



Universidad de San Carlos de Guatemala
Dirección General de Investigación DIGI

INTRODUCCIÓN AL DERECHO ALTERNATIVO

Investigador: Dr. Jorge Mario Rodríguez Martínez

Introducción

El Derecho alternativo: una visión del Derecho desde la periferia

El surgimiento del Derecho alternativo constituye un acontecimiento jurídico significativo en tanto cuestionamiento del andamiaje conceptual que ha sostenido la idea de legitimidad en la modernidad europea, un esquema civilizatorio que, a través de procesos militares y económicos, ha sido impuesta a lo largo y ancho del mundo. El Derecho alternativo, en la medida en que surge de la problematización de las sociedades de la periferia occidental (especialmente en América Latina), apunta al paradigma jurídico de tal modernidad, el Estado-nación, sometiendo a un análisis crítico la idea de que éste se fundamenta en el acuerdo, libre y racional, entre individuos racionales empeñados en proteger sus derechos naturales. La corriente jurídica que nos corresponde describir aquí, cuestiona la creencia de que la legitimidad del Derecho emerge como producto de su promulgación por parte del Estado que expresa, en su razón de ser y en sus límites, los derechos imprescriptibles del individuo.

En la construcción moderna de la legitimidad, existe una relación directa entre el individuo y el Estado; las comunidades culturales y jurídicas de la Edad Media se desvanecen. Estamos en el terreno de un solo sistema jurídico cuyas reglas pueden ser establecidas a partir de procesos especificables, ya sea a través de un legislador o de una costumbre aceptada como fuente legítima de la ley –una costumbre que, sin embargo, está progresivamente sujeta a límites constitucionales. El pluralismo jurídico de la Edad Media le cede el paso al monismo jurídico de la Edad Moderna. La articulación discursiva de dicho monismo está dada por los presupuestos teóricos del liberalismo y el

capitalismo. El monismo jurídico y el Estado que lo establece se constituyen en la arquitectura normativa que protege al individuo moderno, al sujeto de los derechos del hombre, a ese individuo que, en otra faceta, se manifiesta como el individuo egoísta del capitalismo

Pero la sombra de la sociedad concreta obscurece desde siempre el espíritu abstracto de la racionalidad moderna. La idea de que los individuos que suscriben el pacto que genera el orden civil pueden ser caracterizados de manera abstracta, sin referencia a comunidades determinadas fue objetada desde el principio. Pensadores como Edmund Burke y Jeremy Bentham cuestionaron el carácter abstracto del Estado y los derechos absolutos que se encuentran en su base; el Estado-nación nace con la sombra del carácter abstracto de un ciudadano enteramente individualista. Bentham se lamenta del hecho de que el individualismo de los derechos de la Revolución Francesa disminuye el potencial progresivo del altruismo.¹ Por su parte, Burke critica el mismo hito histórico, mientras echa de menos el papel que las tradiciones juegan en la configuración de un orden social estable y duradero.²

En este trasfondo, y desde diferentes ámbitos y con argumentos disímiles, aparecen las contribuciones críticas de pensadores como Giambattista Vico, Montesquieu, Henri de Saint-Simon, Augusto Comte, Herbert Spencer, Karl Marx, Ferdinand Tönnies, Emilio Durkheim y Max Weber. Estos autores —considerados los precursores o los fundadores de la sociología— nos llevan a concebir el Derecho en

¹ Jeremy Bentham, “Nonsense upon Stilts”, en Jeremy Waldron, *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, Londres, 1987.

² Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France*, ed. por J. G. A. Pocock, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1987.

términos que cuestionan la construcción racional del Estado-nación europeo. Una construcción política que, como señalamos arriba, fue impuesta en contextos geográficos y culturales radicalmente distintos al mundo europeo.

Esta dinámica histórica hace resaltar la progresiva conciencia de que el Derecho debe ser evaluado y comprendido contra el horizonte de factores sociales que determinan y son determinados por éste. Esto quiere decir que desde principios del pasado siglo, se ha ido incrementando la conciencia de que el Derecho está lejos de ser un campo normativo susceptible de ser definido de manera pura y autónoma. Ya no aceptamos la idea de que la práctica del Derecho puede ser descrita exhaustivamente desde la perspectiva, substantiva y metodológica, articulada por los principios generales del Derecho. Vemos como ingenua, o pero aún, como simplemente ideológica la creencia kelseniana de que el Derecho puede ser caracterizado como una ciencia pura, una ciencia del espíritu que puede ser definida con independencia de la filosofía y la ideología política.³

Esta conciencia ha constituido el caldo de cultivo de una disciplina cuyo intenso desarrollo contrasta con su relativa novedad: la sociología jurídica, precisamente la disciplina que abre la perspectiva en la que se sitúa el Derecho alternativo. En efecto, la sociología jurídica plantea, desde su nacimiento a principios del siglo pasado, una visión compleja del Derecho en la que éste puede ser analizado, de manera interdisciplinaria, desde el punto de vista de la complejidad social. El Derecho se ubica en un contexto social y responde de manera dinámicas a sus tensiones.⁴ Situamos el advenimiento del

³ Véase, Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, 15ª. Edición, Porrúa, México, 2007/

⁴ Véase Renato Treves, *La sociología del Derecho: Orígenes, Investigaciones, problemas*, Ariel, Barcelona, 1988.

Derecho alternativo dentro de la dinámica de la sociología jurídica, pero no desde cualquiera, sino de aquella que se apropia creativamente de los movimientos críticos que han puesto de manifiesto las lagunas, las omisiones y los malentendidos del pensamiento occidental moderno.

El Derecho alternativo se constituye en nuestros días como una corriente en la filosofía y práctica del Derecho que trata de responder a los desafíos que presentan sociedades con problemas socioestructurales graves. Esta corriente se centra en confrontar estas carencias con los parámetros normativos de un Derecho monista que está incapacitado para comprender las prácticas normativas no-estatales que rigen la vida de una sociedad. En los desniveles y desajustes que emergen de esta mirada se proyecta el carácter opresivo del Derecho producido desde el Estado. Podría decirse, con los obligados matices, que el Derecho alternativo surge como el precipitado del ejercicio de una sociología crítica del Derecho aplicada a contextos sociales cuasi-fallidos, en este caso, el de las sociedades latinoamericanas.⁵ Los exponentes de esta corriente se afanan en comprender el desencuentro entre Derecho y realidad social, tratando de poner de manifiesto el potencial emancipatorio de las prácticas jurídicas alternativas, en especial, aquellas que subsanan las carencias normativas y axiológicas del monismo jurídico estatalista.

Más allá de esta caracterización general, no es tarea menuda describir con precisión los contornos conceptuales de un movimiento cuyas coordenadas teóricas se está gestando rápidamente en un diálogo continuo que tiene como objeto la comprensión de las realidades inhumanas que agobian a los países subdesarrollados, a los países que

⁵ Para un ejemplo de los enfoques críticos de la sociología jurídica latinoamericana, véase el libro de Oscar Correas, *Introducción a la sociología jurídica*, Fontamara, México.

forman parte del llamado “Tercer Mundo”. Podemos, sin embargo, afirmar que los diversos exponentes del Derecho alternativo enfocan el abismo entre Derecho y realidad a partir de diversas constelaciones de las teorías críticas que fueron desarrolladas en la segunda mitad del siglo XX, precisamente el tiempo en que los discursos optimistas de la racionalidad occidental muestran sus limitaciones. Dicho conjunto de referentes teóricos incluye a doctrinas y movimientos como la filosofía de la liberación, la teología de la liberación, la teoría de la dependencia, las teorías del centro y la periferia de Immanuel Wallerstein, la pedagogía de Freire, los movimientos de revalorización étnica, y en general, todos los movimientos filosóficos que han cuestionado los discursos maestros de la racionalidad occidental (e.g., las teorías críticas desarrolladas por la Escuela de Frankfurt).

El Derecho alternativo se plantea, entonces, como una alternativa teórica frente a las tendencias monistas y estatistas en el campo de la iusfilosofía; este nuevo derecho, referenciado de manera cercana a la realidad latinoamericana, desmonta la ilusión de una teoría autónoma del derecho. Los exponentes del Derecho alternativo critican, desde diferentes ángulos, las construcciones jurídicas modernas que han configurado, de una manera anómala, la historia de los Estados latinoamericanos. El Derecho alternativo nos compromete con un discurso emancipatorio que, como se mencionará más adelante, trasciende inclusivamente el Derecho o el Estado de la modernidad. Esta corriente nos sitúa en la perspectiva de un desarrollo jurídico que no sigue los lineamientos históricos del capitalismo y el liberalismo, y que por el contrario, los desmonta de una manera convincente.

Podemos intentar esbozar en algunos rasgos lo que a nuestro juicio constituye la especificidad doctrinal del Derecho alternativo. En el entendido, sin embargo, de que esta caracterización está lejos de ser completa, no digamos exhaustiva.

En primer lugar, el Derecho alternativo promueve el cuestionamiento de las doctrinas y prácticas jurídicas que informan la axiología liberal-capitalista y el monismo jurídico moderno ínsito en el Estado-nación contemporáneo; en la raíz de esta actitud crítica se encuentra la convicción de que tales elementos han coadyuvado a la crisis global de nuestros días. A los ojos del Derecho alternativo, el monismo jurídico se resuelve en un esfuerzo por mantener las estructuras de poder de sociedades profundamente injustas, desiguales y excluyentes. El Derecho alternativo promueve una clave de lectura substantiva, concreta, solidaria y pluralista de los derechos humanos en términos de la problemática global actual.

En segundo lugar, el sujeto del Derecho alternativo es un sujeto autónomo que es capaz de entender las estructuras sociopolíticas que intentan alienarlo; puede criticar al derecho desde las perspectivas abiertas por estos enfoques teóricos actualizados a la realidad que actualmente se vive en nuestros países. El sujeto del Derecho alternativo se contrapone al sujeto liberal; el primero es un ser solidario y no determinado por sus intereses inmediatos y egoístas, un ser capaz de trascender la visión liberal (egoísta) para integrarse ética y jurídicamente con sus semejantes en el intento de realizar el ideal del bien común.

En tercer lugar, el Derecho Alternativo viene a constituirse como un esfuerzo por reconcebir el Derecho en términos de la situación de los oprimidos. Las prácticas jurídicas defendidas por esta corriente no se agotan en la neutralidad liberal, sino acceden

a una práctica comprometida con los actores sociales explotados, excluidos y marginados. En este contexto, resuena claramente la opción por los pobres defendida por la Iglesia católica post-Concilio Vaticano II, especialmente en el ámbito latinoamericano. El derecho alternativo se ha centrado en plantear un derecho de combate, o como lo señalan los juristas alternativos brasileños, un “derecho insurgente”. Es notable que este esfuerzo no se haya mantenido únicamente al nivel del discurso sino haya alcanzado el terreno de la práctica cotidiana. Esta praxis, se ha manifestado, por ejemplo, en el rol jugado por el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Esta práctica ha transformado la práctica jurídica en una clara opción por cambiar las estructuras sociojurídicas injustas de América Latina.

En cuarto lugar, tal y como es sugerido por el término “alternativo”, esta corriente jurídica conlleva el reconocimiento de prácticas jurídicas que difieren del Derecho dominante, esto es, el monista-estatalista. El monismo jurídico ha hecho de lado, cuando no ignorado de la manera más burda, las contribuciones que ofrece la pluralidad de visiones jurídicas asumidas por diferentes grupos sociales y culturales. El monismo jurídico convierte al Derecho en una práctica opresiva y excluyente. Este punto de vista, desde luego, también es aplicable en los terrenos de la axiología jurídica, dado que el Derecho alternativo opta por reconocer aquellos valores que se plantean como alternativas ante los disvalores individualistas y egoístas, negadores de vida, promovidos por el capitalismo y el liberalismo, especialmente, el neoliberalismo cuyo reinado de dos décadas ha causado un daño difícil de calcular.

Finalmente, es conveniente recordar que el Derecho alternativo, en tanto apuesta por el pluralismo jurídico, no niega necesariamente el Derecho estatal. Se plantea, en

todo caso, una flexible utilización de los sistemas jurídicos estatales y comunitarios, en aras de conseguir una sociedad más justa e incluyente. En este sentido, el Derecho alternativo realza los elementos emancipatorios del Derecho estatal, e.g., los derechos humanos en su sentido más avanzado –eg, los derechos sociales. En este sentido, el Derecho alternativo nos presenta una perspectiva desde la cual se puede elaborar diferentes estrategias para buscar una sociedad más justa. En consonancia con su apuesta por el pluralismo jurídico, el Derecho alternativo se plantea desde un pluralismo discursivo y teórico abierto a las legítimas aspiraciones del pueblo.

II

La relevancia del Derecho alternativo para Guatemala es más que evidente. A lo largo de la historia, las posibilidades de desarrollo e inclusión en nuestro país han sido maniatadas por el desarrollo de una opresión multidimensional cuyos inicios se rastrean hasta el origen de esta sociedad: en un proceso de conquista que de por sí significó la instauración de de la opresión –un punto que no autoriza una visión romántico del pasado indígena. En el marco de este origen problemático, nuestro país exhibe una integración de opresiones étnicas, culturales y económicas que desafía cualquier simplificación teórica; un modelo en cuya cúspide se encuentra una oligarquía cuyas familias, en un número significativo de casos, han mantenido su posición privilegiada durante siglos.

Cabe apuntar que Guatemala se posiciona de manera desventajosa con relación al resto de Latinoamérica, una región caracterizada precisamente por la desigualdad económica más pronunciada del planeta. Según el Informe sobre Desarrollo humano 2007-2008 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el 20% más pobre de

los guatemaltecos accede a un gasto o ingreso del 2.9% mientras que el 20% más rico accede a un 59.5% .⁶ Esta desigualdad se corrobora con notables desventajas en todos los indicadores de desarrollo humano⁷ –cuya arquitectura cuestionable puede ser criticada desde el enfoque del Derecho alternativo. Asimismo, Guatemala es el segundo país de América con mayor población indígena, con el nivel de marginación que puede esperarse de una sociedad en la que el problema indígena y el problema socioeconómico se integran en una mancuerna inextricable y perversa.

Estas figuras se magnifican en contextos profundamente penetrados por el racismo y diversas modalidades de discriminación. Estos factores, exacerbados por una guerra interna que duró más de tres décadas, se encuentran en la base de la actual crisis de seguridad. El andamiaje institucional de la sociedad guatemalteca –en el que subrayamos el prácticamente nulo funcionamiento de la justicia— está virtualmente colapsando ante la imposibilidad de resolver los problemas sociales que carcomen las bases normativas del mundo social –maras, narcotráfico, corrupción, miseria, etc. En este horizonte completamente enfermo se plantea la necesidad de reformar la sociedad haciendo que su arquitectura básica responda a valores renovados, capaces de sacarnos de la crisis que vivimos.

