

# **UNIVERSIDAD – VERDAD**



**REVISTA DE LA UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**N° 33**

Abril 2004

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

**Dr. Mario Jaramillo Paredes**  
RECTOR

**Ing. Francisco Salgado Arteaga**  
VICERRECTOR

**Econ. Carlos Cordero Díaz**  
DECANO GENERAL ADMINISTRATIVO FINANCIERO

**Ing. Jacinto Guillén García**  
DECANO GENERAL DE INVESTIGACIONES

**UNIVERSIDAD - VERDAD**

Revista de la Universidad del Azuay

Director

**Dr. Claudio Malo González**  
Consejo Editorial

**Dr. Napoleón Almeida Durán**  
**Dr. Oswaldo Encalada Vásquez**  
**Arq. Diego Jaramillo Paredes**

Este número ha sido preparado por el Dr. Juan Morales O. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay

La responsabilidad por las ideas expuestas en esta revista corresponde exclusivamente a sus autores

Se autoriza la reproducción del material de esta revista siempre que se cite la fuente

Canjes y donaciones: Biblioteca <<Hernán Malo González>> de la Universidad del Azuay

Avda. 24 de mayo N° 7-77 y Hernán Malo

[www.uazuay.edu.ec](http://www.uazuay.edu.ec)

Apartado Postal 981

Teléfono: 2881-333

**Cuenca- Ecuador**

# **RELEVANCIA DEL DERECHO**



# CONTENIDO

NOTA DE LOS EDITORES	7
UNIVERSALISMO CAPITALISTA Y DEMOCRACIA SOCIAL EN AMÉRICA LATINA Álvaro B. Márquez-Fernández. A.	11
ESBOZO DE LA INTERPRETACIÓN DEL PUNTO DE VISTA MORAL DESDE LA ÉTICA DEL DISCURSO HABERMASIANA" Emilio José Rojas Molina	27
LA RELEVANCIA DEL DERECHO Isaac Chang Vega	59
IRRELEVANCIA DEL DERECHO Claudio Malo González	71
LA NECESIDAD DE UN CAMBIO EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO Patricio Cordero Ordóñez	95
INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LA CRIMINALISTICA Jorge Maldonado Aguilar	109
ETICA Y DERECHO - DEMAGOGIA Y PEDANTERÍA Tarquino Orellana	135
BREVES REFLEXIONES SOBRE LA	

CONSTITUCION POLITICA DEL ECUADOR Y LA ETICA JUDICIAL Guillermo Ochoa Andrade	139
LA INSCRIPCIÓN Y LA POSESION Homero Moscoso Jaramillo	145
IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO Juan Morales Ordóñez	155
DERECHOS CULTURALES Y GLOBALIZACIÓN Andrés Abad Merchán	167
¿TIENE RELEVANCIA EL DERECHO? LA BÚSQUEDA DE LA OLLA DE ORO Juana Sotomayor Dávila	181
LA RELEVANCIA DEL DERECHO. Walter Velásquez Ramírez	189
ETICA Y UNIVERSIDAD Fernanda Navas	203
EL DERECHO: UN ESTILO DE VIDA Silvana C. Tapia	213
DESPOLITIZACIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL O REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL Alfredo Mora Guzmán	223

## **NOTA DE LOS EDITORES**

La época actual tiene características propias, las mismas que pueden confluir en un concepto que refleje de alguna manera la complejidad y el cambio vertiginoso. Las ciencias naturales avanzan constantemente posibilitando creaciones científicas y tecnológicas que están en la vanguardia del desarrollo de la humanidad. Los conceptos tradicionales de comprensión del universo y de la vida en todas sus manifestaciones, que respondían a criterios mecanicistas, están siendo permanentemente desafiados por la emergencia de nuevas variables que no siempre caben dentro de esos modelos teóricos. Esta situación de complejidad cada vez más creciente, requiere teorías nuevas que den cuenta del funcionamiento de los sistemas, tanto a nivel interno como externo, desde el enfoque de la ineludible relación que existe entre los diferentes elementos que conforman los fenómenos, la materia, los objetos y los seres.

Las ciencias sociales se enfrentan a la misma situación, pues éstas tienen como objetivo la comprensión y el estudio de la vida de las personas y de los grupos en los diferentes escenarios que su propia interrelación genera. Si en el estudio de la materia y de la vida orgánica la complejidad es el objeto a estudiar, este enfoque es aún más necesario en el análisis de relaciones sociales a través de las ciencias sociales que los abordan.

Desde esta perspectiva el Derecho, concebido como el sistema más elaborado para la regulación de la convivencia social, tiene siempre un papel central y fundamental. El título de esta publicación se refiere a la relevancia o importancia del sistema jurídico. Algunos de los articulistas se refieren ya a la importancia de otras variables en el análisis de lo jurídico, y a la no vigencia del Derecho en la vida práctica o real en la cual los problemas se

resuelven. Quizás debemos comprender, en el caso del enfoque mencionado, que se está evidenciando que el modelo no da cuenta de lo que acontece en la realidad. El análisis sociológico de la realidad nos lleva más allá de las afirmaciones dogmáticas de la teoría general del Derecho. ¿Qué hacer frente a esta evidencia? ... ¿tratar de que todo sea interpretado desde el punto de vista paradigmático de un sistema jurídico concebido y desarrollado teóricamente en el pasado?, ¿o generar un nuevo modelo que si explique y de cabida a las nuevas manifestaciones sociales que existiendo, contradicen hoy en día, al modelo que aún teóricamente se enseña y se pretende validar?. Esta es la interrogante fundamental para el Derecho, para los estudiantes y para los estudiosos de lo jurídico. Naturalmente que esta preocupación no solamente es jurídica, sino general a todas las ciencias sociales.

El Derecho concebido como el principal sistema de regulación de la convivencia social, es absolutamente relevante. El sistema jurídico actual debe evolucionar para que podamos generar una nueva teoría del Derecho en la cual las diferentes manifestaciones sociales tengan cabida. Se trata de visualizar la importancia del Derecho en el mundo contemporáneo y su proyección al futuro. Es probable que estemos ya en la situación real que nos lleve al imperativo de cambiar el paradigma, pues el anterior y vigente dogmáticamente en la actualidad, no puede dar cuenta de toda la complejidad social y jurídica de los actuales momentos.

El Derecho tiene y probablemente tendrá la misma importancia tradicional y milenaria, lo que no quiere decir que sean los mismos conceptos y dogmas los válidos "ad infinitum". Deben, necesariamente, generarse nuevos criterios que permitan la necesaria coherencia entre la teoría jurídica y la realidad social.

Esta publicación quiere ser un aporte al permanente diálogo sobre la validez de las ciencias sociales y del Derecho. En nuestro

país estamos confrontados desde hace mucho tiempo a circunstancias que van más allá del modelo tradicional en lo que se refiere al Derecho. Debemos estar conscientes de esta realidad para adaptar el más elaborado mecanismo de regulación social, el Derecho, a los tiempos presentes y al futuro. El Derecho es relevante y fundamental en la vida de las sociedades y pueblos, pero debe evolucionar y proyectarse, acorde siempre con las nuevas y cambiantes condiciones sociales de vida.



# **Universalismo Capitalista y Democracia Social en América Latina.**

Álvaro B. Márquez-Fernández, PhD- D.E.A.  
Universidad de Zulia



## Resumen

Los procesos de consolidación democrática en la América Latina, deben ser analizados e interpretados en el contexto de las crisis económicas y sociales que resultan como consecuencia casi directa de la expansión hegemónica del capitalismo. Nuestras democracias y la estabilidad de sus sistemas políticos, de una u otra forma, terminan siendo afectadas por las relaciones de mercado y consumo que predominan en el ámbito internacional; por los procesos ideológicos que configuran las identidades ciudadanas; por la concentración del poder político en la burocracia institucional; por la inducción de conductas sociales que permitan el consenso y la legitimidad, a fin de neutralizar las crisis de gobernabilidad tan constante del Estado. La construcción de una genuina democracia social, requiere de una reformulación y de una crítica de este “état de lieu”, pues la verdadera democracia debe tener su origen en unas relaciones de coparticipación cuyos principios fundamentales sean la justicia y la equidad material.

**Palabras clave:** Capitalismo, democracia, América Latina, Estado.



## **Introducción**

El proyecto político de una democracia social donde la justicia, la equidad y la paz se consagren como verdaderos derechos ciudadanos, no puede cumplirse efectivamente en una sociedad cuyas relaciones individuales están, casi totalmente, subordinadas al control de un sistema productivo que ha venido universalizando la estructura de mercado y consumo, como el principio vital de todo modo de vida, en detrimento del principio del bien común y de las libertades ciudadanas que deben caracterizar a un genuino Estado de Derecho.

Elaborar el análisis teórico de la realidad política de las sociedades latinoamericanas, debe favorecer y garantizar la participación de la ciudadanía en la búsqueda de sus identidades públicas.

## **La realidad histórica**

En las últimas décadas las relaciones entre sistema político y participación ciudadana, han alcanzado en América Latina un grado de conflictividad y violencia inusitado. Todo el orden social gira, de un modo u otro, en torno a los peligrosos bordes de estos abismos. Nadie parece escaparse a esta perversa dialéctica, particularmente el Estado, quien en principio es el sujeto natural del Derecho, y a quien le compete regular relaciones políticas de intereses y necesidades, consumo y satisfacción, producción y desarrollo, en un marco de discernimiento público que permita una convivencia ciudadana digna.

Entre las diversas causas que han motivado las nuevas situaciones de confrontación, no siempre reconocidas como confrontación de clases, pareciera que la principal es la que actualmente se ha terminado por denominar, según Habermas, la

crisis de legitimación del capitalismo avanzado. Estamos viviendo, directa o indirectamente como latinoamericanos, la vorágine de la crisis y porqué no admitirlo, la recomposición histórica de la hegemonía de un modelo societal productivo, representado por el pensamiento político del liberalismo ilustrado.

Pero lo que esta crisis ha hecho nítido y evidente, es la insuficiencia estructural y burocrática del Estado de bienestar social, para cumplir, de acuerdo a los presupuestos éticos y morales que le han servido de consenso ideológico, su proyecto de justicia, derechos y paz social, eludiendo así, en todo momento, la correspondencia necesaria y obligada de tal proyecto con la ejecución de una equidad material que responda efectivamente a las exigencias del bien común de la ciudadanía.

La imposibilidad de cumplirse en un orden social liberal burgués un auténtico proyecto de democracia social ciudadana, hace inviable tal proyecto, puesto que en modo alguno se tiende a superar las contradicciones que le son inherentes, principalmente las que conciernen a los procesos de intercambio y consumo, en los cuales el ciudadano queda a mercé de la *mano invisible* del mercado, y frente al cual la condición existencial de los mismos termina totalmente desvirtuada por la objetivación de la mercancía.

La consecuencia de esta contradicción es una alienación de primer grado, que margina y excluye a la mayoría de los ciudadanos, es decir, a la clase trabajadora y productiva, de su real e inmediata acción política, lográndose de esta manera una significativa despoltización de la participación de éstos en otros espacios públicos, donde pueda reivindicarse su acción como una acción política de contenido y propósito, contestatario y emancipador.

Otra característica de esta contradicción, al parecer insalvable, es la falta de efectividad de los tradicionales

mecanismos de socialización (v.gr., el populismo) dispuestos por el Estado para conciliar los conflictos y resolverlos por la vía de la concertación y el interés nacional, frente a las crecientes demandas sociales que resultan de la desigualdad social, inducida por la propia lógica del capital.

Frente a este panorama debemos observar cuáles son las estrategias políticas de democratización de la esfera ciudadana, que se buscan en la sociedad capitalista para revalidar el principio formal, abstracto, de la Democracia liberal y sus libertades públicas.

Advertimos entonces que el proceso de reajustamiento de la hegemonía capitalista mundial, sobre todo después de la caída del “socialismo real” y con la internacionalización de la división social del trabajo, nos coloca, en un primer plano, ante unas condiciones de control de la civilidad (moral pública), que harán aún más difícil desarrollar una cultura de crítica política a la democracia formal. Señalaremos brevemente, a partir de un análisis sobre el nuevo universalismo neoliberal de la racionalidad capitalista (técnica instrumental), cuál podría ser el pronóstico sobre el posible futuro democrático para nuestros países latinoamericano.

## **Un enfoque latinoamericano de la hegemonía**

Como ya se ha podido advertir, asumimos el concepto gramsciano de la hegemonía, como una estructura de dominación política y estatal, social, ideológica y productiva. Concepto que nos permite comprender el modelo de nuestro sistema de representación democrático, así como la noción de dominación y consenso que lo caracteriza. Una tal interpretación puede ayudarnos a conocer cuáles deban ser las propuestas de cambio necesarias para orientarnos hacia un desarrollo humano y político más pluralista y soberano de nuestra acción ciudadana, aumentando considerablemente nuestra participación en la alternancia y en el

ejercicio público del poder, y que denotaría el principio básico de cualquier participación social en sentido democrático, ya que ha sido una constante en el desarrollo de las democracias latinoamericanas la concentración del poder y del control social, exagerado e irracional, detentado por unas minorías comprometidas, sin mayores disimulos, económicamente con los capitales nacionales y extranjeros. Estas regentan no sólo los procesos de producción, sino también la gestión legislativa del Estado.

Se constata también, por otro lado, que las clases dominantes no sólo están en capacidad económica para organizar, según sus intereses, las relaciones sociales de la mayoría del colectivo humano, sino que incluso, y a causa de su capacidad discursiva y simbólica, igualmente tienen la capacidad para generar “sistemas de alianzas” con las mismas clases disidentes, a fin de universalizar su modo de pensamiento y vida.

La consecuencia de este proceso de hegemonía ideológica es la despolitización y la privatización casi inmediata de lo que es público, sobre todo la realizada a través del dominio tecnocomunicativo de lo social. El colectivo mayoritario termina por estar subordinado o excluido, no solamente de los beneficios de la redistribución de la riqueza, sino del debate ideológico y de la opinión pública. La solución de las demandas sociales es administrada burocráticamente, reduciendo la protesta y el inconformismo social al plano de las decisiones técnicas, separadas de la realidad, lo que promueve el alejamiento del pueblo del ejercicio de los poderes políticos y estatales de la sociedad.

## **Crisis y Desafíos**

Frente a esta realidad, nuevas fuerzas sociales se han constituido y reforzado al margen de la retórica de los partidos políticos tradicionales, con una capacidad de disidencia creciente.

La apertura institucional engendrada por estas nuevas fuerzas sociales en el seno de los sistemas políticos latinoamericanos actuales, ha hecho más radical el discurso de la crítica antihegemónica y la posibilidad de un proyecto de democracia social y política alternativo.

A pesar de que las fuerzas sociales emergentes en América Latina obran, unas en un contexto de legalidad, y otras, permanecen en una semi-clandestinidad moderada, o en potencial lucha armada contra el Estado, especialmente en los países donde la disidencia en la sociedad civil no es suficientemente tolerada o admitida, no se puede negar la oxigenación que algunas de esas fuerzas sociales producen en la renegociación de los sistemas de participación y de decisión, consagrados hasta el presente por la legalidad formal democrática.

Sin embargo, nos engañaríamos si aceptáramos que los mismos sean lo suficientemente abiertos como para garantizar la democracia social directa. Al universalismo capitalista le interesa crear plataformas ideológicas de disuasión o coerción, a través de una conciencia ficticia de coparticipación ciudadana, logrando inducir conductas cada vez más proclives a los intereses del capital.

Todo esto nos permite formular la siguiente pregunta, partiendo de la crisis de legitimidad del modelo democrático representativo en América Latina, de las contradicciones fundamentales entre el Estado y la sociedad civil, entre el gobierno y el bienestar social de la mayoría: ¿Cómo asimilar, reducir o neutralizar el conflicto social cada vez más incrementado, sin enfrentar violentamente, a mediano o largo plazo, los aparatos de represión y consenso del Estado?

Cuando la organización social y política está basada sobre un sistema de producción centrado en las leyes del mercado y de la plusvalía, no es improbable que esta vía se presente como aquella

por medio de la cual el colectivo social subordinado intente el reconocimiento de sus derechos democráticos, que hasta el presente sólo le son garantizados a unas minorías privilegiadas.

La crisis política actual de la América Latina, acelerada por el universalismo capitalista, parece crear, paralela a la vía de la violencia, ciertas condiciones para la eclosión de una nueva conciencia histórica y la apuesta por una democracia social con equidad material.

Las fuerzas sociales emergentes comienzan a agruparse y a organizarse, conjunta o parcialmente con algunos partidos de izquierda, abriendo nuevos canales de participación política más directos. Esto es el resultado de un proceso de representación que surge de la soberanía popular reprimida. Estas nuevas fuerzas tienen la intención, no solamente de cancelar los “pactos institucionales” que manipulan o condicionan, v.gr. el voto de los sectores marginales, sino también de promover y de consolidar las organizaciones no-gubernamentales. Estas últimas tienen un alto nivel de autonomía institucional y su mensaje es capaz de reconducir aquellas acciones ciudadanas que puedan tener influencias sobre el ejercicio del poder. Esta dialéctica al interior del orden hegemónico permite también un pluralismo ideológico mucho más contestatario y crítico, lo que deviene un arma eficaz para generar verdaderos procesos de democratización y de práctica anti-ideológica.

## **Otra Democracia Social**

Esta perspectiva de análisis nos lleva a visualizar que la lucha por una alternativa democrática basada en la libertad, la paz, y los derechos humanos, que se ha impuesto como la condición esencial para organizar las nuevas relaciones ciudadanas, consideradas como una auténtica práctica de justicia social, parece constituir el

signo del tiempo, marcando los nuevos escenarios de la coexistencia nacional e internacional en un proceso de reformulación permanente de los aparatos de legitimación. Pero este nuevo principio de la modernidad con el que se aspira a caracterizar el nuevo orden social global, y que termina pasando necesariamente por el mercado, en Latinoamérica no responde satisfactoriamente a la superación de las condiciones de explotación y subdesarrollo social. Al contrario, tal tesis globalizadora de la economía capitalista sólo se cumple en la medida en que la integración de América Latina a tal universalismo pueda darse sin resistencia alguna.

Partiendo de estas premisas, el pensamiento crítico en la América Latina, deberá desarrollar con mayor profundidad las permanentes contradicciones de la democracia social burguesa, sin consentir con los mecanismos de neocolonización y domesticación que quiere imponer. Es necesario llegar a la democracia comprendida como la oportunidad plural y abierta de coexistencia y de creación, como un proyecto en el cual no deben presentarse, de ningún modo discriminaciones y exclusiones. Sobre todo cuando el beneficio económico que resulta de las prebendas del poder político, no siempre tiene en las sociedades conflictivas una relación directa con el desarrollo social equitativo.

A esto podríamos añadir las enormes diferencias existentes entre los niveles de vida del Norte y del Sur, lo que agrava la crisis, así como los desequilibrios existentes en el interior de las formaciones socio-culturales de las sociedades latinoamericanas. Pensamos que la toma de conciencia de esta realidad, ha comenzado a crear una cultura de la solidaridad, una de las vías para obtener la colaboración de la comunidad en los países latinoamericanos.

Afianzar el proyecto de crítica a la hegemonía debe ser el objetivo del pensamiento y de la acción política en América Latina.

A la luz de este proyecto, el desafío de enfrentar el universalismo capitalista y la modernización se hace más urgente. La integración regional es una condición indispensable para hacer frente a esto. Después de las luchas de independencia, la resistencia a los regímenes de facto, y la insurgencia armada de los años sesenta, los pueblos sojuzgados de la América Latina han comprendido que el aislamiento y la dispersión, ha disgregado su capacidad de acción. Es ahora, con una visión más realista de la globalización imperial, que ha nacido en los últimos años, esta tendencia que busca obtener esta integración indispensable. La tendencia creciente es a cancelar el modelo hegemónico del sistema de producción y de consumo alienante, buscando nuevas formas de integración y de cooperación, lo que contribuirá a reforzar la transformación productiva, la democratización y la justicia retributiva.

Desarrollar y profundizar la democracia social significa no solamente alcanzar un ideal civil y político, sino también un objetivo con contenido social y económico real. Un tal concepto contemporáneo de la democracia parte de los derechos del ciudadano, no solamente como aquellos que garantizan la protección de éstos, sino que sean capaces de inducir los cambios estructurales para rectificar las insuficiencias del sistema, desarrollando la justicia social material y eliminando los diversos tipos de exclusión.

### **El Pensamiento Antihegemónico frente al Universalismo Capitalista**

Este proyecto debe hacer frente al universalismo y a la homogeneización programada por la corriente neoliberal, según la cual, solamente el libre despliegue de las fuerzas del mercado y una ética del trabajo que privilegia la producción sobre cualquier otro valor humano, son capaces de hacer posible el bienestar social del colectivo general, porque para el neoliberalismo que predica el universalismo capitalista sólo hay una sola forma de acceder a la

libertad y a la felicidad humana: la concurrencia individual y el bienestar material, dentro de una economía de mercado no sumisa a las restricciones extra-económicas.

Es preciso un gran esfuerzo teórico y práctico de la filosofía antihegemónica para modificar la economía, para transformar el Estado, para cambiar el sistema político, la cultura de masas y la industria del consumo, para suprimir la escisión entre ética y política, entre la ética y el mercado, y para recuperar el imaginario y la libertad de un colectivo humano que ha sufrido la casi completa alienación de su subjetividad.

La situación de crisis actual y de pérdida de legitimidad de la hegemonía burguesa en América Latina, parece estar en tren de crear las condiciones que permitirían un pronóstico de este tipo, aún a largo plazo, capaz de cristalizar en una alternativa socialista para la democracia, en la cual las formas de relaciones sociales, de participación política y de producción económica no estarían interferidas por antagonismos y por conflictos de clases.

El compromiso político de la mayoría de los excluidos con el pensamiento crítico latinoamericano, asume el proyecto socialista de la democracia material, como la única forma de ir más allá de un “sistema populista de conciliación burguesa”. Para lograr esto, esta praxis continúa siendo el único medio para alcanzar tal fin. Democracia, construcción nacional, integración y superación de la modernidad ilustrada, todo esto debe ser considerado profusamente desde el punto de vista del pensamiento crítico.

Si la consolidación de una democracia social en América Latina, depende de la capacidad crítica, creativa y subversiva de los países latinoamericanos para encontrar el sentido de la viabilidad nacional de tal proyecto; esto también dependerá de su capacidad para insertarse en el tiempo histórico de un presente caótico y de

crisis, y de la construcción de teorías sociales estructuradas epistemológicamente.

En nuestra región, además, el orden social democrático dependerá, en gran medida, de la manera cómo se dilucide el verdadero sentido de las luchas y de las acciones ciudadanas que proponen los urgentes cambios en las libertades políticas que consagra la democracia representativa burguesa, por otras libertades políticas contenidas en un tipo de normas sociales de convivencia humanizadora, prescritas por el desarrollo comunitario de la democracia material.

Es preciso decir que la crisis de la actual democracia social en la América Latina, no puede dejar de ser considerada como una etapa del proceso de desarrollo del capitalista global en esta parte del mundo. ¿Cuál será el futuro democrático posible de las sociedades latinoamericanas dentro del sistema universalizador del capitalismo neoliberal, del cual formamos innegablemente parte, si no lo enfrentamos desde ahora?

De la respuesta a esta pregunta dependerá nuestra entrada o no, a la historia del S. XXI.

### **Bibliografía general:**

Couffignal, Georges. *L'Amérique Latine au tournant du siècle*. La Découverte. Paris, 1996.

Dabène, Olivier. *La Région Amérique Latine: interdépendance et changement politique*. Les Presses de Sciences Po. Paris, 1997.

Gómez-Calcaño, Luis. “Venezuela: perte de la légitimité démocratique et coup d’Etat”, in *Problèmes d’Amérique Latine*. La

Documentación Française. N° 6. Nouvelle série (Juillet-Septembre). Paris, 1992.

Hinkelammert, F. *Cultura de la Esperanza y Sociedad sin Exclusión*. DEI. Costa Rica, 1995.

Lebot, Yvon. *Violence de la modernité en Amérique Latine*. Karthala. Paris, 1994.

Márquez-Fernández, Alvaro. *Hégémonie et Philosophie Antihégémonique: Pouvoir Politique et Alternatives Démocratiques au Venezuela et en Amérique Latine*. Tesis de Doctorado. 2 Vols. Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne. 1993. 800 pp.

Márquez, F. Alvaro: “América Latina: Hegemonía, Modernidad y Democracia”, *Concordia*. N° 30. Internationale Zeitschrift für Philosophie. Missionswissenschaftliches Institut Misio e.V. R.F.A. Aachen. 1996. pp. 65-87. Cfr. Poulantzas, N. *Hegemonía y Dominación en el Estado Moderno*. 4ª ed. PyP. N°. 48. México, 1977.

O'Donnell, Guillermo. “Transiciones, continuidades y algunas paradojas”, in *Cuadernos Políticos*. N° 56. Era (Enero-Abril). México, 1989. pp. 20-36.

Ramos Jiménez, Alfredo. *Las Formas Modernas de la Política. Estudio sobre la democratización de América Latina*. Universidad de Los Andes, Mérida. 1997.

Weffort, Francisco. “La Amérique Latine Fourvoyé: Notes sur la Démocratie et la Modernité”, in *Problèmes d'Amérique Latine*. N° 1. Nouvelle série (Avril-Juin), Paris, 1991. pp.5-29.



# **"Esbozo de la interpretación del punto de vista moral desde la ética del discurso habermasiana"**

Emilio José Rojas Molina  
Profesor de Derecho. Facultad de la Escuela de Derecho  
Universidad de Málaga - España



"Adentrarse en el ámbito de la filosofía práctica-moral, jurídica, política y religiosa- es siempre una aventura. Pero una aventura irrenunciable para cualquier sociedad que desee enfrentarse con altura *humana* -no sólo animal- al discurrir cotidiano de la vida."

(Adela Cortina, *Ética mínima*)

### **Los caracteres básicos de la ética kantiana.**

En el contexto del debate contemporáneo sobre la moralidad y la eticidad, Habermas<sup>\*\*\*</sup> pretende reformular, valiéndose de los medios de una teoría de la comunicación, la teoría moral kantiana en relación con la cuestión de la justificación de las normas. La propuesta kantiana puede encontrar así una nueva formulación en el ámbito de la ética del discurso y ser entonces defendida contra las posiciones del escepticismo valorativo. La ética del discurso explica el punto de vista moral, la perspectiva desde la que podemos enjuiciar equitativamente las cuestiones morales, recurriendo a los presupuestos universales de la comunicación, en los cuales toda argumentación se asienta. Las objeciones neoaristotélicas, relacionadas con las abstracciones que en diferentes aspectos reclama el punto de vista moral, se responden conservando el marco de una teoría moral de raigambre kantiana, pero reinterpretada de manera intersubjetiva. La empresa habermasiana representa pues una modificación del planteamiento kantiano en una revisión de suposiciones fundamentales de la teoría moral kantiana que, acercándose el cognitivismo a los reparos razonables, amplía los horizontes de la misma dentro de un escenario deontológico; reafirmando, a la vez, el significado emancipatorio de un universalismo moral que cancela los gravámenes

---

<sup>\*\*\*</sup> Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales 2003

estructurales de los discursos habituales y de las prácticas acostumbradas. Como es de suponer, aunque la ética del discurso se enmarque en la tradición kantiana, existen diferencias, no obstante todos los elementos comunes, que separan a la ética del discurso de las posiciones del filósofo de Königsberg. El conjunto de la ética de kantiana prosapia, sin embargo, mantiene determinadas supuestos elementales.

La ética kantiana se caracteriza por su deontologismo, cognitivismo, formalismo y universalismo. Circunscribiéndose a los "juicios normativos" susceptibles de fundamentación, toma como base un "concepto de moral estrecho" para centrarse en la problemática de la acción correcta. Los "juicios morales" explican la manera en la que podemos resolver los "conflictos de acción" sobre la base de una "avenencia racionalmente motivada". Con ellos, en un "sentido amplio", justificamos las acciones en normas que consideramos acreedoras a la validez o esa cualidad de las normas en principios que juzgamos merecedores de reconocimiento. Como "fenómeno básico", la teoría moral debe, efectivamente, abordar y explicar la "validez deóntica de los mandatos o normas de acción", el deber ser de los mismos, mostrándose el carácter deontológico. En esta concepción comprendemos la rectitud de las normas o mandatos "por analogía" con la verdad de las oraciones asertóricas; pero, aun siendo así, no debe equipararse, como ocurre en el intuicionismo inglés o en la ética de los valores alemana, la "verdad moral de las proposiciones deónticas" a la "validez asertórica de las proposiciones enunciativas". En el kantismo no confundimos la razón teórica con la razón práctica, no obstante, habermasianamente entendemos "la corrección normativa como una pretensión de validez análoga a la de verdad", manifestándose el carácter cognitivista. Debemos dar respuesta dentro esta ética, naturalmente, a la cuestión de la fundamentación de los "enunciados normativos". Aun cuando en el kantismo optemos por la forma de un imperativo, "obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne en

ley universal",<sup>1</sup> el imperativo categórico aparece como un "principio de justificación" que reconoce la validez de las "normas de acción universalizables"; aquello moralmente justificado habría de poder ser entonces aquello decidido por el conjunto de las personas racionales, evidenciándose el carácter formalista. La función que corresponde al imperativo categórico la desempeña el "procedimiento de la argumentación moral" en la ética del discurso, donde establecemos el postulado de que solamente pueden pretender validez aquellas normas que pudieran alcanzar la aprobación de todas las personas afectadas en cuanto participantes de un discurso práctico. El imperativo categórico, a su vez, queda como un "principio de universalización", que sirve como "regla de argumentación" en los discursos prácticos con arreglo a la cual las normas polémicas únicamente encuentran aceptación entre los participantes de un discurso práctico cuando todos pueden aceptar libremente los resultados y las consecuencias que, para la realización de los intereses de cada uno, previsiblemente se derivarán del cumplimiento general de las mismas, caso de las normas válidas. La ética kantiana afirma que los principios morales como ese no son meramente producto de las intuiciones de una cultura particular o de un tiempo concreto, al contrario, conocen una validez general, revelándose, finalmente, el carácter universalista. Comprendiendo que únicamente una fundamentación de los principios morales en la que no nos limitemos a recurrir a un "*factum* de la razón" puede proponerse no conformar una "falacia etnocéntrica", y confiando en la posibilidad de sostener que en nuestro principio moral no se dejan ver simplemente los "prejuicios" de los europeos educados, digamos, en los valores burgueses, en la ética del discurso entendemos que todas las personas que acometen de manera seria el empeño de tomar parte en argumentaciones aceptan de modo implícito "presupuestos pragmáticos universales" con un contenido de naturaleza normativa y que el principio moral, conociendo la

---

<sup>1</sup> I. KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, trad. de M. García Morente, Madrid, 1967, p. 72

noción de justificación de normas, puede deducirse en ese caso del contenido de esos presupuestos de la argumentación. Las éticas kantianas en su totalidad defienden y comparten los "presupuestos básicos deontológicos, cognitivistas, formalistas y universalistas" expuestos aun en diferentes interpretaciones de los mismos.<sup>2</sup>

La, de manera relativa, "estrecha noción de moral", antes fuertemente aludida, que caracteriza a la ética deontológica, cognitivista, formalista y universalista, obedece, como veremos más adelante, a "enérgicas abstracciones".<sup>3</sup> Pero, ese angosto concepto, consecuencia de las propias estructuras del pensamiento moderno, tiene que venir necesariamente acompañado de una "modesta autocomprensión" de la teoría moral. De acuerdo con la misma, la teoría moral explica y fundamenta el punto de vista moral, el punto de vista desde el que podemos enjuiciar imparcialmente las cuestiones morales. La teoría moral ciertamente arroja luz y nos proporciona un entendimiento adecuado sobre el "núcleo universal de nuestras intuiciones morales" convirtiéndose de este modo en una refutación del "escepticismo axiológico"; aunque no hace "aportaciones sustanciales propias" por lo que hace relación a otras consideraciones. Limitándose a determinar y reconstruir un "procedimiento de formación de la voluntad [común]", la teoría moral incorpora a los propios afectados, que son quienes, por sí mismos, han de encontrar respuesta a las cuestiones prácticas morales, problemas que se les presentan con "objetividad histórica."<sup>4</sup>

Más aún, comparativamente podemos determinar "con buenas razones" la teoría moral que reconstruye de manera más adecuada el "núcleo universal de nuestras intuiciones morales", es decir, una perspectiva moral que reclama para sí una validez de naturaleza universal, puesto que excluiríamos por adelantado el "sentido

---

<sup>2</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?" (1985), en J. Habermas, *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. cast. de J. Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, pp. 13-17

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 31

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 32-33

cognitivo de la validez deóntica de las proposiciones normativas" si no resultase posible hacerlo. En la filosofía moral cognitivista el debate gira en torno al modo y los conceptos con los que podemos "explicitar" más adecuadamente esa alfaguara intuitiva que surge para todas las personas con el paso al nivel postconvencional que representa la moral autónoma. Buscamos la explicitación más completa de un "saber intuitivo" que en ese nivel adquiere un "carácter reflexivo" y que, en consecuencia, se refiere en sí mismo a "reconstrucciones racionales".<sup>5</sup> Existe, pues, una controversia filosófico-moral sobre la "teoría moral correcta" protagonizada por las diferentes propuestas contemporáneas, verbigracia las kohlbergiana, rawlsiana o scanloniana, que ofrecen una explicación del punto de vista moral.<sup>6</sup> Desde el comienzo, mi propósito es, fundamentalmente, realizar un breve esbozo de la alternativa que significa la ética del discurso habermasiana en esa discusión mediante una presentación de la misma meramente expositiva. Recrearla contemplando solamente aquellas nociones que permiten un mejor esclarecimiento de este modelo del discurso en su interpretación de la perspectiva moral es mi sencilla intención.

