

DESDE OTRA PERSPECTIVA JUSNATURALISTA : FILOSOFÍA DEL DERECHO Y CIENCIA JURÍDICA*

Jesús Antonio de la Torre Rangel.**

I. Introducción.

La mayoría de los seres humanos padecen hambre y no tienen acceso a las decisiones. El poder económico y político, tanto en el Este como en el Oeste, en el Norte y en el Sur, han alienado pueblos y personas. Han hecho de los hombres, cosas, objetos alienables.

Este es el diagnóstico de nuestro tiempo. Y este es el cuadro que se le ofrece al jurista para pensar el Derecho y utilizarlo.

¿Qué es el Derecho? ¿Para qué sirve? ¿De quién es instrumento? ¿Es el Derecho portador de alienación? ¿Es lo jurídico, por el contrario, útil para la liberación? ¿El Derecho coadyuva a la construcción de la persona, concibiendo al hombre como hacedor de sí mismo? ¿O es el Derecho un pertrecho más, dentro de los instrumentos que lo aniquilan?

El Derecho está inmerso en todas las cuestiones fundamentales que caracterizan nuestro mundo: en la destrucción del hombre con las armas, con la explotación de su trabajo y con el hambre; en la destrucción de la naturaleza, con la explotación inmoderada de sus recursos; en el poder político concentrado en manos de autócratas o en totalitarios estatólatras; en la riqueza diferenciante o relativa, acumulada en pocas manos a costa del hambre y miseria de los muchos. Pero también, hay que decirlo -de ahí nuestra esperanza-, el Derecho está en los anhelos de justicia y en la lucha por la dignidad de la persona. Pues como diría Bloch, la pregunta de qué sea lo justo no puede esquivarse, por muy abstracto que parezca a veces

* Ponencia en el *Coloquio Internacional sobre Teoría Jurídica Contemporánea*, Universidad Autónoma de Puebla, sept. 1987.

** Universidad de Aguascalientes.

el pensamiento jusnaturalista que es el que la aborda, porque "allí donde todo se ha alienado, se destacan de modo muy especial los derechos inalienables".¹

Lo que significa que el Derecho está presente en la democracia integral, esto es política y económica, o bien en la negación de la misma. De aquí lo relevante del tema "Democracia y Derecho".

Hagamos, pues, algunas consideraciones acerca del fenómeno jurídico y su relación con el hombre que busca la plenitud en el respeto de su dignidad.

II. La Analogía y el ser del Derecho.

Efraín González Morfín nos propone² acceder al ser del Derecho por medio del conocimiento análogo, es decir, por la analogía. Y esto en virtud de que el Derecho es un concepto análogo y no unívoco; de tal manera que se abstrae la realidad Derecho por medio del conocimiento que proporciona la analogía.

De acuerdo con su etimología, el conocimiento análogo se da "analogon", esto es, según la relación de un ser con otro.

La analogía supone el tránsito del ser más conocido al menos conocido, mediante una combinación de conveniencia y discrepancia entre ellos. "Si no se diera conveniencia entre los seres conocidos por analogía, no se podría pasar del ser más conocido al menos conocido; por otra parte, si no se diera discrepancia, sería inútil la analogía, ya que el tránsito de un ser a otro no añadiría ningún conocimiento nuevo y sería formalmente tautológico".³

Así el Derecho es un término que se predica en forma análoga de varias realidades: la norma o derecho objetivo, la facultad o derecho subjetivo, el ideal ético de justicia y la ciencia del derecho.

Hemos dicho que la analogía en el orden del conocimiento es una manera humana de conocer. Por lo tanto, la analogía en el orden del ser es un descubrimiento subordinado a la analogía en el orden del conocimiento humano. Ahora bien, lo que es primero en el orden del ser no necesariamente es primero para el conocer. "Debemos pues, distinguir -nos dice González Morfín- dos aspectos del problema de la analogía en el derecho: primero, cuál es el análogo principal para el conocimiento humano, es decir, la realidad jurídica que, por la relación que tiene con otras realidades jurídicas, nos lleva a conocerlas en un proceso que va de lo más conocido a lo menos conocido o desconocido. En segundo lugar, cuál es el análogo principal en el orden del ser, es decir, aquella realidad jurídica en la que se da propiamente: la esencia del derecho y que influye realmente en

¹ Bloch, Ernest. *Derecho Natural y Dignidad Humana*. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, 1980. p. IX.

² González Morfín, Efraín. "Analogía, Ser del Derecho y Ser de la Sociedad" en *Jurídica* No. 6, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México, junio de 1974.

³ *Idem Supra*. p. 283.

los analogados secundarios, si se trata de analogía intrínseca, o por lo menos fundamenta su denominación jurídica, si la analogía es extrínseca”⁴

Estamos de acuerdo con González Morfín, que sostiene que el analogado principal para el conocimiento humano, es el derecho subjetivo; es la realidad jurídica que descubre o conoce primeramente el ser humano. No conoce el hombre primero la norma, ni lo justo objetivo, ni mucho menos la ciencia jurídica. Su primer descubrimiento es en cuanto a sus derechos elementales, aunque sólo los balbucee, los intuya, es decir, aunque no pueda bien decirlos y ni sistemáticamente explicarlos.

“... la vivencia del derecho del ser humano común, desde su infancia, apunta hacia el derecho como facultad de cada quien sobre lo suyo, y hacia la justicia como respeto recíproco de esa facultad...”⁵

Existen quienes afirman que el analogado principal es la norma jurídica. Esta consideración trae como consecuencia toda una concepción del hombre y de lo jurídico, en la cual la vida humana se subordina al Derecho y éste se convierte en una serie de principios racionales o de expresiones normativas de razones de Estado. Las formaciones sociales individualistas, tienen en Kelsen el exponente máximo de una racionalización normativista que deshumaniza el Derecho. Y las formaciones sociales del socialismo real, tienen en Visinsky el sistematizador normativista de la razón de Estado estaliniana.

Tampoco lo justo objetivo es el analogado principal. La objetividad de lo jurídico como expresión de la justicia deviene de la facultad o potestad de la persona, “única capaz de exigir auténticamente algo a otra persona”.⁶

“Si se ha de sostener la concepción equilibrada del derecho en el orden del conocimiento y en el orden del ser, hay que decir que la realidad original o analogado principal es la facultad o potestad moral de la persona sobre lo suyo, con toda la amplitud que corresponde a esa expresión tan breve: se trata no sólo de bienes físicos o materiales, sino de todo el repertorio ontológico de que puede disponer el ser humano para desplegar sus capacidades y alcanzar su fin”.⁷

Al establecer que el ser del Derecho, como realidad original, es la facultad de la persona para exigir lo que le pertenece, se está aceptando implícitamente el ser individual y social del hombre, así como el ser individual y social del Derecho. El Derecho es así una facultad de la persona individual que exige que se le dé lo suyo, y esa exigencia está dirigida a los otros; a su vez, quien exige está obligado a dar a los demás lo suyo de los otros, estableciéndose, entonces, relaciones recíprocas entre los hombres, esto es, relaciones sociales.

“Al afirmar tanto la personalidad individual como la socialidad de cada persona humana, se establece el fundamento inconmovible del orden jurídico natural y positivo en la sociedad. La persona humana, como fin en sí que no puede ser medio de nadie, es por sí misma la razón básica para

⁴ *Idem Supra*. p. 287.

⁵ *Idem Supra*. p. 288.

⁶ *Idem Supra*. p. 290.

⁷ *Idem Supra*. p.p. 292 y 293.

sostener que el derecho es ante todo la facultad de la persona social sobre sus propios bienes; si esto no se acepta, la persona deja de ser fin en sí y se convierte en medio a través de las normas jurídicas que le exigen sumisión incondicional”.⁸

“El derecho es determinada manera de existir como persona en sociedad a partir de la naturaleza capaz de desarrollarse y obligada a hacerlo en una convivencia justa, mediante el ejercicio responsable de los derechos subjetivos y el cumplimiento del derecho objetivo, bajo la inspiración de la justicia. En la unión orgánica de estos elementos, se dan relaciones fundamentales, que deben analizarse con toda precisión científica.”⁹

Así pues, por medio de la analogía, y siguiendo a González Morfín, hemos tratado de explicar el ser del Derecho. La esencia de lo jurídico la encontramos en la facultad del hombre de exigir el otorgamiento de lo que es suyo (analogado principal), siendo este atributo de la persona el que fundamenta la normatividad, lo justo objetivo y el conocimiento científico de lo jurídico.