⁶ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *La lucha contra el cambio climático: Solidaridad frente a un mundo dividido*, 2007/2008, p. 285.

⁷ En todo caso, el mismo modelo, desarrollado por Amartya Sen, que se encuentra en la base del PNUD, sería criticable desde el punto de vista del Derecho alternativo. Véase, a este respecto, el primer ensayo de David Sánchez Rubio presentado en esta compilación. Por nuestra parte, podemos ver como el modelo de PNUD define al desarrollo como el proceso “el proceso de ampliar las opciones para lo que la gente para que la gente pueda hacer y ser lo que valora en la vida” (*Human Development Report 2004: Cultural Liberty in Today’s Diverse World*, p. 6). El sujeto liberal, cuya racionalidad se se manifiesta en su capacidad de elección, se constituye aquí en el referente crucial de los programas de desarrollo acuñados por la ONU>

El estudio del Derecho alternativo puede ofrecer líneas contributivas para enfrentar estos problemas profundos precisamente porque apunta a las justificaciones de la respectiva opresión. Esta corriente puede ayudarnos a entender las carencias económicas y étnicas de una sociedad que debe ser repensada desde las raíces. El estudio de nuestra realidad jurídica, de sus vertientes de dominación y opresión, requiere acercamientos sensibles a la realidad que enfrentamos. Necesitamos mucho más que simplemente traducir los enfoques multiculturales de los países poderosos.⁸ Frente a nuestros problemas, se nos plantea la obligación de plantearnos nuevos caminos, rutas en ciertos momentos pueden significar una apropiación creativa de tradiciones olvidadas, reprimidas o simplemente ignoradas.⁹

En este sentido, es dable pensar que no hay posibilidades de crear un nuevo movimiento en términos de un multiculturalismo que no pone en duda las premisas de un liberalismo que privilegia al sujeto de elección que caracteriza al liberalismo moderno. Por un lado, una postura abierta a la riqueza cultural no debe presuponer la validez absoluta de una cultura; por el otro, debe ser capaz de trascender visiones culturales para reconocer aquellos problemas que afectan a todos los seres humanos, independientemente de la comunidad en la que habitan –hambre, opresión, violencia, etc. Es evidente que los paradigmas tradicionales del actual movimiento internacional por los derechos humanos, no pueden atacar las bases de la opresión global moderna en la medida en que asumen los discursos maestros de la racionalidad política occidental.

⁸ Véase, por ejemplo, el libro de Héctor Díaz-Polanco, *Elogio de la Diversidad: Globalización, multiculturalismo y etnofagia*, segunda edición, Siglo XXI editores, México,

⁹ Piénsese, por ejemplo, en el desarrollo de modalidades indígenas de articulación política que, despojadas de su esencialismo, pueden servirnos para interpretar nuestros propios problemas y pensar posibilidades de solución. Véase al respecto mi artículo “Una aproximación teórica a los derechos indígenas en Guatemala” que está disponible en el sitio web de la Dirección General de Investigación de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

III

Es casi redundante enfatizar la necesidad del presente trabajo que ha sido comisionada por la Dirección General de Investigación (DIGI) de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Puede decirse, sin la menor exageración, que este trabajo compilatorio empieza a llenar una importante laguna en el campo bibliográfico de un país en el que las cuestiones de la injusticia legal y el pluralismo jurídico son problemas cuya discusión es necesaria para la superación de una violencia estructural que se ha atrincherado a lo largo de toda la historia. Esta investigación se inscribe en el esfuerzo por exhibir las carencias de un Estado de Derecho formal que se limita a defender las prebendas de los sectores dominantes de nuestro país.

En este horizonte, la presente compilación ha sido guiada por el esfuerzo de brindar una muestra, breve pero significativa, de los enfoques fundamentales planteados por el Derecho alternativo. En especial, nos interesa ofrecer a los estudiantes de Derecho de la Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a los maestrandos y doctorandos en Derecho, un conjunto de textos, informativos y argumentativos, que los estimule a analizar con profundidad la realidad social y jurídica de nuestro país. Compete a los profesionales del Derecho una tarea fundamental, necesaria e impostergable en el esfuerzo por cambiar una sociedad éticamente deficitaria.

Los artículos que componen esta selección han sido buscados teniendo en cuenta tres aspectos: su carácter paradigmático, su brevedad y, por decirlo así, su contundencia. Agradezco a las personas que nos han enviado sus contribuciones originales por haber tomado en cuenta estos criterios. Los artículos han sido distribuidos de manera que primero se lean los trabajos que enfatizan los límites conceptuales del normativismo

moderno, respecto a las bases del Estado constitucional de Derecho –especialmente los derechos humanos. En segundo lugar, se ha incluido textos que ilustran la problemática general del Derecho y la injusticia en América Latina. Por último, hemos situado un trabajo que enfocan la problemática del Derecho indígena en Guatemala; se espera, sin embargo, que para una versión ulterior de esta compilación podamos incluir otros trabajos de pensadores jurídicos guatemaltecos. En este renglón cabe apuntar que es la primera vez que profesionales del Derecho guatemaltecos identifican sus temas con el campo del Derecho alternativo, un aspecto que coadyuvará a la discusión del tema en nuestro país.

Los dos primeros artículos han sido escritos por David Sánchez Rubio, profesor de filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla, quien tuvo la amabilidad de contribuir con dos artículos originales, un auténtico gesto de ayuda tratándose de uno de los exponentes más rigurosos del Derecho alternativo en la comunidad iberoamericana.

En su primera contribución, “*Reversibilidad* del Derecho: los derechos humanos tensionados entre el mercado y los seres humanos y la naturaleza”, Sánchez Rubio señala las deficiencias de la visión hegemónica de los derechos humanos, una visión que, aunque pueda impulsar en un momento dado la causa de la justicia, es últimamente incapaz de suprimir las bases sociales de la injusticia. Así, por ejemplo, Sánchez Rubio nota como decisiones de cortes constitucionales que benefician a la mayoría son simplemente ignoradas por el gobierno. Sánchez Rubio describe el fenómeno llamado la “reversibilidad del derecho”, en el cual el derecho se manifiesta como susceptible de ser aplicado o interpretado en sentidos diferentes, incluso contradictorios. Por otro lado, el profesor sevillano critica la visión garantista del derecho (avanzada, entre otros, por el

pensador italiano Luigi Ferrajoli) que se adopta sin tomar en cuenta la estructura social que distorsiona la aplicación de un ordenamiento jurídico constitucional. En este sentido, Sánchez Rubio critica la ineffectividad del sistema nacional-internacional de los derechos humanos, precisamente en la medida en que dicho sistema no logra superar la lógica impuesta por el libre mercado global y las burguesías nacionales; el potencial positivo del derecho resulta impotente para suprimir las estructuras éticamente deficitarias del mundo social. El autor nos habla de establecer una nueva racionalidad jurídica para sustituirlo con un paradigma basado en la alteridad, el bien común y una economía alternativa, apostando por “la articulación de una concepción compleja, integral y solidaria de los derechos humanos, que no sea mercado-céntrica, formal, abstracta e individualista, sino abierta y vinculada con los *procesos de lucha* (sociales, económicos, culturales, políticos y jurídicos), mediante los cuales los seres humanos y las colectividades reivindican su particular concepción de dignidad”.

En su segundo artículo, Sánchez Rubio somete a un análisis crítico los denominados Objetivos de Desarrollo del Milenio que, como es sabido, constituyen las metas de desarrollo humano establecidas por la comunidad internacional a través de la Organización de las Naciones Unidas.¹⁰ En primer lugar, Sánchez Rubio expone el carácter encubridor de este discurso, dado que éstos no cuestionan las condiciones que promueven la vulnerabilidad de los grupos oprimidos y más bien presuponen el modelo que causa los problemas a remediar. Para decirlo metafóricamente, este discurso sopla el humo, en lugar de apagar el fuego –avivando éste, mientras tanto. En segundo lugar,

¹⁰ Los ocho objetivos del Milenio son: a) Erradicar la pobreza extrema y el hambre, b) Educación Universal, c) Igualdad entre los géneros, d) Reducir la mortalidad de los niños, e) Mejorar la salud maternal, f) Combatir el VIH/SIDA, g) Sostenibilidad del medioambiente y h) Fomentar una asociación mundial.

Sánchez Rubio pone de relieve la falta de conexión de estos objetivos con los derechos humanos, al menos en la medida en que éstos se conciben como producto de la lucha de los actores sociales y no únicamente en sus dimensiones formalistas institucionales y doctrinales. Sánchez Rubio nota cómo el énfasis en la violación propiamente dicha de los derechos humanos obstruye la atención a las condiciones sociales responsables por tales violaciones. Desde la perspectiva criticada por el iusfilósofo español, los grupos y poblaciones afectadas no participan de manera significativa en la transformación de sus condiciones de vida.

En su contribución “Derecho y justicia en Monseñor Romero”, el jurista mexicano Jesús Antonio De la Torre Rangel, sin duda el exponente del Derecho alternativo más conocido en México, nos muestra las raíces proféticas y críticas del pensamiento de Monseñor Arnulfo Romero. El jurista mexicano demuestra como el discurso del obispo y mártir salvadoreño ejemplifica el pensamiento denunciativo que caracteriza a la tradición profética. Conviene recalcar que al hacer esto, De la Torre enfatiza la actualidad del pensamiento humanista católico, una corriente que viene desde los inicios de la sociedad latinoamericana, con la obra de católicos como Fray Bartolomé de las Casas (un pensador cuyo legado ha sido estudiado, precisamente desde el Derecho alternativo, por De la Torre). Esta contribución sigue contribuyendo a descubrir nuevos caminos para una apropiación, crítica y concreta, del pensamiento católico humanista. Finalmente, esta contribución apunta hacia las bases éticas que animan el Derecho alternativo en su tarea de desarticular las estructuras sociales que nublan la vida de las grandes mayorías –un

concepto político que alcanza una formulación sólida en el trabajo del mártir jesuita Ignacio Ellacuría.¹¹

Por su parte, el jurista brasileño Amilton Bueno de Carvalho nos presenta una lacerante y conmovedora carta en la que describe los aspectos ético-morales que están implicados en la actividad de ser juez en Brasil. La lectura de dicho texto es fácilmente aplicable a los demás contextos latinoamericanos y, de seguro, es una lectura que tendrá significativas resonancias para los practicantes del Derecho en nuestro país. Bueno de Carvalho nos muestra lo difícil que resulta sancionar a aquéllos que han sido víctimas de un sistema injusto en un contexto en el que las vidas se pueden perder debido a las acciones de un juez. El juez carioca pone de manifiesto la asimetría implícita en el hecho de que la preocupación con la aplicación de la justicia, no conlleva una insistencia semejante respecto a la falta de garantías que deben vivir aquellos a los que se “aplica” la ley. La contribución de Carvalho es un ejemplo notable del tipo de reflexiones que pueden surgir en el practicante del Derecho alternativo en los contextos genuinamente trágicos de América Latina.

Finalmente, me complace presentar la contribución de Adán René de León Hernández, un profesional del Derecho que labora en el Ministerio Público de Guatemala. Este autor nos ofrece una reflexión sobre la axiología del Derecho maya, tratando de demostrar los valores alternativos que subyacen a un Derecho que, como me fue manifestado verbalmente por el autor, no puede ser conceptualizado simplemente como “costumbre”, ni como “sistema”, dado que el primer término tiene connotaciones peyorativas y el segundo presupone la racionalidad occidental. De León nos muestra

¹¹ Para un estudio de la visión de los derechos humanos en Ignacio Ellacuría véase Juan Senent de Frutos, *Ellacuría y los Derechos Humanos* (Bilbao, Spain: Desclée de Brouwer, 1998).

cuáles son las diferencias entre el Derecho occidental y el Derecho maya, y lo hace poniendo de manifiesto las diferentes filosofías que subyacen a tan disímiles visiones jurídicas. Este autor, además, reflexiona acerca de la protección de la norma jurídica en el universo cultural maya. El trabajo de De León Hernández, en la medida en que se plantea desde un conocedor del Derecho alternativo, tiene el mérito de ofrecer una primera aproximación al problema y puede servir como una plataforma discursiva para discutir el problema respectivo. Como ya se señaló con anterioridad, esperamos incluir en un futuro otras contribuciones que coadyuven a una mayor discusión del Derecho alternativo en Guatemala. Ojalá que el texto de De León Hernández contribuya a este objetivo en el futuro próximo.

IV

Los artículos ofrecidos aquí sólo han recibido pequeñas modificaciones editoriales para unificar el formato general de la compilación. Agradezco a Jesús Antonio De la Torre Rangel y a Amilcar Bueno Carvalho su amable autorización para publicar textos que habían sido dados a luz en otros lugares. Me place reconocer la amabilidad de David Sánchez Rubio y a Adán René De León Hernández, quienes han escogido este lugar para dar a conocer sus trabajos.

El espíritu que anima el presente trabajo es generar una discusión ineludible para construir el andamiaje jurídico democrático e incluyente que realmente responda a las necesidades del pueblo guatemalteco. Esto es importante ahora que la Universidad de San Carlos de Guatemala está esforzándose en promover su labor investigativa para responder a su misión histórica con el pueblo de Guatemala. Esto es aún más significativo después

de dos décadas de represión y de ahogamiento de la función crítica de la universidad nacional guatemalteca.

Nos anima el deseo que este trabajo contribuya a una mayor conciencia de los problemas jurídico-políticos de la sociedad guatemalteca. Necesitamos que los investigadores sociales se resuelvan a estudiar los temas respectivos con mayor detenimiento y profundidad. La sociedad guatemalteca no sólo lo merece, sino que lo necesita de manera urgente. Como lo decía Emile Durkheim, el Derecho es una manifestación de la solidaridad social, el movimiento ético-jurídico que ahora se constituye es una manifestación discursiva que plantea una meta clara e imprescindible para el tiempo que viene.