### **Explicación del punto de vista moral proporcionada por la ética procedimental: el procedimiento del discurso práctico**

Las éticas formalistas, concibiendo el imperativo categórico como un "principio de fundamentación" e interpretándolo en el caso de la ética del discurso mediante la teoría hegeliana del reconocimiento de forma intersubjetivista,<sup>7</sup> nos proporcionan una regla o un procedimiento para contemplar las cuestiones morales desde una perspectiva, a la que denominamos siguiendo la

---

<sup>5</sup> J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6" (1984), en J. Habermas, *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. cast. de J. Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, p. 57

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 59

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 60; J. Habermas, "Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica" (1988), en *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. cast. de J. Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, p. 109

literatura angloamericana el punto de vista moral, que nos permite el enjuiciamiento equitativo de las mismas.<sup>8</sup> Así, en la descripción de una formación equitativa del juicio en que deviene el imperativo categórico el punto de vista moral aparece como aquella perspectiva desde donde podemos llevar a cabo una decisión equitativa fundamentada en razones entre aquellas "pretensiones normativas" objeto de discusión.<sup>9</sup> En los planteamientos deontológicos deudores de la ética kantiana el punto de vista moral como punto de vista del enjuiciamiento equitativo viene determinado y garantizado, en las diferentes interpretaciones del mismo que en este modelo de fundamentación expresan y dan forma a las nociones de autonomía y capacidad general para el consenso, por un "principio de universalización" conforme al cual la validez es una cualidad exclusivamente de aquellas normas que pudiesen alcanzar la aprobación de todo el mundo.<sup>10</sup> La aprobación debemos comprenderla de acuerdo con la noción kantiana de la voluntad autónoma entendida como vinculación por nosotros mismos, es decir, relacionada con lo que aceptamos como obligatorio para nosotros debido a nuestra propia convicción y corresponde realizarla a todas aquellas personas que pudieran tener que soportar las consecuencias de la observación universal de la norma objeto de la controversia.<sup>11</sup> El imperativo categórico, según lo entendemos, representa adecuadamente la idea de que debemos enjuiciar las cuestiones morales desde el punto de vista de lo que todos aprobarían, y por consiguiente, solamente serían moralmente válidas y obligatorias aquellas normas resultado del acuerdo razonado de todas las personas, de todos los concernidos por las

---

<sup>8</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 17; J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 60

<sup>9</sup> J. Habermas, "Lawrence Kohlberg y el neor aristotelismo" (1988), en J. Habermas, *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. cast. de J. Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, p. 88

<sup>10</sup> J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 60 ; J. Habermas, "Lawrence Kohlberg y el neor aristotelismo", *cit.*, p. 89

<sup>11</sup> J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 60

consecuencias del cumplimiento de la norma.<sup>12</sup> Luego, podemos decir que como "intuición fundamental" que subyace a las explicaciones del punto de vista moral proporcionadas por la ética procedimental encontramos la de que desde el punto de vista moral podríamos determinar si una norma conseguiría entre quienes estuvieran situados en el ámbito de efectividad de la misma una aprobación universal, racionalmente justificada y carente de cualquier género de violencia.<sup>13</sup> Las interpretaciones que de esa intuición, y consiguientemente, las explicaciones que del punto de vista moral han realizado los filósofos contemporáneos que ofrecen argumentos más convincentes, se conforman en torno a los modelos que representan el contrato o la asunción de roles, esquemas que suponen procedimientos para el acuerdo o el entendimiento concebidos en principio contrafácticamente.<sup>14</sup>

En la ética del discurso el "procedimiento de la argumentación moral" pretende establecerse en el emplazamiento del imperativo categórico.<sup>15</sup> Quienes participan en las argumentaciones del procedimiento del discurso práctico habrán de empezar el razonamiento dando por establecido, presuponiendo "pragmáticamente",<sup>16</sup> que inicialmente todas las personas concernidas desarrollan su participación en condiciones de libertad e igualdad en "una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coacción permitida es la del mejor argumento."<sup>17</sup> Aquí, en este conjunto de circunstancias de naturaleza universal pragmática descansa el principio de la ética del discurso: " el principio de que solo le es lícito reclamar validez a aquellas normas que podrían

---

<sup>12</sup> J. Habermas, "Lawrence Kohlberg y el neoaristotelismo", *cit.*, p. 89

<sup>13</sup> J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 60

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 59-60

<sup>15</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p.16

<sup>16</sup> J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 67

<sup>17</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 17

encontrar aquiescencia de todos los afectados como participantes de un discurso práctico."<sup>18</sup>

El discurso práctico constituye ciertamente una "formación argumentativa de la voluntad" que sobre los "presupuestos universales de la comunicación" confirmaría la corrección de los acuerdos normativos cualesquiera posibles en ese contexto.<sup>19</sup> Como presupuesto fundamental, la ética del discurso sostiene que únicamente desde el contenido de las presuposiciones necesarias de una práctica argumentativa realizada colectivamente puede reconocerse el significado del principio moral. Efectivamente, aquella perspectiva mediante la que enjuiciaríamos las cuestiones prácticas de una manera equitativa resulta plenamente indisponible para nosotros precisamente porque encuentra su explicación en "la forma comunicativa del discurso racional mismo."<sup>20</sup> El punto de vista del enjuiciamiento equitativo, el enfoque moral, aparece intuitiva y necesariamente en nuestro pensamiento en cuanto participamos en lo que representa una "forma de reflexión del actuar orientado por el entendimiento mutuo."<sup>21</sup> Por consiguiente, la ética del discurso especifica que la participación en una argumentación conlleva en sí misma como consecuencia inevitable la tácita aceptación de "presupuestos pragmáticos universales" con un contenido de naturaleza normativa. El principio moral, conociendo la noción de la justificación de normas, puede deducirse en ese caso tomando como base el contenido de esos presupuestos de la argumentación.<sup>22</sup>

Ciertamente, el discurso práctico se encuentra en disposición de realizar las funciones de un procedimiento que expresa clara y

---

<sup>18</sup> J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p.67

<sup>19</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 17

<sup>20</sup> J. Habermas, "Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica", *cit.*, p. 109

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 16

determinadamente el punto de vista moral como consecuencia de "las suposiciones idealizantes" que los participantes en las argumentaciones deben llevar a cabo "fácticamente" en el medio de la misma práctica argumentativa.<sup>23</sup> El discurso práctico, asimismo, puede entenderse como un "proceso de entendimiento mutuo" que debido a su misma configuración, es decir, simplemente tomando como fundamento los indefectibles "presupuestos universales de la argumentación", reclama al mismo tiempo de todas las personas participantes implicadas una "asunción ideal de roles" que entonces deviene en pública e intersubjetiva e idealmente realizada por todos de común acuerdo.<sup>24</sup> Pues Habermas interpreta de antemano el "modelo de la asunción de roles" como un "modelo discursivo".<sup>25</sup>

En el "actuar comunicativo" los hablantes y los oyentes consideran sus perspectivas susceptibles de ser intercambiadas. Relacionándose entre ellas, las personas deben considerarse de modo simétrico individuos responsables de sus comportamientos y capaces de ser motivados en su manera de proceder por "pretensiones de validez",<sup>26</sup> cuyas expectativas de actuación permanecen mutuamente entrelazadas en el "contexto normativo del mundo de la vida".<sup>27</sup> Los presupuestos no evitables de la acción comunicativa organizan así una "infraestructura" de comprensión recíproca realizable con un contenido moral: una noción de "intersubjetividad" no coactiva.<sup>28</sup> Pero como la práctica argumentativa reproduce "una forma de reflexión del actuar comunicativo",<sup>29</sup> la acción comunicativa extiende, podemos decir, el contenido normativo de sus propias presuposiciones a las de la argumentación en tanto que forma de comunicación.<sup>30</sup>

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 18; J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 67

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 66

<sup>26</sup> J. Habermas, "Lawrence Kohlberg y el neoaristotelismo", *cit.*, p. 103

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> *Ibid.*, pp. 103-104

Solo en este nivel se hacen *enteramente reversibles* en todas las dimensiones pertinentes las perspectivas, las relaciones de reconocimiento y las expectativas normativas incluidas en el actuar comunicativo. [...], de modo interino se espera de los participantes en la argumentación que se distancien del espectro de validez de todas las formas de vida que encuentran existiendo ya.<sup>31</sup>

La intuición fundamental es aquella según la cual podemos llevar la explicación intersubjetiva de la perspectiva moral al examen de las presuposiciones de la acción orientada por el entendimiento mutuo. Los procesos de la socialización, por medio de la que llegamos a tener intuiciones morales, se hallan caracterizados, porque se producen valiéndose de este "medio" que representa la acción orientada por el entendimiento mutuo, por la estructura de este último modelo del actuar, cuyas presuposiciones contienen, no obstante, un "núcleo moral".<sup>32</sup>

No obstante todos los elementos comunes, hay algunas diferencias entre la ética del discurso y el kantismo sobre las que merece la pena llamar la atención, siquiera brevemente, antes de continuar la exposición, pues, sin duda, hacerlo contribuirá a fijar ideas. Así, la ética del discurso se aparta de la "doctrina de los dos reinos", prescindiendo de la separación entre los ámbitos del *noúmeno* (deber y voluntad autónoma) y el *fenómeno* (predisposiciones, motivaciones puramente subjetivas e instituciones públicas y sociales). Una "intimación por así decir trascendental", sometidas a la cual las personas orientadas a entenderse mutuamente no pueden sino orientarse por "pretensiones de validez", se percibe exclusivamente en la "*coacción* a hablar y actuar bajo presupuestos idealizantes". La solución de continuidad entre "lo inteligible" y "lo empírico" queda atenuada para descubrirse como una "tensión" que podemos

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 104

<sup>32</sup> *Ibid.*

advertir en la "fuerza fáctica de suposiciones contrafácticas dentro de la praxis comunicativa cotidiana misma". La ética del discurso, en segundo lugar, deja atrás el interiorismo y el monologismo característicos del kantismo, donde las personas particulares examinan y comprueban sus propias "máximas de acción" en la intimidad y los "yoes empíricos" permanecen conciliados y armonizados de antemano en el "singular de la consciencia trascendental". Concibe un "entendimiento mutuo sobre la universalizabilidad de intereses" solamente producto de un "*discurso público*" estructurado y realizado en condiciones intersubjetivas. Aquí únicamente los "universales del uso del lenguaje" constituyen una arquitectura compartida anterior a las personas. Finalmente, la ética del discurso pretende haber encontrado solución al "problema de fundamentación", dificultad en la que finalmente, podemos decir, el kantismo evita entrar apelando a un "*factum* de la razón", a la experiencia de cada persona de reconocerse obligada por el deber, con la deducción del "principio de universalización" de los "presupuestos universales de la argumentación".<sup>33</sup>

### **Las operaciones abstractivas de una moral que aísla las cuestiones relativas a la justicia de las concernientes a la vida buena.**

En la ética formalista, efectivamente, el enjuiciamiento de normas se realiza simplemente con la ayuda de un procedimiento, pero, como consecuencia de ello, la aceptación de lo que denominamos "abstracciones" resulta obligada. Las "cuestiones prácticas" relacionadas con la dirección que llevaríamos las personas en nuestra conducta, con la "orientación en el actuar" en habermasiana terminología, aparecen en "situaciones de acción concretas" invariablemente comprendidas en los particulares conjuntos de realidades cósmicas, sociales e históricas en cuyo

---

<sup>33</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso", *cit.*, pp. 23-24

seno hemos de desarrollar las acciones de nuestra existencia personal, es decir, en circunstancias permanentemente encuadradas en los concretos "mundo[s] de la vida." Semejantes cuestiones, surgidas en el contexto de esa existencia colectiva, en consideración de "criterios estrictamente morales" experimentan necesariamente una transformación, ya que, desde la perspectiva moral el enjuiciamiento de las "normas problemáticas" no se produce de acuerdo con la medida de la contribución de las mismas a la conservación de una determinada manera de ser perteneciente a una agrupación de individuos o a la continuidad de la vida de una persona individual. Cuando juzgamos las normas desde la perspectiva de si para una aceptación o cumplimiento generales obtendrían la aprobación por unanimidad de todas las personas virtualmente afectadas no eliminamos el conjunto de condiciones que las rodean, pero no podemos entonces dar antecedermente por sentadas las "certezas de fondo" correspondientes a los modos y planes de vida aprendidos "fácticamente" con la costumbre en los que encuentran asentamiento las mismas normas ahora objeto de discusión, presuponer ya esa certidumbre como un "contexto incuestionablemente válido". Así, la validez que el conjunto de realidades representado por un "mundo de la vida" debe a la tradición viene cancelada por la conversión de las "cuestiones relativas a la vida buena y correcta" en "cuestiones concernientes a la justicia".<sup>34</sup>

El juicio moral, inclusive en el kantismo, no puede ignorar la eventualidad y la heterogeneidad de las coyunturas particulares en las que la dirección que llevaríamos las personas en nuestra conducta puede volverse discutible ocasionalmente. Con arreglo a ese sistema filosófico, hemos de dejarnos dar las máximas sobre las que se producirá el enjuiciamiento con el imperativo categórico. Así mismo, habermasianamente no entendemos el discurso práctico

---

<sup>34</sup> J. Habermas, "¿Qué es lo que hace a una forma de vida ser racional?" (1982), en *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. cast. de J. Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, pp. 37-38

como un procedimiento para la producción de normas justificadas, sino que lo comprendemos como un procedimiento para la comprobación y examinación de la validez de normas previamente establecidas que habiéndose vuelto discutibles son contempladas en este momento de manera hipotética como suposiciones. El estado de cosas preliminar que representa un acuerdo normativo replanteado, concebido como precedente en los discursos prácticos, determina la problemática en torno a la cual se desarrolla la discusión, conjunto de problemas que en todo momento sobrevienen a las personas afectadas objetivamente y no son nunca, podemos decir, libérrimamente enunciados a voluntad como acontece en el "modelo de la duda cartesiana".<sup>35</sup>

En los "discursos de fundamentación", ciertamente, los asuntos y materias que se imponen por sí mismos demandando nuestra consideración y reflexión son abordados y desarrollados de una manera como consecuencia de la cual acaba descartado todo aquello que entre los potencialmente concernidos, en vez de evidenciar, digamos, una particularidad generalizable para todos los participantes, encarnaría intereses meramente particulares. El formalismo ético hace, efectivamente, una diferenciación, puesto que el "principio de universalización" separa "lo bueno" de "lo justo", los "enunciados evaluativos" de los "enunciados estrictamente normativos". Es verdad que los "valores" de la cultura encarnados en las prácticas de la vida diaria, o los "ideales" que determinan la manera en la que una persona se entiende a sí misma, suponen una "pretensión de validez intersubjetiva", pero, estando demasiado entrelazados con toda una existencia particular, colectiva o individual, no pueden pretender de por sí "validez normativa" en sentido estricto; si acaso, proponerse para ser incorporados a normas cuyo objeto sea hacer prevalecer un interés de carácter general. Así, en la "moral universalista" no nos referimos a la "preferencia de valores", antes bien, hacemos referencia a la "validez deóntica" de las normas y de las acciones

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 38

obligadas por ellas, lo cual representa, naturalmente, una delimitación de su propio ámbito de aplicación.<sup>36</sup>

Las "operaciones abstractivas" reclamadas por una ética formalista no están relacionadas con las circunstancias políticas, sociales, económicas o culturales que nos rodean o con los asuntos concretos de los conflictos necesitados de regulación. Cuando juzgamos moralmente, con nuestra "mirada hipotética" colocamos las acciones y normas particulares, si es necesario un conjunto de relaciones entre personas reguladas de manera supuestamente legítima, que se han convertido en problemáticas bajo la perspectiva de la "validez deóntica", desde donde las consideramos. Pero no las separamos del conjunto de circunstancias de nuestro "mundo de la vida", solamente de la validez que damos por sentada *without further ado*, es decir, de la certidumbre que hallamos inmediatamente en cuanto forma parte del "trasfondo" que constituye esa experiencia de vida colectiva. Así, las normas cuestionadas devienen en "estados de cosas" que quizás continúen manifestándose como válidos, pero que también acaso dejen de hacerlo mostrándose en ese caso como no válidos. Una diferenciación entre el espacio configurado por las "normas de acción [...] abstractas" en relación con las cuales podemos colocarnos en una posición hipotética y el conjunto de nuestra manera de vida común que comparece ante nosotros como ese dominio de fondo que no cuestionamos aparece de esta manera. Reconocer naturalmente la distinción entre estos ámbitos de la "moralidad" y de la "eticidad" resulta sencillo, pues no podemos juzgar moralmente nuestro "mundo de la vida" tomado en toda su integridad, aunque nada más sea porque quienes hemos sido socializados no somos capaces de colocarnos en una posición estrictamente hipotética en relación con la manera de vida y la historia personal en las cuales nuestra identidad se ha formado.<sup>37</sup> "Nadie puede *elegir* reflexivamente la forma de vida en la que ha

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 39

<sup>37</sup> *Ibid.*

sido socializado de la misma manera que una norma o un sistema de reglas de cuya validez haya llegado a convencerse."<sup>38</sup>

Para los que participamos en el discurso y adoptamos una actitud hipotética, es decir, la de hacer una consideración de suposiciones, la realidad y la efectividad del conjunto de circunstancias prácticas y empíricas proporcionado por el "mundo de la vida", en cierto modo, desaparecen. La "normatividad" de las instituciones actuales aparece entonces como deshecha ante nuestra mirada, lo mismo que como desbaratada se presenta la "objetividad" de las cosas y de los hechos. En el discurso nuestra comprensión del "mundo vivido de la praxis comunicativa" viene mediatizada, podemos decir, por una "visión retrospectiva artificial", pues en la consideración de "pretensiones de validez" examinadas en actitud hipotética, las relaciones públicamente organizadas resultan moralizadas análogamente a como los estados de cosas actuales quedan teorizados: aquello indubitadamente tenido hasta entonces por una norma, o por un hecho, puede ahora merecer validez o no merecerla, o acontecer o no hacerlo. Aparte de eso, el arte moderno establece en el ámbito de la "subjetividad" una problematización comparable a las mencionadas, donde las experiencias son estetizadas, es decir, redimidas de las servidumbres provocadas por nuestra percepción y acción ordinarias, sometidas a costumbres y convencionalismos.<sup>39</sup> De ahí que debemos contemplar, dice Habermas, las relaciones entre la "moralidad" y la "eticidad" formando parte de un panorama más amplio.<sup>40</sup>

Max Weber vio caracterizado el racionalismo occidental entre otras cosas por el hecho de que en Europa se forman culturas de expertos que trabajan con actitud reflexiva sobre la tradición cultural, y al así hacerlo aíslan unas de otras sus partes cognitivas, estético-expresivas y moral-prácticas, dando a cada uno de esos adjetivos su

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 40

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 41

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 42

sentido estricto. Se especializan en cuestiones relativas, respectivamente, a la verdad, al gusto y a la justicia. Con esta diferenciación interna de las denominadas "esferas de valor", de la producción científica, del arte y la crítica, del Derecho y la moral, se separan en el plano cultural *los* elementos que dentro del mundo de la vida constituyen un síndrome difícilmente soluble. Solo con estas esferas de valor surgen las perspectivas reflexivas desde las cuales el mundo de la vida aparece como la "praxis" con la que ha de ser mediada la teoría, como la "vida" con la que el arte querría reconciliarse de conformidad con las exigencias surrealistas, o precisamente como la "eticidad" con la que la moralidad tiene que ponerse en relación a sí misma.<sup>41</sup>

Como participantes en las "argumentaciones morales", observamos el "mundo de la vida", en el que permanecen entrelazadas certezas morales, cognitivas y expresivas, distanciadamente, mostrándose así para nosotros como la "esfera de la eticidad". En esa realidad existencial los "deberes" están estrechamente relacionados con las "costumbres", de tal modo, que son las certidumbres de fondo las que proporcionan "evidencia" a los mismos. Además, los asuntos de la justicia únicamente pueden ser abordados desde la perspectiva de los asuntos de la vida buena previamente solucionados. Pero, sometida a la mirada moralizadora de los participantes en el discurso, esa realidad pierde su "validez natural", la "fuerza normativa de lo fáctico" queda interrumpida y las instituciones con las que estamos familiarizados pueden volverse entonces "casos de justicia problemática". Bajo esa mirada, las normas transmitidas se dividen en aquellas normas que podemos justificar tomando como base principios y aquellas normas que sólo podemos considerar fácticamente vigentes. De esta manera, la reunión entre lo normativamente válido y lo socialmente vigente, que constituye un rasgo característico del "mundo de la vida", queda deshecha. Simultáneamente, la práctica de la vida cotidiana se divide en normas y valores, es decir, en esa parte del "elemento práctico" que podemos someter a las

---

<sup>41</sup> *Ibid.*

"exigencias de una de justificación moral" *stricto sensu* y en esa otra parte que no es susceptible de moralización, las orientaciones valorativas individuales o colectivas.<sup>42</sup>

Es verdad que también los valores culturales se extienden más allá de los "procesos de acción fácticos", se concentran formando los "síndromes históricos y biográficos" de las orientaciones valorativas por causa de las cuales las personas podemos reconocer la "vida buena", diferenciándola así de la "mera supervivencia". Pero las concepciones de la "vida buena" no se revelan ante nosotros como deberes abstractos circundantes, por el contrario, marcan nuestra identidad colectiva e individual para acabar siendo parte de nuestra cultura o personalidad.<sup>43</sup>

Así, la formación del punto de vista moral va de la mano de una diferenciación que tiene lugar dentro de lo práctico: las *cuestiones morales*, que pueden responderse por principio de modo racional atendiendo a la posibilidad de universalizar los intereses, esto es, considerando el aspecto de la *justicia*, se distinguen ahora de las *cuestiones evaluativas*, que se presentan en su aspecto más general como cuestiones relativas la *vida buena* (o a la autorrealización), y que solo son accesibles a una discusión racional dentro del horizonte no problemático de una forma de vida históricamente concreta o de una manera de vivir individual.<sup>44</sup>

En la "autorreferencialidad" encontramos una propiedad diferenciadora de las "cuestiones éticas" en relación con las "cuestiones morales". Las cuestiones de la "vida buena" aluden a "lo bueno" para la primera persona en número singular o para la primera persona en número plural, en una "referencia egocéntrica", o "etnocéntrica" en los problemas de la ética política, que pone de manifiesto la continuidad existente entre las "cuestiones éticas" y los "problemas de autocomprensión", es decir, los de cómo

---

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 42

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 43

<sup>44</sup> *Ibid.*

debemos entendernos a nosotros mismos, o de cómo debemos entendernos a nosotros mismos como pertenecientes a una familia, a una comunidad o a una nación. La determinación de qué es "lo mejor" para nosotros, individual o colectivamente, necesita de la dilucidación previa, podemos decir, de quiénes somos nosotros y quiénes queremos ser, personal o conjuntamente, estando en ese caso en discusión la misma identidad nuestra. La circunstancia de que las cuestiones de la "vida buena" aparezcan gravadas por las cuestiones de la "identidad" y la "autocomprensión" explicaría la razón por la que esas "cuestiones éticas" no pueden obtener una contestación "vinculante" para todas las personas. Pero la irracionalidad no es una cualidad necesaria de las respuestas éticas, las preguntas éticas no tienen por qué permanecer extrañas al ámbito de la argumentación y quedar para la mera decisión o la preferencia subjetivas, nada de eso se sigue del deontologismo, como muchas veces de se dice. De este modo, según Habermas, aunque las decisiones personales estén íntimamente relacionadas con una cultura, una historia y un individuo particulares, para responder a esas preguntas son imprescindibles, al menos en alguna medida, la empatía, la sensibilidad y la comunicación, recurriendo aquí a la teoría kohlbergiana. Porque incluso la "aclaración hermenéutica" de nuestra identidad descansa en razones. La autenticidad es una condición necesaria para la verificación de las interpretaciones autorreferenciales determinadas lo mismo, podemos decir, por quiénes somos que por quiénes queremos ser. De ahí que, de esta forma entendida, una "autocomprensión" sólo pueda presentarse como válida para personas de un origen particular y con propósitos de vida concretos. Esto supone la "relativización de la validez de los enunciados éticos", mas no representa ninguna carencia, pues es consecuencia obligada de unas preguntas que sólo a nosotros, individual o colectivamente, pueden estar dirigidas y que solamente nosotros, personal o conjuntamente, podemos responder. Las "interpretaciones auténticas" deben adecuarse a las "normas morales válidas", empero.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> J. Habermas, "Lawrence Kohlberg y el neoaristotelismo", *cit.*, pp. 89-89

## **Las intuiciones morales que conceptualiza la ética del discurso: un lugar para el bien en la teoría de la justicia.**

La descripción procedimental del punto de vista moral, o de la equidad del juicio moral, de la ética del discurso puede considerarse una representación adecuada de nuestras, sin embargo, sustanciales intuiciones morales, aquellas que nos proporcionan una información mediante la que conocemos cómo debemos obrar para compensar con el respeto y la consideración la extremada fragilidad de las personas. Ciertamente, desde una perspectiva antropológica la moral nos provee de una determinada protección ante la vulnerabilidad característica de las sociedades o grupos sociales poseedores de una cultura,<sup>46</sup> donde las personas, como individuos con capacidad para la comunicación perteneciente al lenguaje y para la acción, nos individualizamos no a través de un principio relativo a la herencia biológica sino solamente mediante la socialización, creciendo e integrándonos como partícipes en nuestra correspondiente "comunidad lingüística", justamente en un "mundo de la vida compartido intersubjetivamente".<sup>47</sup> En el desarrollo comunicativo de una individualización llevada a cabo por medio de la socialización la identidad individual y la colectiva son igualmente formadas y conservadas desde su nacimiento y origen.<sup>48</sup>

Con el sistema de los pronombres personales está inserta en el uso del lenguaje propio de la interacción socializadora orientado por el entendimiento mutuo una inflexible coacción a la individuación, y

---

<sup>46</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 18

<sup>47</sup> *Ibid.*; J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 74

<sup>48</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, pp. 18-19; J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, pp. 74-75

simultáneamente, a través del mismo medio del lenguaje cotidiano, se despliega a sus anchas la intersubjetividad socializadora.<sup>49</sup>

Dada una mayor diferenciación en la agrupación de elementos interrelacionados que forman una realidad colectiva donde la existencia queda contextualizada, comprenderemos mejor como la marcha de la paulatina "autodeterminación" corre parejas con la paulatina "integración" en configuraciones cada vez más densas de relaciones sociales necesarias.<sup>50</sup> El acrecentamiento de la individualización implica asimismo el del involucramiento de la persona en un conjunto progresivamente más compacto pero paralelamente menos perceptible de "dependencias recíprocas" y de "necesidades de protección" que expresan posibilidades de desamparo e indefensión.<sup>51</sup> El desarrollo de una interioridad en la persona puede sobrevenir únicamente con la enajenación de la misma en las relaciones comunicativas entre individuos, explicándose así la circunstancia de que la propia constitución del sujeto particular contenga la posibilidad, amenaza y ocasión para el peligro de la identidad personal, y, en consecuencia, la vulnerabilidad entonces permanente y grave de esta última precisamente para cuya preservación concebimos la moral.<sup>52</sup>

La fragilidad de la identidad manifiesta la necesidad de una atención y consideración recíprocas hacia la persona y al mismo tiempo hacia la red de "relaciones de reconocimiento recíproco", en las que las personas solamente somos capaces de dar permanencia y duración o firmeza y seguridad a nuestra quebradiza identidad recíprocamente y estabilizando a la vez la identidad de nuestro

---

<sup>49</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 19

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Ibid.*; J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p.

75

<sup>52</sup> *Ibid.*

grupo; realmente no podemos hacer la afirmación de nuestra identidad sin la participación e intervención ajenas.<sup>53</sup>

Esto no es posible ni siquiera en el desesperado acto de suicidio que la Stoa aprobaba como señal de la soberana autodeterminación del individuo como tal. El entorno más cercano nota en las inequívocas reacciones de la conciencia que en este acto, aparentemente el más solitario pensable, se está cumpliendo un destino, del que se es responsable en común, de la expulsión del mundo de la vida compartido intersubjetivamente.<sup>54</sup>

Resulta imposible proteger la "integridad de los individuos particulares" sin proteger al mismo tiempo la "integridad de su común mundo de la vida".<sup>55</sup> Para preservar la persona la protección moral, concebida con el fin de compensar la vulnerabilidad de quienes se individualizan a través de la socialización, debe a la vez preservar aquella red de "relaciones de reconocimiento recíproco", posibilitada por una realidad existencial compartida, como consecuencia de las cuales las personas permanecen como miembros de una comunidad.<sup>56</sup>

Semejante dimensión plural compuesta de singulares que se complementan motiva y justifica igualmente un principio concerniente a la justicia y un principio referente a la solidaridad. El "principio de justicia" demanda la igualdad de consideración y de derechos para cada persona particular. El "principio de solidaridad" la participación de manera afectiva en la realidad ajena y la atención e interés respecto de la fortuna de los demás.<sup>57</sup> En la

---

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 19-20

<sup>55</sup> J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 75

<sup>56</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 20.; J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 75

<sup>57</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 20

inteligencia de que nuestra identidad colectiva necesita realizarse mediante las "relaciones de reconocimiento recíproco", la preocupación por la bondad de las circunstancias de alguien que no es la persona misma y la preocupación por el bienestar o felicidad de la comunidad aparecen como íntimamente relacionadas desde la perspectiva de la "teoría de la comunicación".<sup>58</sup> La relación entre individuos que participan con el mismo interés, particularmente, que se sienten unidos en la comunidad humana complementa la igualdad en la manera de tratar a los sujetos.<sup>59</sup> La perspectiva solidaria encuentra su causa u origen en la circunstancia con arreglo a la cual los unos debemos defendernos a los otros, ya que como compañeros debemos interesarnos igualmente por nuestro mundo colectivo.<sup>60</sup> La solidaridad se hace correlato necesario de la justicia entendida deontológicamente, descubriéndonos, podemos decir, la inevitable dualidad de la moral.<sup>61</sup>

Toda moral autónoma tiene que desempeñar simultáneamente dos tareas: hace valer la inviolabilidad de los individuos socializados, exigiendo igualdad de trato y por tanto igual respeto por la dignidad de todos y cada uno; protege las relaciones intersubjetivas de reconocimiento recíproco, exigiendo solidaridad de los individuos en tanto que son miembros de una comunidad en la que han sido socializados.<sup>62</sup>

La justicia se relaciona con la igualdad de libertades subjetivas de aquellos que se determinan a sí mismos y cuya representación es indelegable e intransferible. La solidaridad lo hace con el bien de los compañeros fraternalmente unidos en una especie de existencia compartida entre individuos, y por consiguiente, se relaciona asimismo con la preservación de la

---

<sup>58</sup> J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 75

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Ibid.*, pp. 75-76

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 76

propia especie de existencia.<sup>63</sup> Ahora bien, la ética del discurso proporciona una explicación de la razón por la que los dos principios proceden del mismo fundamento de la moral, justamente de la "vulnerabilidad necesitada de compensación"<sup>64</sup> propia y característica de quienes solamente mediante la socialización pueden particularizarse e individualizarse, como resultado de lo cual las normas morales no pueden proteger los iguales derechos y libertades del individuo sin proteger a la vez el bien de los demás y de la comunidad a la que tanto el individuo como los demás pertenecen.<sup>65</sup>

En su calidad de parte integrante de una moral universalista, la solidaridad pierde su sentido meramente particular y limitado a las relaciones internas de un colectivo que se cierra etnocéntricamente a otros grupos: pierde aquel carácter de forzada disposición al sacrificio en aras de un sistema colectivo de autoafirmación que siempre se aprecia en las formas premodernas de solidaridad. Con la fórmula del "todos para uno y uno para todos" puede casar la fórmula "Führer, tú manda, que nosotros te seguiremos" que se leía en las columnas publicitarias [...] en la Alemania nazi, ya que en el sentido tradicionalista de solidaridad la condición de camarada permanecía imbricada con la de seguidor incondicional de un líder. La justicia concebida de modo postconvencional solo puede convergir con la solidaridad como su "otro" cuando esta última se haya transformado a la luz de la idea de una formación discursiva universal de la voluntad.<sup>66</sup>

Estos dos "principios morales", internamente concatenados entendemos, significan, sin embargo, el punto de partida de tradiciones opuestas en la filosofía moral. Las denominadas "éticas

---

<sup>63</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 20; J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 76

<sup>64</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 20

<sup>65</sup> *Ibid.*; J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 76

<sup>66</sup> J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 76

del deber" se han concentrado en la justicia, las llamadas "éticas de bienes" se han especializado en el bien común.<sup>67</sup> Debemos a Hegel, podemos decir, el conocimiento de que cuando separamos tajantemente ambas dimensiones para contraponerlas, oponiendo el principio de la justicia al principio del bienestar general o al principio del cuidado e interés por el bienestar de los demás, erramos y perdemos la "unidad del fenómeno moral básico". La ética del discurso recoge esta pretensión fundamental de Hegel, su crítica a "dos unilateralidades simétricas" representadas por el "universalismo abstracto" de la justicia (lugar común en el individualismo moderno, el Derecho natural racional y la ética kantiana) y el "particularismo concreto" del bien común (tópico en la ética de la ciudad de Aristóteles o en la ética tomista de los bienes), para realizarla y desarrollarla "con medios kantianos".<sup>68</sup>

Los discursos, donde consideramos las "pretensiones de validez problemáticas [...] como hipótesis", representan una acción comunicativa tornada entonces reflexiva que construimos, podemos decir, sobre las "presuposiciones del actuar orientado por el entendimiento mutuo", de las cuales simplemente tomamos el "contenido normativo de los presupuestos de la argumentación".<sup>69</sup> La ética del discurso, en la que los contenidos morales universales proceden de las presuposiciones universales argumentativas, toma en consideración esa "raíz común de la moral".<sup>70</sup> Comoquiera que construimos los discursos sobre la acción orientada por el entendimiento mutuo como la forma reflexiva de la misma, tomamos del propio "medio de interacciones mediadas lingüísticamente" al que los individuos socializados debemos nuestra vulnerabilidad los "puntos de vista centrales" para

---

<sup>67</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, 20

<sup>68</sup> *Ibid.*; pp. 20-21; J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 69

<sup>69</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 21

<sup>70</sup> J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 77

contrarrestarla moralmente, cosa con la que todas las morales mostrarían su conformidad en proposición habermasiana.<sup>71</sup> Las nociones básicas de igualdad de tratamiento, solidaridad y bien común alrededor de las cuales se desarrollan todas las morales aparecen incorporadas a las "condiciones de simetría" y a las "expectativas de reciprocidad" de cualquier práctica comunicativa ordinaria, precisamente como "presupuestos pragmáticos [...] universales y necesarios" de la acción comunicativa. Podemos encontrarlas enmarcadas en las atribuciones mutuas y en las suposiciones recíprocas realizadas por las personas implicadas en una práctica ordinaria orientada por el entendimiento mutuo, imposible además desprovistos de aquellas "suposiciones idealizantes".<sup>72</sup>

No obstante, en la práctica ordinaria la trascendencia de esas "presuposiciones del uso de lenguaje orientado por el entendimiento mutuo" permanece restringida.<sup>73</sup> El "reconocimiento recíproco" de personas responsables y motivables por "pretensiones de validez" comprende, efectivamente, las nociones básicas de justicia y solidaridad principalmente; ahora bien, en sí mismas esas "obligaciones normativas" no trascienden los confines del "mundo de la vida" familiar, tribal, ciudadano o nacional específico.<sup>74</sup>

La ética del discurso puede llegar a contenidos morales universales desde presuposiciones universales argumentativas justamente porque el discurso es "una forma de comunicación más

---

<sup>71</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 21; J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 77

<sup>72</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 21; J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 76

<sup>73</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 21

<sup>74</sup> *Ibid.*; J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, 76-77

exigente" que trasciende las particulares realidades colectivas, donde las "presuposiciones del actuar orientado por el entendimiento mutuo" vienen a universalizarse, abstraerse y liberarse de "barreras" para extenderse a la "comunidad ideal de comunicación" comprensiva de todos aquellos definidos por su capacidad para el lenguaje y la acción.<sup>75</sup> Ciertamente, las argumentaciones se desarrollan por sí, como una cualidad inherente a su propia naturaleza, fuera de los "mundos de la vida" concretos, excediéndolos, ya que en los "presupuestos pragmáticos" de las mismas el contenido normativo de los "presupuestos del actuar comunicativo" encuéntrase generalizado, separado y emancipado, extendiéndose siendo así a aquella agrupación ideal comunicativa integrada por todas las personas capaces de la palabra y de la actuación.<sup>76</sup>

Con estas consideraciones sencillamente entenderíamos, en habermasiana confianza, la razón por la que podemos concebir que la ética del discurso sea capaz de recoger adecuadamente con la ayuda de un concepto procedimental nociones sustanciales y también de hacernos comprender la profunda trabazón existente entre esas dimensiones, independientemente desarrolladas por las mencionadas éticas del deber y éticas de bienes, que representan la justicia y el bien común.<sup>77</sup> Efectivamente, por sus "propiedades pragmáticas" el discurso práctico puede establecer las condiciones para una "formación de la voluntad [común] guiada por el conocimiento", haciéndola posible, de manera que responda a los intereses de todas las personas conservando, al mismo tiempo, la relación social que une "objetivamente" de antemano a cada una de ellas con todas las demás.<sup>78</sup> Como participantes en los discursos prácticos o en las argumentaciones, las personas deben

---

<sup>75</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 21

<sup>76</sup> J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, 77

<sup>77</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 22

<sup>78</sup> *Ibid.*; J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, 77

desenvolverse por sí mismas y representarse a sí mismas, encontrándose, sin que sirva de impedimento, colocadas o encuadradas en un "contexto objetivamente universal", idea expresada por el concepto apeliado de "comunidad ideal de comunicación".<sup>79</sup>

El modelo de asunción de roles reformulado en atención al discurso no equivale en este sentido al modelo contractual. La ética procedimental se estará mostrando como unilateral en tanto la idea del acuerdo entre sujetos originalmente aislados no sea sustituida por la idea de una formación racional de la voluntad dentro de un mundo de la vida de individuos socializados como tales. El procedimiento del discurso remite, a través tanto de los medios argumentativos como de sus presupuestos comunicativos, a la situación de pre-entendimiento mutuo existencial de los participantes en las estructuras más universales de un mundo de la vida que siempre está compartido intersubjetivamente ya de antemano. Incluso este procedimiento de formación discursiva de la voluntad puede conducir engañosamente a la unilateral interpretación de que con la universalizabilidad de los intereses controvertidos se aspira a garantizar exclusivamente la igualdad de trato de todos los afectados. Ahí se está olvidando la otra circunstancia de que toda exigencia de universalización tendría que quedar inoperante si no surgiese, asimismo de la pertenencia a una comunidad ideal de comunicación, la consciencia de una solidaridad irrevocable, la certeza del hermanamiento en un contexto común de vida.  
80

En la comunicación que representa el discurso práctico, señaladamente, la relación social de pertenencia e integración comunitarias no queda interrumpida aunque el acuerdo que de

---

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, 77-78

todas las personas se reclame trascienda las fronteras de las comunidades naturales particulares.<sup>81</sup> El acuerdo discursivamente alcanzado necesita tanto de la irremplazable afirmación o negación de cada persona particular como de la "superación" de la perspectiva de la propia personalidad de la misma.<sup>82</sup> En la argumentación cada participante individual es con su afirmación o negación la "última instancia", mostrándose así el papel que en tanto que participante en la argumentación le corresponde mediante sus posicionamientos en relación con "pretensiones de validez criticables" como indelegable; pero, aun las interpretaciones de las que las personas particulares se sirven para reconocer sus "necesidades" más propias primigeniamente permanecen "abiertas a un proceso de revisión" en el que intervienen todas las personas. La "naturaleza social de lo más individual" se manifiesta también aquí, además de en la condición colectiva y compartida de un "consenso" que al conjunto que suponen las personas particulares agrega e incorpora la "reciprocidad del reconocerse en el otro", es decir, del hacerlo cada uno en todos los demás.<sup>83</sup> Ambas circunstancias cuentan efectivamente. No podemos prescindir de ninguno de esos dos aspectos. Una conformidad alcanzada "fácticamente" no devendría realmente universal privados de la facultad personal que no tiene límites de adoptar un posicionamiento con respecto a las "pretensiones de validez normativas" susceptibles de crítica. Un resultado universalmente determinado de común acuerdo e igualmente aceptado no acontecería, sin embargo, de ninguna manera carente de la capacidad de participar afectivamente en la realidad ajena y colocarnos solidariamente cada uno en el lugar del otro, esto es, de

---

<sup>81</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 23; J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 78

<sup>82</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 23

<sup>83</sup> J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 78

cada uno de los demás.<sup>84</sup> El conocimiento de que la perspectiva de la propia personalidad individual no es originaria, al contrario, queda socialmente conformada no desaparece de las argumentaciones, ya que estas últimas simplemente llevan adelante reflexivamente la acción orientada por el entendimiento mutuo.<sup>85</sup>

De esta suerte, el "procedimiento de formación discursiva de la voluntad [colectiva]" atiende y responde a la honda trabazón mediante entre la autonomía de aquellos cuya representación no ofrece posibilidad de delegación y la incorporación de los mismos por adelantado a una manera de subsistencia intersubjetivamente compartida.<sup>86</sup> La igualdad en los derechos individuales y en la consideración a la dignidad de las personas descansa sobre una "red de relaciones interpersonales y de reconocimiento recíproco". Asimismo, los valores que adjudicamos a la convivencia, a la vida en común, vienen determinados además de por los parámetros de la solidaridad y el bienestar general también por la variable definida por la igualdad en la atención y el cuidado que el interés general concede a los intereses individuales.<sup>87</sup>

Pero esto no representa la conciliación del kantismo con el aristotelismo. Impugnando las unilateralizaciones individualistas y presentando la solidaridad como el reverso del anverso de la justicia la ética del discurso está sencillamente recurriendo a la concepción moderna de la justicia.<sup>88</sup> La ética del discurso ensancha el concepto deontológico de la justicia únicamente con aquellas dimensiones constitutivas de la "vida buena" que desde la

---

<sup>84</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 23; J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 78

<sup>85</sup> J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 78

<sup>86</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 23; J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, pp. 78-79

<sup>87</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 23

<sup>88</sup> J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 79

perspectiva universal de la "socialización comunicativa" pueden ser entresacadas generalmente, es decir, abstraídas, aisladas o separadas en términos generales, de los conjuntos concretos que suponen las "formas de vida" particulares y las "biografías" individuales, no encontrándose por ello con los problemas metafísicos del nuevo aristotelismo.<sup>89</sup> La ética del discurso permanece en el pensamiento postmetafísico y no puede recoger por entero el "potencial de significado" de aquello que las éticas clásicas concibieron como una justicia perteneciente a la bienaventuranza o al cosmos, manteniéndose la solidaridad sobre la que la ética del discurso descansa en los "límites de la justicia terrena." (79)

---

<sup>89</sup> J. Habermas, "¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?", *cit.*, p. 23; J. Habermas, "Justicia y solidaridad. Acerca del debate sobre el nivel 6", *cit.*, p. 79

# **LA RELEVANCIA DEL DERECHO**

Isaac Chang Vega  
Profesor de Derecho Procesal  
Universidad Católica Santa María La Antigua



*El orden es una cualidad esencial del Universo entero. El Derecho es una consecuencia del principio de orden que preside todas las cosas.*

La existencia de los seres está regida por normas de naturaleza distinta. En el plano eminentemente personal, el ser humano es libre de elegir su conducta de acuerdo a las circunstancias que se le presenten. No obstante, en sus relaciones con los demás, su comportamiento está regido por normas que regulan la vida en sociedad. Estas normas pueden ser de carácter social, moral, lógicas, psíquicas o legales. Las sociales son aquellas que regulan la conducta del hombre en sus relaciones con los demás hombres o con los grupos en que aquellos se asocian; las morales aquellas que disciplinan la voluntad del hombre para la consecución del bien; las lógicas se encargan de regir la inteligencia humana; las psíquicas son las que gobiernan el mundo del espíritu y son especiales del hombre; y las normas legales son aquellas impuestas por el poder soberano del gobernante. Algunas de estas reglas son inalterables y otras van siendo modificadas conforme la sociedad evoluciona.

Es común que el hombre quebrante, consciente o inconscientemente, algunas de esas normas. Esas transgresiones ocasionan la aplicación de sanciones de distinta naturaleza, ya sean éstas pecuniarias; de privación de libertad; o puede ser que limiten el ejercicio de algunos derechos, o simplemente impongan un reproche moral al infractor.

**¿Qué es Derecho?.** Encontrar una definición que abarque los distintos aspectos que éste comprende, al tiempo que contenga una visión total del mundo y explique satisfactoriamente las diversas manifestaciones del ser humano como individuo y en sociedad,

presenta grandes dificultades. Enmanuel Kant decía: “*Todavía buscan los juristas una definición de su concepto del Derecho*”, y aún hoy, resultan válidas sus palabras.

