autonomizarse autopoiéticamente y continuar su proceso en orden a completar su ciclo autopoiético (Büllesbach, 1992).

En esa dirección, los siguientes momentos estas configurados por: 5º, la autoproducción en cuanto organización sistémica de flujos internos y externos; 6º, la autorreproducción, como autorregulación espontánea de la autoproducción; 7º, la autoconservación, entendida como la mediación del encadenamiento hipercíclico de circuitos autoproductivos del sistema jurídico; y, por último, 8º, el momento de autopoiésis que garantiza sistémicamente el hiperciclo en su totalidad dinámica como un flujo autorregulado. En este último, podríamos decir, la validez autorreferencial del derecho queda asegurada, logrando con ello reducir complejidad jurídica y, por su intermedio, reducir complejidad social.

Como debe quedar claro, es solo cuando el sistema jurídico determina su regla de reconocimiento que el hiperciclo autopoiético puede dinamizarse y pasar a una segunda etapa que permita completarlo. Esa regla de reconocimiento es, siguiendo a Luhmann, la definición de los principios sistémicos que regulan un sistema jurídico y sin los cuales ni se completa la estructura normativa (jurídico-social podríamos decir) que garantiza la reducción de complejidad jurídica, ni se asegura la reducción de complejidad social que permite la adaptación de la sociedad a su propia complejidad.

Como vemos, tanto por las tensiones que pone de manifiesto como por las soluciones que propone en su versión autopoiética, el positivismo evidencia la importancia que la norma básica tiene para el sistema jurídico. En primer lugar, muestra el rol sistémico que posee para un sistema jurídico en cuanto su papel como reductor de complejidad no solo jurídica sino social. Aunque no lo evidencie de la manera en que lo pondrán de manifiesto autores como Rawls y Habermas, especialmente,

la versión autopoiética señala lo que ya en Weber y Kelsen se intuía. La norma fundamental tiene como sustento un pacto político del que deriva su contenido material, que Hart sugiere cuando distingue la validez de la eficacia y la legitimidad en cuanto expresión del punto de vista interno, el primero, y el punto de vista externo, los segundos.

En otras palabras, Luhmann y Teubner logran mostrar, explícita e implícitamente, que en los principios sistémicos de un sistema jurídico coinciden los puntos de vista externo e interno y que ello es precisamente el punto de contacto donde lo político y lo jurídico permiten que la validez y la legitimidad, por lo menos, converjan para reducir eficazmente la complejidad jurídica y social de manera simultánea. Con ello, ponen de presente, como diría Robert Walter, la importancia de la norma básica como punto arquimédico de un sistema jurídico y su trascendencia como problema iusfilosófico en cuanto en ella coinciden y de ella depende la validez, la legitimidad y la eficacia de un sistema jurídico, un ordenamiento jurídico-político y un sistema societal en su conjunto (Rosenfeld & Arato, 1998).

Justicia consensual y concepto de derecho

Derecho y justicia.

Generalmente, desde la perspectiva de la teoría jurídica, se ha pasado por alto el lugar de Rawls en todo este debate; sin duda por las recepciones que han enfatizado la polémica Hart-Dworkin, olvidándose de la trascendencia que para la misma tuvo la Teoría de la Justicia del primero. De ahí la razón por la que no no se ha sobreinsistido en lo que este autor y esta obra, una de las de mayor impacto en la literatura iusfilosófica, teórico-jurídica y filosófico política y moral del siglo XX, ha significado para el problema de la norma básica (Hernández, 1989).

Para Rawls, el contenido del derecho debe ser determinado, más allá de la vaciedad formal de una norma fundamental (Daniels, 1989) o la alusión ambigua a un derecho mínimo natural (Fernández, 19991), por unos principios de justicia definidos a través de un procedimiento de consensualización que garantice en su estructura la autonomía de las partes y la pretensión de universalidad de sus contenidos (Barry, 1997). Este momento, que Rawls designa con el nombre de posición original es simplemente el consenso moral del que las diferentes perspectivas ciudadanas deben partir para lograr un efectivo consenso político al interior de un congreso constituyente (Rawls, 1995).

En efecto, es claro que Rawls está pensando sus principios de justicia, fruto de un procedimiento de consensualización, como el producto del consenso moral y político sobre el que debe fundarse un orden jurídico-político determinado y que, una vez establecido como tal, sufre un proceso posterior de juridización en el marco de ese Congreso Constituyente que Rawls reconoce como la segunda etapa después de la posición original.

En ese sentido, los principios de justicia pueden ser interpretados como el contenido axiológico de la norma fundamental kelseniana, siendo su contenido procedimental el procedimiento de consensualización del que se derivan.

Pero los principios de justicia que, como lo retomará después Dworkin, son la expresión de la moralidad política, no son principios propiamente constitucionales ni jurídicos. Rawls los mantiene externos al ordenamiento precisamente para permitir su actualización política y moral permanente, sin necesidad de acudir a reformas constitucionales ni jurídicas que atentarían contra la estabilidad de las instituciones. El consenso moral y político puede cambiar el contenido axiológico de la norma fundamental, pero no el principio que plasma jurídicamente su sentido. Este será el principio de igual participación que, más que de legitimidad, es ya un principio expreso de validez del ordenamiento jurídico.

Este planteamiento, pese a los cambios radicales que constituye el Liberalismo Político, se mantiene e, incluso, se radicaliza en esta última obra (Rawls, 1996). En efecto, allí Rawls claramente expresa que el consenso entrecruzado de las diferentes visiones omnicomprehensivas que componen una sociedad, determina los esenciales constitucionales que rigen su ordenamiento y cuyo contenido fija los términos de razonabilidad que el tribunal constitucional debe tener en cuenta para la interpretación de la Constitución. En otras palabras, el consenso político fija el contenido procedimental y sustantivo del ordenamiento jurídico-político que expresa la posición consensual de los diferentes sujetos políticos y eticidades sociales sobre los términos de justicia social que deben regir la sociedad entera. Es lo que Rawls llama la concepción política de la justicia, que no es otra cosa que señalar que el contenido de la norma básica es el contenido del consenso político de la sociedad.

Norma básica y concepto consensual del derecho.

Así pues, la crisis de legitimidad y validez de las democracias liberales contemporáneas querrá ser superada por John Rawls, inicialmente,

a través de unos principios de justicia consensualmente concertados que permitan orientar y corregir el ordenamiento jurídico-político. Esta concepción de justicia como equidad plantea un procedimiento consensual político de construcción (Martínez, 1992) en la concepción, concreción y ejecución de contenidos, instrumentos y productos jurídicos de todo orden (Mejia Quintana, 1997). La Teoría de la Justicia concibe este procedimiento consensual como el instrumento para garantizar que los principios de justicia social sean escogidos dialógicamente, rodeando el proceso de las condiciones necesarias para que no sea contaminado por intereses particulares y se garantice la legitimidad y validez normativa de los mismos.

El constructo metodológico que utiliza Rawls es el de la posición original, con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que asegure la neutralidad de los principios y la simetría discursiva y, como consecuencia de ello, la imparcialidad a su interior. El velo de ignorancia, principal mecanismo metodológico, tendrá el propósito de representar la discusión simétrica que normativamente debe darse sobre la estructura básica de la sociedad. Así, se aseguran las condiciones de libertad e igualdad deliberativas de los participantes para concertar los principios de justicia que hayan de regir la sociedad.

En este punto, vale la pena resaltar las condiciones formales de lo justo que establece Rawls sobre el carácter que han de tener los principios de justicia: serán universales, para todos por igual; generales, regularán toda la estructura social; públicos, de fácil interpretación de toda la ciudadanía; jerarquizados, es decir, no podrán ser interpretados ni aplicados discrecionalmente por legisladores o jueces; y definitivos, en cuento tendrán que ser concebidos para garantizar la estabilidad de la sociedad.

Así pues, los dos principios de justicia que se derivan del procedimiento de consensualización constituyen el sustrato axiológico de la norma básica de la que se desprende el fundamento general del ordenamiento jurídico-político en dos sentidos: como factores de legitimación del sistema político y, simultáneamente, condiciones de validez del sistema jurídico. La norma básica es el resultado del consenso moral y político de las diferentes eticidades y sujetos políticos que componen una sociedad determinada y definen, con ello, el contenido axiológico de la norma fundante, que es la condición de validez del sistema jurídico en particular.

Lo anterior se evidencia en la segunda parte de la Teoría de la Justicia cuando Rawls aborda las Instituciones. En este punto, queda claro que la posición original era un recurso metodológico para poner

de presente el consenso moral y político que tiene que darse al interior de un Congreso Constituyente y que, una vez definido, da pie para lograr la constitucionalización y juridización de los principios que han de regir el ordenamiento jurídico constitucional. Esa juridización de los principios moral-políticos de la justicia, contenido axiológico de la norma básica pero no todavía principios constitucional-jurídicos, sufre al interior de la etapa constituyente una transformación que la convierte ya en principios de validez del ordenamiento y que, para Rawls, no es más que el principio de igual participación.

En una absoluta reivindicación de la tradición radical del constitucionalismo estadounidense, Rawls establece el principio de igual participación como el fundamento de validez del ordenamiento jurídico. Lo que nos llevaría a considerar tres dimensiones de la norma básica: una procedimental que establece el consenso como mecanismo político y jurídico para la toma de decisiones del sistema social en general; otra axiológica, que define el contenido sustantivo, político-moral, de la norma básica reflejado en los principios de justicia; y una última que determina ya el principio de validez del ordenamiento jurídico en el principio de igual participación.

En efecto, la secuencia de cuatro etapas establece que, después de la posición original, se suceden las etapas constitucional, legislativa y administrativa que ponen de presente cómo todo el ordenamiento piramidal debe ser concebido a partir del contenido normativo fijado por los principios de justicia. El objetivo primordial de las etapas subsecuentes será garantizar que los principios de justicia vayan filtrando, en sus aplicaciones concretas, todas las instituciones y situaciones sociales que precisen su regulación, confiriéndole a la ciudadanía, en caso de no ser así, la posibilidad de acudir a mecanismos como la objeción de conciencia y la desobediencia civil, con el fin de garantizar la correcta aplicación de los mismos.

Estos dos mecanismos, los cuales deben ser garantizados constitucionalmente, son instrumentos políticos de supervisión, presión y resistencia de la ciudadanía sobre el ordenamiento jurídico positivo, para que este cumpla en forma efectiva, a través de sus disposiciones legales, decisiones judiciales y políticas públicas, el sentido y alcance de los principios de justicia. Su objetivo es defender, contra la decisión de minorías o mayorías legislativas o gubernamentales, el consenso político y el marco constitucional adoptado por todos los grupos sociales.

Rawls desarrolla en la tercera parte, la de los Fines, el constructo del equilibrio reflexivo (Kern & Muller, 1992). Esta figura admite dos lecturas. La primera es metodológica, y consiste en buscar argumen-

tos convincentes que permitan aceptar como válidos el procedimiento y los principios derivados. Este equilibrio no se concibe como algo estable o permanente, sino que se encuentra sujeto a transformaciones por exámenes ulteriores que pueden hacer variar la situación contractual inicial. Se busca confrontar las ideas intuitivas sobre la justicia, que todos poseemos, con los principios asumidos, logrando un proceso de ajuste y reajuste continuo, hasta alcanzar una perfecta concordancia. Para esta lectura, el equilibrio reflexivo se constituye en una especie de auditaje subjetivo, desde el cual el individuo asume e interioriza los principios concertados como propios, pero con la posibilidad permanente de cuestionarlos y replantearlos de acuerdo a las nuevas circunstancias. La voluntad general no puede ser impuesta con el argumento de ser moralmente legítima por ser mayoritaria: tiene que ser subsumida libremente por el individuo, en todo tiempo y lugar.

La segunda lectura del equilibrio reflexivo es política y, sin duda, más prospectiva. Aquí, los principios deben ser refrendados por la cotidianidad misma de las comunidades en tres dimensiones contextuales específicas: la de la familia, la del trabajo y la de la comunidad, en general. Sólo cuando, desde tales ámbitos, los principios universales pueden ser subsumidos efectivamente se completa el proceso. En este punto, pueden darse varias alternativas: la primera es la aceptación de los principios, y del ordenamiento jurídico-político derivado de ellos, por su congruencia con nuestro sentido vital de justicia.

La segunda es la marginación del pacto, pero reconociendo que los demás sí pueden convivir con ellos y que es una minoría la que se aparta de sus parámetros, reclamando tanto el respeto para su decisión como las mismas garantías que cualquiera puede exigir dentro del ordenamiento. La tercera es el rechazo a los principios y la exigencia de recomenzar el contrato social; es decir, el reclamo por que el disenso radical sea tenido en cuenta para rectificar los términos iniciales del mismo. Normativamente, significa que el pacto nunca se cierra y que siempre tiene que quedar abierta la posibilidad de replantearlo.

Concepción política de justicia y derecho.

El libro Liberalismo Político desarrolla, veinte años más tarde y después de la críticas liberales y comunitaristas y la asunción que Rawls hace del republicanismo, tres figuras complementarias a las planteadas por Teoría de la Justicia. Primero, la del consenso constitucional que parecería oponerse directamente al contrato constitucional de Buchanan, que no es sino la convalidación de la competencia salvaje en un estado de naturaleza no regulado y cuyo

objetivo es apaciguar el conflicto social, abriendo los canales de la participación institucional a todas las visiones onmicomprehensivas que deseen participar en el manejo de la sociedad. Ello crea el clima de cooperación necesaria. Rawls lo denomina virtudes cívicas, en una clara muestra de la influencia del republicanismo en su teoría, para que los diferentes sujetos colectivos o eticidades puedan emprender la segunda etapa del consenso político donde efectivamente conciban un proyecto de sociedad que a todos satisfaga.

De lo anterior se desprende, segundo, la etapa del consenso entrecruzado o consenso de consensos, que cristaliza el pluralismo razonable que debe caracterizar toda sociedad contemporánea (Rodríguez, 2003). Este concreta una concepción pública de justicia que, en últimas, define el contenido de la norma básica; el contendido político que es producto de este consenso entre diferentes concepciones de vida buena o visiones omnicomprehensivas, como Rawls (1996) las denomina. Es, en otras palabras, la exigencia de la más amplia consensualización ciudadana en la concepción del fundamento político-moral de la constitución y, a partir de allí, de la estructura básica de la sociedad. La norma básica, por tanto, será el fruto del consenso político que define el contenido axiológico (ya no son los principios de justicia como habían sido formulados) del ordenamiento jurídico-político (Freeman, 2003).

De aquí se infiere, tercero, un concepto de razón pública que reconoce en el poder constituyente de la ciudadanía la fuente principal de estructuración e interpretación constitucional. El tribunal constitucional interpreta la constitución a la luz de lo que las diferentes visiones omnicomprehensivas han establecido como consenso político y a partir de lo cual deliberan sobre los diversos temas que la afectan en torno al desarrollo de la estructura básica de la sociedad (Rawls, 2001). Es el poder constituyente el que determina así los esenciales constitucionales que definen los términos de razonabilidad de la interpretación y adjudicación constitucional. El consenso político determina el contenido axiológico de la norma básica.

En sus dos planteamientos, la norma básica rawlsiana nos remite a un contenido sustancialmente político, ya sea derivado de un consenso moral-político representado por la posición original y juridizado en un congreso constituyente, ya sea un consenso político explícito de las diferentes eticidades sociales de donde se derivan los esenciales constitucionales de la sociedad. En ambos casos tenemos, retomando la definición tardía de Liberalismo Político, una concepción política de justicia como contenido sustancial de la norma básica. Sin embargo, tanto en los principios como en los esenciales constitucionales, esa

concepción política de justicia juega en Rawls el mismo rol sistémico que los principios luhmannianos, en cuanto ellos deben garantizar la estabilidad de las instituciones y la sociedad en una fórmula análoga a la de la reducción de complejidad en Luhmann y Teubner.

Dworkin: concepto integral de derecho

En la línea de Rawls, pero aplicándolo mÁs directamente al derecho, Dworkin seguirá en esencia el modelo rawlsiano para concebir su modelo de decisión judicial de la respuesta correcta definiendo los principios del sistema jurídico a partir de la moralidad política; es decir, a partir de los principios determinados por el consenso político (Dworkin, 1984). Dworkin parte de lo que denomina una concepción interpretativa del derecho que le confiere al juez, como el principal protagonista de los procesos jurídicos, una importancia decisiva en la aplicación y salvaguarda de tales principios, cuyo fundamento es el consenso moral y político que les ha dado su sustento.

Dworkin ve en el modelo rawlsiano la actualización del consenso de Filadelfia y, como en aquel, la teoría moral como sustrato de la teoría constitucional (Bertegón & De Páramo,1990) . El constituyente de Filadelfia establece dos principios o derechos morales que luego juridiza: el derecho a igual tratamiento y el derecho a ser tratado como un igual, que posteriormente sufren un proceso de juridización similar al que Rawls propone con el principio de igual participación y se convierten en principios jurídicos de debido proceso y tratamiento equitativo. De allí que, para Dworkin, en su polémica con Hart, los principios jurídicos contemplen ya valores morales, pues han surtido ya el proceso de constitucionalización y juridización sugerido por Rawls en la secuencia de cuatro etapas de su teoría de la justicia (Hart, 1997).

El paradigma interpretativo de Dworkin supone no una interpretación iusnaturalista aproblemática, sino una interpretación racional que da razón al peso de los principios; es decir, que está en consonancia con Rawls, sobre la primacía de estos sobre las directrices políticas y las normas en general. No podría entenderse de otra manera; el modelo de decisión judicial de la respuesta correcta de Dworkin representa una concepción deontológica del derecho. Es decir, representa una concepción de decisiones justas para todos, frente a una axiológica. La decisión judicial no es discrecional ni caprichosa porque aplica los principios con el peso que el constituyente quiso que tuvieran, no con el peso que el juez discrecionalmente quiera darles (Arango, 1999).

En efecto, el derecho, como práctica social, es una interpretación creativa de la realidad que Dworkin denomina interpretación constructiva. Como tal, cumple determinadas etapas: una etapa preinterpretativa, donde se esclarecen las reglas de una práctica dada; una etapa interpretativa, donde el interprete establece los principios a los que debe someterse, en consonancia con el historial de precedentes anteriores; y una etapa postinterpretativa donde evalúa y eventualmente reforma o no los resultados de su interpretación. El juez establece con su interpretación y práctica un parámetro que ordena el proceso judicial. Es lo que Dworkin llama el derecho como integridad, en oposición al pragmatismo legal y al convencionalismo.

A partir del análisis de casos difíciles, Dworkin llega a la conclusión de que, para resolverlos, el juez necesita operar con una especie de razón hermenéutica. Imaginación interpretativa la denomina, con el objeto de ordenar un amplio espectro de factores que van desde intenciones individuales, contextos sociales e históricos, normas legales vigentes y jurisprudencia, hasta perspectivas del legislador, entre tantos otros. Todos estos elementos tienen que ser ordenados a partir del peso que el constituyente confirió a los principios, pues solo así puede su decisión ser justa para todos, en el sentido de que se atiene a los parámetros definidos consensualmente por las diferentes eticidades y sujetos colectivos que componen la ciudadanía. De esa manera se evitan aplicaciones caprichosas. Este es el modelo que Dworkin (1988) ejemplifica con la figura del Juez Hércules.,

Ello pone de presente el papel sistémico que la norma básica juega para un sistema jurídico. No es solo un tema de estudio y elucubración académica, sino que tiene una proyección concreta en un sistema jurídico, en cuanto que ella define la forma en que los principios jurídicos deben ser aplicados y respetados por las diferentes instancias judiciales, legislativas y administrativas (Garzón & Laporta, 1996). Dworkin pone de presente la importancia no sólo sistémica de la norma básica, sino su relevancia para el proceso de decisión judicial en cuanto la claridad sobre sus principios y contenidos sustanciales. Orienta al juez en la decisión judicial, para evitar una discrecionalidad excesiva que, en últimas, pueda deslegitimarla al no garantizar, como lo sostiene Habermas en su interpretación de Dworkin, decisiones justas para todos y, por el contrario, buenas para algunos.

Hacia un concepto discursivo de derecho

Reconstrucción discursiva del derecho.

En su último libro, Facticidad y Validez (Habermas, 1998), el autor , asumiendo el reto de Alexy, ha planteado un nuevo paradigma jurídico discursivo-procedimental, así como un modelo normativo de democracia que concibe al derecho como integrador social y sistémico y a la democracia en términos deliberativos, pretendiendo con ello dar respuesta a la tensión entre legalidad y legitimidad que ha polarizado a la sociedad contemporánea. Desde la perspectiva de Habermas, el derecho es concebido, a nivel ontológico-social, como el *médium* de la integración social así como, a nivel epistemológico, en la categoría de la mediación social entre hechos y normas; en otras palabras, entre el mundo de la vida y los subsistemas funcionales económico y político-administrativo. La tensión entre facticidad y validez, entre los ámbitos mundo-vitales y sistémicos, sólo puede resolverse, para Habermas, en el contexto de un mundo desencantado, a través del derecho, exclusivamente.

Lo anterior supone una reconstrucción discursiva del derecho que logre captar la dualidad estructural que posee. La validez jurídica relaciona las dos caras de esta tensión en una interrelación que hace del derecho, por una parte, un integrador sistémico, en la línea en que Parsons ya lo había puesto de presente al mostrar el derecho como integrador funcional de la sociedad, y, por otra, como integrador social, en la medida en que la integración funcional de los sistemas sociales se funda en los plexos mundovitales que le posibilitan extenderse hasta los mismos e integrar democráticamente a la sociedad. La validez del derecho supone, por tanto, como en la figura mítica, la Doble Cara de Jano: por un lado, una validez social que propicie la más amplia y democrática integración social en la formulación de las regulaciones legales y productos jurídicos de la sociedad; y, por otro, una validez sistémica, que garantice la coordinación instrumental de los sistemas sociales altamente complejos. El procedimiento válido es legitimo cuando convoca el acuerdo de los ciudadanos a través de procesos democráticos preconstituidos e institucionalizados.

En este punto se articula lo que sería la propuesta de Habermas sobre el sentido de la Norma Básica, fundada en una necesaria reconstrucción del concepto convencional de derecho. Partiendo de la complementariedad no estructural entre moral y derecho, en un giro que recuerda al de Hart al proponer un Derecho Mínimo Natural como piso común a los sistemas normativos de la moral y el derecho, Habermas

eleva a un grado de abstracción mayor el Principio D de argumentación moral y lo convierte en un Principio Discursivo del que se deriva un Principio Democrático que expresa la necesaria co-originalidad del derecho y la política. El Principio Discursivo, como principio consensual, tiene entonces dos proyecciones: en una dirección es un principio consensual de argumentación moral que, en la línea de la ética del discurso, persigue el consenso de todos los implicados y, en la otra, es un principio democrático que pone de presente la complementariedad estructural del derecho y la política y la proyección institucional de ese consenso en sus respectivos órdenes de deliberación ciudadana institucionalizada. No hay democracia sin procedimiento institucionalizado ni procedimiento institucional sin participación democrática.

Con lo anterior, Habermas establece dos órdenes de consecuencias: al separar el principio de argumentación moral del principio democrático, Habermas evita caer en el iusnaturalismo premoderno y moderno, reivindicando la propuesta moderna de un derecho emancipado de la moral. Y al plantear el Principio Democrático como la expresión de la co-originalidad del derecho y la política, reivindica la complementariedad estructural de ambas esferas en la modernidad. El derecho no se relaciona horizontalmente con la moral, aunque se derive de un principio común y sí se identifica horizontalmente con la política al derivarse de un mismo principio democrático.

El contenido axiológico de la Norma Básica es, en Habermas, el Principio Discursivo: "Válidas son aquellas normas... a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales". Este principio no es sino la inferencia normativa de los procesos constituyentes revolucionarios del siglo XVIII, expresión del modelo de democracia radical alcanzado por aquellos donde el consenso se presentó no solo como ideal regulativo sino como mecanismo fáctico.

Norma Básica y Derechos Fundamentales.

Ese Principio Discursivo, al proyectarse al plano moral, deviene en un Principio de Argumentación Moral (constreñido a un ideal de consenso universal contrafáctico) y al proyectarse al plano jurídico-político deviene un Principio Democrático (constreñido a un ideal de consenso institucional fáctico) que se bifurca en dos dimensiones: la primera, la constitución de un catálogo de derechos básicos; y, la segunda, la constitución de la arquitectura del estado democrático de derecho que se configura a partir de tres instancias de deliberación ciudadana institucionalizada o usos de la razón práctica: el moral, el

ético-político y el pragmático. Ambas dimensiones se dan en el marco inicial de procesos constituyentes ampliamente democráticos, donde el consenso operó no solo como ideal regulador contrafáctico sino como mecanismo regulador fáctico.

La primera dimensión establece un listado de derechos fundamentales – promulgados discursivamente por el poder constituyente de la ciudadanía- los cuales institucionalizan jurídicamente el Principio Discursivo del que indirectamente se derivan. Habermas sintetiza así este catálogo de derechos básicos:

1. "Derechos básicos que resultan de la elaboración politicamente autónoma del *derecho a la más amplia expresión posible de iguales libertades individuales*.

Estos derechos requieren los siguientes corolarios necesarios:

2. Derechos básicos que resultan de la elaboración politicamente autónoma del *estatus de miembro* en una asociación voluntaria de coasociados bajo la ley.
3. Derechos básicos que resultan inmediatamente de la *aplicacionabilidad* de derechos y de la elaboración politicamente autónoma de la *protección legal* individual.

