

DOMINACIÓN O LIBERACIÓN: EL PAPEL DE LA CIENCIA DEL DERECHO

Jorge Peláez Padilla

*Yo quiero una princesa convertida en un dragón,
Yo quiero el hacha de un brujo para echarla en mi zurrón,
Yo quiero un vellocino de oro para un reino,
Yo quiero que Virgilio, me lleve al infierno,
Yo quiero ir hasta el cielo, en un frijol sembrado,
y ya.*

Silvio Rodríguez. (La primera mentira).

I

El siglo que recién concluimos constituyó una dura, larga y desesperanzadora prueba para la humanidad. Asumiendo los riesgos que entraña la contemporaneidad en el análisis de cualquier fenómeno, me adentraré a verter algunas consideraciones acerca del papel desempeñado por la teoría jurídica en el pasado siglo XX.

Al mismo llegó el hombre con grandes expectativas sobre lo que podría alcanzar por conducto de la aplicación de una importante gama de conocimientos, acumulados durante siglos, pero elevados exponencialmente en el siglo XIX, al servicio de la humanidad toda. Por primera vez en la historia teníamos en nuestro poder todo lo necesario para elevarnos sobre la sombra de nuestras carencias, de nuestra dependencia de la naturaleza, de nuestro aislamiento geográfico. Dos guerras de rapiña a escala global (y muchas otras locales tan destructivas o más), el fracaso de un modelo sociopolítico y económico que pretendió “tomar el cielo por asalto” y sólo consiguió reproducir en él los males de la “tierra”; el paradigma de los Derechos Humanos frustrado por la absolutización (conceptual y cultural), jerarquización e inaplicación de los mismos; la cosificación y mercantilización extrema de la vida humana, arrojaron nuestras esperanzas al pozo de las frustraciones de la historia. El modo de producción capitalista,

si bien llevó a cabo una enorme revolución en todos los ámbitos civilizatorios, en especial el tecnológico, sólo comparable con la revolución neolítica; los frutos de ese proceso sólo han servido para respaldar la lógica acumulativa, único y verdadero fin del sistema. No en vano, aunque la apariencia nos confunda, sólo se beneficia un por ciento minoritario de la población mundial de los adelantos del siglo XX (electricidad, telecomunicaciones, informática, salud pública, etc.). Lo que interesa es producir para maximizar la ganancia, y por consiguiente la adquisición de los bienes derivados de la producción siempre irá a parar a manos del que tenga la capacidad de comprarlos, y no del que los necesite. Ilusos los que esperábamos que un sistema articulado en torno a ese objetivo fundamental acumulativo, fuera el responsable de dar el salto superior y definitivo hacia libertad, igualdad y fraternidad del género humano.

Tampoco se trata de que fuésemos tontos y que confiáramos en un modelo que a todas luces mostrara la faz descarnada de su esencia. El Estado burgués, ya victorioso a pesar de la restauración monárquica europea luego de la derrota de Napoleón en Waterloo, se mostraba ahora como el redentor de la humanidad, el vencedor frente al absolutismo, el enterrador de las diferencias por motivo de nacimiento, de las corporaciones que ahogaban la libertad individual por la subordinación a una determinada colectividad. Por primera vez se partía del principio de que todos los hombres eran iguales y que la meta de cada individuo estaba sólo limitada por su propia ambición, por lo que fuera capaz de proponerse y alcanzar. Si observamos estos postulados sin intentar someterlos a una aguda crítica, es lógico arribar a la conclusión de que estábamos entrando a una época de oro dentro de la historia humana. Los progresos en todos los ámbitos de la ciencia avalaban también esta expectativa. No en balde el Positivismo irrumpe, informa y comanda en todas las esferas del quehacer civilizatorio. Aunque algunas voces comenzaban a alzarse para denunciar que sólo se trataba de una mudanza en las relaciones de dominación, la mayor parte del mundo occidental entró en el siglo XX confiados en que, a pesar de la demora, sin dudas este sería el siglo del gran salto del hombre sobre su propia sombra.

