

¿Y LA RAZÓN JURÍDICA?

Silvino Vergara Nava¹

“Ser gobernado es ser vigilado, inspeccionado, espiado,
Dirigido, legislado, reglamentado, encasillado,
adoctrinado, sermoneado, fiscalizado,
estimado, apreciado, censurado, mandado,
Por seres que no tienen título, ni ciencia, ni virtud.”

(P.J. Proudhon Idea general de la revolución)²

Una realidad

Los Transgénicos, los avances de la biomedicina, el mundo digital, los delitos cibernéticos, el lavado de dinero y la evasión fiscal, el cambio climático, los drones, la construcción del muro en el río Bravo, -en la frontera entre EUA y México- la migración ilegal, las violaciones masivas de los derechos humanos, la disminución de derechos sociales, la discriminación a los pueblos, -en particular América latina- y tantos otros problemas que tenemos en esta época de la humanidad: la llamada pos modernidad, ante ello sobresalen las preguntas; ¿Dónde está los juristas?, ¿Dónde está la razón jurídica?, ¿Dónde está la filosofía de derecho?, es bien sabido que, primero sobresalen los fenómenos de la realidad, las contingencias, y luego, aparece la respuesta legislativa: el derecho.

Esa respuesta legislativa no necesariamente está fundada en razones jurídicas, en sustentos teóricos, se respalda normalmente en soluciones urgentes del legislador; para mantenerse en el mercado electoral. Por su parte, se crean instituciones administrativas, -dependencias, oficinas, procuradurías- brotan como hongos, siendo las respuestas de la administración pública; para justificar la burocracia. En tanto, los tribunales y juzgados se multiplican, se hiper especializan,³ dictando sentencias pero denegando justicia, tratados de causas de improcedencia de los medios de defensa,

¹ Profesor de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla. Profesor de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla y de la Escuela Libre de derecho de Puebla.

² Pierre-Joseph Proudhon (15 de enero de 1809 – 19 de enero de 1865), fue un filósofo político y revolucionario francés. SAVATER, Fernando, “Política para Amador” Ariel, México, 2012

³ LORENZETTI, Ricardo Luis, “Teoría de la Decisión Judicial” Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008

análisis exegéticos de las carencias en la integración de las demandas y pruebas de los justiciables, simplemente para no resolver el fondo del asunto, para diferir la respuesta final, para enviar el expediente a la siguiente instancia, y abandonar a la víctima, así, ante esta paranoia; ¿Qué le ha pasado al derecho? ¿Dónde está el derecho?

El derecho del que se proviene

“Ser gobernado significa en cada operación en cada transacción, ser anotado, registrado, censado, tarifado, timbrado, tallado, cotizado, patentado, licenciado, autorizado, apostillado, amonestado, contenido, reformado, enmendado, corregido.”

P.J. Proudhon⁴
Idea general de la revolución

En los siglos XVIII Y XIX, se proponía por los juristas y su derecho, considerarlo no como un arte, sino un conocimiento científico, ya que ante los avances de la tecnología, las maquinas de vapor, las ciencias exactas, no podía relegarse el derecho a un simple arte medieval,⁵ por el contrario había que considerar al derecho también en una ciencia, y su suprema comprobación: la codificación decimonónica,⁶ llegando a su máxima expresión en la teoría pura del derecho⁷ -1935-, sin embargo, después de la segunda guerra mundial, no era suficiente la validez-invalidez de las normas, pues el continente permite un orden, pero no necesariamente justicia, -el contenido- así, llegamos a la complejidad del neo constitucionalismo, del denominado pos positivismo, a la cercanía de la moral con el derecho, una ciencia jurídica cargada de valores, sustentados en el respeto a la dignidad humana, que se resume, en no

⁴ Idea general de la revolución. 1851 Idea general de la revolución en el siglo XIX: crítica al jacobinismo, el sufragio universal, la monarquía y la propiedad. SAVATER, Fernando, “Política para Amador” Ariel, México, 2012

⁵ GROSSI, Paolo “Mitología Jurídica de la Modernidad.” Editorial Trotta. Madrid, España. 2003

⁶ VIGO, Rodolfo Luís,, “De la Ley al Derecho.” Editorial Porrúa, 1º Edición, México, 2003.