Como bien afirma Dorantes Tamayo, no hay pregunta más terrible que se le pueda hacer a un estudioso del Derecho que precisamente: ¿Qué es el derecho?. Por muy versada que la persona esté, tan pronto como se le pregunte qué es, en sí, el derecho, suele quedarse perpleja y confusa.<sup>90</sup> Tal dificultad quizás se deba al hecho de que la idea de Derecho es una noción filosófica.

Empíricamente pareciera que todas las personas tienen cabal conocimiento acerca de la palabra **derecho**, esto es saber o creer saber con propiedad cuál es el significado de la misma.<sup>91</sup> Todos los individuos tienen una clara noción de “sus derechos”. Por ello es frecuente escuchar expresiones como “mi derecho de propiedad sobre esta finca”, “mi derecho de autor”, “careces de derecho”, “no hay derecho a ...”, “no tienes derecho”, “no hay derecho” y muchas más que se podrían agregar. No obstante, en el plano científico-jurídico no ocurre lo mismo, pues doctrinalmente no existe una noción unívoca del Derecho.

El profesor Carlos José Gutiérrez siguiendo a Luis Recasens Siches, dice con relación al concepto del Derecho: “...que la noción esencial del derecho, a cuya búsqueda vamos, ha de ser una noción universal, dentro de la que quepan todas las manifestaciones de lo jurídico. El concepto universal del derecho debe abarcar dentro de sí todos los derechos que en el mundo han sido, todos los que son y todos los que pueden ser. Este concepto debe darnos la esencia de lo jurídico, pura y simplemente, dejando a un lado todos los calificativos específicos e individuales que correspondan a manifestaciones jurídicas de diversas clases. Debe ser un concepto

---

<sup>90</sup> DORANTES TAMAYO, Luis, *¿Qué es el Derecho?*, p. 1.

<sup>91</sup> VILLOORO TORAZANO, *Introducción al Estudio del Derecho*, p. 3.

que sirva lo mismo para el Derecho Civil que para el Penal, el Procesal, el Constitucional, etc.; que sea igualmente aplicable al ordenamiento e instituciones de un pueblo primitivo y al derecho complicado de un Estado civilizado de Occidente; valedero tanto para el antiguo como para el medieval, el moderno y el contemporáneo. Y, por tanto, que comprenda igualmente las normas jurídicas justas, las normas jurídicas injustas”.<sup>92</sup>

Derecho es “...un sistema de normas fundadas en principios éticos y susceptibles de sanción coercitiva, que regulan la organización de la sociedad y las relaciones de los individuos y agrupaciones que viven dentro de ella, para asegurar ella misma el conseguimiento armónico de los fines individuales y colectivos”.<sup>93</sup>

En el derecho romano, Celso lo definió en el Digesto, como **el arte de lo bueno y lo justo** (*Jus est ars boni et aequi*).

Debido a su naturaleza el Derecho es una realidad eminentemente compleja; se ofrece a nuestro examen en variados aspectos que se contraponen y se complementan y es que el derecho suele clasificarse atendiendo a sus variadas facetas.<sup>94</sup> Así lo encontramos actualmente clasificado en **Derecho natural - ideal** y **Derecho positivo**; en **Derecho objetivo** y **Derecho subjetivo**; y, en **Derecho público** y **Derecho privado**.

En la ciencia jurídica suele emplearse la palabra **derecho** en dos sentidos principales a saber: **Derecho Objetivo** (norma agendi) y **Derecho Subjetivo** (facultas agendi). El primero se define como el conjunto de normas (preceptos o reglas) que gobiernan la vida de los hombres que viven en una Sociedad determinada (país, nación, Estado); el segundo se define como las prerrogativas, facultades o poder que una persona ejerce frente a otra y que generan derechos y

---

<sup>92</sup> GUTIÉRREZ, Carlos José, **Lecciones de Filosofía del Derecho**, p.130.

<sup>93</sup> CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario de Derecho Usual**, T 1, p.100

<sup>94</sup> Cfr. Castán Tobeñas, Op. Cit. P.84

obligaciones; estos derechos subjetivos deben su existencia al derecho objetivo o derecho positivo.<sup>95</sup>

Sin embargo, no siempre fue así. En la antigüedad, el derecho subjetivo no era reconocido como derecho en sí, se consideraba inmerso en el derecho objetivo. Las facultades y garantías de protección de las personas eran consideradas una concesión gratuita que dependía más que nada de la decisión política del gobernante. Hoy existe reflejada en el ordenamiento jurídico la idea de un derecho individual con atribuciones de poder jurídico. Esos derechos subjetivos no dependen ya de la voluntad de los órganos de poder.

El **Derecho Natural** puede definirse como el conjunto de principios universales e inmutables que la naturaleza inspira o enseña a todos, sobre lo que es justo y lo que es injusto.

Cuando el Poder Legislativo convierte estos preceptos en leyes, se transforman en normas de **Derecho Positivo**. El Derecho natural no es la ley, sino los principios supremos esenciales de ella.<sup>96</sup>

Debemos entender por **Derecho Positivo**, “el conjunto de leyes dictadas y promulgadas por la autoridad competente que tiene por objeto dirigir los asociados a la consecución del bien social con sujeción a las normas eternas de la justicia que es posible y oportuno aplicar”.<sup>97</sup> Contrario al Derecho natural, sus normas poseen carácter coactivo y son continuamente variables; es un producto de la Historia, un resultado de las necesidades económicas y de las aspiraciones de la comunidad en cada época. El Derecho positivo es tal en tanto realiza la idea de justicia, en consecuencia,

---

<sup>95</sup> VALENCIA ZEA, Arturo, **Derecho Civil**, Editorial Temis, Bogotá, 1981, p. 2

<sup>96</sup> *Ibidem*, p.88.

<sup>97</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, Op. Cit. P. 94.

será más o menos perfecto, de acuerdo con la concepción que cada nación tenga de lo *ideal*.

El Derecho positivo es el que surge de una comunidad organizada, que en la época moderna se le considera estatal, pero que puede ser extra estatal, como el Derecho de la comunidad internacional y también puede ser de carácter étnico o religioso.

Para el derecho moderno **Derecho Público** es aquel que protege los intereses generales; el que directa y prioritariamente atiende a la utilidad del Estado, en tanto que **Derecho Privado** es todo aquel que tutela los intereses privados, el que directamente y de manera primaria atiende a los intereses individuales.

La doctrina dominante recepta como verdad que la contraposición de estas dos grandes zonas jurídicas es obra de los romanos. En sus primeros estadios, para los juristas romanos el Derecho Público comprendía el interés comunitario; al evolucionar, el derecho romano considera como Derecho público a todas las normas que afectan al Estado o las que interesan a la sociedad o comunidad humana, y que no pueden ser derogadas por la libre iniciativa o voluntad de los particulares.

Por su parte, la doctrina clásica define el Derecho como el conjunto de preceptos que regulan las relaciones del hombre con sus semejantes para una armónica vida de convivencia pacífica que conduzca al desarrollo y progreso de la sociedad. El Derecho unifica valores morales y sociales.

El jurista Valencia Zea define el derecho como “...un sistema de normas que mediante la reglamentación de la conducta humana realiza la paz y la seguridad dentro de un régimen de propiedad privada, de libertad e igualdad políticas,...”.<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> VALENCIA ZEA, Op cit., p. 17.

Según señala Castán Tobeñas, "... el Derecho es la ordenación moral, imperativa, de la vida social humana orientada a la realización de la justicia... la ordenación de las relaciones sociales mediante un sistema de normas obligatorias fundadas en principios éticos y efectivamente impuestas y garantizadas, o susceptibles de serlo por la voluntad imperante en una comunidad organizada (incluso -en sus formas positivas más perfectas- mediante el ejercicio de la coacción, en cuanto sea posible y necesario) que, a través de las decisiones y de los hechos diversos en que tales normas se traducen regulan la organización de la sociedad y las relaciones de los individuos y agrupaciones que viven dentro de ella, para asegurar el conseguimiento armónico de los fines individuales y colectivos".<sup>99</sup>

El Derecho al igual que la moral, tienen como fin el bienestar común de los seres humanos. El fin último de la moral es el bien; el del Derecho, lo justo. Ambos imponen normas de obligatorio cumplimiento; frente a ambos, la conducta del hombre es sancionable. Entonces, ¿es el uno excluyente del otro? No, el Derecho es el unificador de las normas morales y sociales; viene a ser la más importante de las soluciones; aquella que por fundarse en ideales de justicia, es la única capaz, no sólo de dar respuesta a los problemas inmediatos, sino de propiciar un crecimiento ordenado de la sociedad.<sup>100</sup> Por eso, el Derecho no puede permanecer anquilosado; debe estar presto a buscar y adoptar fórmulas jurídicas capaces de enmarcar las nuevas circunstancias de la historia, sus problemas y plantear fórmulas para solucionar los mismos, adoptando los principios inmutables de la Justicia.

Pero, puede ocurrir que en la búsqueda de soluciones sociales para dar respuestas a los problemas inmediatos, los órganos de poder rebasen los límites de la legalidad y trasciendan a la arbitrariedad al crear normas que resultan injustas.

---

<sup>99</sup> Op. Cit., 74.

<sup>100</sup> VILLORIO TORAZANO, Miguel, **Introducción al Estudio del Derecho**, p. 95.

¿Qué hacer cuando la sociedad se encuentra frente a leyes injustas que en vez de satisfacer el bienestar colectivo lo desconoce, lo viola?. ¿Qué acción se debe seguir? ¿Desconocemos la ley, la ignoramos o pasamos sobre ella?.

Aunque esa injusticia nos cause pesar, nuestro deber es propugnar por su derogación o reforma, según sea necesario; respetando siempre los preceptos legales establecidos, pero jamás apartarnos de su texto, recomendar su desconocimiento o violación, pues estaríamos propiciando la anarquía que conduce irremediabilmente a la destrucción del Estado de Derecho.

Como Sócrates<sup>101</sup> dijo a Critón “¿Cree que puede persistir sin arruinarse aquella ciudad en que las decisiones judiciales nada puedan y en que los particulares las anulen y depongan de su señorío?, nos corresponde también preguntarnos ¿Puede subsistir y prosperar una sociedad (Estado) donde no exista el Derecho?, o que existiendo, ¿puede cualquier ciudadano violarlo o desconocerlo sin consecuencia alguna para él? La respuesta es obvia, no podríamos vivir en paz ni subsistir como seres civilizados. ¡Por eso es importante el Derecho!

El Derecho tiene como finalidad la conservación del orden social y la seguridad jurídica para que dentro de él pueda obrar la libertad del hombre, sin que perjudique a terceros y, para que de acuerdo a él -el Derecho- se puedan desenvolver las fuerzas individuales que impulsan el progreso de la sociedad y se logre con ello la felicidad pública. Por un lado busca encauzar y coordinar a los miembros de la sociedad, en pro del bien común y, por el otro, la perfección ético social del individuo.

Desde el punto de vista conmutativo, tiene como propósito regular la libertad e independencia de los miembros de la

---

<sup>101</sup> PLATÓN, **Diálogos Socráticos**, Clásicos Jackson, Tomo 2, p. 54.

comunidad, partiendo del equilibrio entre lo individual y lo social, entre la libertad y el orden.

Desde el ángulo de la justicia social, el Derecho tiene como fin, por una parte, la garantía de la conservación y progreso de la sociedad (Justicia Legal), y, por la otra, la protección de los miembros en sus relaciones con el todo social (Justicia distributiva)<sup>102</sup>

El Derecho no sólo tiene una función sancionadora, también tiene propósitos educativos, ya que su causa y la de todas sus instituciones sociales, es el hombre con su inteligencia y su voluntad libre, libertad que el Derecho no puede coartar porque ello es injusto y arbitrario, y puede llevar a luchas sociales con toda su secuela de problemas.

El profesor Dorantes Tamayo señala "... que el fin primordial del derecho estatal es el orden, la paz interna del país y la externa del individuo, en una palabra, el llamado 'bien común' que comprende todos los beneficios que se pueden recibir en una sociedad organizada jurídicamente. Sin este orden, acaso sería imposible la vida social; acaso se originaría el llamado 'estado de naturaleza' que imaginó Hobbes; acaso sería el hombre el lobo del hombre. Sin un régimen jurídico, el débil quedaría sin amparo ante la ambición y la saña del fuerte; no habría paz ni sosiego; los hombres vivirían en una eterna lucha sin descanso"<sup>103</sup>

El Derecho tiene por finalidad establecer no sólo un marco de prohibiciones para el mantenimiento de la convivencia humana, sino también preceptos que exijan un comportamiento activo de las personas para alcanzar el mayor bienestar social posible. Con las prohibiciones o preceptos negativos se protegen los bienes jurídicos

---

<sup>102</sup> RODRÍGUEZ ARIAS-BUSTAMANTE, Lino, *Ciencia y Filosofía del Derecho*, p. 318.

<sup>103</sup> DORANTES TAMAYO, op. Cit., p. 194.

esenciales; con los preceptos positivos se alcanza el disfrute de bienes jurídicos no tan esenciales pero necesarios para una vida social digna y satisfactoria.<sup>104</sup>

Cuando el hombre rompe con el orden establecido se enfrenta a la presión de orden legal. El Estado, a través de los órganos de poder, lo obligará compulsivamente a ajustar su conducta a las normas que ha establecido para la adecuada convivencia del grupo social. Esto plantea que, para que el Derecho tenga eficacia, es indispensable el empleo de la coerción.

Podemos, entonces, concluir afirmando que el hombre viene, pues, a resultar la causa del Derecho y de todas sus instituciones sociales y por ello debe garantizársele de manera plena su libertad.

El Derecho con relación al hombre en particular tiende a su perfección ético social; aplicado a la sociedad se traducirá en el encauzamiento y coordinación de sus miembros en pro del bien común; es el mecanismo integrativo encargado de articular los fines promovidos por el sistema político, de la división del trabajo originada en el sistema económico, y de los patrones de conducta que son el resultado de la organización social.

En síntesis, el Derecho tiene como finalidad: a) La conservación del orden social y la seguridad jurídica para que dentro de él pueda obrar la libertad del hombre que consiste en hacer lo que no perjudique a terceros. Además permite desenvolver las fuerzas individuales que impulsan el progreso de la sociedad y se logre con ello la felicidad pública. b) Buscarle solución a los conflictos que se den entre sus miembros y puestos en conocimiento de los funcionarios competentes para resolverlos de acuerdo a su régimen legal; c) Obtener a plenitud la integración y cohesión de toda la sociedad; d) Mantener el orden público como

---

<sup>104</sup> SORIANO, Ramón, **Compendio de Teoría General del Derecho**, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1986, p 23.

único medio de lograr la paz social que conduce al progreso y bienestar de la sociedad; e) La fijación de todas las expectativas legítimas; f) Revestir de legitimidad los poderes públicos y los actos de los miembros de la comunidad, g) La institucionalización del cambio social para el desarrollo constante de la sociedad; h) La modulación de los usos sociales y las costumbres, a fin de que no atenten contra la moral y el orden público.

Panamá, abril de 2003.

# **IRRELEVANCIA DEL DERECHO**

Claudio Malo González  
Dr. en Filosofía por la Universidad de Cuenca  
Doctor Honoris Causa por la Universidad de Carolina del Norte,  
Ashville EE.UU  
Ex Ministro de Educación y Cultura



“La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten; y si un ciudadano pudiese hacer lo que prohíben, no tendría ya libertad, porque los demás tendrían igualmente ese poder”.

Montesquieu

## **Animal Social**

Cuando los seres humanos salimos del vientre materno, la supervivencia depende del cuidado que nos den otras personas, generalmente los integrantes de la familia nuclear -de manera especial la madre- ya que, de otra manera en corto tiempo moriríamos. La dependencia de otros para garantizar la subsistencia física no se agota en el ámbito biológico. A diferencia de los demás integrantes del reino animal cuyo comportamiento está organizado por el instinto y se inician a la vida debidamente programados, los humanos -dotados como estamos de siquismo superior y creatividad- organizamos nuestra conducta individual y colectiva por medio de la cultura que en términos antropológicos la define Clyde Cluckhohn como "Modelos de vida históricamente creados, explícitos e implícitos, racionales y no racionales, que existen en un tiempo determinado como guías potenciales del comportamiento humano".

Nuestro desarrollo supone la incorporación a la cultura en la que nacemos y crecemos que se inicia desde los primeros instantes mediante un proceso que se denomina endoculturación. Usando una frase de John Locke, cuando nacemos somos como un papel en blanco que se llena con las ideas, formas de comportamiento, actitudes, manera de resolver tales o cuales problemas del entorno social en el que vivimos. El caso más consistente de endoculturación es el de la incorporación del código fonético que denominamos lenguaje que amplía de manera sustancial la

capacidad de comunicarnos. Ningún niño nace hablando un idioma, desarrolla sus aptitudes balbuciendo y luego manejando el inglés, el ruso, el papúa, el kurdo, el shuar o cualquiera de los miles que existen y es parte de la cultura en la que nació y crece. Imposible imaginar que un niño que nace y crece en nuestro medio en lugar de español comience a hablar mandarín.

La subsistencia y desarrollo humanos requieren un entorno social pues sólo dentro de él se desarrollan adecuadamente sus aptitudes y facultades<sup>105</sup>; al margen de él -en el muy dudoso supuesto de sobrevivencia biológica- la persona con el tiempo se comportaría más como un animal que como un hombre. Cada uno de nosotros somos, en buena medida, lo que la cultura en la que nos hemos desarrollado es. No cabe entender esta dependencia como un molde rígido, puesto que tenemos el don de la creatividad. Las culturas cambian a medida que transcurre el tiempo. Somos capaces de resolver problemas que antes se los consideraba imposibles o propios del ámbito de lo fantástico, como volar, o de encontrar soluciones nuevas y más eficientes para satisfacer las mismas necesidades como ocurrió con el tránsito de la piedra al cobre y luego al hierro.

La vida en sociedad, esencial a la condición humana, requiere algún tipo de ordenamiento estructurado por las personas integradas en grupos. En los animales, el instinto se encarga de establecer este orden. Nosotros poseemos también instintos, pero su funcionamiento e impacto en el comportamiento, en la gran mayoría de los casos, están subordinados a pautas de conducta que se conforman y modifican con el tiempo y nacen de nuestro siquismo superior.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> El entorno social se encuentra estrechamente vinculado al físico y en buena medida las culturas se han desarrollado mediante una lucha de los seres humanos para adaptarse, de la mejor manera posible a los entornos físicos

<sup>106</sup> La aceptación de determinados alimentos en unas culturas y la prohibición de su consumo en otras, así como las preferencias y categorizaciones gastronómicas, más que de los alimentos en sí, depende de las ideas y creencias creadas por cada cultura de las que surgen las normas organizadoras de la conducta.

Por elementales que sean los conglomerados humanos - hordas, bandas, poblados- la coexistencia en colectividad requiere modelos de comportamiento aceptados por los integrantes del grupo y que han sido, aunque sea de manera elemental, elaborados por seres pensantes como una respuesta a esta exigencia de vida colectiva que podría degenerar si es que se impone la ley del más fuerte y que generaría un desate interminable de violencia que acabaría con la especie. Desde que el ser humano hizo presencia en la tierra, modos de conducta que establecen las relaciones entre los que viven en colectividad, han sido relevantes para garantizar la pervivencia de la especie.

### **Respuestas y acciones**

Paul Tabori, en el capítulo cuarto de su “Historia de la Estupidez Humana”, que se titula “La Estupidez de la Justicia” nos invita a la carcajada cuando nos narra varios hechos históricos en los que se siguieron procesos judiciales, condenaron, castigaron y se aplicaron penas de muerte a animales con ceremoniales iguales a los de los seres humanos, incluyendo los honorarios del verdugo. En nuestros días nadie pone en tela de juicio que el derecho es privativo del entorno humano y que ningún ser ajeno a esta condición puede ser sujeto del mismo, pues no tiene formas de comportamiento que se ajusten a esa manera de ser. El Dr. Francisco Álvarez González, en su obra “Las Exclusivas del Hombre” escribe:

“El animal tiene sustancia porque como sus **respuestas**, frente a los estímulos del ambiente, son siempre las mismas, motivadas por un invariable sistema de instintos, cada nuevo individuo reproduce un ciclo de vida semejante al del más antiguo ejemplar de la especie. Pero el hombre, en lugar de **responder, actúa** y la acción humana es libre. Hecha la vida de cada cual de un número elevadísimo de acciones libres, se va diferenciando de las vidas de los demás precisamente en virtud de la **variación** que la acción libre trae consigo”.<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> Álvarez González Francisco, Las Exclusivas del Hombre, Universidad de Cuenca,

Poseer libertad nos enorgullece, pero en más de una ocasión hemos pensado que la vida sería más placentera si es que todo estuviera hecho de antemano y así nos ahorraríamos las incertidumbres y angustias de tomar decisiones. Dadas nuestras limitaciones no nos es posible garantizar que todo lo que elijamos será correcto y beneficioso para nosotros y la colectividad de la que formamos parte. La posibilidad de elegir tiene sus costos que los debemos asumir. Nos encontramos ante una aparente contradicción –una aporía por usar el término acuñado por Zenón de Elea-; si somos libres las acciones de cada persona deben ser diferentes de las de los demás, pero si por naturaleza tenemos que vivir en colectividad, en buena medida los comportamientos de los individuos tienen que ser uniformes ya que de otra manera los conglomerados humanos no podrían subsistir; es decir, la libertad en cuanto componente esencial de la condición humana, es incompatible con otro componente esencial de esa misma condición: la vida en sociedad.

Esta antinomia se supera si es que hacemos una distinción entre la libertad como enunciado teórico y la libertad como una forma de comportamiento privativa del ser humano. En el primer caso no habría límites y cualquier restricción la anularía; en el segundo, puesto que cada vida humana se desarrolla dentro de determinadas circunstancias –por usar la feliz expresión de Ortega y Gasset-, las limitaciones a la conducta establecidas por la circunstancia -entendida como el conjunto de rasgos que componen la cultura en medio de la cual transcurre una vida- posibilitan la práctica de la libertad, aunque sea en un espacio limitado.

Cuando por diferentes caminos se ha tratado de encontrar el origen de la realidad que explique nuestra razón de ser en un universo tan complejo y plagado de incógnitas, se ha llegado al caos como punto de partida. Juan Eduardo Cirlot en su Diccionario de Símbolos se refiere a caos en estos términos:

“La doctrina de la realidad considera al caos como un estadio inicial ciegamente impulsado hacia un nuevo orden de fenómenos y de significaciones. Blavatsky se pregunta: “¿Qué es el caos primordial sino el éter conteniendo en sí mismo todas las formas y todos los seres, todos los gérmenes de la creación universal?”. Platón y los pitagóricos consideraban que esa “sustancia primordial” era el alma del mundo denominada *protohylé* por los alquimistas. Se conceptúa el caos integrando todas las oposiciones en estado de disolución indiferenciada. En el caos primordial se encuentran también Amrita o la inmortalidad y Visha, el mal y la muerte, según la tradición hindú. En alquimia, el caos se identifica con la primera materia y se considera como una “masa confusa” de la que ha de surgir el *lapis* que está en relación con el color negro. Se ha identificado también con el inconsciente, pero se trata mejor de un estado anterior a la misma condición”<sup>108</sup>

En el caos está todo, pero aún no es nada, del caos surge algún orden que configura la realidad introduciendo alguna coherencia en el desorden total. La enorme y espléndida diversidad de la realidad material es posible porque cada uno de sus componentes tiene límites, porque las leyes físicas y biológicas con rigor reducen los ámbitos de los fenómenos posibilitando la supervivencia del todo armónico y generando equilibrios que garantizan la coexistencia en el tiempo de la realidad múltiple y una. Los límites no anulan la creatividad, al contrario, la posibilitan y enriquecen al potenciar las posibilidades en el caos que tiene todo pero que aún no es nada. Recurriendo a un principio propio de la realidad humana, hablamos de la “sabiduría de la naturaleza” para referirnos a su funcionamiento ordenado que a medida que más lo conocemos, más nos asombra. Esa organización, en términos científicos, la atribuimos a las leyes de la naturaleza que a lo largo de los siglos con tesón y esfuerzo han sido descubiertas por los científicos, leyes que por ser rígidas,

---

<sup>108</sup> Cirlot, Juan Eduardo, Diccionario de Símbolos, Ediciones Siruela, Madrid, 2000. pags. 124, 125

irreversibles e inmutables<sup>109</sup> garantizan el funcionamiento preciso y exacto de un universo material extremadamente complejo. Son leyes totalmente relevantes, pues las relaciones con los múltiples componentes no admiten omisión, cuestionamiento o alternativa de acción.

Dada nuestra condición de entes materiales, los seres humanos estamos sujetos a leyes físicas y biológicas que limitan nuestro comportamiento al orden natural sin que nos sea posible, por ejemplo, volar como las aves o vivir permanentemente bajo el agua como los peces, es decir, al igual que todos los animales, respondemos a los impulsos del medio físico dentro de las posibilidades y limitaciones de nuestra estructura biológica. Pero nuestra hominidad nos permite desenvolvemos en otro mundo cuyas leyes o pautas de conducta no provienen de fuera sino que – en sentido lato- han sido creadas por nosotros pues, además de responder, podemos, debemos y estamos obligados a actuar.

Actuar supone temporalidad y vinculación con los otros. Partir de experiencias del pasado que, de una manera u otra están incorporadas al presente, experiencias que las hemos vivido individualmente y experiencias que otros, no importa cuando, las tuvieron. Escribo este ensayo en una computadora porque, hace algunos decenios, personas de otros países desarrollaron la informática que se ha perfeccionado a lo largo de los años hasta que, lo que en sus inicios era un conjunto de sistemas y maquinarias accesibles a un muy limitado número de expertos y que requerían de infraestructuras de tamaños cercanos a los de un edificio, hoy se ha transformado en máquinas pequeñas y de manejo sencillo que se encuentran en un creciente número de casas particulares y cuyo uso básico requiere un sencillo proceso de aprendizaje. Manejo con fluidez un código de escritura fonético, porque hace miles de años en el Cercano Oriente algunas personas dieron el trascendental salto de crear signos gráficos que

---

<sup>109</sup> Avances científicos en el siglo XX, como la teoría de la indeterminación de Heissemberg ponen en tela de juicio el determinismo absoluto en la Física.

representan sonidos. Escribo este artículo porque hace algunos años, asumí en la Universidad del Azuay la dirección de esta revista desde su primer número y porque hace pocos días conversé sobre este tema con la persona que tuvo la iniciativa de estructurar este número.

Actuar implica la existencia de proyectos, es decir de ordenamientos sistematizados de acciones que se integran en función de una finalidad que esperamos se perfeccione en el futuro. El pasado ya lo vivimos, el presente lo estoy viviendo este momento, el futuro aún no ocurre, pero da sentido a un alto porcentaje de acciones cuyos efectos esperamos que se den en un tiempo que aún no llega y, en algunos casos, luego de que haya terminado nuestro ciclo biológico de vida. Cuando asistía a clases en la universidad, no lo hacía exclusivamente por el deleite que me proporcionaba escuchar a los maestros y departir con ellos; una razón muy importante era aprobar la asignatura correspondiente luego de unos meses, aprobar los años lectivos o ciclos y finalmente, luego de unos años, egresar de la unidad académica y obtener un título que avale el ejercicio de una profesión. Vivir para los seres humanos es proyectarse hacia el futuro, realizar actividades en un presente dado anticipándonos a acontecimientos que esperamos ocurrirán luego de un tiempo lo cual se da en los cabezas de estado de los países más poderosos del mundo, en los más calificados científicos e inventores o en el humilde campesino que en su pequeña parcela de un remoto rincón de los Andes siembra maíz o papas cuya cosecha magra aliviará en parte sus necesidades y las de su familia. Tenemos la capacidad de prever, es decir anticipar con un razonable grado de certeza, lo que acontecerá en el futuro.

Ortega y Gasset afirmó que el hombre “no tiene naturaleza sino historia”, que el devenir en el tiempo es algo esencial a nuestro ser, es decir que la historia no es tan sólo una secuencia de acontecimientos que acontecen fuera de mí y que los puedo aprehender como el que concurre a una sala de cine para distraerse mirando una película. La historia es parte de la condición humana

y, en cierto sentido, más que observadores somos protagonistas. Los seres humanos no nacemos hechos, nos hacemos a lo largo del tiempo. El niño que deja el claustro materno es todo posibilidades -la única evidencia es que, pronto o tarde, morirá- y lo que llegará a ser en el futuro depende en buena medida de su determinación y de la manera cómo practique su libertad, por supuesto dentro de una serie de condicionamientos biológicos y sociales

Los limitantes para hacernos en el tiempo no se circunscriben a lo físico y biológico, hay un componente humano que Ortega y Gasset denomina circunstancia <sup>110</sup> y que es hechura de muchos otros seres humanos que nos antecedieron en el tiempo y además a diversas formas de vida estructuradas en diferentes lugares del planeta que en Antropología Cultural se denomina cultura. Las posibilidades y límites que ofrecía el entorno humano en la Edad Media para que quienes vivieron en esa época se realicen, son muy diferentes a las que se ofrece en los inicios del tercer milenio. En esta misma época los medios con que cuentan para hacerse a lo largo de la vida quienes nacen en Ruanda o Burundi no son los mismos de que disponen quienes nacen en Japón o Noruega. Actuar supone temporalidad, pero también hacerlo con los otros.

Nos hacemos en el tiempo contando con los demás, en mayor medida con los de nuestro entorno cercano, pero también con los de lejanía. Ante la imposibilidad de vivir solos y aislados, vivir es coexistir con los demás para que nuestras facultades se desarrollen. Una de las más consistentes creaciones del ser humano es el lenguaje, cuya inicial razón de ser es comunicarse con los demás integrantes del conglomerado en que se vive; el lenguaje surge por y para los otros pero además un idioma se aprende de los otros como una de las más importantes etapas del proceso de endoculturación. El idioma no se limita al manejo de un código

---

<sup>110</sup> Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo, *Benefact loco illi quo natus est*, leemos en la Biblia. Y en la escuela platónica se nos da como empresa de toda cultura, ésta: salvar las apariencias, los fenómenos. Es decir, buscar el sentido de lo que nos rodea” escribió José Ortega y Gasset en su obra *Meditaciones del Quijote*, página 322, *Obras Completas Tomo I*, Madrid, *Revista de Occidente* 1963

para comunicarnos, es también un invaluable instrumento para desarrollar las posibilidades del pensamiento y para incorporar a nuestras personas experiencias de los otros.

Al lenguaje se añaden muchos otros rasgos que nos proporciona la circunstancia –o si se quiere la cultura en la que nos hacemos- como costumbres, preferencias alimentarias, tecnologías, creencias etc. Al nacer somos todo posibilidad, pero en la tarea de hacernos no partimos de cero sino de una serie de instrumentos y medios que nos proporciona la cultura. Una de las novelas que nos fascinaba en la adolescencia era Robinson Crusoe por la exitosa manera como subsistió su protagonista abandonado en una isla; pero esta capacidad de sobreponerse a los retos de la soledad fue posible porque estaba equipado con un amplio bagaje de componentes culturales que los incorporó a su persona.

## **Relevancia de las normas**

Hacerse en el tiempo requiere contar con el pasado que, gracias a la memoria, lo podemos actualizar para aprovechar las experiencias individuales y colectivas que nos posibilitan no cometer los errores de antaño y aprovechar los aciertos de quienes nos antecedieron en el tiempo; la experiencia enriquece nuestras vidas y nos permite tomar decisiones partiendo de un sitio más avanzado. Hacerse en el tiempo necesita proyectos –grandes o pequeños- para estructurar adecuadamente nuestras vidas y dirigirlos hacia metas que nos ponemos, estableciendo secuencias en nuestros actos y relacionándolos de acuerdo con las categorías de fines y medios. Actuar con y en función de los otros implica contar con limitaciones y ampliaciones de nuestro universo personal ya que la vida –en el sentido amplio de este término- va mucho más allá de nuestra existencia temporal. Las experiencias del pasado y los proyectos hacia el futuro valen para cada individuo, pero también, quizás con más fuerza, para las colectividades de las que formamos parte.

Así como los ordenamientos físicos y biológicos de la naturaleza -que incluye el instinto en los animales- cuenta con un sistema y leyes que los rigen, también la vida humana no puede darse sin algún tipo de ordenamiento y normas, pero que en este caso son elaboradas por los propios actores. No nacemos los seres humanos íntegramente programados desde adentro como ocurre con los demás integrantes del reino animal. Tenemos el privilegio o la carga de programar nuestras existencias individuales y colectivas partiendo de las facultades con que contamos y teniendo como meta general el bienestar, la felicidad como escribió Aristóteles.

Estos ordenamientos pueden ser usos sociales que son formas prácticas de resolver problemas simples como la manera de comer usando cubiertos en nuestra cultura o palillos en las orientales, formas de saludar que difieren de cultura a cultura. No es raro que los usos sociales sean tan generalizados que los integrantes de un conglomerado humano los consideren como la única forma posible y correcta de resolver un problema y piensen que otras, practicadas por distintas colectividades sean extrañas y anormales. De tan reiterados los usos sociales se transforman en hábitos que requieren poca energía síquica para su realización, como cuando nos vestimos en un día ordinario con rapidez y eficiencia. Muchos de los usos sociales tienen que ver con relaciones básicas con los demás que se tornan rutinarias y cuyo efecto positivo radica en el ahorro de esfuerzo, pero que tiene su costo al obstaculizar innovaciones que a veces son indispensables pues -con lentitud o con rapidez- las culturas cambian exigiendo nuevas y originales formas de conducta para las que un exagerado rutinarismo nos prepara. La inobservancia de usos sociales genera extrañeza entre los integrantes de la colectividad y desaprobación, pero no sanciones. La relevancia de estos usos radica en que facilita la organización de la conducta evitando incertidumbres y conflictos innecesarios.

Toda cultura posee nociones de bien y mal, las mismas que se ponen de manifiesto en los actos. Dotados como estamos de

conciencia y de capacidad para tomar decisiones escogiendo entre posibilidades y alternativas, parte de nuestras acciones puede merecer el calificativo de buena o mala, según se acoplen o contradigan los valores aceptados en la colectividad. Las ideas de bien y mal se fundamentan en principios sobre el sentido de los actos humanos, de manera especial de aquéllos cuyos resultados ocasionen daño o beneficio a los otros, lo que denominamos ética. Estos principios se concretan en normas que sirven de referentes para la conducta y que con gran frecuencia arrancan de planteamientos religiosos, sin que ello sea indispensable pues personas que no tienen ninguna religión también organizan su conducta en función de principios éticos y normas morales.

Frente a la pretensión de una moral universal que podría ser muy general, lo real es que varía de cultura a cultura; la célebre frase de Montaigne “lo que es bueno a este lado de los Pirineos es malo al otro lado” tiene validez universal. Las variaciones de las normas morales en las diferentes épocas y culturas son evidentes ya que ellas son producto de la creatividad humana. Cierta tipo de acciones se considera que pone en peligro la subsistencia de la colectividad si es que se generaliza, por lo que deben ser prohibidas, en algunos casos, son evidentes como quitar la vida a otras personas sin que medien causas suficientes, en otros casos su justificación parte de concepciones de cada cultura como es el caso de matrimonios monogámicos o poligínicos en las culturas cristianas o musulmanas. En las religiones intervienen los elementos sagrado-profanos que apuntan a otras dimensiones de la vida.

La observancia de los principios éticos y normas morales contribuyen a mantener el necesario ordenamiento de la comunidad y posibilitan la organización de la conducta de las personas partiendo del supuesto que todos las acatarán. La inobservancia, aparte de causar daño a otras personas directamente afectadas, si es que se generaliza contribuye al debilitamiento de la seguridad y predictibilidad del entorno humano, así como dificulta la posibilidad de planificar las actividades, esencial para la

organización de la vida, afectando a su sentido que se nutre de proyectos.

El deterioro de las normas morales, su pérdida de credibilidad en las mayorías de una sociedad, por las razones que sean, conducen a lo que Durkheim denominó “anomia” que puede culminar en la disolución social. La relevancia de la moral es esencial para el funcionamiento social inherente a la condición humana. La sólida vigencia de las normas morales no se opone al cambio que necesariamente tiene que darse como resultado de la dinámica cultural, el cambio no implica disolución de la moral sino innovaciones para adecuarse a las variaciones de la circunstancia, pues tanto los principios como las normas tienen vigor en la medida en que están acordes con la realidad y se adecuan a innovaciones técnicas y científicas propias de toda colectividad y a nuevos enfoques sobre las metas más adecuadas para los individuos y las comunidades.<sup>111</sup>

La dinámica social surge de los conflictos inevitables entre individuos y grupos, los mismos que se dan en todas las esferas de la vida y que, en cierta, medida se solucionan restaurando equilibrios que, en ningún caso, son definitivos. Si la creatividad humana se manifiesta en la capacidad para solucionar problemas mediante respuestas originales, esta capacidad no se limita a los que plantea el entorno físico, también aborda las áreas ideales y aquellas que se espera tengan lugar más allá de la existencia individual. La circunstancia orteguiana limita las posibilidades de las personas en medio de la cual se desenvuelven, pero no es inamovible en la medida en que puede ser modificada por quienes en ella se realizaron.

---

<sup>111</sup> Posiciones dogmáticas y fundamentalistas consideran que las normas morales, en su interpretación literal nunca deben variar y que cualquier medio es lícito para combatir sus reales o supuestas transgresiones. Estas posiciones hacen daño ya que atentan contra la capacidad de hacerse en el tiempo, es decir de cambiar, propia de la condición humana.

## Animal político

Cuando Aristóteles nos dio este calificativo, no se refirió a la búsqueda de poder como lo entendió Maquiavelo, tampoco al desempeño de funciones públicas mediante el sacrificio de legítimas aspiraciones y tranquilidades personales en aras del bienestar colectivo, peor aún al inmoral aprovechamiento del poder cuando se tiene alguna injerencia en el manejo de los bienes del estado para beneficio personal. La polis griega, con las diferencias del caso, era el equivalente a los estados contemporáneos incluyendo la democracia como sistema. Más bien el filósofo griego enfatizó en la vinculación de cada persona como parte de la sociedad política en forma tal que el desarrollo de sus facultades sólo es posible y se potencia dentro de ese entorno. No solo cuenta la interrelación con las otras personas, sus conciudadanos, sino el sentido de pertenencia a una colectividad mayor estructurada para proporcionarle medios adecuados para su crecimiento integral. Tan fuerte era esta vinculación que el destierro, ostracismo, era para los griegos uno de los castigos más severos y algunos preferían la muerte, pues fuera de su polis se sentían incompletos, algo así como mutilados espiritualmente.