Estas tres categorías de derechos son el producto, simplemente, de la aplicación del principio discursivo al procedimiento del derecho como tal, esto es, a las condiciones de la forma legal de una asociación horizontal de personas libres e iguales... Los anteriores derechos básicos garantizan lo que se llama la autonomía *privada* de los sujetos legales, en el sentido de que esos sujetos reciprocamente reconocen a cada otro en su rol de *destinatarios* de leyes... Solo con el siguiente paso pueden los sujetos legales convertirse en protagonistas de su orden legal, a través de lo siguiente:

4. Derechos básicos a igual oportunidad para participar en procesos de opinión y formación de voluntad en los cuales los ciudadanos ejerzan su *autonomía política* y a través de la cual generen derecho legítimo.

Esta categoría de derechos está reflexivamente aplicada a la interpretación constitucional y a adelantar el desarrollo político o la elaboración de los derechos básicos abstractamente identificados de (1) a (4), para derechos políticos fundamentados en el estatus de ciudadanos activamente libres e iguales... Este estatus es autorreferente, hasta el punto de que capacita a los ciudadanos a cambiar y expandir su variedad de derechos y deberes, o "estatus legal material", así como a interpretar y desarrollar, simultáneamente, su autonomía privada y

pública. Finalmente, con la mirada en ese objetivo, los derechos designados atrás *implican* los siguientes:

5. Derechos básicos a la provisión de condiciones de vida que sean social, tecnológica y ecológicamente seguras, hasta el punto de que las actuales circunstancias hagan ello necesario para que los ciudadanos estén en igualdad de oportunidades para utilizar los derechos civiles consignados de (1) a (4)".

El poder constituyente de la ciudadanía establece, discursiva-democráticamente, este catálogo de derechos básicos como los derechos fundamentales que han de regir el ordenamiento jurídico-político de una sociedad determinada. Por supuesto, Habermas recupera el listado de derechos que, histórica y normativamente, han ido configurando la sociedad democrática y que constituyen el contenido axiológico –que cada comunidad desarrolla y concreta constitucional y jurídicamente- de la norma básica en lo que Boaventura denominaría los "derechos humanos como guion emancipador", fundamento de la *Jus Humanitatis*.

La segunda dimensión configura lo que Habermas denomina la arquitectura del estado de derecho democrático moderno. Frente a la pretensión de una versión fuerte de consenso en Rawls, al menos en la Teoría de la Justicia, Habermas matiza la pretensión de consensualización en tres usos diferentes de la razón práctica: el moral, el ético-político y el pragmático. En cada uno de ellos, según la especial pretensión de justicia en cada una de ellas, el consenso adopta diferentes modalidades fácticas, frente al principio discursivo que, como ideal regulador contrafáctico, constituye la Norma Básica.

Retomando a Kant, Habermas señala los tres usos institucionales que un poder constituyente desarrolla discursivamente. Las discusiones morales se rigen por una pretensión de lo que es "justo para todos" y, por tanto, el consenso se impone como su mecanismo de decisión. En caso de conflicto se acude al *test* de universalidad para tomar la decisión definitiva. Las discusiones ético-políticas se rigen por una pretensión de lo que es "bueno para nosotros" como comunidad política. Aquí, la convergencia de posiciones se configura como procedimiento natural de decisión, acudiendo a la regla de mayoría en caso de conflicto. Por último, las discusiones pragmáticas se rigen por una pretensión de lo que es "útil para algunos", siendo la negociación el mecanismo de decisión y acudiendo al regateo en caso de conflicto. De estos tres tipos de deliberación o usos de la razón práctica que, institucionalmente se desarrollan en un congreso constituyente, se va configurando, histórica y estructuralmente, la arquitectura del estado democrático de derecho en cuanto de las discusiones morales surgiría lo que es el poder judicial, de las discusiones ético-políticas el poder parlamentario y de las discusiones pragmáticas el poder ejecutivo.

Como en Rawls, podemos entonces intentar distinguir varias dimensiones de esa noción de norma básica en Habermas. El Principio Discursivo define, primero, el contenido procedimental de la misma, estableciendo el consenso como fundamento común de justificación moral, legitimidad política y validez jurídica general del ordenamiento jurídico-político. A través del Principio Democrático, que expresa la cooriginalidad del derecho y la política modernas, se concreta el catálogo de derechos básico que constituye el contenido axiológico del ordenamiento, garantizando tanto la autonomía privada como la autonomía pública de los ciudadanos y los cuales se materializan jurídicamente en los desarrollos propiamente institucional-discursivo de carácter moral, ético-político y pragmático que definen específicamente los términos de validez jurídica propiamente dicha del sistema jurídico y político.

Concepto de derecho y democracia.

El carácter dual de la validez del derecho conduce a reconocer y esclarecer su relación interna con la democracia, lo cual se comprende porque las libertades individuales de los sujetos privados solo se garantizan por la autonomía pública de los ciudadanos. La dicotomía entre las libertades de los modernos y las libertades de los ancianos se supera cuando el código legal se abre y se encuentra disponible para todos los miembros de una comunidad en igualdad de condiciones democráticas. Este reconocimiento horizontal de los ciudadanos como libres e iguales garantiza su autonomía privada y pública, establece una relación interna entre derechos humanos y derechos positivos y domestica, constitucionalmente, el poder gracias a la acción de la ciudadanía.

Como es claro, el derecho positivo no deriva su legitimidad de su altura moral sino del procedimiento autónomo de formación de opinión y voluntad públicas, lo cual apuntala el carácter plural que deben connotar las leyes y, con ello, el pluralismo del conjunto de sujetos colectivos al interior de la sociedad. Al transformarse el principio discursivo en el principio de la democracia, es decir, al politizarse la norma básica, el código legal que garantiza los derechos universales y las libertades individuales se ve complementado por la gama de derechos comunicativos y participativos que consolidan la participación simétrica de los diferentes actores sociales. Esto cual comprueba definitivamente que el derecho no es autorreferente y que se alimenta de la cultura política de una ciudadanía democrática (Estevez, 1994).

Todo esto se expresa y se resuelve en un conflicto y controversia entre dos modelos de adjudicación constitucional, particularmente el modelo liberal y el modelo republicano, junto con sus respectivas con-

cepciones de libertades ciudadanas negativas y positivas. La visión liberal propicia un modelo pasivo de ciudadanía, donde esta se convierte en un refrendador regular, a través del mecanismo de las elecciones, de la administración estatal del momento, mientras que la republicana, de otra, al forzar una moralización de la política desde una determinada concepción de vida buena, pese a suponer un concepto altamente protagonístico de la ciudadanía, rompe la necesaria autonomía e imparcialidad que el pluralismo de las sociedades complejas requiere para preservar el equilibrio y la integración social de sus diferentes comunidades entre si.

Mientras que la visión liberal reduce la ciudadanía a términos legal-procedimentales, la visión republicana la entiende más en términos éticos que legales. Pese a que, contra la visión liberal, un concepto de política democrática deliberativa supondría una referencia concreta a una comunidad ética integrada, es imposible defender la etitización de la vida pública que esta última supone. La disolución de los paradigmas burgués-liberal y republicano se ve justificada en cuanto la perspectiva ciudadana pretende ser reemplazada o por una separación inflexible de poderes (paradigma liberal) que le arrebata su soberanía sin posibilidad efectiva de recuperarla en el manejo de los asuntos públicos, pese a los diques de un poder judicial que por defenderla se extralimita; o en la etitización del orden legal (paradigma republicano) que, al imponerle a la administración pública un contenido social específico, remoraliza los contenidos de un discurso legal que debía ser autónomo e imparcial frente a la pluralidad de concepciones sociales de vida buena.

Para Habermas, la concepción discursivo-procedimental del derecho, especialmente el constitucional, debe concernir antes que todo con la calidad de la discusión y argumentación democráticas. Esto representa un modelo de democracia radical que se constituye en alternativa al modelo liberal-individualista y sus patologías inherentes de desinterés y privatismo civil y al republicano-comunitarista y su imposición de una visión moralizadora unilateral de la vida política y legal de una sociedad (Bohman, 1996). La norma fundamental recoge esa tensión entre hechos y normas, entre libertades individuales y libertades colectivas, entre democracia formal y democracia directa, entre facticidad y validez, asumiéndola, en sentido hegeliano, desde una perspectiva que, al potenciar la deliberación ciudadana, preserva los términos opuestos en una nueva realidad que no anula las contradicciones. La norma básica es la consensualización del disenso, la conflictualización social de la instrumentalización sistémica, la tensión coyuntural de la tensión permanente; en cierto sentido, volviendo a la vieja fórmula hegeliano-marxista, la negación de la negación que niega y recrea incesantemente el sistema jurídico-político de cara al sistema social.

Conclusión

A lo largo de este escrito hemos abordado las diferentes perspectivas con que se ha explorado la naturaleza de la norma básica, partiendo desde el paradigma positivista, en la versión sociojurídica de Weber, pasando por la concepción kelseniana y hartiana de la misma, hasta llegar a finalmente a la propuesta funcional y autopoietica de Parsons, Luhmann y Teubner. En ese recorrido, observamos cómo se van presentando las aporías de la categoría, en cuanto con Weber se pone de presente el trasfondo necesariamente político que esta supone, lo cual Kelsen pretende negar, definiéndola como una condición meramente lógico-procedimental de validez del sistema jurídico, sin contenido material. Esto conduce a una serie de contradicciones que lo obligan a abjurar de su doctrina de la norma fundamental y reconocer el contenido sustancial de la misma. Hart, por su parte, si bien define su regla de reconocimiento como una regla básicamente empírica, tiene que reconocer que este remite, directa e indirectamente, a principios o valores extrajurídicos, en especial en cuanto el derecho mínimo natural. Por lo menos en los casos de injusticia, se constituye en un factor determinante para definir la validez de una norma jurídica.

En todos ellos, la tensión entre validez, por un lado, y la legitimidad y la eficacia, por otro, es una constante que ya Hart pone de manifiesto con los puntos de vista interno y externo de un sistema jurídico. Esa tensión es resuelta por la visión funcional-sistémica de Parson y Luhmann que logran mostrar, primero, que la reducción de complejidad del sistema social depende de la reducción de complejidad del sistema jurídico y que ello se logra, precisamente, como lo enfatiza Teubner, concretando la regla de reconocimiento del sistema jurídico; es decir, los principios sistémicos que permitan dinamizar su autopoiésis y, reduciendo la complejidad del sistema, reducir complejidad social.

En esa dirección podemos comprender la continuidad y discontinuidad de las propuestas postpositivistas de Rawls y Habermas, especialmente, y Dworkin, en un sentido menos vertical. Podríamos decir que la crítica de Rawls a Kelsen, en cierta forma complementaria, radicaría en proponer un contenido material de la norma fundamental vacía planteada por aquel en cuanto este tendría que defender iguales libertades para todos y el favorecimiento de los desfavorecidos. Por su parte, Habermas propendería por una norma básica cuyo contenido valorativo-procedimental sería el consenso en el sentido más amplio, el cual posteriormente se trifurcaría en tres proyecciones deliberativas específicas.

En un sentido análogo al de los anteriores, Dworkin retomaría la propuesta rawlsiana como un intento de actualización de los principios y derechos establecidos por el constituyente de Filadelfia y su defensa de los principios derivados de la moralidad política tiene que ser entendida como la necesidad de asumir un modelo de decisión judicial –el modelo de la respuesta correcta- que contraste la discrecionalidad, tanto amplia como restringida, propiciadas por el positivismo y el realismo partir de la aplicación y justificación de unos principios determinados constitucionalmente (Kaufmann, 1999).

Creo que ha quedado clara la trascendencia de la norma básica como problema iusfilosófico y la manera en que en ella convergen las diferentes miradas sobre un sistema jurídico y sus problemáticas anexas de legitimidad y eficacia que la de su validez supone e implica. La norma básica, por tanto, constituye esa unidad de análisis que en sí misma posibilita una reflexión transdisciplinaria sobre un campo jurídico en cuanto ella articula, en términos tanto intra como extrasistémico, las ópticas monodisciplinarias que la filosofía política, la teoría jurídica y la sociología del derecho tienen sobre un sistema jurídico, sin alcanzar a reflejar toda la complejidad, ontológico-social y epistemológica, que su consideración supone (Mejia Quintana, 2003).

Bibliografía

Arango, R.(1999). *¿Hay Respuestas Correctas en el Derecho?* Siglo del Hombre/Ed. Uniandes.

Alexy, R. (1994). *El Concepto y la Validez del Derecho*. Gedisa.

Barry, B. (1997). *Justicia como Imparcialidad*. Paidos.

Betegón, J. (1997*). Lecciones de Teoría del Derecho*, Mac-Graw-Hill.

Bertegón, J. & De Páramo, J. (1990). *Derecho y Moral*. Ariel.

Bobbio, N. (1993). *El Positivismo Jurídico*. Debate.

Bohman, J. (1996). *Public Deliberation. Pluralism, Complexity and Democracy*. MIT Press.

Büllesbach, A., et.al. (1992*). El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Editorial Debate.

Cracogna, D. (1998). *Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Derecho*. Distribuciones Fontamara.

Colomer, J. (1995). *La Teoría de la Justicia de Immanuel Kant*. C.E.C.

Daniels, N. (1989). *Reading Rawls*. Stanford University Press.

Dworkin, R. (1984). *Los Derechos en Serio*. Ariel.

Dworkin, R., et.al. (1998). *Individu et Justice Sociale*. Editions du Seuil.

Estevez Araujo, J. (1994). *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil*. Trotta

Freeman, S. (2003). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge University Press

Fernández, E. (1991). *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Debate.

García Amado, J. (1997). *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Universidad Externado.

Garzón E. & Laporta, eds. (1996). *El Derecho y la Justicia*. Trotta.

Häberle, P. (2002). *Constitución como Cultura*. Universidad Externado de Colombia

Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez*. Trotta.

Hart, H.L.A. (1995). *El Concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot.

Hart, H.L.A. (1997). *La Decisión Judicial*. Siglo del Hombre/Ed. Uniandes.

Hernández, R. (1989). *Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea*. Técnos.

Hoerster, N. (1992*). En Defensa del Positivismo Jurídico*. Gedisa.

Jiménez Alcocer, P. (1993). *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*. J.M. Bosch Editor.

Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia.

Kelsen, H& Pashukanis, E. (1984). *Teoría Pura del Derecho y Teoría Marxista del Derecho*. Témis.

Kelsen, H. (1994). *Teoría Pura del Derecho*. Eudeba.

Kelsen, H. (1996). *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Oxford University Press.

Kelsen, H. (1997). *Teoría Pura del Derecho*. Porrúa.

Kennedy, D. (1997). *A Critique of Adjudication*. Harvard University Press.

Kern, L. & Muller, H.P. (1992). *La Justicia: ¿Discurso o Mercado?* Gedisa

Luhmann, N. (1974). *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. C.E.C.

Luhmann, N. (1982). *Organización y Decisión. Autopoiésis, Acción y Entendimiento Comunicativo*. Anthropos.

Luhmann, N. (1985). *A Sociological Theory of Law*. Routledge & Kegan Paul.

Luhmann, N. (1998). *Complejidad y Modernidad*. Trotta.

Martínez, J. (1992). *La Imaginación Jurídica*. Debate

Mazurek, P. (1992). *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Editorial Debate.

Mejía Quintana, O. (1997). *Justicia y Democracia Consensual*. Siglo del Hombre.

Mejía Quintana, O. (2003). *Legitimidad, Validez y Eficacia. Prolegómenos para una Reconstrucción del Estatuto Epistemológico de la Filosofía del Derecho* (Disertación de Doctorado). Universidad Nacional de Colombia.

Pashukanis, E. (1976). *Teoría General del Derecho y Marxismo*. Labor.

Ramos, J. (1989). *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart*. Técnos.

Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia*. F.C.E.

Rawls, J. (1996). *Liberalismo Político*. Crítica.

Rawls, J. (2001). *El Derecho de Gentes*. Paidos.

Rodríguez Zapata, J. (2003). *La Política del Consenso*. Anthropos.

Rosenfeld, M. & Arato, A. (1998). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. University Of California Press.

Teubner, G. (1993). *Le Droit : un Systeme Autopoiétique*. PUF.

Teubner, G. (2000). *La Fuerza del Derecho*. Siglo del Hombre.

Walter, R. (2001). *Problemas Centrales de la Teoría Pura del Derecho*. Universidad Externado de Colombia.

Zagrebelsky, G. El Derecho Dúctil. Trotta. 1995

Derechos de grupos, revisión judicial y “motivos personales”

Roberto Gargarella

Es abogado y sociólogo de la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Derecho de la misma universidad y de la Universidad de Chicago (EE.UU.), con estudios post-doctorales en el Balliol College de la Universidad de Oxford (Reino Unido). Profesor de Teoría Constitucional y Filosofía Política en la Universidad Torcuato Di Tella y de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Ha sido profesor o investigador visitante en las Universidades de Bergen y Oslo (Noruega), Pompeu Fabra (España), New York, Columbia, New School y Harvard (Estados Unidos). Ha recibido las becas John Simon Guggenheim (1999) y Harry Frank Guggenheim (2002). Ha publicado varios libros sobre teoría constitucional y filosofía política, entre los cuales se encuentran, *"Latin American Constitutionalism (Oxford U.P., 2013); The Legal Foundations of Inequality" (Cambridge U.P., 2010), y también, "La justicia frente al gobierno"; "Las teorías de la justicia después de Rawls"; "Los fundamentos legales de la desigualdad" y "El Derecho a protestar: El primer derecho".*

Algunos de los mejores trabajos escritos en torno a la actividad judicial han puesto el acento en el rol que pueden jugar los magistrados en la protección de los grupos más vulnerables de la sociedad. Por ejemplo, en un viejo, pero todavía influyente trabajo, *Groups and the Equal Protection Clause*, Owen Fiss defendió un principio de defensa de los grupos desaventajados según el cual los jueces tienen el deber de corregir las injusticias propias del proceso político. Dicho principio aconsejaba a los jueces tomar un rol activo, orientado a mejorar el status de ciertos grupos que no reciben un trato igual, por parte del poder público.[85] En otro trabajo, también notable pero más reciente, John Ely sugiere que es posible justificar un rol activo por parte de los jueces, en tanto y en cuanto dicho activismo se dirija a alcanzar ciertos fines socio-políticos específicos. Particularmente, y en su opinión, los jueces deberían concentrar sus energías en impedir la exclusión del proceso político de determinadas minorías insulares.[86]

En mi opinión, no es razonable esperar que los jueces trabajen en pos de una mejora en el status de grupos minoritarios. Decir esto no implica afirmar que no es posible encontrarse con jueces comprometidos con dicha tarea, o que no sería deseable que lo hicieran. Lo que ocurre es que no contamos con una estructura institucional que favorezca el logro de dicho resultado, por lo que, de modo habitual, quienes avalamos aquel activismo sólo descansamos en la suerte o la buena voluntad de los jueces.

---

[85] Fiss (1976), p. 154.

[86] Ely (1980).

Por supuesto, alguien podría decir, con razón, que es imposible asegurar cualquier tipo de resultado a través de mecanismos institucionales. Por ello mismo, lo que interesa es saber si es posible, por lo menos, favorecer o alentar resultados como los que le interesan a Fiss o a Ely, a través de una estructura institucional como la que tenemos. Como la respuesta, según entiendo, es negativa, creo que debemos ser escépticos frente a propuestas como las de los autores mencionados y, en todo caso, pensar acerca de qué cambios institucionales podrían contribuir al logro de resultados como los que ellos buscan.

Lo que aquí está en juego, lo que se encuentra ausente en trabajos como los de Fiss o Ely, es una reflexión más detenida acerca de lo que podríamos llamar el problema motivacional; esto es, acerca de qué incentivos podrían ser necesarios para que los funcionarios en cuestión se comporten del modo en que queremos que lo hagan. Notablemente, los creadores de la Constitución norteamericana eran expertos en estas cuestiones: ellos tenían la certeza de que los funcionarios públicos debían ser motivados a través de premios y castigos institucionales a actuar de cierta manera. Buena parte de la Constitución, en última instancia, puede verse como una maquinaria de incentivos; tanta era la importancia que le atribuían al problema motivacional. Hoy, en cambio, tendemos a preocuparnos de la filosofía política de los funcionarios públicos más que de cuestiones de diseño institucional tendientes a alentar o desalentar determinadas conductas. Nos desentendemos de la cuestión relativa a sus motivos personales. El objeto de este ensayo es el de volver a conectar ambas cuestiones, del modo en que lo pudieron hacer los creadores de la Constitución de 1787.

En lo que sigue, presentaré, en primer lugar, el análisis de los padres fundadores de la Constitución norteamericana en esta materia. Luego, examinaré diferentes alternativas que se han ofrecido tratando de resolver dicho problema motivacional. Finalmente, diré que tales alternativas resultan claramente implausibles y sugeriré alguna manera de mejorar nuestro acercamiento al problema.

Medios constitucionales y motivos personales

Cuando pensamos acerca de la promoción de ciertos fines públicos (i.e., lograr justicia política, alentar una conducta cooperativa dentro de la clase dirigente), necesitamos pensar también acerca del tema de las motivaciones. En particular, necesitamos responder una pregunta de psicología política, una pregunta acerca de cómo motivar a aquellos oficiales públicos para tornar posible el logro de los fines públicos. No podemos, simplemente, asumir que los jueces van a comportarse en la forma en que preferimos que se comporten. Como sostuviera John

Rawls, debemos examinar "si puede esperarse que los ciudadanos, en vista de los intereses y fines que probablemente tengan, a partir de la estructura básica del régimen en el que viven, vayan a cumplir con las reglas e instituciones justas que se aplican sobre ellos en las diversas posiciones y oficios."[87]

Puede resultar útil que, desde el comienzo, distingamos entre dos enfoques más bien opuestos acerca de la cuestión de las motivaciones: uno, adoptado por los federalistas norteamericanos y buena parte de la teoría pluralista moderna; y otro, más común, dentro de sus opositores republicanos. Los republicanos tendieron a enfatizar siempre la importancia de contar con ciudadanos virtuosos, personalmente motivados a obtener ciertos resultados sociales (i.e., a hacer posible el autogobierno colectivo). Dado que no asumían a dichas virtudes cívicas como innatas, acostumbraron a defender el recurso a la mano de hierro del Estado, con el objeto de asegurar el cultivo de las mismas. Federalistas y pluralistas, por el contrario, se propusieron siempre "economizar en virtud"[88], y utilizar el sistema institucional con el fin de alentar o desalentar ciertas conductas políticas.

La postura que me interesa examinar en este trabajo es la de los federalistas, ya que es la que convirtió en dominante, y la que contribuyó a moldear el sistema institucional que, en su estructura básica, todavía rige en una mayoría de países americanos. Al respecto, y en primer lugar, debería señalar que, en el Federalista n. 51, James Madison realizó una explícita y brillante defensa de su visión sobre las instituciones y la motivación política. En dicho escrito, Madison escribió:

> "La mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales *y* los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás. Las medidas de defensa, en este caso como en todos, deben ser proporcionadas al riesgo que se corre con el ataque. La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar la ambición. El interés humano debe entrelazarse con los derechos constitucionales del puesto. Quizás pueda reprochársele a la naturaleza del hombre el que sea necesario todo esto para reprimir los abusos del gobierno. Pero ¿qué es el gobierno sino el mayor de los reproches a la naturaleza humana? Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario.

---

[87] Rawls (2001), p. 137.

[88] Ackerman (1984).

> Si los ángeles gobernaran a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno".

Los medios constitucionales y los motivos personales, creados entonces para los oficiales políticos, resultan fáciles de reconocer. Por ejemplo, en el Federalista n. 78, Alexander Hamilton se refirió a los medios constitucionales creados por la Convención Federal. En su opinión:

> "El Ejecutivo no sólo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El legislativo no sólo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos".

Hamilton resumía entonces cuáles eran los poderes, entendidos como los medios constitucionales, que se habían delegado a las ramas políticas del poder. Una vez creados dichos medios, los padres fundadores establecieron ciertos controles externos e internos destinados a dotarlos con los motivos personales que estimaban necesarios.

Los controles externos son los controles ejercidos por la gente a través de su voto periódico. La idea, en este caso, es que los representantes van a estar motivados a satisfacer, de algún modo, a sus electores, al menos con el objeto de no ser castigados en la próxima elección, con el objetivo de ser reelectos. Los controles internos son los ejercidos por cada rama del poder sobre las otras (por ejemplo, el veto ejecutivo, el control judicial). Todavía hoy, estos controles internos y externos siguen siendo las principales herramientas con las que contamos para mover a nuestros representantes en una dirección u otra. Personalmente, considero que tales controles son demasiado imperfectos y, finalmente, insuficientes para su propósito; esto es, considero que es muy difícil para la ciudadanía dirigir de alguna manera a sus representantes, a través de los mismos. De todos modos, no necesito perseguir este punto a esta altura de mi argumento. El hecho es que, en su momento, se crearon y aún existen ciertas herramientas destinadas a motivar a nuestros políticos en cierta dirección.

¿Tenemos instrumentos similares, sin embargo, para actuar sobre el poder judicial, motivando a sus jueces a adoptar ciertas decisiones?[89] ¿Es posible, para nosotros, actuando como ciudadanos, forzar a lo jueces a decidir de un cierto modo? La respuesta es enfáticamente negativa, pero no por una indeseable imperfección propia de nuestro sistema institucional. Por el contrario, los ciudadanos, prácticamente, no tenemos

[89] En lo que sigue, voy a concentrar mi atención en la Corte Suprema, a menos que especifique lo contrario.

posibilidades de influir sobre nuestros jueces porque los padres fundadores decidieron, con algunas buenas razones de su lado, que así debía ser. Madison tornó esta decisión explícita en el Federalista n. 49. Allí, y en referencia a los miembros del poder judicial, sostuvo que "por el modo de su nombramiento, tanto como por la naturaleza y permanencia [de los jueces en sus cargos, ellos estarán] demasiado lejos del pueblo para participar de sus simpatías." Los jueces, agregó, "son pocos y sólo pueden ser conocidos personalmente por una pequeña fracción del pueblo."