⁷ Cita Kelsen; “Puede considerarse una teoría específicamente austriaca el Estado que me quedaba más próximo y que yo mejor conocí por experiencia personal, el Estado austriaco, evidentemente era solo una unidad jurídica. En vista del Estado austriaco, integrado por tantos grupos diferentes por raza, lengua, religión, e historia, se demuestran las teorías que pretender fundamentar la unidad del Estado. Böhmer, Martín, RODRIGUEZ, Garavito, Cesar, Coord. “El derecho en América Latina” siglo XXI, Buenos Aires, 2011

considerar a las personas como cosas,⁸ en los tiempos con la problemática en que, los derechos humanos se contradicen unos con otros, y que los Estados deben de determinar y limitar cuales aplica y cuales deja de aplicar, cuales son tutelados, y cuales son paulatinamente protegidos en base al principio de progresividad,⁹ por ello, le corresponde hoy intervenir cada vez más y con mayor intensidad a la filosofía del derecho, tan alejada de las universidades, de las investigaciones, y aun más; de las instituciones estatales, pues como dijera en el siglo XIX Von Kirchman ante un foro de abogados;¹⁰ “¿Cuál es el contenido de todos aquellos comentarios, exégesis, monografías, meditaciones, tratados y casos jurídicos?. Por culpa de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; abandonando la madera sana, anidan y tejen en la carcomida”. Ante ello, en nuestros tiempos, sobre todo en América latina, debemos de crear nuestras propias soluciones jurídicas, de apartarnos del derecho que nos ha sido heredado de Europa, -lo cual ya lo ha demostrado las constituciones de Bolivia y Ecuador- que es el positivismo del siglo XIX, las formulas exactas hoy ya no funcionan más con la problemática de la vigencia jurídica de los principios constitucionales y los derechos humanos,¹¹ la simple subsunción, el acto mecánico del juzgador para considerarlo “la voz del legislador” no resulta suficiente para la resolución de los problema de la actualidad, ya lo ha sentenciado el profesor Zaffaroni: “La propia academia puede favorecer la burocratización indiferentista inventando teorías normativas puras... porque elaboran una teoría del conocimiento jurídico que deja fuera lo que no está en la norma y cualquier referencia a la realidad letal la consideran lesiva de la pureza metodológica pura.”¹²

Así, la problemática ya se conoce, se sabe cuales son los males y lo que se requiere ahora faltan las soluciones, sin embargo, estas por el momento son económicas, y en el peor de los casos, políticas, las cuales han permitido diferir los problemas o desviarlos, pero no solucionarlos y menos aun enfrentarlos, por su parte, el derecho se ha alejado para dar respuesta de su parte, pues en el caso de la colisión de principios, esto es, de los denominados juicios de ponderación o proporcionalidad,

⁸ BECCHI, Paolo, “El principio de la dignidad humana” 1ª. Edición, Editorial Fontamara, México 2012

⁹ PIOVESAN, Flavia, “Dereitos humanos e justicia Internacional” Saraiva, Sao Paulo, 2012

¹⁰ KIRCHMANN, J.H. Von. “La Jurisprudencia no es Ciencia”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid España. 1983

¹¹ ALEXY, Robert, “El Concepto y la Validez del Derecho”. Editorial Gedisa. Barcelona, 2004.

¹² ZAFFARONI, Raul Eugenio. “Criminología Cautelar” Planeta, Buenos Aires 2012

aun la población y muchas instituciones consideran que no contamos con el método necesario para objetivizarlos, y por ello son juicios subjetivos, como lo sostiene Habermans,¹³ así hemos pasado de soluciones, como una sola respuesta correcta,¹⁴ hasta con la formula del peso,¹⁵ pero al final de cuenta, aun a quien afecta estas sentencias, no ha podido el derecho y sus juristas demostrar la objetividad de aquellos casos en donde se presentan dos o más derechos fundamentales en controversia.

El derecho que se requiere

“A la menor resistencia, a la primer palabra de queja,
reprimido, multado, vilipendiado, vejado,
acosado, maltratado, aporreado, desarmado,
agarrotado, encarcelado, fusilado, ametrallado,
juzgado, condenado, deportado, sacrificado,
vendido, traicionado ...
¡he aquí el gobierno!
¡He aquí su moralidad!
¡He aquí su justicia!”