Ya concluido este siglo y adentrados en el XXI, es hora de comprender que una vez más las relaciones de dominación nos han escamoteado la posibilidad de nuestra liberación. Hemos logrado liberarnos de nuestra absoluta dependencia de la naturaleza, pero hemos caído nuevamente tras las rejas; ahora presos de la lógica del consumo que nos hace dependientes de los objetos, inmersos en una cadena donde terminamos convertidos en objetos, viviendo en carrera desesperada y constante por la acumulación esclavizante. En este contexto todavía hay muchos que creen haber llegado, o esperan llegar todavía, al "reino

prometido”; otros que se percatan de la falsedad de toda promesa, de la vacuidad de todo el discurso libertario e igualitario, pero que en consecuencia optan por seguirle la lógica al sistema y emprender la carrera en pos de la salvación personal. Mientras otro grupo no menos importante, donde están los que constituyen el desecho del sistema, el presupuesto sobre el que se construye la felicidad de los otros; critica y combate mediante disímiles modos, pero convencidos de que el modelo impuesto constituye una nueva vía de enajenación de la libertad y la dignidad humana.

II

Estos debates para nada le resultan ajenos al campo del Derecho y de la teoría jurídica. El Derecho ha sido motor fundamental de la modernidad posrevolucionaria¹, constituyendo a su vez paradigma y limitante de las metas humanas. Paradigma en cuanto a aspiración convertida en bandera de lucha contra el absolutismo monárquico, luego en cuanto a aspiración de objetivación de una serie de derechos formales y abstractos en pos de cuya búsqueda se había lanzado el sujeto. Limitación en relación a que sólo aceptando ese orden de cosas, dándole legitimación al sistema, solo así, podemos acceder a la protección formal que brinda un ordenamiento jurídico. Este ordenamiento jurídico se convierte en el fruto de las luchas contra el antiguo régimen, pero también en el celoso guardián de un nuevo orden de cosas, de nuevos conceptos, de una racionalidad que coloca al individuo, abstracto, en su centro. Por consiguiente, el juicio crítico antes anunciado dependerá de si se considera dentro de este sistema al ser humano como un fin, o a todo el sistema como legitimador de unas relaciones sociales en las que el ser humano no es más que un pretexto de justificación. Sobre este punto abundaremos más adelante.

En el campo de la ciencia jurídica también podemos advertir al papel jugado por la misma en el contexto moderno que estamos analizando. La teoría jurídica como tal ve la luz a comienzos del siglo XIX, debido al afán de los estudiosos del Derecho de crear un cuerpo de coherente de conocimientos, lógicamente estructurado, que fuera capaz de explicar el fenómeno jurídico, de develar su esencia, sus conceptos fundamentales, su lógica de funcionamiento a partir de *la observación*; teniendo como objetivo (partiendo de la clarificación y compren-

¹ Modernidad posterior a la Revolución francesa.

sión de los contenidos jurídicos) ayudar al progreso de esta rama del saber. Es perfectamente entendible, en el contexto de comienzos del siglo XIX, que se proyectara la aplicación del método científico, que tantos avances había conseguido en las ciencias naturales y en las deductivas, al campo del conocimiento jurídico. Sólo mediante el desarrollo de la teoría jurídica se podrían encontrar las pautas que llevarían a un mejor funcionamiento del sistema en cuestión, separar definitivamente del ámbito jurídico las explicaciones divinas estudiando ahora al derecho como un fenómeno positivo producto de la racionalidad humana y encaminado a la realización del bien común. El papel fundamental de la razón en la creación jurídica, la identificación de un sujeto abstracto y atemporal como destinatario de la norma, la consideración del Derecho como garante y rector de la convivencia social llevan a que, pese a las diferencias propias de tradiciones jurídicas disímiles, estas primeras escuelas teórico jurídicas fueran formalistas y positivistas, que colocaran los conceptos abstractos o la voluntad del legislador por encima de la práctica social. Sólo cuando se comienza a cuestionar la imparcialidad del Estado, cuando comienza a evidenciarse que el estudio abstracto-conceptual no ha llevado a una cabal comprensión del fenómeno jurídico ni a la concreción del bien común, supuesto objetivo final del sistema jurídico articulado en torno a la supremacía de la Ley, comienza a operarse un viraje en torno a la teorización jurídica.