De tal manera que el Derecho es una realidad cuya esencia radica en el hombre mismo, como un ser individual y social. El orden jurídico tiene como punto de arranque los derechos humanos, entendiendo como tales no sólo la serie de libertades clásicas que por ellos se ha entendido, sino algo más profundo que va a la esencia misma del hombre, a la constitución de su ser como persona, y diríamos de una vez a su ser “el otro.”

Las normas, la objetividad del Derecho y la ciencia de lo jurídico, como analogados secundarios, se les atribuye lo relativo al Derecho en la medida que se ordenan al servicio del hombre que tiene la facultad de exigir lo suyo como persona individual y social, como el otro.

III. Filosofía del Derecho y ciencia o ciencias jurídicas.

Vamos a continuación a hacer algunas consideraciones acerca de la filosofía del Derecho en general y su relación con los distintos paradigmas científicos, con la intención de demostrar que cuando la ciencia del Derecho invade los terrenos de la filosofía jurídica y llega a concretizarse en instituciones, lejos de servir a la liberación del hombre se convierte en un instrumento de opresión, esto tanto en las formaciones sociales capitalistas de corte individualista, como en las colectivistas que apelan al marxismo como fundamento.

Entendemos a la ciencia como un conjunto o sistema de verdades generales demostradas sobre un objeto determinado; y la filosofía constituye la ciencia suprema que conoce, con la luz natural de la razón, la universalidad de las cosas por sus primeros principios, realizando una unificación total del conocimiento. De tal manera que los conceptos científicos no pretenden -o no deberían pretender- lo mismo que los filosóficos, ya que no se pronuncian sobre la esencia última de los seres. Todo conocimiento científico es un conocimiento limitado de la realidad ya que verifica sólo

⁸ *Idem Supra*, p. 293.

⁹ *Idem Supra*, p. 295.

sectores parciales de la misma. Se construye un concepto científico para disponer de un instrumento teniendo como objeto una investigación de un aspecto parcial de la realidad. Por lo tanto, puede haber varios conceptos científicos sobre un objeto determinado, sin que la aceptación de uno implique rechazar los demás. Tomemos como ejemplo al propio Derecho; así éste puede ser estudiado en lo relativo a la estructuración lógica de sus normas, teniendo aplicación en ello las diversas corrientes racionalistas jurídicas; o bien puede ser estudiado su rol social, que es la perspectiva de las corrientes sociológicas; o también puede estudiarse su lenguaje y sus símbolos, desde el punto de vista de la semiótica, etc. Tanto los racionalistas normalógicos, como sociólogos y semiólogos nos dirán con certeza científica diversos aspectos del fenómeno jurídico, nos llevarán a conclusiones que nos permitan conocer mejor el Derecho, pero esto no significa que, con su método exclusivamente científico, podamos conocer la esencia del Derecho por sus primeros principios o razones más elevadas, ya que ese es el campo de la filosofía.

Sin embargo, el científico del Derecho, desde sus variadas posiciones, tiene con frecuencia la pretensión de que sus conclusiones sean elevadas al rango de verdad absoluta, de conocimiento integral, haciendo una proyección filosófica implícita de las mismas, reduciendo la esencia del Derecho a aquello que le ha permitido conocer del mismo su método científico. Nos dice el maestro Miguel Villoro: “el anhelo de certeza psicológica, propio y presente en todo ser humano, produce la tentación de generalizar las afirmaciones que se dan en el plano científico al plano del filosofar, para proyectar la certeza psicológica del primero en el segundo. . . Hay por tanto una limitación intrínseca en todo proceso científico, que consiste en su incapacidad de explicar toda la realidad, en su incompetencia para hacer filosofía. . . Si lo que uno quiere es investigar que debe ser entendido por Derecho por todos, esta es cuestión filosófica que debe ser solucionada con la metodología de la filosofía y no de alguna ciencia.”¹⁰

Por su parte Foucault nos enseña que “el conocimiento es siempre una cierta relación estratégica en la que el hombre está situado. Es precisamente esa relación estratégica la que definirá el efecto del conocimiento y, por esa razón, sería totalmente contradictorio imaginar un conocimiento que no fuese en su naturaleza obligatoriamente parcial, oblicuo, perspectivo. El carácter perspectivo del conocimiento no deriva de la naturaleza humana sino siempre del carácter polémico y estratégico del conocimiento. Se puede hablar del carácter perspectivo del conocimiento porque hay batalla y porque el conocimiento es el efecto de esa batalla.”¹¹

Las ciencias jurídicas -llamémosles así, en plural- tienen su límite, y al ser elevadas sus conclusiones a la categoría de conocimiento integral o totalizador, esto es a filosofía -se ignore o se niegue expresamente el término-, frecuentemente dejan de lado al hombre, no toman en cuenta al ser humano, y marginan o pasan a segundo plano los derechos humanos y la

¹⁰ Villoro Toranzo, Miguel. *Qué es la Teoría General del Derecho*. Inédito.

¹¹ Foucault, Michel. *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Ed. Gedisa. Barcelona, 1980. p.p. 30 y 31.

justicia. La ciencia jurídica (o ciencias) se convierten en el analogado principal del Derecho, poniéndose al servicio de la concepción científica (de los instrumentos) al hombre mismo, y no las certezas alcanzadas por los métodos científicos al servicio del ser humano.

El ser del hombre y sus derechos y obligaciones y la justicia misma, no pueden ser asimilados por métodos científicos, sino únicamente por la filosofía. La *dignidad humana* es una concepción metacientífica, metafísica, del hombre, que fundamenta una ética que no está al alcance de los conocimientos de la ciencia, los rebasa.

Como nos dice el maestro Efraín González Morfín, la teoría del Derecho recibe de la filosofía las nociones epistemológicas fundamentales, y no puede presentarse como exenta de normatividad o de valores de índole filosófica. "Los esfuerzos científicos en la ciencia del Derecho quitan a ésta su propia justificación científica y le encomiendan tareas que le quedan lamentablemente grandes. La ciencia del derecho es una ciencia particular, tanto por su objeto restringido como por el método e instrumental de conocimiento que debe utilizar. El último por qué del ser, del deber ser, del conocer y del valer, no pueden fundamentarse con la ciencia del derecho."¹²

En este sentido, Kriele ha escrito estas palabras de extraordinaria importancia: "Así pues, la pretensión de dominio de la verdad científica *no significa liberación sino retroceso*. La ciencia sólo actúa como liberadora cuando deja en su autonomía y vigor las concepciones de la razón práctica; es decir, cuando por ejemplo no aspira a superar las instituciones de los derechos humanos, la división de poderes y la democracia, sino que se mantiene en su marco. Por tanto 'el germen de retroceso' no está de por sí en el pensamiento científico-técnico. Más bien está en la *inversión de esa primacía*; es decir, en una aspiración de dominio del pensamiento científico-técnico sobre la moralidad, que puede llegar hasta la sofocación completa de la moralidad misma."¹³

La asunción de las diversas concepciones científicas del Derecho al plano filosófico, han traído muchas veces como consecuencia la opresión del hombre por el Derecho objetivo y su técnica normativa y procesal, en otras palabras, la negación real de los derechos subjetivos por el propio Derecho objetivo. Esto tanto en las formaciones sociales capitalistas individualistas, como en las socialistas-colectivistas.

Ciencia Jurídica en la Formación Social Capitalista.

La estructuración teórica y operativa del Derecho actual en la formación social capitalista -y en la socialista también aunque con algunas diferencias- data del inicio de la modernidad. Con el advenimiento del Renacimiento y el florecimiento del mundo de lo científico, surgió la pretensión de lograr

¹² González Morfín, Efraín. "Algunos Temas de Discusión para una Teoría del Derecho", en *Jurídica 5*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México, julio de 1973. p. 271.

¹³ Kriele, Martin. *Liberación e Ilustración*. Ed. Herder. Barcelona, 1982. p. 77.

en las ciencias humanas y sociales la misma certeza científica que se obtenía con las leyes naturales y físico-matemáticas.