Jorge Mario Rodríguez

Guatemala, octubre de 2008

Reversibilidad del Derecho: los derechos humanos tensionados entre el mercado y los seres humanos y la naturaleza¹²

David Sánchez Rubio

En el año 1996, el Tribunal Supremo de la India ordenó la retirada de toda la acuicultura de langostino establecida en sus ecosistemas costeros. La causa era la destrucción medioambiental que estaba produciendo la cría intensiva del langostino con fines exclusivamente comerciales. La demanda presentada por ecologistas y comunidades pesqueras indias contra la política de “saqueo y huida”, prosperó hasta tal punto que el mismo Tribunal desautorizó el establecimiento de la industria acuícola (intensiva y extensiva) impulsada por la llamada “revolución azul”.

En tal ocasión, sólo se permitió la actividad de la producción previamente establecida, de carácter tradicional y popular, entre otras cosas, por su consabido escaso impacto negativo sobre la ecología local. También, porque aseguraba la conservación y la continuidad de diversas formas de vida presentes en esos ecosistemas, y como medida de protección de los modos de vida ancestrales de las comunidades pesqueras dirigidos a satisfacer sus necesidades más básicas. Además, se dispuso que antes de marzo del año 1997, todas las industrias no autorizadas, que se hubieran establecido en esas zonas, debían ser retiradas por completo. Simultáneamente, tenían que pagar a los/as trabajadores/as acuícolas por despido, aparte de compensar al campesinado de la zona por

¹² Una versión más amplia aparece como Introducción en David Sánchez Rubio, Norman J. Solórzano Alfaro e Isabel V. Lucena Cid (eds.), *Nuevos colonialismos del capital. Propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos*, Icaria Editorial, Barcelona, 2004.

los daños y perjuicios ocasionados en relación a las pérdidas económicas y medioambientales. Para todo ello el alto Tribunal ordenó al gobierno federal la ejecución plena e íntegra de su sentencia.¹³

Tal como señala Vandana Shiva, esa decisión del Tribunal Superior de la magistratura india supone un hito histórico, principalmente porque confirma el valor de la vida humana por encima del valor de los dólares obtenidos por la exportación de langostinos.

En ese sentido, por una parte, debemos reconocer el *uso emancipador* que se puede hacer del ordenamiento jurídico positivo. Si se siguen los cauces procedimentales establecidos por un estado de derecho, las reivindicaciones populares pueden tener un buen final, al menos institucionalmente. Todavía más si hay una constitución o una “norma de normas”, que reconoce derechos fundamentales. Mas, por otra parte, también debemos reconocer que, aún cuando las causas demandadas judicialmente, que llegan a ser favorables desde el punto de vista de la justicia social, medioambiental y de los derechos de los pueblos, lamentablemente solo se dan de manera *puntual y reducida*. Además, pueden quedarse en nada, incluso después de pasar exitosamente por los tribunales.

Esto último fue lo que pasó en el caso arriba señalado, pues, tras la sentencia, el gobierno indio, que estaba aliado con los intereses empresariales, tuvo como prioridad máxima la inaplicación del fallo judicial, al punto que, hasta la fecha, las industrias productoras de langostinos siguen funcionando, salvo aquellas que han terminado agotadas y colapsadas.

¹³ Cfr. V. Shiva, *Cosecha robada. El secuestro del suministro mundial de alimentos*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 70.

Luego, esa condición de *reversibilidad* del derecho¹⁴ es un aspecto a tener en cuenta, máxime si se pretende obtener (o no obtener) acciones institucionales conformes (o contrarias) a proyectos de justicia. Sin embargo, debido a que tanto entre profesionales y operadores del derecho como del común hay una confianza casi ingenua respecto del nivel normativo-positivo de los ordenamientos jurídicos, muchas veces se tiende a olvidar e ignorar otras dimensiones fundamentales que deben ser tenidas en cuenta, entre ellas: el contexto estructural, las relaciones de fuerza y los procesos sociales en donde se sitúa el derecho. Esta ausencia es uno de los grandes defectos sobre los que se asientan los dogmas y/o creencias de nuestra cultura jurídica, al punto de incurrir muchas veces en una *falacia garantista*.¹⁵

Por esta razón, con el ejemplo de la sentencia del Tribunal indio queremos remarcar lo siguiente: *el paradigma y los criterios sobre los que se asienta el derecho nacional e internacional de los derechos humanos, en el marco de la globalización, no resultan operativos en las condiciones y lógicas que imponen hoy día las economías de mercado y las sociedades burguesas dominantes*. Es más, como contrapartida, los sistemas normativos e institucionales establecidos por la *lex mercatoria* impulsada por la OMC, dentro de la cual se sitúa el ADPIC, tiende a incrementar la marginalidad de los elementos eficazmente garantistas de las constituciones nacionales y de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos.

¹⁴ Entendemos por *reversibilidad* esa condición del derecho de ser interpretado y aplicado en uno o en otro sentido, incluso contradictorios entre sí; asimismo, al hecho de que los derechos específicos, inclusive todos ellos juntos, son producto de un proceso histórico de luchas sociales, en sentido genérico, de ahí que lo mismo se pueden ganar que perder. Esto hace que la eficacia de un derecho específico, inclusive de todos ellos juntos, se sustenten en una dinámica social orientada conscientemente a sostenerlos.

¹⁵ Respecto de esa *falacia garantista* y su elucidación, resulta obligada la referencia a Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (título original *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza & Figli, 1989), Trotta, Madrid, 1995.

Asimismo, la fuerza operativa de esa *lex mercatoria* es tal que sus directrices normativas acaban siendo cumplidas *servilmente* por los gobiernos, al punto de que éstos se olvidan de hacer eficaces las reclamaciones populares y ciudadanas reconocidas por sus respectivas normas fundamentales. Las normas de la OMC acaban situándose por encima de las normas de protección de los derechos humanos. Esta es la situación respecto de los sistemas de protección de propiedad intelectual, ya sea en lo referente a la salud, la alimentación, la biodiversidad o las creaciones culturales, entre otras. En la medida que se articula bajo una concepción exclusivista de tutela de los intereses del mercado, tiende a desplazar los intereses de las comunidades locales, los pueblos y los seres humanos.

Lo anterior no podía ser de otra forma si los principales objetivos de la OMC son: conseguir un crecimiento económico corporativo sin fin; avanzar hacia la mayor privatización y mercantilización posibles; integrar y fusionar la actividad económica de todos los países en un único modelo de desarrollo, homogéneo y centralizado; levantar las barreras a la inversión de los países poderosos, y, eliminar cualquier impedimento al libre flujo de dinero especulativo a través de las fronteras nacionales.¹⁶ Para lograr dichos objetivos, las empresas transnacionales, que se amparan en la OMC, ponen especial empeño en acceder a nuevos recursos, a fuentes de mano de obra nuevas y más baratas, y a nuevos mercados.

Por lo demás, en el instante que cualquier estado, organización o colectivo cambia el orden de prioridad de estos objetivos, en atención a consideraciones de salud, medioambiente, alimentación y, en general, de derechos humanos, la OMC y las

¹⁶ Cfr. VV.AA., *Alternativas a la globalización económica*, Foro Internacional sobre Globalización, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 34 y ss.

empresas transnacionales activan todos sus mecanismos institucionales para rechazarlos. La argumentación que se utiliza para justificar la virulencia con la que se ataca cualquier acción alternativa es que éstas distorsionan e impiden el libre comercio, por eso son consideradas acciones desleales. Entonces, casi solo queda la vía de claudicar ante la capacidad sancionadora del aparato jurídico-represivo y militar del nuevo *constitucionalismo de los negocios*. Por lo mismo, la mayoría de los gobiernos terminan por acatar, muchas veces con sospechosa diligencia, las eufemísticas *orientaciones* de la OMC, inclusive las políticas domésticas de los estados deben pasar por la previa aprobación de ésta.

De ahí que los gobiernos estatales, de ser garantizadores de los derechos fundamentales de sus ciudadanos/as, se convierten en ejecutores de las políticas de las grandes corporaciones y de los beneficiarios del gran capital.¹⁷ Así, en el ejemplo con el que empezamos este apartado, el gobierno de la India, asumiendo una posición contraria a los intereses de sus comunidades populares costeras y contradiciendo la sentencia judicial, se limitó a aplicar las directrices, las “recomendaciones” y las presiones de la industria comercial que estableció la acuicultura del langostino.

Profundizando un poco más, el iusfilósofo argentino Alejandro Medici ha denunciado la funcionalidad del paradigma normativo occidental del derecho y de los derechos humanos con respecto a la invisibilización de la violencia estructural que genera esta oleada globalizadora del capital. Tanto los límites y la fragilidad de las garantías

¹⁷ "Las corporaciones y sus gobiernos aliados emplean regularmente las normas y el sistema de imponerlas de la OMC para atacar las medidas que los gobiernos establecen para proteger la salud, la seguridad y la cultura de sus gentes y para preservar el medio ambiente. Pero con las normas de la OMC, los gobiernos avanzan cada vez más hacia la protección de los beneficios y los derechos de propiedad de las empresas y las entidades financieras. Aunque la OMC presume de imponer una serie de normas uniformes que limitan las políticas de interés público de los países miembros, no hace nada por limitar los excesos de las corporaciones globales y los especuladores financieros, dos necesidades regulatorias prioritarias. Al contrario, regula los gobiernos nacionales y locales para evitar que sean ellos quienes ajusten el comercio y la inversión internacionales. En pocas palabras, los regula para proteger a las corporaciones" (cfr. VV.AA., *Alternativas a la globalización económica*, op. cit., p. 72).

jurídicas existentes para los derechos humanos, como la ausencia de otras garantías que puedan enfrentar los factores estructurales que provocan sistemáticas situaciones de injusticia, se deben principalmente a las características específicas de ese paradigma normativo que, por lo general, ignora las tramas sociales de dominación e imperio que lo envuelven.

Siguiendo a Johan Galtung, este iusfilósofo argentino destaca tres componentes intrínsecos de la concepción estrecha y menguada del derecho: *individualismo*, *casuismo* y *selectividad*.¹⁸ *Grosso modo*, por la vía del individualismo, el sistema jurídico asume a los actores individuales como la unidad básica de análisis, sean como violadores o sean como víctimas de los derechos. El daño que esta dimensión provoca sobre los pueblos indígenas, por ejemplo, es indescriptible, dada la concepción cosmogónica y colectiva que poseen de sus derechos.¹⁹ Paradójicamente, este mismo individualismo permite la visualización de los intereses de los estados, y cada vez más de las empresas del gran capital, bien como sujetos garantes, bien como víctimas de la violación de derechos.²⁰ Por eso no sorprende el hecho de que, con frecuencia, nos topamos con el capital transnacional como uno de los promotores para el establecimiento de estas dinámicas.

¹⁸ La referencia a Johan Galtung, *Direitos humanos. Uma nova perspectiva*, Instituto Piaget, Lisboa, 1998, pp. 47 y ss., está tomada del texto inédito de A. Medici, “Ocho propuestas sobre la necesidad de recuperar los derechos humanos como concepto crítico en el contexto de la globalización neoliberal”.

¹⁹ Ver el trabajo de Mikel Berraondo, “Nuevos retos para los pueblos indígenas. Propiedad intelectual y corporaciones transnacionales”, en David Sánchez Rubio et al, *Nuevos colonialismos del capital...* El autor vasco remarca, junto a la indignante impunidad de las actuaciones de las grandes corporaciones contra los pueblos indígenas, los límites del sistema general de protección internacional de los derechos humanos porque, aparte de su debilidad institucional, está concebido por filosofías e imaginarios distintos a los de los pueblos indígenas. Asimismo visibiliza las limitaciones y las carencias de las mayorías de las constituciones y legislaciones nacionales con respecto a esos pueblos y sus formas de vida ancestrales. Los derechos indígenas se estructuran sobre la idea de comunidad, mientras que los derechos occidentales se asocian más al individualismo atomístico. Los derechos colectivos no suelen ser reconocidos como derechos humanos dentro del prisma occidental.

²⁰ Inclusive, podríamos ver en la historia del *individuo*, que plasma en la idea de *persona jurídica*, en tanto abstracciones funcionales a la protección de los intereses del capital, el esfuerzo sistemático por desplazar al sujeto natural, sujeto humano como fin del derecho.

Además, esta concepción jurídica únicamente se fija en los actores individuales en el momento en que cometen una acción previamente tipificada (delito). Por tanto, las causas estructurales de las violaciones de derechos humanos quedan ocultas, y las consecuencias de tales violaciones (efecto dañoso) son asumidas por los sistemas criminales, que están limitados a juzgar únicamente los efectos directos de la acción humana, en una dinámica que, por lo demás, termina resolviéndose como un conflicto entre buenos y malos. Con ese proceder se olvidan las relaciones y posiciones que se dan entre los actores, es decir, las estructuras que producen formas difusas y generalizadas de violación de derechos humanos. Quedan al margen las contradicciones propias de contextos relacionales que se asumen como “dados de antemano”, y cuya dinámica se mueve entre la explotación, la segmentación, la fragmentación y la marginación, en clara contraposición con las aspiraciones de igualdad, autonomía, integración, solidaridad y participación.²¹

En consecuencia, los sistemas positivos de garantías, aparte de ser débiles institucionalmente, sólo atienden los efectos de acciones directas y excepcionales de determinados actores, pero no pueden “llevar a juicio” a las estructuras que generan aquellas violaciones difusas y/o efectos indirectos que son propios de la inercia o dinámica estructural de un sistema que margina a las mayorías, vinculado como está con tramas sociales de desigualdad y dominación. Todavía más, la concepción *monista* y *nomista* del derecho, asentada en el patrón del Estado como único creador y garante de las normas jurídicas (directamente a nivel nacional -la ley-, indirectamente a nivel

²¹ Las anteriores consideraciones convergen con la propuesta de Alejandro Medici, del cual puede verse, además, el artículo “Los derechos humanos y el orden global. Tres desafíos teórico prácticos” que, en coautoría con Joaquín Herrera Flores, aparece en David Sánchez Rubio et al, *Nuevos colonialismos del capital*..

internacional -el tratado-), contrasta con la presencia de otros sistemas normativos, que quedan mejor visualizados a través del prisma del *pluralismo jurídico*.