La crisis del Estado liberal, de su racionalidad económica; el cuestionamiento relativo a si el orden de cosas, cuyo límite y principio es el orden normativo, lleva por sí solo al bien común y a la justicia o por el contrario sirve para legitimar un nuevo modo de dominación; le aportan el condimento adicional que conduce al profundo cuestionamiento de la ciencia jurídica tradicional. Como consecuencia se comienza a estudiar, sin soslayar totalmente la esfera positiva, el "Derecho Vivo", el Derecho de la Práctica y no el de los códigos, el Derecho tal y como es percibido por la sociedad y aprehendido de forma empírica. Estamos refiriendo el surgimiento de las escuelas de la Jurisprudencia de Intereses, de la Libre Interpretación Jurídica, corrientes que desembocan en el Realismo tanto escandinavo como anglosajón. Con este quiebre relativo a la teoría jurídica entramos en el siglo XX.

III

La teoría jurídica del siglo XX, se lanza en un último intento por rescatar la valía y utilidad del estudio del Derecho desde un punto de vista interno, descriptivo, racional, científico; pero ya intentando crear un marco teórico que le permitiera

a este estudio quedar a salvo de las manipulaciones políticas o valorativas. Es, por supuesto, la obra de Hans Kelsen el punto de partida de este denodado esfuerzo por hacer una teoría del derecho descriptiva, pura, desideologizada, y sin fisuras teóricas, que llegara a una suficiencia sistemática tal que impidiera la manipulación del Derecho desde el punto de vista externo. En este esfuerzo se enmarca la obra de otros teóricos (Hart) que igualmente buscan situarse desde un plano neutral y objetivo y a partir de él intentan comprender el fenómeno jurídico y dilucidar sus contradicciones, así como sus principios de funcionamiento. No es objetivo del presente ensayo someter a discusión el núcleo teórico de estos postulados ni llegar a conclusiones relativas su valor científico, o a su perfección y congruencia con respecto al método utilizado. El objetivo es percatarnos de si la teoría jurídica contemporánea, que ha tratado explicar al Derecho desde un punto de vista neutral, objetivo, científico, ha logrado este propósito, o si toda su labor no ha constituido sino otro paso en favor de la legitimación del sistema político, social y jurídico relativo al modo de producción capitalista. A partir de un análisis en este tenor, podríamos concluir cuál ha sido el rol desempeñado por la teoría jurídica y si es posible su existencia desde una vertiente pura y apolítica.

Luego de esta necesaria digresión, retomamos el hilo conductor de nuestro trabajo haciendo referencia a la otra vertiente de la teoría jurídica, la realista, que ha tratado de estudiar el Derecho desde una perspectiva diferente, como ya hemos anotado, haciendo énfasis en el carácter mutable de los conceptos jurídicos, debido a los cambios sociales y a como es visto el Derecho por la sociedad. Asume que el estudio del Derecho no puede agotarse en su fase interna, conceptual, normativa y que las relaciones sociales (entre ellas las económicas y políticas) influyen de manera inevitable en el Derecho lo moldean, lo transforman. Claro está que no es su propósito ver a la teoría jurídica de forma pura y científica, sino como una técnica que se basa en las ciencias empíricas para poder determinar cual será la decisión del juez ante un hecho concreto de la vida jurídica. Considero que esta postura está abierta a aceptar la necesaria influencia que ejerce la política, como parte de las relaciones sociales, en la realidad jurídica.