Es también la época en que el mundo burgués va tomando posiciones de poder en la sociedad feudal. Ese mundo burgués fue viviendo el conocimiento científico de acuerdo a sus intereses y lo convirtió en un saber de dominación y de aplicación práctica. En ese momento como explica Machado Neto, el pensamiento científico se fue apartando de los problemas estimativos, ya que se llegó a la conclusión de que no se contaba con un proceso inequívoco de comprobación de los juicios morales.

La resolución de apartarse de esos problemas de estimación moral fue lógica de acuerdo al contexto de sus pretensiones, ya que al no poderse "comprobar científicamente" traería como consecuencia la desintegración del mundo científico, con problemas graves para su aplicación práctica y en consecuencia de su propia necesidad de dominación. Recordemos que los paradigmas científicos implican una relación del hombre con la naturaleza, en la que ésta es dominada por el primero, dominación que se extiende a la sociedad a partir de su conocimiento desde diversas ópticas.

Fue así que la "neutralidad axiológica" de las ciencias naturales y las físico-matemáticas fue adoptada también por las llamadas ciencias humanas y sociales.

La ciencia jurídica había pretendido, desde mucho antes, esa "neutralidad axiológica" por la búsqueda de seguridad y certeza, base de su ocupación "científica". Sin embargo, este es el momento de reafirmar su postura "científica" desligando al Derecho de valores e imponiendo en definitiva el positivismo jurídico. "Ya que sobre la justicia la discusión podía llegar a ser interminable, se hacía necesario entonces para el poder social establecer con seguridad y certeza la distinción entre lo que es de derecho y lo que es *legal*."¹⁴

La otra oportunidad histórica que bien aprovechó la corriente juspositivista para reafirmar su postura la constituyó la Revolución Industrial, que fue la época de verdadero apogeo de la aplicación de la concepción científica como "saber de dominación."

Todas las ciencias sociales, a fines del siglo XVIII y durante todo el XIX, fueron positivizándose, penetrando así en el ámbito de lo "científico."

El saber jurídico no se asimiló pronto al esquema formal de las ciencias naturales, de ahí la fuerte crítica del positivismo. Von Kirchmann niega al Derecho su carácter científico, haciendo una comparación metodológica y con fundamento en las leyes naturales, entre el Derecho y éstas, en su famoso ensayo: "El carácter científico de la Jurisprudencia."

Como una reacción a la crítica de Von Kirchmann nace la llamada Teoría General del Derecho, que pretendía adaptar la ciencia jurídica a los cánones científicos en boga. Y como explica Machado Neto, fue ése el motivo por el cual la ciencia jurídica del siglo XIX se caracterizó como nega-

¹⁴ Machado Neto, Antonio Luis. Fundamentación Ecológica de la Teoría General del Derecho. Ed. Eudeba. Buenos Aires, 1974. p. 3.

ción del jusnaturalismo, esto es de los principios filosóficos y morales en el Derecho.

Con Hans Kelsen y su *Teoría Pura del Derecho*, se llega al clímax de la construcción científica de lo jurídico, ya que combina el racionalismo kantiano y el positivismo.

A la concepción formal del Derecho -Kant y Kelsen-, que deja de lado los contenidos, se le unen las características propias del Derecho moderno, las de ser general, abstracto e impersonal, derivadas de la propia concepción del hombre en la modernidad, como un ser individual por naturaleza, igual formalmente y que se vincula con otros en virtud, solamente, de su voluntad autónoma y libre. Y con esto se completan las nociones que sirven de base a la ciencia del Derecho y a partir de la cual se desprenden sus usos. La ciencia y la teoría jurídicas; el conocimiento y la tecnología que permite su uso, tienen pues su fundamento en la consideración de un Derecho que se aplica a todos por igual (generalidad), que no se concretiza en su formulación normativa (abstracto) y que no se fija en personas concretas (impersonal), debiendo ser analizado "científicamente" sólo en su forma, esto es, en su estructura lógico-formal autónoma, sistemática y unitaria. Un Derecho que se precie de científico, tendrá, entonces, estos fundamentos.

Y es el caso, que en Derecho todo es reducido a esta concepción, la cual, implícitamente es elevada a la categoría de filosófica, esto es como conocimiento totalizante de lo jurídico. La justicia y los derechos humanos se encuentran supeditados, tanto en su reconocimiento como en su efectividad, a la práctica que de entender así el Derecho se derive. Lo científico sustituye a lo filosófico; el hombre -sus derechos y obligaciones y la justicia- quedan condicionados por la normatividad (derecho objetivo) y a su técnica de aplicación.

Lo grave de este *episteme* (fundamento) no radica en la simple concepción teórica -que sería lo de menos- sino en su facticidad histórica, esto es en la negación real de los derechos humanos y en la injusticia.

Quiero, llamar la atención en algunos aspectos más concretos.

El profesor de la universidad de Coimbra, Boaventura de Souza Santos, ha llevado a cabo un estudio muy interesante acerca de la juridicidad que se aplica en las favelas¹⁵ brasileñas, que constituye una legalidad y una práctica jurídica que nace del seno mismo de la favela. De Souza lleva a cabo una comparación entre la práctica jurídica del derecho estatal de los países capitalistas -aunque muchas de sus conclusiones son válidas también para los socialistas- y la práctica jurídica de una inmensa favela de Río de Janeiro. Para sus análisis utiliza instrumentos teóricos de antropología, lingüística y semiótica, que él llama "concepción tópico-retórica". Muchas de sus observaciones y de sus conclusiones constituyen elementos importantes de crítica al racionalismo cientificista del Derecho de la modernidad.¹⁶ Veamos.

¹⁵ Nombre que se les da en Brasil a los barrios marginales, prácticamente sin servicios urbanos y que constituyen asentamientos irregulares.

¹⁶ El trabajo de Boaventura de Souza Santos se titula: *O discurso e o poder. Ensayo sobre a sociologia de retórica jurídica*". Inédito en castellano; la revista *Crítica*

El profesor de Coimbra concluye su trabajo manifestando: "La amplitud del espacio retórico del discurso jurídico varía en razón inversa del nivel de institucionalización de la función jurídica y del poder de los instrumentos de coerción al servicio de la producción jurídica."¹⁷

Vayamos por partes, veamos primero que implica eso del "mayor espacio retórico" y sus consecuencias, y después lo relativo a la "institucionalización de la función jurídica" y los "instrumentos de coerción". Siempre comparando el Derecho de la favela con el Derecho moderno.

Comparando, pues, el Derecho de las favelas y el de los Estados contemporáneos, tenemos que el espacio retórico del primero es mucho más amplio. Esto significa que:

1o.— Al contrario del discurso jurídico estatal, el discurso jurídico de las favelas hace un uso grande del *topoi*, y, simultáneamente, un escaso uso de leyes. Por *topoi* entendemos puntos de vista u opiniones comunmente aceptadas y que se caracterizan por su fuerza persuasiva y no por su contenido de verdad. Los *topoi* tienen carga normativa, muy vaga en abstracto, pero que se va especificando a medida que se envuelve, por la argumentación, con la facticidad concreta de la situación en análisis.

Tiene como objetivo construir progresivamente y por múltiples aproximaciones una decisión que sea aceptada por las partes y por los interesados de la comunidad.

Los principales *topoi* del discurso de la favela analizada por de Souza son: el del "equilibrio" (justeza), el de la 1/2 cooperación" y el del "buen vecino".

Esto significa, entonces, que las decisiones en los conflictos, en el Derecho no-Estatal, se construyen, fundamentalmente, no teniendo como base normas escritas anteriores, sino del reconocimiento de las partes y de los vecinos de los valores de la equidad ("justeza"), solidaridad ("cooperación") y respecto de los otros ("buen vecino").

2o.— El derecho de la favela "se asienta en el modelo de la mediación que, al contrario del modelo de adjudicación, está extremadamente orientado para la contabilización plena de los méritos relativos de las posiciones en el litigio y que, por esa vía, maximiza el potencial de persuasión del discurso y el consecuente potencial de adhesión a la decisión".¹⁸ De tal manera que la parte "ganadora" del litigio no obtiene todo y la que pierde no queda sin nada; el resultado no es *todo* frente a *nada*, como en el derecho estatal; en la favela una parte será "más vencedora" que la otra.