De acuerdo con Madison, el virtual anonimato de los jueces y su separación de la ciudadanía favorecía la imparcialidad de los mismos en sus decisiones. Los jueces no serían capaces de decidir imparcialmente, asumía Madison, si estuvieran sujetos a la tentación de satisfacer las preferencias de la mayoría. Además, y por razones similares, los padres fundadores quisieron separar a los jueces de las ramas políticas del poder: reclamaron, entonces, su independencia política. Nuevamente, Hamilton defendió este punto de modo claro en el Federalista n. 78, donde defendió la elección indirecta de los jueces, tanto como su estabilidad. Así, sostuvo:

> "Los nombramientos periódicos, cualquiera que sea la forma como se regulen o la persona que los haga, resultarían fatales para esa imprescindible independencia. Si el poder de hacerlos se encomendase al Ejecutivo, o bien a la legislatura, habría el peligro de una complacencia indebida frente a la rama que fuera dueña de él; si se atribuyese a ambas, los jueces sentirían repugnancia a disgustar a cualquiera de ellas y si se reservase al pueblo o a personas elegidas por él con este objeto especial, surgiría una propensión exagerada a pensar en la popularidad, por lo que sería imposible confiar en que no se tuviera en cuenta otra cosa que la Constitución y las leyes".

De hecho, los padres fundadores temían la dependencia política de los juces a tal punto que rechazaron la posibilidad de favorecer cualquier cooperación entre jueces y miembros del poder ejecutivo. Así, por ejemplo, y durante la Convención Federal, los federalistas rechazaron la propuesta de Edmund Randolph de establecer un Consejo de Revisión, compuesto de miembros del poder judicial y el ejecutivo, encargados de examinar *ex ante* la validez de todas las propuestas de ley. La sugerencia de Randolph fue rápidamente descartada porque –como sostuvo E. Gerry durante tales debates- tal Consejo alentaría una indebida alianza entre los citados poderes.

La descripción anterior nos dice que los creadores de la democracia constitucional querían jueces independientes tanto de la ciudadanía como de la ramas políticas del poder. ¿Sugiere esta situación que los padres fundadores no se preocupaban acerca de la necesidad de moti-

var a los jueces a actuar de un cierto modo mientras que sí se preocupaban de cómo motivar al ejecutivo y a los legisladores? No lo creo. En lo que sigue, voy a defender una postura diferente, según la cual los padres fundadores se preocuparon, de hecho, de los motivos personales de políticos y jueces. Presentaré esta explicación como una forma de fortalecer el argumento de que la actividad judicial necesita ser reconectada con ciertas preocupaciones motivacionales. Por supuesto, defendería este objetivo aún si no fuera posible apoyar de modo exitoso la lectura histórica que ahora voy a presentar.

Uno hipótesis que, según entiendo, puede mantenerse, es la que dice que los padres fundadores querían proteger ciertos intereses minoritarios, y que entendieron que los jueces podían contribuir en dicha tarea, para lo cual también, y a pesar de las apariencias en contrario, se preocuparon por motivarlos a defender tales intereses. Su razonamiento, según entiendo, era más o menos como el que sigue. En primer lugar, ellos asumieron que la sociedad se encontraba dividida en dos grupos: un grupo mayoritario y otro minoritario.[90] En segundo lugar, asumieron que cada uno de estos grupos siempre intentaría oprimir a los demás, y que las instituciones debían usarse para prevenir dicha posibilidad.[91] En tercer lugar, entendieron que, reclutando a los jueces a partir de ese grupo minoritario, ellos asegurarían en los jueces los motivos personales necesarios para proteger a los grupos minoritarios, de donde ellos mismos provendrían. Así como los miembros del Congreso estarían naturalmente inclinados a defender los intereses de las mayorías, que serían los propios, los jueces estarían inclinados a defender los intereses de las minorías, que también serían los propios de los jueces. Considerando, como ellos lo hacían, que la mayoría de la gente actuaba a partir del auto-interés; los padres fundadores entendieron que los jueces, por razones de interés personal, también defenderían los intereses de su grupo.[92] En tal sentido, crearon ins-

[90] Ver, por ejemplo, Madison, en el "Federalista" n. 10, o sus cartas a Jefferson de octubre de 1787 y octubre de 17888. También, ver Madison en Farrand (1966), vol. 1, pp. 421-3. Del mismo modo, Hamilton, ibid., p. 288.

[91] Ver, por ejemplo, el clásico "Federalista" n. 10.

[92] Ellos creían que era posible, por caso, asegurar la selección de los miembros de grupos mayoritarios y minoritarios, a través de herramientas tales como las elecciones directas o indirectas: las primeras –asumían- tendían a favorecer la selección de personas cercanas a las mayorías, mientras que las últimas ayudaban a la selección de individuos más "exclusivos," más propios de la elite. Ver Farrand (1966), vol. 1, p. 152, y p. 155; vol. 3, pp. 330, 454 y 617). El diseño de los distritos electorales también podía contribuir a tales fines (las elecciones en distritos extensos –asumían- tornaba más difícil la selección de individuos cercanos a los intereses mayoritarios.

tituciones destinadas a incorporar a los distintos intereses existentes en la sociedad. Si cada parte de la sociedad tenía su lugar dentro del esquema institucional, se podrían evitar las mutuas opresiones: cada grupo, a través de su capacidad institucional, le pondría límites al accionar de los demás. Hamilton supo sintetizar de modo brillante este enfoque en su famosa oración: "Dadle todo el poder a la mayoría, y ellos oprimirán a la minoría. Dadle todo el poder a la minoría, y ellos oprimirán a la mayoría. Dadle entonces poder a ambos, y así cada una podrá defenderse frente a los ataques del otro.[93]

Los padres fundadores, podríamos concluir, no descuidaron la cuestión del problema motivacional a la hora de organizar el poder judicial: ellos quisieron alcanzar ciertos resultados e impedir algunos otros, y diseñaron la institución judicial conforme a tales fines. En tal sentido, fueron coherentes con lo que era su enfoque general sobre el gobierno: en este caso, como en todos los demás, debían prestar atención a los medios constitucionales y a los motivos personales que creaban al diseñar cada puesto. Podríamos decir, entonces, que ellos estaban preocupados por un problema que hoy simplemente descuidamos; esto es, el de cómo motivar a la magistratura.

¿Cómo proteger los intereses minoritarios en sociedades modernas?

Actualmente, es muy difícil seguir pensando en la sociedad y sus instituciones en los términos en que lo hacían políticos como Hamilton o Madison. Ante todo, nuestra sociedad tiende a ser mucho más heterogénea que el tipo de sociedades que ellos conocían. En segundo lugar, hoy no podemos confiar en herramientas como las que ellos confiaban, para asegurar en los jueces ciertas cualidades personales. Por ejemplo, hoy resulta impensable la idea de que, escogiendo de modo indirecto a los jueces, garanticemos la protección del sector minoritario de la sociedad. Ello, entre otras cosas, porque no tendemos a compartir la visión que tenían los padres fundadores sobre la idea de minorías. Así, mientras ellos asociaban el concepto de minorías con el de los ricos y bien nacidos, con lo que era la elite social en ese momento[94] nosotros tendemos a utilizar una idea más bien opuesta, asociada con los intereses de los grupos más desaventajados de la sociedad. Si esto es así, no tenemos ya absolutamente ninguna razón para pensar que los jueces van a tener alguna deferencia especial hacia las minorías desaventajadas (mientras que los padres fundadores sí podían

[93] Ibid., p. 288.

[94] Ver, por ejemplo, Farrand (1966), vol. 1, p. 299, También, vol. 1, p. 431.

pensar que los jueces iban a estar naturalmente inclinados a proteger a la elite social de su época, a la que ellos pertenecían).

No tengo dudas de que muchas personas consideran absolutamente innecesario exigirle a los jueces alguna sensibilidad especial hacia los más débiles, aún cuando sí creen que los jueces deben jugar un rol importante en la protección de minorías. Ellos pueden decirnos, por ejemplo, que esa es la misión constitucional de los jueces: un deber que deben cumplir y punto. Nuestra pregunta es si es esperable que los jueces cumplan con esa misión, a partir del lugar institucional que ocupan y los incentivos con que se ha rodeado a su cargo.

En su trabajo *Groups and Equal Protection,* Fiss afirma que

> "Cuando el producto del proceso político es una ley que perjudica a los afroamericanos, la usual objeción contramayoritaria contra la intervención judicial –la objeción que dice que esas "nueve personas" no tienen el derecho de reemplazar la voz del pueblo- tiene poca fuerza. Porque podría verse al poder judicial como amplificando la voz de la minoría sin poder; el poder judicial intenta rectificar la injusticia del proceso político".[95]

John Ely defiende una idea análoga cuando sostiene que los jueces deberían resguardar el proceso político. En su opinión, existe una violación del proceso cuando: 1) los que se encuentran dentro del mismo bloquean los canales del cambio político, con el objeto de asegurar su propia permanencia dentro del mismo, y que los que están fuera sigan allí; o 2) aunque no se le niega voz o voto a ningún grupo, los representantes de la mayoría perjudican de modo sistemático a los miembros de la minoría, negándoles a estos la protección que le conceden a otros grupos, a partir de su hostilidad hacia ellos o por negarse a reconocer, de modo prejuiciado, los intereses comunes que tienen con ellos

Tanto para Fiss como para Ely, los jueces deberían dedicar sus principales esfuerzos a la defensa de grupos minoritarios. De este modo, los jueces podrían resistir, además, las habituales críticas que reciben por el modo en que ejercen la revisión de las leyes. Ello, porque, cumpliendo con su tarea, estarían realizando una misión decisiva que ninguna otra rama del gobierno parece capacitada para realizar. Sin embargo, es necesario preguntarle a Fiss o a Ely por qué es que deberíamos esperar que los jueces se conviertan en la voz de las minorías sin poder. En lo que sigue, voy a explorar algunas respuestas

[95] Fiss (1976), p. 153.

posibles que, en principio, parecerían capaces de respaldar la visión de autores como los citados. De todos modos, más adelante, diré por qué creo que tales respuestas no son teóricamente aceptables.

El mandato constitucional de proteger grupos minoritarios

Autores como Fiss o Ely pueden creer, simplemente, que los jueces van a estar motivados a proteger a los grupos minoritarios por el mero hecho de que la Constitución se los exige. Si los jueces quieren respetar la Constitución –podrían decirnos- ellos deben, simplemente, defender tales intereses.

Frente a dicho punto, podríamos responder que interpretar la Constitución es un acto extremadamente complicado. Luego de siglos de reflexión sobre el punto, carecemos de una teoría de la interpretación más o menos consolidada, por lo que los jueces parecen tener amplios margen de discreción a la hora de interpretar dicho documento. Por supuesto, teóricos como Ronald Dworkin podrían negar dicha afirmación y sostener que existe sólo una solución correcta para cada caso difícil. Otros podrían adoptar posiciones más moderadas para sostener que, para aquellos jueces que se toman en serio su trabajo los márgenes de discreción son relativamente estrechos. Pero la verdad es, sin embargo, que ninguna de estos criterios resulta fácil de sostener. Carecemos de medios institucionales para convertir a los jueces en Hércules dworkineanos. Podemos llegar a remover a un juez si es que lo encontramos culpable de algún acto de corrupción severo, pero carecemos de todo medio sensato para llevarlo a adoptar tal o cual postura interpretativa. ¿Por qué deberíamos esperar, entonces, que los jueces se dediquen a proteger los derechos de las minorías desaventajadas?

La natural inclinación de los jueces hacia la protección de los intereses minoritarios

Tal vez Fiss o Ely se apoyen tanto en las acciones judiciales porque ven una conexión natural entre las acciones de los jueces y la protección de los intereses minoritarios. Ellos podrían razonar del siguiente modo: los padres fundadores crearon instituciones mayoritarias, instituciones cuyos miembros son nombrados por votación popular, como el Congreso, con el objeto de dar protección a los intereses mayoritarios. De todos modos, y al mismo tiempo, crearon instituciones contra-mayoritarias como el poder judicial, con el objeto de asegurar la protección de los intereses minoritarios. Si todas las ramas del poder fueran dependientes de la voluntad mayoritaria, luego, los grupos minoritarios hubieran quedado desprotegidos.

¿El problema con esta visión es que el mero hecho de que los jueces no dependen de la voluntad mayoritaria no dice nada acerca de la posible inclinación de los mismos hacia la protección de los intereses minoritarios. Los jueces pueden ser independientes de la voluntad mayoritaria y aún así mantenerse insensibles hacia los intereses minoritarios. Puede ser razonable esperar que un órgano mayoritario sea hostil hacia los intereses de las minorías, pero no es razonable asumir que un órgano independiente de los intereses de las mayorías vaya a tener una sensibilidad especial hacia los intereses de las minorías. Una institución contra-mayoritaria puede ser. al mismo tiempo, hostil hacia los intereses de la mayoría y de la minoría, o no. Pero carecemos, en este caso, de la conexión motivacional que encontramos en el caso de las instituciones mayoritarias, la conexión entre dependencia de la mayoría y una tendencia a defender a la mayoría.

La fe en la razón

Tal vez autores como Fiss o Ely no prestan una atención especial al problema de las motivaciones porque tienen fe en el poder de la razón. Sin dudas, la famosa observación presentada por Alexander Hamilton en el Federalista n. 78 contribuyó a popularizar esta visión. De acuerdo con dicho texto, los jueces "no tienen la fuerza ni la voluntad", como sí las tienen los poderes ejecutivo o legislativo, sino simplemente su juicio. Esto es, según Hamilton, los jueces sólo pueden imponerse a través de la fuerza de los buenos argumentos. Contemporáneamente, autores como John Rawls también han afirmado que la Corte "es la única rama del gobierno que es una creatura de la razón, y sólo de la razón".[96] Así, "los ciudadanos y los legisladores pueden votar por sus posiciones más comprehensivas cuando no están en juego cuestiones básicas de justicia o cuestiones de la esencia constitucional; ni necesitan recurrir a razones públicas para justificar por qué votan como lo hacen o buscar consistencia en sus argumentos o esforzarse para que ellos encajen dentro de una concepción constitucional coherente en relación con sus demás decisiones."[97] En cambio, agrega Rawls, esto es precisamente lo que los jueces deben hacer. De modo similar, Owen Fiss ha proclamado su fe en la razón; una fe en la razón que demostró estar justificada, por ejemplo, en casos como *Brown v. Board of Education*.[98]

---

[96] Rawls (1993), p. 235.

[97] Ibid., p. 235.

[98] Fiss (1999), p. 99.

La idea que late detrás de estos razonamientos, entonces, es la de que la razón es el único recurso en manos de los jueces y que la misma va a inclinarlos a actuar del modo más justo; en particular, a proteger a los más desprotegidos. Los autores inscriptos en esta postura consideran que los teóricos legales no deben preocuparse de las cuestiones motivacionales: los jueces, naturalmente, van a orientarse a actuar a partir de las mejores razones a su alcance.

Un simple examen de la suerte de las teorías de Rawls o Fiss, sin embargo, nos permitiría descalificar este enfoque. Teorías altamente sofisticadas y atractivas como las citadas no han sido seguidas por la magistratura. Y este hecho, claramente, parece tener poco que ver con la calidad y el mérito que se le reconocen a las mismas. En verdad, posturas como las de Rawls o Fiss son muy apreciadas dentro de la comunidad académica legal. En particular, aquellos que se muestran más sensibles hacia cuestiones vinculadas con los derechos de las minorías simpatizan claramente con este tipo de concepciones. Sin embargo, y a pesar de ello, las mismas siguen siendo impopulares, cuando no simplemente ignoradas, por la comunidad judicial, luego de décadas de producidos textos como los citados.

Sin dudas, hay algo muy importante en lo que autores como los citados afirman. Los jueces, en efecto, se encuentran situados en una posición institucional particular, que de algún modo los fuerza a prestar atención y a apelar a razones públicas. De todos modos, también es cierto que existen razones públicas al alcance, tanto de aquellos que quieren defender los derechos de grupos como de aquellos que son hostiles hacia los mismos. Los límites de la razón parecen resultar, así, poco firmes y demasiado abiertos. El hecho de que nos encontremos con decisiones judiciales tan diferentes en cuestiones tales como la esclavitud, el derecho a la privacidad, las regulaciones económicas y los derechos económicos y sociales, por caso, ratifica este punto. Los jueces, actuando de buena fe, pueden llegar a adoptar posiciones diferentes aún en los casos más cruciales.

El problema fundamental, por supuesto, no es el de que los jueces no adopten nuestra teoría constitucional favorita. De hecho, podríamos repetir un análisis como el anterior en relación con enfoques tan diversos como la postura de Ronald Dworkin sobre la interpretación, la de Cass Sunstein sobre el estado de bienestar, la de Frank Michelman sobre la propiedad o la de Bruce Ackerman sobre el dualismo constitucional. El problema es que, explícitamente o no, los jueces desarrollan y prestan la fuerza estatal a sus propias visiones sobre el derecho, y nosotros no podemos hacer nada contra las mismas, aún si las teorías adoptadas son mucho menos plausibles que las que preferimos, aún si son directamente implausibles bajo cualquier análisis crítico.

Las condiciones institucionales de la tarea judicial

Muchos teóricos legales han tratado de ir más allá de argumentos como los examinados en los párrafos anteriores. Ellos han venido a decir que no necesitamos descansar en las capacidades intelectuales, en la virtud o en el compromiso social de los jueces, con el objeto de alcanzar decisiones judiciales apropiadas. Por ejemplo, Alexander Bickel ha sostenido, en su influyente libro *The Least Dangerous Branch*, que la propia situación institucional de los jueces contribuye a tornar atractivas las decisiones judiciales. En su opinión, los jueces:

> "Tienen, o deberían tener, el tiempo, el entrenamiento, y el asilamiento necesario para seguir el camino del académico en su su persecusión de fines de gobierno –algo crucial, en su criterio, para poder reconocer y brindar respaldo a los "valores permanentes de la comunidad."

Por su parte, según Bickel:

> "Su aislamiento [el de los jueces] y el maravilloso misterio del tiempo le otorgan a las cortes la capacidad para apelar a la mejor naturaleza de los hombres, para dar cuenta de sus aspiraciones, que los hombres pueden olvidar en momentos de alarma."[99]

Fiss parece defender una posición similar. En su opinión, existen ciertas normas procedimentales que no tienen contraparte en política, no simplemente la independencia del poder judicial de la voluntad del electorado; pero también, el requisito de que los jueces deben responder a agravios que de otro modo podrían preferir olvidar, el de que deben escuchar a todas las partes agraviadas, asumir responsabilidad individual por sus decisiones, y justificar a las mismas en términos públicamente aceptables. Los jueces se involucran en un diálogo especial con el público. A través de este diálogo, alcanzan una cierta distancia de sus proclividades personales y comienzan a enfrentar lo que Mark Tushnet podría llamar la razón universal.[100]

Ahora bien, la obligación institucional de los jueces de escuchar a todas las partes agraviadas o de involucrarse en un diálogo con el público no resuelve en absoluto el tipo de problemas que nos preocupa. Para aquellos jueces que son hostiles o poco abiertos hacia los derechos de ciertas minorías, la obligación de escuchar a todas las partes

---

[99] Bickel (1978), pp. 25-6.

[100] Fiss (1999), pp. 98-9.

significa, sin duda, muy poco. Probablemente, ellos no verán lo que no quieran ver. Y aunque un sistema institucional adecuado no debería aceptar este resultado como normal, es difícil ver cómo es que autores como los citados podrían confrontarlo. Más aún, la idea de un diálogo especial al que Fiss hace referencia, un diálogo entre los jueces y el público, también resulta inatractiva. Claramente, la idea del diálogo nos suena interesante porque ella apela a la situación igualitaria en la que dos partes situadas en planos más o menos iguales tienen iguales posibilidades de tener éxito en la defensa de sus argumentos. Sin embargo, esta idea no tiene un correlato similar en el mundo jurídico, donde los diferentes jugadores se encuentran ubicados en posiciones claramente asimétricas. Los jueces, en particular, tienen el poder discrecional de aceptar o rechazar todos los argumentos de una de las partes, si es que quieren hacerlo. Ellos tienen el poder de, simplemente, poner fin a la alegada conversación, si es que quieren hacerlo, imponiendo sus propios puntos de vista sobre nosotros.

Las cosas no cambian demasiado cuando apelamos a la situación de aislamiento en la que se encuentran los jueces, o al tiempo que cuentan para decidir sus casos. Es cierto que los miembros de las ramas políticas del poder actúan bajo condiciones diferentes, básicamente, la presión de las mayorías, y que las mismas tienen, sin duda, un impacto en el contenido de sus decisiones. Sin embargo, no es fácil saber de qué modo es que condiciones como las referidas (tiempo, aislamiento, experiencia) van a tener un impacto positivo en relación con el fin de obtener decisiones favorables a los intereses de las minorías. Este sería el caso, por supuesto, si defendiéramos algo así como una postura epistémicamente elitista; esto es, una postura conforme a la cual la reflexión aislada de gente técnicamente bien preparada incrementa las posibilidades de decidir imparcialmente. De todos modos, como demócratas, deberíamos, al menos, estar igualmente abiertos a sostener una posición opuesta, conforme a la cual la imparcialidad se vincula no con un proceso de reflexión individual y aislada, sino con un diálogo horizontal y colectivo.

La imposibilidad estructural de regular las decisiones judiciales

Tal vez, toda la discusión anterior nos viene a decir algo importante, y es que simplemente es imposible o totalmente implausible tratar de motivar a los jueces de un cierto modo. En efecto, puede resultar imposible establecer otras limitaciones sobre el accionar judicial, más allá de aquellas en las que piensan autores como Fiss, Bickel o Rawls. O tal vez es posible hacerlo, pero sólo a través de medios que tienden a desnaturalizar por completo la tarea judicial.

Creo que la primera afirmación es falsa y la segunda está equivocada. Permítanme comenzar con una referencia a la última. Esta segunda posición parece subordinar, de modo impropio, el valor de justicia a la defensa de un peculiar sistema judicial. Al decir esto, no quiero decir que deberíamos cambiar nuestro sistema institucional cada vez que no obtengamos lo que creemos que es un resultado justo. Lo que quiero decir es algo más básico, y es que deberíamos cambiar el sistema institucional si el mismo no pudiera garantizar de modo adecuado fines tan importantes como el de favorecer la protección de los derechos de las minorías. Así, si la principal institución con la que contamos para proteger los derechos de las minorías es el poder judicial y no tenemos razones para esperar que los jueces cumplan su rol adecuadamente en una mayoría de casos, luego, deberíamos escoger una forma alternativa para fortalecer dicha protección.

En relación con el primer punto, en cambio, deberíamos preguntarnos seriamente si es que no existen formas mejores de asegurar la protección de los derechos minoritarios. Más específicamente, deberíamos preguntarnos si es que existen formas de hacerlo que no distorsionen nuestro compromiso con la regla de la mayoría. En mi opinión, existen medios para contribuir a dicha mejora, y ellos no pervierten nuestro compromiso democrático y no afectan de modo dramático la estructura judicial actual. Este no es el lugar para defender un esquema institucional alternativo, pero al menos quisiera presentar algunos de los rasgos que podrían distinguir a esta visión.

Podemos utilizar como punto de partida la muy problemática historia del sistema de jurados en los Estados Unidos. Al respecto, podríamos afirmar algo como lo siguiente: la composición de un jurado tiende a tener una enorme influencia en relación con el resultado en juego; por ejemplo, en relación con controversias raciales. Esta situación nos sugiere que existe una conexión entre la composición de los tribunales y el modo en que ellos van a decidir. Nos sugiere, según creo, algo que los padres fundadores sabían; esto es, que si uno quiere dar protección a grupos minoritarios, uno debe asegurar de algún modo que los miembros del grupo en cuestión se integren al órgano que va a tomar la decisión del caso. Claramente, la presencia de los mismos puede no garantizar nada, sin embargo, lo cierto es que la ausencia de ellos puede resultar nociva para el valioso fin de tomar en serio los puntos de vista de los grupos más desaventajados.[101]

[101] Phillips (1995).

Aunque puede ser difícil saber cuál es la mejor forma de integrar a tales grupos a la estructura judicial, existen ciertas experiencias que pueden ayudarnos en tal dirección. Por caso, y más allá de sus múltiples rasgos inatractivos, de los que aquí no voy a ocuparme, la estructura y funcionamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos tiene ciertos rasgos interesantes. Dicha Corte garantiza que cada miembro de la comunidad tenga una voz real dentro del órgano decisor. Conecta,del modo en que creo que debemos conectar, la idea de voz con la idea de presencia.[102] Nuevamente, la idea es que la presencia de un grupo particular entre los miembros de la Corte no asegura el respeto de los derechos de ese grupo, pero mejora las posibilidades de que los mismos sean adecuadamente defendidos.

La experiencia judicial en sociedades multiétnicas reproduce esta visión. Will Kymlicka señala:

> "Parecería ser un corolario del autogobierno de Quebec...la representación que se le garantiza dentro de cada cuerpo que debe interpretar o modificar sus poderes de autogobierno, o que puede tomar decisiones en áreas de jurisdicción concurrente o conflictiva (e.g. la Corte Suprema). De hecho, Quebec tiene garantizados tres de los nueve asientos de la Corte Suprema."[103]

Estas experiencias sugieren que la cuestión de la presencia puede resultar importante aún más allá de las instituciones representativas; esto es, más allá de las ramas propiamente políticas del poder. Esta propuesta, sólo una entre muchas sobre las cuales podría pensarse, simplemente viene a decirnos que tiene sentido hacer un esfuerzo para volver a lidiar con el problema motivacional. En tal sentido, podríamos concluir que no es imposible concebir una estructura judicial diferente, capaz de tomar más en serio la necesidad de motivar a los jueces a actuar en favor de los grupos más necesitados. La mayoría de nosotros hemos aprendido mucho de trabajos como los de Fiss o Ely, en relación con la importancia de brindar protección a los derechos de las minorías desaventajadas. Es hora, entonces, de que comencemos a presionar en favor de cambios institucionales capaces de honrar aquellas nobles enseñanzas.