Ambas posturas epistemológicas relativas al Derecho, si bien una se cierra a considerar la influencia política, valorativa y volitiva en el Derecho y en su estudio, y la otra acepta ver al Derecho como un fenómeno moldeable debido a factores externos al mismo, terminan admitiendo: la primera, que la ciencia jurídica, apelando a la pureza metódica, puede colocarse en un ámbito donde se proteja de hacer valoraciones o manipular políticamente el contenido normati-

vo; la segunda, que la decisión judicial reflejará objetivamente las contradicciones de las relaciones sociales dentro de una determinada sociedad. Ambas soslayan, prefiero pensar que inconscientemente, el hecho de la utilización del Derecho y de la teoría jurídica para legitimar un orden de cosas, un sistema político y económico determinado; ambas terminan por servir a la legitimación del Estado burgués correlativo al modo de producción capitalista.²

Ahora bien, cómo se explica el hecho de que terminen por legitimar el modelo económico y político dominante. Para explicar este fenómeno tenemos que regresar al lenguaje del Derecho, alejándonos momentáneamente del lenguaje que lo estudia.

Ya en las primeras páginas hacíamos alusión a la pretendida igualdad formal y abstracta descrita en la Ley, pilar de todo el ordenamiento jurídico, cuya aceptación constituye precondition para poder ser titular de los mismos. Las leyes promulgadas a partir de la Revolución francesa, si bien parten de un principio racional, terminan admitiendo en su seno los derechos *naturales*, inalienables, imprescriptibles del hombre, pero estos ahora racionalizados y positivados en una norma. La abstracción de estos derechos conduce a que no necesariamente se tengan que asociar a su materialización en un sujeto determinado y por lo tanto a que legitimen una sociedad en la cual, por Ley todos los hombres son formalmente iguales, pero en los hechos, materialmente diferentes. Ahora bien, esto conlleva a que para poder ser destinatario de la norma y reclamar estos derechos, el sujeto tenga que aceptar ese ordenamiento jurídico que regula su igualdad formal, pero al hacerlo también asume y legitima ese orden de cosas que lo condena a la desigualdad material.

Luego, la exigencia de cumplimiento de esos Derechos se delega en aquellas instituciones (poderes del Estado) encargadas de respaldar un orden objetivo dado, ese orden material donde los seres humanos son diferentes por no contar todos con la posibilidad de acceder a los medios fundamentales de producción. Por este motivo, el sistema se convierte en un ente conservador de unas determinadas relaciones de producción, antes que en un guardián de los derechos de los sujetos. El Estado y el Derecho por él instituido "limitan el reconocimiento y la satisfacción de las necesidades humanas, no en función de los sujetos, sino según las estructuras de acceso a las relaciones de producción y distribución de la riqueza que se establecen. La vida humana, por tanto, no es

² No hacemos alusión al modelo epistemológico iusnaturalista por considerar que sus postulados lo acercan más al ámbito de conocimiento de la Filosofía del Derecho que al de la Teoría Jurídica.

inviolable, sino esa forma de acceso a la producción y distribución predominante de los bienes”.³ Entonces, si el objetivo fundamental y último del Estado y del Derecho es esa protección de la forma de acceso a la producción y distribución predominante de los bienes, una teoría jurídica que resalte y termine justificando la validez (interna) de todo el ordenamiento jurídico para que no sea manipulable, termina justificando las relaciones de dominación. Con el sincero objetivo desideologizador, la teoría pura de Kelsen termina legitimando un orden de cosas claramente ideologizado.

Con relación al Realismo como modelo epistemológico hay que referir que su postura, aunque desde una vertiente diferente, termina favoreciendo la legitimación del *status quo*. La manifestación de la dominación y de un determinado orden ideológico dominante, no solo se expresa de manera formal en el ordenamiento jurídico positivo, sino también en el conjunto de relaciones sociales y culturales que genera un determinado modo de producción. Por lo tanto, las decisiones judiciales tomando como referente el termómetro social, también pueden devenir en mecanismo de legitimación de las relaciones de dominación. Además no escapa de nuestro análisis que el juez, en este caso, pueda decidir tomando en cuenta su ideología, su análisis de la realidad, más que la realidad misma. Claro que la función de la teoría jurídica realista consiste precisamente en sopesar todos estos elementos y determinar como el juez decidirá ante un caso concreto; por eso afirmamos que finalmente contribuye legitimar un orden de cosas impuestos en todos los poros de la vida social