3o.— Al estar dominado por el *topoi* y la retórica, el discurso jurídico de la favela es *no legalista*, y se proyecta como un pensamiento cotidiano y

Jurídica de la Universidad Autónoma de Puebla publicará en breve la traducción que hemos hecho de este trabajo.

¹⁷ *Idem Supra*.

¹⁸ *Idem Supra*.

común. “Al contrario de lo que sucede con el pensamiento de la dogmática jurídica, no tiene que sublimar, mediante sucesivas prótesis técnicas, lo que hay en él de cotidiano y de vulgar”.¹⁹ Este discurso jurídico, agrega de Souza “es investido de una tonalidad ético-social que impide a cada momento la autonomización o insalarización de su dimensión jurídica. En otras palabras, la estructura tópico-retórica del discurso se transforma en un antídoto eficaz del legalismo.”²⁰

40.— En el Derecho de la favela no existe la separación tajante entre el proceso y la substancia, ni entre la forma y el contenido del Derecho, separaciones que constituyen una característica fundamental del Derecho moderno. El profesor de Souza Santos lleva razón cuando comenta esto: “El proceso judicial estatal de nuestros días, juntamente con la institucionalización de la separación objeto real/objeto procesal (la verdad y los autos), establece formalmente la irrelevancia del discurso implícito, salvo cuando explícitamente determina lo contrario (caso en que no se trata de un discurso implícito en sentido propio). Esto sólo es posible gracias al desarrollo tecnológico (del lenguaje) del discurso jurídico estatal y a la militante negativa del sentido común en que se asienta.”²¹ No tengo ninguna duda de la veracidad de esta afirmación; la práctica del litigio me la confirma todos los días; y también a diario constato las injusticias producto de su facticidad. Por otro lado he escuchado procesalistas que afirman que, no se si de modo cínico o se trata de un discurso en apego estricto a los postulados de la ciencia del Derecho, “lo que no existe en los autos judiciales, no existe en el mundo.” Por otro lado, de Souza, al seguir comentando, afirma: “el derecho estatal tiende a ser severo en lo que respecta al formalismo e indulgente en lo que respecta al contenido ético.” Se trata de otra aseveración incontrovertible: ¿cuántas causas justas se pierden por un escrito obscuro, una promoción un día después de vencido el término o una palabra mal empleada?

Esta característica del Derecho del Estado Moderno, afecta a los más pobres que difícilmente podrán defenderse por sí mismos; necesitarán de abogados, y entre más técnica sea la materia de mejores abogados, y éstos cuestan lo que los pobres no pueden pagar. En este sentido entiendo la crítica de Bloch al Derecho: “Nadie débil que busca su derecho tiene la probabilidad de conquistarlo en lucha contra otra parte adinerada; ésta emplea el mejor abogado. El dinero afina los sentidos, agudiza la mente, y el Derecho no es más que agudeza.”²²

Ya hemos visto, entonces, las implicaciones del “mayor espacio retórico”, pasemos ahora a la “institucionalización de la función jurídica” y “los instrumentos de coerción”.

El Derecho de la Modernidad ha obtenido un elevado grado de *institucionalización*, por su *autonomización* en relación a las demás funciones so-

19 *Idem Supra.*

20 *Idem Supra.*

21 *Idem Supra.*

22 Bloch, Ernest. *Ob. cit.* p. 184.

ciales, y su *sistematización* que viene como consecuencia de su carácter general, abstracto e impersonal, y que se da por medio del *formalismo jurídico* en general y del *formalismo procesal* en especial. Esta autonomización y sistematización de la función jurídica tiene su “reproducción garantizada por la ciencia jurídica, la llamada dogmática jurídica, sobre todo a través de la pesada tecnología lingüística y conceptual y de la coerción de un universo teórico en donde se segregan las coherencias sistemáticas del fragmentario y fragmentante actuar teórico jurídico.”²³

El profesor de Souza al referirse “al aparato coercitivo detentador de la violencia legítima” como garante de la producción jurídica de los estados contemporáneos, hace mención de las diversas fuerzas policiales y militares, que llevan a cabo una función, sobre todo, preventiva. Pero nos hace ver que pese a que el accionamiento de los mecanismos de control violento está subordinado a normas y regulaciones generales “el criterio de eficiencia tiende crecientemente a dominar el criterio de legalidad.”²⁴ Hasta aquí el profesor de Coimbra.

Por nuestra parte, consideramos, que la misma presentación kelseniana -léase científica- de la estructura de la norma jurídica conlleva un discurso de amenaza como prioritario en la esencia del Derecho. Recordemos que para Kelsen el Derecho es, fundamentalmente, un orden coactivo, de tal manera que cada norma jurídica prescribe y regula el ejercicio de la coacción.

En la estructura normativa se enlazan dos elementos: supuesto y consecuencia. Según Kelsen la norma jurídica dice: *si a es, debe ser b*. Un acto coactivo se liga como consecuencia jurídica a un determinado supuesto de hecho o condición.

Por una construcción lógico-formal del Derecho, se deja fuera su función de ordenador y el valor de la justicia. La esencia de lo jurídico queda reducida un pretrecho más en contra del hombre.

Esta teoría científica del Derecho, elevada a la categoría de filosofía, esto es de concepción totalizante del fenómeno jurídico, es inadmisibles. No da cuenta ni de los derechos humanos ni de la justicia. Como fundamento filosófico implícito de la juridicidad, se convierte en un arma contra el hombre, por racional y científica que parezca. Como sostiene el maestro Preciado Hernández: “no es exacto que lo fundamental en el derecho sea la coacción. Es fácil distinguir en la norma jurídica su función directiva y su función coercitiva.”²⁵

En primer lugar la norma tiene una función ordenadora, de dirección a un fin, y sólo en segundo lugar aparece la coacción, en caso de que la obligación-derecho que prescribe no se acate. Un discurso jurídico así, es radicalmente distinto del kelseniano que es fundamentalmente represivo. La norma no es analogado principal del Derecho, lo es los derechos humanos y luego la justicia que los supone, propios del fin al que la norma ordena o dirige las conductas.

²³ De Souza, B. *Ob. cit.*

²⁴ *Idem Supra.*

²⁵ Preciado Hernández, Rafael. *Ob. cit.* p. 123.

Así lo han sostenido los clásicos jusnaturalistas. Suárez nos dice:

“El principal elemento de eficacia con que cuenta la ley para hacer buenos a los hombres es su obligación: éste parece ser su objeto más esencial. . . .”, es su efecto *próximo*, porque lo produce la ley misma, y el castigo vendría a ser sólo efecto *remoto* de la ley, ya ésta no lo realiza por sí misma, sino que manda que lo realice el hombre.²⁶

Por otro lado, el Derecho moderno, con sus características de ser general, abstracto e impersonal, base de sus pretensiones científicas, ha sido un factor muy importante en la destrucción de nuestras comunidades indígenas latinoamericanas. A continuación esbozamos una hipótesis explicativa de ese fenómeno nefasto en contra de los pueblo de indios, en el cual el Derecho contribuye a su destrucción.²⁷

Las luchas de los campesinos en América Latina por el respeto a sus derechos comunitarios, constituyen, en el fondo una lucha por la conservación de su identidad frente a la “civilización” que ferozmente trata de despojar de todo a las comunidades, fundada en la concepción del hombre y del mundo según la óptica de la modernidad.

La lucha de las comunidades indígenas, en el fondo, es por la conservación de la identidad, del derecho a ser ellos mismos y por la conservación de los elementos que requieren para ello: la tierra y la comunidad.

Ahora bien, esa identidad y los elementos para conservarla está fundada en derechos adquiridos derivados de un Derecho objetivo; y ese Derecho objetivo es ancestral con un reconocimiento moderno. Por eso necesariamente entra un conflicto con el derecho dominante, que es el derecho moderno caracterizado por la concepción del hombre y de la sociedad propia de la modernidad.

La lucha por conservar la identidad, entonces, se traduce en una lucha jurídica en donde entran en conflicto dos Derechos: el Derecho ancestral reconocido y el Derecho moderno de la sociedad capitalista individualista liberal.