A las virtudes individuales había que añadir –y quizás preferir- las cívicas, consistentes en la entrega de esfuerzos y facultades personales a la colectividad de la que se es parte y de la que se recibe los medios para el desarrollo integral. La pertenencia a una polis posibilita directa e indirectamente el ejercicio de una serie de derechos que conducen a un mayor desarrollo de las cualidades y facultades personales, y una colectividad de esta índole está tanto mejor gobernada cuanto más eficaz y fluido sea el entorno político. Pero esta pertenencia exige también obligaciones y deberes que hay que cumplir y que varían según las circunstancias. Deberes claramente establecidos cuyo incumplimiento merece sanción y deberes que, sin estar obligados, reciben como recompensa la aprobación de los demás integrantes de la polis. El cumplimiento de estos deberes que dependen de

decisiones personales se considera virtud –virtud cívica- cuya recompensa es de naturaleza espiritual.<sup>112</sup>

La vida en este sentido requiere ordenamientos claros, pues no es posible dejar al arbitrio de cada individuo la organización de la conducta ya que están de por medio intereses y aspiraciones de otros, fundamentalmente los que pertenecen a la misma colectividad política, que pueden o no coincidir con los de los demás. Surgen entonces las leyes de distinto tipo para que los ciudadanos puedan desenvolverse conociendo sus posibilidades y límites que, en buena medida, son iguales para todos. El orden colectivo que repercute en la conducta individual es posible si todos conocen las reglas del juego. Los romanos, herederos en muchos aspectos de los griegos, estructuraron con mayor solidez el derecho como un conjunto de principios y normas debidamente organizadas como un factor altamente relevante para posibilitar el funcionamiento de una sociedad política más amplia y expansiva que incorporaba a su estado otros territorios y pueblos mediante la conquista. Junto con la orientación del pensamiento que aportaron los griegos y los principios religiosos judeo-cristianos, se considera que el derecho romano es una de las tres pilas de la civilización occidental.

El derecho está elaborado por el propio estado que lo legitima mediante el trabajo de cuerpos colegiados que legislan en el sistema democrático; parte de principios y planteamientos a cerca de cómo debe estar conformado el estado para ofrecer a sus ciudadanos lo que luego se denominó bien común, partiendo de las condiciones que necesita cada individuo para contar con seguridad, poder practicar su libertad y cumplir sus aspiraciones y metas. Un elevado porcentaje de las normas jurídicas se fundamenta en los principios y normas morales predominantes en el medio, dando lugar a un refuerzo y legitimización de las dos áreas<sup>113</sup>, si bien la

---

<sup>112</sup> El prestigio entendido como alto nivel de respeto y aceptación en una comunidad ha sido siempre una de las motivaciones más fuertes para el comportamiento humano sin que importe para alcanzarlo sacrificios o desprendimientos.

<sup>113</sup> Cuando en los estados se da un proceso de laicización suelen darse situaciones

moral puede ir más allá del ámbito jurídico al alentar las virtudes que sobrepasan la simple observancia de las normas. Los cambios en las sociedades, las innovaciones tecnológicas y la divulgación de nuevas ideas requieren reformas jurídicas pues las leyes tienen real relevancia si es que responden a las condiciones sociales del momento pues, de no ser así, o quedan espacios carentes de legislación con el consiguiente desconcierto en la colectividad o las leyes se tornan obsoletas haciendo difícil su observancia a quienes se desenvuelven en condiciones diferentes.

Las personas que integran una colectividad son diferentes, cada ser humano en cierto sentido es único pues, por muchos componentes biológicos y psicológicos que tenga en común con los demás integrantes de la especie, por iguales que sean los patrones de la cultura de que forma parte con otros, la posibilidad de actuar y tomar decisiones con libertad desarrollan rasgos individuales que la hacen único. Dada esta diversidad las leyes tienen diversos grados de aceptación en las personas, dependiendo su relevancia del porcentaje de ciudadanos que las acepten de buen grado. En un sistema democrático es muy importante la cultura ciudadana que acepte observar las normas, aunque no se esté en acuerdo pleno con ellas, si es que la mayoría las acepta.

Así, el derecho que incluye a todos los cuerpos jurídicos de diferentes niveles y con diversas jurisdicciones, es un elemento de enorme relevancia en una sociedad política. Imposible pensar en un estado sin leyes pues, o se llega a la anomia por disolución o se cae en absolutismos en los que el manejo de la sociedad depende de la voluntad omnímoda del monarca absoluto o del dictador.

---

conflictivas pues la iglesia predominante se considera la única propietaria de la moral y tiende a considerar normas nacidas del estado como inmorales cuando no coinciden con sus principios; recordemos la agresiva condena de la Iglesia Católica al matrimonio civil y el divorcio implantado en nuestro país luego del triunfo del liberalismo.

## Irrelevancia del derecho

Las ideas expuestas hasta ahora en este ensayo destacan la importancia del derecho y su relevancia en las sociedades políticas. Razón tendría quien, al leer lo escrito, crea que el título de este trabajo obedece a un error digital que el corrector de pruebas lo pasó por alto. No hay tal.<sup>114</sup>

El derecho, que parte de principios filosóficos y políticos diversos, puede ser alabado o reprobado como teoría, al igual que puede aplaudirse o ponerse en tela de juicio la propiedad o conveniencia de tales o cuales normas. Pero el derecho no se agota en ser una obra intelectual, si se quiere monumental, como un tratado de Filosofía. El derecho se manifiesta en normas jurídicas que deben ser observadas por los ciudadanos que integran una sociedad política. La eficacia de las normas se pone a prueba cuando entran en vigencia y funcionan dentro de los conglomerados sociales. El derecho en una democracia supone discusiones y debates entre los legisladores y el Poder Ejecutivo para lograr la vigencia de las leyes, capacidad del gobierno para controlar su cumplimiento y probidad del Poder Judicial para administrar justicia; pero para su funcionamiento es indispensable que en la ciudadanía exista predisposición para acatar las normas y cumplir lo que ellas prescriben.

En todo estado, por maduro y civilizado que sea, hay quebrantamiento de normas jurídicas, lo que cuenta es si se trata de situaciones excepcionales por parte de personas desajustadas a la vida social o de formas de comportamiento generalizadas y reiterativas en las que participan importantes porcentajes de la población. En el primer caso la relevancia del derecho no se ve afectada, en el segundo la situación es preocupante pues podría ser que para un significativo número de integrantes del cuerpo social el derecho vigente, o parte importan de él, sea irrelevante. En este

---

<sup>114</sup> El derecho debe ser relevante para garantizar el orden social, pero si los integrantes de una colectividad, con su conducta, no le dan la importancia debida, se torna irrelevante con todos los daños para el funcionamiento colectivo.

caso la relevancia o irrelevancia la entiendo en un sentido dinámico en el que intervienen las normas jurídicas nacidas del estado, el estado en cuanto administrador y vigilante del cumplimiento de las leyes y la ciudadanía que con su conducta da o no la debida importancia a las normas jurídicas vigentes.

La irrelevancia del derecho tiene en los países nacidos de las colonias españolas una vieja tradición. Durante el período colonial las disposiciones jurídicas provenían del rey que vivía y tomaba decisiones para las colonias desde la metrópoli. No acatar las disposiciones del rey era inconcebible pues, en el fondo era desobedecer la voluntad divina que delegaba su poder al monarca y significaba un acto de rebelión, casi un sacrilegio. Las autoridades delegadas por el monarca en las colonias debían velar por el cumplimiento de esas normas. En algunos casos, partiendo del desconocimiento de la realidad propio de la administración a distancia, se creía que las disposiciones regias eran inaplicables u ocasionarían graves trastornos al ordenamiento social, por lo que se tomaba la siguiente decisión: “*se acata pero no se cumple*”, con lo que no se incurría en rebeldía contra el rey y, a la vez, no se ponía en práctica su decisión. En otras palabras se aceptaba formalmente la relevancia de las normas pero en la práctica se consagraba su irrelevancia.

A lo largo de la vida republicana, en los países iberoamericanos –en unos más que en otros– los gobiernos legitimados por vías democráticas, han alternado con dictaduras militares. Se parte de una Constitución que establece los principios básicos de la organización del estado, la declaración de los derechos de los ciudadanos para que puedan practicar su libertad dentro del respeto a las leyes. Estas constituciones fueron elaboradas por personas elegidas para este propósito con la idea de que prime en el desenvolvimiento de los países la fuerza de la razón. A diferencia de lo que ocurrió con las ex colonias inglesas del norte, los ejércitos intervinieron en la vida política, autoproclamándose en muchos casos “salvadores” e implantando gobiernos que se basan en el control de la violencia organizada, es

decir en la “razón de la fuerza”. Esta práctica perversa ha hecho que se difunda la creencia de que las leyes por sí solas son irrelevantes para el funcionamiento de un país y que es más relevante el uso de la fuerza.<sup>115</sup>

Con frecuencia los gobiernos militares han cometido abusos para restaurar o mantener el orden según lo que por ello entienden los militares. Cuando las dictaduras han caído, en muchos casos se ha restaurado el orden constitucional mediante asambleas constituyentes que han elaborado una nueva carta magna con la idea de que fueron vacíos y fallas en la constitución anterior los que posibilitaron las dictaduras y que, corregidas esas limitaciones, el orden constitucional se restauraría para siempre. En nuestro país se han elaborado dieciocho constituciones una de las cuales –la de 1938- no entró en vigencia. Las leyes, inclusive las constituciones, no pueden ser intocables, pero una cosa es reformarlas por los caminos establecidos para que se ajusten a las cambiantes situaciones de los tiempos, otra es reemplazarlas íntegramente.<sup>116</sup> Esta práctica ha dado razón a quienes alguna vez hablaron de la “insuficiencia de las leyes” para el ejercicio del poder, que en el fondo, no es otra cosa que admitir la irrelevancia del derecho.

Esta contradicción entre la vigencia y la irrelevancia de las normas jurídicas puede provenir de diversos factores. Analizaré algunos sin la pretensión de agotar el tema partiendo, en la mayoría de los casos, de experiencias del Ecuador.

Para que las leyes funcionen deben responder a las condiciones del medio social y de la época, a la circunstancia cultural y espacial, por continuar con el planteamiento de Ortega y Gasset. Hay países en los que el respeto a las leyes se da en niveles y porcentajes envidiables. Una solución simplista consistiría en trasladar la legislación de ese país a otros en los que hay serios

---

<sup>115</sup> La tesis de la “insuficiencia de las leyes” ha sido esgrimida en más de una ocasión en nuestra historia.

<sup>116</sup> La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica es única desde la consolidación de la independencia pero ha sido reformada en varias ocasiones.

problemas de cumplimiento. Poco o nada se ganaría pues la circunstancia de los dos países no es la misma. Es importante que la sabiduría del legislador conozca las peculiaridades de su país para que las normas respondan adecuadamente a ellas. En el siglo XVIII Montesquieu en su obra “El Espíritu de las Leyes” abordó este problema al sostener que el aparente caos de las legislaciones de diversos países se esclarece cuando entendemos los distintos cuerpos jurídicos como respuestas al espíritu de cada pueblo que incluye las condiciones ecológicas y lo que la Antropología Cultural llamaría características culturales. Disposiciones que no responden a las características de los pueblos tienden a ser consideradas irrelevantes.

Leyes que pudieron tener sentido en una época lo pierden en otra porque las condiciones han cambiado. La creciente importancia que los servicios bancarios ha tenido en los últimos cincuenta años exige una ampliación y refinamiento de las leyes sobre esta área para facilitar su funcionamiento y para evitar abusos. Cuando en nuestros días leemos las luchas de las sufragistas para lograr algo que nos parece elemental: el voto de las mujeres, nos parece que ocurría algo absurdo en países pioneros de la democracia como Inglaterra y Estados Unidos, pero la manera de entender los roles de la mujer y el hombre en esos tiempos era diferente. Ahora nos parece absurdo que en la segunda mitad del siglo XIX, en la democracia más exitosa del mundo contemporáneo, los Estados Unidos, la disposición jurídica que abolió la esclavitud ocasionó el único conflicto interno de magnitud en ese país: la guerra civil. Lo deseable, para robustecer la relevancia del derecho, es que las leyes estén permanentemente innovándose para evitar su obsolescencia que conduce a la irrelevancia.

Para que el derecho tenga relevancia las leyes deben ser en cantidad suficiente y tener debida claridad. Si no hay normas jurídicas suficientes lo más probable es que queden espacios propios del convivir social no legislados, dependiendo la solución de los problemas del arbitrio de cada persona con la tendencia al

abuso de quienes anteponen los intereses personales a los de la colectividad. Si ocurre lo contrario, el exceso de cuerpos jurídicos<sup>117</sup> genera confusión y abre muchos caminos a quienes buscan beneficios individuales en perjuicio de la colectividad sin contravenir las leyes.

En algunos países, incluido el nuestro, se habla de la práctica del perverso principio: “hecha la ley, hecha la trampa” en el sentido de que hay “expertos” en encontrar procedimientos para burlar lo que las disposiciones jurídicas pretenden regular, esta práctica que se fundamenta en la irrelevancia que el derecho tiene para algunos, se eliminaría o limitaría si es que las normas jurídicas son lo suficientemente claras y no existe posibilidad de contradicción con otras. Lo deseable sería que además de agilidad para actualizar las leyes a las cambiantes circunstancias, la haya también para derogar aquellas que pueden ocasionar contradicciones. Esta confusión y facilidad para “trampas legales” lleva a que la ciudadanía pierda fe en la relevancia del derecho y gane terreno la irrelevancia. Las leyes tienen por objeto ayudar a organizar el comportamiento, sobre todo las relaciones entre las personas y de éstas con los organismos del estado, no dificultarlas y confundirlas como ocurre con frecuencia.

Cuando se dan situaciones conflictivas que llevan a las partes a buscar una solución por los caminos legales, se espera que los procedimientos tengan la debida agilidad, lo que no quiere decir precipitación. Esta expectativa es mayor en los tiempos que vivimos pues los avances tecnológicos en muchos aspectos han incidido en el ritmo de la vida. Seguir movilizándose a lomo de mula en la época del internet y los aviones supersónicos no tiene sentido. La lentitud del sistema judicial debida, a veces a anticuados procedimientos, a veces a la falta de diligencia de algunos de los integrantes del Poder Judicial, afecta a la credibilidad en el derecho y abona a favor de su irrelevancia. La

---

<sup>117</sup> Según Luis Hidalgo Villacís en su obra “La Telaraña Legal” de reciente publicación hay en el Ecuador más de 39.000 cuerpos jurídicos.

innecesaria complicación que torna lentos a trámites menores – matriculación de vehículos, licencias de conducción, líneas de fábrica para construcción, entre otros- induce a muchas personas a recurrir a “ágiles” intermediarios o a coimar a funcionarios menores para evitar el innecesario desperdicio de tiempo con la consiguiente pérdida de credibilidad en la relevancia del derecho<sup>118</sup>. El “ejercicio” de derechos de moda el afán de figuración y el real o supuesto liderazgo que se logra quebrantando leyes, da lugar a que la opinión ciudadana deje de creer en la importancia del derecho. El inciso segundo del numeral diez del artículo treinta y cinco de la Constitución vigente dice textualmente: “*Se prohíbe la paralización, a cualquier título, de los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado; procesamiento, transporte y distribución de combustibles; transportación pública, telecomunicaciones*”.

Con gran frecuencia somos testigos en nuestro país de suspensiones de servicios de esta índole y no conocemos casos de responsables del quebrantamiento de estas disposiciones constitucionales que hayan sido sancionados; más aún, los que suspenden los mentados servicios cobran sus remuneraciones sin descuento alguno, lo que lleva a pensar que éstas y otras disposiciones jurídicas son irrelevantes y que acatarlas o desacatarlas da igual. Estas suspensiones de servicios suelen tener como justificación el ejercicio de derechos establecidos en el primer inciso del mismo numeral: “*se reconoce y garantiza el derecho de los trabajadores a la huelga y el de los empleadores al paro, de conformidad con la ley*”, mas las prohibiciones que a continuación se establecen tienen por objeto proteger derechos más importantes de las mayorías ciudadanas. La práctica de dar prioridad a intereses de personas o grupos sobre los de la colectividad restan relevancia al derecho.

---

<sup>118</sup> Cuando se dan estas situaciones, lo grave es que las personas que así actúan piensan que no obran mal pues están resolviendo un problema con rapidez, el tramitador en estos casos es considerado una ayuda.

La relevancia del derecho depende de la actitud que los ciudadanos tengan frente a él, del real respeto al orden jurídico y de la aceptación de que su vigencia garantiza el orden social. El quebrantamiento reiterativo de una serie de normas y la indiferencia frente a esta situación acrecientan el escepticismo frente a la importancia de las leyes. Además de un adecuado funcionamiento del aparato estatal para vigilar que las disposiciones jurídicas se cumplan y deje de ser la impunidad un hecho demasiado frecuente, es muy importante la educación ciudadana para que entienda que la libertad es un don inapreciable, pero que hay que saber practicarla con responsabilidad cumpliendo las leyes que al limitar aparentemente su ejercicio lo garantizan posibilitando vivir en un medio jurídico que haga realidad la frase de Montesquieu con la que se inicia este ensayo.

### **Bibliografía consultada**

Alvarez González, Francisco, *Reflexiones sobre la Vida Humana*, Universidad Autónoma Centroamericana, San José 1992

Alvarez González, Francisco, *Las Exclusivas del Hombre*, Universidad de Cuenca 2003

Chevallier, Jean-Jacques, *Los Grandes Textos Políticos desde Maquiavelo a Nuestros Días*, Aguilar S.A. de Ediciones, Madrid 1955

Ortega y Gasset, José, *El Hombre y la Gente*, Revista de Occidente, Madrid 1967 *Meditaciones del Quijote*, Revista de Occidente, Madrid 1963

Tabori, Paul, *Historia de la Estupidez Humana*, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires 1984

**LA NECESIDAD DE UN CAMBIO EN LA ENSEÑANZA  
DEL DERECHO**

Patricio Cordero Ordóñez  
Doctor en Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca  
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la  
Universidad del Azuay



Los criterios que sobre la enseñanza del Derecho expondré en este artículo, recogen fundamentalmente algunos comentarios por mí emitidos en una intervención al conmemorar los quince años de fundación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay.

En términos generales, podemos afirmar que el objetivo de las Facultades encargadas de la enseñanza del Derecho, es el lograr excelencia académica en la formación de profesionales en el área de las Ciencias Jurídicas, comprometidos socialmente y con sólidos valores éticos; y que, lamentablemente, al respondernos sobre si ellas han conseguido alcanzar a plenitud dicho objetivo, tenemos que aceptar que en Latinoamérica, y especialmente en nuestro país, el mismo no se lo ha alcanzado, y más por el contrario lo que encontramos es que se ha producido un deterioro en la enseñanza de las ciencias jurídicas, como lo demuestran los diferentes estudios que al respecto se han realizados, muchos de ellos por parte de las propias Facultades de Derecho, ello, además claramente se desprende al analizar si realmente los profesionales del Derecho, tienen una sólida formación, no solo en cuanto a aspectos jurídicos, sino en lo que tiene que ver con una formación integral y sobre todo con valores éticos, ya sea cuando ejercen su profesión o ya cuando en esa calidad administran justicia, encontrando que penosamente, por lo general, el ejercicio profesional resulta ser mediocre por no decir pobre, y, en lo que respecta a la administración de justicia, igualmente, en términos generales ella, se ha vuelto rutinaria, mediocre, artesanal cuando además no es corrupta.

Si aceptamos esta realidad, que insisto, no es una conclusión personal, sino un hecho sobre el cual se habla todos los días y en todos los niveles de la sociedad, y que es sentido por todos

nosotros, ello, inexorablemente tiene que conducirnos, como así ventajosamente ha sucedido en el caso de Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay de la cual me honro ser su Decano, a buscar soluciones, ha tratar de corregir los errores que se han cometido, a realizar ajustes, a replantear y reorganizar la estructura académica de la misma, procesos que en la universidad que es vida, serán necesarios siempre y permanentemente, como únicos medios de adaptarse a los cambios que impone una innovación de los esquemas universitarios en la búsqueda de la tan decantada excelencia académica que siempre será una aspiración.

Nada más pernicioso, para una facultad universitaria, que la actitud conservadora, que el respeto sacramental a los esquemas tradicionales, que el temor y lo que es más, la resistencia y la oposición a enfrentar los cambios que las nuevas condiciones nos imponen, sobre todo, cuando frente a una indiscutible realidad como la planteada se vuelven indispensables.

El señor Rector de la Universidad Dr. Mario Jaramillo Paredes, en una de sus intervenciones, brillantemente retomaba el debate sobre aspectos fundamentales en cuanto a definir la orientación de la Universidad, ya sea como formadora de técnicos, de especialistas, con un enfoque profesionalizante, o bajo una concepción humanista, y concluía sosteniendo que no son enfoques incompatibles, pero que una formación humanista resulta indispensable como sustento de una futura especialización; posición esta que, responde desde luego, a la profunda formación humanista, al profundo compromiso universitario, a la clara y sólida concepción que sobre lo que es la Universidad tiene el doctor Jaramillo. Cuestionaba la concepción de una Universidad profesionalizante, formadora de especialistas, tecnócratas, nos recordaba para hacerlo, los profundos comentarios de Francisco Alvarez González, de alguna forma coincidentes con lo manifestado por Lino Rodríguez Arias Bustamante en el sentido de que “la excesiva especialización ha conducido a que cada

estudiante se encierre en si mismo y solo vea el hombre a través de la carrera que estudia, incapacitándolo para ver la realidad social del país en toda su plenitud”, afirmación que cobra fuerza en las Facultades de Derecho cuando forman profesionales cuyo objetivo principal es el litigio, es el caso, es el cliente; planteaba el señor Rector la necesidad de una educación integral que al decir de José Ingenieros “Nunca se insistirá bastante sobre la conveniencia de una educación integral, más necesaria en los estudios universitarios que en los elementales e intermedios. Las Facultades autónomas tienden a formar especialistas, sin preocuparse de formar hombres; esta última tarea debe incumbir a la Universidad es la razón que justifica su existencia.”. “Facultades contemporáneas, en que se discute del universo, sin saber astronomía, de la materia sin saber física, de la vida sin saber biología, del hombre sin saber antropología, del alma sin saber fisiología y de lo ideal sin conocer lo real”.

Desde luego que la necesidad imperiosa de una concepción humanista en la formación universitaria, como así lo aclara Ingenieros, no significa ni remotamente “... una regresión a las humanidades clásicas, que todos los misoenistas recomiendan como una defensa del espíritu conservador contra el espíritu de renovación. Esas viejas humanidades tendían a ejercer el ingenio en una elegante gimnasia espiritual, juego de imaginación y de retórica, que se desarrollaba principalmente en el comentario y la glosa del pensamiento, llamado clásico, de los antiguos. Ese culto de lo que otros hombres pensaron, en otro tiempo y en otro medio, impedir hacer de nuevo lo que ellos habían hecho; construir el saber sobre la ciencia de su época. Y el objeto esencial de ese viejo humanismo no era enseñar a pensar bien, observando y experimentando, sino enseñar a hablar bien sobre lo que otros pensaron, sin pensar por cuenta propia, sin observar ni experimentar.”

Lo manifestado nos obliga a pensar en un cambio en la enseñanza del Derecho, un cambio de las facultades universitarias encargadas de su enseñanza, una renovación de su vocación de servicio, su compromiso de trabajo para alcanzar sus objetivos, pero no solo como desgraciadamente sucede normalmente, con simples y muchas veces intrascendentes declaraciones, sino con hechos, enfrentando como se dijo un proceso de reforma académica, aceptando sus deficiencias, su corresponsabilidad en la preocupante situación que en nuestro país se presenta en cuanto al ejercicio de la Profesión de Abogados, en la poquísima por no decir inexistente producción jurídica, los abogados no escriben, no generan en nuestro país nuevas posiciones doctrinarias, nuevas teorías jurídicas, no critican, no cuestionan la ley, la jurisprudencia, peor aún la doctrina, se han sometido irracionalmente a ellas, se las acepta y se las aplica, y ello en los mejores casos, ya que, lo común es que el simple conocimiento memorístico de la ley, sea el sustento en algunos casos, de su supuesto éxito profesional; cuanta profundidad tiene el pronunciamiento del Profesor Bielsa cuando al respecto manifestaba: “El jurista –en razón de su propia misión, o sea, de lo substancial de su función- no se subordina a la ley y a la jurisprudencia, concepción que sería en cierto modo utilitaria, en su tarea constructiva y crítica. Siempre recordamos la oportuna y sabia reflexión de Planiol, según el cual no es jurista el que conoce mas decisiones jurisprudenciales, sino el que sabe valorarlas y criticarlas.” y luego, complementaba con dureza esta posición diciendo: “Hemos conocido a juristas que no tenían siquiera la preocupación de estar al día en las leyes y en la jurisprudencia, y hasta hemos oído decir a uno de ellos –hace de esto muchos años- que en esos momentos se abstenía de “estar al día en leyes y fallos “ por higiene mental”

Refiriéndose al mismo problema, y al plantear las dificultades que se tienen que afrontar si se pretende alcanzar la altísima calidad de “Jurista”, ya sea cuando esta aspiración se la aborda individualmente, o cuando se la enfoca como un objetivo

académico, el Profesor Español Luis Martín Rebollo, dice: “ Acaso una de las ventajas que pueda tener esta innegable complejidad sea precisamente la revalorización de la condición del jurista, revalorización que supone el estudio y el conocimiento de la trama institucional, la raíz de cada conclusión, la apoyatura doctrinal o jurisprudencial y el método sistemático de interpretación, que excluye la arbitrariedad o la mera apelación mecánica a un determinado precepto legal sin tener en cuenta el juego de las relaciones de las diversas y variadas fuentes normativas que, presididas por la Constitución, configuran lo que llamamos el Ordenamiento jurídico. El papel del aprendizaje queda así igualmente revalorizado, porque la Universidad, sus Institutos y otras entidades educativas se erigen como el sitio donde se han de formar verdaderos juristas y no meros leguleyos. Ser conscientes de esto supone superar el simplismo a que frecuentemente conduce la ignorancia. Por ejemplo, pensar que estudiar Derecho equivale a estudiar “para abogado”, que se puede estudiar esta carrera sin formación humanística previa y con la sola ayuda de apócrifos “apuntes” o que el jurista no necesita conocer la cultura científica y tecnológica de su tiempo, como si el Derecho estuviera desconectado de la historia y de la realidad. El papel del aprendizaje supone, pues, aceptar la necesidad de apoyos, dotaciones y medios, y apostar por la calidad de la cultura. Y entender que dicho aprendizaje es también reflexión, pensamiento e ideas desde las que entender el complejo e interrelacionado mundo en que vivimos. En este mundo y en este proceso del conocimiento, producción y aplicación del Derecho, se necesitará siempre una visión plural e interdisciplinar, de modo que, al final, la Universidad aparece como un destacado centro de atención tanto en su aspecto docente como investigador, aunque su impreciso horizonte directamente utilitario se enmarque necesariamente a medio plazo.”

No puede, no se debe, seguir enseñando el Derecho en la forma en la que se lo ha venido haciendo, no es posible y resulta

inexplicable, que en los programas de las asignaturas, en la diferentes Facultades de Derecho, todavía, sigan constando y se sigan estudiando, y con énfasis, instituciones jurídicas que en los actuales tiempos no tienen importancia conceptual alguna, y que en la práctica no tienen aplicación, o que, se sigan analizando instituciones jurídicas, bajo un enfoque conceptual y doctrinario válidos para el siglo XVIII o para la Antigua Roma.

Determinadas áreas del Derecho, no han evolucionado al ritmo de la historia, han perdido actualidad e importancia, han dejado de ser, lo que en un determinado momento histórico, merecieron ser; el “Derecho Privado” ha sido superado en su importancia por el “Derecho Público”, esto, como consecuencia del cambio radical experimentado por la concepción de un nuevo mundo, que, como única posibilidad racional y justa busca eliminar las injusticias sociales, trata de hacer posible una vida mejor, sin miseria, sin pobreza, y, para ello, como instrumento utiliza al Derecho; concepción, que, contrasta, con un Derecho, encargado de proteger los intereses individuales, de regular la propiedad privada con una concepción individualista; lo manifestado, desde luego, no significa ni remotamente que considere que no deban estudiarse, analizarse y discutirse, las ramas del Derecho Privado, lo que sostengo y con profundo convencimiento, es que su tratamiento tiene que ser redefinido, que deben privilegiarse en el pensum, aquellas áreas que este nuevo mundo, que este momento histórico exigen.

Fernando Trazegnies Granda, en un brillante análisis sobre “El Derecho Civil ante la post-modernidad” que bien puede extenderse a otras áreas del Derecho Privado, sostiene: “El Derecho Civil visto como lastre frente a los cambios de nuestro tiempo.- Frente a este importante papel de impulsor e ingrediente de la modernidad que los juristas de los siglos pasados asignaban al Derecho Civil, nos encontramos en nuestro tiempo con un fenómeno inquietante: el Derecho Civil aparece como el área

menos dinámica del sistema jurídico; aparentemente, el no significa más la modernidad sino el atraso. A pesar de que, la crítica al Derecho Civil no se expresa siempre de manera abierta, existe una atmósfera general que tiende a considerar el civilismo como un rezago de un mundo que está a punto de convertirse en pasado. En el ambiente político, en los centros internacionales de cooperación, en las fundaciones que auspician investigaciones en el campo del Derecho, existe una suerte de silencioso consenso en el sentido de que el Derecho Civil no merece ser apoyado porque se encuentra muy distante de las urgencias del momento.

En las Facultades de Derecho –particularmente en los países del Tercer Mundo- los estudiantes y los profesores preocupados por el desarrollo social y económico de sus países pretenden orientar la formación de las nuevas generaciones y los esfuerzos de la investigación hacia disciplinas jurídicas de mayor contenido social; es general la crítica a los programas de estudios tradicionales, fuertemente centrados en la tradición civilista. Francesco Lucarelli señala que existe una pérdida de identidad de los dogmas civilistas y que ello genera consecuencias muy graves en la enseñanza del Derecho Civil; se habla cada vez más en la Universidad de una alineación del estudiante, de un rechazo a las fórmulas abstractas que son fruto del positivismo y del racionalismo jurídico antes que reflejo de la sociedad viva y real; se denuncia el mero tecnicismo de las instituciones, la carencia de contenido histórico y crítico de la formación. En algunos casos, el es bastante más agresivo., Así Eduardo Novoa Monreal distingue entre las leyes nuevas con sentido social y la legislación básica codificada que equivale al Derecho tradicional y, fundamentalmente, al Derecho Civil. A esta legislación tradicional codificada la acusa de haber perdido el ritmo de la historia; mientras la vida moderna es extremadamente móvil y plantea problemas tecnológicos, económicos y sociales nuevos, el Derecho –léase, civil- tiende a conservar formas de los Siglos XVIII y XIX, cuando no de la Antigua Roma. Cada vez se hace más perceptible la desconexión que existe entre el Derecho y las

realidades sociales que hoy vive el mundo. Sus preceptos, agrega, están notoriamente retrasados respecto de las exigencias de la vida moderna... han perdido vitalidad. A nuestro juicio, la nota más deprimente reside en que los preceptos, esquemas y principios jurídicos en boga se van convirtiendo gradualmente no solo en un pesado lastre que frena el progreso social, sino que llega, en muchas ocasiones, a levantarse como un verdadero obstáculo contra éste. La Crítica de Novoa Monreal alcanza tonos muy duros: El Derecho actual es obsoleto, pero el conservadorismo de los juristas no ha sido capaz de advertirlo; el mundo cambia en medio del adormecimiento de los juristas (civilistas). Lo cierto es que el predominio y el prestigio que tenía el Derecho Civil dentro del mundo jurídico se ha perdido en gran parte. Y como consecuencia de ello, una serie de áreas que pertenecían tradicionalmente a sus dominios han comenzado un éxodo o una independización: algunas han preferido pasarse al Derecho Público, otras han intentado adquirir autonomía y, como se sentían a medio camino entre lo público y privado, han preferido crear una nueva categoría denominada Derecho Social y ubicarse dentro de ella. Es así como el Derecho Laboral se desgajó del contrato de locación de conducción. Más tarde leyes cuyo espíritu y técnicas son ajenas a la tradición civilista, fueron poco a poco haciendo retroceder las fronteras del Derecho Civil en materias tales como la propiedad de la tierra rústica y los contratos agrícolas (particularmente en los países que llevaron a cabo una reforma agraria), la urbanización, los contratos de inquilinato, la regulación del uso y propiedad de vehículos automotores, de naves y aeronaves, etc. Las nuevas formas de procreación, los trasplantes de órganos, la misma muerte, son jurídicamente definidos y normados por leyes especiales. La organización de seguros obligatorios de automóviles y de ciertas actividades públicas o particularmente riesgosas, incluyendo accidentes de trabajo, ha limitado a su mínima expresión el campo de la responsabilidad extracontractual. En algunos países se pretende incluso dar un Código especial para la familia, retirando

esta área de la vida social del Código Civil donde se encontraba desde siempre.

De esta manera es posible decir ahora que el Derecho Civil tiene un ámbito de aplicación extraordinariamente reducido y cada vez beneficia o afecta en la vida práctica a un menor número de personas. En realidad, este Código que se ocupaba de los aspectos más importantes del ser humano -el nacimiento, el matrimonio, la filiación, la propiedad, la contratación, la muerte y los problemas de sucesión- tiende actualmente a quedar arrinconado a aspectos muy puntuales: la propiedad realmente normada por el Código Civil, por ejemplo, casi no abarca sino el vehículo propio, el menaje y la casa personal. Con relación a esta pérdida de importancia social del Derecho Civil, dice Novoa Monreal: Hay una demostración empírica muy sencilla que lo comprueba: revísense las materias sobre las que versan los litigios que se promueven actualmente ante los tribunales ordinarios de justicia y compárense porcentualmente con los que ingresaban a comienzos de siglo y se verificará que –excluida la materia criminal que puede permanecer más o menos constante- dada vez es menor la proporción en materias propiamente “civiles”, en el sentido de aquéllas que versan sobre conflictos que corresponden resolver de manera directa al Código Civil”.

Sostengo que un Proceso de Reforma Académica, tiene que sustentarse entre otros, en los siguientes principios:

- Actualización y coordinación de los contenidos de los programas de las diferentes cátedras.
- Planificación curricular, que permita que el pensum constituya el instrumento idóneo de formación de acuerdo a los objetivos previamente definidos.

- Una nueva concepción del proceso de enseñanza del derecho, entendido como un proceso que pretende más que enseñar, más que transmitir conocimientos, crear conocimientos.
- Limitar las clases magistrales, y sustituirlas por aquellas en las cuales el estudiante sea el eje del proceso de aprendizaje, verdadero protagonista del mismo.
- El profesor no es un trasmisor de conocimientos, no es el dueño de la verdad, es un asesor cuya misión fundamental es la de crear hábitos mentales, compartir experiencias, desarrollar habilidades y aptitudes, es como decía Faure “enseñar a ser”.
- Enseñar Derechos y no Leyes, enseñanza que se basará en la discusión, en el análisis crítico, y no en el aprendizaje memorísticos de textos legales o de concepciones doctrinarias.
- Enseñar el Derecho, las ciencias jurídicas, no como una ciencia perfecta, acabada, elaborada y por lo tanto incuestionable, intocable, indiscutible, sino como lo que es, un instrumento para la búsqueda de soluciones sociales, para lograr una mejor calidad de vida de los individuos, para corregir las injusticias producidas por una incorrecta repartición de la riqueza, para eliminar la miseria moral y económica; y por lo tanto, cambiante, discutible, cuestionable perfectible, no dogmático.
- Conseguir, una estrecha vinculación entre los conceptos doctrinarios con la práctica, vincular el análisis puramente jurídico con la realidad jurídica social.
- Un cambio en los sistemas de evaluación que no pretendan medir el grado en el que el estudiante ha memorizado ya sea

los textos legales o las diferentes concepciones doctrinarias, sino fundamentalmente la aplicación razonada de ellos a casos concretos; en el fondo que midan o valoren lo que la Facultad pretende enseñar o para lo que la Facultad pretende preparar.

El éxito de un proceso de reforma académica solo será posible alcanzarlo, si es permanente, lo que permitirá realizar las correcciones los ajustes necesarios que su aplicación lo exija, pero estoy seguro que el camino tiene que iniciarse inmediatamente; no podemos permanecer impávidos ante una situación de estancamiento, que ha sido cuestionada no solo en nuestro país sino en todo Latinoamérica, por los diferentes organismos que tienen que ver con el problema, por tratadistas del derecho, por profesionales en libre ejercicio, por jueces y magistrados que se preocupan por los problemas jurídicos y que si existen, y, sobre todo, por las propias Facultades de Derecho, por la comunidad en general; la necesidad de un cambio, de una renovación es indiscutible y actualiza lo sostenido por Ingenieros, quién hace décadas decía: “Renovar la Universidad es un problema de moral y de acción. Las instituciones se tornan inútiles cuando permanecen invariables en un medio social que se renueva. La educación superior no debe mirarse como un privilegio para crear diferencias a favor de pocos elegidos, sino como el instrumento colectivo más apropiado para aumentar la capacidad humana frente a la naturaleza, contribuyendo al bienestar de todos los hombres. Las ciencias no son deportes de lujo, sino técnicas de economía social. La filosofía no es un arte de disputar sobre lo que se ignora, sino un proceso de unificación de ideas generales para ensanchar el horizonte de la experiencia humana. La universidad no debe ser un cónclave misterioso de iniciación, sino el organismo representativo de las más altas funciones ideológicas: elaboración de doctrinas, determinación de normas, previsión de ideales. Hará más dignos a los hombres, aumentando su capacidad para la vida civil; hará más justa a la sociedad, multiplicando los vínculos de la solidaridad

humana. El mundo ha entrado en una era de renovación más importante que el Cristianismo, el Renacimiento y la Revolución Francesa. Será estéril seguir escuchando a sofistas y escépticos, envenenados por la ideología del pasado; en hora como esta, conviene escuchar a los optimistas y a los creyentes, iluminados por la ideología del porvenir”.

# **INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LA CRIMINALISTICA**

Jorge Maldonado Aguilar  
Dr. en Jurisprudencia por la Universidad de Cuenca  
Subdecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad  
del Azuay



## ¿QUE ES LA CRIMINALISTICA?

Es, -se dice-, la disciplina que tiene por finalidad el descubrimiento de los delitos; o, si se quiere, la disciplina auxiliar del Derecho Penal que tiene por objeto descubrir las circunstancias del delito, y el o los responsables. Vale decir el cómo, el dónde, el cuándo y el quién. Por que sólo así es posible la aplicación del Código Penal. Sin el auxilio de la Criminalística seguirían quedando, como antes quedaban, muchos crímenes en la impunidad. Porque no es posible, sin saber, cómo, dónde, cuándo y quién, que se haga realidad la amenaza punitiva que contiene dicho Código.

Es, la Criminalística, un poco como la culminación de todo el proceso de desarrollo de las ciencias penales. Primero fue el derecho penal primitivo, el derecho penal inhumano, el derecho penal injusto, contra el que se reveló César Becaría en su pequeño opúsculo titulado **“DEL DELITO Y DE LA PENA”** que dio nacimiento a las ciencias penales, y que fue una denuncia al mundo entero de la injusticia de la justicia penal. Después se humanizó el derecho penal y surgieron las doctrinas, la escuela clásica y la positiva, y Lombroso sostuvo la necesidad de que la justicia conozca al hombre. Se afirma que mientras Becaría dijo al hombre conoce la justicia, Lombroso dijo a la justicia conoce al hombre. Y modificándose el derecho penal a base de la doctrina y la filosofía (que no otra cosa que Filosofía es la Criminología), surgió la Criminalística, como la auxiliar poderosa, del derecho penal, culminando así, el desarrollo de las Ciencias Penales.

Es lamentable que a nosotros nos lleguen siempre tarde los adelantos científicos o técnicos en algunas áreas. Sólo recién, hace

poquísimos años, se inauguró en Cuenca, el Instituto de Criminalística como dependencia de la Policía Nacional.