P.J. Proudhon
Idea general de la revolución

Es evidente que el derecho que se requiere en estos tiempos en América latina debe tener como sustento: una filosofía del derecho propia, aquella que permite explicar las instituciones jurídicas, las reformas legislativas, la motivación de las sentencias, y la justificación de la jurisprudencia. Nicolás López Caleras, haciendo alusión a los derechos humanos, sostiene dicha carecía: “necesitamos más teoría, más filosofía sobre los derechos humanos... los derechos humanos no gozan de buena salud en el mundo de hoy pese a los enormes avances efectuados en relación a siglos pasados”¹⁶ entonces, tenemos que impulsar la efectividad de los fines del derecho, que básicamente son aquellos sostenidos al final de la segunda guerra mundial, y en América latina al finalizar los gobiernos dictatoriales, -de militares y partidos políticos

¹³ HABERMANS, Jürgen, “Verdad y justificación” Editorial Trotta, Madrid. 2007

¹⁴ DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio” Ariel Derecho, Barcelona, 2002

¹⁵ ALEXY, RObert, “Derechos sociales y ponderación.” Fundación coloquio Jurídico Europeo. Madrid 2007

¹⁶ CALERAS, López, Nicolás, Squella, Agustín, “Derechos humanos ¿invento o descubrimiento?” 1ª edición, Editorial fontamara, México 2013

únicos- a saber; la justicia y la seguridad jurídica,¹⁷ para ello respecto a la primera debemos si bien, no buscar una definición de justicia –pues estas épocas no son de definiciones- por lo menos, debemos de proponer una idea clara de la misma, para no caer en lo que esta sucediendo con la regulación y legislación en el mundo con el derecho penal del enemigo, de lo cual Jesús María Silva Sánchez¹⁸, manda la advertencia; “corremos el riesgo de presentar como justicia lo que no es sino la satisfacción de la pretensión de venganza de víctimas” y todas las reformas legislativas penales dan la sensación que ese derecho penal del enemigo, esta encaminado a acabar con nuestros amigos.

Requerimos de una filosofía del derecho no simplemente “tropicalizada”, pues muchas de nuestras investigaciones jurídicas, consisten en analizar las legislaciones e instituciones de estados muy diversos a los de América latina, y el gran esfuerzo es simplemente adecuarlas a nuestras condiciones,¹⁹ y ahora contamos con diversos ejemplos, como son el principio de oportunidad penal, -inminente ahora en el ámbito tributario- el principio del derecho de EUA denominado: “Tres strikes y estas fuera”, el sistema penitenciario concesionada su administración, los juicios orales, los denominados órganos administrativos desconcentrados, el denominado mínimo vital tributario, y desde luego, el derecho penal de tres velocidades, -derecho administrativo sancionador, derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo- conceptos jurídicos que no corresponden a nuestra región, que por ende, no funcionan en los estados latinoamericanos, y demuestran más arbitrariedad, más desigualdad, más violencia, que ha permitido ahora a los estados justificar su propia existencia, como lo sella Michel Foucault;²⁰ “la clase en el poder se sirve de la amenaza de la criminalidad como una coartada continua para endurecer el control de la sociedad. La delincuencia da miedo y ese miedo se cultiva” En el caso, en América latina no es la criminalidad que se ha sembrado, en las últimas décadas el problema a resolver con controles, policías y militares, ni la migración ilegal con muros, sino que es aquí donde debe intervenir nuestro propio derecho y la filosofía del derecho de la región, en respuesta a las grandes desigualdades que se han mantenido desde la

¹⁷ RADBRUCH, Gustav, “Filosofía del Derecho” Editorial Reus, Madrid. 2007

¹⁸ SILVA, Sánchez, Jesús María, “Tiempos de derecho penal” Editorial B de F, 1ª edición, 2009, Montevideo, Uruguay

¹⁹ CARRASCO, Felipe, coordinador, VERGARA, Nava, Silvino, “Docencia Jurídica” 1ª. Edición, Popocatepetl editores, Puebla, México, 2013.

²⁰ FOUCAULT, Michel, “El poder, una bestia magnífica” siglo veintiuno, Madrid, 2012

época colonial,²¹ la falta de oportunidades y la discriminación que es la práctica común, que ha permitido el incremento de la violencia en los estados de la región.