Con estas reflexiones queremos advertir como la teoría jurídica, y la contemporánea específicamente, ha intentado explicar la realidad jurídica, pero sin poder sustraerse en el fondo de los matices ideológicos, valorativos; incluso habiendo tomado todas las precauciones teóricas y filosóficas para que esto no sucediera. La ciencia jurídica ha sido utilizada, hasta inconscientemente, para legitimar la dominación propia del sistema capitalista en la modernidad, y hasta la de los llamados estados del “socialismo real”.

Ahora bien, si asumimos que la teoría jurídica siempre ha tenido un sesgo ideológico a favor de legitimar un determinado *status quo*, podemos llegar a la conclusión de que también se puede intentar, desde el marco de la teoría jurídica, criticar y luchar contra ese orden de cosas impuesto. La teoría jurídica puede constituirse como factor de cambio.

³ SANCHEZ RUBIO, David, Sobre el Derecho Alternativo. Absolutización del formalismo, despotismo de la ley y legitimidad, en DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (coordinador y coautor), Derecho Alternativo y Crítica Jurídica, Porrúa, México DF, 2002, p.38

IV

Un somero análisis del materialismo histórico nos conduce a concluir que sí es posible utilizar al Derecho y a la teoría jurídica como un factor de cambio social. Rebasando las concepciones reduccionistas podemos plantear que si bien el Derecho no es neutral, no significa que no tenga una sustantividad y una autonomía propias⁴. Está condicionado en última instancia por la base económica, pero eso no evita que en su seno se entable la lucha de clases y que, por lo tanto, pueda esta lucha influir dialécticamente en la referida base económica. Está claro que el empleo del Derecho y de la teoría jurídica de forma alternativa no va a cambiar radicalmente las relaciones sociales de producción, ésta tiene que ser una lucha en todos los ámbitos; pero sin dudas, contribuye a molestar e inquirir al sistema. Que la clase económicamente dominante y el bloque histórico que forma “domine el aparato del Estado o que hegemonice a las demás fuerzas en presencia, no significa que las clases dominadas no puedan imponer ciertas conquistas y provocar contradicciones en las estructuras y en el funcionamiento de los aparatos.”⁵

Esta idea de la utilización de la teoría jurídica como factor de cambio la ha desarrollado el movimiento del uso alternativo del Derecho y tiene su origen en Italia y España en la década de los 70. Adquiere su mayor fuerza en Brasil con la presencia y acción de los jueces alternativistas, en la práctica judicial primero, y luego en la sistematización teórica. No es el espacio adecuado para historiar el movimiento del uso alternativo del Derecho, nos limitaremos a analizar sólo algunos problemas conceptuales y de fondo. En primer término hay que advertir acerca de algunas diferencias importantes entre este movimiento en Europa y en América Latina.

El movimiento del uso alternativo en Europa, parte de una crítica a la teoría jurídica tradicional que intenta estudiar de forma objetiva y desideologizada el fenómeno jurídico. Sus teóricos opinan que la interpretación jurídica siempre es subjetiva y que si tradicionalmente se ha planteado en términos que sirvan de provecho a las relaciones de dominación, también pudiera ser utilizada con fines contrahegemónicos. Con este objetivo y según esta corriente que analizamos, se debería, basándose en los marcos que el propio ordenamiento jurídico ofrece, hacer una interpretación jurídica a la hora de la aplicación de un supues-

⁴ SAAVEDRA, Modesto, Interpretación del Derecho y crítica jurídica, Fontamara, México DF, 1994, p. 24.

⁵ Ídem, pp. 24,25.

to normativo a un caso concreto, en el sentido de proteger y favorecer a los sectores usualmente dominados y sometidos por el ordenamiento jurídico, legitimador del Estado.