Para probar las circunstancias de la infracción y para poder llegar a descubrir el autor o autores, la Criminalística se vale de muchas ciencias auxiliares. Se vale de la Física, que es la ciencia que estudia las propiedades de la materia y la energía. Se vale de la Química, que estudia las transformaciones de la materia y la energía. Se vale de la Medicina Legal, que es la más antigua de las ramas científicas que auxilian a la Criminalística. Se vale de la Fotografía, de la Antropometría, para las medidas del cuerpo humano; de la Dactiloscopia, ciencia nueva; de la Documentología; y de la Balística.

## **EL CONTENIDO CIENTIFICO DE LA CRIMINALISTICA**

Existen algunas confusiones con respecto al contenido científico de la Criminalística; confusiones que realmente no tienen razón de ser si se comprende su contenido, su finalidad, y el papel que desempeña en la indagación de los delitos, y en la aplicación del Derecho Penal.

Se la confunde con la Criminología, pero no cabe confusión alguna, si se sabe cual es el contenido de la Criminología y cual es el papel de la Criminalística. La Criminología es la filosofía del delito. La Criminología indaga la etiología del delito. Sus causas endógenas o exógenas. La Criminología se ocupa de la prevención del delito; determinando los medios de los cuales pueden velarse los estados para prevenir el delito como fenómeno social que es, pues se da en todas las sociedades, a lo largo de la historia y en todo el mundo. La Criminología, por último, analiza los medios de represión del delito, que no son ya precisamente penas, que no deberían ser penas, sino medidas de reeducación. En esto también andamos atrasados. Hace unos años se cambió de nombre a las cárceles, y ahora se llaman **“centros de rehabilitación social”**.

Pero solo se les cambió de nombre, porque siguen siendo las mismas cárceles y en las mismas condiciones infrahumanas que fueron siempre. Pudiéramos decir que casi en toda América, con excepción tal vez de Argentina, siguen las cárceles siendo estos centros de reclusión que nada tienen de rehabilitación y que ningún beneficio han recibido de los adelantos de la Criminología en este aspecto.

Se confunde la Criminalística con la Policía Científica. Pero, mientras la Criminalística proporciona los conocimientos y los métodos para descubrir el delito y el delincuente, la Policía Científica es el órgano administrativo que valiéndose de estos métodos y de estos conocimientos, aplica a la realidad las técnicas de la Criminalística; de modo que no puede confundirse lo uno con lo otro, porque de alguna manera, aun cuando sea por medio de empíricos, -como aquí hacíamos hasta hace muy poco-, en todos los campos de la investigación criminal se pueden aplicar, sin Policía Científica, los conocimientos, los adelantos, los métodos, que proporciona la Criminalística.

Se confunde la Criminalística con la Medicina Legal. Realmente la Medicina Legal es, la más antigua de las ciencias, que aportan conocimientos a la Criminalística, pero no es la Criminalística. Los delitos contra las personas han sido los que más impacto han producido en las sociedades, los que más han alterado el orden social que es el que pretende precautelar el Derecho Penal; y es por esto que la Medicina Legal ha auxiliado al Derecho Penal. Ya en 1.484 una bula de Inocencio Séptimo, prescribía la intervención médica en los juicios criminales. La Medicina Legal es la mayor de todas las disciplinas auxiliares de la Criminalística; pero no es la Criminalística; por que además de la Medicina Legal están otras ciencias o técnicas que nada tienen que ver con la Medicina, como la Dactiloscopia, Fotografía, o la Balística. No puede entonces confundirse la Criminalística con la

Medicina Legal, por mucha importancia que ésta tenga en el campo de las disciplinas auxiliares de las que se vale aquella.

## LOS INDICIOS Y LAS HUELLAS

La Criminalística pretende el descubrimiento de las circunstancias del delito y la identificación del autor. Hay delitos como los flagrantes, para cuya investigación no se necesita auxilio alguno de la Criminalística, porque la prueba está dada en el mismo momento de la perpetración del acto; pero esto no sucede sino excepcionalmente. Lo normal es que la indagación judicial o policial, venga después de cometido el delito. La Criminalística busca entonces los indicios y las huellas que puedan conducir a una evidencia. Y bien vale la pena precisar el significado de los términos porque éstos deben ser usados adecuadamente. Huella, viene de hollar, verbo que significa pisar o recorrer andando, **“hacer camino al andar”**, como decía el poema. El diccionario dice, **“señal que deja el pie del hombre o del animal en la tierra por donde ha pasado”**. Huella es sinónimo de rastro. Es una especie de indicio, pero no puede confundirse con el género, porque indicio es la señal que da a conocer algo oculto. Es la sospecha o conjetura que algo conocido permite sobre algo desconocido. De manera que toda huella es un indicio sí, pero no todo indicio es una huella, pues hay indicios de otra naturaleza totalmente diferente. Incluso los de la **“huella digital”**. Recordemos que la Real Academia de la Lengua se resistió a aceptar el término **“huella digital”**. **“Digital”** viene de dígito o dedo; y la impresión que deja un dedo no es propiamente, una huella. Por eso es que la Real Academia se resistía a admitir el término pues sostenía que lo correcto era **“impresión digital”**. Pero el término está ya aceptado.

Tampoco puede tomarse el término indicio como sinónimo de presunción. Indicio es el dato conocido que permite inferir algo desconocido; y la presunción es una elaboración mental, o un

razonamiento que se construye en base de los indicios. Mientras éstos tienen existencia real y perceptible, la presunción solo existe en el psiquismo.

El Derecho Penal hasta hace poco no aceptaba la prueba indiciaria o conjetural como se llama. Ahora sí. El derecho admite, que se llegue a la certeza mediante un número concordante y adecuadamente numeroso de indicios. Muchos indicios concordantes llevan a una certeza; y la evidencia no es otra cosa que la certeza. Certeza en la medida en que nadie pueda dudar de ella, eso es una evidencia. De modo que es correcto decir que la Criminalística busca indicios y huellas, para llegar a una evidencia que haga posible la aplicación de la ley penal.

## **LA FASE INTRASÍQUICA Y LA ACCION**

Todo delito es una reacción motriz voluntaria que produce una modificación en el mundo exterior, y que lesiona un bien jurídico ajeno protegido por el estado. Protegido en tal medida, que se amenaza su lesión con la imposición de una pena, porque se considera que las disposiciones del Código Penal son normas de conducta absolutamente indispensables para el convivir social; para la armonía del grupo. Todo delito tiene una fase intra-psíquica y una fase exterior; una fase interna y una fase externa. Es importante anotar que los indicios pueden encontrarse no sólo como consecuencia de la ejecución, o no sólo como resultado de la exteriorización del acto, sino también por determinadas circunstancias de la fase intra-psíquica. Según Emilio Mira López, la fase intra-psíquica de todo acto delictivo, aún de los que se consideran instantáneos, tiene un proceso intelectual, intra-psíquico, interno, previo a la ejecución. Primero se da la intelección o gnocia, que es la idea difusa, en donde el posible delincuente, se pregunta ¿y si yo fuera capaz de hacer esto?. Que bueno sería si... Es nada más que el nacimiento de la idea: la intelección. Después viene el deseo o tendencia, cuando el sujeto

empieza a acariciar su idea, a darle vueltas, a sentir tentación de llevar a cabo el acto. Después, la deliberación o duda; cuando el súper yo despierta, y surge la dubitación: no debes, no puedes, no te conviene. Es una fase entre el deseo y el temor; una fase de lucha interna que puede tener el desenlace en cualquiera de los dos sentidos. Muchas veces queda allí, muere la intención; pero otras veces sigue adelante el proceso, y hay otras en que la tendencia se sublima, como por ejemplo en el caso del escritor que pensando en matar a alguien, escribe una novela con todos los detalles que existieron en su mente, y sublima así la tendencia. Pero si vence el deseo sobre el temor; si no hay reactivación de las fuerzas opuestas, surge la actitud o propósito. Todavía no se desencadena la acción, pero ya hay una actitud meditada, un propósito de ir hacia la realización de la idea, hacia la concreción de lo imaginado. Por fin, la decisión, el límite entre el pre-delito y el delito. Es la acción en proceso, y la liberación de la fuerza psíquica acumulada durante los períodos anteriores; y aquí es en donde se dan los actos preparatorios que son capaces de dejar indicios, capaces de enrumbar en uno u otro sentido la acción de los investigadores y de los jueces en la aplicación del Derecho Penal. Viene, por último, la ejecución. Pero lo que nos interesa es analizar muy brevemente cómo lo subjetivo puede dejar indicios que, o determinan la culpabilidad, o excluyen la responsabilidad, o modifican el tipo penal. Un indicio dejado en la fase de perpetración de un acto preparatorio sería por ejemplo la compra de un arma; o la búsqueda de consejo acerca de los resultados del uso de una sustancia química. Estos son actos preparatorios, son límites entre el pre-delito y el delito, pero son susceptibles de ser descubiertos por los indicios que dejan y de ser luego analizados, con el fin de aplicar adecuadamente el Derecho Penal. Así como en algunos casos los indicios pueden determinar responsabilidades, en otros, pueden demostrar la falta de responsabilidad. Por ejemplo en el adulterio, (cuando el adulterio era delito) si se probaba que él o ella se hacía pasar por soltero (a); que cuando ingresó al empleo, afirmó que lo era y luego incurre en una relación, pues el correo no podía ser

culpado de adulterio, porque estaba convencido de la condición libre de la otra persona. También pudiera modificar el tipo penal, como en el caso, por ejemplo, del estupro. Hay una diferencia enorme entre la mujer menor de 14 años, la mayor de 14 años y la mayor de 18 años. Pero hay veces en que el hombre puede ser engañando acerca de la edad de la mujer, y en ese caso podría modificarse el tipo penal, simplemente por los indicios.

## LA INSPECCION OCULAR

Dice Emilio Bonett: **“el lugar del hecho juega a menudo como pieza maestra dentro del complejo mecanismo investigativo”**. Por lo general los indicios y las huellas se encuentran en el lugar en donde se perpetró el delito; y es ahí en donde debe actuar la Criminalística. Es ahí en donde deben buscarse los indicios que ayuden a descubrir las circunstancias de la infracción. El consejo es: no tocar, no pisar, no mover, salvo naturalmente cuando se trata de un herido. Cuando hay un herido lo primero es auxiliar al herido. Pero, por ejemplo, en el caso de un cadáver, la regla es no tocar, no mover, y documentar todo lo que se pueda, por medio de fotografías, por medio de dibujos, por medio de planos, incautando los objetos que puedan servir para descubrir las circunstancias de la infracción. Este es el consejo, luego debe levantarse un acta, en la que consten todas las circunstancias, la hora y el lugar en donde la autoridad o la policía recibió la denuncia o el aviso del delito; la hora en que concurrieron; las personas que estuvieron allí; la descripción de la escena; los planos, que deben ser hechos con la mayor exactitud posible. Hay en la Criminalística lo que se llama el plano en cruz. Cuando se trata de un local o de un cuarto cerrado, en el papel se volcan las paredes, de modo que las cuatro paredes quedan hacia los cuatro lados del piso, formando una cruz, que es muy fácilmente verificable, y que proporciona datos que pueden ser importantísimos para la investigación. Pero esta inspección ocular tiene realmente valor, sólo cuando es oportuna. Debe hacérsela

inmediatamente. Quién debe hacerla?. Dice el Código Penal Argentino, Art. 184: **“Los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones”**: Recibir denuncias; cuidar que los rastros materiales que hubieren quedado del delito se mantengan, etc. **“Cuarto: Si hubiera peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de la persona, de las cosas y de los lugares mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la Policía Científica”**. También es atribución de la policía argentina, **“aprehender a los presuntos culpables en los casos, y forma que este código autoriza, y disponer si incomunicación, cuando incurran los requisitos del Artículo 205, por un término máximo de seis horas, que no podrá prolongarse por ningún motivo sin orden judicial”**.

En el Ecuador el Artículo 70 del Código de Procedimiento Penal de 1.983, disponía que **“Si la infracción es de aquellas que, por su naturaleza, debe dejar vestigios, el Juez irá al lugar en que se la cometió para practicar el reconocimiento, acompañado de su secretario y de los peritos que deban intervenir”**; y la consecuencia era el retardo en la práctica de la diligencia, absolutamente inconveniente, porque los vestigios y las huellas se pierden aunque no sea nada más que por el paso del tiempo.

Con el Nuevo Código en vigencia desde Julio del 2.001, la situación mejoró. Dice el Artículo 92: **“Si la infracción es de aquellas que, por su naturaleza, produce resultados visibles o deja vestigios, el fiscal o la Policía Judicial irá al lugar en que se lo cometió para practicar el reconocimiento. El resultado, los vestigios, los objetos o los instrumentos de la infracción serán descritos y pasarán a custodia de la Policía Judicial. Si hay necesidad de pericia, se observarán además las reglas pertinentes”**.

## **EL ADN**

El adelanto científico que más importancia ha tenido en los últimos años en la posibilidad de la identificación de las personas, capítulo trascendente de la Criminalística, fue el descubrimiento del ADN.

Una pequeñísima gota de sangre de la víctima, aun impregnada en el reloj del victimario, que pasó desapercibida por éste, fue suficiente para descubrir un homicidio en Estados Unidos.

La biología molecular y el microscopio electrónico, hicieron posible que una pequeña cantidad de fluido corporal, o un resto biológico sea suficiente para descubrir el mapa genético individual que nos distingue a cada uno de los seres humanos y que es capaz de revelar la identidad y las relaciones de parentesco, con certeza absoluta.

En el organismo de los seres humanos existen más de diez millones de células, y en el núcleo de cada una están los cromosomas, descubiertos por Augusto Weisman (1.883), sustancias químicas que se presentan en forma de bastoncitos, y que contienen los genes, partículas milimétricas, que mantienen un orden lineal y constante, por pares, en forma de doble hélice, responsables de la transmisión hereditaria.

En 1.953 dos científicos Watson y Crick, galardonados con el premio Nóbel de medicina en 1.962, estudiando la estructura molecular descubrieron el ácido desoxirribonucleico (ADN), una macromolécula que se denomina nucleótido (compuesta de tres unidades: un azúcar, fosfatos y cuatro bases nitrógenadas) que contiene la información genética de todos los seres vivos.

**“En 1.956 Tjio y Levan Ford y Hamerston, determinaron que el número correcto de los cromosomas en el hombre era de 46. Cuarenta y cuatro llamados autosomas, y dos cromosomas sexuales, x x en la mujer y x y en el hombre”. (Chierre y Zammoni La Prueba de ADN).**

Se denomina genoma el conjunto de nucleótidos contenidos en el ADN; y en los seres humanos, el genoma contiene entre 50.000 y 100.000 bloques de diferentes formas, que varían de un individuo a otro pero son estables a lo largo de la vida. Por esto su importancia. El mapa genético determina, consecuentemente, la posición de dichos bloques y sirve como un medio de identificación más eficaz que el grupo sanguíneo o las huellas dactilares.

En **“LA PRUEBA DEL ADN”** de Primorosa Chierre y Eduardo Zammoni (Editorial Astrea. 2.001) se lee:

**“Sin lugar a dudas, la tecnología del ADN es la mayor contribución de este siglo a las investigaciones criminalísticas. Comienza con los trabajos de Ray White sobre la posibilidad de detectar variantes en el ADN humano, a las que se les dio el nombre de “polimorfismo de longitud de fragmentos de restricción”.**

**“A continuación Alec Jeffreys descubrió que en los genes humanos se hallaban presentes regiones de ADN que se repetían, a las que denominó “minisatélites” y donde cada individuo se diferenciaba de otro no sólo por el número de estas repeticiones sino también por su longitud”.**

**“La validez científica y estadística de las pruebas de ADN quedarán universalmente reconocidas, y se prevé que en un futuro cercano todos los países posiblemente acepten crear una base nacional de datos de ADN con fines identificatorios”.**

En algunos delitos entre cuyos vestigios se pueden encontrar restos biológicos, como sangre, semen, o cabellos, la posibilidad de identificar el ADN, abre unos horizontes insospechados para los fines de la criminalística.

## **NUESTRO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**

El Artículo 82 del C. De P. Penal en la actual vigencia, dice: **“Para la obtención de muestras de fluidos corporales y componentes orgánicos de una persona, se precisa de su consentimiento expreso, o del requerimiento del juez para que las proporcione, sin que pueda ser físicamente constreñida. Este requerimiento judicial procederá, a pedido del fiscal, solamente si por la naturaleza y circunstancias de la infracción, tales elementos de prueba fueren indispensables para evitar la incriminación de un inocente o la impunidad del delito”**.

Que abierta la posibilidad de que, si el imputado se niega, no podría realizarse un análisis de su ADN, pese al requerimiento judicial, y por muy importante que se la identificación.

Cuenca, (Ecuador) Abril del 2.003



# **ETICA Y DERECHO - DEMAGOGIA Y PEDANTERÍA**

Tarquino Orellana

Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Cuenca

Master en Derecho Administrativo por la Universidad del Azuay

Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la

Universidad del Azuay



Tracemos una oposición y paradoja analítica, tal el método, que nos permita discurrir por los senderos de la disputa entre ética, mundo del valor en el derecho y positivismo jurídico, dogmática o llamada “ciencia del derecho”. De una parte, miremos ese territorio de los llamados derechos naturales que prefieren una visión del derecho que reconoce ese mundo propio de la justicia con independencia de los ordenamientos jurídicos concretos. El derecho así comprendido es una idealización orientadora, guía de la actividad jurídica, aspiración de realización pero también condición de su posibilidad, pues el derecho como norma sólo existe en relación a un concepto, a una idea, a una sustantividad del derecho en cuanto tal. De otra parte, el realismo jurídico, la mayoría de las veces empírico y artesanal, siempre pragmático, ante las evidencias históricas y culturales o en ignorancia de ellas, acepta y se somete a la realidad existente, esta fangosa y terrenal, única realidad posible. En esta esfera, el derecho no cuenta con otras armas ni instrumentos que los que cada sociedad con sus costumbres establecidas y sus poderes estatuidos dispone el lugar en el que se impone una técnica, siempre tardía, de reconocimiento y validación. Así, el derecho no es más que el mundo positivo de la juridicidad.

Trazada la antinomia, aparentemente insuperable, tenemos de una parte, con un caduco aire platónico, el llamado que invoca por la justicia y los valores, que hace de la doctrina jurídica un discurso complaciente, muchas veces pedante, subordinado e instrumental, pues el valor es un recurso de justificación a posteriori, ilustrativo de la norma. En el mejor de los casos, el valor se encuentra en el proceso formador de la norma, el valor es propio de la política pero no del derecho en su actividad concreta, heurística y argumental.

De modo concomitante, la estrechez gramatical, técnica y formal, por la que el derecho, aparentemente prescinde, renuncia y se realiza con independencia de las valoraciones, falso lugar en el

que el derecho es, supuestamente, mera aplicación de las normas. La práctica jurídica encuentra sus límites en los errores de aplicación, mientras que la discusión y argumentación por los valores, por la racionalidad ética de la práctica jurídica, es colocada fuera del mundo del derecho o recurrido, únicamente, en su insuficiencia normativa. La pregunta por la equidad y los temores que genera muestran este no lugar, equívoco, peligroso, donde el derecho debe discurrir por los valores.

De manera artificial, como todo en el derecho, la técnica jurídica, en cada caso, incorpora como “fuentes” aquellos elementos cuya virtualidad teórica incomoda al trabajo profesional y práctico.

Entonces el recurso a la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina y los llamados valores fundamentales y principios generales del derecho, adquieren de manera concreta, en cada legislación, su importancia y prioridad. Pero, como es obvio, no son los valores ni el discurso y argumentación ética la que se encuentra inscrita en el derecho como parte de su propia ratio; el derecho en su autosuficiencia normativa ha creado el recurso a los valores como solución última, como extremo al que sólo por carencia, es preciso recurrir.

No obstante, sin entrar todavía en el debate sobre la insuficiencia textual y la necesaria crítica a la legalidad formal bajo el modelo de ese artesanado empírico que se refugia y clausura en la gramática, evitando u ocultando la comprensión de los valores, es necesario reconocer que los argumentos sociológicos, antropológicos y económicos, desde luego los políticos, poco a poco y cotidianamente le restan legitimidad al discurso jurídico, convirtiendo a la razón jurídica en una técnica subordinada, instrumental, complaciente, apta para justificar, en nombre de la ley, cualquier forma de poder o de enunciación del valor. No se trata desde luego, sólo de un problema de transdisciplinariedad o interdisciplinariedad, necesaria y posible; se trata de preguntar por la racionalidad del hacer jurídico que, aparentemente, se conforma

en una autonomía propia alejada de los valores. Al positivismo jurídico que identifica el derecho con la ley, es legítimo interrogarle, inquirirle por su lógica valorativa.

Desde diversas perspectivas, se evidencia la necesidad de restituir los valores, de incorporar al debate jurídico ese mundo, la mayoría de las veces, conservador e hipócrita, eufemístico, de la moralidad y la ética en el derecho. Se pregunta y afirma entonces por la necesidad de reintroducir la ética al derecho. A esta consigna, todavía ideológica, peligrosa en su ignorancia o fatalmente demagógica cuando se habla de valores sin conocerlos o se recurre a ellos sin descubrir su racionalidad, es imprescindible, inquirirle en la racionalidad jurídica que puede aportar. Debemos pues preguntar de qué modo los valores son propios de la racionalidad jurídica, o como parece hasta el momento, el derecho en su autosuficiencia debe prescindir de ellos.

La ciencia pura del derecho, tal como propusiera Kelsen, si bien no desconoce los valores, los coloca fuera del mundo de la juridicidad. El derecho se resuelve por sí mismo en la dogmática de su construcción positiva, mientras que la ética, la filosofía, las valoraciones son ajenas al derecho, para cuyo orden de conocimiento, importan las preguntas por la vigencia y validez de la norma; es más, la propia interrogación por la eficacia normativa se desenvuelve en una temática sociológica, mientras que las valoraciones, el ideal del derecho, los valores que se encierran o encubren en la norma, son excluidos, poco a poco olvidados, ajenos a la razón sustantiva del argumentar jurídico.

La temática de los derechos fundamentales, traídos al seno de la cotidianidad jurídica por los nuevos desarrollos constitucionales, nos invita y convoca a discurrir y argumentar sobre esta tradicional disputa filosófica que está urgida de una necesaria fundamentación jurídica. Consideramos que el enfrentamiento de esta polémica permite volver a trazar un horizonte por el cual el derecho, en su realidad activa incorpore la dimensión de los valores; sólo así, el discurso ético dejará de ser considerado como una ratio distinta de

la lógica del derecho. La reintroducción de la ética en el derecho supone desde luego superar esa dimensión apologética y justificatoria que la doctrina elabora como argumento de fundamentación de la norma, pero que desde luego no puede agotarse en la norma; supone también, desestimar tal práctica apologética que hace de la ética una dimensión y disciplina discursiva que no se interesa por el poder. Unir poder y derecho, ética y violencia legítima, proponemos, nos coloca en un debate que permite tratar al derecho de cara a la ética y el poder en el entramado de sus valoraciones, evitando el escapismo de la legalidad formal o de la apología autocomplaciente y consoladora de la ética.

**Derecho natural y derecho positivo.-** Reconocido el mundo del derecho en esa tensión entre socialidad natural que se identifica con el supuesto de derechos naturales y sociedad civil, orden creado y garantizado por el Estado, resulta pertinente hacernos cargo de esta paradoja para construir el horizonte de la racionalidad propia del derecho dentro del Estado constituido el mismo como producto y artefacto de la operación jurídica.

La comprensión iusnaturalista tiene como supuesto el reconocimiento de unos derechos naturales, universales, iguales para todos los hombres por el sólo hecho de ser hombres. El hombre comprendido como género es la condición de un derecho universal que por lo tanto en su renuncia a la historicidad presupone el ideal prepolítico de una socialidad natural, pues a los derechos naturales les corresponde la existencia de una sociedad natural. Sin embargo, la doctrina de los derechos naturales exhibe en sí misma la contradictoriedad de los diversos supuestos de la universalidad, pues, por ejemplo, sí para unos corresponde a la naturaleza de los hombres el derecho a la propiedad, para otros, la sociedad natural es en esencia comunitaria y desconoce la existencia de la propiedad privada, razón por la cual, como sostuviera Bakunin, “la propiedad es un robo”.

Rousseau ya se había percatado de las desavenencias entre los distintos filósofos del derecho natural: “No sin sorpresa y sin asombro se confirma el poco acuerdo que reina sobre esta importante materia entre los autores que la tratan. Entre los más serios escritores apenas se encuentran dos o tres que comparten el mismo concepto” (Discurso sobre el Origen y Fundamento de la Desigualdad de Condiciones entre los Hombres). Las diferencias de argumentación para llegar a definir qué son y sobre todo cuáles son tales derechos nos confronta con una diversidad de concepciones que hacen de tales argumentaciones, como bien advertía Kant, un torneo metafísico donde vence el que primero ataca.

Más allá de esta constatación empírica que en la contemporaneidad globalizada se ha vuelto mucho más evidente, pues no sólo que es imprescindible incorporar la dimensión histórica para el juicio que podamos hacer sobre las distintas instituciones jurídicas, sino que, y en esto radica la verdadera problemática que debemos tratar, al interior de cada Estado, el supuesto de una nación es lo que precisamente se pierde, tanto que resurgen los localismos, las diferencias culturales, étnicas, espaciales y temporales que el derecho es impelido a regular, por lo que los axiomas de la universalidad y generalidad son necesariamente discutidas y disputadas, obligando a un reconocimiento de las particularidades y diversidades para las necesarias disquisiciones en el orden jurídico. Por lo mismo, vale la pena hacer alusión con respecto a la temática planteada, a dos problemas sobre los que es preciso asumir una clara definición jurídica.

La teoría del derecho natural si bien puede ser disputada, la vinculación que ella traza con los temas de orden ético en tanto obliga a confrontar y discurrir en la oposición entre **derecho y justicia, ley y derecho**, tiene plena actualidad, aunque ya no estemos dispuestos a aceptar ni sostener la existencia de derechos naturales. En efecto, sólo una teoría de la justicia, esto es del reconocimiento de unos históricos y políticos horizontes del valor

que orienten el ordenamiento jurídico, el reconocimiento de unos valores de justicia como condición del hacer jurídico, nos obligan a salir o trazan un entorno de la argumentación no sometida a la esclavitud de la norma expresa.

De otra parte, es imprescindible tener en cuenta la historicidad que ha construido el Estado de Derecho y concretamente la incorporación que los llamados derechos naturales han recibido en la legislación positiva. El reconocimiento de los llamados derechos civiles, los derechos de orden social, culturales, de grupo e incluso esos generales y difusos, han construido el mayor y más extendido sistema de derechos y valores que, adquiriendo una dimensión internacional, se constituyen en el referente de juridicidad de mayor contenido universal. No obstante esta extensión, amplitud y reconocimiento no ha corrido paralelo a un desarrollo doctrinal adecuado, pues, pese a los desarrollos de las ciencias sociales y la propia disquisición filosófica, en el mundo de la discusión jurídica, tales temas, no han logrado sortear o independizarse de la teoría matriz de la que son origen, la teoría de los derechos naturales.

La temática planteada nos confronta en la reflexión jurídica con la necesidad de reconstruir una racionalidad que dé cuenta de estos dos momentos, sin que podamos conformarnos con aquellas declaraciones eufemísticas y de validación y legitimidad que apenas se sustentan en el énfasis de la tradición y la autoridad. Se trata de resolver la tensión que se ha creado entre idealidad y realidad, por una parte, esto es, recuperar la dimensión de la discusión ética en el derecho; y, por otro lado, hacernos cargo de los axiomas de universalidad y generalidad formal sobre el que se ha construido la lógica jurídica, sin que por ello perdamos de vista el necesario tratamiento de las particularidades y diversidades.

Frente a la noción ideal del derecho que ha desarrollado la tesis de la existencia de un derecho natural, el derecho en su pretensión de cientificidad ha elaborado su propia y precisa lógica que se resuelve normativamente como **derecho positivo**. Incluso

quienes sostienen la existencia de un derecho natural o lo defienden, con respecto a la validez de una norma, deben remitirse y necesariamente preguntar por su validez formal, su vigencia como derecho positivo. Aunque podamos estimar que una norma vigente pueda ser injusta, lo que importa es preguntarnos por su validez. En este sentido, la teoría antinómica, opuesta a la del derecho natural hace recaer la temática jurídica en el estudio de la validez de las normas, la cual es formal y no ideal. Lo ordenado normativamente termina identificándose con lo justo, la ley se identifica con el derecho. En esta dimensión reflexiva, el discurrir ético es ajeno al derecho o se encuentra en el proceso de formación de la norma, en el trabajo político de su hacer. Los temas del valor justicia corresponden a la ética, los de la validez de la norma son de la órbita jurídica, la voluntad constituyente de la norma, sólo en lo formal se la identifica con el derecho siendo su realidad propia de orden político. Es en estos sentidos de búsqueda y de autofundamentación gnoseológica que el derecho se independiza de la ética y ésta de la política, que también sólo en su formalidad, el proceso de formación de la norma, guarda relación con el derecho.

El surgimiento del Estado de Derecho, más allá de las disquisiciones teóricas sobre su origen, se funda precisamente en este evento radical de creación de un orden, del surgimiento por lo tanto de un derecho positivo que crea el mismo Estado como ente ordenado en el derecho y confundido con él en tanto instituye la ley positiva como orden y el Estado como orden subordinado al Derecho positivo.

Ahora bien, si no existe otro criterio para decidir sobre lo justo por fuerza de la voluntad ordenada como derecho positivo, respaldado por la fuerza que el mismo derecho crea en el Estado, vale decir como justicia ordenada como derecho, como libertad organizada como Ley, no existe otro derecho sino el derecho de la ley ordenada como fuerza, pues es la fuerza ordenadora del Estado el que crea el derecho y este derecho, el del más fuerte, es el único derecho válido. En este orden de ideas, la conformación de un horizonte de reflexión jurídica y no moral, permite reconocer como

la ley válida la que surge de un orden formal creado por el mismo Estado organizado como derecho. **Derecho y Estado se confunden e identifican, Justicia y Ley se integran. La lógica de la validez termina siendo la de la fuerza ordenada y ordenadora del Estado, por lo tanto, reducción del derecho a la positividad formal legitimada en la fuerza del estado: reducción de justicia a ley, ley a fuerza ordenada en el Estado.**

Si bien a la teoría de la positividad jurídica pueden seguirse oponiendo los criterios de la ética, el orden creado por el derecho positivo sigue siendo el único referente de validez y por lo tanto de justicia real. Si bien es posible también oponerle al positivismo las tesis del realismo sociológico del derecho que interroga por la pertinencia, conveniencia, beneficio social, preferencia y oportunidad de las normas, incorporando al debate jurídico criterios que compiten con los principios de generalidad y universalidad, aportando en necesarias interrogaciones sobre la pertinencia y conveniencia de las normas, la razón de ser de la juridicidad no puede todavía desentenderse del entramado conceptual de la validez positiva, de suerte que, en el mejor de los casos, como el derecho social lo ha conseguido, se incorpora al desarrollo jurídico una legislación que construye regulaciones y normas de interpretación y de preferencia social. De este modo, más allá de las incoherencias doctrinales que se disputan entre el derecho clásico y el derecho llamado social, para la búsqueda y legitimidad de esta eficacia normativa, es preciso incorporar la legitimación positiva como sustento de esta direccionalidad. La legítima discusión por la eficacia y el realismo jurídico tiene consecuencias doctrinarias y positivas en el ordenamiento jurídico, resultando que es sólo el ordenamiento positivo y la lógica de la validez la que crea y mantiene el espacio propio de la racionalidad jurídica y su independencia gnoseológica.

Con respecto a los derechos llamados fundamentales y el llamado derecho social, la doctrina jurídica afirma dogmáticamente la unidad del derecho, pero de hecho las diferencias que cada uno de éstos ámbitos ha definido, promueve la construcción de regiones

independientes con lógicas propias para cada una de estas ramas del derecho, de suerte que la unidad que los mantiene no es más que ser desde luego derechos, pero su ratio, en cada caso, es diferente. Los derechos fundamentales se reconocen en su ámbito orientador genérico declarativo, que sólo encuentran concreción en la realidad positiva de modo que su cielo se mantiene allí, en esa región lumínica de valores pero que encuentran su onto propio solamente en la legislación positiva. El derecho constitucional y el derecho político que se ha hecho cargo de esta temática, en los últimos años, avanzan hacia un reconocimiento de esta región como necesitada de una positivización garantista, de amparo y tutela que permita el ejercicio de estos mismos derechos. Este es un ámbito nuevo de la reflexión jurídica que merece una mayor profundidad doctrinal que pueda aportar a tratar la paradoja que hemos denunciado. Los derechos sociales reconocidos en su lógica han separado un ámbito de la juridicidad con principios preferenciales en la interpretación positiva, incorporando al mismo tiempo la dimensión responsable del Estado; sin embargo el derecho social ha permanecido anclado en un debate proteccionista, compasivo y complaciente sin que se haya hecho cargo de la realidad jurídica política en su conjunto. El derecho social independizado como región autónoma contribuye a sostener la paradoja entre derecho formal y reivindicación social, de tal manera que el derecho social aparece como zona de demandas e institucionalización o formalización de las exigencias sociales, derecho reivindicativo y lastimero. La sociologización del derecho no ha sido posible pero la demagogia, la demanda de compasión o el chantaje de las acciones de hecho, se institucionalizan como práctica reconocida en el derecho positivo, practicas pues legítimas pero no fundamentadas en una racionalidad articulada del derecho.

En síntesis, para mostrar a un nivel gnoseológico las oposiciones que hemos señalado, encontramos en el derecho constitucional un cielo de valores, una ética ajena al derecho en su positividad con lo cual se reproduce el discurso apologético y justificatorio, una región argumental y discursiva en el que el

mundo de los valores, la ética es todavía extraña al derecho y fundamentalmente no da cuenta de su relación con el poder. De su parte, el derecho social o sociológico de las demandas o el derecho derivado en conveniencia y oportunidad, construye de su lado la otra cara de la demagogia jurídica, la que prefiere el rostro de la queja y el desamparo en oposición al discurso edificante y complaciente, el consuelo hipócrita de los valores. No obstante, estos extremos se juntan, pues la positividad jurídica, en ambos casos, recurre a un discurso justificatorio y apologético, a una argumentación que no ingresa en la ratio propia del derecho o que no traza los canales por los cuales la juridicidad dialogue con la ética o la sociología.

### **El derecho constitucional o los valores en la positividad.-**

La problemática, sin embargo, subsiste; la ética, la política, se mantienen ajenas al derecho. El mejor recurso que la propia evolución jurídica ha ido decantando nos coloca de cara con el derecho constitucional, región en donde los valores se declaran y proclaman y que, supuestamente, se realizan de modo efectivo a través de la legislación positiva.

En la historia del derecho constitucional, para los fines de nuestra argumentación, podemos reconocer dos momentos: el primero que bien podemos llamar dogmático por el privilegio que se otorga a la declaración de valores, y el segundo en curso, de la búsqueda del realismo jurídico a través del reconocimiento de mecanismos que permiten la reclamación, el ejercicio directo de protección de los derechos consagrados constitucionalmente. Hasta el momento esta evolución ha desarrollado el ejercicio constitucional garantista, tutelar, y la creación de instrumentos orgánicos y procesales que permitan su ejercicio; sin embargo esta evolución no ha avanzado lo suficiente como para trazar el vínculo de racionalidad jurídica entre el valor constitucional y la legislación positiva, pues desde el horizonte que la pirámide constitucional construye hasta el suelo empírico de la concreción normativa, se traza un mundo en donde el valor ocupa una región lumínica justificatoria, apologética de la norma, no ilustrativa, argumentativa

de su comprensión. La hermenéutica jurídica no se ha constitucionalizado, no ha introyectado el valor en su ratio gnoseológica. Valiéndonos del icono y metáfora psicoanalítica en la que el iceberg (la pirámide) viaja exhibiendo una luz pequeña sobre la superficie llamada el consciente, mientras el cuerpo de la pirámide permanece escondida, sumida en la oscuridad del inconsciente; la pirámide jurídica a través del derecho positivo se aleja del horizonte del valor, haciendo que la literalidad de la norma, el cuerpo normativo positivo construya el inconsciente de los valores, su ignorancia y abandono en beneficio de la extensión formal. La literalidad de la norma, en su ignorancia y descuido del valor ha dejado el valor y los valores como discurso apologético o justificatorio, doctrina y pedantería jurídica, adorno y oropel de una práctica rutinaria y vulgar, donde el derecho es supuestamente aplicación de normas, ni siquiera interpretación de ellas, trabajo burdo de burócratas que no tienen otra cultura que la de los amarillentos códigos.

Reintroducir el valor dentro del derecho, desde nuestra perspectiva, implica destruir la imagen de la pirámide y construir una ratio argumental por la cual el derecho sólo se esclarece en la disputa ya no de aplicación de normas, sino en un torneo normativo, argumentativo de valores. Constitucionalizar el derecho implica un giro gnoseológico radical que abandona la gramática, la sintáctica de la norma para hacernos cargo del derecho en su dimensión semiótica. La vieja disputa dogmática de la claridad de la expresión, de la interpretación válida o auténtica del derecho cuyo significado último supone una visión en la que el derecho precede a la interpretación y cuyo ejercicio consiste exclusivamente en la actividad de aplicación, de búsqueda de la norma, del precepto aplicable al caso, debe ceder a una tarea comprensiva, a una ratio semiótica que decanta el valor, que no busca una norma sino que crea el derecho con los instrumentos normativos.

La analítica tradicional del derecho nos conduce en una relación por la cual cada hecho busque la norma en la cual cabe su

justificación, explicación y exigibilidad. En esta dirección las normas exigen una generalidad que agrupe o reúna en un conjunto cerrado los hechos en los que cada acontecimiento y acto caben. A cada hecho le corresponde una norma y normatizar o legislar significa atrapar la realidad y secuestrarla en la norma. Así, entonces es lógica una discusión por encontrar la norma aplicable a cada hecho y la elucidación hermenéutica que discurre por la interpretación auténtica de la norma como forma aplicable a ciertos hechos.

La propuesta de Constitucionalizar el derecho, supone un giro epistemológico, que se sustenta en el reconocimiento de que los valores del poder constituido y en acto constituyente se encuentran en el texto positivo de la ley fundamental, que sólo esos valores son el referente y el horizonte de su búsqueda de realización a través del amplio cuerpo normativo, cuya unidad, coherencia, racionalidad sólo se descubre y discurre constitucionalmente, que por lo tanto, debemos en este ejercicio, obligar a que el argumento jurídico no sea el del argumento de una ley que nos protege sino de un valor que se realiza, de un derecho que se produce y argumenta, que se impone en ese referente constitucional. Sobre esta base de reflexión, constitucionalizar el mundo del derecho, significará, por lo menos lo siguiente:

Reconocer en el derecho constitucional la ratio valorativa del derecho que informa el contenido general del derecho que no se reduce a su cuerpo normativo. El derecho no son sólo las normas y la doctrina o la jurisprudencia no constituyen otras fuentes secundarias del derecho. El derecho es un cuerpo total en función de los valores legitimados como poder constituido y en proceso de constitución en tanto el derecho es la razón democrática en su realización.