---

[102] Ibid.

[103] Kymlicka (1995), p. 143.

Bibliografia

Ackerman, B. (1984), "The Storrs Lectures: Discovering the Constitution," 93 *Yale Law Jourrnal*, 1013.

Bickel, A. (1978), *The Least Dangerous Branch*, Indianápolis: Bobbs-Merrill Educational Publishing.

Dworkin, R. (1997), Fordham Law Review, vol. 65, p. 1255.

Ely, J. (1980), *Democracy and Dsitrust*, Cambridge: Harvard University Press.

Farrand, M., ed. (1937), *The Records of the Federal Convention*, New Haven, Conn.: Yale University Press.

Fiss, O., "Groups and the Equal Protection Clause," Philosophy and Public Affairs, vol. 5, n. 2 (winter, 1976), pp. 107-177.

Fiss, O. (1999), *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans*, ed. by J. Cohen and J. Rogers, Boston: Beacon Press.

Hamilton, A.; Madison, J.; Jay, J.; (1988), *The Federalist Papers*, ed. by G. Wills.

Kymlicka, W. (1995), *Multicultural Citizenship*, Oxford: Clarendon Press.

Phillips, A. (1995), *The Politics of Presence*, Oxford: Clarendon Press.

Rawls, J. (1993), *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.

Rawls, J. (2001), Justice as Fairness. A restatement, ed. by E. Kelly, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

Direito como forma política sofisticada: uma proposta dialética para o conceito de direito

Raoni Bielschosky

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pesquisador do Grupo "Politeia: cultura política, teoria e identidade constitucional".

UNIVERSIDAD DEL AZUAY | Casa Editora

O ensaio pretende apresentar um conceito de direito como forma política sofisticada, desde uma perspectiva dialética. Dialogando especialmente com as considerações desenvolvidas por Hermann Heller, o texto busca propor um conceito de direito tomando a cultura e a identidade coletiva como parâmetros de legitimidade de uma ordem, constituinte e constituída na/da/pela comunidade jurídico-política. A abordagem desemboca na questão da identidade constitucional e na compressão de uma ordem que se pretende válida porque legítima, em uma incessante disputa cultural e política por um conceito de direito.

Introdução

A definição sobre um conceito de direito, embora pareça elementar, no sentido de ser fundamental para os desenvolvimentos teóricos e práticos da vida jurídica, definitivamente não se apresenta como nada elementar no que diz respeito à complexidade de suas disputas, elementos e variações envolvidas.

A bem da verdade, o próprio foco de abordagem pretendido pelas diversas explicações formuladas é, em parte, consequência de perspectivas filosóficas, epistemológicas, teóricas e políticas adotadas. Nessa linha, a própria maneira de se colocar a questão já é, em alguma medida, parte de sua resposta. A escolha a respeito da pergunta feita acerca do conceito de direito – se desde parâmetros de justeza ou de justiça, de vontade ou racionalidade, de forma ou conteúdo, naturalizações ou possibilidades, opressão ou emancipação etc. – já evidencia

boa parte das escolhas, posições e, mesmo, afetos envolvidos nos esforços de definição.

Por exemplo, definir o direito desde sua vinculação com a moral ou desde a tese da separação entre esses dois campos, implica vincular-se a pressupostos e consequências teóricas, práticas e dogmáticas. De mesmo modo, pensar na relação entre direito e política desde a medida da relação e implicação entre essas duas esferas, também se desdobra em diversas dimensões.

Nesse sentido, certamente não haverá quem negue a relação entre direito e política. Mesmo Kelsen, cujo pensamento não raramente é simplistamente caricaturizado quanto a esse (e tantos outros temas), em que pese isolar a ciência do direito (Jurisprudência-com-j-maiúsculo) para suas definições e conceitualizações, não deixou de lado a reflexão política. Por outro lado, é em muito devido a essa pretensão de isolamento que seu contemporâneo Hermann Heller (1998) aponta-lhe a crítica de que *o problema do positivismo é que ele não explica nem mesmo a positividade do direito* (Dyzenhaus, 2002, p. 251).

Assim, enfatizar a relação entre direito e política e, sucessivamente, buscar definir o direito, de algum modo, como uma forma política sofisticada, é uma maneira de tentar evidenciar duas questões centrais. Primeiro, a de que é preciso (re)politizar a dimensão da legitimidade e, assim, buscar compreender os potenciais, mas, sobretudo, os limites emancipatórios do direito. Como quer Bonavides (2004), o tema da legitimidade é inseparável da ideologia e a forma, para o direito, contribui para certa naturalização e, por conseguinte, despolitização dessa experiência. Mais que isso, colabora para a naturalização da forma na qual o direito se apresenta na modernidade e na contemporaneidade. A forma direito se fez tão presente que sua "elevação" a categoria universal e necessária, no tempo e nas culturas, apresenta-se, mesmo como um senso comum, inclusive, de alguma forma, tomando emprestada a expressão de Warat (1982), ao senso comum teórico dos juristas. Olhar para essa dimensão como uma questão política, é uma tentativa de desnaturalizar esse lugar.

O segundo ponto é o de apontar para o fato de que, no limite, as condições de possibilidade de uma experiência jurídica, particularmente, da eficácia da ordem jurídica, sobretudo da experiência relacionada ao Estado Constitucional, são radicalmente políticas. Com Heller, é possível dizer que a normatividade em parte decorre de certa normalidade existente, mas também de outra normalidade ainda por vir a ser, portanto, contrafactual. Todo projeto constitucional, é um projeto político que, assumindo a forma direito, não deixa de ser politicamente projeta-

da, politicamente legitimidade, por conseguinte, politicamente validada. Mais que isso, nessa dinâmica, a eficácia de uma constituição também é em enorme medida é possível apenas se politicamente construída.

Assim, a pretensão de autonomia do campo jurídico, particularmente de autonomia em relação à *política-com-p-minúsculo*, isto é, da disputa cotidiana de interesses individuais, é absolutamente legítima, contudo, ela só pode ser tomada como uma afirmação Política prescritiva, isto é, normativa. Dito de outra maneira, a declaração da autonomia do campo jurídico também não pode ser naturalizada, especialmente por duas razões, primeiro, porque outras formas de cooperação social diferentes da forma jurídica são possíveis. A menos que se pretenda um conceito amplíssimo de direito – o que teria como efeito colateral de partida negar a própria pretensão de autonomia do campo jurídico – outras experiências normativas, configurações de organização, cooperação e coordenação social são possíveis, histórica e contemporaneamente.

Segundo, porque a autonomia do campo jurídico é algo efetivamente em disputa e, negar essa disputa, naturalizando e dando como certa essa projeção, provavelmente é das formas mais perigosas de enfraquecê-la. A autonomia do direito frente à *política-com-p-minúsculo*, ao menos para o direito contemporâneo, pode ser apresentada como uma pretensão de formalizar esferas de decisão coletiva, a partir de marcos (político-)normativos pré-estabelecidos, dispostos de maneira mais ou menos formal em instituições, procedimentos, formas e textos normativos, com o objetivo primordial de garantir segurança jurídica. Trata-se, portanto, de uma forma de "organización y actuación autónoma de la cooperación social em um território", que é como Heller define a Política (Heller, 1998)[104].

Neste ensaio pretende-se abordar algumas reflexões gerais sobre essa perspectiva, dialogando muito especialmente com a posição dialética de Hermann Heller e sua proposta metodológica sincrética.

---

[104] "Por eso política es, en el más eminente y ejemplar sentido, la organización y actuación autónoma de la cooperación social em um território" (Heller, 1998, p. 262). "Heller argued (as did Carl Schmitt, contra Hans Kelsen) that all conceptions of law are fundamentally political and tied to particular historical and social contexts. Like Schmitt, he sought to ground legal philosophy in society and culture. However, he opposed as dictatorial Schmitt's celebration of the elimination of political conflict through the imposition of the Volk's "substantive homogeneity" on a pluralist society. Rather, Heller shared with Kelsen a commitment to democracy, to the liberty of the individual, and to social equality. Heller also shared Kelsen's respect for the idea that it is important for a decent political society to make sense of the constraints of the rule of law" (Dyzenhaus, 2002, p. 250).

Qual pregunta fazer? dificuldades e disputas para um conceito de direito

Não raro os cursos e manuais de introdução ao direito iniciam seu itinerário apontando, não exatamente para uma definição do que é Direito, mas, a um desafio, justamente: à dificuldade de se dar um conceito ou uma noção de Direito.

Comumente, aponta-se para a ambiguidade e plurivocidade da expressão (Mata Machado, 1995; Otero, 1998; Reale, 2003; Nino, 2003; Diniz, 2009; Ferraz, 2011; Dimoulis, 2016; Sgarbi, 2020), quer no uso vulgar, quer, mesmo, em sentido(s) "técnico(s)". Afinal, como lembra Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2011, p. 15) para fins didáticos, evidenciando a *extensão* da palavra: "*direito* é uma ciência (1) que estuda o *direito* (2) quer no sentido de direito objetivo (3) conjunto das normas, quer no de direito subjetivo (4) faculdades". Assim, a palavra possui aquilo que Nino (2003) indica como a pior espécie de ambiguidade, isto é, não aquela que se constitui como *mera sinonímia acidental*, mas a que se dá pelo fato de ter inúmeros significados *profundamente relacionados entre si*.

Mesmo em algum esforço de isolar esses sentidos e definir "o Direito" quando tomado como objeto de alguma "ciência do direito", uma outra dimensão se apresenta como importante no desafio para definição, qual seja, a carga emotiva do conceito. Nino (2003), ao mencionar esse ponto, indica que "'Derecho' es una palabra con significado emotivo favorable. Nombrar con esta palabra un orden social implica condecorarlo con un rótulo honorífico y reunir alrededor de él las actitudes de adhesión de la gente".

No entanto, se esse viés "favorável" pode ser dito quanto à força de adesão, talvez ele nem mesmo seja absolutamente necessário, tampouco preciso quanto a outra dimensão da carga emotiva que se coloca em disputa na definição de direito. Como destaca Dimoulis (2016), é possível mencionar não apenas de abordagens apologéticas, mas também abordagens críticas para a definição do direito, que se dão em diferentes matizes e intensidades[105].

Leituras marxistas mais ortodoxas, como a de Pachukanis, por exemplo, veem o direito, *exclusivamente*, como uma forma da sociedade do capital, assim, na passagem para o socialismo desenvolvido haveria extinção do direito burguês, que significaria a própria extinção do di-

[105] Dimoulis também vai indicar abordagens neutras, que voltaremos a tratar mais à frente.

reito *tout court* (Pachukanis, 2017; Negri, 2017). Já leituras, também marxistas, no entanto, mais heterodoxas, como as de Neumann (2013) e Lyra Filho (1984), apontam de maneiras diferentes, não para uma "essência" positiva do direito, mas para algum potencial emancipatório que ele pode ter, mas que não lhe é presente por definição.

Essas circunstâncias evidenciam o quanto as discussões pelo conceito de direito são profundamente marcadas pelas disputas ideológicas entre mundivisões às vezes profundamente divergentes.

Mesmo as abordagens neutras, também apontadas na sistematização de Dimoulis (2016), quando muito apresentam-se com uma mera pretensão de neutralidade. Nesse ponto, é possível mencionar que os diversos formalismos e positivismos, em sua diversidade, têm como posição de fundo comum a redução da definição do direito a uma forma, de certo modo tida como universal, mas que em boa medida escamoteia uma expressão político-ideológica que se faz cristalizada nessa estrutura, como se abordará mais à frente. Apenas para ficar em um exemplo paradigmático, não será possível dizer que a teoria escalonada do ordenamento kelseniano, "exotericamente" destituída de pretensões de conteúdo social e sócio-político, depurada de qualquer elemento metajurídico, é uma expressão, inclusive geométrica[106], do liberalismo que lhe era contemporâneo? (Lucas Verdú, 1989b; Heller, 1965, p. 309; Schmitt, 2011, pp. 149-150; Herrera, 2012, pp. 69-70).

Assim, perguntar sobre o conceito do direito desde suas possibilidades de conteúdo ou de forma, de autonomia ou vinculação, relação com a moral ou com a política, já acaba por evidenciar uma perspectiva metodológica que, em boa medida, é *sempre caudatária de uma ontologia*.

Diante disso, sigamos para observar algumas das principais construções que buscam relacionar a definição do direito desde sua vinculação ou separação com a moral, para, na sequência, olhar para essa mesma questão – e, de algum modo, essa mesma tensão – desde a relação entre direito e política.

Conceito de direito e a separação/vinculação com a moral

Diante das várias abordagens acerca do conceito do direito, tem sido bastante comum a classificação das propostas possíveis desde a

[106] Inclusive, inúmeras consequências semióticas podem ser implicadas pelo próprio fato dela se apresentar em expressão geométrica.

relação entre direito e moral. No fundo, ela está ligada, por exemplo, às diferenciações que Troper (2008) faz quanto às perspectivas da filosofia do direito ou da teoria geral do direito ou, ainda, à filosofia do direito dos filósofos e à filosofia do direito dos juristas. Também se coloca a quando Dimoulis (2006) fala de jusnaturalistas, positivistas lato senso e positivistas stricto senso.

Na busca por um conceito de Direito, também não é raro que se recorra de maneiras diferentes à exposição a partir de três dimensões de análise. Bobbio (2005), por exemplo, fala de três critérios de valoração da norma jurídica: justiça, validade e eficácia. Reale (2002), por seu turno, pretende articular de forma dialética norma, fato e valor, a partir dos quais se desdobram três dimensões da experiência jurídica: validade (vigência), eficácia (efetividade) e fundamento (motivação axiológica).

Nessa esteira, também Alexy (2009) identifica três elementos importantes para a definição de direito: a *legalidade* conforme o ordenamento, a *eficácia* social e a *correção* material. O sentido de sua articulação, especialmente na obra *Conceito e Validade do Direito*[107], é classificar as possíveis respostas à pergunta sobre o conceito de direito desde a preponderância que elas particularmente dão a um desses três elementos.

Em seu esforço classificatório, identifica as teorias do direito em dois grandes grupos – positivistas e não positivistas – cada um deles internamente bastante heterogêneo. *Grosso modo*, positivistas são aquelas teorias que reconhecem como necessárias à definição do conceito de direito apenas duas das dimensões mencionadas: a da *legalidade* conforme e a da *eficácia* social. Não positivistas, por seu turno, seriam todas aquelas teorias para as quais o conceito de direito depende – classificatória ou qualitativamente – da articulação das três dimensões: a *legalidade* conforme (que nós também se tratará por validade), a *eficácia* social (que aqui também será dita, simplesmente, por eficácia) e, também, a *correção* material (que se tomará como sinônimo de legitimidade).

Para além dessa dicotomia, é possível identificar, também, diferentes respostas positivistas, que variam entre a forma de articulação e, mesmo, maior ênfase que é dada ou à legalidade conforme ou à eficácia social.

---

[107] O título em português decorre de tradução literal do original em Alemão: *"Begriff um Geltung des Rechts"*. Curiosamente, o título da tradução em língua inglesa é um tanto diferente: *"The Argument from Injustice:* a Reply to Legal Positivism". Segundo explicação feita no prefácio dos tradutores Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson, essa opção para além da tradução literal se dá não apenas para demarcar a diferença com a obra de H. L. A. Hart, mas também porque entendem que o título escolhido para a versão em inglês define melhor o foco da obra.

Dentre os positivismos que dão ênfase à dimensão da legalidade conforme, isto é, à normatização formal, estão aqueles que podem ser de algum modo tratados como positivistas *stricto sensu* (Dimoulis, 2006). Dentre eles estão as teorias os clássicos do *Gesetzespositivismus* oitocentistas, como as de Gerber e de Laband, o normativismo jurídico de Kelsen e a jurisprudência analítica de Austin e J. H. Hart. Em que pese suas divergências, é comum a essas construções, perspectiva e método de abordagem do direito ligados à análise lógica e conceitual da prática jurídica.

Nesse sentido, é interessante olhar para o *positivismo jurídico* em pelo menos dois sentidos diferentes, ainda que conexos. Enquanto *método* de estudo do direito, ele é abordagem desenvolvida a partir de uma aproximação analítica do texto. Por outro lado, ele também é uma "*teoria* ou doutrina sistematizada do direito". Assim, no primeiro sentido primeiro sentido, a caracterização do positivismo jurídico se coloca classicamente desde a oposição entre direito positivo e direito natural, que, para Mata Machado (1995), remonta a uma tradição antiquíssima, anterior ao próprio positivismo filosófico. No segundo, ele estaria especialmente associado à elaboração de um conceito de direito destacado de seus fundamentos e razões últimas, portanto, com pretensões de cientificidade em bases positivistas (Matos, 2006). Neste segundo sentido, Schmitt criticamente sintetizou que "o positivismo é considerado um método 'puramente jurídico', cuja pureza consiste em eliminar todas as ponderações metafísicas, bem como as 'metajurídicas'" (Schmitt, 2011, p. 150).

Por outro lado, para Alexy também são abordagens positivistas, portanto, marcadas pela tese da separação entre direito e moral, perspectivas que se afastam do positivismo jurídico em sentido estrito ao construir o conceito de direito dando ênfase à dimensão da eficácia, quer em seu aspecto externo, quer em seu aspecto interno.

Dentre as posições que enfatizam o aspecto externo da eficácia, estão aquelas que, ligadas a uma definição do direito desde a sociologia do direito, concentram suas análises sobre a regularidade da observância da norma, bem como quanto à existência de uma sanção quando não há observância espontânea. Desde essa perspectiva, a definição do conceito de direito está relacionada ao comportamento que pode ser visto na sociedade, independentemente das interpretações e julgamentos que os sujeitos individualmente possam ter da validade ou legitimidade da ordem normativa. Assim, o direito pode ser descrito como: a ordem normativa que é capaz de se impor, factual e efetivamente. O ponto central para análise, portanto, é a força que uma ordem normativa tem de impor-se como ordem jurídica.

Estariam relacionados a essa perspectiva concepções como a de Max Weber, por exemplo, para quem é possível a sobreposição de legitimidade e legalidade. Também se identificariam com ela autores que dão especial ênfase ao "direito feito nos tribunais" como é o caso de Oliver Holmes ou das perspectivas realistas. Ainda, desde esse parâmetro, curiosamente também Schmitt teria um conceito de direito que poderia ser considerado positivista, em seu caso, não de um positivismo jurídico, naturalmente, mas de um positivismo sociológico (Hesse, 1991; Lucas Verdú, 1989a; Dyzenhaus, 1997, 2002; Gargano, 2011).

Diferentemente entendem os positivismos que dão primazia ao aspecto interno da eficácia. Para esses, a definição do que é direito é baseada, sobretudo, no cumprimento, observância e/ou aplicação do Direito, desde uma motivação específica, independentemente da natureza de seu fundamento e, em alguns casos, inclusive, desprezando a validade dessa motivação. Para Alexy, Niklas Luhman poderia ser classificado dentro desse grupo, uma vez que entende como direito aquilo que é reconhecido, aplicado e observado como tal em uma comunidade. De algum modo, também nos parece possível classificar nesse grupo, noções de direito menos ligadas à validade e estatalidade do direito, como aquelas defendidas por alguns formatos de pluralismos jurídicos como os de Santos (1988) e Sousa (2008).

Assim, as visões que dão ênfase à dimensão da eficácia, quer a seu aspecto interno, quer a seu aspecto externo, não reforçam sua observação (positiva) desde a estrutura interna ao ordenamento, das normas em si, mas desde uma resposta (análise) – posta, positiva, positivista – externa a ele. Em resumo, essas correntes buscam responder à pergunta "o que é o direito?" identificando-o como aquela ordem normativa que é aceita e conduzida como tal por uma comunidade. Assim, se os positivismos jurídicos, fortemente ligados à dimensão da validade, propõem uma visão do observador interno do sistema, os positivismos que priorizam a eficácia, priorizariam a posição do observador externo, comum à perspectiva da sociologia jurídica.

Seguindo em sua proposta de classificação, Alexy vai identificar como *não positivistas* aquelas posições que, para apresentar um conceito de direito, relacionam das formas mais diversas as dimensões da *legalidade conforme*, da *eficácia social* e da *correção material*. Portanto, para ele, que se autoidentifica com essa postura, não positivistas conceituam o direito articulando direito e moral, a partir de alguma vinculação entre o direito posto (válido e/ou eficaz) e a legitimidade da ordem (Alexy, 2009, p. 24).

Assim, para Alexy essa dicotomia de certo modo poderia ser reduzida à diferença entre a tese da separação entre Direito e moral,

relacionada aos arranjos positivistas, e a da vinculação entre Direito e moral, que corresponde à posição das perspectivas não positivistas.[108]

Ainda, seria possível avançar um pouco a partir da proposta de Alexy e dizer de não positivistas de tendência jusnaturalista e de não positivistas de tendência não-metafísicas, muitas vezes identificados, de forma mais ou menos crítica, como pós-positivistas.

A chave do pós-positivismo é bastante corrente no cenário brasileiro. Segundo Dimoulis (2006) o termo é bastante mais utilizado no Brasil que no resto do mundo, ainda que certamente também seja encontrado em países língua de hispânica (Calsamiglia, 1998; Aguiló-Regla, 2007; Atienza, 2014; Marquisio, 2017); no debate italiano, ainda que muitas vezes em viés crítico (Losano, 2007; Villa, 1997; Ferrajoli, 2012; Chiassoni, 2021); mas também em outros lugares (MacCormick, 2007; Petroski, 2011).

Particularmente, entendo a tentativa de acomodação do *pós-positivismo*, no mínimo complicada, quer por sua imensa amplitude e heterogeneidade, quer por certa imprecisão conceitual que se revela, inclusive, na própria dificuldade de se compreender que não por referência a um positivismo que, a bem da verdade, enquanto tradição segue bastante vivo. Assim, essas restrições não se dão necessariamente quanto aos fundamentos e propostas de autores que se apresentam ou são tidos como *pós-positivistas*, mas mais especialmente quanto a certa frouxidão dessa "quase-corrente".

De toda sorte, o que parece uni-los é, nos termos de Alexy, a importância que dão à dimensão da *correção* material para o conceito de Direito. Nesse sentido, ao tratar da autoidentificação de Neil MacCormick com o *pós-positivismo*, Bustamante (2013, p. 209) acaba por delinear a corrente por oposição ao positivismo jurídico – particularmente ao de Raz – descrevendo-a como "uma forma não-metafísica de não-positivismo, que é claramente diferenciada, por exemplo, do jusnaturalismo", mas que, ao mesmo tempo, mantém forte conexão com o próprio positivismo jurídico. Nessa ordem, Dimoulis (2006, pp. 77-78) chega a mencionar que "autores que consideram que o direito está vinculado à moral, a interesses de determinados grupos sociais, à evolução da sociedade, a finalidades políticas atuais etc. deverão ser classificados no positivismo jurídico, pois seguramente não são jusnaturalistas".

---

[108] É verdade que essa proposta de classificação de positivistas ligados à tese da separação e não positivistas relacionados à tese da vinculação não passa ao largo de críticas. Apenas para situar alguns exemplos, vale mencionar os debates entre Raz e Alexy (Pavlakos, 2017) e entre Bulygin e Alexy (Ferrer Beltrán, 2013), para além das considerações de Dimoulis (2006).

Independentemente das dificuldades e críticas possíveis à tentativa de se delinear alguma unidade e coesão "do" pós-positivismo, especialmente, à imensa dificuldade de autodefinição, parece-me que o argumento de fundo que dá unidade a essas correntes de fato é do reconhecer da existência de uma relação entre o *ser* do *Direito* e o *dever ser* do Direito, sem negar a força da dimensão da validade. Dito de outro modo, a compreensão da relação entre o conteúdo do *dever ser* (normativo) e o do *ser* valorativo (axiológico); forma e conteúdo; norma e valor; validade e legitimidade, como inerente à própria compreensão do Direito – especialmente, do Direito Constitucional.

Talvez a dificuldade de qualquer definição da autocompreensão da Teoria do Direito do tempo presente, venha, ela mesma, da tentativa – curiosamente, bastante positivista – de estabelecer uma dicotomia muito clara entre duas posições opostas: positivistas e não positivistas. Esta mesma, ela também feita desde a oposição de dois polos divergentes – como conteúdo e forma, ser e dever ser – e não da tentativa de compreensão dialética entre esses vértices, da identificação da relação de mútua implicação entre o *ser* do direito e o *dever ser* do direito, dos *preceitos jurídicos positivos* e dos *princípios jurídicos fundamentais*, para usar os termos de Heller (1998; Vita, 2015).

Nesse sentido, não seria demais afirmar que forma e conteúdo nem mesmo podem ser compreendidos de maneira destacada, pois, para tomar por analogia a tese de dialética sobre a teoria estética: *a forma é processo social e conteúdo sócio-histórico decantados*. Assim, a própria construção de um sistema de normas racionais, seguras; que sendo emanadas através de procedimentos tidos como democráticos, podem validamente (pretender) vincular e obrigar todos os cidadãos; é, ela própria, fruto de um parâmetro normativo anterior e conformador desse sistema.