Como hemos visto, el Derecho Moderno está formado por normas que tienen como características el ser generales, abstractas e impersonales, proviniendo de un mandato del legislador.

La razón de estas características del Derecho Moderno, la encontramos en la propia concepción del hombre y de sus maneras de relacionarse socialmente con los demás, propia del mundo moderno. El hombre es considerado un ser libre y autónomo, igual a todos los demás; y la vinculación social se considera contractual, pactada, lo que significa que el hombre no es social por naturaleza sino que se asocia a los otros por razones mercantiles y por medio de contratos.

Esa igualdad de todos los individuos frente a la ley -que la hace ser general, abstracta e impersonal- consagrada por el Derecho moderno, contras-

²⁶ Suárez, Francisco. *Tratado de las leyes y de Dios Legislador*. Lib. I. Cap. XIV. No. 1. Ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1967. Tomo I. p. 67.

²⁷ Este tema lo he tratado con cierta profundidad y analizando varios casos en *El Derecho que Nace del Pueblo*. Ed. Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes (CIRA). México, 1986.

ta abiertamente con la “natural” desigualdad de los hombres propia del mundo antiguo; como contrasta, también, el hecho de que los antiguos consideraran la vinculación social del hombre como natural y no pactada, esto es, el hombre como un social por naturaleza y vinculado a su comunidad. Esta desigualdad no significa, superioridad de uno a otro grupo de personas sino diferencia cultural.

El Derecho español en Indias se caracteriza por conservar la socialidad comunitaria de los indígenas, y al considerarlos como desiguales, es también un Derecho tutelar del indio. Fue, pues, un Derecho que trataba desigual a los desiguales y altamente proteccionista de los derechos de los indios y de las comunidades indígenas como tales. El Derecho protegió las propiedades, la libertad y la autonomía de los grupos indígenas, en razón de su diferencia cultural.

Es cierto que en muchos casos fue letra muerta por sus constantes violaciones. Sin embargo, a pesar de ello, llegó a tener trascendencia esa juridicidad, porque en muchos casos fue también de aplicación real. Fueron tres siglos de Derecho proteccionista de los pueblos de indios y sus propiedades; y éstos por muchas violaciones que hubiera, también en muchos casos se respetó ese derecho.

El Derecho Español de Indias reconocía, pues, la existencia de los indios como tales, como distinta a la que formaba el resto de la sociedad.

El capitalismo penetró en América Latina, una vez que consiguió su independencia, primero a nivel ideológico al llegar a predominar sus sostenes: el individualismo liberal.

El reconocimiento de las desigualdades sociales por la ideología y el Derecho de la dominación hispánica, fue desplazado por una ideología y un Derecho que considera a todos libres e iguales social, jurídica y políticamente.

El carácter liberal individualista del Derecho latinoamericano durante todo el siglo XIX y gran parte de éste es indiscutible, y por razones históricas, incluso, explicable. Ciertamente es que no se impuso de plano desde ya al lograrse la independencia, sino una vez que las corrientes liberales fueron imponiéndose a las conservadoras. En México el triunfo definitivo de la juridicidad liberal moderna se logra con la promulgación de la Constitución de 1857, prototipo de ley fundamental de corte liberal. Esta Constitución consagra las garantías individuales en sus primeros artículos, y apunta claramente las características de igualdad ante la ley y la seguridad frente a la misma, con base en la estructura clásica formal, general e impersonal de la ley.

El individualismo liberal penetró en la América hispana en el siglo XIX dentro de una sociedad fundamentalmente agraria, en donde el desarrollo urbano e industrial era prácticamente nulo. Por lo tanto, la juridicidad moderna de corte liberal va a repercutir directamente a la tenencia de la tierra.

Ya desde la dominación española contrasta la gran propiedad de los españoles con respecto a la propiedad de los pueblos de indios que era mucho más pequeña. Y, poco a poco, la gran propiedad de los latifundistas hispanos se fue extendiendo a costa de las propiedades de las comunidades.

Esta absorción del latifundio privado hecha sobre la propiedad comunal, durante la dominación española, se hizo en contravención a lo establecido por el Derecho Indiano que protegía las propiedades comunales de los pueblos: en este período el despojo es antijurídico. Pero a partir de la independencia, y más concretamente desde el triunfo del liberalismo, el despojo es jurídico, es decir, de acuerdo anormas de Derecho positivo.

El liberalismo jurídico trajo en México: las leyes de desamortización; la Constitución de 1857 y aparejada a ésta una interpretación individualista del Derecho por los tribunales; y las leyes sobre baldíos. Este Derecho privatizó la propiedad agraria, siendo de funestas consecuencias para las comunidades indígenas y los pequeños propietarios pobres.

La Ley de Desamortización, como su nombre lo indica, pretendía sacar de "manos muertas" la propiedad, con el fin de acabar con una acumulación exagerada de la propiedad, sobre todo por parte de las comunidades eclesíásticas, y lograr así su circulación mercantil. Sin embargo, esa desamortización no sólo tocó a los bienes de la Iglesia, sino también a los ayuntamientos y a las comunidades indígenas. La propiedad comunal indígena fue desamortizada con iguales procedimientos y los pueblos fueron despojados de sus antiguas propiedades.

El artículo 27 de la Constitución de 1857 elevó a carácter de Ley Fundamental los principales postulados de la Ley de Desamortización. Mendieta y Nuñez apunta que "una de las más funestas consecuencias de las leyes de desamortización y del artículo 27 de la Constitución de 1857, fue, sin duda alguna, la interpretación que se les dio en el sentido de que, por virtud de sus disposiciones quedaban extinguidas las comunidades indígenas y, por consiguiente, privadas de personalidad jurídica. Desde entonces los pueblos de indios, se vieron imposibilitados para defender sus derechos territoriales y seguramente que fue ésta una nueva causa del problema agrario en México, puesto que favoreció al despojo en forma definitiva.

La igualdad, la generalidad y la abstracción del Derecho Moderno quedaban definitivamente consagrados en la juridicidad individualista liberal mexicana.

Por último, las Leyes de colonización y sobre baldíos de la época porfiriana, entre 1883 y 1910, vendrían a dar el paso final en la privatización de la propiedad agraria y el consecuente despojo tanto de las comunidades de indios como de los pequeños propietarios pobres, constituyeron la expresión de la aplicación más cruda del Derecho moderno y sus postulados.

Este último proceso lo explica Gutelman: "Numerosísimas superficies declaradas "baldías" y que en realidad pertenecían a comunidades indígenas fueron incorporadas a las zonas deslindadas. Los indios no lograban hacer prevalecer sus derechos pues no tenían título jurídico de propiedad; y si este título existía, lo cual sucedía con bastante frecuencia, de todos modos no correspondía a las normas legales, mal conocidas o desconocidas del todo por las poblaciones indígenas incultas: en consecuencia, se invalidaba".²⁸

²⁸ Gutelman, Michel. *Capitalismo y Reforma Agraria en México*. Ed. Era. México, 1975. p. 34.

Este caso de las comunidades indígenas, es ejemplo bien claro de cómo al aplicarse cierta normatividad con fundamentos científicos haciendo a un lado lo filosófico, es decir dejando de lado al hombre, provoca la violación de los derechos humanos que no son sólo individuales, sino también comunitarios y van en contra de los más elementales postulados de la justicia.

En este lugar quiero dejar claro que cuando hablo de derechos subjetivos como analogado principal del Derecho, no sólo estoy refiriéndome a derechos personales o individuales, sino también a los comunitarios. Los derechos sociales no son una ficción o un "mal necesario", son auténticos derechos de los pueblos, los grupos organizados o las "sociedades intermedias", y radican en la propia esencia del hombre que es individual y social, personal y comunitaria.

Ciencia del Derecho en la Formación Social Socialista.