Los valores positivizados en la Constitución se realizan a través de la legislación secundaria que sólo encuentra sentido en una lectura constitucional, de realización valorativa de la norma. El derecho positivo no constituye la región empírica del derecho

con respecto a una región valorativa en la que encuentra justificación. Al contrario, la región positiva sólo encuentra racionalidad en el mundo constitucional legitimado de los valores. La norma no constituye un valor por sí misma sino sólo en relación a un conjunto valorativo-normativo general.

Constitucionalizar el derecho para hacernos cargo de los valores en su tensión de realización concreta, implica el abandono de esa conceptualización del derecho como técnica heurística de aplicación adecuada de normas. El derecho no es más un juego de ensayo, error y obligación de interpretar y aplicar unas normas. El derecho es, sin eufemismos ni ocultamientos, un torneo comprensivo de valores que no se esconden en las normas sino que se explicitan y argumentan con ellas. No se trata pues de aplicar normas sino de realizar valores. El valor no puede seguir ocultándose. La realidad del poder es un acto comprensivo del derecho.

La ciencia del derecho no será más la caduca y anacrónica tarea heurística reveladora del valor o el espíritu escondido en la norma. El derecho es una hermenéutica no interpretativa sino comprensiva de sentido. El derecho es un acto comprensivo, realizador y creador de valores, no revelador de ellos. La racionalidad jurídica es una con la racionalidad del poder constituido y constituyente a través de las realizaciones del derecho.

La analítica jurídica no es de hechos aplicables a normas sino de valores al encuentro de hechos. No se trata pues de encontrar la norma a la que se ajuste un hecho sino de valores en el que encuentren explicación, justificación, justicia, los hechos.

No existe relación hecho norma sino valor hecho, por lo que la ratio jurídica es inevitablemente argumental, discursiva, decantadora de valores en tensión y disputa. Valores en juego de explicitación, valor que se denuncia como interés en el nivel del hecho y que se encuentra como valor a través de la argumentación jurídica que se realiza con normas concebidas como valores. No

hecho norma, sino valor que incorpora el hecho o los hechos en el cuerpo general valorativo del derecho.

Razón jurídica no como juego de aplicación de normas sino como torneo de realización de valores. Razón jurídica que es en cada caso creadora de derecho o legitimación de valores, contrariamente al juego hipócrita que estatuye poderes en nombre de normas aplicables a hechos. El hecho no se legitima en la norma, ni el valor se condensa solamente en norma. El valor se realiza como hecho y las normas son instrumentales de valores.

Seguridad jurídica que no surge de la rigidez de la norma sino de la realización de los valores. Seguridad que se construye en principios de racionalidad argumentativa incorporados al debate jurídico, contraria a esa seguridad falsa y artificiosa que construye el poder en nombre del respeto a un principio de autoridad, la mayoría de las veces absurdo, condensado como jurisprudencia. La jurisprudencia es de argumentos no de fórmulas fáciles de aplicación que aportan a la pereza mental de los juzgadores.

Razón jurídica que por lo tanto incorpora la politicidad, el poder a su ratio argumental, razón jurídica que discute abiertamente sobre la conveniencia y oportunidad de realización de unos valores en tensión y disputa con otros, razón que se disputa como responsabilidad comprensiva de actualización y vitalidad del Estado de Derecho, no como mera práctica profesional, subordinada a cualquier interés o demanda.

# **BREVES REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCION POLITICA DEL ECUADOR Y LA ETICA JUDICIAL**

Guillermo Ochoa Andrade

Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Cuenca  
Diplomado en Derecho Constitucional por las Universidades de  
Cuenca y San Francisco de Quito  
Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la  
Universidad del Azuay



La Constitución Política, como cuerpo legal, se halla constituida por normas; y, estas son, en suma, reglas de conducta a las que debe someter el individuo sus actos. Por lo que, dichas normas son de varias clases: morales, religiosas, *jurídicas*, usos y costumbres sociales, profesionales, y, hasta de la moda. En consecuencia, el individuo guía su conducta en base a los lineamientos que le indica la norma; y, en el caso que nos ocupa, la norma constitucional que la vida de un Estado y, por lo mismo, no puede suceder lo que en el campo natural, como lo señala Fernando Savater que: “Cada animal parece saber perfectamente lo que es bueno y lo que es malo para él, sin discusiones y dudas. No hay animales malos ni buenos en la naturaleza” (1).

Sin que sea nuestra intención, cubrir en este enfoque, las diversas posiciones sobre la ética, tan solo, por vía de conocimiento, mencionaremos que se la clasifica en cuatro grupos: Ética empírica, Ética de bienes, Ética formal y Ética valorativa; siendo de destacar que no siempre es posible establecer una separación nítida y precisa entre estas categorías; por lo que, para fines de nuestro estudio, enfocaremos a la ética como un solo concepto que refleja la realización de los valores de la personalidad; es decir, el perfeccionamiento de la personas considerada como una entidad ética ideal que tienda a la realización de valores transpersonales, mirando el orden social; como nos lo enseña el Doctor Carlos Larreátegui (2).

No son pocas las obras que, hasta el presente, han sido escritas en nuestro País acerca de la ética judicial. Contamos ya con monografías, folletos e innumerables artículos publicados en ediciones científicas y populares; como intervenciones en distintas conferencias no solo de juristas, sino también de trabajadores u operadores de los órganos relacionados con la administración de justicia – El Colegio de Abogados del Azuay ha puesto especial énfasis en el tratamiento del tema de la ética y ha organizado varios

eventos – Sin embargo, a pesar de la historia anterior del desarrollo de la ética judicial, la investigación científica de sus problemas, no hace mas que comenzar. Hasta el presente subsisten muchos aspectos polémicos en asuntos tan importantes de la ética judicial, como son su objeto, su sistema, las cualidades morales del jurista, la valoración moral de los métodos utilizados para aplicar la ley, y más.

En este estudio, dado el espacio, intentaremos enfocar únicamente algunas normas contenidas en la Constitución Política del Ecuador y que, encierra un profundo contenido ético y, en el caso ético – judicial. En este contexto mencionamos desde la seguridad jurídica (Art. 23 Nral. 26) como garantía fundamental para el progreso social al contar con inversión segura, sin temor a que una actuación judicial pueda dejar sin efecto o entredicho, sobre todo, la aplicación correcta de la norma en casos similares o, apartándose de su real sentido; hasta el derecho al debido proceso y, a una justicia sin dilaciones (Art. 23 Nral. 27) que es una garantía que se viene tratando de poner en práctica conforme a lo estatuido y ateniéndose a una depuración procesal y al seguimiento, en el ejercicio profesional por parte de jueces y magistrados, a los profesionales del derecho; y es que, mal se puede hablar de una ética judicial cuando no se da su observancia por parte del abogado en libre ejercicio.

El debido proceso, cuya jerarquía y calidad orgánica ha sido declarada por el Congreso Nacional, tiene por objeto asegurar la eficacia de las normas constitucionales, en especial de los derechos y garantías establecidos a favor de las personas. Si bien, como se ha visto, esta ley exige ser reformada; sin embargo, hasta el momento, viene cumpliendo su papel de viabilizar los reclamos ciudadanos ante los órganos del poder. Como todo cuerpo jurídico, deberá irse puliendo en el avance científico.

Para asegurar el debido proceso, a más del cumplimiento de las normas procesales, se debe acatar el ámbito constitucional predeterminado en las leyes, los instrumentos internacionales, las

leyes o la jurisprudencia; de tal manera que, lo estatuido en los 17 numerales que nos trae el Art. 24 de la Constitución, entre otras normas, sea observado estrictamente para que, tenga vigencia, entre otros, el principio de legalidad (Nral. 1) o, el que manda la aplicación de la sanción menos rigurosa aún con efecto retroactivo (Nral. 2); debiendo tenerse presente además, la proporcionalidad entre infracciones y sanciones (Nral. 3); siendo obligación el dar a conocer al detenido, de manera previa, las razones de su detención; hasta llegar a invalidar sus declaraciones, si éstas fueren receptadas sin la presencia de un abogado defensor (Nrals. 4-5); pudiéndose viabilizar como máximo una detención de hasta 24 horas sin formula de juicio (Nral. 6); debiendo presumirse la inocencia de toda persona si no ha mediado sentencia en firme (Nral. 7). Siendo de relieves la responsabilidad judicial cuando la prisión preventiva supere los 6 meses (Nral. 8).

Y así, todos los derechos civiles que continúa manifestando el Art. 24 son fuentes ricas de estudio para la ética judicial. Hemos reseñado algunos derechos y, retomando los hilos de nuestro trabajo vemos que, en esta época, la ética judicial se ha transferido a la administración de justicia en cuanto a función. Debiendo el funcionario ser movido “desde dentro”, por decirlo así, por una exigencia moral profesional y por sus propias virtudes interpersonales y privadas, no cayendo en el conformismo y el marasmo espiritual que son, dicho sea de paso, los más peligrosos enemigos de esta ética institucionalizada. Deben pues, auto exigirse éticamente y conservar despierto el espíritu de lucha, de iniciativa y de entusiasmo, como lo diría José Luis Arangueren (3). Son pues, entre otras, las razones fundamentales que expresan la necesidad de cultivar y expresar la ética judicial en bien del individuo. Es cierto que esta tarea se ha intentado con frecuencia en el pasado y en forma muy diversa, por estadistas, políticos, filósofos y el propio colectivo. Pero a pesar de haberse escrito tanto en relación con los derechos humanos; y mucho más , con lo que se ha dicho a cerca de la ética, sorprende ver la escasez de los

trabajos en los que se relacionan concretamente ambos conceptos, como en el atinente a la ética judicial.

Consideramos que, las iniciativas que se viene dando de parte de los Centros de Estudio Superior, en cuanto tiene que ver con el estudio de los derechos humanos y los derechos fundamentales de la persona, vendrán a abrir las puertas de un amplio abanico de conocimientos y estudio que hasta hace poco no se producía en las universidades. Por iniciativa de la Asociación de Facultades de Jurisprudencia del Ecuador, se desarrolló el Diplomado Superior en Derechos Humanos y Derechos Fundamentales; siendo que, por su importancia académica que, revistió la excelencia docente, brindará magníficos resultados y, nos atrevemos a pensar que, en lo posterior deberá hablarse de los derechos humanos antes y después del desarrollo de este importante post grado en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca.

Concluyendo diremos que, cada uno de los derechos civiles o fundamentales que genera nuestra Constitución de por sí son tema de análisis y estudio; sin embargo los límites del trabajo nos imponen un conocimiento general y reflexiones muy generales sobre tópicos precisos que, reiteramos, con el tiempo, deberán ser temas de estudio y análisis más detenidos.

### **Bibliografía:**

ETICA PARA AMADOR; Ediciones Ariel, 3era. Edición, pág. 23, marzo del 2000;

PRINCIPIOS DE ETICA SOCIAL, pág. 10., Editorial Universitaria, Quito – Ecuador, 1958.

ETICA Y POLITICA, Ediciones Orbis S.A., Biblioteca y política, economía y sociología, pág. 168, 1986.

# **LA INSCRIPCIÓN Y LA POSESION**

Homero Moscoso Jaramillo

Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Cuenca

Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la

Universidad del Azuay



Desde que fui estudiante de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca, me he preocupado por tratar de comprender el verdadero significado de algunas de las normas que contiene nuestro Código Civil sobre la posesión y sobre la tradición de bienes inmuebles; concretamente aquéllas que se refieren a lo que muchos estudios denominan “la posesión inscrita” (artículos 758, 762, 763 y 764 del Código Civil).

Creo haber solucionado de alguna manera mi problema, con la lectura del mensaje emitido por el Presidente de la República de Chile, Don Manuel Montt, al poner en consideración del Congreso el proyecto de Código Civil redactado por Don Andrés Bello, para su aprobación. Gran parte de este mensaje, que en definitiva es una síntesis muy bien lograda del contenido del Código, se refiere precisamente a la incorporación de la inscripción en el Registro de la Propiedad (Registro del Conservador en Chile), como mecanismo de perfeccionamiento y materialización de la tradición de los derechos sobre bienes inmuebles. Para mi modo de ver, es innegable la intervención de Don Andrés Bello, en la elaboración del aludido mensaje; pues únicamente el redactor del proyecto de Código, pudo haber logrado en tan pocas líneas, dar a entender el propósito de un cuerpo de leyes de tanta trascendencia.

Para facilitar mi exposición, voy a permitirme transcribir el mensaje del Presidente Montt, en lo referente a la parte relacionada con el tema de este pequeño trabajo:

...”En cuanto al dominio, uso y goce de los bienes, se han introducido novedades que tienen a importantes y benéficos resultados. Según el proyecto que os presento, la tradición del dominio de bienes raíces y de los demás derechos reales constituidos en ellos, menos los de servidumbre, deberá hacerse por

inscripción en un registro semejante al que ahora existe de hipotecas y censos que se refundirá en él. Se trata, en efecto, de una nueva fusión del régimen hipotecario asociando dos objetos que tienen entre sí un enlace íntimo, o que, por mejor decir, se incluye uno en otro: dar una completa publicidad a las hipotecas y poner a vista de todos el estado de las fortunas que consisten en posesiones territoriales.

En cuanto a lo primero, puede decirse que no se ha hecho más que llevar a su complemento las disposiciones de las leyes de 31 de octubre de 1845, y 25 de octubre de 1854, y dar su verdadero nombre al orden de cosas creado por la segunda. En virtud del artículo 15 de ésta, las hipotecas especiales prefieren a las legales de cualquier fecha, las cuales excluyéndose unas a otras según las fechas de sus causas, prefieren solamente a lo créditos quirografarios. Desde que entre nosotros la hipoteca legal, ni impedía al deudor enajenar parte alguna de sus bienes, ni era dado perseguirla contra terceros poseedores, dejó verdaderamente de ser un *peño* y por consiguiente una hipoteca. Lo único que en cierto modo justificaba este título, era la circunstancia de concurrir con las hipotecas especiales. Abolida esta prerrogativa por el citado artículo 15, la denominación era del todo impropia. Ha parecido, pues, conveniente suprimirla. No se conoce en este proyecto otra especie de hipoteca que la antes llamada *especial*, y ahora simplemente *hipoteca*. Por lo demás los que gozaban del beneficio de la hipoteca legal se hallan exactamente en la situación en que los colocó la ley de 25 de octubre.

En cuanto a poner a la vista de todos el estado de las fortunas territoriales, el arbitrio más sencillo era hacer obligatoria la inscripción de todas las enajenaciones de bienes raíces, incluso las transmisiones hereditarias de ellos, las adjudicaciones y la constitución de todo derecho real en ellos. Exceptuáronse los de servidumbres prediales, por no haber parecido de bastante importancia.

La transferencia y transmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición; y la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna. La inscripción es la que da la posesión real efectiva; y mientras ella no se cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee: es un mero tenedor. Como el Registro Conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión más pública, más solemne, más indisputable, que la inscripción. En algunas legislaciones la inscripción es una garantía, no sólo de la posesión, sino de la propiedad; mas para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos; y claro está que no era posible obtener este resultado, sino por medio de providencias compulsivas, que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales, y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración.

No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la prescripción competente. Pero como no sólo los actos entre vivos sino las transmisiones hereditarias están sujetas respeto a los bienes raíces a la solemnidad de esta inscripción, todos los referidos a bienes, a no ser los pertenecientes a personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarán inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontrastable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar desde luego, sin que para ello

sea necesario apelar a medidas odiosas, que producirían un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial.

Son patentes los beneficios que se deberían a este orden de cosas; la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que *inscripción, posesión y propiedad* serían términos idénticos; la propiedad territorial de toda la República a la vista de todos, en un cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamente sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas; la hipoteca cimentada sobre base sólida; el crédito territorial vigorizado y susceptible de movilizarse.

La institución de que acabo de hablaros se aproxima a lo que de tiempo atrás ha existido en varios estados de Alemania y que otras naciones civilizadas aspiran actualmente a imitar. Sus buenos efectos han sido ampliamente demostrados por la experiencia.

Acerca de la posesión, se ha creído conveniente adoptar una nomenclatura menos embarazosa y ambigua que la que al presente existe. Toda posesión es esencialmente caracterizada por la realidad o la apariencia del dominio; no es poseedor de una finca sino el que la tiene como suya, sea que se halle materialmente en su poder, o en poder de otro que le reconoce como dueño de ella. Pero como los derechos reales son varios, el que no es poseedor del dominio, puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre. El usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir, no inviste ni real ni ostensiblemente el dominio de ella; posee sólo el usufructo de ella, que es un derecho real y por consiguiente susceptible de posesión. Pero el arrendatario de una finca nada posee, no goza más que de una acción personal para la conservación de los derechos que le ha conferido el contrato.

El que a nombre ajeno posee, no es más que un representante del verdadero poseedor, ni inviste más que la simple tenencia. Así los términos *posesión civil*, *posesión natural*, son desconocidos en el proyecto que os someto; las palabras posesión y tenencias contrastan siempre en él; la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno. Pero la posesión puede ser *regular o irregular*: aquella adquirida sin violencia, ni clandestinidad, con justo título y buena fe; la segunda sin alguno de estos requisitos. Toda posesión es amparada por la ley; pero sólo la posesión regular pone al poseedor en el camino de la prescripción adquisitiva. Tal es el sistema de proyecto; sus definiciones señalan límites precisos a cada una de las dos especies de posesión, conservando siempre un y otra el carácter genérico que consiste en la investidura de un derecho real”...

Cuando se logró la independencia de las colonias españolas en América, en la cual es innegable la intervención activa de los terratenientes criollos; éstos impusieron la condición del respeto al *uti possidetis*; no podía ser de otra manera, lo contrario hubiese puesto en peligro sus derechos otorgados por la corona española.

El proyecto de Código Civil redactado por Don Andrés Bello, tiene como uno de sus objetivos fundamentales en los que a la propiedad inmobiliaria se refiere, establece un sistema que brinde seguridad a los derechos sobre esta clase de bienes y al mismo tiempo introducir un sistema de control del estado sobre ellos.

Una solución quizá completamente simplista hubiese sido un sistema en el cual se imponga en forma forzosa la inscripción de títulos de dominio otorgados por el Rey de España, en los registros de la propiedad (en Chile registros conservatorios), determinando un plazo para ello, una vez vigente el Código Civil.

Sin embargo, en la práctica, esta idea no hubiere prosperado; aún más los beneficiarios de las concesiones territoriales

preexistentes otorgadas por la corona, que precisamente estaban integrado el Congreso araucano, podían constituirse en opositores al sistema de inscripción, lo cual significaba un serio peligro para que el proyecto de Código consiga convertirse en derecho positivo.

Es esta para mí, la razón por la cual en el mensaje se manifiesta que la inscripción tiene como objetivo legalizar la posesión, cuando es innegable que la conformidad con la disposición en detalle, la inscripción está concebida en relación al dominio.

Vale resaltar la genial mentalidad de Bello, que logró la aprobación de su proyecto en base a esta argucia. No podía ni siquiera en principio regularse una eventual pérdida de la propiedad otorgada por la monarquía, si no se cumplía con la inscripción; pero en cambio, se otorgó grandes privilegios a la propiedad inscrita: no podía perderse jamás la posesión; pues para ello era necesario que se cancele la inscripción, “sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor por título inscrito transfiere su derecho a otro, o por decisión judicial. Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella, ni da fin a la posesión existente” (artículo 762 del Código Civil Ecuatoriano; artículo 728 del Código Civil Chileno)

En armonía con lo anotado, el proyecto de Bello, reguló la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, únicamente con relación a los inmuebles no inscritos. Los inmuebles inscritos, se convertían en bienes imprescriptibles; lo cual significa indudablemente que la inscripción tal como se la concibió en el proyecto de Bello, estaba estructurada para otorgar un derecho superior al conferido por los títulos reales.

Es precisamente por ello que “si alguno dándose por dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título

no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde” (artículo 763 del Código Civil Ecuatoriano; artículo 729 del Código Civil Chileno).

Es clarísima la idea de los gestores del Código civil, de presionar la inscripción, sin que aparezca ni siquiera sombra de un posible menoscabo a los derechos adquiridos durante la colonia; sino más bien confiriendo prerrogativa fabulosas a quienes se allanaban a ella.

La introducción de la inscripción de la propiedad inmobiliaria constituyó uno de los objetivos fundamentales para la puesta en vigencia del Código Civil, para que llegue el momento en el que inscripción, posesión y propiedad, guarden total armonía.

Para facilitar la generalización de la inscripción, se estableció la disposición que consta en el artículo 693 del Código Civil Chileno y en el artículo 728 del Código Civil Ecuatoriano, que determinan el mecanismo para la inscripción de la transferencia de dominio de los inmuebles sin inscripción anterior, en base a la publicidad mediante avisos. Este mecanismo sirvió indiscutiblemente para que los titulares de la propiedad inmobiliaria conferida por el Rey, ni siquiera vieran menoscabado su derecho para una eventual transferencia; pero es innegable que en el caso de que ella opere, se habría introducido al sistema de inscripción del dominio a favor del adquirente.

No puedo terminar esta breve exposición, sin manifestar, acorde con lo que ya he expresado en múltiples ocasiones, que en el caso de nuestro país, las disposiciones que hacen referencia a la llamada “posesión inscrita”, (artículos 758, 762, 763 y 764 del Código Civil), fueron derogadas en forma tácita, en el año 1956, cuando se reformó sustancialmente la prescripción adquisitiva extraordinaria, al permitirse que ésta proceda en contra de título inscrito; es decir, cuando en el Ecuador, los inmuebles inscritos

fueron inmiscuidos dentro del campo de acción de la prescripción adquisitiva.

# **IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO**

Juan Morales Ordóñez

Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Cuenca

DCS. Teoría General del Derecho

Universidad de Ginebra - Suiza

Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la

Universidad del Azuay



El Derecho es el producto de la reflexión y creación intelectual del ser humano, que desde sus orígenes no ha sufrido cortes o rupturas. Desde siempre han existido normas de cumplimiento obligatorio para las personas. No existe un período, así como tampoco una sociedad que haya funcionado sin normas jurídicas. “Ubi societas, ibi jus”. Debemos manifestar en este momento que la juridicidad de la norma durante la evolución del ser humano, se ha definido y se define por la obligatoriedad legítima de su cumplimiento.

La norma jurídica se encuentra siempre estrechamente ligada con conceptos religiosos y morales. Sería impropio afirmar que las primitivas normas no eran jurídicas por su estrecha relación y confusión con lo religioso y lo mítico. Sería también impropio afirmar que hoy el Derecho se encuentra ascépticamente aislado de instancias humanas como el mito, la creencia, la fe, la dogmática, a las que la civilización recurre para explicar su vida, su pasado, su futuro, el mundo. El Derecho tiene una estrecha relación con toda la naturaleza humana, que está conformada también por elementos diferentes a la racionalidad pura.

Probablemente el Derecho es el resultado más espectacular y depurado que ha producido el intelecto humano en el campo de las Ciencias Sociales... determina las conductas del hombre frente a sus semejantes, frente a la naturaleza. La actividad humana en todos los aspectos se encuentra definida y determinada por el Derecho. Todas las situaciones por las cuales transita la vida humana, han sido tomadas por el Derecho, para definir las jurídicas. En ocasiones se considera a ese conjunto vital para dejarlo fuera de la definición jurídica, y, en otras se lo define como jurídico. En definitiva si es que algo queda fuera del Derecho, se

debe a una decisión del sistema. En realidad no está fuera, tiene un tratamiento específico.

Temas que tienen que ver con lo emotivo, con lo sentimental, con lo espiritual, son también encaminados y encauzados, autorizados o prohibidos por el sistema jurídico. Esta acción jurídica, esta constante creación intelectual que representa el Derecho, es “natural” en la especie humana. La normativa jurídica está presente en todos los campos de la vida individual y colectiva.

Las ciencias que estudian al hombre y a su entorno en sus diferentes facetas, han servido y sirven como materia prima, que le permiten y exigen al Derecho, perfeccionarse, cambiar y transformarse. Los avances científicos en Biología, Cibernética, Física, o en cualquier otra rama del conocimiento racional, tienen necesariamente que ser considerados por el sistema jurídico, para adaptar la normativa a lo que se define en esos campos, a los conceptos que rigen en cada época. El entendimiento y comprensión racional del alma humana, que se da a través de la Psicología y la Psiquiatría, debe también insertarse en lo jurídico. Inclusive lo que escapa al conocimiento racional, merece una consideración jurídica. Analicemos el tratamiento que en nuestro País el Derecho da a las diferentes culturas de las diversas etnias que conforman nuestra nacionalidad. El sistema jurídico protege la cosmovisión propia de cada uno de los pueblos aborígenes. Cosmovisión que en muchos aspectos difiere radicalmente de la concepción racionalista de occidente. Así, aspectos como la curación de enfermedades, el tratamiento que se da a los muertos, el culto a divinidades, y otros, son también tomados por el Derecho y definidos jurídicamente.

Podría pensarse en la determinación casi inobjetable de las ciencias sobre la normativa jurídica. Los avances en Biología, Física, influyen al Derecho. Los descubrimientos tecnológicos condicionan la vida de las sociedades, y, por supuesto determinan

el contenido del Derecho. A los juristas les corresponde tomar las afirmaciones que vienen del mundo social y científico, para llevarlas a la categoría de conceptos jurídicos, sin que exista injerencia alguna por parte del Derecho, puesto que estas afirmaciones, son el producto de un conocimiento profundo en cada materia, que no se encuentra, ni tiene por qué encontrarse en el mundo jurídico. Este punto de vista es sostenido por muchos pensadores.

Pero, también podría analizarse el cómo el Derecho procesa los conocimientos que se generan en los diferentes ámbitos de la creación y del pensamiento humano. El sistema jurídico tiene una racionalidad propia, está conformado por una serie de dogmas igualmente fundamentales, y maneja una metodología que de la misma manera le es intrínseca. Esta afirmación, de que cuando hablamos del Derecho, hablamos de un sistema formado y unívoco, nos lleva también a comprender que las determinaciones de la conducta social e individual que se van dando a través del Derecho, son siempre influenciadas por la lógica jurídica, por el método y por el razonamiento que impera en el ordenamiento del Derecho.

La Teoría General del Derecho, estudia precisamente los aspectos metodológicos que guían la creación, la aplicación y la ejecución de la norma jurídica. El jurista debe manejar todos los elementos del sistema jurídico. Una disposición aislada, un artículo legal de un determinado Código, no puede por sí sólo resolver un problema jurídico. Constituye únicamente un elemento más del sistema, se encuentra inexorablemente relacionado con otras instancias que le permitieron ser. Es necesario que el Abogado, que el Jurista, comprenda el sistema en el cual se encuentra esa disposición, los principios que la fundamentan, la lógica que se utiliza, el razonamiento que impera, las instituciones y conceptos que lo conforman y que están siendo protegidos; y, las técnicas y métodos que se utilizan para su aplicación y ejecución.

Sería una equivocación lamentable afirmar que en Derecho se piensa y se razona como en otros ámbitos del conocimiento. En cada espacio conceptual existe y se desarrolla una forma específica de reflexión y creación. El sentido común es una afirmación general. En Derecho el sentido común tiene vigencia parcial. Tiene vigencia total el sentido jurídico. Con un ejemplo podremos explicarnos de mejor manera. Cuando una persona muere se extingue su vida física. El sentido común podría decirnos que hasta allí se llegó. El Derecho crea la ficción de la continuación de la personalidad hasta tanto se resuelvan todos los asuntos patrimoniales del que falleció. Y, esta ficción prima. Se ha insertado ya en la comprensión general de estos casos. El sentido común se ha enriquecido con la ficción, creación intelectual pura, de los juristas.

El Abogado debe tener una comprensión global del Derecho. Al igual que en otras ciencias no se puede estudiar las partes sin antes conocer el sistema en general, en Derecho no se puede desvincular ninguna disposición legal o jurídica, del todo, del sistema en el que se encuentra.

La Teoría General del Derecho estudia los elementos del Derecho (lamento la redundancia, pero es necesaria). En este momento la pregunta fundamental ¿qué es el Derecho? se impone. Las definiciones son múltiples. Cada una responde a un elaborado pensamiento, a una posición teórica que pretende explicar al ser humano en sociedad. Miles de libros se han escrito, se escriben y se seguirán escribiendo sobre el tema. ¿Quién tiene razón? No lo sabemos. Todas las corrientes tienen elementos importantes.

Pensamos sin embargo que el planteamiento teórico que sostiene que el Derecho es el conjunto de normas de conducta que determinan el accionar de los individuos en sociedad, amparado por la fuerza legítima, es el adecuado. Para el estudio de esas normas el enfoque metodológico debe ser el de la tridimensionalidad. El

Derecho como creación humana que es, está conformado por **el valor** que se intenta proteger y que sustenta la determinación de la conducta; por **el hecho**, que se encuentra en lo natural y en lo social, es decir en las relaciones del hombre con la naturaleza o en las relaciones interpersonales, que son los factores objetivos que el sistema jurídico considera, para asumiéndolos, definirlos a nivel de Derecho; y, por **la norma** que es la manifestación última de la creación jurídica. La norma es el producto de un proceso. No es todo el Derecho. Toda la escuela de pensamiento positivista basó sus valiosas investigaciones en la afirmación de que el Derecho es la norma vigente. Con este enfoque dejamos de lado al proceso de gestación de lo jurídico, que es ineludible. Prescindir del hecho que posibilitó que la norma se dicte y entre en vigencia; y, omitir el sustento ético, desnaturaliza la esencia de lo jurídico.

Este enfoque es fundamental. El estudio del Derecho como un objeto de conocimiento específico, con sus características propias, permitirá que nos adentremos en lo que realmente constituye lo jurídico. Por la utilización de otros enfoques, el Derecho como tal, ha sido dejado de lado. Se manifiesta que se hace investigación jurídica, cuando en realidad se está haciendo un estudio sociológico, psicológico, económico, histórico, o meramente legal. En fin, perdemos de vista el objeto de estudio, porque no sabemos qué es. Esta puede ser una de las causas de la poca importancia que los profesionales del Derecho tenemos frente a nuestra propia realidad... el Derecho. Ciudadanos de todas las profesiones, o sin ninguna, son los que con “sentido común” elaboran las leyes. El resultado se encuentra en nuestros Códigos. ¿La culpa de quién es? ¿De ellos? usurpadores y advenedizos. No lo creo. La responsabilidad es nuestra. La culpa es del gremio de juristas. Nosotros hemos generado este estado de cosas. La ignorancia es nuestra... sobre todo.

Volvamos al objeto de estudio de la Teoría General del Derecho... el Derecho. El Derecho es simultáneamente norma,

hecho y valor. La Teoría General del Derecho aborda el análisis global de los tres elementos que conforman su objeto de estudio.

Los valores son tratados específicamente cuando hablamos de los Principios Generales del Derecho, tema que se constituye tradicionalmente en uno de los capítulos de la Teoría General. Se analizan las bases filosóficas, los principios éticos que sustentan valorativamente toda la estructura que se formará posteriormente. El Derecho tiene la particularidad de estar conformado por una instancia especulativa y por una instancia objetiva. La instancia especulativa tiene que ver con el mundo de los valores. La instancia objetiva tiene que ver con la positividad de la norma. La determinación jurídica de la conducta de los miembros de una comunidad necesariamente ha buscado siempre un sustento moral... el bien común, la seguridad, la certeza, el imperio de la justicia. Estas bases, estos pilares son fundamentales para lograr la justificación del ejercicio del Poder. No tratarlas equivaldría a un reconocimiento de que el Poder no requiere sustento teórico. Significaría la proclamación de que la fuerza determina la forma de conducción de las sociedades.

Adicionalmente, y de manera específica, el mundo de los valores jurídicos, es abordado por la Filosofía del Derecho, por la Axiología Jurídica.

El hecho social o natural es tratado cuando estudiamos los capítulos referentes a los Hechos y el Derecho; y, a los Hechos y Actos Jurídicos. El hecho social o natural es tomado por el sistema jurídico para definirlo a través de los Conceptos Jurídicos, otro capítulo de la Teoría General del Derecho.

La gran mayoría de los hechos y actos humanos son irrelevantes jurídicamente, pero circunstancialmente pueden convertirse en hechos y en actos jurídicos. Si se toma un objeto, si se ejecuta un movimiento, si se escriben unas palabras, si se habla,

no se incurre en una definición jurídica. Mas, si se toma o aprehende un objeto perdido, se genera la obligación jurídica de restituirlo; si el movimiento implica golpear a otra persona, se responde jurídicamente por las consecuencias. Se define a un hecho o un acto como jurídico cuando es necesario hacerlo para proteger intereses de cualquier índole. El sistema jurídico interviene y se “apropia” de ese hecho o acto, para definirlo en Derecho. Esa definición o conceptualización significa darle al hecho o acto en cuestión, las características del Derecho... bilateralidad, generalidad, imperatividad y coercitividad.

También el hecho social y el Derecho son estudiados específicamente por una importante rama de las Ciencias Sociales, la Sociología Jurídica.

Por fin, la norma como tal es estudiada cabalmente por la Teoría General del Derecho, en capítulos como Fuentes del Derecho, el Derecho en Sentido Subjetivo, Aplicación del Derecho. Hans Kelsen teórico austriaco, basó toda su filosofía jurídica y sus investigaciones en la norma. Derecho es únicamente aquel que rige efectivamente. La preocupación por su fundamentación es inconsistente con el verdadero enfoque científico. Los valores impiden asumir el objeto de estudio puramente, lo contaminan y lo encubren. Los valores deben ser estudiados por materias especulativas como la Filosofía y sus ramas. La norma positiva lo es todo. De ahí su obra maestra la Teoría Pura del Derecho, que tanto ha influenciado en el mundo de lo jurídico. El Positivismo en su expresión más radical se encuentra en el pensamiento del genial jurista.

El estudio de la teoría de las Fuentes del Derecho, permite que la aproximación a lo que es o puede ser jurídico sea claro. Olvidamos muy a menudo que la dogmática jurídica es consistente consigo misma. Si la violentamos con argumentos de diferente índole, estamos rompiendo el sistema, lo que genera incertidumbre,

inseguridad, desconcierto. Es Derecho aquella norma que ha emergido, que existe y rige, de acuerdo a una de las formas que plantea la teoría de las Fuentes del Derecho. Es Derecho lo legal, lo consuetudinario, las resoluciones judiciales, la doctrina. En cada una de las ramas del Derecho tiene vigencia una teoría sobre las Fuentes del Derecho. En lo civil, la ley es la fuente principal. En Derecho Internacional Público, los acuerdos o tratados internacionales. Pero siempre hablamos de los espacios por los cuales puede emerger la normativa jurídica. Todo aquello que se encuentre fuera, por definición está también fuera del Derecho. Este es el primer nivel de análisis de un jurista.

Los aspectos de la Técnica Jurídica son estudiados por la Teoría General. Lenguaje Jurídico, Lógica jurídica, Razonamiento Jurídico, Aplicación e Interpretación del Derecho. Todos estos capítulos, permiten que el estudiante de Derecho, que el Abogado de libre ejercicio, que el jurista, profundice en el campo de lo jurídico.

“Las palabras de la Ley se entenderán en su sentido natural y obvio, y no se desatenderá su sentido literal a pretexto de consultar su espíritu”, dice uno de los artículos de nuestro Código Civil. Esta es una afirmación de la dogmática jurídica. La Lingüística sostiene más bien que las palabras tienen, por definición, distintos significados, dependiendo del contexto en el que hayan sido utilizadas. Adicionalmente al lenguaje “natural” y obvio”, el propio sistema jurídico, define y determina los conceptos en el campo del Derecho. Un sin número de términos y expresiones son de uso común, pero han recibido su definición por el Derecho. Así... patrimonio, persona, domicilio, propietario, deudor, acreedor, matrimonio, divorcio, etc. El lenguaje jurídico ha sido y es la base ineludible para la formación del Derecho. Cada ciencia, cada rama del conocimiento, tiene un lenguaje propio. El Derecho también.

La Lógica Jurídica y el Razonamiento Jurídico son también instancias de estudio de la Teoría General. Los hechos y los actos son tomados por el sistema jurídico para ser definidos, logrando así normar las conductas para determinados fines. La conceptualización misma de cada institución debe ser tenida en cuenta cuando razonamos en Derecho. La linealidad de la lógica formal, no tiene sentido en nuestra materia. Nos encontramos más bien con un razonamiento dialéctico. Las verdades no son absolutas. Los puntos de vistas son naturalmente diferentes. Cada persona puede ver las cosas a su manera. La argumentación jurídica debe lograr que el punto de vista o criterio que se defiende, se imponga. Es un proceso que no termina. Se esgrime un criterio, existe otro diferente. Se resuelve por uno de los dos o quizás por otro que ni siquiera se visualizó inicialmente. Y, así, ad infinitum.

La Aplicación e Interpretación del Derecho, es también un capítulo específico de la Teoría General. Existe una dogmática que rige estas instancias. Las personas deben ir por los senderos previamente delimitados. Y, éstos, procedimientos en definitiva, obedecen también a la gran dogmática jurídica, que como ya lo hemos dicho varias veces, domina y controla la existencia del comportamiento social e individual.

El axioma de lo “completo del Derecho”, es fundamental. Todo lo que tenga que resolverse jurídicamente, tiene que hacérselo con los recursos del sistema. No existe, no puede existir situación alguna que escape a lo jurídico. El Juez no puede dejar de administrar justicia por la supuesta ausencia de norma positiva que resuelva el problema. Encontrará la solución acudiendo a los principios generales del Derecho, a las Fuentes del Derecho, y la aplicará a la situación concreta, respetando la Lógica Jurídica, y los procedimientos establecidos para la interpretación adecuada.

La Teoría General del Derecho, se constituye así en el enfoque macro, en el enfoque genérico de una materia riquísima en

contenido. La sofisticación del Derecho es el producto de una milenaria labor. Los hombres en todas las latitudes y en todas las épocas han trabajado intelectualmente sobre el problema de la regulación obligatoria de la conducta. En occidente el nivel de evolución en este aspecto es inmenso. Los Romanos dejaron su legado fundamental en lo jurídico. Europa occidental, especialmente, continuó por el camino trazado, y los pueblos “occidentalizados”, aportamos permanentemente para el mejoramiento del modelo inicial.

El entendimiento del papel de esta materia, lamentablemente dejada de lado en nuestro medio académico, legislativo y judicial, permitirá un desarrollo serio y con bases, de nuestro Derecho. El beneficio, obviamente será para la comunidad. Los Abogados estamos en la obligación de mejorar. Hagámoslo desde el interior de nuestra profesión. El Derecho es una maravillosa creación humana, que involucra todos los aspectos de la vida. El Derecho tiene identidad propia, apreciémosla. Probablemente nos deslumbrará.

# **Derechos Culturales y Globalización**

Andrés Abad Merchán

Dr. PhD. en Filosofía Aplicada a la Antropología por la  
Universidad de Lousiana EE.UU.

Director de la Escuela de Estudios Internacionales de la  
Universidad del Azuay.



“Soy como nuestros escultores: lo humano  
me satisface, pues allí encuentro todo,  
hasta lo eterno”.  
M. YOURCENAR,  
*Memorias de Adriano.*

*Natura deficit, fortuna mutatur, deus omnia cernit*<sup>119</sup>, habría expresado el emperador romano Adriano (76-138), con relación a la era en que vivió, y que la consideraba como un período de oro de la humanidad; sin embargo, para alcanzar ese espléndido espacio en la espiral de la historia, “la raza humana necesita quizás el baño de sangre y el pasaje periódico por la fosa fúnebre”, (Yourcenar, 1955: 145). Hoy, del mismo modo, vivimos tiempos de transición con sus innumerables dificultades humanas y sociales; y la aurora de la sociedad del conocimiento -cuyas múltiples dificultades rememoran las palabras de Adriano- nos enmarca en el análisis de la llamada globalización, como ciclo histórico.