Seguindo essa linha, compartilho que um sistema normativo não pode ser concebido *ex nihilo*, desde alguma razão desterrada (como se isso, de algum modo, fosse de fato possível) ou da mera observância e descrição – pretensamente neutra – de condições sociológicas e fáticas, de uma ordem concreta pura e simples (Coutinho, 2009). Tampouco pode ser esse sistema compreendido adequadamente se destacada e isolada sua forma de seu conteúdo, simplesmente desde a observação (positivista) de suas estruturas. Forma e conteúdo conectam-se de modo inerente, imanente e dialético, enquanto expressão de uma mundividência, logo, de uma cultura e identidade própria que ao mesmo tempo os molda, também é por eles moldada. Uma cultura em que forma e conteúdo da organização jurídico-política são parte e, por conseguinte, fazem parte da identidade dessa própria cultura; e que, prescritivamente, estruturam e lançam um projeto político, na medida em que pretendem configurar uma unidade de cooperação coletiva.

Assim, mesmo no que diz respeito a pretensões positivistas e abordagens (pretensamente) neutras. Elas sempre estão marcadas por conteúdo, seja na eliminação de aspectos metajurídicos para a definição do direito, como no caso do positivismo jurídico em sentido estrito; seja na pretensão de distanciamento e abordagem externa, nas perspectivas que dão ênfase à dimensão da eficácia, que marcam o observador externo.[109]

Assim, no fundo parece-me inevitável identificar que o direito – ainda que tenha uma pretensão legítima e, em alguma medida, desejável de autonomia em relação à política-com-p-minúsculo – se apresenta, de fato, como uma forma sofisticada de política.

Como mencionado, olhar para a questão e disputas acerca do conceito de direito desde as chaves *direito* e *moral*, já significa um certo marco teórico que é relacionado a premissas do debate e, mesmo, mundividências e projeções.

No entanto, segundo Heller (1996), onde quer que haja cooperação de ações sociais recíprocas que não se compreendam a si mesmas, haverá política. Ainda, define que a finalidade da política é a organização da sociedade, bem como a finalidade primeira da política estatal é a ordem de cooperação das relações sociais em um espaço determinado de soberania. Assim, é fim imediato de toda política, a ordem pela ordem, tanto quanto possível, com a máxima exclusão da coação física e da violência[110].

Desse modo, o próprio juízo sobre o que é politicamente possível decorre da própria valoração do político real, das diversas tendências contemporâneas. Logo, nenhuma análise quanto ao Estado e quanto à Política é passível de ser realizada por um sujeito distanciado, através de mera descrição de um objeto a ser conhecido, sem qualquer relação volitiva nessa relação. Igualmente, tampouco se pode fazê-lo sem compreender sua essencial mutabilidade. Por conseguinte, "el conoci-

---

[109] "O positivismo, que se apresenta como ciência livre de juízos de valor, neutra, rigorosamente científica, que no dizer de Augusto Comte, 'não admira nem amaldiçoa os fatos políticos', acaba tendo uma função política e ideológica" (Löwy, 1991, p. 40).

[110] "Aun cuando todos los hombres fuesen justos y se dejasen guiar por motivos morales, seguiría siendo, sin embargo, el poder el medio de la política, mientras no todos ellos piensen y quieran lo mismo. Pues en ese caso seguiría habiendo todavía oposición al orden dominante precisamente porque unos motivos morales no coincidirían con los otros (...). La justicia no se impone por sí misma, para su realización necesita hombres y poderes, y si todo lo demás no es suficiente, también la violencia física. Pero el poder social es la capacidad para el dominio en el Estado, la economía, etc., la capacidad espiritual y material para la dirección" (Heller, 1996, p. 60).

miento de la realidad política y su valoración se hallan, pues, entrañablemente unidos" (Heller, 1998, pp. 86-87).

Dito de outro modo, a mais precisa compreensão de um conceito de direito demanda um reposicionamento da questão da legitimidade a partir de sua (re)politização.

Onde mora a legitimidade? a justificaçãao como questão política

García (2009), debruçando-se sobre *a Teoria do Direito em tempos de constitucionalismo*, assinala como característica marcante do presente a preocupação por procurar por "algún vínculo del *ser* del Derecho com su *deber ser*". Nesse desenvolvimento, aponta haver grande heterogeneidade de correntes acerca do conceito de Direito, destacando, entretanto, que o traço que lhes dá alguma unidade é o de que todas elas buscam articular esses dois polos – o *ser* e o *dever ser* – da experiência jurídica[111].

De fato, sob essa perspectiva é possível acomodar diversos autores contemporâneos, dos mais variados, quer do cenário jurídico romano-germânico – como são os casos de Alexy, Bonavides, Ferrajoli, Gargarella, Häberle, Lucas Verdú, Peces-Barbas e Zagrebelsky –, quer do cenário anglo-americano – a exemplo de Bellamy, Dworkin, Fuller, Rosenfeld, Waldrow, Waluchow, dentre outros. Nessa esteira, é interessante destacar o fato de que, em tempos de Constitucionalismo Democrático e de força normativa da Constituição, a estes grupos de autores é comum a clara preponderância de juristas que podem ser identificados, das duas uma, ou como filósofos do Direito com vocação de constitucionalistas, ou, ainda, como constitucionalistas com vocação de filósofos do Direito (García Figueroa, 2009).

Essa característica parece apontar para a inerente dimensão política da legitimidade, afinal, como indica Otero (2007, p. 16):

> "A perspectiva metodológica de estudo do Direito Constitucional nunca é axiologicamente neutra, antes tem sempre subjacente e revela na sua elaboração científica uma determinada pressuposição de valores: o Direito Constitucional é o sector da ciência jurídica mais ideologicamente comprometido. Mostra-se ilusória, por conseguinte, qualquer tentativa de fazer um estudo "puro" do fenómeno constitucional, envolvendo

[111] Com essa dicotomia o autor quer articular o Direito que pode ser observado/descrito (ser do Direito) e a *ideia de Direito (dever ser)*.

> uma espécie de "esterilização" de quaisquer pré-compreensões políticas: uma vez que pelo Direito Constitucional passa a materialização jurídica das opções políticas primárias da sociedade, o respectivo estudo científico nunca poderá ser dotado de neutralidade axiológica".

Ainda nessa linha, as frases que unem a última página do famoso *A essência da Constituição*, de Ferdinand Lassalle, e a primeira do não mesmo famoso *A força normativa da Constituição*, de Konrad Hesse, apontam para esse mesmo sentido quando afirmam que "Os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do poder" (Lassalle, 2019, p. 45) e "Questões constitucionais não são, originalmente, questões jurídicas, mas sim questões políticas" (Hesse, 1991, p. 9).

Assim, é preciso ter-se em conta que uma abordagem dialética da questão entre ser e dever ser do direito, reporta a uma questão ainda anterior à demanda por um conceito de direito. Ela se situa, mesmo, no buscar pelos fundamentos da liberdade e da subjetividade que subjazem o sujeito moderno, quer em explicações positivistas, quer em compreensões não positivistas, de maneira geral, naquilo que Taylor (2000) chamará de questão ontológica[112].

De um lado, pode-se identificar perspectivas atomistas do sujeito, que tendem a se vincular com uma visão de liberdade desparametrizada e universalista em sua transcendência. Estas podem tanto pretender fundamentar universalidades de conteúdo – aspiração típica de abordagens jusnaturalistas, por exemplo – ou de forma, como é o caso de tradições positivistas que em alguma medida acabam por naturalizar a forma do direito ou, mais ainda, a forma-direito. De outro lado, pode-se apontar a perspectivas que privilegiam a condição do sujeito moderno como contextualizada pela historicidade, marcos comunitários e por uma cultura. Desde esse prisma o bom, o justo e a liberdade do sujeito só podem ser compreendidos como relacionados a uma identidade e vinculados a padrões compartilhados pelos indivíduos de uma comunidade, em que a própria subjetividade se constrói de modo dialético a partir dessa rede de signos, símbolos, significados e decisões.

Essa interseção e intermediação característica da contemporaneidade evidencia que o foco da discussão sobre o conceito de direito, inclusive no que diz respeito à relação entre moral e direito, deve ser e, mesmo, está colocado na relação entre direito e política.

---

[112] Em outro trabalho já busquei tratar das aproximações possíveis entre positivismos e liberalismos e não positivismos e comunitarismos (Bielschowsky, 2013).

Sendo a constituição o *locus* jurídico-política por excelência, nela a reflexão sobre a validade da ordem jurídica toca as disputas sobre sua própria legitimidade. Assim, a escolha por categorias mais ou menos transcendentes, como a moral, em muito acaba por apenas escamotear disputas de fato políticas, algumas muito fundamentais, como aquelas referentes à própria identidade coletiva e às formas mais basilares de ordenação e decisão.

Nesse sentido, Bonavides (2004) aponta que:

> "A legitimidade, em última análise, exprime sempre uma crença fundamental, um valor, uma idéia concretamente vinculados ao respectivo ordenamento político, para regular, por via do princípio de autoridade, as relações de comando e obediência. Em outras palavras, há na base de toda legitimidade uma religião, uma filosofia ou uma ideologia, que fazem a força do princípio e a intensidade com que ele socialmente exercita".

Aceitando a dimensão da validade como determinante para esse debate, ainda que reconhecendo que essa questão pode ser questionada e complexificada, partirei da posição de que: o direito contemporâneo, fundamentalmente norteado pelo vetor da segurança jurídica, está relacionado à ordem normativa estatal, isto é, à ordem normativa do poder organizado, que, assim, atua com pretensão de universalidade em uma comunidade, na condição de única ordem habilitada a utilizar legitimamente o uso da força para fazer-se cumprir. Essa pretensão se justifica a partir de outra, a de que a ordem normativa do Estado é a que se afirma como "oficialmente justa" ou, pelo menos, correta, motivo pelo qual afirma a universalidade de sua normatividade. A par da ordem jurídica, sem dúvida, haverá uma série de outras ordens normativas que se articulam em maior ou menor intensidade com a ordem normativa típica do Estado. Elas a influenciam e são por ela influenciadas por ela, todavia, a estatalidade é um traço qualificador da ordem jurídica objetiva, do Direito.

Diante disso, Canotilho (2001, pp. 14-15) anota que:

> "O problema central de uma constituição reconduz-se à questão nuclear da teoria do Estado e da filosofia do direito: «legitimação-legitimidade» de uma ordem constitucional no duplo sentido de *justificação-explicação de uma ordem de domínio* (estrutura de domínio) e de *fundamentação última da ordem normativa*".

Ao que afirma, também, que a legitimação se refere à inserção da Constituição de um Estado de Direito nas próprias estratégias de *jus-*

tiça política, isto é, à institucionalização jurídico-constitucional dos critérios fundamentais do *justo comum* e da *política justa* (Canotilho, 2001, p. 459).

Mesmo considerando essa pretensão e justiça, a forma como se "justifica a justiça" (ou a justeza) de um determinado poder e de uma determinada ordem importará em diferentes perspectivas sobre a questão. Esse ponto, então, ainda é objeto de diversas outras disputas teóricas e políticas, especialmente, quanto à discussão a respeito da relação entre legitimidade e da legalidade.

Assim, a questão sobre a maior ou menor importância da dimensão da legitimidade em boa medida dá-se na forma como se compreende essa justificação enquanto *justa*, isto é, em referência a que parâmetro ela se estabelece.

Há uma série de construções que aproximam e, mesmo, reduzem a questão da legitimidade (ou da legitimação) à da legalidade, por conseguinte, com a dimensão da validade. Essa posição está relacionada a diversos autores, como Weber, Kelsen e Luhmann, que apresentam essas construções das mais variadas formas, algumas delas bastante divergentes entre si. Outros modelos, como os de Rawls, Habermas e de outros representantes do pensamento liberal contemporâneo, remetem a questão da justificação a argumentos também universalistas, revelando, cada um a seu modo, formulações também tendentes a uma lógica *neoiluminista*, portanto, sempre algo tributária de Kant (Coutinho, 2008, p. 378).

Com posição bastante diversa, autores como Luís Pereira Coutinho (2008, pp. 548-556) caminham em sentido oposto, quando ao falar da "ordem normativa do Direito" aborda validade, legitimidade e autoridade moral em sinonímia. Assim, de uma forma geral, Pereira Coutinho acaba por retirar o peso da decisão e do poder de sua formulação acerca do direito, especialmente quando trata da questão da validade, argumentando que o direito injusto, em última instância, não pode, nem mesmo, ser considerado direito.

A posição que aqui se defende não se alia precisamente a nenhuma dessas, que de formas diferentes acabam por fazer coincidir validade e da legitimidade. Diferentemente, entendo que há uma implicação dialética entre ambas, especialmente, quando observado detidamente o âmbito constitucional, entendido como local limite. Se para a norma jurídica "infraconstitucional" o parâmetro de validade coloca-se, objetivamente, na integridade do ordenamento, que é vinculado positiva e interpretativamente ao texto e ao contexto jurídico-constitucional; para a norma constitucional essa referência não poderá ser igualmen-

te identificada pois a fonte de justificação, ainda que de algum modo normativa, se posta em outro âmbito.

A estrutura típica de justificação da norma jurídica é "interna" ao quadro do ordenamento, colocando-se no âmbito da validade, em referência aos padrões institucionalizados. O questionamento a respeito da validade ou não validade de uma norma, i.e., da sua adequação e coerência com a unidade do ordenamento, se dá em referência aos textos e contextos, programas e âmbitos normativos, competências, possibilidades e molduras, institucionalmente estabelecidos pelo poder. Assim, no processo de concretização da norma jurídica – da mais ampla à mais concreta – a fórmula argumentativa e o referencial utilizado são tipicamente jurídicos em sentido estrito, isto é relacionados à validade, portanto, à coerência e à integridade da ordem já institucionalizada pelo poder. Em outras palavras, ao direito válido (juridicamente).

Dito de outra maneira, o direito, enquanto ordem jurídica do Estado de Direito, não pode se confundir a todo instante com a disputa de interesses particulares, com a política-com-p-minúsculo. Direito é *ratio*, ainda que não apenas *ratio*. Essa racionalidade coloca-se, efetivamente, nas formas, que a partir do argumento de validade, colocam-se como obstáculos à absorção absoluta da *ratio* pela *voluntas* (Neumann, 2009).

Com isso não se pretende afirmar a preexistência da norma jurídica, já no momento da formulação do texto. Tampouco se pretende negar a politicidade presente e inerente ao próprio processo de concretização das normas jurídicas. Longe disso, apenas se quer atentar para o fato de que os padrões de argumentação e, especialmente, o plexo referencial de justificação se colocam de forma imediatamente vinculados à ordem já institucionalizada pelo poder como juridicamente válida, à qual o próprio poder está amarrado.

Assim, o questionamento recorrente quando da interpretação/construção de uma norma jurídica "infraconstitucional" não se dá no plano da legitimidade do ordenamento jurídico em si, mas no da validade da norma, quanto à integridade e coerência do ordenamento, naquele segmento determinado. Isto é, da coordenação de sentidos dos diversos textos e contextos normativos juridicamente institucionalizados por uma decisão do poder. E é nessa acepção que o poder cria direito válido.

Como ressalta Streck (2001, p. 251), "numa palavra: a Constituição é o fundamento de validade do sistema jurídico. *A Constituição* constitui. Um texto jurídico (leis, regulamentos, etc.) somente é válido se estiver em conformidade com a Constituição que deve ser entendida

em seu conjunto de valores principiológicos". Assim, a validade coloca-se como anteparo ao questionamento amiúde da legitimidade das normas jurídicas, de modo que no processo de concreção e realização regular do direito, não se buscará sempre justificação *política* última – isto é, questionar-se a respeito da legitimidade de determinado instituto ou, mesmo, da ordem instituída. Diferentemente, apenas se argumentará a partir da coordenação e integração da norma em particular com a rede normativa geral da ordem institucionalizada pelo poder. Portanto, se o poder gera direito, ele o faz sobre bases de um argumento de validade, no sentido de que a norma que é posta pelo poder é direito válido, definição apresentada por Neumann (2013, pp. 97-98) como a noção *política* de direito.

Contudo, quando se está no âmbito da própria legitimidade desse poder, isto é, de sua aceitação como justo, é inevitável compreender a ligação relacional que há entre validade e legitimidade. Ainda que se possa falar na possibilidade de um direito injusto eficaz e, em certo sentido, válido, mesmo quando decorrente de um poder ilegítimo, essa ordem, em termos hellerianos, será capaz de coordenar a ação humana através da imposição coercitiva a dissidentes. Contudo, ele será incapaz de gerar cooperação, em diferença e pluralidade, entre os participantes daquela comunidade (Malkopoulou, 2020). Sua obediência se dará pela força, medo ou interesse pessoal, mas não pela crença em sua legitimidade (Heller, 1998).

O poder político pode ser eficaz quer pela força, quer espontaneamente. No primeiro caso ele é tão somente fático e é imposto amiúde com a pretensão de normalizar-se (de criar uma normalidade) apenas pela imposição e obediência, mas não pela incorporação/aceitação dos parâmetros de "dominação" pela comunidade e pelos cidadãos.

Por outro lado, é possível falar de um poder legítimo no sentido tratado por Lucio Levi (2010), que define legitimidade como o atributo do Estado que se deita sobre um grau de consenso de significativa parcela da população, capaz de garantir a obediência – à exceção de casos esporádicos – sem a necessidade de recorrer ao uso da força[113]. Desse modo, a própria ideia de legitimidade como consenso foge da mera factualidade da aceitação de uma ordem como válida e coloca-se em referência a uma projeção justificadora.

---

[113] Levi (2010) ainda conclui: "É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na Legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado".

Nesses termos, o direito que, enquanto direito, pretende-se legítimo, coloca-se em relação a sua *justificação* (Mureinik, 1994; Dyzenhaus, 1997 e 1998). Todo ato de poder, para não se confundir com um ato de arbítrio, tem de justificar-se em um contexto fático e valorativo específico. Tem de pautar-se em um fundo objetivo (ainda que apenas relativamente objetivo) de valores, sentidos e símbolos, que é referencial para essa justificação que se pretende racional. Portanto, a legitimidade coloca-se em alusão aos termos de um conteúdo, de um espectro de possibilidades culturalmente informado, mas em constante disputa; de um *ethos* que "não é *dado* ao homem, mas por ele *construído* ou incessantemente reconstruído" (Lima Vaz, 2004, p. 13).

Como expõe Reale (1998), as tentativas que se colocam à luz de um "modelo ideal" de legitimidade na verdade colocam-se como intimamente vinculadas ao tipo de Estado de Direito que se pretende realizar. E, com isso, mesmo que se tente tratar do tema de forma abstrata, essa questão sempre se coloca em referência a um "fundo histórico" que condiciona os elementos e pressupostos que são essencialmente considerados para a legitimidade do direito.

Nesse sentido, Heller, ao mencionar a necessidade de articulação dialética entre preceitos jurídicos positivos (*Rechtssätze*) – que possuem validade empírica desde uma vontade estatal soberana – e princípios jurídicos fundamentais (*Rechtsgrundsätze*) – de pretensão de validade ética – não o faz desejando a estes qualquer universalidade ahistórica. Pelo contrário, baseia toda sua construção da Teoria do Estado como ciência da realidade e da constituição como realidade social, desde uma necessária perspectiva cultural. Trata-se, assim, de uma busca por conteúdos de relativa objetividade, que se colocam na forma da cultura, mas em disputa Política real.

Desse modo, em que pesem as importantes diferenças entre Reale e Heller, parece ser-lhes comum a preocupação com encontrar alguma objetividade ao conteúdo do direito, uma vez entenderem que a normatividade objetiva e coercitiva do direito é expressão de uma dada normatividade anterior na qual reside a dimensão da legitimidade. Também lhes é comum o identificar desses parâmetros – quer dos princípios jurídicos fundamentais de Heller, quer em termos de valores como trata Reale – a partir de figuras não claramente definidas, mas em normas que apresentam possibilidades de concreção diversas, que se realizam, quer como possibilidades (princípios jurídicos fundamentais), quer como concreção (preceitos jurídicos positivos), na História, na forma de normas culturais ou postas.

Também nessa linha, Neumann (2013, p. 98) anota que o direito material se caracteriza quando:

> "As normas do Estado são compatíveis com os postulados éticos definidos, sejam postulados da justiça, liberdade ou igualdade, ou qualquer outro. Essa noção de direito 'corresponde' à concepção do direito como normas, a partir do momento em que a essência das normas é o princípio racional (*logos*) que as engloba".

A legitimidade, assim, não caminha só ou isolada quanto à justificação das normas postas pelo Estado, pois, ele mesmo, o Estado, vive de sua justificação (Heller, 1998, p. 277). A estrutura do poder que assume sua forma organizacional de unidade de decisão e o monopólio da coerção no Estado, dialeticamente, cria direito e é por ele criada. Dito de outra forma, o Estado não se confunde com o direito, mas dele também não se cinde de maneira absoluta. Essa forma própria de organização também se justifica nos termos prescritivo-normativos de uma cultura e identidade específica, de mundividência própria, perspectivas de humano e de comunidade particulares, no tempo e no espaço, elas mesmas em disputa. O próprio Estado não é uma forma eterna, mas uma construção político-cultural dinâmica e real, orientada a transformar tendencias sociais em formas jurídicas (Heller, 1998, p. 264).

Essa perspectiva acaba por alinhar-se a uma tradição que reconhece a historicidade às próprias possibilidades de compreensão do humano e do mundo a que ele dá sentido. Ela se opõe a outras tradições que pretendem a experiência humana e o sujeito desde uma razão desprendida, que tendencialmente tem como consequência uma compreensão de sociedade como composta, simples e volitivamente, por indivíduos atomizados, desde uma liberdade *prima facie* que pode ser simplesmente constatada e descrita.

Por conseguinte, desde esse ponto de vista, é possível falar em duas grandes posições que caminham paralelamente. Uma delas que tenta explicar o humano, especialmente, a partir de uma razão universal(ista) e desprendida, e outra que, ao invés disso, pretende compreender a experiência humana a partir de seus sentimentos de pertença, compartilhados, construídos e disputados amiúde.

Essa dicotomia reproduz-se em vários episódios e correntes teóricas e políticas (não necessariamente homogêneas) que, recorrentemente, têm se oposto no curso da história das ideias e, também, do debate político, estando ainda mais acentuados a partir da Modernidade. De algum modo, ela pode ser vista já na disputa política da Revolução Francesa entre jacobinos e girondinos (Cattoni de Oliveira, 2016, pp. 58); nas críticas de Hegel a Kant e nos subsequentes neokantismos e neohegelianismos; ou, ainda, na mais contemporânea tensão entre *liberalismo* e *comunitarismo* (Taylor, 2000; Gargarella, 2008).

Parece possível identificar cada uma dessas tradições com uma pergunta a respeito dos projetos de vida dos sujeitos. Enquanto uma das tradições procura explicar sua identidade buscando resposta a "quem queremos ser?", outra aspira compreendê-la desde o perquirir pela identidade, por "de onde viemos?".

A identidade que se procura perguntando-se por "quem queremos ser?" revela a preocupação daqueles que pretendem explicar a experiência humana desde uma razão desprendida, de um indivíduo atomizado e de uma liberdade *prima facie*. Ela, por exemplo, está relacionada a uma específica visão de modernidade que Charles Taylor (1999) trata por *acultural*, que atribui aos indivíduos plena autonomia racional e transcendental, que, por exemplo, é fortemente encampada pelos diversos liberalismos (jurídico, político e econômico), mas também pelos positivismos, utilitarismos e pragmatismos.

Desde essa visão *acultural*, o próprio processo de modernização é entendido como uma série de transformações que se operaram de forma neutra, não definida nos termos de uma cultura específica, tampouco desde um passado comum ou em referência a algum projeto cultural. Nessa ordem, seria possível, até mesmo, que a modernidade fosse realizada indefinidamente por qualquer comunidade, independentemente de sua rede de significados, de seus valores compartilhados, enfim, de sua cultura (Taylor, 1999).

A formulação paradigmática dessa perspectiva de modernidade é a realizada pela Ilustração e por Kant. Seu impacto é ainda muito presente nas várias correntes da contemporaneidade, como o é, claramente, no positivismo normativista kelseniano ou, ainda, no liberalismo de John Rawls[114].

No entanto, do ponto de vista "ontológico" (Taylor, 2000), parece possível perguntar-se sobre o quanto esse argumento é passível de compreender a experiência humana. Se, por acaso, é aceitável uma descrição universal do sentido do humano, ou se, como dito, o sentido é algo sempre suposto.

Refletindo sobre isso, Alain Supiot (2006) atenta que a própria razão humana é apenas uma frágil conquista de um sentido cuja crença é compartilhada por cada um daqueles que nela acredita. Portanto, que a própria razão se assenta em certezas indemonstráveis, "em recursos

[114] Relacionando, criticamente, as posições de Rawls e Kelsen: Dyzenhaus (1997, pp. 234 *et seq.*).

dogmáticos, que são tantas outras pontes lançadas entre o universo do sentido e o universo dos sentidos". Tais certezas podem variar de uma sociedade a outra, e, inclusive, dentro de uma mesma sociedade de uma época a outra. Contudo, a necessidade de tais certezas é invariável, uma vez que, mesmo no mundo natural, "não há um sentido que se possa descobrir, pois o sentido é, necessariamente, suposto" (Supiot, 2006, p. 31).

Portanto, a suposição de racionalidade de alguma *ciência* (inclusive, *do direito*) que pretenda compreender a experiência sem realizar essa imanência do conteúdo na forma, apresenta-se como dúbia. Ela está fadada a variar entre: alguma ingenuidade que pretende por uma razão universal(ista) que, curiosamente, parece simplesmente substituir o lugar do *sentimento* da fé pelo *sentimento* da razão; e o risco da subversão do próprio conteúdo racional, simultaneamente suposto pela forma e desta originário, colocando em risco a própria continuidade entre a estrutura normativa e sua razão de ser, ou seja, no despregar de valor e norma.

Nesse sentido, a razão (ocidental) é, ela mesma, expoente de uma concepção determinada do humano que, assim, dá sentido à vida humana (Taylor, 2005). Desse modo, postula-se, novamente com Supiot (2006, p. 35):

> "O homem é um sujeito capaz de razão para que a ciência seja possível. E esta definição do ser humano não resulta de uma demonstração científica, mas de uma afirmação dogmática; é um produto da história do Direito e não da história das ciências[115]".