Requerimos una filosofía del derecho no simplemente “tropicalizada”, sino que reconozca la multiculturalidad, la desigualdad, una serie de instituciones democráticas que permitan la participación de la sociedad en las directrices del Estado, y no instituciones simplemente de votantes – electorales, requerimos del derecho para promulgar que la población sea respetada en atención a la dignidad humana, y no simples clientes electorales, o bien, sujetos pasivos que están a la espera de los derechos sociales como limosna del estado, y sobre todo apartarnos de esa concepción que manifiesta Stefan Huster; “El estado constitucional recharacteriza por códigos claros de conducta... que permite a los ciudadanos mantener al Estado a distancia mientras muestre una conducta que cumpla con los estándares. Este principio ya no es aplicable el Estado preventivo... cualquier ciudadano constituye un riesgo potencial”²²

Es evidente que, no todos los estados tienen los mismos fines, y las mismas características, como es el caso de las particularidades de los estados de América latina, por ello es que las instituciones que se han tropicalizado en la mayoría no funcionan, los ejemplos actuales de estudios relacionados con el incumplimiento de la ley, -anomia-²³ con la violación al principio de legalidad,²⁴ son muestras de un gran laboratorio que demuestra que los procesos de creación de la ley no son democráticos, ni el nombramiento de los jueces y administradores, menos aun la aplicación de la ley, y sobre todo el dictado de las sentencias, posiblemente en estas últimas se requiera no de juicios simplemente orales, al parecer la ideosincracia latinoamericano no lo permite, pero si desarrollar otras opciones como juzgados itinerantes, menos formalismos, mayor apertura a la admisión de las pruebas, todos estos son los retos de las investigaciones de la filosofía del derecho de América latina, para responder, que es lo que están haciendo los juristas y la filosofía del derecho, es decir para resolver: ¿Y la razón jurídica?

²¹ GALEANO, Eduardo, “Las venas abiertas de América Latina” Siglo XXI, México, 2009

²² HUSTER, Stefan, GARZON, Valdez, Ernesto, MOLINA, Fernando, “Terrorismo y derecho fundamentales” Editorial Fontamara, México, 2013

²³ NINO, Carlos Santiago, “Un País al Margen de la Ley” Emece editores, Buenos Aires. 1992

²⁴ BUSATO, Paulo Cesar, “Justicia e sistema criminal” 5, FAE Centro universitario, Curitiba 2012

Fuentes.

- ALEXY, Robert, "El Concepto y la Validez del Derecho". Editorial Gedisa. Barcelona, 2004
- ALEXY, RObert, "Derechos sociales y ponderación." Fundación coloquio Jurídico Europeo. Madrid 2007
- BECCHI, Paolo, "El principio de la dignidad humana" 1ª. Edición, Editorial Fontamara, México 2012
- BUSATO, Paulo Cesar, "Justicia e sistema criminal" 5, FAE Centro universitario, Curitiba 2012
- CALERAS, López, Nicolás, Squella, Agustín, "Derechos humanos ¿invento o descubrimiento?" editorial fontamara, México 2013
- CARRASCO, Felipe, coordinador, VERGARA, Nava, Silvino, "Docencia Jurídica" 1ª. Edición, Popocatepetl editores, Puebla, México, 2013
- DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio" Ariel Derecho, Barcelona, 2002
- FOUCAULT, Michel, "El poder, una bestia magnífica" siglo veintiuno, Madrid, 2012
- GALEANO, Eduardo, "Las venas abiertas de América Latina" Siglo XXI, México, 2009
- GROSSI, Paolo "Mitología Jurídica de la Modernidad." Editorial Trotta. Madrid, España. 2003
- HABERMANS, Jürgen, "Verdad y justificación" Editorial Trotta, Madrid. 2007
- HUSTER, Stefan, GARZON, Valdez, Ernesto, MOLINA, Fernando, "Terrorismo y derecho fundamentales" Editorial Fontamara, México, 2013
- KIRCHMANN, J.H. Von. "La Jurisprudencia no es Ciencia". Centro de Estudios Constitucionales, Madrid España. 1983
- LORENZETTI, Ricardo Luís, "Teoría de la Decisión Judicial" Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008
- NINO, Carlos Santiago, "Un País al Margen de la Ley" Emece editores, Buenos Aires. 1992
- PIOVESAN, Flavia, "Dereitos humanos e justicia Internacional" Saraiva, Sao Paulo, 2012
- RADBRUCH, Gustav, "Filosofía del Derecho" Editorial Reus, Madrid. 2007

- RODRIGUEZ, Garavito, Cesar, Coord. "El derecho en América Latina" siglo XXI, Buenos Aires, 2011
- SAVATER, Fernando, "Política para Amador" Ariel, México, 2012
- SILVA, Sánchez, Jesús María, "Tiempos de derecho penal" Editorial B de F, 1ª edición, 2009, Montevideo, Uruguay
- VIGO, Rodolfo Luís,, "De la Ley al Derecho." Editorial Porrúa, 1º Edición, México, 2003
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio. "Criminología Cautelar" Planeta, Buenos Aires 2012