El tema de la globalización nos lleva a pensar en un proceso de transformación de la historia con sus múltiples dimensiones: política, económica, ecológica, tecnológica y cultural, perfiles éstos que permiten delinear una tesis: *los tiempos actuales representan un período de transición en la evolución cultural del ser humano, por tanto de crisis, y la consolidación de los derechos culturales constituye un apoyo para la adaptación de las comunidades al cambio.*

Se discute y reflexiona sobre si la globalización, esa definición un tanto informe de lo que vivimos, es una ideología o un proceso. Para mirarla desde la perspectiva evolutiva, el enfoque apropiado es el de un complejo proceso que alumbra un escenario

---

<sup>119</sup> La naturaleza nos traiciona, la fortuna cambia, un dios mira las cosas desde lo alto.

de reordenamiento humano-social cuyas consideraciones iniciales llevan a un inevitable análisis crítico.

En efecto, Giddens (2000: 13 y s.), en *Un Mundo Desbocado*, objetiva algunas razones para pensar que la hora crucial en la que estamos viviendo responde a una transición histórica y escribe:

Es más, algunas de las tendencias que se suponía harían la vida más segura y predecible para nosotros, incluido el progreso de la ciencia y la tecnología, tienen a menudo el efecto contrario. Por ejemplo, el cambio climático global y sus riesgos inherentes resultan probablemente de nuestra intervención sobre el medio ambiente. (...) La globalización está reestructurando nuestros modos de vivir, y de forma profunda. Está dirigida por Occidente, lleva la fuerte impronta del poder político y económico estadounidense y es altamente desigual en sus consecuencias. (...) La globalización influye en la vida diaria tanto como en los acontecimientos que se suceden a escala mundial (...) En un mundo globalizado, donde se transmiten rutinariamente información e imágenes a lo largo del planeta, todos estamos en contacto regular con otros que piensan diferente y viven en forma distinta que nosotros. *Los cosmopolitas aceptan y abrazan esta complejidad cultural.* (La cursiva es nuestra).

Esta cita conduce a algunas precisiones de naturaleza crítica. En primer lugar, este “mundo desbocado” nos ha llevado, sin duda, a que se sobredimensione la importancia de la ciencia y la tecnología; si bien ellas han constituido un gran aporte para la humanidad, una suerte de deificación de sus logros en el presente solamente ha producido un efecto contrario en el planeta, el exceso de una razón instrumental ha dejado de lado la perspectiva sintética y sistémica de los fenómenos sociales y humanos.

En segundo, se ha superlativizado también la presencia de Occidente en el concierto de las ideas en el mundo; y bien sabemos que cualquier fundamentalismo es nefasto, la “religión del progreso” con la visión unilineal promovida por una sola sección del mundo es excluyente, deja de lado la riqueza cultural de otras partes importantes del globo. Es urgente, por tanto, divulgar la mentalidad cosmopolita que valore y proteja las distintas formas de “vivir juntos organizadamente”, que significa *cultura* en su acepción amplia y antropológica.

En tercera instancia, el irrespeto al medio ambiente, que sin ninguna duda constituye una de las más críticas situaciones que enfrenta el planeta, producto de una falta de conciencia de los seres humanos que creen que los recursos y la producción de la riqueza responden a un paradigma de crecimiento ilimitado e infinito. Craso error; la homeóstasis de la Tierra terminará reaccionando y equilibrará todas las inconsecuencias del sistema, con las fatales consecuencias para la humanidad.

Bien dice Giddens que para “bien o para mal nos vemos propulsados a un orden global que nadie comprende del todo, pero que hace que todos sintamos sus efectos”. Así, se presenta un circunstancia especial que debido a una falta de una decantación histórica se ha definido inicialmente el proceso de transición humano y social actual como globalización, aunque en Francia se haya adoptado *mondialisation*<sup>120</sup> y los alemanes expresen como *Globalisierung*. (cfr. Ibid: 20).

En contraste a los múltiples intentos de bautizar con consenso al proceso, sin embargo, no existe todavía, un claro panorama del mismo, pues se dice que tiene que ver con que todos vivimos ahora en “un mismo mundo”. Pero ¿cuál exactamente? ¿existen

---

<sup>120</sup> Por cierto, la UNESCO, que promueve discusiones sobre la globalización vista desde el Sur, fomenta la difusión del término mundialización, quizá para darle un tinte crítico al proceso.

múltiples opciones de ese mismo mundo? Por ello algunos críticos y escépticos expresan que todo este “escándalo” no es sino “mera palabrería”, pues las circunstancias, a la postre, no son diferentes de las que ha existido en períodos anteriores. Se ve, en suma, que la globalización es la sumatoria de varios procesos y no solo de uno: “La globalización es política, tecnológica y cultural, además de económica. Se ha visto influida, sobre todo, por cambios en los sistemas de comunicación, que datan únicamente de finales de los años sesenta” (Ibid: 23).

Edgar Montiel dice que “globalización y mundialización son conceptos en proceso de definir los ámbitos de la realidad que buscan expresar, más allá de las percepciones periodísticas, y que están en uso desde hace más de dos décadas en el ámbito público y académico. Estos conceptos representan, a la vez, un síntoma y una manifestación fundamental del cambio cultural, económico y tecnológico contemporáneos, constituyendo las principales imágenes de transformación del mundo de hoy”, (2001: 35).

Más aún, dentro de la dimensión de la cultura, el aparecimiento de la globalización ha traído consigo el resurgimiento de las identidades locales en todas las partes del orbe. Basta dar un vistazo general de la geopolítica mundial para ver que la mayoría de conflictos actuales se basa en este renacimiento de identidades; verbigracia, el movimiento separatista de Québec, el problema de Irlanda del Norte, el desenvolvimiento político de los Balcanes, el conflicto árabe- israelí, el movimiento de Chiapas en México, el rol de los indígenas en Ecuador, etc., etc. Parece ser que afloran algunas paradojas en la globalización, y entre ellas: los nacionalismos y las identidades brotan como reacción a las tendencias globalizadoras, a medida que el peso del estado-nación disminuye.

Guillermo de la Dehesa en su libro *Comprender la Globalización* (2000) ya advierte que el tema anotado despierta

fuertes emociones, de manera especial cuando dejamos al mercado que lo regule todo. Aparece entonces el término de la *globafobia*, que son actitudes radicales y críticas en contra del proceso mundial, y tuvo como ápice la cumbre de Seattle en 1999 con ocasión de la reunión para la Ronda del Milenio de la Organización Mundial del Comercio. La *globafobia* se ha difundido mucho en los últimos años y de manera particular -por la coyuntura del ALCA- en América Latina, como un movimiento antiglobalización con cierta fundamentación y no sin razón ante las amenazas que vive el Sur en el gran concierto de los mercados y la competitividad mundiales.

De la Dehesa tiene la visión de que “la globalización va a ser positiva, en su conjunto, para el crecimiento y la convergencia mundial, aunque sus costes y beneficios no van a estar distribuidos equitativamente. Existen ganadores y perdedores, como en todo proceso de cambio, aunque los primeros van a ser mucho mayores en número que los segundos” (2000: 13). Adicionalmente, se ve que ni la *globafilia* ni la *globafobia* se justifican bajo una concepción maniquea, es decir, de malo o bueno a secas. El proceso de cambio, por sí mismo, no es ni el causante de todos los males ni de fuente inagotable de todos los beneficios humanos.

Ahora bien, en el tema específico de la globalización cultural, el fenómeno se presenta ante la tendencia del mundo de integrar cada vez más sus economías, y las diferentes culturas se debaten entre mantenerse al margen de la corriente mundial con el objeto de conservar sus modos de vida o integrarse para acceder a los bienes y el progreso material que, se supone, afecta a los involucrados.

Quizá el error parte desde el inicio, por el hecho de pensar en dos opciones frías, sin posibilidades de mediación, puesto que sabemos que la riqueza de la diversidad cultural debe ser una opción viable para vivir la mundialización. La visión radical de los *globalifóbicos* plantean que la única manera de evitar la disolución

de las culturas es mantenerlas lejos de la influencia de Occidente, pues parten del precepto de que dos culturas no pueden convivir en un mismo territorio, no se trata de un “el tribalismo o la debacle” (Carrillo: 4, s/f).

Quienes se oponen a la armonización de las culturas temen con justificada razón que el mercado, además de cambiar los modos de ganarse la vida, uniforma las costumbres y los modos de vida (...) Pero la verdadera identidad del individuo no se puede perder al aprender y al crecer. Los conocimientos y la sabiduría de una cultura son acumulables y pueden ser mejorados. El conocimiento y la sabiduría de la cultura occidental no son las verdaderas amenazas para las otras culturas. El verdadero peligro tal vez está en adquirir los bienes de otra cultura sin haber aprendido a producirlos. Al fin de cuentas los individuos pueden enriquecerse de otra cultura o cambiar solo superficialmente. (Ibid: 4).

Desde otra mirada, para Juan Carlos Moneta, Secretario Permanente del Sela, la dimensión cultural constituye el eslabón perdido de la globalización, y glosa a García Canclini cuando dice que en “el campo cultural podría entenderse la globalización como el pasaje de identidades culturales tradicionales y modernas, de base territorial, a otras modernas y postmodernas, de carácter transterritorial” (1996: 1). Y añade que la dimensión cultural está ausente de la mayoría de los modelos de economía política y de relaciones internacionales que operan actualmente.

Se puede concluir, por tanto, que el proceso actual de globalización ha minimizado el componente cultural existiendo una tendencia homogeneizante cuyo motor fundamental es la economía de mercado. Es obvio que al estar las culturas involucradas en estado de emergencia, el propio ser humano lo está. De ahí que se hable *de humanizar la globalización* para hacer frente al “tramposo y excluyente mundo de la economía financiera”, o también se

mencione el concepto de *globalización desde abajo*. Converge aquí lo que se ha denominado como esa *otra mundialización posible*, esfuerzos que se han ido consolidando desde la reunión de Beijing y Río en los años noventa.

Cabe en este punto una digresión, para anotar que en el IV Encuentro del Corredor de las Ideas, promovido por el Mercosur y la UNESCO, (Trinidad, Paraguay, 14 de Julio de 2001) se redactó una declaración, muy interesante por cierto, de los intelectuales latinoamericanos por una *mundialización humanista*, en el que dice que además de los aspectos económicos y financieros del proceso de la mundialización, aparece también el ámbito simbólico. Pero advierte la declaración que ante el predominio de una concepción economicista de la cultura se nota que se imponen los modelos simbólicos fomentados desde las industrias de cultura de masas de los centros de poder. En respuesta a ello, proponen:

Pensar en un concepto multidimensional de mundialización, lo que significa incorporar con firmeza las dimensiones humanística, política, social, cultural y educativa a este proceso de integración mundial y así, insertarnos de forma constructiva y asertiva en el concierto mundial (...) Para ello instamos a todos los intelectuales del mundo a superar la pasividad o conformidad del medio académico en estos tiempos posmodernos, a fin de que se encaminen a promover la construcción de un *pensamiento fuerte* que sirva para dar nuevas respuestas a los problemas que nos plantea la mundialización con una actitud crítica y comprometida, *convencidos de que otro mundo es posible en este mundo, un mundo para todo el mundo.* (La cursiva es nuestra, cfr. Montiel, 2001: 20).

Siguiendo con el tema de la cultura, presente el fenómeno globalizador, tiene para Martín-Barbero -la identidad cultural- una connotación especial: “Hasta hace muy poco decir identidad era

hablar de raíces, de raigambre, territorio, y de tiempo largo, de memoria simbólicamente densa. De eso y solamente de eso estaba hecha la identidad. Pero decir identidad hoy implica también –si no queremos condenarla al limbo de una tradición desconectada de las mutaciones perceptivas y expresivas del presente- hablar de redes, y de flujos, de migraciones y movibilidades, de instantaneidad y desanclaje” (Martín-Barbero, 2002:2).

Algunos antropólogos ingleses se han interesado por este fenómeno e incluso, llegado a denominarlo como una cuestión de “raíces en movimiento” (*moving roots*). Aparece de esta reflexión, entonces, la idea de que la identidad no puede seguir siendo pensada como expresión de una sola cultura homogénea y distinguible, cuyo centro de unión recae en el monolingüismo y la uniterritorialidad, ni tampoco sólo en lo heterogéneo e indistinguible, con raigambre en el multilingüismo y transterritorialidad. Así se fragmenta la visión maniquea que en las Ciencias Sociales se expresaba desde la Antropología con su enfoque de lo *tradicional-autóctono* y desde la Sociología la visión de lo *moderno-universal*.

La identidad nacional se halla hoy doblemente desubicada: pues de un lado la globalización disminuye el peso de los territorios y los acontecimientos fundadores que telurizaban y esencializaban lo nacional, y de otro la revaloración de lo local redefine de la idea misma de nación. Mirada desde la cultura-mundo, la nacional aparece provinciana y cargada de lastres estatistas y paternalistas. Mirada desde la diversidad de las culturas locales, la nacional equivale a homogenización centralista y acartonamiento oficialista. (Ibid).

Para José Rodríguez Iturbe, la relación entre identidad y globalización es, por definición, compleja y plantea la reflexión de la unidad en la diversidad, y expresa que la “constatación del hecho del pluralismo cultural no puede servir de base para proclamar un

relativismo axiológico. Toda cultura merece respeto y puede considerarse legítima por el hecho de existir. La pluralidad de las culturas muestra las variadas formas de manifestación del *humanun* en las diferentes comunidades de personas”. Se trata de la búsqueda de una vía media que permita salirse del fundamentalismo del mercado y por tanto “reinsertar lo económico en lo humano y reconocer y aceptar la verdad sobre el hombre”; pues, en “medio del proceso de globalización, *la defensa de la identidad de los pueblos y naciones es un aporte fundamental, desde el genérico campo de la cultura, para recuperar la debida primacía de las personas sobre las cosas*”. (La cursiva es nuestra; 2002: 7, 15).

Para fomentar lo que se ha explicitado líneas arriba, tanto acerca de la emergencia de lo cultural cuanto a lo específico de la identidad, es preciso fortalecer las nuevas herramientas conceptuales de aplicabilidad cotidiana, que se han puesto en consideración de la humanidad, como son los llamados Derechos Culturales, y dentro de ellos cabe mencionar, la Declaración de la Diversidad Cultural promovida por la UNESCO, para fomentar la percepción de oportunidad de los fenómenos que surgen en este nuevo proceso histórico.

En efecto, la UNESCO en la resolución adoptada por la 31ª Sesión de la Conferencia General del 2 de noviembre de 2001 considerando que a pesar de que la globalización (mundialización) constituye un reto para la diversidad cultural crea “las condiciones de un diálogo renovado entre las culturas y las civilizaciones”, proclama los principios de la llamada Declaración de los Derechos Culturales, la misma que cuenta con cuatro títulos y doce artículos en total.

La Declaración constituye una expresión de visión estratégica en donde las aparentes amenazas son consideradas como oportunidades. Asistimos, dice Montiel, “a un replanteo

civilizatorio que nos afecta a todos. Una de las características más visibles y trascendentes de la mundialización la constituye el surgimiento de una cultura global inédita, de una magma pluricultural, generado por las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, que da lugar a nuevas dinámicas, procesos y escenarios culturales” (2001: 36).

El “considerando” de la Declaración es por demás explícito cuando dice que “el proceso de mundialización, facilitado por la rápida evolución de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, pese a constituir un reto para la diversidad cultural crea las condiciones de un diálogo renovado entre las culturas y las civilizaciones”. Los títulos de la Declaración se inspiran en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece el derecho al acceso a la propia cultura y al patrimonio cultural de los otros, y conciernen a los siguientes temas:

- a) Identidad, Diversidad y Pluralismo (arts. 1-3).
- b) Diversidad Cultural y Derechos Humanos (arts. 4-6).
- c) Diversidad Cultural y Creatividad (arts. 7-9).
- d) Diversidad Cultural y Solidaridad Internacional (arts. 10-12).

Los artículos del 1 al 3 que se refieren al primer título anotan que la diversidad cultural es tan importante para el ser humano como la diversidad biológica para los demás seres vivos; por otra parte, se reconoce la diversidad como patrimonio común de la humanidad. Se promueve, además, el pluralismo cultural como una respuesta política al hecho específico de la diversidad cultural, y ve a este último como un factor sustancial para el desarrollo.

El segundo título, que incluye los artículos del 4 al 6, interrelaciona la diversidad cultural con los derechos humanos, de manera especial supone el respeto de los derechos de las personas

que son parte de las minorías y de los pueblos autóctonos. Del mismo modo se reafirma la necesidad de respetar el derecho a una educación que respete su identidad cultural, y ésta asociada a la libertad de expresión como garante de la diversidad cultural.

Los artículos 7 a 8, se refieren al tercer título en el que se destaca que el patrimonio cultural –que debe ser preservado- es fuente de creatividad. Asimismo, los bienes y servicios culturales, que son portadores de identidad, deben tener un tratamiento especial y no asociarlos directamente como mercancías. Todo esto debe estar amparado en políticas culturales para de manera particular garantizar la libre circulación de las ideas y las obras.

Finalmente, el último título, que incluye los artículos 10, 11 y 12, expresa la necesidad de reforzar la cooperación y la solidaridad internacionales para el establecimiento de industrias culturales viables y competitivas. Toda vez que el mercado no puede por sí mismo garantizar la preservación de la diversidad cultural es necesario que se acuda al establecimiento de políticas públicas.

Diremos, para concluir, que la globalización de la cultura, que debe ser ordenada y coherente con el mundo multicultural de hoy, y requiere de un proceso de reflexión colectiva y solidaria de todos los países del planeta, con el objeto de rescatar el factor humano en esta época de transición. Debe enfatizar la gran riqueza que representa la diversidad cultural. Solo así se alcanzará, como dice un lema difundido por la Secretaria del Convenio Andrés Bello, un mundo con “diversidad de culturas pero con igualdad de derechos”.

## **Bibliografía.**

CARRILLO, Alberto, “Globalización Cultural”, en <http://www.hiperactivos.com/panoptico/txt000201.shtml>

- DE LA DEHESA, Guillermo, 2000, *Comprender la Globalización*, Madrid, Alianza Editorial.
- GIDDENS, Anthony, 2000, *Un Mundo Desbocado*, Madrid, Taurus.
- HELD, David y otros, 2001, *Transformaciones Globales*, México, Oxford University Press.
- ITURBE; José Rodríguez, 2002, *Globalización e Identidad Cultural*, Caracas, Universidad Monteávila, mimeo.
- MARTÍN-BARBERO, Jesús, 2002, “2001 Efectos, Globalismo y Pluralismo”, Montreal, Cololoque international, mimeo.
- MONETA, Juan Carlos, 1996, “La dimensión cultural: el eslabón perdido de la globalización, en [http://sela2.org/public\\_html...](http://sela2.org/public_html...)
- MONTIEL, Edgar y DE BOSIO, Beatriz (Editores), 2001, *Pensar la Globalización desde el Sur*, IV Corredor de la Ideas, Asunción, Unesco y otros.
- UNESCO, 2001, *Declaración Universal de la Unesco sobre Diversidad Cultural*.
- YOURCENAR, Marguerite, 1999 [1955], *Memorias de Adriano*, Barcelona, Editorial Planeta S.A.

# **¿Tiene relevancia el Derecho? La búsqueda de la olla de oro**

Juana Sotomayor Dávila

Doctora en Jurisprudencia de la Universidad del Azuay  
Master en Educación por la Universidad San Francisco de Quito  
Centro de Derechos Económicos y Sociales  
Quito - Ecuador



Parto de la noción de que el Derecho es relevante en la medida en que se somete al servicio de la Justicia y no a posibles trampas formales de la razón o estructuras sin espíritu de muchas leyes e instituciones. Parto también de reconocer que resultaría menos elocuente continuar estas reflexiones si no hubiera caído hace poco en un par de páginas de La olla de Oro. Así que, en realidad, he elegido hacer lo que muchos hacemos a la hora de escribir: tomar líneas de lecturas que nos han precedido con más rigor, solvencia y belleza, para saborearlas en conjunto y proponer un diálogo. La relevancia del Derecho es, entonces, el punto de partida, y Stephens el primer interlocutor.

Nada hay de sorprendente, sin embargo. Resulta que en mi experiencia personal, los libros rara vez llegan por casualidad. Así que este irlandés, James Stephens, contemporáneo y amigo de Joyce, llegó con su panteísmo y todo, precisamente cuando llevaba unos días dándole vueltas a la propuesta de Juan Morales: ¿tiene el Derecho relevancia?.

La mía era, como puede suponerse, una respuesta similar a una gota de mercurio - evidente y a la vez inasible: el Derecho es, en efecto, relevante en la medida en que sirva al bien supremo que persigue y que le dota de contenido, la justicia. Entonces surgía la pregunta de rigor ¿qué es hoy, para mí, la justicia? ¿cómo definirla? ¿cómo argumentarlo? Tengo ahora, para suerte de todos y todas, las palabras de Stephens:

*La justicia es el mantenimiento del equilibrio. La sangre de Caín debe clamar no por la boca del Vengador, sino por la de la Tierra apesadumbrada, que exige una reparación por haber perturbado su*

*conciencia. Toda justicia es, por tanto, un reajuste. Una conciencia frustrada tiene todo el derecho a reclamar ayuda, pero no castigo. Esto último sólo puede buscarlo el timorato y egotista Intelecto, que mira con desprecio la Tierra de la que ha nacido y a la que debe volver otra vez (...)*<sup>121</sup>

La justicia es pues, equilibrio, no castigo; y además no es equilibrio entre individuos-pares solamente (si por pares entendemos al victimario y al vengador), sino que, en su sentido más amplio, es la posibilidad de reparar y reajustar cuentas con la conciencia universal lastimada. Así pues, es la Justicia, el Bien Común, la Humanidad, esas mayúsculas sinónimas, a mi entender, de lo que Stephens llamó conciencia de la Tierra quienes son “resarcidos” cada vez que se *administra justicia* en un nivel individual o colectivo, y a quienes, en última instancia se debe una reparación. El reajuste de cuentas que nos devuelve el equilibrio, bien supremo.

Vista desde esta perspectiva, la Justicia está más allá de la dualidad lógica de acción-reacción: delito-pena/ víctima-victimario. De lo que se trata es, a mi entender actual, de un triángulo conceptual en que más allá de la reparación específica e individual de un daño también concreto y puntual, la justicia busca restablecer el equilibrio, reajustar cuentas, sanar su sustancia lastimada. El caso específico y su resolución sirven en tanto en cuanto el principio de lo justo haya sido nutrido y regenerado a partir de el daño.

Desde esta perspectiva, el Derecho es relevante en la medida en que posibilite y fortalezca esa búsqueda y restablecimiento del equilibrio, sin quedarse, por ejemplo, en la potencialmente simplista aplicación de la lógica procesal, o de mecanismos judiciales y

---

<sup>121</sup> Stephens, James. “La olla de oro”, 1912, Ediciones Siruela, 2da. Edición- español-1993, Madrid, p. 98

administrativos que se darían por satisfechos con formalidades injustas, o –aún peor- en el silencio y la inacción frente a actos injustos, ilegítimos, crueles. Dicho de otra forma, el Derecho debería conducirnos hasta el final del arcoiris: a descubrir la olla de la justicia, a aspirar y perseguir el ideal, sin vacilaciones y sin contentarnos con un plato de lentejas en la primera curva.

Aquí, como se habrán dado cuenta, he invitado a otro interlocutor –esta vez bíblico- que cambió su progenitura por lentejas: el bien supremo por el parche de corto plazo y dudosa legitimidad. Esta metáfora sigue pareciéndome poderosa a la hora de sostener el argumento por el cual la búsqueda de la Justicia va más allá de soluciones simplistas, de límites y silencios arbitrarios o de la defensa sumisa de la legalidad de hoy sobre la que se sustentan injusticias de siempre.

Creo que hasta este punto llegan las abstracciones. Miremos ahora la realidad, ya sea para ilustrar o para indignar.

Mientras se discuten reformas al Código Penal Mexicano<sup>122</sup>, que permitirían acumular penas por robo de partes de autos y del vehículo hasta un máximo de 15 años<sup>123</sup>, con una propuesta del ejecutivo para “atacar de manera integral el problema de la inseguridad pública”, más de 500 mujeres y niñas han sido desaparecidas, y alrededor de 300 violadas y asesinadas, por más de 10 años, en Ciudad Juárez, frontera norte y enorme ciudad maquiladora de la región, impunemente, sin investigación, sin medidas ni integrales, ni parciales, ni remotamente básicas para protegerlas, sin sospechosos, mucho menos presuntos culpables.

---

<sup>122</sup> He elegido estos ejemplos por su sincronía en el tiempo y su posibilidad de ilustrar, sin afán de ver en el otro- el hermano país de México- la paja y olvidar la viga en el nuestro.

<sup>123</sup> Diario La Jornada, México D.F., Martes 4 de Marzo, 2003, “Endurecer penas a delincuentes, demanda el GDF a legisladores”, pág. 39

En rigor jurídico, lo sabemos bien, un robo como una violación o un asesinato son delitos penalizados, sancionables, etc. En justicia ¿qué es más grave? ¿resulta más urgente crear los mecanismos para proteger un espejo cromado BMW o unos faros anti-niebla, que la vida de una niña que muere a los 5 años: violada, sin ojos, tirada en un desierto, o de más de 500 mujeres desaparecidas que salen de trabajar a las 2:00 de la mañana y deben recorrer alrededor de 14 kms. a pie por “el camino de la muerte” sin alumbrado público? ¿Estamos hablando de temas equiparables? ¿para qué sirve o debería servir el Derecho en estos casos? ¿cómo reajustar cuentas frente a muertes tan crueles, por un período tan largo? Frente a estas realidades, para la conciencia universal lastimada de la que hemos hablado y que exige restablecer su equilibrio, ¿hace falta legislar por un espejo?

Pues, lamentablemente, el Derecho en muchos de nuestros países parece haber elegido el plato de lentejas, y estar dedicado a encubrir una lógica perversa por la cual la protección de la propiedad privada de los que la tienen –que son una minoría cada vez más pequeña y más ávida- resulta mucho más urgente que proteger la vida y la dignidad de grandes grupos pobres, aislados, explotados, invisibilizados y discriminados.

¿Sería igual en México, en Ecuador, en Brasil, en Guatemala si las mujeres asesinadas en estos números y a través de estos mecanismos fueran universitarias de “primera clase, hijas de Don Pepito de los Palotes, bien vestidas, bonitas”, transitando tranquilas y custodiadas por las excesivamente iluminadas zonas rosas de las capitales?

Desafortunadamente no. Lo sabemos bien. 300 niñas, adolescentes y mujeres asesinadas, que viven en un desierto sin agua, sin letrinas, sin transporte público, sin escuelas, en casas de cartón cubiertas de cobijas para protegerse de las tormentas de arena o del frío, han dejado de ser vistas como personas por muchos, y se

convierten en seres anónimos, desechables, engranajes de la imparable industria maquiladora que produce con la misma despreciable mecánica de la Inglaterra de la revolución industrial. Valdría la pena releer Dickens, o los argumentos en contra del esclavismo y a favor de los derechos de los trabajadores, o el origen de mucho de lo que parecería haberse logrado con la discusión sobre derechos humanos, en fin. Valdría la pena invocar el arquetipo de la justicia con todo y su balanza para sopesar las cosas, para repensarlas.

Porque para que el Derecho tenga relevancia en Latinoamérica, a principios del S. XXI, hace falta abrir bien los ojos, mirar de frente y con coraje la realidad inequitativa, arbitraria y discriminatoria que nos rodea y elegir la indignación frente a la injusticia que nos permita actuar. Hace falta no olvidar el eje sobre el que giramos, el bien común, el equilibrio entre los que tienen demasiado y los que no tienen nada, entre los que han sido históricamente discriminados (ya sean niños, indígenas, mujeres, campesinos o los pobres de siempre) y los que han mantenido por generaciones ilimitados poderes económicos, políticos y sociales, con sus consiguientes inmunidades. Entre los que aún ahora pueden mandar arbitrariamente sobre la vida de otros y aquellos, los serviles, los lacayos que ejecutan sus órdenes, que esconden los verdaderos problemas entre bambalinas televisivas, que son incapaces de decir No! ante un acto, una ley, un silencio o una decisión injusta.

Porque hace falta que el Derecho recupere sus posibilidades combativas, su esencia original de regulador frente a los excesos egoístas e individualistas de unos sobre otros, las lógicas de la ganancia de ahorita – la explotación petrolera o maderera, por ejemplo- a costa del daño ambiental irremediable –la destrucción del bosque amazónico-. Y hace más falta aún que quienes compartimos la responsabilidad en esta profesión ya sea como abogados, jueces, profesores, estudiantes, legisladores, ciudadanos

nos dejemos de cobardías y simplificaciones. El fin último es la Justicia, el Bien Común, la olla de oro para todos y todas, no un vil plato de lentejas para tres o cuatro.

# **La Relevancia del Derecho**

Walter Velásquez Ramírez.  
Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia  
Universidad de Cuenca.



De las varias etapas que comprende la evolución humana, no es factible determinar en qué momento el derecho aparece, por lo menos como fenómeno. No es posible establecer siquiera un período determinado en cientos de miles de años dentro del cual podamos afirmar que se originó ese fenómeno jurídico.

Por lo pronto los científicos del derecho y los eruditos en la historia del derecho deben conformarse con la conclusión que ya habían sacado los romanos en su aforismo conocido de "ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi ius; ergo: ubi homo, ibi ius" ("Donde hay hombre hay sociedad; donde hay sociedad hay derecho; luego: donde hay hombre, hay derecho").<sup>124</sup>

El hombre es un ser naturalmente social, un animal político (Zoon Politikon) como tan certeramente expresara el maestro Aristóteles, entendiendo por político, la esencial relación del ser humano con sus semejantes de la ciudad (polis), Estado o Sociedad. Esta sociabilidad connatural al hombre, determina que necesariamente éste tenga que convivir con sus congéneres, de lo contrario perecería inmediatamente. Esta vida en comunidad hace que entre sus miembros componentes se engendren relaciones sociales de diversa índole (económicas, psicológicas, sociales, sexuales, afectivas, morales, religiosas, intelectuales, etc.), cuya complejidad y variedad están en razón directa con el grado de desarrollo y refinamiento del medio social.

Dichas relaciones sociales, debido a la tendencia egocéntrica del ser humano y a su natural desigualdad psicofísica individual, no pueden dejarse que actúen libre e ilimitadamente porque, en esas circunstancias de desorden y de ausencias de reglas coercitivas que todos los individuos asociados estén obligados a reconocer y

---

<sup>124</sup> IRIARTE, Carlos.

obedecer, los conflictos que se deriven del imperativo de satisfacer necesidades que inevitablemente se presentan entre los hombres (comida, vestido, salud, etc.), serían dirimidos, haciéndose éstos justicia por sí mismos, en forma antojadiza, irracional, parcializada y violenta, lesiva para las partes más débiles e ingenuas, lo que inexorablemente conduciría al grupo a una situación de caos ausente de toda autoridad y su consiguiente destrucción (anarquía), o a la implantación de un régimen político arbitrario, injusto, caprichoso, absoluto y omnímodo por parte del individuo más fuerte y dominante (despotismo).

De ahí que sea imprescindible reglamentar esas relaciones, encauzarlas científicamente hacia una meta de equidad y equilibrio sociales. Por ello, la actividad humana debe someterse a normas de conducta externa de obligatorio cumplimiento que conforman, precisamente, el llamado **DERECHO**; reglas éstas que, según su contenido de justicia, acercan más o menos al ideal de armonía y perfeccionamiento que insistentemente busca la comunidad.

No se puede concebir una colectividad humana sin una organización jurídica, lo mismo que una polis o un Estado que no se apoye en un principio de ordenamiento de derecho. Una agrupación de hombres que no esté sometidas a normas de conducta de obligatorio cumplimiento, es decir, a reglas jurídicas, no pasa de ser un montón de individuos que, por no estar unidos espiritual y materialmente por los mismos anhelos, esperanzas y necesidades y, sobre todo, por no estar obligados a seguir una línea de conducta común, pronto se anarquizaría determinando, por consiguiente, que los intereses divergentes y contrarios de los individuos choquen obligatoriamente por falta de racional encauzamiento, dando como único producto el aniquilamiento del grupo.

*El Derecho es, por tanto, el exclusivo e insustituible instrumento conocido hasta el presente de que se vale el grupo*

*social para conseguir sus fines y mantenerse a la justa distancia entre esos dos extremos negativos (anarquía y despotismo).*

Esta aspiración, junto con la implantación de la Justicia y la consiguiente armonía social, constituye la principal finalidad del Derecho. “Por su propia naturaleza, expresa al respecto Bodenheimer, el derecho es un término medio entre la anarquía y despotismo. Trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, enfrena el poder del gobierno”.

Pero si la Sociedad y el Estado se apoyan esencialmente en un cimiento estrictamente normativo de naturaleza jurídica, no quiere decir ello que primero haya existido la “norma” como base y sobre ella se hubieren levantado las estructuras colectivas y estatales. No, puesto que la Sociedad, el Estado (familia, ciudad, nación) y el Derecho, como otros fenómenos sociales (economía, moral, etc.), son coetáneos y correlativos. Nacieron a un mismo tiempo y se desarrollaron conjuntamente, conservando siempre la relación, la concomitancia y el paralelismo, en términos generales, correspondientes a su propia función determinada en el medio social.<sup>125</sup>

Partiendo de la existencia del hombre, a la que nadie puede dudar, pues tenemos de ella un conocimiento inmediato, es evidente que el hombre no vive solo, sino que se encuentra rodeado de otros hombres, razón por la cual, más que existir, el ser humano coexiste, y por eso la existencia es más propiamente una coexistencia, o si se quiere, una convivencia.

También es indudable que el hombre vive rodeado de cosas u objetos, con los cuales se pone en relación de alguna manera, y el Derecho es uno de los tantos objetos que encuentra el hombre en el

---

<sup>125</sup> GONZALEZ, Augusto. “Introducción al Derecho”. Pág. 9-10.

universo, es decir, una de las tantas cosas con las que tiene que vérselas.

Deducimos que el hombre es un ser social por naturaleza, razón por la cual vive en medio de sus semejantes, es decir, vive en sociedad. Ahora bien, impulsado naturalmente a la acción para satisfacer sus necesidades, encuentra el hombre en su camino a otros semejantes que luchan como él, por las mismas razones. Del choque inevitable de las múltiples conductas, surge la necesidad de abstenerse de ciertos hechos, so pena de provocar la reacción de los demás y de precipitarse en un verdadero caos, si cada uno hiciera lo que le viniera en gana. Se comprende así fácilmente, la absoluta necesidad de que la libertad de cada uno esté limitada por la libertad de los demás.

Resulta así necesaria una delimitación de las conductas posibles de los hombres, para asegurar un mínimo de orden que haga viable la convivencia y la prosecución de los fines humanos individuales y colectivos. Esta delimitación de lo lícito, lo obligatorio y lo prohibido, es la que establece el **DERECHO**, resultando de ella un cierto orden social, que será más o menos perfecto, más o menos justo, pero orden al fin y necesario para la coexistencia.

Debemos tener en cuenta que el Derecho moldea la vida humana, influido y contramoldeado a su vez, por el empuje arrollador de la sociedad, que avanza a pasos agigantados, no se detiene y obliga a que el Derecho avance juntamente.<sup>126</sup>

Deducimos entonces que cotidianamente nos estamos relacionando con nuestros semejantes para la consecución de fines comunes, la satisfacción de necesidades, el logro de metas inmediatas y mediatas, que en relación con determinados intereses,

---

<sup>126</sup> TORRE, Abelardo, "Introducción al Derecho". Décima Edición. Argentina. Pág. 31-41.

nos proponemos como seres inteligentes. Esos nexos que formamos entre los hombres se conocen como Relaciones Sociales.

Cada persona, tiene intereses que pueden ser contradictorios y pugnar con los de otros. Considerando los diferentes estamentos de una sociedad nos damos cuenta fácilmente que los intereses que tienen los empleadores son diferentes de los que tienen sus trabajadores; los propietarios tienen intereses distintos a sus inquilinos; los de los acreedores, son diversos de los deudores; son diferentes los de los comerciantes, con relación a los de los productores, etc.

***El DERECHO surgiría como un elemento de equilibrio entre esos intereses contrapuestos, y la manera de manifestarse es, mediante normas que señalen la conducta que debemos observar en nuestras relaciones sociales, bajo la amenaza de una sanción.***

Esas normas de Derecho o Jurídicas, entre nosotros, se expresan por leyes escritas. Todas esas leyes, recopiladas o no en Códigos, que están vigentes y regulan la conducta de las personas en un medio social determinado, constituyen el Derecho, llamado también Ordenamiento Jurídico, Sistema Normativo o Instituciones de Derecho.<sup>127</sup>

Caracterizando al Hombre, podemos señalar que está llamado a crecer y hacerse a sí mismo cada vez más perfecto. De por sí, cada ser humano es fruto del encuentro de dos miembros preexistentes de su especie, por la vía de la procreación. Lo que vale en lo biológico, vale igualmente en lo psicológico, en lo jurídico. Es únicamente mediante la relación con otros seres humanos que el Hombre se forma, progresivamente, como ser consciente.

---

<sup>127</sup> COELLAR, Max. “Teoría General del Negocio Jurídico”. Universidad de Cuenca.

Así, el proceso de comunicación interpersonal es constitutivo del Hombre. Este proceso es histórico, por cuanto se conforma por acontecimientos que se suceden en el tiempo, y los hechos que lo componen son intercambios, o sea modificaciones producidas por los actores, que afectan a éstos al mismo tiempo que al Medio Ambiente en que están inmersos. En la evolución personal de cada ser humano, estas relaciones son de fundamental importancia. Vienen a reforzar la propia fuerza evolutiva, para fomentar el desarrollo espiritual del Hombre. Sólo puede ser más relacionándose con los demás, recibiendo de ellos y entregándoles sus propios aportes creativos. Así, el enriquecimiento de la persona sólo es posible mediante mecanismos que permitan que todos compartan lo que vayan adquiriendo.

Hemos señalado la importancia, para cada Hombre, de la relación con sus semejantes. Esta índole social, característica e irrenunciable, lleva al Hombre a reunirse con otros Hombres en agrupaciones estatales y organizadas, más allá del núcleo primario (familia) necesario para asegurar la supervivencia de la especie. No podemos concebir a una sociedad sin reglas, sin un orden lógico, jurídico, que imponga coercitivamente normas de conducta, y haga viable la convivencia de todos.<sup>128</sup>

Para comprender la manera en la que interviene lo que llamamos Derecho en nuestra vida cotidiana, es importante recurrir a ejemplos sencillos de fácil comprensión, extraídos de diferentes situaciones que, aunque tienen trascendencia jurídica, casi nunca reparamos en ellas: subir a un autobús, comprar el periódico. Ante tales actos, podemos exigir que el autobús nos transporte a un lugar determinado, o adquirimos la propiedad del periódico y perdemos la del dinero que hemos pagado por él.