Assim, caminhando por esse curso, Nelson Saldanha (1986) identifica que a universalização é também um processo histórico, cultural-

---

[115] No contexto: "Como qualquer outra sociedade a nossa assenta numa determinada concepção do homem, que dá sentido à vida humana. (...) É, com efeito, necessário postular que o homem é um sujeito capaz de razão para que a ciência seja possível. E esta definição do ser humano não resulta de uma demonstração científica, mas de uma afirmação dogmática; é um produto da história do Direito e não da história das ciências. (Num sistema de pensamento que ignorasse estas dicotomias, as querelas escolásticas que opõem, por exemplo hoje, um neurólogo «materialista» e um filósofo «espiritualista» seriam muito simplesmente despidas de sentido. Um sistema cultural como o da China imperial, que ignorava a ideia de sujeito, não podia, evidentemente, ao contrário da Roma imperial, qualificar como objectos determinados homens e, logo, não podia senão ignorar a escravatura no próprio sentido do termo. Era preciso pensar o homem como objecto material para conceber a medicina como uma ciência e o trabalho como um bem negociável. A ciência e a economia modernas não teriam visto a luz do dia sem esta configuração jurídica própria do Ocidente, que é a pessoa humana" (Supiot, 2006, p. 35).

mente definido. Ela teve como marca importante, desde a ascensão do racionalismo, a secularização da cultura que veio a promover, em maiores dimensões, o processo de *universalização* de determinados conceitos basilares. É nesse sentido que também entende MacIntyre (2001, p. 450) ao destacar que "as filosofias morais, (...) embora possam ter aspirações mais pretenciosas, sempre expressam a moralidade a partir de algum ponto de vista social e cultural".

Nessa linha, a questão sobre "de onde venho?" não nega a preocupação com o "quem queremos ser?". Pelo contrário. Coloca-a desde uma perspectiva em que passado, futuro e presente não podem ser compreendidos de maneira desprendida, mas em implicação dialética. Assim, a identidade é encontrada nos sentimentos (culturais) de pertença, nas relações e compromissos e, principalmente, no projeto da comunidade que o indivíduo identifica como seu e que, também, se sente parte integrante e integrada, portanto, que o reconhece e em que é reconhecido.

Deste modo, entende-se que a liberdade deve ser compreendida como parametrizada por esses valores "inegáveis", não porque naturais, mas porque constitutivos de uma determinada identidade. Como dito, tendo-se em mente que a própria pergunta e resposta à questão "quem queremos ser?" já estão contidas na outra indagação "de onde venho?".

É nesses termos que compreendo que "um *como* nunca explicará um *quê*" e é nesse sentido que se pretende que uma ordem legítima se justifica em referência a uma *objetividade relativa*, construída e recebida do mundo da cultura, mas nunca de forma terminada. Ela é identidade reflexiva, imediatamente informativa e formativa, assim, mediatamente formada pelo cidadão e pela comunidade. E, como não nos deixa esquecer Gonçal Mayos (2015): "Cultural is political!", portanto, é identidade sempre em disputa.

Na modernidade, do ponto de vista político, deitam-se os parâmetros de justiça na vinculação material da ordem estatal com os valores fundadores e justificadores do constitucionalismo, que, como define Canotilho (2003), pode ser tomado como uma *teoria normativa da política*. Estes são relacionados a uma premissa de humano – à uma premissa antropológica-cultural (Häberle, 2003) – compartilhada em uma comunidade, que ao mesmo tempo em que é construída historicamente, é politicamente disputada, cotidianamente.

E assim, novamente, os processos sociais são decantados em forma, em última instância, na própria forma-direito e, nesse caso, mais especificamente na forma-direito do Estado Constitucional. Este pode ser entendido como um Estado com qualidades (Caontilho, 2003), que

se justifica/legitima em referência ao constitucionalismo, compreendido como um conceito de movimento; e, assim, à identidade do constitucionalismo, buscando atender às formas e conteúdos mais radicalmente decantados e estabilizados dessa forma jurídico-política, projetado num conceito normativo de constituição.

Portanto, essas mundividências encontram seu referencial último de objetividade na cultura e sua identidade. Ao seguimento próprio dessa rede no quadrante ocidental, essa cultura que apresenta uma configuração muito claramente explicita no Estado de Direito e no constitucionalismo, portanto, na cultura do constitucionalismo em suas sedimentações, processos e transformações, instituições, formas e normas. Em outros termos, nos laços do constitucionalismo que, em certo sentido, articulam-se em torno da dinâmica do reconhecimento do *eu* e do *outro* (Rosenfeld, 2012, p. 44), decorrente de uma determinada projeção político-cultural de humano.

É assim, em referência a essa rede de símbolos, signos e valores, logo, em referência a essa identidade decorrente dessa cultura do constitucionalismo, que se justifica e se arroga legítimo um Estado enquanto Estado Constitucional; e um Direito Constitucional como legítimo e, por isso, válido.

Voltando a Heller (1998, pp. 277-278):

> "El Estado vive de su justificación (...). Toda explicación se refiere al pasado, toda justificación al futuro (...). Las pretensiones realmente extraordinarias del Estado no se justifican por el hecho de que éste asegure 'cualquier' ordenación social-territorial, sino tan sólo, en cuanto aspire a una ordenación justa. La consagración del Estado únicamente se hace posible relacionando la función estatal con la función jurídica".

É desse modo que o Estado, particularmente o Estado de Direito é aquele que decide a partir da diferenciação fundamental entre justo e injusto, ordenado na forma direito. É essa projeção que justifica a aceitação das decisões do Estado, mesmo por aqueles que dela discordem. É essa justificação que faz dele não apenas uma ordem de coordenação que se impõe pela simples força coercitiva, mas ordem que se faz realizada pela de cooperação na ação social, da aceitação na diferença (Malkopoulou, 2020). Heller tampouco afirma isso para negar a necessidade do direito e de sua dimensão coercitiva, mas para fundamentar a própria dimensão da legitimidade.

Assim, essa própria decisão entre o justo e o injusto se dá na imanência da experiência real, pois, o "político é a luta entre as partes em conflito para influenciar ou determinar os termos da cooperação

social" (Dyzenhaus, 1996, p. 653). Logo, *negociar os limites éticos de uma sociedade é o pré-requisito dessa* cooperação e o que justifica a existência do Estado (Malkopoulou, 2020).

Diante dessa construção, não raro se aponta para um decisionismo helleriano, que, no entanto, apresenta-se como um decisionismo mitigado.[116] Para ele, a decisão fundamental não é aquela que trata da chave formal amigo/inimigo, como quer Schmitt, mas de justo/injusto. E, muito embora ela seja uma forma de justificação, portanto, voltada ao futuro, ela precisa ser tomada diante das circunstâncias do real. Assim, ela não pode ser desprendida das situações histórico-culturais estabelecidas, das quais decorrem aquilo que trata como *princípios jurídicos fundamentais*. Essas circunstâncias, no entanto, também são lidas dialeticamente, no limite, diante da articulação imanente passado e futuro.

Desse modo, dizer, como diz Neumann, que o direito não é apenas *voluntas*, mas *ratio*, é estabelecer uma forma política sofisticada, em que, em nome de previsibilidade (segurança jurídica), determinadas decisões comunitárias fundamentais são pré-estabelecidas e, de algum modo, cristalizadas em formas e, por vezes, em conteúdos que são tirados da alçada da decisão volitiva imediata, isto é, da política-com-p-minúsculo. Isso significa, portanto, estabelecer, nos termos de Heller, um mecanismo de aceitação do cumprimento de decisões comuns à comunidade, a fim de conduzir a cooperação social, mesmo quando tais decisões, imediatamente, são contrárias aos interesses particulares imediatos.

A força dessa cooperação se dá, justamente, pelo reconhecimento da legitimidade dessa forma anterior, que tem como desdobramento, a validade dos atos jurídicos. É nesse sentido, portanto, que se pretende que se possa afirmar que o direito é forma política sofisticada, pois, como uma vez disse Tobias Barreto: "a serpe que não devora a serpe, não se faz dragão; a fôrça que não vence a fôrça, não se faz direito; o direito é a força que matou a própria força".

---

[116] Para ser mais preciso, a dimensão decisionista do pensamento de Heller foi sofrendo alterações ao longo de sua trajetória. Com um pensamento, nesse sentido, orginalmente mais próximo ao de Schmitt, como o apresentado em sua obra "A Soberania" publicada em 1927, dele foi se afastando, sobretudo com o crescer das forças autoritárias, do fascismo em especial, e dos riscos à democracia de Weimar (Vita, 2014). Heller, um judeu socialista, não viveu para ver as atrocidades do nazismo, já que em 1934 morre no exílio em Madri.

O despolitizar dessa dimensão última de cooperação, a legitimidade; bem como o negar e o ignorar dessa politicidade, acaba por escamotear o fato de que sua própria condição de possibilidade de realização depende, necessariamente de uma dimensão política. No Estado Constitucional, se o direito regular consegue se impor pela força, as normas mais fundamentais da ordem constitucional, de um modo geral, nem mesmo dispõem de mecanismos coercitivos explícitos. A eficácia de uma constituição, no fundo, depende de algo muito mais etéreo que a sanção ou a desempenho da força estatal. No mais das vezes, ela dependerá de uma força bastante menos concreta e mais volátil como aquela apontada pelos conceitos de *vontade de constituição*, *sentimento constitucional*, *consciência constitucional*, *patriotismo constitucional* e *cultura de constituição*, que se relacionam com aquilo que de algum modo podemos tratar de um certo elemento vital da constituição.[117]

Assim, pretender que a autonomia do direito frente à política-com-p-minúsculo é um dado a ser descrito e não um projeto de cooperação social, isto é, um projeto Político, tende ao risco de fazer-nos perder de vista a politicidade dessa dinâmica. Retirar da disputa de interesses pessoais a própria configuração das regras do jogo, são consequência e projeção de decisões políticas fundamentais de uma comunidade. Perder isso de vista ou naturalizar essas formas como simplesmente dadas e não como formas a serem defendidas, porque expressão de decisões políticas fundamentais, é esquecer que a existência e realização do projeto da democracia e do Estado Constitucional se fazem na sua própria vivência, *no seu plebiscito diário*.

Últimas considerações

A proposta de se tomar o direito como forma política sofisticada parte de uma perspectiva dialética, que almeja, especialmente, desnaturalizar a questão da legitimidade, repolitizando-a. O ponto central dessa afirmação é o de reconhecer que o parâmetro normativo de justificação do direito, antes de ser um dado a ser descrito, trata-se de uma projeção prescritiva. Com isso pretendo atentar para o fato de que, em alguma medida, ele sempre estará em disputa na esfera pública.

Assim, a aspiração de autonomia do direito frente à política no Estado Constitucional, apresenta-se muito mais como uma pretensão normativa. Dito de outra forma, ao se professar a autonomia do campo

[117] Já tive a oportunidade de tratar desse aspecto e de alguns desses conceitos mais especificamente em: Bielschowsky (2021)

jurídico, em boa medida, se está projetando que o direito, sobretudo em suas formas e procedimentos, *deve ser* independente da política (política-com-p-minúsculo) para que assim possa se configurar, pelas mais diversas razões, em um espaço de tomada de decisões coletivas a partir de racionalidades, critérios e "métodos" previamente estabelecidos.

Se forma é conteúdo histórico-social decantado, é expressão de decisões políticas fundamentais cristalizadas e retiradas da esfera das disputas de interesses subjetivos imediatos, então essa relação precisa ser complexificada, reposicionada e identificada em sua politicidade.

Se o direito do Estado de Direito é a ordem que expressa de forma institucionalizada as tendências sociais, em última instância, compreendidas como legítimas; se, assim sendo, ele se apresenta como capaz de mover a ação comunitária conjunta, mesmo na pluralidade e nas divergências existentes em uma comunidade, i. e., é capaz de mover-se em cooperação social; ele é expressão – especialmente formal, mas, em alguma medida, também material – da decisão política fundamental entre justo e injusto que legitima e justifica a ordem e o poder. É apenas nesse sentido que o direito pode pretender ser *força que matou a própria força*.

Essa decisão não é tomada *ex nihilo*, mas se dá de maneira articulada a partir das circunstâncias reais e históricas dominantes em uma comunidade, que compartilha de uma rede de signos, símbolos e significados comuns, em alguma medida, sedimentada nas formas do direito e na própria forma-direito.

Essa afirmação sobre o conceito do direito tem alguns desdobramentos importantes. Primeiramente, há um tema anterior e bastante complexo, ligado à filosofia política, psicologia social e teoria da cultura, que diz respeito à reflexão acerca de como os parâmetros normativos últimos de justo/injusto conseguem se fazer dominantes em uma determinada comunidade. Ele se relaciona intimamente à *questão ontológica* colocada por Taylor e ao próprio sentido de humano e de comunidade.

Por outro lado, quanto a temas mais diretamente ligados ao debate jurídico, a perspectiva apresentada tem importantes consequências no que diz respeito ao tema da eficácia. Isso porque, da mesma forma que legitimidade e validade se implicam, legitimidade (aceitação) e eficácia (realização) também. Se a eficácia regular do direito válido pode ser explicada simplesmente pela capacidade de coordenação do poder político, legítimo ou ilegítimo, na situação limite que diz respeito à força do próprio ordenamento em sua dimensão macro, o olhar à dimensão da cooperação social implica que a eficácia de um ordenamento também depende de sua legitimidade.

Essa compreensão tem, ela mesma, outras consequências em pontos centrais à teoria do direito e da constituição, como, por exemplo, à teoria do poder constituinte. De mesmo modo, entender o direito como forma política sofisticada, também tem implicações no que diz respeito à epistemologia do conhecimento do campo jurídico, à natureza e sentido da dogmática jurídica e, mesmo, aos problemas da pretensão de "cientificidade da ciência do direito". Contudo, esses temas demandam trabalhos autônomos ainda por serem desenvolvidos.

Referências

Aguiló Regla, Josep (2007). Positivismo y postpositivismo; dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa, 30*, 665-675.

Alexy, R. (2009). *Conceito e validade do direito*. (G. B. de O. Mendes, Trad.). São Paulo: Martins Fontes. (Obra original publicada em 1992).

Atienza, M. (2014). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da jurisdição constitucional, 7*(2), 1-24.

Bielschowsky, R. M. (2013). *Democracia Constitucional*. São Paulo: Saraiva.

Bielschowsky, R. M. (2021). Elemento vital e garantia interna da Constituição: vontade de constituição, sentimento constitucional e patriotismo constitucional. *Revista Direito, Estado e Sociedade, 59*, 306-332. DOI: https://doi.org/10.17808/des.0.1260.

Bobbio, N. (2005). *Teoria da Norma Jurídica* (3ª ed, F. P. Batista & A. B. Sudatti, Trad.). Bauru: Edipro. (Obra original publicada em 1958).

Bonavides, P. (2004). A despolitização da legitimidade. In Bonavides, P. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade* (3 ed., cap. 2, pp. 33-51). São Paulo: Malheiros.

Bustamante, T. da R. (2011) Comment on Petroski - On MacCormick's Post-Positivism. *German Law Journal, l2*(2), 693-728.

Bustamante, T. da R. (2013). Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, *106*, 263-313.

Bustamante, T. da R. (2008). Uma defesa do pós-positivismo. *Virtù*, *2*, 1-40.

Calsamiglia, A. (1998) Pospositivismo. *Doxa*, *21*, 209-220.

Canotilho, J. J. G. (2001). *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas (2a ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Canotilho, J. J. G. (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7a ed.). Coimbra: Almedina.

Chiassoni, P. (2021). From Savigny to Linguistic Analysis: Legal Positivism through Bobbio's Eyes. In T. Spaak & P. Mindus (Eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism* (Cambridge Companions to Law, pp. 325-348). Cambridge: Cambridge University Press.

Cattoni de Oliveria, M. A. (2016). *Devido Processo Legislativo*: uma justificativa democrática do controle de constitucionalidade das leis e do processo legislativo (3a ed.). Belo Horizonte: Editora Fórum.

Coutinho, L. P. P. (2009). *Autoridade Moral da Constituição*: da fundamentação da validade do Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora.

Dimoulis, D. (2016). *Manual de introdução ao estudo do Direito* (7a ed.) São Paulo: RT.

Dimoulis, D. (2006). *Positivismo Jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método.

Dinis, M. H. (2009). *Compêndio de introdução à ciência do direito*: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito (20a ed., ed. rev.). São Paulo: Saraiva.

Dyzenhaus, D. (2002). Hermann Heller. In A. Jacobson & B. Schlink, Bernhard (org.). *Weimar*: a jurisprudence of crisis (pp. 249-279). Berkley: University of California Press.

Dyzenhaus, D. (1997); Holmes and Carl Schmitt: An Unlikely Pair. B*rooklyn Law Review*, *63*(1), 165-188.

Dyzenhaus, D. (1998). Law as justification: Etienne Mureinik's conception of legal culture. *South African Journal On Human Rights*, *14*(1), 11-37.

Dyzenhaus, D. (1997). *Legality and Legitimacy:* Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford: Oxford University Press.

Ferrajoli, L. (2012). El constitucionalismo entre principios y reglas. *Doxa*, *35*(1), 791-817.

Ferraz, T. S., Jr. (2011). *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação (6a ed.) São Paulo: Atlas.

Ferrer Beltrán, Jordi *et al* (eds.). (2013). *Neutrality and Theory of Law*. Dordrecht: Springer.

Garcia Figueroa, A. (2009). La teoría del derecho en tempos de constitucionalismo. In M. Carbonell (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (4 ed pp.159-186). Madri: Trotta.

Gargano, A. (2011). Il pensiero politico nella Repubblica di Weimar. Nápoles: Istituto Italiano per gli Studi Filosofici.

Gargarella, R. (2008) *As teorias da justiça depois de Rawls:* um breve manual de filosofia política (A. R. Freire, Trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes. (Obra original publicada em 1999).

Häberle, P. (2003). *El Estado Constitucional* (H. Fix-Fierro, Trad.). México: UNAM

Hesse, K. (1991) *A força normativa da Constituição* (G. F. Mendes, Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. (Obra original publicada em 1959).

Heller, H. (1996). El sentido de la política. In H. Heller. *El sentido de la política y otros ensayos* (pp. 57-60). Valencia: Pre-textos. (Obra original publicada em 1924).

Heller, H. (1965). *La Soberanía*: contribución a la teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional. México: UNAM. (Obra original publicada em 1929).

Heller, H. (1998). *Teoría del Estado* (L. F. Tobio, Trad.). México: FCE. (Obra original publicada em 1934).

Herrera, C. M. (2012). *A política dos juristas*: direito, liberalismo e socialismo em Weimar (L. Caplan, Tad.). São Paulo: Alameda.

Levi, L. (2010). Legitimidade. In N. Bobbio & N. Matteucci & G. Paquino.. *Dicionário de Política* (Vol. 2, pp. 675-679, 13a ed., C. C. Varriale *et al*, Trad.) Brasília: Editora UnB.

Lima Vaz, H. (2004). *Escritos de Filosofia II*: ética e cultura (4 ed.). São Paulo: Loyola.

Losano, M. G. (2007). Norberto Bobbio y el positivismo jurídico. *Derechos y libertades, 17*, 17-44.

Löwy, M. (1991). *Ideologias e ciência social*: elementos para uma análise marxista (7a ed). São Paulo.

Lucas Verdú, P. (1989a). Carl Schmitt Interprete Singular Y Maximo Debelador De La Política-Constitucional Demoliberal. *Revista de Estudios Políticos, 64*, 25-92.

Lucas Verdú, P. (1989b). La teoría escalonada del ordenamiento jurídico de Hans Kelsen como hipótesis cultural, comparada con la tesis de Paul Schrecker sobre «la estructura de la civilización». *Revista de Estudios Políticos*, *66*, 7-65.

Lyra, R. Filho. (1984) Marx e o Direito. *Educação e Sociedade*, *6*(18), 97–115.

MacIntyre, A. (2001). *Depois da Virtude*: um estudo de teoria moral (J. Simões, Trad.). Bauru. (Obra original publicada em 1981).

Malkopoulou, M. (2020) Hermann Heller on politics: discipline, sphere and activity. *History of European Ideas*, 46(4), 393-404.

Marquisio, R. (2017). Tres modelos de postpositivismo jurídico. *Anales De La Facultad De Ciencias Juridicas Y Sociales De La Universidad Nacional De La Plata, 47*, 864-885.

Mata Machado, E. G. (1995). *Elementos de Teoria Geral do Direito*. Belo Horizonte: Editora da UFMG.

Matos, A. S. de M. C. (2006). *Filosofia do Direito e Justiça*: na obra de Hans Kelsen (2 ed.) Belo Horizonte: Del Rey.

Mayos Solsona, G. (2015). 'Cultural is Political'. Libertad y reconocimiento culturales. In *Actas de las Jornadas de Filosofía sobre la Libertad*. Acesso em: 09/07/2015. Disponível em: http://www.ub.edu/filosofia-estetica-cultura/sobrelalibertad/goncalmayos.html

Mureinik, E. (1994). A bridge to where? Introducing the interim Bill of Rights. *South African Journal On Human Rights*, *10*(1), 31-48.

Neumann, F. (2009). *Behemoth*: the structure and practice of National Socialism, 1933-1944. Chicago: Ivan R. Dee.

Neumann, F. (2013). *O Império do Direito*: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna (R. S. Melo, Trad.). São Paulo: Quartier Latin. (Obra original publicada em 1980).

Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho* (2a ed., ed. rev.). Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Otero, P. (2007). *Instituições políticas e Constitucionais* (Vol. 1). Coimbra: Almedina.

Otero, P. (1998). *Lições de Introdução ao Estudo do Direito* (Vol. 1, T. 2). Lisboa: Pedro Ferreira.

Pachukanis, E. (2017). *Teoria geral do direito e marxismo* (P. V. de Almeida, Trad.). São Paulo: Boitempo. (Obra original publicada em 1924)

Pavlakos, G. (ed.). (2007). *Law*, *right and discourses*: the legal philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing

Petroski, K. (2011) Is post-positivism possible? *German Law Journal, l2*(2), 663-692.

Reale, M. (1998) Direito e legitimidade. In M. Reale. *Nova fase do Direito Moderno* (2a ed., 65-69) São Paulo: Saraiva.

Reale, M. (2002). *Filosofia do Direito* (20a ed.). São Paulo: Saraiva.

Reale, M. (2003). *Lições preliminares de Direito* (27a ed.) São Paulo: Saraiva.

Rosenfeld, M. (2010). *The identity of constitutional subject*: selfhood, citizenship, culture and community. Nova York: Routledge.

Saldanha, N. (1986) *Historicismo e Culturalismo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Recife: FUNDARPE.

Santos, B. de S. (1998). *O discurso e o Poder*: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor.

Schmitt, C. (2011) Sobre os três tipos do Pensamento Jurídico (P. Naumann, Trad.). In R. P. Macedo Jr. *Carl Schmitt e a Fundamentação do* Direito (131-176, 2 ed.). São Paulo: Saraiva. (Obra original publicada em 1934).

Sgarbi, A. (2020). *Curso de teoria do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Sousa, J. G., Jr. (2008). *Direito como Liberdade: o Direito achado na rua experiências emancipatórias de criação do Direito*. Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, Brasil.

Streck, L. L. (2001). Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da Constituição brasileira. In J. A. L. Samapio & A. R. S. Cruz (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional* (pp.249-294). Belo Horizonte: Del Rey.

Supiot, A. (2006). *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito (J. Chaves, Trad.). Lisboa: Instituto Piaget. (Obra original publicada em 2006).

Taylor, C. (2000). Propósitos entrelaçados: o debate liberal-comunitário. In C. Taylor, *Argumentos filosóficos* (pp. 197-220, A. U. Sobral, Trad.). São Paulo, Edições Loyola. (Obra original publicada em 1995).

Taylor, C. (1999). Two Theories of Modernity, *Public Culture, 11*(1), pp. 153–174.

Taylor, C. (2005). *Fontes do Self*: a construção da identidade moderna (2a ed., A. U. Sobral & D. A. Azevedo, Trad.). São Paulo: Edições Loyola. (Obra original publicada em 1989).

Troper, M. (2008). *A filosofia do direito* (A. Deiró, Trad.). São Paulo: Martins. (Obra original publicada em 2003).

Villa, V. (1997). Legal Theory and Value Judgments. *Law and Philosophy, 16*(4), 447-477

Vita, L. (2015). La noción de principios jurídicos em la teoría del derecho de Hermann Heller. *Isonomía*, *43*, 49-75.

Warat, L.A. (1982). Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Seqüência*, *3*(5), 48-57.

Do conceito de direito no Brasil: um ensaio de história do pensamento jurídico a partir de Miguel Reale e Roberto Lyra Jr.

Diego Nunes

Professor Adjunto no Departamento de Direito e no Programa de Pós- Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil). Membro externo do Ph.D. Program in Diritto & Innovazione - Università degli Studi di Macerata (Itália). Foi Professor Adjunto na área de Fundamentos do Direito na Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia (Brasil). Doutor em História do Direito pela Università degli Studi di Macerata (Itália). Mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil), possui graduação em Direito também pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil). Líder do grupo de pesquisa em História da Cultura Jurídica Ius commune (UFSC /CNPq). Foi pesquisador visitante no Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (Frankfurt, Alemanha) e professor visitante nas Universidades de Milão (Itália) e Ghent (Bélgica)

1. www.google.com.br, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil, 29 de julho de 2021, 15:00h. Pesquisa por "conceito de direito Brasil": Aproximadamente 16.600.000 resultados (0,42 segundos). Resultados principais da primeira página: jusbrasil.com.br, direitonet.com.br, ambitojuridico.com.br, jus.com.br, todos sites de divulgação jurídica geral, com notícias do mundo jurídico nacional, artigos de opinião, repositório de decisões judiciais. Alguns textos têm certa pretensão científica ou ao menos didático-doutrinária, na medida em que buscam comunicar conceitos.