Hemos visto, en la formación capitalista, cómo cuando la ciencia jurídica ocupa el lugar de la filosofía del Derecho, privilegiando la normatividad y la racionalidad normativista sobre los derechos humanos y la justicia, se instala la legalidad de la injusticia. De igual manera sucede en la formación social socialista. Esta tiene las mismas pretensiones científicas de la formación social capitalista, sólo que desde otro fundamento, con otra epistemología, construyendo otro paradigma. Ya no se trata de la búsqueda de la autonomía de la ciencia del Derecho, como una ciencia del *deber ser*, con un método propio, y de una construcción racional, sistemática y unitaria de la juridicidad. Sino que a partir de un "conocimiento científico" de la sociedad, proporcionado por el materialismo dialéctico, pueda ser construido el *socialismo*, no como ideal ("utópico"), sino real ("científico"). Y así el Derecho como parte de la estructura global de la sociedad, aunque en el nivel superestructural, es conocido científicamente y, a partir de ese conocimiento, puede ser *utilizado políticamente* en la *transformación social*.

Esta teoría del conocimiento, que fundamenta esta nueva concepción científica de lo jurídico, está en las *Tesis sobre Feurbach* de Marx. Veamos.

"El defecto fundamental de todo el materialismo anterior -incluido el de Feurbach- es que sólo concibe las cosas, la realidad, la sensoriedad, bajo la forma de *objeto* o de *contemplación*, pero no como *actividad sensorial humana*, no como *práctica* . . . La coincidencia de la modificación de las circunstancias y de la actividad humana sólo puede concebirse y entenderse racionalmente como *práctica revolucionaria* . . . la esencia humana no es algo abstracto inherente a cada individuo. Es, en su realidad, el conjunto de las relaciones sociales. . . El punto de vista del antiguo materialismo es la sociedad "civil"; el del nuevo materialismo, la sociedad *humana* o la humanidad socializada . . . Los filósofos no han hecho más que *interpretar* de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de *transformarlo*".²⁹

29 Marx, Karl. *Tesis sobre Feurbach* en Marx y Engels. *Obras Escogidas*. Ed. Progreso. Moscú. (Sin fecha de edición).

Bernardo Avalos, nos lo explica: "Marx es muy simple dentro de su enorme complejidad. Marx es obreros, trabajadores industriales: 'de la misma manera que industriosamente han ustedes domeñado las fuerzas de la naturaleza y han salido victoriosos en la industrialización, de esa misma manera tomen hoy la sociedad, transfórmenla como una materia prima y emancípense de ella, creando una sociedad nueva, la comunista'. Esta es la versión de la revolución socialistas del proletariado".³⁰

La cuestión es que, en la formación social socialista, el Estado tomó en sus manos la tarea de la transformación revolucionaria de la sociedad, autonombrándose "Estado de la clase trabajadora" e instituyó la "dictadura del proletariado". Lenin puso los fundamentos del superestado soviético y Stalin lo consolidó. El Derecho se constituyó así en un instrumento del Estado para sus fines transformadores. Vyshinsky, el jurista de Stalin, teorizó e implementó el Derecho en ese sentido. Un Derecho basado en el materialismo dialéctico, con un uso preponderantemente político, de acuerdo a las directrices del Estado.

Para Vyshinsky el Derecho es un ordenamiento normativo que representa la "voluntad de la clase obrera traducida en ley", como reglas de conducta destinadas a la construcción de la "nueva sociedad".

El Derecho para Vyshinsky presenta dos caras, que se intercambian de acuerdo a sus intereses: una normativa y otra política. La cara normativa la opone a las teorías sociológicas y economicistas, que se apellidan también marxistas; pero esas normas no las entiende, en primer término, como reguladoras de las relaciones sociales, sino como un acto de voluntad del Estado como fuerza para conseguir su fin, esto es, la cara política.

De tal manera que, precisamente, como el Derecho es un instrumento esencialmente de la política, a pesar de aparecer como una concepción rígidamente voluntarista, normativista e imperativista, "que hubiera debido, en conformidad con la opinión que ve en estos caracteres del Derecho la condición de su certeza y la consiguiente garantía de la legalidad y de la libertad, realizar dicha garantía también en la URSS, y que, en cambio, constituyó la justificación teórica y en gran parte el instrumento mismo del autoritarismo y de la ilegalidad de la dictadura staliniana".³¹

La colectivización de la formación social socialista, el sometimiento del ciudadano al Estado, en lo relativo a las teorías del Derecho y el Estado, tiene su base en la doctrina de Vyshinsky, que es el creador de la legalidad soviética vigente aún en nuestros días, aunque aparezca en algunos aspectos atenuada.

El costo humano de los regímenes socialistas totalitarios, derivan también de la aplicación de una teoría científica a la sociedad. el hombre es sometido por un paradigma científico; la ciencia es elevada a la categoría de conocimiento totalizante. Dice liberar al hombre y lo oprime. Y es que el

³⁰ Avalos, Bernardo. *El Perfil del Pastor que requiere la realidad de México*, Boletín de la Organización de Seminarios Mexicanos. (OSMEX) No. 5. Septiembre de 1986.

³¹ Fassó, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*. Tomo 3. Ed. Pirámide. Madrid, 1979. p. 253.

hombre y sus derechos, rebasan cualquier conocimiento científico. Escapa el ser humano en su dignidad de tal, a lo que la ciencia pueda conocer de él. El marxismo, como visión filosófica totalizante, considera al *hombre colectivizado*, como una *masa de materia prima*, que puede ser transformada al antojo de aquellos que tienen el poder de hacerlo (*Tesis sobre Feuerbach*). No se trata aquí de “intenciones no manifiestas”, esto es, de anhelos sinceros de liberación, sino de *episteme*, de fundamento del conocimiento, que fácticamente se traduce en estructuras que lejos de liberar al hombre, lo oprimen más. La juridicidad, derivada de una concepción científica que parte del hombre masificado, niega los derechos personales y muchos derechos comunitarios, o los supedita a los intereses de la *revolución*, esto es, de la transformación científica de la sociedad, que se deposita en el Estado.

Jusnaturalismo histórico y ciencia jurídica.

La corriente de pensamiento que hemos denominado jusnaturalismo histórico, parte de la tradición filosófica del jusnaturalismo clásico, que da prioridad al aspecto humano de la juridicidad y que tiene sus fundamentos más allá de lo que la ciencia puede o pueda decir del hombre. Sus raíces se hunden en la dignidad humana que no tiene fundamento último en las ciencias, sino en la metafísica, esto es, que está más allá de lo cognoscible por los paradigmas científicos e incluso por la sola razón. De tal manera que los derechos humanos (derechos subjetivos) en el sentido amplio que lo hemos explicado, y la justicia, no están fundados en los conocimientos que nos proporcionan las ciencias ni en la normatividad del Estado, sino en la propia dignidad humana que es el fundamento de todo derecho y de toda justicia.

Por eso hemos sostenido que el analogado principal del Derecho está constituido por los derechos subjetivos, base misma de la justicia. De tal modo que el derecho objetivo y la ciencia jurídica se subordinan al analogado principal. Y una ciencia jurídica, como hemos analizado, que ocupe el lugar de la filosofía del Derecho, pervierte los derechos y echa por la borda la justicia.

Le hemos llamado *jusnaturalismo histórico*, porque el ser del hombre (individual y social) y su constitución como persona -cuya dignidad la hace portadora de todos los derechos-, no deben quedarse en simples declaraciones teóricas, en abstracciones, sino hacerse realidad en la historia, y la Filosofía del Derecho debe pugnar por ello.

Ahora bien, si hemos criticado la ciencia o las ciencias del Derecho ha sido por su pretensión filosófica, pero no negamos su extraordinario aporte para hacer efectivo, real, la vigencia de los derechos humanos y de la justicia en la historia. Es más, las ciencias jurídicas, con la condición del humilde reconocimiento de sus limitaciones, son una contribución esencial para la liberación del hombre por el Derecho, esto es, nuevamente permítaseme insistir, para la plena realidad histórica de los derechos humanos y el que cada quien tenga acceso a lo suyo.

No podemos negar el extraordinario aporte de Kelsen en lo que se re-

fiere a la sistematización de la normatividad jurídica, en cuanto a su lógica interna, su estructuración y coherencia. El Derecho requiere de una normatividad con formas adecuadas, con jerarquía entre sus disposiciones; de unidad y buena disposición de sus elementos. Un cuerpo de normas desordenado y caótico, lejos de ser útil y eficaz, crea confusión y provoca injusticia. Por esa razón de aporte kelseniano, que es exclusivamente normalótico, racional, es una contribución importantísima al Derecho, así como los estudios normativistas que de éste se derivan.