Resulta que el derecho internacional de los derechos humanos es una de las diversas formas jurídicas que acompañan la globalización. Coexiste e interacciona con otras jurisdicciones, algunas de ellas contradictorias entre sí, con distintas racionalidades, ritmos, directrices, objetivos y niveles de eficacia. Dentro de este panorama de *policentrismo normativo* (A. Medici), la *lex mercatoria* y el “nuevo constitucionalismo” de tipo neoliberal representan el instrumental jurídico del capital transnacional. Con éste se pretende avanzar hacia una mayor privatización y mercantilización de todas las esferas de la existencia, tal como en su momento explicamos. Mediante este conjunto de normas e instituciones, se amplía el espacio para la actividad y el beneficio económicos, dotándoles de un respaldo jurídico vinculante. El derecho, junto a la ciencia, entonces, se ponen abiertamente al servicio del proceso de subsunción real de la sociedad y la naturaleza en el capital.²²

Por consiguiente, mientras la *lex mercatoria*, asentada sobre un derecho informal, consuetudinario y flexible, fruto de las prácticas del mundo de los negocios, se encarga de agilizar el comercio y maximiza las ganancias, a la par que reduce los costos transaccionales (sociales, ambientales y fiscales) de la producción, el nuevo

²² Boaventura de Sousa Santos ya destacó el trayecto paralelo de la funcionalización de la ciencia y su transformación en la principal fuerza productiva del capitalismo, en el momento de convergencia y posterior fagocitación de la modernidad por aquél. En ese periodo (siglo XIX), el derecho moderno en su tarea de asegurar el orden exigido por el capitalismo, y como racionalizador de segundo orden de la vida social, actuó como acicate para la cientificación de la sociedad. Para ello se convirtió él mismo en científico y se apegó al molde estatal, que acabó por hacerse hegemónico. En ese sentido, véase Boaventura de Sousa Santos, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003, pp. 133-134. Actualmente, el uso de la ciencia y el derecho por parte de la economía de mercado no es más que otra vuelta de tuerca hacia esa utopía trascendental de capitalización total de la existencia. Mas esa tendencia está operando simultáneamente con otros procesos, igualmente históricos, al punto de que llegamos a un periodo de *transición paradigmática* (Santos), que bien puede significar el colapso total si seguimos por esa ruta, o bien, la corrección radical del rumbo, lo que en expresión provisional Wim Dierckxsens llama *postcapitalismo*.

constitucionalismo neoliberal brinda estabilidad y seguridad a la movilidad del capital por medio de instituciones, formas jurídicas y tratados multilaterales que obligan a los estados. Ambos bloques normativos plantean un paradigma jurídico opuesto al *paradigma del constitucionalismo garantista*, cimentado en el Estado de derecho y los derechos humanos. Asimismo, los primeros pugnan por hacerse hegemónicos y, mediante la forma jurídica, presionan para asegurar, consolidar y utilizar la lógica de la globalización neoliberal (A. Medici).²³

Tal es la capacidad de doblegar a los gobiernos de los mismos estados nacionales, que se puede hablar de un “diferencial de eficacia” (A. Medici) entre cada una de estas jurisdicciones: la fuerza vinculante y la eficacia de los procedimientos de resolución de disputas de la OMC y su capacidad sancionadora es mucho mayor que la eficacia de los mecanismos de protección de derechos humanos del derecho internacional. Inclusive, el primero tiene el poder de activar y desactivar zonas enteras del sistema constitucional, principalmente en el caso de aquellas materias que constituyen lo que consideren distorsiones u obstáculos a la acumulación del capital por parte de las corporaciones transnacionales. Por esta razón, no es que haya una *inconmensurabilidad* entre dichos conjuntos normativos, como pretenden algunos, sino que hay *interferencias* entre la cadena normativa del constitucionalismo de los negocios y la del constitucionalismo garantista de los derechos humanos.

Otro ejemplo de esta postración ante ese constitucionalismo de los negocios, específicamente en el ámbito de la propiedad intelectual y la biodiversidad, lo tenemos en

²³ Véase Alejandro Medici, “Garantismo global de los derechos humanos *vis a vis* globalización neoliberal. O de las condiciones de posibilidad del discurso jurídico garantista en el contexto de la globalización”, en David Sánchez Rubio, Joaquín Herrera Flores y Salo de Carvalho, *Anuário Iberoamericano de direitos humanos (2001/2002)*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, pp. 3 a 40.

la comparación entre el ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) y el *Convenio sobre Diversidad Biológica*. Este último es un instrumento perteneciente al derecho internacional de los derechos humanos. Su objetivo es la protección de la biodiversidad, el conocimiento tradicional, los derechos de los pueblos (p.e., la exigencia del consentimiento informado previo a la concesión de patentes); también se orienta por regular la distribución equitativa de los beneficios obtenidos por el sistema de patentes. De esta forma se pretendía enfrentar la biopiratería, la cual hoy día está orquestada al amparo del sistema de patentes de la propiedad intelectual.

Lamentablemente, con independencia de las carencias propias del *Convenio sobre Biodiversidad Biológica*,²⁴ el ADPIC posee una mayor fuerza coercitiva efectiva en la medida que es más fácil de poner en práctica, no sólo por el apoyo institucional que lo respalda, sino también por las transformaciones estructurales que el gran capital ha gestado en este tiempo de globalización.²⁵ Esta situación se torna más aguda si lo comparamos con la Declaración Universal de Derechos del Hombre (1948), o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y entramos a valorar el grado de efectividad de las disposiciones normativas de uno y otros textos.²⁶

En otro orden de cosas, las posibilidades de tomar medidas que pongan freno a la virulencia multidireccional del empuje neoliberal antes de que llegue a su colapso total, pasa por la adopción de múltiples políticas de transformación en todos los niveles. No basta con quedarse en un único ámbito, menos pensar que el derecho puede ser la

²⁴ Como es la escasa o nula preocupación por las reivindicaciones indígenas. Ver Mikel Berraondo, op. cit.

²⁵ En este sentido véase Martín Khor, *El saqueo del conocimiento*, Icaria, Barcelona, 2003, p. 65.

²⁶ Ver Alejandro Medici, “Garantismo global de los derechos humanos *vis a vis* globalización neoliberal...”, pp. 29-32.

panacea de todas las soluciones. Lo jurídico hay que integrarlo en un marco más general. Nos encontramos con la necesidad de implantar una *nueva racionalidad jurídica*, basada en la *alteridad* y el *bien común*, lo mismo que se debe articular *un nuevo paradigma económico alternativo*, que no reduzca el valor de las cosas a simple precio de mercado ni la actividad humana a mero comercio.

Para conseguir la transformación de los sistemas económico y jurídico, de corte neoliberal, hay que actuar paramétrica y estratégicamente, adoptando desde todos los ámbitos, espacios y lugares sociales, medidas a corto, medio y largo plazo, de carácter tanto local, nacional e internacional como de intensidad media y alta. Esto así si se quiere enfrentar eficazmente la lógica del gran capital, dada su capacidad de expansión y regeneración, que si bien no es ilimitada, hoy si tiene las llaves de la *solución final* y una clara voluntad de utilizarla. Por eso las actuaciones en busca de alternativas no deben ser sólo jurídicas, sino también económicas, políticas, culturales, etc., a todos los niveles (como ejemplo están los pueblos indígenas y su capacidad de movilización jurídica y de presión política). En la medida de lo posible, movimientos sociales, ONG, intelectuales, sindicatos, pueblos indígenas, comunidades de vecinos, países empobrecidos, etc., respetando sus particularidades y autonomías, deberían adoptar acciones más o menos coordinadas y de convergencia, tal como sucede con el Foro Social Mundial, que ha tenido su sede en Porto Alegre, y otros foros de carácter continental y local.²⁷

Independientemente del grado de intensidad de las diversas actuaciones de lucha y resistencia, uno de los frenos más importantes para detener la expansión del capital se

²⁷ En este sentido hay un texto inédito de François Houtart, “La convergencia de movimientos sociales: un ensayo de análisis”. Sobre las alternativas de corto, medio y largo plazo, ver François Houtart y François Poulet, *El otro Davos. Globalización de resistencias y de luchas*, Plaza y Valdés, México, 2000; también, sobre las alternativas económicas ver VV.AA., *Alternativas a la globalización económica*, *supra cit.*, y, en general, el monográfico de la revista *Alternativas Sur*, nº 1, vol. I, CETRI-CIP, Madrid, 2002, titulado “A la búsqueda de alternativas ¿otro mundo es posible?”.

manifiesta en el principio y pilar axiológico (parámetro) que prohíbe la patentabilidad de la vida, mucho menos en aquella faceta vinculada con la salud, la alimentación y la biodiversidad. Por este motivo, hay que rechazar el ADPIC, ya que, entre otras situaciones conflictivas, con su artículo 27,3b permite expresamente el patentamiento de determinados organismos y la manipulación genética. Como contrapartida, se deben crear otras normas que favorezcan el reconocimiento y la protección de espacios no susceptibles de ser comercializados.

Detener el proceso de invasión de la globalización neoliberal, en todos los aspectos de la vida y la naturaleza, implica defender que muchas dimensiones del mundo social, cultural y económico deben estar fuera del alcance del mercado, sobre todo aquellos aspectos que permiten el mantenimiento y el desarrollo de nuestras condiciones de existencia: el aire, el agua, las variedades de plantas y especies animales, los genes de todas las criaturas, las reservas de conocimiento humano, semillas para el cultivo sostenible y tradicional, etc. *Nada que sea básico para la supervivencia humana puede ser objeto de monopolio y de privatización.*

Para poder realizar este principio, tanto la figura de los derechos humanos como los denominados “bienes comunes”, “comunes globales” y/o “herencia o patrimonio común de la humanidad”, desempeñan un papel fundamental. No obstante, hay que evitar el uso de estos conceptos desde marcos categoriales, concepciones y líneas ideológicas que les dotan de un significado supeditado a la lógica del capital transnacional. Por eso, sobre los derechos humanos, en el marco de las sociedades capitalistas, es válido apuntar que son, preponderantemente, derechos del propietario, del poseedor de riqueza, es decir, de bienes jurídicos que se ubican dentro de un mundo pensado a partir del mercado,

siendo la relación mercantil su centro. De ahí que resulta imposible o sumamente difícil reclamar derechos humanos, para seres humanos concretos y vivos, frente a la institución del mercado capitalista, que se asume como mercado total. En tal caso, en vez de adoptar una posición de defensa de los derechos de las personas humanas, corporales y necesitadas, hasta se llega a dotar a simples categorías colectivas (como las empresas) de la posibilidad de tenerlos y ejercerlos.

Como contrapartida, frente a un ordenamiento interpretado en el contexto del mercado y en función del mercado, hay que apostar por la articulación de una concepción compleja, integral y solidaria de los derechos humanos, que no sea mercado-céntrica, formal, abstracta e individualista, sino abierta y vinculada con los *procesos de lucha* (sociales, económicos, culturales, políticos y jurídicos), mediante los cuales los seres humanos y las colectividades reivindican su particular concepción de dignidad.²⁸ De ahí la importancia que tiene la apertura de espacios de confluencia intercultural, para que los derechos colectivos de comunidades y de pueblos indígenas (derechos de los pueblos), también sean reconocidos como derechos humanos.

Finalmente, en la misma línea, resulta paradójico que la figura de *patrimonio común de la humanidad* sea utilizada como estrategia de los países industrializados, al atribuir el estatuto de *res communis* a bienes como el patrimonio genético o la biodiversidad. El propósito no es otro que hacerlos susceptibles de libre acceso y utilización, para que de esta manera puedan ser libremente apropiados, como *res nullius*, y así obtener el monopolio de su uso.²⁹ Al respecto, el Foro Internacional sobre

²⁸ Al respecto véase Joaquín Herrera Flores, "Hacia una concepción compleja de los derechos humanos", en J. Herrera Flores (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal.*, Desclée de Briuwer, Bilbao, 2000, y en general, los textos contenidos en ese volumen.

²⁹ Cfr. José Manuel Pureza, *El patrimonio común de la humanidad*, Trotta, Madrid, 2002, p. 363.

Globalización señala: "las corporaciones globales insisten en que las pequeñas comunidades no deben reservarse este valioso material genético, sino que todo el mundo debe tener acceso a él. En efecto, las empresas emplean el lenguaje de los comunes globales hasta el momento en que confirman su patente monopolista sobre el material. En este punto, se abandonan todos los argumentos en defensa de los comunes. En su lugar, las grandes empresas dicen que se les debe permitir reservarse esos materiales genéticos mediante las patentes, con el fin de tener la posibilidad de recuperar la inversión hecha en investigaciones, en beneficio de toda la humanidad".³⁰

Tradicionalmente ha habido aspectos de la vida que, desde tiempos remotos, han quedado al margen del proceso de mercantilización y, más recientemente, de subsunción real del capital. Determinados bienes se han aceptado como de propiedad colectiva, o como el patrimonio común de todos los pueblos y comunidades que existen para que todos los compartan. Ambos grupos de bienes se denominan "comunes", aunque los pertenecientes al primer tipo se consideran "comunes de la comunidad": espacios públicos, las tierras comunales, los bosques, la dotación genética, los conocimientos locales innovadores sobre plantas medicinales, y las semillas de las comunidades desarrolladas desde tiempos ancestrales. El segundo bloque, en cambio, se llaman los "comunes globales": la atmósfera, los océanos, el espacio exterior, la Luna, la Antártida. Unos y otros coinciden en una característica clave: *pertenecen a todos y nadie tiene un derecho exclusivo sobre ellos*.³¹

³⁰ Cfr. VV.AA., *Alternativas a la globalización económica...*, p. 112.

³¹ *Ibid*, pp. 107-108.

No obstante, no es igual defender un uso común de un bien reduciéndolo a su simple libre acceso, que se hace excluyente cuando se administra y utiliza privativamente, que exigir la regulación de ese uso común del bien en beneficio de todos, con la preocupación de preservarlo también para todos. Para alejar a estos “comunes” de una dimensión patrimonialista y posesiva, hay que reformular el principio de libre utilización de bienes o espacios comunes, articulándolos desde la aceptación de usos confluentes y administración compartida, y el rechazo de usos excluyentes y no distributivos.

En ese sentido, el jurista lusitano Boaventura de Sousa Santos habla incluso de un derecho de la humanidad (*jus humanitatis*) referido a entidades naturales y materiales que pertenecen a toda la humanidad, respecto de los cuales todos los pueblos tienen derecho a opinar y participar en el manejo y la distribución de los recursos. Expresa *la aspiración a una forma de dominio de los recursos naturales o culturales que, dada la extrema importancia de estos para la sostenibilidad y la calidad de vida sobre la tierra, debe ser considerada como propiedad global y manejada a favor de la humanidad como un todo, tanto presente como futura.*³²

Dicha propuesta implica, además, una lucha por un nuevo patrón de desarrollo y de sociabilidad, que incluirá un nuevo contrato social con la tierra, con la naturaleza y con las generaciones futuras. La humanidad no es concebida como una comunidad de propietarios, sino como una comunidad universal de participación entre seres humanos. No obstante, este marco de socialización será modulado, es decir, se construirá desde la diversidad de espacios sociales y culturales para su gestión. Habrá momentos en los que

³² Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del derecho*, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, 1998, p. 245.

la administración de determinados bienes será local (p.e., conocimientos tradicionales sobre productos medicinales o alimentarios), y en otros se administrará desde el ámbito nacional o por toda la comunidad internacional. En todos los casos, siempre con la intención panorámica y redistributiva en el reparto equitativo de los recursos y los beneficios que se obtengan. Se trata de establecer una especie de régimen de condominio que beneficia a toda la humanidad, pero controlado no sólo por los estados sino, principalmente, por las propias comunidades locales y los propios pueblos indígenas. Desde esta perspectiva, el sistema de propiedad intelectual no es el mejor instrumento de protección y garantías de la biodiversidad y del derecho de los pueblos.