Um rápido olhar nos ajuda a ilustrar de forma mais clara as ideias mais recorrentes acerca do conceito de direito no Brasil. Em "Conceito do Direito, uma análise", de Adeilson Oliveira[118], são apresentados de uma só vez definições de vários autores nacionais (de clássicos como Vicente Rao e Miguel Reale a Paulo Dourado de Gusmão, Wilson Campos de Souza Batalha e Paulo Nader) e, em meio a eles, Hans Kelsen. Já em "Conceito de Direito", um resumo anônimo[119], aparecem Roberto De Ruggiero e Fulvio Maroi, além de novamente Reale. Por sua vez, "O conceito de Direito", de Luis Eduardo Oliveira Alejarra[120], com uma estrutura mais semelhante a de um texto cien-

---

[118] https://adeilsonfilosofo.jusbrasil.com.br/artigos/236657665/conceito-do-direito-uma-analise

[119] https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/10/Conceito-de-Direito

[120] https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-119/o-conceito-de-direito/amp/

tífico, sem apresentar definições prévias de outros autores (ainda que mencione clássicos como Kelsen, Gustav Radbruch, Norberto Bobbio e Herbert Hart, além do brasileiro Roberto Lyra Filho), chega à conclusão da impossibilidade de um conceito uno de direito, a uma por que os juristas tendem a se dividir entre jusnaturalistas e juspositivistas (aceitando, portanto, a atualidade e denegando – ou incompreendendo – a historicidade da distinção) e por entender que a justiça só poderia ser encontrada em casos concretos (atrelando o conceito de direito ao de ordem justa - no sentido de que o que é justo é o objetivo do direito - e denegando a impossibilidade de especulação). Enfim, em "O conceito de Direito", de Daniele Comin Martins[121], há menção direta aos conceitos de direito de Kelsen, Hart, Bobbio e Lyra Filho.

O que une toda essa miríade de autores arrolada, ou ao menos o recorte que os autores dos textos de internet pesquisados deram a essas obras, é uma concepção positivista, no sentido de que direito é direito posto, e não vinculado a uma ordem natural e ou anterior de critérios de justiça; normativista, porque apontam as normas como objeto do direito; monista, na medida em que invocam o poder de emanar normas ao estado ou a alguma "autoridade soberana" (portanto, política); e sancionatório, pela invocação à necessidade de coerção para a sua obediência. Uma análise mais detida ao rol de teóricos apresentado poderia nos levar a conclusões diversas, mas isso será objeto de escrutínio mais à frente.

Importa mais nesse momento compreender o recorte destes textos "populares", dada a sua exposição pelo Google, haja vista que o escopo desta primeira cognição tem como objetivo captar aquilo que Luis Alberto Warat denominou, inspirado em Bourdieu, de "senso comum teórico dos juristas"[122]. Isso porque os textos desses sites são produzidos por juristas, maciçamente atuantes nas profissões jurídicas não-acadêmicas (advogados em primeiro lugar, mas também membros do Judiciário e Ministério Público e outras profissões jurídicas), ainda que alguns deles busquem formação universitária em nível de pós-graduação stricto sensu.

Alguém poderia perguntar qual a relevância deste exercício, que colhe apenas vulgatas, e não especulações mais sofisticadas. A

---

[121] https://jus.com.br/artigos/20549/o-conceito-de-direito

[122] Professor de Teoria e História do Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil). Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de Macerata (Itália). E-mail: nunes.diego@ufsc.br

ideia foi justamente de tentar perceber quais são as permanências no imaginário dos juristas brasileiros quando eles fazem a mais elementar pergunta sobre a sua área de atuação. Vê-se, por exemplo, o papel secundário que os autores nacionais exercem, ainda que sejam eles a fornecer o canal de mediação para os "clássicos" internacionais. Em última instância, restamos com uma pré-compreensão tradicional acerca do direito e práticas "neoconstitucionalistas", o que soa paradoxal.

Em tempos de pandemia, que impossibilitam o acesso a bibliotecas e mesmo a locomoção mais ampla na busca por materiais, a internet, que já era o repositório primário para a compreensão acerca da existência de referências sobre determinado tema, deixou de ser um ponto de partida e tornou-se quase que a única alternativa.

Por isso, vale refazer o exercício sob o ponto de vista acadêmico. Utilizando o mesmo critério de busca, ao inserir "conceito de direito" nas bases de dados de periódico Scielo e Jstor, foram encontrados apenas 16 e 14 resultados, respectivamente, sendo que boa parte se refere a textos não de Teoria do Direito, mas de direito civil, administrativo, dentre outros.

Na plataforma Scielo, destacam-se os textos "The Guard And The Formula", de Carlos Eduardo Paletta Guedes e João Vitor De Freitas Moreira[123], em crítica aos postulados teóricos de Radbruch e Robert Alexy; "A filosofia analítica do Direito é etnograficamente limitada?", de Valdenor Monteiro Brito Júnior[124], que discute a pretensa universalidade de teóricos como Hart e Joseph Raz; "Franz Neumann, o direito e a teoria crítica", de José Rodrigo Rodriguez[125], apresentando Franz Neumann como aporte crítico à revalorização recente de Carl Schmitt; e "Hart, Dworkin e discricionariedade", de Daniela R. Ikawa, a discussão clássica entre Hart e Ronald Dworkin[126].

Já na plataforma Jstor, sobressaem-se o texto de Bruno Nadai, "Progresso e moral na filosofia da história de Kant"[127], livro em que se trazem as preocupações de Immanuel Kant sobre o conceito de direito, ainda que não fosse o centro do debate; os vários capítulos de Boaventura de Sousa Santos (em que pese português, com grande

[123] https://www.scielo.br/j/rdp/a/fJ4PxpcxYrg9XCk3Kx8378w/?lang=pt

[124] https://www.scielo.br/j/rdgv/a/rXYXScSPdDYKRGb8nMpkJsm/?lang=pt

[125] https://www.scielo.br/j/ln/a/5Wn7ypSvzwX6mVmgjkZzkKF/?lang=pt

[126] https://www.scielo.br/j/ln/a/cgdjHPhWt5DhNCFGgdKdQJG/?lang=pt

[127] https://www.jstor.org/stable/10.7476/9788568576885

impacto no direito brasileiro) em "Construindo as Epistemologias do Sul Para um pensamento alternativo de alternativas", volumes I e II, como "Para além do pensamento abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes"[128], em que apresenta e critica o conceito moderno de direito "uma norma universalmente válida emanada do Estado e por ele imposta coercitivamente se necessário"[129], "Os direitos humanos: Uma hegemonia frágil"[130], em que equivale o conceito de direito ao individualismo burguês[131], "O pluralismo jurídico e as escalas do direito: O local, o nacional e o global"[132], aduzindo que este conceito moderno é redutor pela construção da equação entre estado, nação e direito[133] e estabelece conceito próprio[134], e "Para uma teoria sócio-jurídica da indignação: É possível ocupar o direito?"[135] pergunta qual seria o conceito de direito se os manifestantes da década de 2010 pudessem formular uma teoria jurídica crítica[136], que contrariaria seus estudos anteriores de que o direito pode ser usado de forma anti-hegemônica, fazendo-se necessário adotar um constitucionalismo transformador, formado por um direito constitucional reconfigurativo somado à pressão de baixo para cima; e, por fim, Sara Araújo em "O primado do direito e as exclusões abissais: reconstruir velhos conceitos, desafiar o cânone"[137] traz à tona o direito achado na rua a partir de José Geraldo de Sousa Jr.[138]

---

[128] https://www.jstor.org/stable/j.ctvt6rkt3.18

[129] Idem p. 658

[130] https://www.jstor.org/stable/j.ctvt6rkm6.12

[131] Idem p. 213

[132] https://www.jstor.org/stable/j.ctvt6rkm6.11

[133] Idem p. 198

[134] "Seguindo a literatura antropológica jurídica e a filosofia do direito antipositivista de inícios do século XIX, concebo o direito com um corpo de procedimento regularizados e standards normativos que se considera exigível – ou seja, susceptível de ser imposto por uma autoridade judicial – num grupo determinado e que contribui para a criação, prevenção e resolução de disputas através de discursos argumentativos unidos à ameaça da força" p. 201

[135] https://www.jstor.org/stable/j.ctvt6rkm6.15

[136] Idem p. 289

[137] https://www.jstor.org/stable/j.ctvnp0k5d.17 Epistemologías del Sur: epistemologias do Sul Maria Paula Meneses Karina Bidaseca 2018 CLACSO

[138] Idem p. 359-360

Vê-se, com este segundo momento de pesquisa empírica, em um primeiro plano, que se vê superada a dimensão do conhecimento vulgar, tendo em vista a maior fiabilidade do segundo conjunto de informações. Porém, novamente se verifica um suposto universalismo que prima pelos "clássicos" em detrimento de autores nacionais, ainda que haja espaço para teorias críticas, por exemplo. Isso sem falar na contemporânea discussão acerca da interseccionalidade, em que poderíamos acrescentar tratarem-se a grande maioria dos autores de homens brancos, que em sua totalidade discutem teorias de outros homens brancos[139].

Ainda que de forma fragmentária, esse conjunto auxilia a justificar a relevância do estudo do conceito de direito no Brasil. A pesquisa acerca de como o pensamento jurídico brasileiro internalizou os tipos de conceito de direito predominante levará em consideração dois pressupostos de análise: primeiro, que a análise lidará, irremediavelmente, com uma "história 'jurídica' do tempo presente", pois olhar fenômenos jurídicos "vivos" com olhar contextual, sempre respeitando a autonomia do passado e a dimensão da temporalidade. Segundo, adota-se aqui uma visão redutiva de Teoria do Direito e, portanto, que tipo de conceito ela pode almejar: leva-se em consideração as tentativas de descrição daquilo que o direito é, e não o que ele deveria ser; um modelo que explique a realidade, e não uma projeção de uma nova realidade. Isso obviamente não exclui nem diminui a força e a necessidade da filosofia para a construção deste raciocínio, dado que o direito está (ao menos, isto é consensual dentro da postura positivista normativista, que é dominante) na dimensão do dever-ser, mas busca traçar uma fronteira mínima entre Teoria e Filosofia do Direito.

---

[139] Fiquemos, por ora, apenas com o exemplo das mulheres: uma simples busca no Google com o parâmetro "teoria do direito mulheres" apresentou na primeira página diversos artigos científicos sobre teoria[s] feminista[s] do direito. De um lado, isso demonstra uma produção ascendente, mas de outro revela que tais ideias ainda não foram incorporadas ao mainstream jurídico brasileiro sobre o conceito de direito e à academia jurídica pátria, pois não constam menções nem nos textos gerais de internet, nem nos artigos científicos de bases de dados prestigiosas. Isso sem falar que alguns textos possuem coautoria ou autoria exclusiva de homens. Exemplos de resultado: http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1381430313_ARQUIVO_cynthiasemiramis.pdf, https://indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/954, https://revistas.pucsp.br/index.php/DDEM/article/view/49385, https://www.scielo.br/j/rdp/a/x5trC5QHTqMpVsDSm9h5bfC/?format=pdf&lang=pt, https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6797, http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/130

Tendo em vista que os trabalhos selecionados não trazem informações relevantes sobre a história do conceito de direito para além da dualidade juspositivismo-jusnaturalismo, e nenhum deles tratar-se de esforço historiográfico acerca da dimensão jurídica, o que a princípio habilita a realização deste estudo, que não se sobrepõe diretamente a nenhum outro anterior.

Dadas as limitações do formato deste texto e do momento histórico que vivemos faremos o esforço de verificar as disputas em torno do conceito de direito a partir de autores nacionais que podem ser considerados arquétipos de suas vertentes. Para este trabalho, pretende-se analisar os conceitos de Reale (teoria tridimensional do direito) e Lyra Filho (teoria dialética do direito).

Os autores foram escolhidos porque representam momentos diversos da ciência jurídica nacional. Reale representa uma perspectiva que bebe na filosofia para a construção de uma teoria jurídica; fazia incursões dogmática no direito civil; advinha de uma sede tradicional, a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no Largo São Francisco; possuía uma posição política à direita; e era arquétipo uma geração de juristas que surgiram durante a Era Vargas e se consolida na Ditadura Militar. Lyra Filho representa uma perspectiva que bebe na sociologia para a construção de uma teoria jurídica; fazia incursões dogmática no direito penal; advinha de uma sede inovadora, a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília em seu campus modernista; possuía uma posição política à esquerda; e era arquétipo uma geração de juristas que nascidos durante a Era Vargas e que ascendem como opositores aos juristas dominantes na Ditadura Militar.

O trabalho foi construído a partir de obras de veiculação mais ampla dos autores. De Reale, um manual: "Lições preliminares de Direito", editado originalmente em 1973. De Lyra Filho, um livro de bolso: "O que é direito", editado originalmente em 1982. Ambas as obras sobreviveram à morte dos autores e são ainda hoje publicadas. Formas de divulgação científica estratégicas que estes autores utilizaram para difundir suas ideias. O objetivo é justamente verificar textos que a seu tempo tiveram grande alcance e, justamente por isso, povoem o imaginário dos juristas brasileiros, ainda que – como visto, Kelsen e outros autores estrangeiros predominem na paisagem, em detrimento de pensadores locais.

Como que em um jogo de espelhos, este trabalho fará em dois tempos a análise dos conceitos de direito os quais Reale e Lyra Filho foram capazes de construir, dando-lhes voz para compreendermos o

instrumental teórico mobilizado e suas tentativas de popularização dos mesmos.

* * *

2. Tido como o grande jurista brasileiro do século XX, a figura de Reale guarda grande polêmica por sua participação a Ação Integralista Brasileira. O integralismo foi um movimento de inspiração fascista com motes nacionalistas surgido nos anos de 1930, durante a juventude de nosso autor, e duramente reprimido durante o Estado Novo de Vargas. Passado esse período, dedica-se cada vez menos à política partidária e investe na política acadêmica, tendo sido duas vezes reitor da USP, a última no auge da repressão durante ditadura. Academicamente, passou a desenvolver seus trabalhos de teoria, filosofia e direito privado.

As "Lições preliminares de direito" (São Paulo: Saraiva, 2007 - 27 ed. – o autor faleceu em 2006) são parte do itinerário de maturidade intelectual de Reale. Como obra de síntese, tinha como objetivo ser um manual de introdução ao direito diferente daqueles que povoavam o panorama de obras semelhantes no Brasil: "ao invés de uma espécie de Enciclopédia Jurídica, que redunda sempre em um amálgama indefinido de noções, preferi situar os problemas gerais do Direito Positivo em função da *teoria tridimensional do direito*, resultando de minhas meditações sobre a estrutura e a natureza da experiência jurídica" (REALE, 2007, p. XI).

Ou seja, estava no horizonte do autor aproveitar o livro para divulgar o que ele considerava sua mais importante conquista teórica: "Não será demais ponderar que, com este livro, se demonstra que a teoria tridimensional do Direito, além de seus possíveis valores no plano filosófico, abre algumas perspectivas originais também no plano da *Teoria Geral do Direito*. De certo modo, é uma contraprova de seu alcance, na medida em que é aplicada visando à *compreensão positiva e técnica* da experiência jurídica" (REALE, 2007, p. XVI).

Na obra, Reale constrói o seu conceito de direito em dois momentos. O primeiro é no capítulo I, sobre o "objeto e [a] finalidade da introdução ao estudo do direito". Para tanto, começa a traçar um conceito provisório, sabido pelo "homem comum", de que o direito seria "lei e ordem", em que aquele ou "comporta-se direito", ou "age torto": "um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros" (REALE, 2007, p. 1).

Passa então às tradicionais digressões terminológicas sobre os termos latinos, analisando o direito enquanto comportamento: direção (*directum* - reto), ligação, (*lex* - liame, e *ius* - jungir) e obrigatoriedade. Retoma, sem mais detalhes, a obra de Santi Romano (como faz, ademais, com todos os autores que menciona, ao que parece pelo estilo de aulas que o texto possui), para perceber o direito como ordem, direção e solidariedade (REALE, 2007, p. 2).

Do mesmo modo, introduz a ideia de "experiência jurídica" (claramente inspirada no filósofo do direito italiano Giuseppe Capograssi, ainda que nem tenha merecido a menção, talvez por entender que já tivesse construído a sua própria ideia do termo) como relações intersubjetivas através do direito. Não apenas *ubi societas, ibi ius*, adverte Reale, mas a recíproca – *ubi ius, ibi societas* – do direito enquanto fenômeno social seria verdadeira (REALE, 2007, p. 2).

Mais importante, o homem rudimentar viveu cumprindo o direito sem se preocupar em conceituá-lo: autonomia da moral e da religião (REALE, 2007, p. 2). Mas, "a conscientização do Direito é a semente da Ciência do Direito" (REALE, 2007, p. 3). Aqui claramente se evoca, sem qualquer referência mais clara, ao mundo romano, que fez a passagem do olhar sobre o direito como fato (*fas* – fado, destino divino) para fato teórico (plano da consciência humana). Para ele, essa correlação entre fato e ciência no direito fez com que em português e outras línguas neolatinas tais dimensões se identificassem com o mesmo termo (diferente do *common law*, que manteve a separação entre *Law/Right* e *Jurisprudence*, como no *ius commune*): "é difícil, com efeito, separar a experiência jurídica das estruturas lógicas, isto é, das estruturas normativas nas quais e mediante as quais ela se processa" (REALE, 2007, p. 3).

O direito enquanto fato histórico e social significa viver em mudança constante, mas em uma realidade única, tendo como "constantes" os elementos comuns da experiência jurídica, "inconfundíveis" (REALE, 2007, p. 3): "há, portanto, em cada comportamento humano, a presença, embora indireta, do fenômeno jurídico: o direito está pelo menos pressuposto em cada ação do homem que se relaciona com outro homem" (REALE, 2007, p. 5).

Surge aqui a dimensão do direito enquanto instrumento de tutela da ação humana: "o direito é, sob um certo prisma, um manto protetor de organização e de direção dos comportamentos sociais" (REALE, 2007, p. 5). Para isso, "o direito como um todo" articula-se em "um conjunto de disciplinas jurídicas" (REALE, 2007, p. 4): "Existem tantas espécies de normas e regras jurídicas quantos são os

possíveis comportamentos e atitudes humanas" (REALE, 2007, p. 6). Para o autor, "disciplina" deve ser compreendida como uma moeda com duas faces, a de limite e a de razão.

Após essa primeira lição, Reale passa pelas ciências afins, depois uma incursão sobre natureza e cultura, mundo ético e a relação entre direito em moral para, enfim, chegar ao "conceito [definitivo] de direito" e "sua estrutura [necessariamente] tridimensional".

Tal longa digressão tinha como objetivo separar a normatividade jurídica da normatividade moral, e complexificar o conceito preliminar então estabelecido: "O estudo das diferenças e correlações entre a moral e o direito já nos permite dar uma noção do Direito, sem que nos mova a preocupação de definir. Resumindo o já exposto podemos dizer que o Direito é a *ordenação bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum*" (REALE, 2007, p. 59). O elemento da bilateralidade advém da noção proporcionalidade de Aristóteles e da alteridade de Tomás de Aquino: a justiça seria uma virtude objetiva porque implicaria na relação entre duas pessoas. O elemento do bem comum não é a mera soma ou média de cada bem individual, mas a "composição harmônica" dos bens individuais com o bem coletivo (REALE, 2007, p. 55-56).

Em seguida evoca a noção de direito para Dante (*De Monarchia*, L. II, V: "*ius est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae servata societatem servat, corruipta corrumpit*"). Chama-lhe primeiramente a atenção que em tal noção a coação é um elemento externo a tal definição. Em suma, o direito seria proporção: "O Direito não é uma relação qualquer entre os homens, mas sim aquela relação que implica uma proporcionalidade, cuja medida é o homem mesmo" (REALE, 2007, p. 60). Esta proporção está ligada não apenas aos homens, mas ao mundo da vida: relações reais e pessoais. Tal qual a distinção da natureza do direito privado, ela levanta a questão de que as relações humanas se dão em virtude da *res* (REALE, 2007, p. 60-61).

Retoma o problema da plurivocidade do termo "direito", analisando-o como ciência, ou mais tradicionalmente, "jurisprudência", equiparando-a à experiência jurídica. O termo "direito" refere-se, ao mesmo tempo, à ciência (do próprio direito) e ao objeto ("ordenamento jurídico"), mas também como justo e como direito subjetivo (ação regulada). Neste último caso, o direito ao mesmo tempo ordena e garante a faculdade de agir: "ao mesmo tempo que delimita a ação, garante-a dentro do espaço social delimitado" (REALE, 2007, p. 63).

O objetivo desta retomada era abrir a brecha necessária para inserir o argumento sobre a natureza tridimensional do direito, vale

dizer, não apenas unidimensional enquanto normativa: "O simples fato de existirem várias acepções da palavra Direito já devia ter suscitado uma pergunta, que todavia, só recentemente veio a ser formulada, isto é: esses significados fundamentais que, através do tempo, têm sido atribuídos a uma mesma palavra, já não revelam que há aspectos ou elementos complementares na experiência jurídica?" (REALE, 2007, p. 64).

Reale então apresenta os três aspectos básicos da natureza jurídica: normativo (ordenamento), fático (efetividade), axiológico (justeza) (REALE, 2007, p. 64-65). Para o autor, a tridimensionalidade estaria demonstrada por ao menos três razões: primeiro, que todo fenômeno jurídico seria a soma de um fato subjacente, um valor que significa o fato e uma regra que expressa a medida entre fato e valor; segundo, esses elementos "coexistem numa unidade concreta"; e, terceiro, a exigência recíproca e a processualidade (historicidade) (REALE, 2007, p. 65). Usa o exemplo de cobrança de um título de crédito: a partir de um fato econômico, verifica-se o valor do crédito, e desta síntese surge a norma com a estatuição da autonomia/literalidade/abstração/exequibilidade do título (REALE, 2007, p. 66).

Nesse sentido, a norma jurídica "é síntese integrante de fatos ordenados segundo distintos valores" (REALE, 2007, p. 67), e sua aplicação representa o processo dinâmico da estrutura tridimensional, a que o autor se refere como a "dialética da implicação-polaridade" (ou "dialética da complementaridade").

Esta, "que não se confunde com a dialética hegeliana ou marxista dos opostos", "aplicada à experiência jurídica, o *fato* e o *valor* nesta se correlacionam de tal modo que cada um deles se mantém irredutível ao outro (polaridade) mas se exigindo mutuamente (implicação) o que dá origem à estrutura *normativa* como momento de realização do direito" (REALE, 2007, p. 67).

Com isso, Reale se arrisca a fazer três diferentes definições de direito. Primeiro, a partir do fato, a "realização ordenada do bem comum": "*Direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva*"; segundo, a partir da norma, a "ordenação bilateral-atributiva de fatos segundo valores": "*Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores*"; e, terceiro, a partir do valor, a "concretização da ideia de justiça": "*Direito é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores*" (REALE, 2007, p. 67).

Apesar de claramente serem três conceitos diferentes, ainda que complementares, parecem possuir elementos distintos, não sendo apenas uma questão de ênfase. Ainda assim, conclui laconicamente que "[...] a compreensão integral do Direito somente pode ser atingida graças à correlação unitária e dinâmica das três apontadas dimensões da experiência jurídica [...]" (REALE, 2007, p. 68).

Dali em diante, o autor passa a tentar aplicar a teoria tridimensional ao estudo introdutório à ciência jurídica, como se propunha no prefácio à obra. Não são muitos os momentos em que o fez, mas os reservou para questões fundamentais: a teoria da norma jurídica e a teoria do ordenamento jurídico. O conceito, portanto, se irradia para os elementos do direito.

No primeiro caso, afirma em tom de justificativa que, "[s]endo a regra jurídica o elemento nuclear do Direito, é evidente que ela não pode deixar de ter uma estrutura tridimensional" (REALE, 2007, p. 102). Ele enxerga isso desde a forma lógica, base da normatividade: se fato é, consequência deve ser, consequência com fins a alcançar objetivo (dimensão do valor). Assim, estar-se-ia diante de um "normativismo concreto": "Quando, pois, dizemos que o Direito se atualiza como fato, valor e norma, é preciso tomar estas palavras significando, respectivamente, os momentos de referência *fática*, *axiológica* e *lógica* que marcam o *processus* da experiência jurídica, o terceiro momento representando a composição superadora dos outros dois, nele e por ele absorvidos e integrados" (REALE, 2007, p. 103-104).

Diz que tal "normativismo concreto" diverge do formalismo jurídico, pois norma não seria mera proposição lógica, mas "[...]assinala o 'momento de integração de uma classe de *fatos* segundo uma ordem de *valores*', e não pode ser compreendida sem referência a esses dois fatores, que ela dialeticamente integra em si e supera" (REALE, 2007, p. 104). A norma poderia, assim, ser estudada pela lógica jurídica tanto simplesmente por seu significado formal (analítico) como por significado integrado – sua correlação com os elementos factuais e valorativos (dialético).

Já sobre a teoria do ordenamento jurídico, Reale vai compreender que a teoria tridimensional propõe um modelo alternativo à "concepção lógico-normativa", que seria "mais condizente com a vida do Direito: é a teoria *institucional* ou, como preferimos dizer *histórico-cultural* ou *tridimensional*" (REALE, 2007, p. 194). Ainda que admita ser o ordenamento jurídico normativo, seria inseparável dos fatos e dos valores ou fins, não correspondendo a um sistema lógico escalonado tal qual pensado por Kelsen (ainda que soe uma leitura reducionista do jurista austríaco). Reale pensa na coexistência de diversas

faixas normativas, autônomas entre si e em constante transformação, mas "havendo um que se põe como círculo envolvente dos demais: é o 'complexo normativo constitucional'. Este condiciona a vigência e a eficácia das demais normas, mas delas é inseparável, assim como a atmosfera condiciona a vida terrestre, sendo ela mesma parte integrante do planeta" (REALE, 2007, p. 195).