El sociologismo jurídico, en especial el marxismo, también ha dado conclusiones muy importantes para el conocimiento del Derecho como realidad social. Está en relación con el uso que hacen del Derecho tanto el Estado como los diversos grupos sociales; su eficacia e ineficacia; a quién sirve y cómo; el lugar del Derecho en la estructura global de la sociedad; la ideología que genera y lo sustenta, etc. En este rubro sobresalen los juristas marxistas no dogmáticos, de quien hemos expuesto algunos tópicos en la tercera parte de este trabajo.

También contribuyen en mucho a la ciencia del Derecho los estudios históricos, antropológicos, lingüísticos, semióticos y psicológicos.

Algunos científicos de lo jurídico buscan útiles complementaciones, como Oscar Correas entre Kelsen y Marx³²; otros entre Kelsen y la semiótica³³; otros más entre conclusiones marxistas y lingüísticas y semióticas³⁴, etc. Constituyendo, éstos, conocimientos científicos del Derecho más completos, y que permiten, por ende, que podamos profundizar más en el fenómeno jurídico.

El jusnaturalismo histórico debe recoger aquellas conclusiones científicas que le son útiles para su objetivo: la búsqueda de la vigencia real, histórica, de los derechos humanos y de la justicia. Su propósito ético está en remover los obstáculos sociales que impiden la historización de la dignidad humana plena y de la justicia, y como su reflexión es, en principio jurídica, antepone esas dos realidades jurídicas a legalismos, racionalismos y sociologismos jurídicos con pretensiones absolutas, que lejos de ayudar a la liberación integral del hombre son pieza fundamental de su opresión.

Sin embargo, la liberación (dignidad humana y justicia) pasa por la historia, esto es, se da en la compleja y conflictiva historia de los hombres, de tal modo que tiene que ver con los conocimientos que el hombre tiene de sí mismo -tanto en lo individual como asociado- y del mundo que lo rodea, por lo que los aportes racionalistas-normativistas, sociológicos, psicológicos, semióticos, etc., son imprescindibles para lograr esa liberación, pero a condición de que sean encaminados a ello y no a convertirse en un peso opresivo más sobre el hombre.

32 "Kelsen y los Marxistas" en *Alegatos* No. 3. Órgano de difusión del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana. México, mayo-junio de 1986; "Kelsen y Marx: de la ciencia a la filosofía" en *Crítica Jurídica* 4. Ed. Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, mayo de 1986.

33 Torres Charles, Sergio. "¿Qué es la semiótica jurídica?" *Crítica Jurídica* 4. *Ob. cit.*

34 De Souza Santos, Boaventura. *O discurso e o poder. Ensaio sobre asociologia de retórica jurídica. Ob. cit.*

El jusnaturalismo histórico, como concepción filosófica, debe ligarse con las verificaciones de la realidad y del pensamiento que proporcionan las ciencias del Derecho, con ello constatará si en la realidad histórica se da o no la dignidad humana y la justicia, y si no se dan, muchas de las conclusiones de las propias ciencias jurídicas le servirán para intentar la búsqueda de su realización.

De las cuatro realidades que hemos reconocido como Derecho, los derechos subjetivos (derechos del hombre) y la justicia, pertenecen al ámbito de lo filosófico. Constituyen el objeto primordial de estudio por parte de la Filosofía del Derecho.

En cambio, las normas o leyes positivas en su expresión formal, lingüística o semiótica; lo que se refiere al fenómeno jurídico como hecho, las prácticas jurídicas, el rol del Derecho en la sociedad, etc., son objeto de estudio de las ciencias del Derecho.

Hemos afirmado que la Filosofía del Derecho constituye una visión de lo jurídico desde sus primeros principios o razones más elevadas. El razonamiento sobre los derechos humanos y la justicia, son el fundamento mismo del Derecho. Ninguna ciencia puede llegar a las conclusiones que la Filosofía puede alcanzar en su decir del hombre. El Derecho se basa en la *dignidad humana*, porque el hombre es origen de todo derecho. Pero la dignidad del hombre es metacientífica, metafísica. La biología, la psicología, la sociología, la lógica, la Teoría Pura del Derecho, la economía, pueden alcanzar conocimientos muy amplios acerca de lo que el hombre y el Derecho son, pero ninguna, ni todas juntas, pueden dar las razones válidas para *fundar*, para *radicar*, el valor del hombre como persona en su dignidad y la justicia en sus relaciones. Esto sólo puede establecerlo la Filosofía, a partir de un concepto metafísico del hombre.

De tal modo que las ciencias jurídicas aportan, a condición de mantenerse en el ámbito de lo científico y no querer elevar sus conclusiones al nivel de la Filosofía, conocimientos de gran valor para hacer real el respeto de los derechos humanos y la justicia.

En otros términos, la ciencia debe supeditarse a la dignidad del hombre, de la cual sólo la Filosofía tiene la última palabra. Lo que llevado al ámbito de lo jurídico, nos permite decir que los derechos humanos y la justicia deben condicionar la normatividad positiva, por un lado, y las conclusiones científicas acerca del fenómeno jurídico como hecho social en sus diversas manifestaciones, por otro. En este segundo caso no imponiendo un método o negando sus conclusiones, sino como una apelación ética desde el hombre mismo, por el sólo hecho de ser hombre.

Creemos que las ciencias del Derecho pueden tener autonomía de la Filosofía jurídica. Pero si esa ciencia está encaminada a la búsqueda del respeto de los derechos humanos y a la vigencia real, histórica, de la justicia, su autonomía será relativa, pues deberá, a pesar de su método propio de conocimiento y de la validez de sus conclusiones, rendir cuenta a la dignidad del hombre que, quiérase o no, está en el ámbito de lo filosófico. Y no por el hecho de que la filosofía sea superior, sino simple y sencillamente porque es la que presenta al hombre de su dignidad. La supeditación de lo científico es, en realidad, no a la Filosofía como tal, sino al ser humano.

IV. El *Mispat* (Derecho) y el inequívocadamente otro.

Nuestra concepción filosófica, desde la cual hemos abordado el Derecho a lo largo de este trabajo, es el jusnaturalismo. La esencia de esta corriente radica en los derechos humanos, la justicia y el bien común. Hablar de jusnaturalismo, es hablar de derechos del hombre, de lo que a cada quien le corresponde y del bien social.

Por otro lado, tenemos que la realidad social se nos presenta frecuentemente contrariando los principios teóricos jusnaturalistas. Los derechos del hombre, la justicia y el bien común, son negados en la historia diaria de los hombres. La opresión económica que acarrea el hambre, la incultura, la vida indigna de la mayoría de los seres humanos, por la concentración de los bienes productivos y los de consumo en unos pocos, y la opresión política que hace que sólo unos cuantos decidan sobre las cuestiones importantes de la vida de los hombres en sociedad, dejando a la mayoría sin decir ni plasmar materialmente su palabra, son la tremenda realidad que se opone, prácticamente a los principios jusnaturalistas y les impide su realización. Esa opresión económica y política, las más de las veces, no se hace violando el derecho objetivo o las leyes, sino precisamente aplicándolo. La normatividad frecuentemente legaliza la injusticia y la violación de los derechos humanos.

El jusnaturalismo, creemos que no sólo debe conformarse con la reflexión teórica acerca de la esencia del hombre, de sus derechos y de la justicia en sus relaciones, sin tener en cuenta la historia que con los hechos niega la realidad de la vigencia de los derechos humanos, de la justicia y del bien común. El jusnaturalismo -y por eso hablamos de jusnaturalismo histórico- debe incorporar a su reflexión un método que le permita también penetrar en la realidad y verificar el cumplimiento o no de sus principios, enriqueciendo así, con los propios datos históricos, su reflexión y sus postulados, y le permita así incidir, como postulado ético, en la realización de aquello que sostiene como teóricamente válido.

La historia real nos muestra a los hombres interrelacionados en un conjunto inmenso de lazos complejos. Y todos y cada uno de esos hombres, como afirma el jusnaturalismo, son portadores de una dignidad que los hace poseedores de derechos por el sólo hecho de ser hombres y provocar, por ese sólo hecho también, a la justicia. Cada uno es el *otro*, y por lo tanto exige el respeto de sus derechos.