Soy de la opinión de que este movimiento es más complejo y diverso en América Latina, como más compleja y polar es la vida latinoamericana. Comienza en Brasil como un movimiento de un grupo de jueces que se lanzan a aplicar el Derecho de forma en que éste beneficie a comunidades de pobres y excluidos. Es más amplio y complejo porque rebasa el marco de teorización según la concepción europea: si existe el marco legal en el ordenamiento jurídico para una interpretación jurídica alternativa, se utiliza, si no, se le da prioridad al *Derecho Insurgente* emanado de estas comunidades. Este hecho amplía el contenido del uso alternativo del Derecho y provoca un cuestionamiento muy importante a la teoría jurídica tradicional, esencialmente monista, abriendo espacios a una concepción pluralista del Derecho. Esta concepción cuestiona el papel de los órganos del Estado como los únicos productores e intérpretes de la normatividad jurídica.

El problema del pluralismo jurídico es extenso y complejo y conmueve los cimientos de toda la teoría jurídica. Analizarlo requeriría de un estudio adicional que escapa a las pretensiones de este ensayo. Por lo pronto, el principal problema que éste implica es el cómo determinar de todas las manifestaciones (grupos de campesinos, derecho de las favelas, crimen organizado, pueblos indígenas, etc.) cuál constituye Derecho y cuál no.

Sobre este movimiento en América Latina creemos prudente destacar el hecho de que hiciera su aparición primeramente desde una perspectiva práctica. Sólo con los años es que se ha intentado sistematizar desde el punto de vista teórico las implicaciones prácticas de este movimiento. Variadas han sido las justificaciones que en el ámbito latinoamericano se le han intentado dar al uso alternativo del Derecho, primando en este ámbito las concepciones iusnaturalistas. Ahora bien, estas concepciones rebasan las relativas al concepto de justicia iuspositivista que prescinde de un orden moral objetivo. Funda el uso alternativo del Derecho en la idea de la búsqueda de la justicia planteándose que el Derecho no se agota en su esfera normativa, que ésta constituye una trampa para la dominación y que debe buscar la justicia para todos los seres humanos a partir de la idea de justicia que tiene el individuo⁶.

⁶ DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Sociología Jurídica y uso alternativo del Derecho*, Instituto Cultural de Aguascalientes, Aguascalientes, 1997, pp. 15-20.

Lo importante y valioso del movimiento del uso alternativo del Derecho es la forma en que desenmascara la pretendida objetividad de la teoría jurídica tradicional y las formas en que utilizan el Derecho y la teoría jurídica con fines contrahegemónicos. Este movimiento, aunque ha perdido la fuerza de sus inicios, viene a demostrar que es posible utilizar al Derecho para hacer conciencia, para hacer descender la justicia. No pretende ser una respuesta mesiánica a la crisis paradigmática de fines del siglo XX y comienzos del XXI, pero sí una clara muestra de que aún quedan espacios de lucha, incluido el ámbito jurídico. El Derecho como superestructura jurídica de la sociedad, y la teoría jurídica como parte de la superestructura intencionalmente ideológica pueden, sino cambiar, sí cuestionar los condicionamientos de la estructura económica: el Derecho y la ciencia que lo estudia pueden –y deben tener– un fin educativo, liberador.

El genio romano con su alta sensibilidad para lo jurídico y lo humano ha dado una definición de Derecho, o de qué debe entender por Derecho el jurista, el que se dedique al estudio de la ciencia jurídica; que no se conforma con lo descriptivo y que va en busca de los fines. Más que definir, explica lo que es el Derecho en relación con lo que debe ser. El Derecho no es tal sino tiende a la justicia a través de la equidad es “el arte de lo bueno y lo equitativo”⁷ y como prueba de lo anterior continúa Ulpiano en el digesto (D, 1, 1, 1):

“Por cuya razón alguien nos llama sacerdotes; pues cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y lo equitativo, separando lo equitativo de lo inicuo, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres no sólo por el miedo de las penas sino también por el estímulo de los premios, buscando con ansias, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente”⁸

⁷ El Digesto de Justiniano, Libro Primero, Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, p. 23.

⁸ Ídem.