En otros casos el alcance jurídico de los hechos es aún más claro: nos quitan la billetera y acudimos a la comisaría de policía

---

<sup>128</sup> Revista LOGOS. Universidad La Salle, México. Número 40 1986. Pág. 13,14.

para que se inicie una actividad dirigida a descubrir al culpable y a que se le imponga la pena correspondiente; compramos un vehículo a plazos sabiendo que contraemos una deuda, y que si no cumplimos con ella seremos demandados ante los tribunales; nos imponen una multa por no detenernos en un semáforo en rojo...

Si de estos ejemplos, o de otros muchos queremos deducir cuál es su significado jurídico, no será difícil llegar a la siguiente consecuencia: en todos los casos expuestos podemos exigir de otros una conducta determinada, u otros nos la pueden exigir a nosotros. Pero para que esto sea posible, es preciso que exista un conjunto de normas o reglas establecidas en virtud de las cuales surja la posibilidad de reclamar o de quedar sujetos a una reclamación.

La existencia de una regla o norma preestablecida es lo que da soporte jurídico, a todos los hechos y, de este modo nos pone en contacto con el Derecho, *como el mejor medio para solucionar los problemas que se presentan en la convivencia humana, pues es un mecanismo que sirve para imponer y, al mismo tiempo, garantizar un orden social.*

El Derecho, es decir, el conjunto de normas que rigen la conducta de los hombres de una colectividad, no es una creación reciente. Lo cierto es, que sus primeras manifestaciones habría que rastrearlas ya en los oscuros tiempos de la prehistoria, en la forma en que nuestros lejanos antepasados hicieron valer sus derechos, sea por mandato de los ancianos de la tribu o el clan, o por imperativo divino en otros casos.

Pero siempre se vio la necesidad de adecuar la conducta de los miembros de una sociedad, aunque primitiva, a un conjunto de prescripciones que obliguen a todos. El derecho adquiere de este modo una dimensión trascendental, esencial para la regulación de las relaciones sociales y la convivencia pacífica.<sup>129</sup>

---

<sup>129</sup> Enciclopedia Autodidáctica Océano. Tomo II. Pág. 530.

El tratadista Japonés NODA llega a considerar al Derecho como el mejor medio, como el más adecuado y eficiente instrumento para solucionar los conflictos que se presentan dentro de la sociedad. Se estima que el Derecho es el mejor camino para el establecimiento de relaciones más firmes y seguras entre el Estado y los individuos y de los individuos entre sí.<sup>130</sup>

El Derecho se expresa a través de un sistema de normas de conducta que tienen como fin principal reglar la vida de los hombres al interior de su comunidad, de tal suerte que el derecho viene a constituir un instrumento que sirve para la satisfacción de múltiples necesidades humanas. Los hombres permanentemente y sin descanso dedican sus esfuerzos a satisfacer elementales necesidades de supervivencia, en otras palabras, el hombre como ser vivo que es, con la cooperación de todos los miembros de su comunidad actúa sobre la naturaleza buscando recursos que posibiliten su vida.

En este diario bregar, el ser humano, con su trabajo creador obliga a la naturaleza a rendir frutos de toda índole. Vale eso sí insistir que este proceso de producción no es aislado, el enfrentamiento con la naturaleza es una actitud humana colectiva.

El trabajo exige un orden que precisamente se lo alcanza por medio de la normatividad social. La necesidad económica vital se transforma en una urgencia de regulación jurídica y política. La producción de bienes requiere que se establezcan normas jurídicas, que se creen instituciones administrativas y organismos judiciales.

La normatividad no puede ser creada al arbitrio de cualquier persona, sino que forzosamente debe responder a las exigencias históricas del proceso productivo, porque:

---

<sup>130</sup> FERNANDEZ CE CORDOVA, Pedro. "Estudios de Derecho Comparado". Pág. 24-25.

*“El Derecho es un proceso generado en el seno mismo de la vida social, vinculado estrechamente a ella, determinado por ella. Es la sociedad surgida de los procesos económicos la que, según sus necesidades, crea el Estado y la Ley”.*<sup>131</sup>

## **Conclusiones.-**

Podemos concluir entonces señalando que desde siempre, el hombre buscó la forma de reglamentar su conducta, su comportamiento, si bien inicialmente lo hizo a través de normas que no eran precisamente jurídicas, nos referimos a las normas morales, la costumbre, religión, mito, magia, leyenda, pero normas al fin, que regían sobre la conducta social y pretendían la convivencia pacífica y la armonía en el grupo, hasta llegar a las normas Jurídicas o de Derecho, como el mejor mecanismo para solucionar los conflictos.

Se afirma entonces que la historia Humana, a todo lo largo del tiempo y del espacio, no es más que una serie de juicios esencialmente referidos a la constante lucha, en todas sus formas, de todos los hombres para implantar el **DERECHO**, *por hacer mediante él, más armónica y equitativa la existencia colectiva procurando que los bienes del mundo y de la cultura beneficien indiscriminadamente a todos los individuos, en fin, para hacer menos difícil, más agradable y más segura la vida de los seres humanos.*

Esta lucha ha sido ardua y cruenta y sus progresos muy lentos, pero cada día las gentes van teniendo una mejor y más clara conciencia de la Justicia y del **DERECHO** como medio para alcanzarla.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> PEÑA. José. Revista IURIS. Universidad de Cuenca. Pág. 77-78.

<sup>132</sup> GONZALES, Augusto. “Introducción al Derecho”. Pág. 11.

En la Historia de la Civilización Humana, ha existido siempre un interés por reglamentar la conducta y el comportamiento, a ciertas normas, que como lo manifestamos en líneas anteriores, inicialmente no eran jurídicas (morales, religiosas, la costumbre), las mismas que eran cumplidas voluntariamente por las personas, pues el interés individual coincide con el social. Pero es a partir de la propiedad privada, cuando aparecen las clases sociales, el egoísmo, “el hombre lobo del hombre”, que determina la necesidad de regular la conducta a través de normas de Derecho, cuyo cumplimiento ya no es estrictamente voluntario, sino que es obligado por la fuerza o coercitividad que ejerce el Estado, y quien no cumple con estas normas, es sancionado con penas establecidas.

Como estudiante de Derecho, de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, de la Universidad de Cuenca, he tenido la oportunidad de adentrarme en el complicado, difícil, pero a la vez gratificante y hermoso mundo del Derecho, de lo Jurídico, de conocer y entender que la única forma de convivencia social pacífica, se logra a través del sometimiento de nuestra conducta, de nuestro actuar, del comportamiento humano a normas y reglas de Derecho, que permiten un vivir armónico, un respeto a las libertades individuales y colectivas, un auxilio entre seres humanos dotados de inteligencia, pues el ser humano aparece ante todo como ser vivo, dotado de características que son comunes a varias especies de seres vivos, pero que se diferencia de las otras por algo único, por una complejidad de organización cerebral tal que es capaz de hacer algo que ningún otro ser creado es capaz de hacer: Reflexionar. Es decir, es el único que puede pensar, aprehender, y de hacerse cargo personalmente de su destino.

Por eso el ser humano ha visto que para su mejor desenvolvimiento dentro de un grupo social es necesario someterse conscientemente a normas de Derecho que nos organizan y que han permitido el actual desarrollo y civilización que la humanidad ostenta hoy.

Son estas razones, las que me permiten considerar, que la protección de los Derechos debe ser tarea de todos, empezando por los Funcionarios Judiciales, Administrativos, Fuerza Pública y la Comunidad en General, porque sólo cuando respetemos los Derechos que tenemos, podremos hablar de un Ecuador más Justo y Solidario.

*Un nuevo DERECHO lucha por nacer.  
Un DERECHO que ve a los seres Humanos  
en una interacción armónica  
con sus prójimos y con la naturaleza;  
un DERECHO que fertiliza el florecimiento  
humano en toda su riqueza.  
Pero este nuevo DERECHO sólo puede fluir  
desde una sociedad y economía.  
Y esta nueva sociedad también está  
luchando por nacer,  
luchando contra la visión dominante,  
por un mundo posible.*



# **ETICA Y UNIVERSIDAD**

Fernanda Navas  
Estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas  
Universidad del Azuay



## **Justificación del tema**

En el año de 1998 Ecuador fue clasificado por Transparencia Internacional como el noveno país más corrupto de entre ochenta y cinco mientras que, curiosamente, son pocos los presos por corrupción por lo que no se puede negar que el problema de nuestro país es complejo, convirtiéndose la corrupción en una característica de nuestro sistema, sistema de carácter no formal y paralelo según la Agenda Anticorrupción.

Por lo tanto no es fácil en estas condiciones comentar sobre los desafíos de la universidad en el campo de la ética y las estrechas relaciones que presentan los términos ética y universidad, sin embargo las condiciones antes mencionadas confirman la importancia de ética y universidad como tema de un ensayo teniendo en cuenta que el tema ética en las universidades no se limita solo a las facultades de teología y filosofía sino que implica una extensión a todos los campos de la vida universitaria, es así que en la facultad de ciencias jurídicas el estudio de la filosofía permite tomar conciencia de la instauración de la justicia en la historia, ya que la historia de la humanidad y por ende del derecho no es más que la búsqueda de soluciones a los retos del medio, el derecho surge pues como respuesta a la necesidad de orden, de una armónica convivencia social, de la búsqueda de la justicia, por lo tanto no es posible desligar los aspectos humanísticos de la formación de los científicos y profesionales de todas las disciplinas.

Así la ética tiene relación con cada uno de los campos profesionales dentro de la economía la ética intenta explicar como se determinan los objetivos, en el caso de la política es considerado un deber del filosofo político distinguir las instituciones políticas existentes y las que podrían ser potencialmente más humanitarias,

en el campo de la tecnología el gigantesco paso de sus innovaciones ha provocado que constantemente se cuestione sobre sus efectos ya que tienden a transformar los sistemas de cultura tradicionales y producir con frecuencia consecuencias sociales inesperadas, por otra parte en la medicina se hace más claro el planteamiento anterior ya que entra en juego en esta ciencia el conflicto entre lo que se hace por el bien del individuo y lo que es bueno para la sociedad.

## **Noción de ética**

Pero qué es lo que debemos entender por ética. Recordemos que hay tantas definiciones conceptuales cuantas escuelas ideológicas existen; sin embargo, citaré ciertas definiciones dadas por algunos autores: la ética es la ciencia que al estudiar la conducta humana en cuanto al deber ser traduce sus principios a exigencias prácticas que debe regular cualquier actividad incluyendo el estudio de la misma, también se ha definido como el tipo de saber teórico – práctico que busca orientar al ser humano en el conjunto de su vida de tal manera que conociendo los secretos de la naturaleza y las leyes del comportamiento humano sepa actuar racionalmente vivir bien y convivir bien con sus hermanos y con la misma naturaleza.

Por lo que la primera tarea de la ética es atreverse a pensar, reflexionar y deliberar con miras a hacer buenas elecciones, en definitiva la ética propone ayudar al hombre.

Mucho es lo que se ha hablado sobre ética es así que hace 30 años aproximadamente un consejero del Papa en materia social pronunció en Alemania un discurso que suscitó cierta conmoción. Este consejero precisaba que había que estar dispuestos a defender eventualmente por una guerra moderna los valores y derechos amenazados incluso bajo el riesgo de exterminar con ello a todo el género humano, teoría que desde todo punto de vista relega al ser

humano sin tomar consideración que es el hombre el punto de partida de la ética.

Por otra parte la ética debe convertirse en el deber de la comunidad con respecto a su propia supervivencia aquella frase de no hagas a los demás lo que no quisieras que te hagan a ti cuando burlada ha sido sin embargo es el único fermento de una verdadera humanidad que podría evitar las amenazas tendientes a destruirla.

### **La universidad hoy en día**

Pero entonces cuál es el papel de la universidad en todo lo mencionado anteriormente.

Antes de profundizar el tema es conveniente analizar la imagen que se tiene sobre la universidad hoy en día, se ha llegado a usar el término crisis para identificarla, sin embargo creo exagerado este término sin duda existen muchos problemas en el ámbito universitario que exigen pronta resolución como es que la administración universitaria no tiene costumbre de fijarse un objetivo de investigación, sobre todo a nivel internacional pero a pesar de ello no se puede dejar de reconocer que sigue siendo un importante centro de análisis de ideas, en definitiva representa propuesta de soluciones.

Ya que se está tratando sobre la llamada crisis de la universidad es conveniente analizar qué es lo que se debe entender por corrupción universitaria que no es más que el hecho de que empiecen a primar objetivos extraños a la misión de la universidad; esto es probablemente la consecuencia de la confusión existente en reducir a la educación a la mera transmisión de conocimientos.

Lamentablemente se ha dado un quemeimportismo estudiantil que ha trastornado el concepto sobre la vida universitaria y lo que ésta implica; me refiero a que ser estudiante universitario no quiere

decir únicamente cumplir los requisitos necesarios para poder pasar de ciclo; implica una actitud frente a la sociedad, un cuestionamiento, una crítica sobre los problemas comunes que se presentan en el medio y sobre el propio conocimiento humano, pero sobre todo un actuar frente a ello. Plantear las soluciones necesarias para resolver los problemas estudiados, no implica asumir un silencio conformista sino enfrentarse a las cuestiones diarias con una actitud decidida y consciente, esta actitud decidida a un cambio y a buscar una mayor eficiencia dentro de la sociedad debe ser alentada por los maestros universitarios y las organizaciones estudiantiles, las cuales deben incluir en sus planes de trabajo la llamada extensión universitaria, teniendo en cuenta de que ni su labor ni la de nosotros se limita a las paredes del recinto universitario pero por supuesto la labor de estas organizaciones debe ser apoyada por el alumnado.

### **Misión y desafío de la universidad**

La investigación no puede ser relegada a una segunda categoría cuando es ésta la que constituye uno de los pilares fundamentales de la universidad ya que es una de las razones de su existencia, considerándose como preocupación prioritaria como medio de generación de conocimiento; en este punto, la universidad debe plantearse qué se investiga, para qué se investiga, qué se enseña, qué profesionales y científicos deben formarse.

Recordemos el concepto de educar, ya que esta palabra no significa más que sacar desde adentro lo cual implica extraer del individuo todo ese conjunto de virtudes y posibilidades que el ser humano posee en estado original por lo que solo una educación que busque adecuarse a lo que es el ser humano en esencia podrá ser realmente educativa, al formar por lo tanto se crea una estructura sólida y estable que dure toda la vida.

Se ha dicho que la universidad busca eficacia pero ante todo debemos estar claros de que el criterio de eficacia que justifica una formación ardua es aceptado con condiciones ya que la eficacia debe ser transformada en servicio a las personas puesto que el fin que persiguen las organizaciones y entre ellas la universidad es esencialmente un fin o una proyección social, constituyendo éste en uno de los desafíos universitarios más importantes que revela la conexión entre el tema ética y universidad y en la misión que presenta el estudiante universitario dentro del campo de la ética; la universidad equivocaría gravemente su camino si se formara a personas ansiosas de sus propios bienes pero insensibles a los ruegos de los hombres sumidos en la miseria.

No se puede negar que la situación de la sociedad es difícil y es tarea de la universidad hacer percibir a sus estudiantes el carácter intolerable de la situación actual, constituyendo otra de las misiones de la universidad.

No se trata tampoco de que la universidad asuma tareas que no le son propias; se trata, por el contrario, de retomar la tarea inicial de las universidades como fuente de crítica, de discusión, de medio para mejorar el convivir social ya que desde que los hombres viven en comunidad la regulación moral de la conducta ha sido necesaria para el bienestar colectivo por lo que la universidad tomando conciencia social es un indiscutible método para buscar un mejoramiento social.

Se ha comentado de la universidad está centrada en una triada de sustantivos: el hombre, la ciencia y la sociedad ocupando el hombre el primer lugar, sus funciones por otra parte están en relación a tres verbos educar, investigar y servir y su quehacer se lleva a cabo de una manera crítica, social y cultural.

## **Sugerencias prácticas**

Pero como hacer que esto no quede en simple teoría o en un discurso que pronto será olvidado; varios son los puntos que pueden tratarse al respecto siendo fundamental que la universidad asuma una postura interdisciplinaria; por lo tanto es necesario que se fomente un auténtico trabajo de un cuerpo de profesores que alienten de manera efectiva la participación de los estudiantes en la problemática social; por supuesto que es importante que continúe la política universitaria en cuanto a los seminarios, talleres o debates; sin embargo, creo necesario que más que seminarios, en las propias horas clase se planifique discusiones con los estudiantes sobre temas como ética, ética y tecnología, ética y filosofía política, ética y economía entre otros y el planteamiento de soluciones ante cuestiones de diversa índole aplicadas a temas de la carrera universitaria, por lo que es imprescindible que los profesores en sus planes de trabajo para el ciclo junto con los temas planificados incluyan discusiones o debates sobre la realidad social lo cual además de contribuir para que la universidad retome su objetivo principal, serviría para un mejor aprendizaje del tema, puesto que es un hecho que los estudiantes recuerdan más fácilmente estos temas que se han discutido y profundizado en clases que exposiciones por parte del profesor, constituyendo tareas de un verdadero maestro la constante actualización, la preparación de su respectiva clase, la claridad de sus planteamientos, la motivación al estudiante, el impulsar a sus estudiantes a la investigación.

En definitiva la ética profesional debe ocupar un lugar destacado en el pénsum universitario, debe ser asignatura obligatoria en todas las carreras profesionales.

## **Conclusiones**

Se ha dicho que es en la universidad donde culmina la formación de valores éticos y morales, concepto que creo

incorrecto ya que los centros de educación superior sin duda fomentan valores pero su verdadera formación continua en la vida profesional ya que quien ha sido estudiante universitario debe demostrar solvencia profesional y a la vez deberían ser los portaestandartes de tales valores; además, siempre habrá algo por aprender puesto que la elaboración del ser solo termina con la vida misma, por lo que sin duda la universidad tiene gran responsabilidad ya que la vida universitaria trasciende a la sociedad, al trabajo a la producción, a las autoridades y al poder; pero sólo podrá trascender de forma positiva cuando cumpla con la investigación científica llamada a realizar y sea autocrítica, cualidad que sin duda le permitiría cumplir de manera efectiva sus objetivos propuestos.

La universidad por lo tanto fomenta la ética en la sociedad pero sólo puede hacerlo cuando en el propio recinto universitario se tome conciencia de la ética como parte fundamental del ser humano para su mejoramiento personal y como medida para que se pueda alcanzar el anhelado bienestar colectivo ya que más que asumir una actitud personalista, el ser humano como ente predominantemente social debe buscar sobre todo una armonía en cuanto a sus relaciones humanas logrando así un verdadero convivir diario con sus semejantes ya que pertenece a la esencia del hombre el ser – con – otro, el ser- por- otro, y el ser –para - otro.

La universidad no está en crisis como lo manifesté anteriormente pese a los serios problemas por los cuales atraviesa, pero depende de cada uno de los que formamos parte de la vida universitaria ser verdaderos estudiantes universitarios con todo lo que ello implica.

**“NACEMOS HUMANOS PERO ESO NO BASTA; DEBEMOS LLEGAR A SERLO”**



# **El Derecho: un estilo de vida**

Silvana C. Tapia  
Estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas  
Universidad del Azuay



## Se puede o no ser abogado

La decisión de estudiar Derecho no se toma únicamente en el momento de matricularse por primera vez en la Facultad de Ciencias Jurídicas; por el contrario, es una decisión que se reitera cada día, cuando aparecen nuevos problemas y nuevas preguntas, nuevos enfoques y nuevas disciplinas. Puedo asegurar que esta diaria renovación se prolonga hasta el ejercicio profesional y ojalá hasta el fin de la vida misma. El Derecho es uno de los productos culturales más ambiciosos de la humanidad, pues pretende analizar las directrices básicas que han de gobernar la vida en sociedad. Cuando nos enfrentamos a nuestras primeras clases en la Facultad de Ciencias Jurídicas, los maestros se empeñan en hacernos comprender que el concepto *Derecho* no se refiere sólo al conjunto de leyes vigentes en un país, sino que abarca también una serie de teorías, reflexiones y doctrinas cuyo objeto es demostrar la necesidad que tiene el hombre de limitar su libertad y al mismo tiempo ser más libre.

La historia del Derecho es también en gran parte la historia de las sociedades, de sus conflictos, de las luchas de las clases económicas y el afán de igualdad que el hombre ha perseguido desde los tiempos de la esclavitud hasta hoy; y también la historia de los inolvidables revolucionarios. A medida que analizamos el *modus vivendi* de la colectividad nos damos cuenta de que sólo a través del Derecho podemos ser iguales, o sea, tener las mismas oportunidades de ser felices.

Las grandes transformaciones sociales han sido muchas veces consecuencia del levantamiento violento de los oprimidos, pero sólo cuando esas reivindicaciones se han cristalizado en normas

obligatorias para todos, el hombre ha conseguido una verdadera conquista.

La Filosofía del Derecho nos enseña que las acciones del hombre no son insustanciales sino valorativas, están cargadas de ideología. Y se vuelve indispensable estudiar la especulación filosófica sobre el lugar que ocupa el Derecho en la vida humana, y ésta en el Universo. Cautelosamente también formulamos nuestras pequeñas hipótesis sobre las razones de ser del Derecho, sus fines, su significado en nuestra vida individual, la jerarquía de los valores que encarna, e incluso nos acaloramos discutiendo sobre el origen humano o divino de esas facultades que las normas consagran. En medio de esas consideraciones empecé a reconocer la diferencia entre hacer y no hacer, entre aprender y no aprender: la acción humana como negación de la indiferencia, de la apatía, y de la muerte.

A través de la reflexión teórica, la práctica profesional se convierte en hecho trascendental. Entrando en materia, nos quedamos absortos al contemplar la cantidad de cuerpos legales vigentes en el Ecuador: a veces reímos apenadamente al comprobar la falta de pulcritud del lenguaje usado por el legislador o la incongruencia de las ideas expresadas en ciertas leyes; pero también se nos escapa un suspiro de alivio al constatar que existe una Constitución *futurista*, que le lleva años de ventaja a la sociedad en la que rige y que, pese a quedarse estancada en sus propios principios de cuando en cuando, nos da la esperanza de ser nuestro medio para construir un mejor ordenamiento jurídico, y una armonía social real.

Dentro de las aulas vivimos como en una burbuja de cristal, donde no nos explicamos por qué hay tantos males en nuestro país cuando existen tantas leyes justas y tantos principios jurídicos razonables. Entrevemos apenas, por los comentarios de los profesores o de los estudiantes mayores, que el mundo práctico

dista mucho de ser el que las leyes disponen, el que el sentido común reclama.

Estudiamos Derecho para encontrar una herramienta precisa con la que podamos transformar unos preceptos formales en realidad tangible; una oportunidad de introducirnos en la sociedad con las manos prestas a reparar los errores pasados y poner la justicia al alcance de todos, pues a ojos de la ley y sólo a través de su lente, los hombres aparecemos desnudos de los estereotipos que nos *hacen ser* señores, canallas, gusanos, empresarios o artistas; y somos simplemente humanos que aprenden a llevarse bien.

Muchos dirán enseguida que es ingenuo pensar así, o argumentarán no sin razón, que pocos son quienes vienen a la Facultad en busca de aquello que acabo de mencionar. Pero creo que los sueños también pueden contagiarse y cuando arraigan en la voluntad de una persona, la realidad empieza a transformarse. En ese sentido es necesario que renovemos cada día la fe en el Derecho – no tanto en las leyes – y seamos juristas, personas de Derecho, no sólo personas de leyes; aunque otros se llenen los bolsillos de dinero ajeno y la conciencia de voluntaria ineptitud.

Cabe recordar aquí una frase que escuché una vez a un profesor de Teatro y aplicarla al Derecho: hay quienes sirven al Derecho y quienes se sirven del Derecho. Me parece que todos sabremos ubicar a nuestros conocidos en uno u otro grupo.

### **La acción humana es metáfora del Universo**

Cada vez estoy más convencida de que el gran problema de las sociedades contemporáneas es la falta de acción, de movimiento. Vivimos en la sociedad de la comodidad, de la indolencia. Aplicamos la ley del mínimo esfuerzo mental, buscamos el placer y el entretenimiento vacíos, la risa tonta y burda. Me figuro que si la vida del un hombre fuese una mesa, sus

puntos de apoyo serían siempre los trabajos, las actividades, los roles que se desempeñan. El trabajo no abandona nunca al individuo, le retribuye con creces el esfuerzo dedicado y le salva de caer en los abismos de la depresión y la apatía. En mi caso esas actividades son, por un lado el estudio del Derecho y por otro la experimentación teatral. Distanciadas como parecen, ambas disciplinas son los pilares fundamentales de mi vida y a ellas les debo las metas alcanzadas y los valores a los que soy fiel.

En el Derecho y en el Teatro veo una réplica a escala de lo que es el mundo que conocemos: hay que aprender a tolerar a los compañeros, a encontrar a nuestros hermanos, a reconocer a los charlatanes, a intuir los aciertos y las equivocaciones; hay que poner atención, concentrarse, tener buena voluntad para aprender y nunca decir *no puedo*, entregarse en cuerpo y alma y desarrollar la capacidad de ver más allá de lo inmediato: palpar el horizonte y plantearse pequeños objetivos en cada etapa, pero mirando siempre a ese súper objetivo final que queremos conquistar. Si no tenemos claros los grandes horizontes del Derecho, sus fines más allá de la rutinaria vida doméstica, no podremos resolver con sabiduría los pequeños conflictos jurídicos que aparezcan en el día a día de nuestro ejercicio profesional. No llegaremos a hacer nada importante si no tomamos conciencia de que cada acción que llevemos a cabo será parte de una gran cadena de acciones que son las que al final cambiarán el mundo, para bien o para mal. Esto lo aplico en el Derecho, en el Teatro, y desde luego, en mi vida como ciudadana del Universo.

Las personas suelen tener miedo de emprender un viaje, de intentar algo nuevo. Los seres humanos ponemos pretextos para todo: *no tengo tiempo, me voy a complicar la vida, qué tal si no me gusta, no voy a poder, estoy bien como estoy*, etc. Son justificaciones para no atrevernos a iniciar una nueva marcha, y si no buscamos, nunca encontraremos las vocaciones que pueden sustentar nuestras vidas como piedras angulares.

El Teatro y el Derecho son mi estilo de vida. Ser estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas implica tener que leer muchísimo, descansar las horas necesarias, desarrollar mi memoria, mi atención, mi criterio y mi capacidad de síntesis y perseguir la justicia con tenacidad; supone además cosas pequeñas como despertar todos los días a las seis y media para llegar temprano a clase, tener inteligencia emocional para tratar a mis compañeros, saber abordar a mis profesores. En el Teatro también hay que desarrollar la atención, la proximidad con el otro, llevar una vida saludable y ser puntual en toda tarea y sentir la necesidad de analizar conflictos sociales, proponiendo a través de la puesta en escena, opciones más justas. La amalgama de estas necesidades que luego se convierten en hábitos, configura una verdadera táctica de vida y una forma de enfrentar al mundo. La vida universitaria no termina cuando nos vamos a casa, no termina nunca, se refleja en el resto del día, atraviesa nuestra voluntad.

Y uno tiene que volver a pasar cada cierto tiempo por las cosas que ya sólo se asumen, en las que uno deja de pensar. Ése es el proceso por el cual podemos renacer y renovar la vida, no caer en el aburrimiento de la rutina y lo que es peor, en la pérdida de nuestra capacidad de asombro. La inocencia es un atributo que hay que conservar porque nos permite seguir maravillándonos con las cosas que la vida nos da, es el elixir de la eterna juventud; y un buen abogado, un juez justo, un teórico del Derecho, está obligado a mantenerse siempre joven.

Constantemente digo que lo que el Derecho y el Teatro me han dado, nunca podré pagarlo: estoy en permanente deuda. Y abandonar estas cosas sería no sólo una irresponsabilidad sino una falta de gratitud con los entes ideales a los que quiero servir a cambio de la revolución que han operado en mi vida. Naturalmente, de tiempo en tiempo sobreviene la crisis, las dudas, la inconformidad con lo que uno está haciendo, y la presión sobre

la propia evolución. Pero son precisamente esas etapas las que determinan la escalada de un peldaño más en nuestro ascenso: hay que vivir la vida plenamente, lo penoso y lo llevadero, lo fácil y lo costoso; evadirse es condenarse al estancamiento espiritual y profesional.

## **El Derecho es paradigma de vida**

Desde tiempos remotos, el individuo ha procurado ocupar su lugar en la vida de grupo y que los demás cumplan a su vez una función favorable para todos. Pero algunos no están dispuestos a colaborar con la comunidad, por lo que se vuelve necesario reglamentar la vida colectiva en procura de una equitativa participación en el trabajo y las utilidades que cada individuo reciba a cambio. Y la manera de provocar la obligatoriedad de dichos mandatos es el rechazo grupal hacia aquél que no coopera. De ahí que el castigo más generalizado por un acto antijurídico sea la prisión, que deja al individuo fuera de la sociedad, para que comprenda cuán importante es ser parte de ella, pues la sociedad es una entelequia cuya materialidad se traduce en los individuos, los civiles, los que nos acompañan o nos acompañarán.

La sanción no es, sin embargo, el punto determinante en la existencia del Derecho. La pena es el resultado de la desaprobación social hacia un acto excepcional, que daña el hipotético contrato social, precisamente porque no está de acuerdo con la forma de vida de la mayoría. Lo esencial en el Derecho es la existencia de paradigmas que nos permiten ser dichosos y realizar nuestra libertad en objetivos que cada uno puede escoger. La vigencia de un sistema normativo no es limitación de la libertad de los individuos, antes bien es su afirmación y su garantía. Yo soy libre de vivir donde yo lo decida, pensar lo que más me convenga y trabajar en lo que más me guste, pero ninguna de estas libertades podría realizarse si el Estado no me garantizara la asistencia social, la atención médica, la estabilidad laboral o la participación activa

en sus asuntos. Sin el Derecho seríamos libres para chocar unos con otros, pisotear a los demás hasta que alguien más fuerte nos atropelle e imponga su “libertad” como más legítima que la nuestra. Incluso si todas estas garantías no se hacen efectivas en la realidad, su declaración es indispensable para emprender la lucha por ejecutarlas. Evidentemente los hombres no somos tan excelsos como para vivir en paz en la anarquía.

Yo entiendo el Derecho como un producto no acabado, perfectible, necesitado de un proceso de aplicación real, pero no por eso inútil o aniquilable; por el contrario, lo veo como la catapulta misma desde la cual saltar para pasar por encima de las ironías con las que la vida nos asusta a veces. Todo está en el Derecho y el Derecho está en todo. Para cuando termine mis estudios, quiero tener la tranquilidad de estar capacitada para defender a los más débiles del abuso de los maliciosos y ser escuchada cuando necesite pronunciarme ante una circunstancia que coloque a las personas en situación de inequidad. Como gente de Derecho estamos jugando un papel indispensable en la misteriosa inmensidad del Universo.



**DESPOLITIZACIÓN DE LA FUNCIÓN  
JUDICIAL O REFORMA A LA LEY  
ORGÁNICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL**

Alfredo Mora Guzmán  
Estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas  
Universidad del Azuay



Mucho se discute hoy en día sobre el tema de la “despolitización” de las funciones del Estado, para lo cual es pertinente señalar, que todo conglomerado social tiene dentro del mismo ciertas costumbres, creencias, formas determinadas de conducta; las mismas que le guían al individuo y le permiten desenvolverse con sus semejantes.

Al respecto es necesario o cabe aquí la pregunta, ¿existe institución o ente cuyos individuos que las conforman carezcan de modos o maneras de pensar?, a lo cual debemos responder de forma tajante y definitiva, que no; pues el hecho de contar con una organización, unión, alianza, gremio, sindicato o colegio profesional; o cualquier tipo de entidad, hace natural y hasta cierto punto justificable, la defensa de los intereses que persiguen quienes son parte de un grupo determinado; por lo cual debemos expresarnos que es muy difícil el pretender que la política no interfiera en la existencia de las funciones públicas, ya que su origen es la democracia, como el poder del pueblo que se ve reflejado en las distintas manifestaciones partidistas las mismas que conllevan ideologías de cómo a de dirigirse una entidad, un cuerpo colegiado, una sociedad y al Estado como “entidad jurídica suprema” (Jean Dabin), expresión máxima de la vida en sociedad.

Error es el involucrar dentro de la actividad política a individuos mediocres por un sentido de compadrazgo, “la falta de capacidad, los compromisos económicos y personales”, en palabras con las que se refiere el Dr. Alfonso Zambrano Pasquel; que conllevan a que se produzcan muchos hechos de corrupción que ocurren a menudo en la administración del Estado.

Sí bien es difícil, por no decir imposible a más de ilógico por las razones expuestas con anterioridad, la “despolitización” de las

entidades del sector público, lo que sí se puede realizar es la reforma de leyes con un carácter técnico judicial, con lógica e inteligencia, más el desapego a obrar en función de “amistad o favores políticos”, utilizando las palabras del Dr. Manuel Cadena Arteaga, Presidente de la Comisión Legislativa al editar la Constitución y Leyes de la República de 1960, para que nuestros diputados den “ejemplo de lo que puede la firme voluntad de trabajar puesta al servicio de la inteligencia”, sabemos que en ésta época es sumamente difícil, más no imposible.

### **Comentarios a la LOFJ**

La actual Ley Orgánica de la Función Judicial se expidió mediante Decreto Supremo en la dictadura del Gral. Guillermo Rodríguez Lara y comprende el tratamiento específico de la conformación de los Tribunales, funciones y responsabilidades de los magistrados y jueces, las distintas judicaturas, y de los demás funcionarios y empleados de los Tribunales y Juzgados, en general de la carrera judicial.

Analicemos algunos aspectos de ésta ley, que ciertamente tiene aciertos, pero como toda obra humana tiene sus errores, que deben de ser enmendados, como son los que mencionamos a continuación:

*Nuestra actual Constitución Política en su artículo 191 establece la “Unidad Jurisdiccional”, lo cual reforma tácitamente la clasificación que hace el art. 3 de la LOFJ en jueces ordinarios y jueces especiales, que como consecuencia debió con oportunidad ser reformado mediante los proyectos que en vista del retraso (que no lo prevé la Constitución), tendrán que ser presentados lo más inmediatamente posible por el Consejo Nacional de la Judicatura mediante la Comisión de Codificación del Congreso Nacional o la iniciativa legislativa, para que como manda la vigésima sexta disposición*

*transitoria, “el personal administrativo que actualmente labora en las cortes, tribunales y juzgados militares, de policía y de menores que pasarán a formar parte de la Función Judicial”, el texto es claro, no admite interpretaciones antojadizas, por lo cual no entendemos hasta la actualidad él porque no se agiliza éste proceso, talvez, se deba a que existen grupos que desean precautelar sus intereses de manera independiente de la Función Judicial y al margen de la Carta Magna.*

*En su Título IV (De la Carrera Judicial), art. 158, cuyo contenido trata del establecimiento de los derechos a “estabilidad” y ascenso de los miembros de la Función Judicial; debemos referirnos a éste primer derecho el cual puede extinguirse, según la misma ley por las causales de faltar a la probidad, idoneidad y capacidad de sus funciones, principalmente se hace referencia en un solo artículo (160) a la Destitución por Falta de Probidad, lo cual es lógico, pues sería contradictorio que los funcionarios públicos y más aun los encargados de administrar justicia, no cumplan con rectitud sus funciones y por ende reciban la sanción respectiva, además de ser lógico, se ajusta a derecho. Mi opinión sobre estos aspectos legales va encaminado a hacer una crítica respecto del tiempo de ejercicio de funciones dentro de la función de administrar justicia, pues el texto de la ley concede un derecho de carácter subjetivo que ya sea por error o por ignorancia que incluso pudo intencionadamente incluirse en la Constitución Política, atentando contra el principio de estabilidad que consagra la referida ley, porque es inadmisibles que un ser humano realice una actividad por un tiempo indefinido, son muy pocos y contados los magistrados que sobrepasando la edad promedio de vida continúan ejerciendo con eficiencia su respectiva función o profesión, pero se trata de casos excepcionales, y sin querer fungir de especialistas en biología conocemos que a edades ciertamente ya avanzadas, las facultades mentales y físicas disminuyen, producto de la propia*

*naturaleza humana, por lo que es imperioso que se introduzca un límite de tiempo para los Ministros de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a una “edad máxima” de los mismos para su jubilación o cesación de funciones, ésta situación como es lógico conllevaría a que dichos profesionales pasen a gozar de los beneficios de ley como ocurre actualmente, dicho “límite” de edad máxima en la que los magistrados dejarían de ocupar sus funciones no se contrapone con el principio de estabilidad, más por otro lado da oportunidad para la alternabilidad tan necesaria en la ocupación de tan altas funciones por las razones anteriormente expuestas, todo lo cual implicaría una reforma al art. 202 de la Constitución Política para que produzca la reforma de manera expresa en la Ley Orgánica de la Función Judicial, reforma dedicada para aquellos que ejercen la tan noble y delicada tarea de administrar justicia, lo cual no impide que el individuo que se separe de la Función Judicial continúe con el libre ejercicio profesional, lo cual tampoco contravendría el régimen de cooptación para la elección del nuevo magistrado, que deberá reunir los requisitos de idoneidad, capacidad, probidad y siempre y cuando el individuo aspirante a ocupar el cargo, se haya desempeñado en la Función Judicial, la Cátedra Universitaria por un lapso mínimo de quince años o haya ejercido libremente la abogacía con prestancia y rectitud, en ese orden de valoración .*

*Creemos también de importancia el remitirnos al Reglamento de Tasas Judiciales, cuyo texto es a nuestro criterio incompleto, en cuanto a que debería determinarse un porcentaje mínimo por tasa judicial que se cobra por un servicio judicial, porcentaje que se retendría por el Consejo Nacional de la Judicatura de cada Distrito para que así se cumpla con el fin que parte del art. 1 de dicho Reglamento ...” y su administración descentralizada está destinada a solucionar en parte los problemas existentes en la organización*

*de la Función Judicial en cada Distrito” (el subrayado es nuestro).*

*Este breve comentario va encaminado a tomar en cuenta la llamada y tan trillada “modernización judicial”, para la cual es conveniente que se haga efectiva la descentralización judicial, (aunque es muy difícil debido a los compromisos políticos), para ello se creo el Consejo Nacional de la Judicatura, y para ello debe trabajarse para que quienes se encargan de la parte administrativo-disciplinaria de la Función Judicial cumplan con el control principalmente de dos de los principios más importantes de la administración de justicia, la celeridad y la eficacia, aunque ésta situación conlleve supresión de partidas para el poder central y una enorme y eficiente reforma de un sinnúmero de leyes, reglamentos, etc.*

*El texto constitucional es absolutamente claro, no queremos fungir de intérpretes, pues nos estaríamos arrogando funciones que no nos corresponden, pero debemos advertir que la iniciativa para que las circunstancias anteriormente descritas cambien para bien, es necesario de la voluntad política de los señores diputados en primer lugar, de la decisión de los señores vocales del Consejo Nacional de la Judicatura y quienes conforman la Función Judicial como parte del poder estatal que aplica la ley con responsabilidad y con aspiración de recuperar la imagen de función respetable; para que así goce de credibilidad tan venida a menos en ésta época, para que con ánimo sincero y despojados de egoísmos y luchas seudopartidistas reconozcan estas falencias y propongan sí bien no las reformas señaladas, otras que se encaminen a solucionar estos y más inconvenientes que se originan en la misma ley, los cuales no permiten el eficaz desenvolvimiento de la Función administradora de Justicia en el Ecuador.*