ODM y derechos humanos: Una relación insuficiente y carente

David Sánchez Rubio

Occidente tiene la costumbre de proclamar valores y principios que luego no pone en práctica o incumple. Algo parecido sucede con los Objetivos para el Desarrollo del Milenio (ODM) a los que se le acusa (denuncia que comparto), entre otras cosas, de ser una proclamación emotiva de una timidez extrema o lo que es peor, de expresar una falsa y engañosa proclamación fruto de los intereses de quienes salen siempre más beneficiados de un sistema socioeconómico que estructuralmente general desigualdad. Por esta razón nos encontramos con unos valores supuestamente emancipadores que están ideológicamente perfilados para ocultar la realidad de pobreza, de opresión y de exclusiones masivas aceptadas y toleradas por aquella parte de la comunidad internacional que en su versión institucional tanto pública como privada se ha preocupado por construir los ODM. Estos serían una especie de maquillaje para invisibilizar la injusticia que se mantiene por las condiciones estructurales que producen la vulnerabilidad de aquellos colectivos que, aparentemente, se pretenden proteger con los ocho objetivos. El modelo de desarrollo que subyace en ellos, ocasiona exactamente lo mismo que aparentemente pretende enfrentar.

En este pequeño trabajo no me voy a detener en probar directamente esta trampa que refuerza y esconde una desigualdad estructural basada en la defensa de un sistema económico capitalista y que consolida la separación entre lo que se proclama y lo que se realiza con los ODM, sino que más bien enfocaré el problema de manera indirecta con

unas breves pinceladas por razones de tiempo y espacio. En concreto, haciendo una lectura en clave de derechos humanos, intentaré demostrar o sugerir: a) la ausencia de conexión que existe entre los diversos objetivos con derechos humanos como elementos cruciales para posibilitar el crecimiento de la autoestima humana y, además; b) en mostrar que si existe alguna relación, se realiza desde una concepción y una idea restringida y reducida de derechos humanos que desempodera a los seres humanos porque no se les reconoce en su capacidad de dotar de carácter a sus propias producciones con autonomía, responsabilidad y autoestima.

Si hacemos una lectura rápida de los ocho objetivos, podemos deducir varios elementos o conceptos que sí tienen que ver con derechos humanos, al menos, nominalmente: el principio de no discriminación por razones de género; el reconocimiento de grupos vulnerables; el derecho a condiciones de vida digna; el derecho a no pasar hambre; el derecho a la salud; el derecho a la educación; el derecho al medio ambiente; etc. Ahora bien, el problema reside en cómo y de qué manera se conciben esos derechos y, lo que es más importante, cuál es el protagonismo que se le otorga a las poblaciones afectadas.

Generalmente cuando se habla de derechos humanos se suele acudir a una idea de los mismos basada en las normas jurídicas, en las instituciones con el Estado a la cabeza y en ciertos valores que le dan fundamento como la libertad, la igualdad y la solidaridad. Esto consciente e inconscientemente implica el protagonismo de los funcionarios de la administración de cada Estado y en los especialistas encargados de interpretar las normas. Como mucho, también se suele acudir a los activistas de derechos humanos que actúan la mayoría de las veces, de manera paternalista. Con ello se crea una situación de

subordinación y supeditación de las personas y de los ciudadanos a las decisiones y a las acciones de quienes representan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial o a una ONG más o menos altruista. Además, si observamos, resulta que circunscribimos derechos humanos a una simple reivindicación o demanda judicial interpuesta ante los tribunales de justicia, una vez que los mismos han sido violados. Luego solemos defender una concepción pos-violatoria de derechos humanos. Estos parecen que solo existen una vez que han sido violados, no importándonos aquella dimensión de su realidad que se construye o se destruye antes de acudir al Estado.

Frente a esta concepción excesivamente jurídico-positiva, estatalista, formalista y delegativa bañada bajo una cultura atomista e individualista, que es la que se proyecta y se trabaja sobre los ODM aunque con vínculos escasos, vamos a intentar ofrecer, desde la teoría, una noción más compleja de derechos humanos que procesual, relacional y dinámicamente se construyen a partir de prácticas sociales y acciones humanas que empoderan sujetos. En este sentido utilizaré los aportes del filósofo y analista político chileno Helio Gallardo, para quien derechos humanos tienen como referente básico la vocación de autonomía de los sujetos sociales como matriz de autonomía de los individuos o personas. Guardarían relación con la capacidad que el ser humano tiene y debe tener como sujeto para dotar de carácter a sus propias producciones en entornos que no domina completamente y también estarían vinculados con la disposición de denunciar y luchar contra cualquier situación que imposibilite esta capacidad de crear, significar y resignificar a las instituciones socialmente producidas. Para nuestro autor “sujeto” quiere decir ponerse en condiciones sociales e individuales de apropiarse de una existencia a la que se le da carácter o sentido desde otros, con otros, para otros y para sí mismo y de

comunicar con autoestima esta experiencia de apropiación. Asimismo, por “autonomía” entiende que para los seres humanos resulta posible pasar mediante acciones desde experiencias de menor control (o enajenadoras) a experiencias de mayor control (liberadoras) por parte de quienes las viven.

Como una primera reflexión, a partir de esta breve noción de derechos humanos, sería interesante que nos fijáramos hasta qué puntos los ODM tienen como pretensión un fuerte y claro compromiso para que la población afectada participe e intervenga activamente en la constitución de modelos de desarrollo y en las decisiones de todos aquellos que les afecte. Evidentemente, comprobamos que dicha pretensión brilla por su ausencia.

El mismo Helio Gallardo nos da algunos elementos que forman parte del concepto de derechos humanos. A partir de estos distintos elementos, observaremos cómo nuestro imaginario oficial y más difundido solo se fija en alguno de ellos, desconsiderando o dando escasa importancia a ámbitos fundamentales para entenderlos y ponerlos en práctica. Estos insumos infravalorizados nos pueden permitir superara y/o enfrentar esa separación que sistemáticamente existe entre lo que se dice y lo que se hace sobre derechos humanos y que impiden desarrollarnos como sujetos y autónomamente. Veámoslos a continuación:

- Comúnmente y desde un plano teórico, los derechos humanos suelen asociarse y conocerse por lo que, a lo largo de la historia, nos han dicho y nos dicen determinados pensadores o filósofos. Autores como John Locke, Francisco de Vitoria, Rousseau, Hobbes, Kant, Norberto Bobbio, Ferrajoli, Habermas, son algunos de las mentes lúcidas

que han hablado sobre derechos humanos. El problema radica no en las iluminadoras reflexiones que sobre los mismos nos aportan sino en pensar que son ellos, los filósofos o especialistas, quienes los crean, olvidando el detalle de que derechos humanos son producciones socio-históricas generadas por actores sociales sobre las que y sobre quienes se teoriza.

- Asimismo, una faceta importante de los derechos humanos es su proceso de institucionalización y reconocimiento normativo tanto a escala nacional como internacional. Cuando movimientos sociales como el de la burguesía en el proceso de conformación de las sociedades modernas, o como el movimiento obrero en el siglo XIX y los movimientos de las mujeres y el indígenas en el siglo XX con sus antecedentes en el pasado, se levantaron para reivindicar mayores espacios de libertad y denunciar distintas formas de exceso del poder (económico, cultural, étnico, libidinal, etc.), el objetivo del reconocimiento constitucional y jurídico se hizo crucial para objetivar sus demandas. De ahí la importancia que tiene la dimensión jurídico-positiva de los derechos humanos, pero el darle excesiva importancia provoca, como veremos, una eficacia minimalista, reducida e insuficiente con relación al número de violaciones que todos los días suceden en el mundo y el tipo de garantías procedimentalistas que se establecen como respuesta.

- Además, junto con el reconocimiento normativo, la eficacia y la efectividad jurídica de derechos humanos suele ser el principal recurso al que se acude para garantizarlos. Que haya tribunales de justicia a los que acudir para denunciar y estados de Derecho para que los derechos fundamentales sean protegidos no es algo que haya que despreciar, todo lo

contrario. Lo que sí creo es que hay que subrayar que centrar nuestro imaginario solo en estos tres elementos, sobredimensionándolos, tiene efectos dañinos para la mayoría de la humanidad. Para demostrar lo que estoy diciendo, solo tenemos que fijarnos en este ejercicio de reflexión: ¿cuántas violaciones de derechos humanos suceden todos los días en el mundo o en los estados que se dicen de derecho? Seguro que muchísimas, incalculables diría yo. ¿Cuántas de esas violaciones son atendidas judicialmente, con sentencia favorable y además efectiva? Seguro que siendo generosos, la proporcionalidad es de un 99,9999 % de violaciones y un 0,0001 %. Por tanto algo pasa cuando nuestro imaginario camina por paisajes tan pequeños.

Repito aunque son importantes y necesarias las dimensiones filosófica, institucional y de efectividad de los derechos humanos, son insuficientes. Por esta razón hay que ampliar la mirada. Tenemos el mal hábito de infravalorar otras dos dimensiones:

- En primer lugar aquel ámbito que da origen a los derechos humanos: la lucha social. Los derechos humanos tienen más que ver con procesos de lucha por abrir y consolidar espacios de libertad y dignidad humanas. En concreto pueden ser concebidos como el conjunto de prácticas sociales, simbólicas, culturales e institucionales que reaccionan contra los excesos de cualquier tipo de poder que impiden a los seres humanos constituirse como sujetos. Son prácticas que se desarrollan diariamente, en todo tiempo y en todo lugar y no se reducen a una única dimensión normativa, filosófica o institucional, ni tampoco a un único momento histórico que les da un origen. Derechos humanos guardan más relación con lo que hacemos en nuestras relaciones con nuestros semejantes, ya sea bajo lógicas o dinámicas de emancipación o de dominación, que con lo que nos

dicen determinados especialistas lo que son (aunque también repercute en nuestro imaginario y en nuestra sensibilidad sobre derechos humanos).

- En segundo lugar, y muy relacionado con lo anterior, para hacer efectivos derechos humanos, las actuaciones humanas y la sensibilidad popular por reconocerlos aluden a una dimensión pre-violatoria de los mismos que nada tiene que ver con la dimensión jurídica. Por tanto, hay una eficacia no jurídica que tiene mucho que ver con la sensibilidad socio-cultural, el grado de aceptación y el modo como derechos humanos son asimilados, significados, resignificados y entendidos.

Desde mi punto de vista, los ODM aparte de fijarse poco en derechos humanos, cuando lo hace, solo se detiene en la dimensión formal, institucional y doctrinal, sin preocuparse de que son los mismos seres humanos a través de las tramas sociales que los constituyen como sujetos o como objetos quienes pueden o no pueden diariamente construir y reconocer derechos de manera solidaria y recíproca, de ahí la clara dimensión política que tienen, además, de la conexión que poseen con la necesidad de que la gente gane poder y lo ejerza emancipadoramente.

Por razones de tiempo no puedo entrar en consideraciones interculturales. Hasta ahora me he detenido en un plano más intracultural, propio de nuestro contexto occidental. Solo referirme a que tanto los ODM como derechos humanos se deben basar en las prácticas y en las experiencias locales de las comunidades y grupos sociales vulnerabilizados que, desde ellos, deben ganar en autoestima a partir de sus propias formas de entender la economía política, el modo de producir bienes, la manera de estructurar sus relaciones sociales entre ellos, con los demás y con la naturaleza. Se trata

de recuperar otras interacciones, construcciones y expectativas culturales que sean encarnaciones y expresiones plurales de lo humano, subrayando sus contextos de vida y sus capacidades de reconocerse como sujetos. No se trata de proponer un relativismo o particularismo cerrado sino un pluriversalismo de confluencia en el que lo universal se va elaborando por medio de los puntos de encuentro interculturales, nacidos de particularismos abiertos tensionados de universalidad también abierta que nos hablan de desarrollo, de educación, de modos distintos de satisfacer necesidades humanas, de relacionarse con los otros y con el medio ambiente, etc.

Jesús Antonio De la Torre Rangel

En el prólogo escrito en un libro que recién han publicado los misioneros combonianos sobre *El Martirio en América Latina*, Enrique Dussel nos refiere que un franciscano, San Francisco Solano, en el siglo XVI, cuando fue invitado por unos encomenderos de Tucumán a presidir la mesa en una comida, se puso de pie como en señal de oración, creyendo los comensales que iba a bendecir la mesa, tomó un pedazo de pan y dijo: “Este pan, el fruto del trabajo de los indios –y lo apretó y empezó a salir sangre-, ha sido amasado con su sangre. No puedo comerlo. “Y se marchó a su convento.³⁴

El 24 de marzo de 1980, cuando se encontraba celebrando misa en la Capilla del Hospital La Divina Providencia, en la capital salvadoreña, fue asesinado Monseñor Oscar Arnulfo Romero, Arzobispo de San Salvador. Precisamente en el momento del Ofertorio, cuando ofrecía al Padre el pan y vino, frutos de la tierra y del trabajo de los hombres, se escuchó el disparo y la bala asesina se incrustó en su cuerpo. Así se quiso silenciar la voz de los sin voz; así quiso acallarse la voz de la justicia; la voz de aquel que, junto con el pan y el vino, ofreció diariamente su vida al Padre de Jesús, al denunciar la injusticia de su trabajo, al cual se le quita el pan que produce.

³³ Tomamos el presente artículo del libro de Jesús Antonio De la Torre Rangel, *El Derecho que nace del pueblo*, Ed. Porrúa, México, 2005. El artículo fue originalmente publicado en *Christus 567-568*, de agosto-septiembre de 1983. (Una primera versión la publicó *Garantía*, revista jurídica de alumnos de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, Marzo-Abril de 1983).

³⁴ Enrique Dussel, “Palabras Preliminares”, en *El Martirio en América Latina*, Ed. Misiones Culturales de Baja California, A.C. México, 1982, pp. 4-5.