Quanto à validade total do ordenamento, Reale enxerga como um problema de razão prática, que se resolve pela aceitação da concomitância das dimensões sincrônica (já aceita pelo positivismo lógico) e diacrônica (que ele enxerga como histórica), "legitimando-se pelo absurdo da tese contrária: se se admitisse a geral desobediência às regras de direito, estas deixariam de ser regras jurídicas" (REALE, 2007, p. 196) (mais uma vez, parece recorrer a Santi Romano e sua ideia de "ordenamento observado", sem ao menos mencioná-lo nesta ocasião). Em síntese, "o *postulado de razão prática jurídica*, a que nos referimos" – diferente da visão factual de realistas como Hart e Ross, "poderia ser assim enunciado: *o ordenamento jurídico vale, no seu todo, como uma exigência da razão, em função da experiência histórica*" (REALE, 2007, p. 196).

Enfim, usa o conceito para solucionar a divergência entre Kelsen e Duguit acerca da natureza do direito subjetivo. O "modo de ser da norma jurídica" e a "situação factual juridicamente garantida" são complementares: "De conformidade com a teoria tridimensional, toda a regra de direito é uma estrutura que consubstancia o sentido essencial de uma relação entre fatos e valores. Quando se trata de uma regra de conduta, e não de organização, temos, pois, uma *prefiguração ou modelo de uma classe de comportamentos possíveis* [...] isso corresponde, aliás, a um dos princípios já enunciados como sendo da essência do Direito: a sua realizabilidade garantida" (REALE, 2007, p. 258).

Na conclusão da obra, ao invés de retomar o problema do conceito de direito, levanta questões acerca da teoria da justiça, quando aproveita para reafirmar algumas das ideias subjacentes nos conceitos. A principal delas é justificar o conteúdo da dimensão valorativa, centrando-a nos seres humanos, assim como a dimensão factual, no devir histórico: "A justiça, em suma, somente pode ser compreendida plenamente como *concreta experiência histórica*, isto é, como valor fundante do Direito ao longo do processo dialógico da história [...] cumpre reconhecer que a justiça, condicionante de todos os valores jurídicos, funda-se no *valor da pessoa humana*, *valor-fonte* de todos os valores" (REALE, 2007, p. 377).

Convincente ou não, aplicável ou não, é constantemente repetida desde formulações simplórias, como se pode verificar em pesquisa sobre o "senso comum teórico dos juristas" (para rememorarmos a expressão de Luis Warat) da primeira parte deste texto, que mencionavam o autor e sua teoria, ainda que muitas vezes sem enfrentar seus problemas teóricos ou mesmo enunciar o conteúdo de seus postulados. Mas, também em discussões mais aprofundadas: volta e meia se leem trabalhos acadêmicos que o citam, ou para buscar filiação intelectual, ou como demonstração – geralmente vã – de erudição, sem chegar a algum avanço.

* * *

3. Lyra Filho é tido como o pai de uma série de movimentos contestatórios das posições hegemônicas do direito brasileiro, como "o direito achado na rua", os movimentos de assessoria jurídica popular e, mais recentemente, o "direito insurgente". Filho do penalista brasileiro Roberto Lyra, também começou nas ciências criminais, caminhando para a sociologia do direito.

O livreto "O que é direito" (São Paulo: Brasiliense, 2011 – o autor faleceu em 1986) faz parte da famosa coleção "Primeiros Passos" (semelhante à francesa *Que sais-je?*), de grande sucesso editorial durante o período da reabertura democrática, contando com autores brasileiros fundamentais de cada um dos campos do saber. Interessante que este volume fora publicado posteriormente ao "O que é Direitos da Pessoa", de Dalmo Dallari.

O autor começa o texto justamente arrolando o que para ele, naquela quadra da história do pensamento jurídico, seria o grande desafio de seu texto: "A maior dificuldade, numa apresentação do Direito, não será mostrar o que ele é, mas dissolver as imagens falsas ou distorcidas que muita gente aceita como retrato fiel" (LYRA FILHO, 2011, p. 7). Como se deve imaginar, a maior associação ao termo direito é lei, o que o faz assinalar a diferença dos termos para direito e lei em várias línguas, como no inglês *law* e *right*.

Porém, Lyra Filho discute o conteúdo da lei: "A legislação abrange, sempre, em maior ou menor grau, Direito e Antidireito: isto é, Direito propriamente dito, reto e correto, e negação do Direito, entortado pelos interesses classísticos e caprichos continuístas do poder estabelecido". Ainda que não apresente o que é direito, já começa a ficar claro que o antidireito corresponde ao modelo vigente de feitura da lei.

Por isso, pleiteia por uma visão do direito que não se restrinja ao direito legislativo: "O Direito autêntico e global não pode ser isolado em campos de concentração legislativa, pois indica os princípios

e normas libertadores, considerando a lei um simples acidente no processo jurídico e que pode, ou não, transportar as melhores conquistas" (LYRA FILHO, 2011, p. 10). O processo histórico não pode ficar adstrito à legalidade, mas deve levar em consideração sua legitimidade.

Faz uma forte crítica a como se constitui o saber jurídico, que se identifica como dogmática, o que ele identifica como pseudociência. Sua concepção de direito foge a tal ideia estática: "Nosso objetivo é perguntar, no sentido mais amplo, o que é Direito (com ou sem leis), mas é preciso esclarecer, igualmente, que *nada* é, num sentido perfeito e acabado; que *tudo* é, *sendo*" (LYRA FILHO, 2011, p. 12). Por outro lado, ele entende que não seja "impossível determinar a "essência" do Direito – o que, apesar de tudo, ele é, enquanto vai sendo [...]" (LYRA FILHO, 2011, p. 13).

O modo pelo qual consegue se fazer tal operação é pelo estudo das ideologias jurídicas, pois "nas ideologias, a 'essência' do Direito vai transparecendo, embora de forma incompleta ou distorcida" (LYRA FILHO, 2011, p. 15). Por ideologia, o autor atribuí a ideia de falsa consciência. Nesse sentido, faz uma leitura socialista dos princípios jurídicos. Por exemplo, "'dar a cada um o que é seu', como princípio 'jurídico' [...] é expressão muito velha da separação social das classes entre os proprietários e os não-proprietários, entre os dominantes e os espoliados" (LYRA FILHO, 2011, p. 23-24). Isso exigiria um processo de conscientização (no sentido freireano do termo, da passagem de uma visão ingênua para uma visão crítica do mundo) dos estudantes de direito: "Um jurista atual não pode mais receber o seu rubi de bacharel repetindo, com serenidade, á cada um o que é seu', como se fosse a serena verdade do Direito" (LYRA FILHO, 2011, p. 24).

Com uma visão marxista da história, a qual o autor não faz questão de esconder, verifica a dinamicidade das ideias ao longo do tempo, pois "nas ideologias jurídicas, tal como as outras, elas aparecem dando expressão, em última análise, aos posicionamentos de classe, tanto assim que as correntes de 'ideias aceitas' podem mudar – e, de fato, mudam – conforme esteja a classe em ascensão, relativa estabilidade ou decadência" (LYRA FILHO, 2011, p. 26).

Nesse cenário, para Lyra Filho, faz-se possível começar a intuir, tatear a essência do direito, a partir das imagens deformadas que o estudo da história proporciona: "O Direito, alongado ou achatado, como reflexo numa superfície côncava ou convexa ainda representa certas características reconhecíveis. Resta desentortar o espelho, torná-lo, tanto quanto possível, plano e abrangedor, dentro das condições atuais de reexame global" (LYRA FILHO, 2011, p. 26). E, a partir

disso, construir uma nova teoria jurídica: "Somente uma nova teoria *realmente dialética* do Direito evitaria a queda em uma das pontas da antítese (teses radicalmente opostas) entre direito positivo e direito natural" (LYRA FILHO, 2011, p. 30).

Enfim, uma superação dialética das duas principais ideologias jurídicas que conservasse o que vale e melhorasse o que ficasse. Pois, para o autor, "a *positividade* do Direito *não conduz fatalmente* ao *positivismo* e que o *direito justo* integra a dialética jurídica, sem voar para nuvens metafísicas, isto é, sem *desligar-se das lutas sociais*, no seu desenvolvimento histórico, entre espoliados e oprimidos, de um lado, e espoliadores e opressores, de outro" (LYRA FILHO, 2011, p. 31). Se para o juspositivismo prevalece o *iustum quia iussum*, e no jusnaturalismo, o *iussum quia iustum* –em ambos os casos são posições ainda não eliminadas do horizonte dos juristas.

Em Lyra Filho, a construção do caminho de superação dessa dicotomia passa necessariamente pela sociologia, contra as abstrações da filosofia do direito, e para além das particularidades da história: "A 'essência' do Direito, para não se perder em especulações metafísicas, nem se dissolver num monte de pormenores irrelevantes, exige a mediação de uma perspectiva científica, em que os 'retratos' históricos se ponham em movimento, seguindo o modelo geral da constituição de cada uma daquelas imagens" (LYRA FILHO, 2011, p. 58).

A construção sociológica da essência do direito, que daria conta de uma abordagem global do fenômeno e formaria a visão dialética, se estabelece sobre múltiplas dinâmicas de tensão, que o autor enumera em nove pontos:

I) "O Direito não se limita ao aspecto interno do processo histórico. Ele tem raiz internacional, pois é nessa perspectiva que se definem os padrões de atualização jurídica, segundo os critérios mais avançados" (LYRA FILHO, 2011, p. 84).

II) "A verdade, entretanto, é que o direito entre nações luta para não ficar preso ao sistema de formas dominantes" (LYRA FILHO, 2011, p. 84).

III) Afora as comunidades primitivas [...] cada sociedade, em particular, *no instante mesmo* em *que se estabelece* o *seu modo de produção*, inaugura, com cisão em classes, uma *dialética*, *jurídica* também [...] A oposição começa na infraestrutura" (LYRA FILHO, 2011, p. 85).

IV) "[...] a questão classista não esgota a problemática do Direito: permanecem aspectos de opressão dos grupos, cujos Direitos Humanos são postergados por normas, inclusive legais. Já citamos a questão das raças, da religião, do sexo [...]" (LYRA FILHO, 2011, p. 85).

V) "A organização social, que padroniza o conjunto de instituições dominantes, adquire também um perfil jurídico, na medida em que apresente um arranjo legítimo ou ilegítimo [...] É assim que se insere o problema jurídico *do sistema*, a questão da legitimidade ou ilegitimidade global da estrutura" (LYRA FILHO, 2011, p. 86).

VI) "O controle social global, isto é, como dissemos, a central de operações das normas dominantes, do e no setor centrípeto, dinamiza em aspectos, não isentos de contradições, a organização social militante" (LYRA FILHO, 2011, p. 87).

VII) "[...] se persiste a cisão de grupos e classes em dominadores e dominados, a dialética vem a criar, paralelamente à organização social, um processo de desorganização", um "poder dual" (LYRA FILHO, 2011, p. 88).

VIII) "[...] a coexistência conflitual de séries de normas jurídicas, dentro da estrutura social (pluralismo dialético), leva à atividade anômica (de contestação) [...]" (LYRA FILHO, 2011, p. 89).

IX) "[...] o *critério* de avaliação dos produtos jurídicos contrastantes, na competição de ordenamentos (as diferentes séries de normas entrosadas). É a síntese jurídica [...] Essa resultante final [...] se reinsere, imediatamente, no processo mesmo, uma vez que a história não para" (LYRA FILHO, 2011, p. 90).

Em um esquema totalizante como este, o grande desafio é não descurar de nenhum dos pontos, sob pena de não se alcançar a superação desejada: "A 'essência' do jurídico há de abranger todo esse conjunto de dados, em movimento, sem *amputar nenhum dos aspectos* (como fazem as ideologias jurídicas), nem situar a dialética nas nuvens idealistas – ou na oposição insolúvel (não-dialética), tomando Direito e Antidireito como blocos estanques e omitindo a 'negação da negação'" (LYRA FILHO, 2011, p. 92).

O critério fundamental adotado pelo autor é a liberdade, que não deve ser vista de modo estanque, mas como libertação, ou seja, como processo: "Dentro do processo histórico, o aspecto jurídico representa a articulação dos princípios básicos da Justiça Social *atualizada*, segundo padrões de reorganização da liberdade que se desenvol-

vem nas lutas sociais do homem" (LYRA FILHO, 2011, p. 94). Do mesmo modo, a justiça também não pode ser abstrata, mas concreta. E, se a própria justiça é dinâmica, também o direito o será: "Essa luta *faz parte* do Direito, porque o Direito não é uma 'coisa' fixa, parada, definitiva e eterna, mas um processo de libertação permanente" (LYRA FILHO, 2011, p. 95). De certa forma, Lyra Filho aparenta compreender a existência de uma dialética inerente ao direito, possível apenas em uma sociedade de classes. O direito seria uma espécie de válvula de escape rumo à libertação.

Para o autor, dois fatores evidenciam que o direito sintetiza constantemente "a soma das conquistas libertárias": primeiro, porque "nenhum legislador, mesmo o pior dos ditadores, diz, em tese, que vai fazer a norma injusta. Isso contraria a essência do Direito [...] (LYRA FILHO, 2011, p. 96); segundo, porque "os direitos já conquistados *geralmente não são desafiados pelo dominador*: a dominação é, já o dissemos, hipócrita" (LYRA FILHO, 2011, p. 97).

Por isso, Lyra Filho questiona o normativismo que predomina nas concepções de direito a ele contemporâneas, pois elas refletem as formas de dominação presentes: "A grande inversão que se produz no pensamento jurídico tradicional é tomar as normas como Direito e, depois, definir o Direito pelas normas, limitando estas às normas do Estado e da classe e grupos que o dominam" (LYRA FILHO, 2011, p. 97). E mais: "O legalismo é sempre a ressaca social de um impulso criativo jurídico. Os princípios se acomodam em normas e envelhecem; as normas esquecem que são meios de expressão do Direito móvel, em constante progresso, e não Direito em si" (LYRA FILHO, 2011, p. 98).

Se o direito não deve ficar cristalizado em normas construídas de modo enviesado, resta perceber como se pode verificá-lo. Não pode existir uma resposta cristalizada. Ao contrário, "cada perfil atualizado do Direito autêntico é *um instante do processo de sua eterna reconstituição, do seu avanço, que vai desvendando áreas novas de libertação*" (LYRA FILHO, 2011, p. 98). Não necessariamente um progresso constante, mas uma dialética permanente, com altos e baixos.

Buscando fazer uma superação dialética entre juspositivismo e jusnaturalismo, Lyra Filho passa a discutir sobre as características do elemento de justiça presente no direito. O autor não considera isso um problema; para ele, "Direito e Justiça caminham enlaçados"; a questão, insiste, "lei e Direito é que se divorciam com frequência" (LYRA FILHO, 2011, p. 98). Ousa então reunir os conceitos de direito e justiça, apesar de que esta não é qualquer modelo de justiça: trata-se de justiça social, que se dá pela superação das iniquidades de

classe. Assim, "o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos [da Justiça Social, nos termos traçados por Lyra Filho], enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade" (LYRA FILHO, 2011, p. 99).

A construção dialética do direito lhe permite apreciar até mesmo os momentos de revezes. Não poderia ser diferente, pois "até a injustiça como também o Antidireito (isto é, a constituição de normas ilegítimas e sua imposição em sociedades mal organizadas) fazem parte do processo". Enfim, "Direito é processo, dentro do processo histórico: não é coisa feita, perfeita, acabada" (LYRA FILHO, 2011, p. 99).

Concretizando seu conceito, Lyra Filho coloca a liberdade como o critério supremo para a construção do direito em uma síntese de socialismo democrático: "O Direito, em resumo, se apresenta como positivação da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais e formula os princípios supremos da Justiça social que nelas se desvenda" (LYRA FILHO, 2011, p. 101-102). Nem por isso despreza a autonomia do direito, pois: "[o] aspecto Jurídico do processo é o que delineia a forma positivada, alcance próprio dos princípios da práxis social justa e do controle social legítimo, com a indicação das normas em que ele venha a se organizar, no modelo atualizado e vanguardeiro da organização social da liberdade" (LYRA FILHO, 2011, p. 101).

Mas tal liberdade para o autor não pode significar anarquia: A absoluta liberdade de todos, obviamente, redundaria em liberdade para ninguém, pois tantas liberdades particulares atropelariam a liberdade geral" (LYRA FILHO, 2011, p. 102). E aqui, ainda que de inopino, surge o debate entre direito e moral.

Lyra Filho apresenta a reciprocidade como critério distintivo entre o direito e a moral. Assim, "é um erro ver o direito como pura restrição da liberdade, pois, ao contrário, ele constitui afirmação da liberdade conscientizada e viável, na coexistência social" (LYRA FILHO, 2011, p. 102). Como criminólogo, vale-se dos exemplos do direito penal: de um lado, a impossibilidade de compensação de culpas do direito penal, pelo dever recíproco de lealdade com relação à sociedade; de outro, a paulatina descriminalização dos delitos sem vítima, por se tratar de problema moral (autolesão, suicídio, uso abusivo de drogas, degradação pela prostituição, etc.).

Concluindo seu itinerário, Lyra Filho oferece um conceito sintético: o "Direito é o reino da libertação, cujos limites são determinados pela própria liberdade" (LYRA FILHO, 2011, p. 104). Admite, no fim do texto, que tal concepção é inspirada em máxima presente no Manifesto do Partido Comunista, de Marx & Engels: "o livre desen-

volvimento de cada um é condição para o livre desenvolvimento de todos". Para o autor, "[i]sso é que é Direito, na 'essência', modelo e finalidade" (LYRA FILHO, 2011, p. 104).

Utópico ou não, aplicável ou não, serviu e ainda serve de inspiração para várias formulações contra-hegemônicas, que buscam alternativas às concepções estandardizadas que não reconhecem as particulares e anseios de contextos periféricos como o latino-americano e brasileiro. Além disso, não foge da questão ideológica: ao contrário, a expressa e busca desmistificar a pretensão de neutralidade das propostas dominantes.

* * *

4. Após esse itinerário em dois tempos, parece possível estabelecermos algumas conclusões sobre o itinerário do conceito de direito no Brasil durante a segunda metade do século XX a partir de Reale e Lyra Filho. Ambos buscaram escapar da mera reprodução dos autores europeus predominantes e traçaram originais possibilidades de se definir o fenômeno jurídico.

Supreendentemente, a partir de caminhos, ideologias e instrumentais teóricos muito diversos, os autores chegaram a algumas conclusões semelhanças. Primeiro, ambos se valem da epistemologia dialética, ainda que expressamente admitem fazer a partir de instrumentais teóricos diversos: Reale deliberadamente renega a dialética sintética hegeliana e marxiana, ao passo que Lyra Filho assumidamente parte da síntese marxista.

Outra semelhança, que não deve ser considerada banal, é o fato de ambos recorrerem às várias acepções do termo direito para explicá-lo. Para Reale, era momento fundamental para a construção de sua formulação teórica; já em Lyra Filho, tal uso tinha o papel não menos importante de desvelar as ideologias jurídicas subjacentes. Os autores lançam mão de muitos recursos para tentar explicar o que é direito: isso parece ser um sintoma da dificuldade em expressar um conceito claro, o que se vê nos resultados das formulações de ambos: um conclui com três conceitos; o outro, com um conceito pouco ou nada analítico (o que por si só não é um defeito, mas é um indício a mais sobre a preocupação aqui levantada.

Outro dado fundamental é que ambos ancoram seus conceitos de direito a uma concepção de justiça concreta. Certo que aqui se nota alguma diferença no que especificamente se quer dizer: Reale, preocupado com a construção da medida "caso a caso", uma justiça "concreta", mas alinhada a certos valores; Lyra Filho, enxergando o

problema sob a perspectiva global, "social" e, portanto, implicando em um sentido imanente, vivente.

Por fim, ambos enxergam a dimensão axiológica de seus conceitos sob o prisma da liberdade. Aqui, claramente, a diferença se encerra na terminologia, pois Reale o faz pensando em uma perspectiva historicista: é o que ele denomina experiência jurídica. Lyra Filho, por sua vez, enxerga a questão pela historicidade, que é o direito como processo de libertação. Perceba-se que o problema aqui é de meta-análise, pois ambos recorrem ao devir histórico, mas o enxergam de modo diverso: o primeiro, com certo idealismo; o segundo, de forma claramente materialista.

Tão importante quanto as semelhanças são as diferenças entre ambos. Como apenas visto, algumas semelhanças são apenas aparentes, ou talvez fruto do método dialético que construíram. Porém, no fazer metodológico as discrepâncias começam a aparecer, como demonstrado acima.

Dentre as principais diferenças, a mais aparente é a diferença de abordagem. Reale faz sua teoria calcado na filosofia, construindo a ideia de direito a partir de uma série de esquemas mentais. Lyra Filho, como sabido, explora a sociologia, para se desvencilhar de qualquer metafísica. Ou seja, nem um nem outro partem da teoria do direito propriamente dita, uma perspectiva de o que é o direito a partir dele mesmo. Um o faz de acordo com o que o direito deve ser (de certo modo, compreendendo que o valor não é apenas deontologia, mas também ontologia – na dialética que não exclui, mas soma); o outro, de acordo com o que o direito "é-no mundo", o que alguns chamam de uma "visão externa" do direito, como fenômeno social e não autorreferenciado.

Outro ponto fundamental é a posição dos autores quanto ao normativismo. Reale o aceita e busca temperá-lo com alguma concretude (pela inserção da inseparabilidade de fato e valor às normas e uma visão "institucional" de ordenamento) Lyra Filho discute a aceitação passiva do normativismo, especialmente quando ele se revela uma manifestação do antidireito, ainda que estrategicamente aceite como possibilidade o "uso alternativo do direito".

Por fim, cabe analisar novamente a questão da liberdade, agora sob o aspecto da diferença. Se formos olhar como cada um formula a questão, parece que o contraste acaba por crescer. Para Reale a liberdade coletiva se calca no bem comum, que ele não deixa de assinalar que provém de autores como Aristóteles e Tomás de Aquino. Ainda que esses autores busquem partir de situações concretas, seu

ponto de chegada busca justamente a abstração. Por outro lado, Lyra Filho alicerça a questão na libertação. Se olharmos os congêneres do período (a filosofia da libertação de Dussel, a teologia da libertação de Gutiérrez e Boff, a pedagogia do oprimido - por meio da conscientização, e portanto, da libertação - de Freire), todos eles partem da análise marxiana de sociedade, rejeitando qualquer generalização.

Entre convergências e divergências, fica muito claro que ambos os autores buscaram responder aos problemas do direito em seus períodos de atuação. Não por acaso, para muitos, suas perspectivas foram superadas pelo debate nascido com a atual constituição brasileira. Depois de 1988 as propostas tenderam a não mais buscar a essência do direito em outros lugares que não o próprio texto da constituição. Por um lado, isso significou um avanço, na medida em que os vários períodos de exceção (suspensões parciais e derrubadas de textos constitucionais) no Brasil ao longo do século XX sequestraram o elemento popular-democrático do direito. Por outro, relegaram o papel fundamental da teoria do direito em pensá-lo para além dos aspectos de sua conexão com o Estado e todas as suas consequências (monismo que oprime comunidades tradicionais, hegemonismo que fere direitos de "minorias" e grupos vulneráveis, etc.).

Some-se a isso que o remédio para uma eventual "saturação" hermenêutica tenha sido a calorosa recepção que se viu nos últimos anos ao pragmatismo em terras brasileiras. Análises econômica e comportamental do fenômeno jurídico passaram a ser o foco daqueles que perceberam algumas limitações de um modelo que por vezes ficava na corda bamba entre política e filosofia sem conseguir explicitar a autonomia do fenômeno jurídico.

Neste sentido, os esforços teóricos de Reale e Lyra Filho ainda são dignos de nota e merecem melhor historicização (que este texto apenas se propôs a incentivar e dar o primeiro passo) para que compreendamos as estratégias pretéritas de conceitualização do fenômeno jurídico em nossa realidade. A relativa homogeneidade de formação dos juristas brasileiros (que apesar de todos os esforços de modificações das bases curriculares nas últimas duas décadas, se mantém bastante similar na prática) modulados por uma autoconsciência periférica (uma versão acadêmica do "complexo de vira-latas enunciado pelo dramaturgo e jornalista Nelson Rodrigues) talvez seja um fator que demonstre a dificuldade de construção de uma teoria do direito brasileira. Não que o direito necessite de uma teorização estatalista, mas que traga os elementos do chão tupiniquim para a sua analítica (o "jeitinho", por exemplo).

Nesse sentido, com todas as dificuldades de concretização conceitual, não se pode dizer de Reale e Lyra Filho que suas concepções não tinham presente um projeto nacional. Muito diferentes, possivelmente opostos, o "mundo da cultura" realeano e a "socialismo democrático" lyriano são sem sombra de dúvidas ideias fortes que, justamente por não terem alcançado posições hegemônicas dificultaram um uso mais amplo de suas teorias nos seus porvires.

Enfim, a ferramenta de comparação diacrônica, própria da história do direito, parece ser ferramenta interessante para o teórico do direito, de modo que se consiga perceber os limites e possibilidades para a construção de um conceito de direito a partir da realidade brasileira no século XXI. A amostragem do Google é um claro sinal de que há muito trabalho pela frente.

Reflexiones sobre
el Concepto de Derecho
en Ecuador y América
Latina

UNIVERSIDAD
DEL AZUAY

Casa
Editora

ISBN: 978-9942-847-71-3

9 789942 847713