Pero también, la historia real de los hombres, con la opresión económica y política, arropada por el derecho objetivo, nos muestra a un grupo mayoritario de esos mismos hombres, padeciendo la carencia de bienes materiales y de poder de decisión. Son los oprimidos, los negados, aquellos que *sistemáticamente, por sistema*, sufren la violación de sus derechos más elementales y que soportan la injusticia. Constituyen, en palabras de Dussel, el *inequívocamente otro*.

¿Ante esta realidad, cuál es la respuesta del jusnaturalismo? La reiteración de la validez de sus conclusiones y postulados aunque éstos sean negados históricamente.

Creemos, sin embargo, que es necesario introducir otra categoría teóri-

ca, acorde con esa realidad de *injusticia y opresión*, y que conlleve una fuerte carga ética también en consonancia, *es decir la del servicio al hermano por la liberación: la búsqueda de vigencia real de sus derechos y la justicia.*

Nos atrevemos a proponer la categoría *mispat*, que constituye el modo de entender el Derecho en la tradición bíblica, en especial en los profetas.

Cabe hacernos esta pregunta: ¿Qué significa para los profetas de Israel *Derecho y justicia*?

Es claro que no tienen para ellos el mismo sentido corriente que para nosotros hoy día. No se trata de la concepción del positivismo jurídico -ni voluntarista, ni normativista-; tampoco se trata de una concepción meramente jusnaturalista que entienda el Derecho derivado de la "naturaleza del hombre" con una justicia formalista, ahistórica. Se trata de una concepción del Derecho y la justicia más profunda, más rica e histórica, esto último en el sentido de que, sin perder su valor "para todo tiempo y lugar", tiene una ubicación en el "aquí y ahora", se concretiza.

Mispat ha sido traducido como Derecho, ley, acto judicial, justicia, intervención justiciera extrajudicial, y algunos otros términos análogos. *Mispat*, según nos enseña Porfirio Miranda, viene de la raíz *spt* que significa "salvar de la injusticia a los oprimidos".³⁵ *Mispat* encierra entonces un sentido jurídico muy profundo. Pues Derecho y justicia, ley, acto judicial, etc., poseen en la tradición bíblica, y por lo tanto profética, un sentido de liberación de la opresión al débil. No es dar a cada quien lo suyo en el sentido de una justicia conservadora, de derechos adquiridos, sino que implica, especialmente, velar por los derechos de los pobres, de los oprimidos, de los débiles. Esto también en virtud del *paralelismo sinónimo* entre las raíces *spt* y *sdq*, derivándose de esta última *sedaga* que se traduce como justicia.

Esto tiene también una significación muy importante sobre el origen del Derecho y la idea de justicia. El propio Miranda afirma: "En planteo de antropología general ya podíamos haber supuesto como obvio que, cuando en la historia humana se ideó la función de un juez o de lo que después llegó a llamarse juez, fue exclusivamente para ayudar a quienes por ser débiles no pueden defenderse; los otros no lo necesitan. Pero el uso bíblico de la raíz *spt* hace que una tal teoría deje de ser mera teoría y conjetura".³⁶ Considera que el significado genuino de *safat* no es juzgar en sentido estricto de administración de justicia, sino más amplio, hacerles justicia a los débiles y oprimidos, quedando englobado el sentido estrictamente judicial porque se supone que los tribunales deben salvar de la injusticia a los necesitados.

Lo anterior lleva a Porfirio Miranda a la siguiente afirmación:

"El *Mispat* es la defensa de los débiles, la liberación de los oprimidos, el hacerles justicia a los pobres. El hecho de que las leyes originalmente

³⁵ Miranda, Porfirio. "Marx y la Biblia. Crítica a la Filosofía de la Opresión". México, 1971. p. 111.

³⁶ *Idem Supra*.

sean llamadas *mispatim* (por ejemplo en Ex 21, 1; Ex 15, 25 b y cf; Ex 18, 13-27, para no citar sino estratos de la más reconocida antigüedad), constituye un dato de importancia incalculable, pues indica cuál era la intención y el sentido original de la legislación. Tanto para filosofía del derecho, como para teología de la autoridad como, sobre todo, para exégesis bíblica, se nos da así el criterio que permite discernir cuando los legisladores posteriores acertaron realmente con la voluntad de Dios (en filosofía del derecho: cuando acertaron con la intención profunda de la historia humana que en un momento dado decidió crear derecho positivo), y cuando, por el contrario, mitizaron la ley y la autoridad erigiéndolos en entidad-en-sí que en el mejor de los casos carece de obligatoriedad y en el peor (no infrecuente) se toma en instrumento de opresión y de injusticia. Los Profetas y Cristo practicaron ese discernimiento”³⁷

Otros autores coinciden con Miranda respecto del concepto del Derecho y justicia en la tradición bíblica y concretamente en los profetas. Sicre menciona a Wildberger que sostiene que “la justicia que el Antiguo Testamento exige a los jueces no es la ‘iustitia distributiva’ que da a cada uno lo suyo, sino la ‘iustitia adiutrix miseri’, la que protege al desgraciado. También es injusticia despedir a las viudas con las manos vacías, no socorrerlas, dejarlas consumirse en llanto. Y es justicia librar al huérfano indefenso, repartir el pan con él, alegrar el corazón de la viuda”.³⁸

El concepto de *mispat* es bastante amplio, pues, y no comprende sólo al Derecho objetivo, a las leyes, sino que implica una práctica jurídica, “practicar el Derecho” (Miq. 6, 8) que va más allá del puro cumplimiento de las leyes; supone un compromiso con el prójimo, especialmente con el más necesitado. Sicre cita a Renaud: “No es sólo cumplir los mandamientos, sino establecer con el prójimo una relación conforme al ideal de la alianza establecida por Dios”. Y Allen sostiene: “La primera de las exigencias divinas se orienta a la comunidad humana (. . .) Justicia es la palabra clave usada tantas veces por los profetas para sintetizar esta obligación social. Abarca y supera una serie de preceptos negativos, tales como la prohibición de oprimir, perjurar, sobornar. Exige un sentido de responsabilidad con los miembros más débiles de la sociedad para que no queden marginados. Insiste en los derechos de los otros; requiere un instinto de preservación social”.³⁹

Podemos concluir, entonces, que los conceptos de Derecho y justicia en los profetas son sinónimos, conforme a la traducción del Antiguo Testamento. Y que se trata de dos términos que rebasan en mucho las ideas legalistas de Derecho y meramente judiciales de justicia, aunque las impliquen. Su sentido más profundo, y amplio al mismo tiempo, supone una práctica en favor de los más débiles, salvar de la injusticia al oprimido.

Mispat constituye una práctica jurídica global, “practicar el Derecho” (Miq. 6, 8) que va más allá del simple cumplimiento de las leyes; supone

³⁷ *Idem Supra.* p. 129.

³⁸ Sicre, José L. *Con los pobres de la Tierra. La Justicia Social en los profetas de Israel.* Ed. Cristiandad. Madrid, 1984, p. 202.

³⁹ *Idem Supra.* p. 298.

un compromiso con el prójimo, especialmente con el desgraciado, con el más necesitado. Es un servicio, una responsabilidad especial por los miembros más débiles de la sociedad.

El lugar en donde existen los derechos es el hombre, cualquier hombre, por el sólo hecho de serlo. *Es el otro que provoca a la justicia.*

Sin embargo, es el *inequívocamente otro*, el débil, el pobre, el negado, el desgraciado, el que padece sistemáticamente la violación de sus derechos —el primero de ellos, a la vida digna— el que provoca con más fuerza a la justicia, ya que ésta se le niega estructuralmente. El *Misvpat* exige la reivindicación especialmente de estos derechos. Postula una práctica del Derecho íntimamente vinculada con la liberación de los oprimidos.

Se trata de una *liberación por el Derecho*, pero en su sentido más amplio y más profundo. Amplio, entendido el Derecho como respeto, de manera primigenia, de los derechos humanos y el cumplimiento de los postulados de la justicia, objetivizados en la ley y su aplicación. Y en su sentido profundo como *Misvpat*, es decir la acción jurídica integral por la salvación de la opresión a los débiles; como un servicio de restitución de su derecho a la *vida plena* de todos los humillados y ofendidos, y agoviados y oprimidos.