Monseñor Romero fue auténtico Pastor y auténtico Profeta, consecuentemente, Mártir.

Como profeta tocó toda la dimensión social e histórica. Como Profeta abordó, entonces, lo jurídico, la legalidad, las cuestiones de Derecho y Justicia.

La primera afirmación fundamental sobre el profeta es que proclama la voluntad de Dios –escribe Sobrino- y la proclama en directo sobre la realidad histórica en toda su complejidad cultural, social, económica, política y cultural... La palabra profética versa sobre la vida y la muerte de los hombres, sobre las relaciones de justicia e injusticia que se generan entre ellos; sobre la opresión y la liberación.³⁵

En todo su discurso profético, pues, aborda lo jurídico. Se refiere a la legalidad en general, a ciertas leyes en especial y lo relativo a la administración de justicia. Denuncia la legalidad injusta estructural por un lado, y la violación de las normas jurídicas vigentes que protegen los derechos fundamentales de la persona humana, por otro.

Oscar Arnulfo Romero aborda lo jurídico como Profeta y también como Pastor. Me explico: como Profeta, al abordar toda la problemática histórica, toca lo relativo al Derecho, pero además, se inscribe, podríamos decir, en una línea teológico-filosófica del Derecho, según la tradición profética del antiguo Testamento; y como Pastor, está inscrito también en la tradición más pura de la corriente filosófica del iusnaturalismo católico, es decir en la tradición del pensamiento jurídico-político de la Iglesia, y además, también

³⁵ Jon Sobrino, *Oscar Romero. Profeta y Mártir de la Liberación*. Ed. Centro de Estudio y Publicaciones, Lima, 1981, p. 15.

como parte de su misión pastoral, cuida de sus ovejas, busca proteger a su pueblo, concretamente dando apoyo al Socorro Jurídico.

Me confieso lego en cuestiones de teología. Pero al hacer las afirmaciones arriba escritas estoy pisando terrenos de teología eclesial, al referirme a la pastoral y a la profecía sintetizadas en la persona de un obispo. Por lo tanto debo intentar desentrañar la cuestión.

Habitualmente se entiende como una tensión dialéctica dentro del seno de la Iglesia, la que se da entre el *conservar* la tradición y la institución, que sería la misión del Pastor; del obispo, y por otro el profetismo, la *innovación*. Estos dos carismas en el seno de la Iglesia, en muchas ocasiones la dividen, hacen que atraviese el conflicto dentro de sí misma.

Jon Sobrino escribe: “Profecía e institución son elementos indispensables, pero históricamente están en pugna, y por ello surge el conflicto.”³⁶

Institución y profecía son elementos indispensables los dos, en la Iglesia.

La institución se va haciendo necesaria para tomar decisiones a nivel doctrinal, ético y de vida litúrgica y comunitaria. Se necesita la creación de una tradición sobre Jesús que se mantenga viva, puede ser mantenida a lo largo de la historia, y mantenida en pureza, por lo que toca a lo fundamental... Pero la profecía es la que justifica en último término a la misma institución. Sin profecía la Iglesia desaparecería literalmente. Se convertiría en depósito de una verdad abstracta; negaría su verdad

³⁶ Jon Sobrino, “La Conflictividad Dentro de la Iglesia.” *Christus*, diciembre de 1976, núm. 493, México, p. 26.

fundamental de que Jesús es el Hijo y es capaz de hacer de los hombres hermanos suyos que recorran en la historia el camino que El recorrió.³⁷

En Monseñor Romero se da esa rarísima síntesis de lo profético y lo institucional en una persona. A pesar de lo afirmado arriba, esto es posible porque Oscar Arnulfo Romero busca la unidad eclesial “no basada en la uniformidad impuesta, ni en una fe expresada genéricamente, sino en la misma misión, en el hacer como Jesús en una situación determinada”.³⁸

Oscar Arnulfo Romero se encontró, históricamente, como obispo, responsable de conservar lo establecido, la tradición en la Iglesia; pero al mismo tiempo supo discernir el momento histórico de su pueblo, oprimido, humillado, vejado. Y entonces, como hombre de Dios, tuvo que asumir la misión de la Iglesia de hacer presente al Jesús histórico que busca el Reino de su Padre. Y tuvo que asumir esa misión profética sin dejar de ser obispo responsable de una institución, de una comunidad eclesial.

Estas rarísimas síntesis de Pastor y Profeta son posibles solo asumiendo la misión de Jesús; solo se pueden dar en hombres fidelísimos a Dios y a su pueblo. Monseñor Romero sin desatender la institución que se le encomendó, es capaz de denunciar la injusticia y anunciar el Reino de Dios.

³⁷ Ibid., supra.

³⁸ Ibid., supra, p. 29.

Gracias a Dios “no han desaparecido del todo de la Iglesia esos obispos de los cuales San Ambrosio decía que eran de oro y que consagraban el vino en cálices de madera”.³⁹ Porque felizmente si bien

... es verdad que se establecerá siempre una dialéctica entre el ministerio establecido y el carisma innovador. Sin embargo, en los grandes momentos históricos de cambio, donde la Iglesia debe comprometerse con los mas pobres, el episcopado ha brillado frecuentemente....⁴⁰

La tradición jurídico-política del iusnaturalismo católico

Ese 24 de marzo, día de su martirio, fue un lunes. El domingo anterior Monseñor Romero había quitado toda legitimidad al sistema.

Si durante los dos últimos años de su vida había estado denunciando días tras día, la injusticia y la violación de los derechos humanos de que era objeto su pueblo, ninguna de sus denuncias había calado tan hondo como la homilía del 23 de marzo. Fue la gota que derramó el vaso si se quiere, pero la más pesada de todas: *tocando el terreno de la más estricta moral, mando rechazar toda orden injusta:*

Yo quisiera hacer un llamamiento de manera especial, a los hombres del Ejército y en concreto a las bases de la Guardia Nacional, de la Policía de los cuarteles. Hermanos, son de nuestro mismo pueblo, matan a sus

³⁹ Arturo Paoli, “Golpear al Pastor: ¿Quién asesino al obispo Angelelli?”, *Christus*, octubre de 1977, núm. 503, p. 42.

⁴⁰ Enrique Dussel, “Orígenes del Episcopado.” *Servir* núm. 99, 1986, p. 395.

hermanos campesinos, y ante una orden de matar que de un hombre debe de prevalecer la ley de Dios que dice: NO MATARAS... Ningún soldado esta obligado a obedecer una orden contra la ley de Dios... una ley inmoral nadie tiene que cumplirla... La Iglesia defensora de los derechos de Dios, de la ley de Dios, de la dignidad humana de la persona, no puede quedarse callada ante tanta abominación...En nombre de Dios, pues, y en nombre de este sufrido pueblo, cuyos lamentos suben hasta el cielo, cada día más tumultuosos, les suplico, les ruego, les ordeno en nombre de Dios: cese la represión...⁴¹

Este alegato político y moral de Monseñor Romero, va encaminando a la ruptura de un orden establecido –“desorden” diría Mounier- basado en la violencia y en la injusticia. Y lo fuerte del discurso es que va dirigido precisamente a los sostenedores, en última instancia, de ese “orden”: los soldados. Como escribe ALPONTE:

Monseñor Romero, no solo eligió al pueblo, sino que estableció un propósito, en la historia social de la lucha, que merece, en este punto, extrema atención: la legitimidad de la desobediencia, es decir, la moral de la desobediencia, la moral, en síntesis, del pensamiento critico ante la opresión.⁴²

⁴¹ El Salvador, *La Situación de los derechos Humanos*: octubre 1976-julio 1981. Socorro Jurídico, Arzobispado de San Salvador, Impreso en México, 1981, p. 253.

⁴² Juan María Alponete, “Monseñor Romero”, *unomasuno*, México, 26 de marzo de 1980.

Y esa moral de la desobediencia de toda ley u orden injusta, que postulo Oscar Arnulfo Romero, esta inscrita dentro de la mas pura tradición filosófica política y jurídica cristiana. Santo Tomas de Aquino y los teólogos juristas españoles Juan de Mariana y Francisco Suárez, por mencionar solo unos cuantos, avalan la postura de Monseñor Romero.

Santo Tomás afirma en la Suma Teologica que las leyes humanas que se establecen contra la ley de Dios “de ningún modo pueden observarse” y aquellas que son injustas, “el hombre no esta obligado a seguir tales leyes”.⁴³

El jesuita Francisco Suarez escribe:

Digo, pues, en primer lugar, que al concepto y a la esencia de la ley pertenece que mande cosas justas. Esta tesis no solo es cierta según la fe, sino además clara según la razón natural...⁴⁴ Hemos dicho que la ley humana puede obligar en conciencia; ahora investigamos si esto es intrínseco a la ley. Damos por supuesto que se trata de una ley verdadera y valida, porque, para que una ley obligue, es preciso que sea verdadera ley, pues la que no es verdadera ley tampoco puede obligarlo como ley. Y para que un ley sea verdadera ley, es preciso que tenga las prioridades esenciales a la ley que se pusieron en el libro lo., y sobre todo que sea justa y razonable, porque una ley injusta no es ley y, por consiguiente,

⁴³ Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Tratado de la Ley,Articulo Cuarta. ed. Porrúa. Col. Sepan Cuantos, núm. 301, México 1981, pp. 42-43-

⁴⁴ Francisco Suárez, *Tratado de la ley y de Dios Legislador*, Libro 1, cap. IX.

conforme a lo dicho en el mismo libro lo. tampoco puede obligar en conciencia.⁴⁵

Ahora bien, si en la homilía del domingo 23 de marzo de 1980, Oscar Arnulfo Romero, ordenó a los soldados la resistencia pasiva, esto es, la desobediencia legítima por razones de tipo moral, y con esto le quitó al régimen todo tipo de legitimidad, durante los dos últimos años de su vida hizo una denuncia constante de la opresión sufrida por su pueblo.

Monseñor Romero, como Pastor, no solo recurre a la tradición filosófico-jurídico-política de raíz cristiana para defender, con su discurso pastoral, a su pueblo. Sino que, además, cuida de sus ovejas; se preocupa de los sufrimientos concretos de su pueblo y trata de ayudar a resolverlos.

Oscar Arnulfo Romero tiene una práctica social acorde con su discurso pastoral, también en lo relativo a la legalidad. Monseñor Romero le da impulso al Socorro Jurídico y lo incorpora al Arzobispado. El Socorro Jurídico había sido formado en 1975 por abogados y estudiantes católicos para defender los derechos de los pobres.

Con el apoyo del Arzobispado por un lado, y la creciente violación de los derechos humanos por otro, la importancia del Socorro Jurídico en El Salvador se ha hecho fundamental en la tarea de aliviar los sufrimientos del pueblo por el ataque institucional a sus derechos.

Como Pastor conservó la tradición del mensaje cristiano, oponiéndose a la conservación de los privilegios de las clases dominantes.

⁴⁵ Suárez, ob. Cit. Libro 111, cap. XXII, t. II, p. 291.

Su denuncia profética, en lo que a cuestiones de Derecho se refiere, se presenta de dos formas: 1) en general a la legalidad opresora; y 2) la corrupción de la administración de justicia, en concreto.

Respecto de la denuncia general al Derecho vigente en El Salvador, sintetizo, con una frase original escuchada a un campesino, la “legalidad de la injusticia” –como diría Dussel-: “La leyes como la serpiente. Sólo pica al que esta descalzo.”

Monseñor Romero constató que las leyes promulgadas y su aplicación favorecían siempre a los poderosos y aplastaban al débil, al descalzo. En su mensaje del primero de enero de 1980, afirmo que la ley debe ser para defender al pobre y no una ley, supuestamente imparcial, que de hecho siempre favorece a los poderosos.

Se opuso a las leyes de Garantía y Defensa del Orden Publico –pretexto jurídico para matar al pueblo-; protestó contra los decretos de Estado de Sitio; y las leyes que introducían supuestas reformas sociales las veía con reserva porque “van teñidas de sangre”.⁴⁶

Ahora bien Monseñor Romero concreto la crítica a la injusta legalidad opresora de su pueblo, en la acusación directa a la administración de justicia por su corrupción, y en concreto culpó de la misma al máximo tribunal de la nación: la Suprema Corte.

Por otra parte, hermanos, no podemos olvidar que un grupo de abogados lucha por una amnistía, y publica sus razones que han motivado a pedir esta gracia a tantos que perecen en las cárceles. Estos abogados denuncian también anomalías en el procedimiento en la Cámara Primera de lo Penal,

⁴⁶ Homilia Dominical del 23 de marzo de 1980, en *El Salvador. La situación de los derechos humanos*, ob. cit.

donde el juez no permite a los abogados a entrar con sus defendidos; mientras se permita a la Guardia Nacional una presencia que atemoriza al reo, que muchas veces lleva marcas evidentes de la tortura. Un juez que no denuncia las señales de la tortura sino que sigue dejándose influir por ellas en el ánimo de su reo, no es juez justo.

Yo pienso hermanos, ante estas injusticias que se ven por aquí y por allá, hasta en la Primera Cámara y en muchos juzgados de pueblos, ¡ya no digamos: jueces que se venden! ¿Qué hace la Corte Suprema de Justicia? ¿Dónde está el papel trascendental de una democracia de este Poder que debía estar por encima de todos los poderes y reclamar la justicia a todo aquel que lo atropella? Yo creo que en gran parte del malestar de nuestra Patria tiene allí su clave principal, En el Presidente y en todo los colaboradores de la Corte Suprema de Justicia, que con más entereza debería de exigir a las Cámaras, a los juzgados, a los jueces, a todos los admiradores de esa palabra sacrosanta LA JUSTICIA, que de verdad sean agentes de justicia.⁴⁷

Ante el requerimiento de la Corte de Justicia de que dijera los nombres de los jueces “venales”, Monseñor Romero en su homilía dominical del 14 de mayo de 1980, les contesta profundizando su acusación y denuncia de la corrupción de la justicia haciéndolo pormenorizadamente, repasando cada uno de los derechos fundamentales del hombre y del trabajador que consagra la Constitución salvadoreña. Y termina diciendo que esa

⁴⁷ Homilía dominical del 30 de abril de 1979, en *Monseñor Oscar Romero. Su Pensamiento. IV*, Publicaciones Pastorales del Arzobispo, San Salvador, 1981, pp. 192-193.

denuncia que ha ce de las injusticia que sufre el pueblo se la impone el Evangelio “y estoy dispuesto a enfrentar el proceso y la cárcel aunque con ellos no se haga mas que agregar otra injusticia”.⁴⁸

De esta homilía de domingo de Pentecostés, entresacamos algunos párrafos:

...los derechos fundamentales del hombre salvadoreño son pisoteados día a día, sin que ninguna institución denuncie los atropellos, y procese sincera y efectivamente a un saneamiento de los procedimientos... Varias madres, esposas e hijos, que de extremo a extremo, en todo el territorio han recorrido el triste calvario de la búsqueda de aquel ser querido, sin encontrar absolutamente ninguna respuesta. Nos consta que existen cerca de ochenta familias con algún miembro que ha sido capturado, sin que hasta hoy hayan sido consignados a ningún tribunal... ¿Cuántos reos no han sido presentados ante los Tribunales con evidentes marcas, señales de malos tratamientos?...? ...Los obreros, de conformidad con el artículo 191 de nuestra Constitución “tienen derecho de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos”. Este principio... es vulnerado en diversas formas. Desde el hecho de restringir la libertad de dirigentes obreros, hasta otorgar sutilmente prebendas y concesiones a aquellos laborantes que rechacen la organización sindical... Ya no digamos el derecho que “tienen los trabajadores a la huelga” (Art. 192 Constitución Política). Esta medida utilizada en caso extremo por el obrero salvadoreño ha sido reprimida y tergiversada a mansalva. Se dice

⁴⁸ Ibid., supra, p. 247.

que la mayoría de las huelgas son “subversivas”, que obedecen a consignas internacionales”, a pesar de que como medida legal son puestas en practica por el trabajador para defender contratos colectivos de trabajo, salarios, días de vacaciones reconocidos en la ley laboral, y para proteger sus intereses profesionales...⁴⁹

Su denuncia jurídica, recuerda a los profetas:

¿Hasta cuando Yavé, te pediré socorro

Sin que tú me hagas caso,

Y te denunciaré que hay violencia

Sin que tú me liberes?

¿Por qué me obligas a ver la injusticia

Y te quedas mirando la opresión?

Solo observo robos y atropellos

Y no hay más que querellas y altercados.

La ley, prácticamente, ya no existe, nadie se comporta como es debido.

Como los malvados

Tienen atemorizados a los buenos,

El derecho aparece

Mas torcido que nunca.

(Habacuq 1, 1-4)

⁴⁹ Ibid., supra, pp. 245-247.

Oscar Arnulfo Romero, como Pastor fiel a la tradición del mensaje cristiano; y como Profeta, haciendo histórico ese mensaje dentro de la conflictividad social que le tocó vivir, está consciente que sin *Justicia* no puede existir la *Paz*.

“Cumple la justicia y tendrás la paz, a fin de que se besen entre si la justicia y la paz” (San Agustín. *Comentarios a los Salmos*).

“El fruto de esta justicia será la paz.”

(Isaías, 32, 17)

Sobre la jurisdicción criminal en Brasil, hoy. Carta abierta de un juez brasileño a juz juez
español⁵¹

Amilton Bueno de Carvalho

Querido colega Perfecto: Con ocasión de nuestros dos debates (en la Rábida y en Buenos Aires) me hiciste una pregunta inquietante: ¿Cómo se es juez criminal en Brasil en el momento actual?

De entrada me sentí tentado a responder con otra pregunta: en vista de lo que aquí acontece, ¿Cómo no ser juez?

Pero para que se entienda la realidad de nuestra justicia criminal son necesarias algunas explicaciones sobre el sistema federal brasileño, donde además de la Justicia Militar existe la Judicatura Federal, que se ocupa básicamente de las infracciones penales cometidas contra los bienes, servicios o intereses de la Unión, de sus autonomías, o de empresas públicas (la misma regla se da en la Jurisdicción Civil). Están, además, la Judicatura Laboral (con estructura federal) y la Electoral (que aunque también articulada de ese modo se ejerce por magistrados pertenecientes a la judicatura de cada Estado, que actúa con competencia residual. Yo pertenezco a esta última.

La organización de esta Judicatura corresponde a cada Estado de la federación brasileña. Como las peculiaridades de cada Estado (incluso por la extensión del país) son

⁵¹ Tomamos este artículo del libro compilado por Jesús Antonio De la Torre Rangel, *Derecho alternativo y crítica jurídica*, Ed. Porrúa, México, 2002. Esta es una carta dirigida a Perfecto Andrés Ibáñez, famoso juez español, ligado al ejercicio de la judicatura por más de veinte años. Miembro del Grupo llamado Justicia Democrática, y actualmente codirector de la revista *Jueces para la Democracia*. Autor, entre otros libros, de *Justicia/Conflicto*. (Edit. Tecnos, Madrid, 1998). La traducción del portugués es de Carlos López Keller.

muy específicas, me atrevería a decir que en Brasil no existe judicatura, sino judicaturas: la de Río de Janeiro, ciertamente, no es la de Bahía, de Sao Paulo o de Amazonas.

Soy juez criminal en la ciudad de Porto Alegre, capital del Estado de Río Grande do Sul (si miras en el mapa, notarás que Río Grande do Sul queda en el extremo sur, frontera con Uruguay y Argentina: el lugar menos tropical de Brasil). Circula el tópico de que la Judicatura de Río Grande do Sul es de las mejores (o de las menos malas), tanto por la estructura como por la cualificación técnica de sus integrantes. Por ejemplo, aquí la tramitación de los autos no desmerece nada de la de los países europeos.

Pero si el objeto de tu curiosidad es saber de la jurisdicción criminal, antes se debe tomar en consideración la situación de las cárceles. Es que, desde mi óptica, no hay manera de disociar la naturaleza de la pena (posiblemente prisión) del acto de juzgar. La pregunta que se me plantea es la siguiente: ¿Cuál es el destino de las personas eventualmente condenadas a la cárcel?

Pues bien, la situación penitenciaria en Río Grande do Sul (y en el resto del país) es caótica. El presidio Central de Porto Alegre tiene capacidad para alojar a 660 personas, pero está ocupado por 1800, aproximadamente. Celdas de ocho metros cuadrados albergan a seis presos. En determinadas penitenciarias, los presos duermen por turnos, debido a la falta de camas (unos por la mañana, otros por la noche, otros por la tarde); unos duermen en el suelo, otros de pie, atándose a las rejas; la alimentación es propia de animales (algunos comen con las manos). La violación de los derechos humanos es algo escandaloso y corriente (un colega encontró en una celda un preso herido de bala treinta días antes, que no había sido socorrido; otro apaleado por agentes penitenciarios, con fracturas, también sin atención. Los familiares de los presos con ocasión de las visitas,

sea cual fuere la edad, sufren examen visual ginecológico y anal, por parte de los encargados de seguridad que, según, ellos, están preocupados por la entrada de drogas en el presidio (es la revista íntima). Además, está el problema del SIDA, que alcanza el 25 por 100 de los presos (aquí el drama es fuerte: condenar a alguien a presidio, donde probablemente será víctima de violencia sexual, implica la probabilidad de resultar contaminado). Pero hay más, mucho más, que necesitaría un libro para ser descrito. En suma, casi todo recuerda para peor, a las mazmorras de la Edad Media.

Pero el surrealismo, querido colega, llega al extremo si se piensa que la Constitución Federal y la Ley de Ejecuciones Penales garantizan el respeto al preso, disponiendo que nadie será sometido a tratamiento inhumano o degradante, que se asegura a los presos el respeto a la integridad física y moral, el derecho a celda individual, etc. No obstante, todo esto se queda en puro discurso, pues existe la tendencia a cumplir la ley sólo cuando beneficia a nuestros iguales (pequeños burgueses perfumados).

En la ejecución de la pena surge algo que me parece patológico (muy próximo a la esquizofrenia). En el momento de apurar la culpa somos puntillosos en la obediencia a la legalidad y condenamos a los reos. El discurso es uno: la ley debe ser aplicada. Sin embargo, es cuando el individuo va cumpliendo la sanción, la legalidad no tiene el menor significado (principalmente para los positivistas legalistas). Así, la legalidad es obediencia para perseguir, pero no para favorecer. En este momento, querido Perfecto, ser revolucionario es luchar para que la ley se cumpla (lo que denomino <<positividad combativa>>), pero la tarea llega al límite de lo imposible.

Por otro lado, la población carcelaria está compuesta básicamente por pobres, negros y analfabetos. Y no pienses en un prejuicio solamente de los operadores jurídicos. ¡No! La propia legalidad es cruel, pues los delitos conllevan una condena de cárcel, son, por regla, los cometidos por los pobres. Los comportamientos delictivos que tienen el aval ético de los integrantes de las clases más favorecidas económicamente, o no llevan consigo pena de cárcel, o no son delitos, o no son investigados (aquí la investigación la realiza la policía, ligada al Ejecutivo, por lo que los jueces y los fiscales sólo actúan *cuando* quiere la policía), o son absueltos. Las preguntas de Chambliss tienen sentido: no interesa saber por qué se cometen delitos, sino por qué ciertos actos son considerados crímenes y otros no. En verdad, quien tiene el poder de decir lo que es *delito* y cual la *pena correspondiente*, evidentemente se protege (e históricamente el legislador representa a las élites). Entonces, hasta el discurso sobre la seguridad necesita un cuestionamiento previo: ¿Seguridad para quién? ¿Contra quién?

Por eso se dice en Brasil que el derecho penal tiene algo en común con la Teología de la liberación: opto por los pobres, sólo que aquél para perseguirlos y ésta para emanciparlos. Y en Brasil hay cerca de treinta millones de miserables por las calles (lo que equivale a la población de Argentina, por ejemplo).

Así, en los tribunales aterrizan, por lo general, pobres que son autores de delitos de hurto, robo o consumidores de drogas, Aquí está la clientela criminal básica.

¿Cómo actuar, con todo, en este contexto, sabiendo que la cárcel es degradante y que aquéllos que sufren procesos son, generalmente, los pobres?

Pienso que para los jueces esta situación tiene contornos dolorosos. Es que el juez, al condenar a alguien, consciente o inconscientemente, se adhiere en el plano ético

al resultado de la decisión. O sea, el juez es responsable de los efectos de la condena: queda vinculado psicológicamente al hombre al que impuso la pena de prisión. En consecuencia, el acto condenatorio traspasa la mera relación procesal de depuración de la culpa. La vida (o la muerte) del condenado durante el cumplimiento de la pena, es fuerte componente del proceso.

En fin, me parece que hay dos formas básicas de actuar. En la primera de ellas se aplica <<neutra>> (¿) y fríamente la ley penal, aceptando el derecho como algo dado por el legislador y teniendo el operador únicamente la función de revelar la voluntad del Estado, procurando <<olvidar>> las consecuencias de la aplicación de la norma, usando el mecanismo psicológico de defensa de que la situación de las cárceles es un problema del poder Ejecutivo, eludiendo la responsabilidad ética en el plano de la conciencia.

O, en otra hipótesis, acepta el derecho como algo en construcción y busca crear, con todos los riesgos que encierra la creatividad. Pero una creatividad comprometida con los principios generales del derecho, con la radicalidad democrática, asumiendo el papel de garante de la libertad del ciudadano. En fin, actuando con la razón de la sociedad y no con la razón del Estado.

La última es la hipótesis teórica básica que me anima: llego a todos los procesos convencido de la inocencia (hay un prejuicio con base en el principio de la presunción) y sólo condeno cuando no fuera posible, a pesar de todos los esfuerzos interpretativos, absolver (ya admití cierta vez la eximente de estado de necesidad, entendiendo que un asalto a un banco era famélico –los dispositivos protectores del sistema deben ser tensados al máximo). Y cuando tengo que condenar, entonces hago todo lo posible por conceder beneficios que no llevan al condenado a la cárcel. Sólo en una clase de

supuestos cabe la condena a la cárcel, cuando la alternativa es el caos: cuando hay que optar entre la libertad del ciudadano y la protección de la vida de los integrantes de la sociedad (por ejemplo en el caso de los violadores). Entonces, con todo el sufrimiento y la angustia, se condena al individuo a una pena que es casi igual (y a veces equivale) a la de muerte (si la situación no es tan dolorosa cuando se trata de reincidentes, pues ya han desarrollado mecanismos de defensa para soportar aquel lugar). En ese caso, repito, angustiante, hay que marcar un límite, porque el grado de intolerancia (recuérdese lo escrito por López Calera en las páginas de esta revista) es insoportable e insuperable, y actuar sin incorporar el sentimiento de venganza que muchas veces impera en la sociedad frente a los criminales, principalmente si son pobres. Es que existen situaciones en que el individuo ha perdido de tal forma el freno interior que busca que el <<padre-Estado>>, desde fuera, imponga coactivamente el límite perdido (mejor dicho: hay que dotarse de normas limitadoras de la libertad en defensa de la propia libertad).

La condena, más allá de un acto político debe ser un acto de amor, aunque castigue. Jamás un acto de venganza.

He aquí por qué, querido Perfecto, empecé diciendo que prefería responder a tu pregunta con otra: en este cuadro ¿Cómo no ser juez criminal en Brasil? ¿Será que tenemos derecho a inhibirnos, a huir? ¿O podremos actuar buscando minimizar las injusticias que un pueblo sufre como consecuencia de la pobreza y del analfabetismo, que le impulsan inexorablemente a cometer delitos contra el patrimonio? Opté por la última hipótesis a pesar de toda la angustia en el plano personal, porque entiendo que, por regla general, la criminalidad tiene por madrastra a todas las injusticias sociales.

Pero, para resumir, me pregunto (y te pregunto): ¿Es que ahí, en Europa, no reciben el mismo trato los excluidos (las minorías, los desesperados) ¿No será que ahí la exclusión se da de forma más sutil, ocultando una falta de respeto a los derechos del hombre? ¿Será que la <<parcialidad>> de los operadores jurídicos debe tener como única sede el tercer mundo? ¿O será que el compromiso de los operadores jurídicos (y del derecho) con los más frágiles no está en la propia esencia de lo jurídico?

Recibe un abrazo fraterno de tu compañero de lucha por la radicalización de la democracia.

La axiología del Derecho maya

Adán René de León Hernández

Introducción

Los mayas actuales constituyen la población mayoritaria en Guatemala, en porcentaje que va de un 60 a un 80 % de la población total. El pueblo maya convive con otros tres pueblos: xincas, garífunas y mestizos (algunas veces denominado pueblo ladino).⁵² La población maya actual conserva rasgos de una cultura milenaria, que ha sido motivo de admiración en todo el mundo. No obstante, la historia de este país nos muestra que la mayoría de las políticas del gobierno, tomadas a nombre del Estado guatemalteco y su sociedad, reflejan un estereotipo discriminatorio cultural. El sistema educativo y el Derecho, por ejemplo, hacen a un lado los idiomas, la práctica del Derecho ancestral y los valores éticos del pueblo maya, socavando, de esta manera, la integridad cultural y el derecho a la dignidad este pueblo.⁵³ En este artículo presentaré algunas comparaciones entre la sociedad maya y la occidental, enfatizando las diferentes concepciones de la norma jurídicas y los valores que subyacen a éstas. Al final quedará la sensación de que

⁵² Demetrio Cojtú Cuxil, Demetrio, “*El Racismo contra los Pueblos Indígenas de Guatemala*”, Editorial Cholsamaj, Guatemala, 2005. Pag. 34.-

⁵³ Raquel Yrigoyen Fajardo; “Tratamiento jurídico-político del derecho indígena en la historia guatemalteca” en *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, Editorial; Arte, Color y Texto, Guatemala, 2003. Derecho Indígena Pags. 31,32,33, Modelo de Segregación durante la época colonial Pag. 46. Modelo de asimilación durante la independencia Pg 47. Modelo Político de integración durante la república Pag. 48.

estamos perdiendo mucho por no volver, tan solo la mirada, hacia la cultura primigenia de los mayas.⁵⁴

En primer lugar, enfocaré mi atención sobre el concepto de derecho; en segundo, pondré atención sobre la naturaleza copulativa del deber ser, tratando de destacar, de manera breve las diferencias axiológicas que se manifiestan en las disímiles maneras de concebir dicha copulación. En tercer lugar, me concentraré en las diferencias que atañen a la protección de la norma jurídica y la manera de educar al infante maya. Finalmente, en la última sección resumo lo que a mi modo de ver constituye el Derecho maya.

El concepto de derecho

La sociedad occidental mira el derecho como un conjunto de normas sancionadas por el Estado y con ello, no identifica exactamente lo que es Derecho.⁵⁵ Aún cuando no hubiese un conjunto de normas positivas, el Derecho aún existe en la conciencia colectiva y se hace objetivo en la interrelación de las personas entre sí y de éstas con el medio que las rodea.

Dentro de la visión maya, toda persona merece que se le guarden ciertas consideraciones dentro del conglomerado; estas consideraciones se proyectan hacia los animales y las cosas aparentemente inanimadas y la naturaleza en general. La persona

⁵⁴ No utilizo el término “costumbre jurídica”, por considerar que el Derecho indígena es más profundo que costumbre”, (además, el uso de la palabra costumbre en Guatemala tiene una connotación peyorativa). Por otra parte, no utilizo la expresión “sistema jurídico” porque es un término occidental derivado de una concepción funcional-estructuralista. En el mundo maya: Derecho, espiritualidad, filosofía, salud, armonía constituyen un todo, un todo que es parte del todo que vive y siente como nosotros.

⁵⁵“El positivismo constituye, un enfoque particular sobre lo que es la justicia. En efecto, para el positivismo una ley, solo por el hecho de serlo, es realizadora de justicia, sin ser necesario que lleve o no implícita la realización de un valor. El hecho de que sea producto del estado conforme a normas que regulan su creación, hace que realicen la justicia”. René Arturo Villegas Lara, *Temas de Introducción al estudio del Derecho y Teoría General del Derecho*, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2004, p. 42.

particular, asimismo, está también obligada en una especie de pacto y de conciencia colectiva a guardar esas mismas consideraciones hacia los demás. Estas relaciones complejas generan potestad y a esa potestad le denominaremos Derecho. Es claro que la noción de un conjunto de normas positivas no coincide con esta visión general. De aquí, nos vamos distanciando de la visión individualista que subyace al monismo jurídico-estatalista privilegiado por la modernidad europea, precisamente, el modelo de juridicidad asumido por el Estado guatemalteco.

Por eso diremos que el derecho maya es de doble vía, va y viene, me corresponde y en la misma medida le corresponde a otro; las consideraciones que los otros están obligados a guardarme a mí se corresponden con las que yo estoy obligado a guardarle a los otros. Todos estamos obligados a guardarle consideraciones a la naturaleza y al cosmos como seres vivos. El derecho es dual y dinámico bajo varios puntos de vista, porque tu potestad es la potestad de otros y las potestades de todos se entrecruzan y se entre limitan recíprocamente, generando la armonía, de la misma manera en que la fuerza centrífuga y centrípeta se conjugan en el movimiento equilibrado de los astros. La conciencia de las potestades propias y de las de los otros confluyen en la conciencia que ha desarrollado la colectividad, cuyas manifestaciones se reflejan en las actitudes y expresiones de la vida objetiva. Por ello concluimos que el Derecho tiene una fase interior (en la conciencia) y otra fase exterior (que se manifiesta objetivamente a través del acto) y éstas concuerdan, se explican mutuamente y se complementan.⁵⁶

⁵⁶ “El pensamiento es un hecho interior, la palabra, la concreción exterior de ese pensamiento; la fusión de lo interior y lo exterior, de lo individual y lo grupal, es lo que constituye el Consejo, la voz sagrada de los antecesores de una comunidad” Franco Sandoval, *La Cosmovisión Maya Quiché en el Popol Vuh* Serviprensa Centroamericana S.A. Guatemala 1988, p. 51.

Respecto al *supuesto jurídico*, la mentalidad occidental considera que éste está constituido por la hipótesis violatoria de cuyo cumplimiento se desprende el delito.⁵⁷ En la cultura maya, en cambio, el supuesto jurídico es el respeto que todos hemos asumido; la consideración al valor de todo lo que existe, un valor que debe predominar en la sociedad y que se supone, todos hemos interiorizado para hacerlo objetivo en nuestros actos. Lo que se supone no es la actitud violatoria, por eso no necesitamos una atomización de normas de todo tipo, sino valores centrales que rijan nuestra vida. Lo que se supone es que todos reconocemos nuestra dignidad de personas y estamos dispuestos a elevarnos cada día más en lugar de desvalorizarnos unos a otros con actos que se alejen del respeto que nos debemos. Por ejemplo: en la población maya nadie pasa sin saludarse, y el saludarse se hace con una leve inclinación, como una reverencia. ¿Por qué? Porque se reconoce que todos los seres humanos somos seres venerables que se deben consideración y atenciones.

Similares reflexiones pueden plantearse respecto a la *consecuencia de derecho*. La mentalidad occidental considera que la consecuencia de Derecho es la represión del acto reprochable, limitando los derechos de locomoción, relación familiar, relación laboral, etc, del imputado. En la cultura maya, sin embargo, la consecuencia provocada por una actitud irrespetuosa genera un desequilibrio que debe ser restaurado. Por ejemplo, el homicidio de un padre de familia, deja a una mujer viuda, muchos niños huérfanos, precariedad en la familia, dolor; eso es la consecuencia de Derecho que, en otras palabras, genera desequilibrios a lo interno de la sociedad. En el ejemplo ofrecido la pérdida de una vida humana es irreparable, sin embargo, queda mucho por hacer por los

⁵⁷ José Francisco Monroy Paredes, *Introducción al Derecho I*, Editorial Aquí San Marcos, Guatemala, 1979.

dolientes y hacia allí se tratará de enfocar la recuperación del equilibrio. Si la consecuencia fuera la represión se estaría pensando de manera injusta porque un crimen impune no tendría consecuencias de derecho y eso es equivocado: las consecuencias son evidentes y marcan para siempre a dos familias y a la misma sociedad, cuando se trata de una sociedad que ha interiorizado el derecho.

El enfoque que se tenga del supuesto jurídico y de la consecuencia de Derecho condiciona el tratamiento otorgado al problema o conflicto suscitado a lo interno de la sociedad. Esto nos conduce a la cuestión de la cópula del deber ser maya y del pensamiento axiológico que le corresponde.

Una de las principales características del Derecho indígena es que es conciliador, porque a diferencia del Derecho occidental guatemalteco, contempla las secuelas del conflicto sobre los implicados y la comunidad, por ello privilegia la conciliación, el acuerdo mutuo sobre la simple sanción al victimario. Busca la reparación del daño ocasionado, tanto espiritual como materialmente, contemplando tanto la situación de la víctima como del victimario, lo que contribuye a restaurar la armonía entre ambos⁵⁸.

Su naturaleza preventiva y didáctica hace que juegue un papel pedagógico, da una lección e instruye a que se actúe en forma correcta, no busca el castigo de la persona que ha cometido un delito o falta, al contrario, es un proceso individual y colectivo de reflexión, es una formación de conciencia no solo para el que cometió el hecho sino para la comunidad en general.

⁵⁸ Asociación de Abogados Mayas de Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, Asociación de Justicia y Multiculturalidad de Alta Verapaz Adjum B'eleeb' tz'i', Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Recomendaciones para viabilizar el Respeto y Reconocimiento del Derecho indígena*, Documento final del Diplomado en Derecho Indígena, Guatemala, 2002.

La cópula del deber ser y la estructura axiológica del pensamiento maya

Asumamos la explicación del deber que ofrece Guillermo Cabanellas: “Deber constituye el impulso que motiva la realización de un acto...”. Anteriormente, este autor ha estipulado que: “El deber penetra en el ámbito de lo moral y de la religión, como repercusión en el fuero de la conciencia...”⁵⁹ En la cultura maya existe un planteamiento axiológico que determina el *deber ser*, como ideal que persigue la sociedad y la persona en particular, con un esfuerzo constante, individual y colectivo, por llegar en cada momento, en cada acto y hasta en cada pensamiento, a la esencia misma del ser como plataforma fáctica del deber ser.

El deber ser alcanza en la cultura maya un desarrollo extraordinario. Incluye la valorización de la palabra, no sólo como medio de comunicación, sino también de aceptación, ratificación y compromiso. La sola palabra representa la integridad de la persona. No se concibe una persona de honor que no respete con profunda espiritualidad el empeño de su palabra. En este horizonte normativo se pueden identificar, ligados al derecho de los pueblos indígenas, un conjunto de valores que comprenden el respeto a la naturaleza, el respeto a los otros, el amor al trabajo, la solidaridad, la sinceridad, la obediencia y la invocación de la energía cósmica.

La interiorización de valores es la humanización del derecho, o en otra forma, el desarrollo de la conciencia. Es preferible tener personas poco ilustradas con gran conciencia que profesionales altamente preparados sin conciencia. La conciencia colectiva fundamentada en valores es la que le da nacimiento y razón al Estado. No puede haber Estado sin valores. La aplicación de antivalores es la negación del Estado.

⁵⁹Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Eliasta, Buenos Aires, 1979, p. 484.

En la sociedad occidental se practican muchos antivalores que identifican *el no deber ser*: infidelidad conyugal, falta de honestidad, engaño, violencia, agresividad, odio, individualismo, egoísmo, ignorancia, soberbia, envidia, ingratitud, orgullo, vanidad, violencia institucionalizada, injusticia social, consumismo, derroche, racismo y marginalidad, culto a la apariencia y superficialidad, desvalorización de la mujer, falta de comunicación honesta, borracheras, vidas licenciosas, haraganería y confort sin trabajo, falta de respeto, prostitución, morbosidad, glotonería, enriquecimiento de pocos y empobrecimiento de muchos, sobreexplotación de los recursos naturales, violación de leyes de la naturaleza, etc.⁶⁰

La protección de la norma jurídica

De conformidad con los estudios de la Dogmática Penal, la norma jurídica protege y tutela bienes jurídicos y esos bienes jurídicos son valores que reconoce, impulsa y respeta la sociedad, tales como la vida, la libertad, la privacidad, el patrimonio, etc. Se busca proteger valores que sean indispensables para la convivencia en armonía dentro de la misma sociedad. Por ello la persona que transgrede las normas está desvalorizando el bien jurídico protegido y por lo tanto cae en una desvalorización que afecta tanto al sujeto pasivo como al sujeto activo, y a la sociedad misma. Quizá por esa razón los mayas descubrieron un sistema de Derecho afincado totalmente en la afirmación de valores que representan el deber ser y de antivalores que representan el no deber ser. Y esos valores forman ejes de conducta deseada, vivida y copractificada en el orden social,

⁶⁰ María Delia Sánchez Hernández, *Influencia de la Televisión en la Educación del Niño*, Tesis de Graduación de Licenciada en Trabajo social. Universidad de San Carlos de Guatemala, Centro Universitario de Occidente, Quetzaltenango, Sept. 2000.

son directrices de la conducta humana, interiorizados con verdadera y profunda espiritualidad a partir de una visión integral de la sociedad, de la naturaleza y del cosmos.

Está demostrado por las culturas ancestrales más desarrolladas que toda persona se desenvuelve según las directrices que ha interiorizado en su ser, según sea su concepto de sí mismo, de sus congéneres, del planeta, del universo, así serán sus aspiraciones, y según sus aspiraciones así será su propósito, su actuar, y por la relación de causalidad de su actuar, así será también su producto o consecuencia, porque toda causa produce un efecto sobre si mismo y sobre su entorno. De allí la importancia de interiorizar los valores.

¿Cómo se da la interiorización de los valores? Es aquí en donde surge la importancia de la educación, otro factor cultural que tiene su carácter peculiar en el pensamiento maya. El niño maya aprende el valor del trabajo y su trascendencia para la vida de la comunidad⁶¹

. El valor del trabajo es uno de los primeros valores asimilados en la conciencia del pueblo maya, allí es donde se aprende el diálogo con la madre tierra y con el padre cielo, UKUX KAJ, UKUX ULEU (Corazón del cielo, corazón de la tierra) se conocen los ciclos de los astros que son los ciclos de la siembra y de la lluvia, se aprenden las leyes de la naturaleza y a vivir acorde con ellas, sin alterarlas, de su estricto cumplimiento depende la vida de la comunidad. Aquí se aprende la relación de causalidad que une el producto al esfuerzo honesto que se hace, se aprende la relación entre causa y efecto, giran y se corresponden mutuamente causa y efecto y esa ley dominará también las

⁶¹ Demestrio Sodi, *Así Vivieron los Mayas*, Editorial Panorama, México, 1986.

relaciones sociales. Por eso decimos que el derecho de los pueblos indígenas, especialmente del pueblo maya, surge de la vida misma.

Conclusión

En conclusión: el ejercicio de inmersión cultural practicado en este artículo, debe ser profundizado, traídos los valores de la cultura ancestral, arraigados y vivenciados en medio de la crisis que embarga a la sociedad occidental. De hacerlo así podríamos llegar a ser mejores personas, profesionales concientes y –de repente- alcanzar a fortalecer instituciones de un elevado nivel moral.