

Concepción originaria del derecho

Revalorización de la teoría teogenética

Fátima Gabriela Tarifa Illanes

Introducción

Desde la antigüedad se ha querido indagar acerca del origen mismo del Derecho, es por ello que este ha sido el debate perpetuo entre las corrientes jusnaturalistas y juspositivistas, pero desde un enfoque filosófico jurídico es necesario ver en la extensión temporal estos dos tipos de corrientes.

La filosofía jurídica es el estudio de los elementos fundamentales y principios supremos del Derecho, y hace una introducción científica de su exposición especulativa, que prescinde de la Ley o Derecho positivo, pero no de la realidad. Por ello se tienen que tomar en cuenta dos tipos de sistemas para este tipo de concepción, haciendo énfasis en el sistema de los conocimientos y parte del sistema de habilidades.

Sistema de conocimientos

El sistema de conocimientos permite entender críticamente la filosofía del Derecho a través de la filosofía general, partiendo de los problemas de los que se ocupa la filosofía del Derecho en sí, basados en los principios generales del Derecho ayudados siempre por las escuelas de los filósofos y substrayendo su naturaleza hacía un enfoque del Derecho al servicio de los pobres.

Sistema de habilidades

El sistema de habilidades se puede expresar por medio de criterios de valoración, análisis y síntesis, a las cuales se pueda llegar. Basándonos en las referencias de García Mórrente, y Carranza Silez, se sostendrán los siguientes postulados previos:

1. La filosofía no es un saber exclusivo de los filósofos.
2. La filosofía no es un conocimiento puro separado de la política, siendo ésta inherente al ser humano.

3. La filosofía no es un saber abstracto, metafísico, desligado de la realidad, y precisa ver permanentemente la realidad.
4. La filosofía no es un saber acabado, porque se la hace continuamente todos los días.

Luego de esta pequeña introducción, diferenciaremos las teorías acerca del origen del Derecho, partiendo de su origen histórico, las fuentes del Derecho son la ley, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia, de ahí se derivan tres perspectivas:

Teorías acerca del origen del derecho

Existen tres tipos de teorías al respecto, resumidas en el siguiente cuadro enunciativo:

Las teorías Raciogénéticas	Las teorías Etogénéticas	Las teorías Teogénéticas
Dicen que el origen se encuentra en el conocimiento, en el pensamiento como fundamento de todo. Con Kant como principal expositor Kant de los conocimientos a priori, tomando a la razón como fundamento del Derecho.	Sostienen que el origen del derecho se encuentra en la costumbre y en la ética o moral, por que se sabe que desde allí se tiene la concepción de todo lo que es bueno o malo, lo justo o lo injusto, y se expresa en sí dentro de la naturaleza jurídica del Derecho.	Sus principales exponentes, Sócrates, San Agustín y Santo Tomás, postulan que el origen del Derecho se encuentra en Dios mismo. Derecho natural, con tres clases de leyes: la ley eterna, la ley natural, la ley humana.

Análisis Crítico de las teorías

Para este análisis crítico se harán ciertas consideraciones generales que se pueden desprender de estas tres teorías que fundamentan el origen del Derecho, aspecto sobre el cual, se basa el presente ensayo.

Las teorías Raciogénéticas

Entre las teorías raciogénéticas se encuentran las nuevas tendencias que a partir de Kant expresan su postura desde el punto de vista racionalista, en éste si no existe razón, no existe una definición correcta del origen del Derecho, autores como Habermas, vierten su criterio en este sentido y dan un énfasis invaluable a la razón humana como punto central para la definición de algunas instituciones del Derecho, con postulados como los que da cuando redefine la democracia, sosteniendo que: “La democracia es hoy una tarea intelectual necesaria para revitalizar el proyecto de una democracia de ciudadanos. Se trata, sin embargo, de una redefinición para la que resulta imprescindible

también el debate público sobre la manera en que se asume la ciudadanía cívica en una comunidad política. Son estas cuestiones las que hoy parecen definir los alcances y límites de la filosofía política actual...”, o como cuando, sobre las democracias modernas sostiene lo siguiente, “los alcances de las democracias modernas se encuentran indisolublemente ligados a lo que pueden ser consideradas las promesas no cumplidas de la modernidad. Nos referimos a una sociedad política donde imperen los derechos humanos y, a partir de ellos, una sociedad de ciudadanos. Es en este sentido que la discusión filosófica sobre las prácticas racionales y emancipatorias de la democracia es una condición necesaria para la redefinición de la misma como sistema y forma de vida.”¹.

Con este criterio, Habermas ha puesto el acento en la esfera de lo público como expresión de los alcances y límites del orden democrático-liberal. Su reflexión al respecto se sitúa en el marco de sus propias experiencias en relación con las transformaciones de las sociedades políticas contemporáneas. El hilo conductor de la misma ha sido lo que Habermas considera como “el trabajo preliminar para una teoría de la racionalidad sobre el tipo selectivo de racionalización que representa la modernización actual”².

Los argumentos de Habermas van acompañados de sus reflexiones sobre la deliberación política y la dimensión normativa del Derecho, como en *Facticidad y validez*³, donde reivindica al Derecho como el medio que permite regular legítimamente la vida en común para la resolución democrática de los conflictos. El procedimiento para la legitimación del Derecho consiste en trasladar los presupuestos de la ética discursiva al carácter institucional de los derechos. Los derechos humanos aparecen entonces como condición de posibilidad para el despliegue concreto de los principios democráticos. Con ello se introduce la dimensión normativa en los procesos de constitución y conformación de voluntades, a partir del principio de que “sólo son válidas aquellas normas de acción que los posiblemente afectados pudieran acordar como participantes en discursos racionales”⁴. Esto permite replantear lo público en función de una comunidad autoconsciente, reivindicándose el debate público sobre cómo deben asumirse los ciudadanos en cuanto miembros de una sociedad política. En esa perspectiva, resulta ineludible que la defensa del orden democrático se circunscriba a sus instituciones legales, “la idea clave es que el principio de la democracia deriva de la interpenetración del principio discursivo y de la forma legal”⁵



El juicio de Salomón, Andrea Mantegna, 1431-1506

1 HABERMAS, 1981.
2 HABERMAS, 1981, p. 269.
3 HABERMAS, 1998
4 HABERMAS, 1996, p. 107
5 HABERMAS, 1996, p. 121.

Por otra parte –sostiene Jorge Rendón Alarcón, en <ant0271.htm>–, “si hemos de llevar a cabo una reflexión significativa, es necesario reconocer además que las sociedades políticas surgieron bajo uno de los proyectos filosóficos fundamentales de la modernidad: la idea de la realización política de la filosofía”⁶, es decir, de la “creación autónoma-contractual de la coerción jurídica a partir tan sólo de la coerción de la razón filosófica”⁷, tal es el concepto de revolución que se sigue, según Habermas, de los principios fundamentales del derecho natural moderno. En este sentido, la redefinición de la democracia debe integrar las principales tradiciones de la filosofía política en una síntesis superadora de acuerdo con las realidades económicas del mundo moderno.

Como crítica a esta teoría surge un sin fin de preguntas entre las cuales se pueden señalar: ¿Ha podido la razón humana realmente alcanzar a formar un concepto tan rico como es el derecho?; ¿se puede fundamentar tan verazmente la posición de los racionalistas, considerando a la razón como la única fuente de validación y efectivización del Derecho?; ¿será que realmente el ser humano por sí mismo bajo el dominio de su razón ha podido trazar, aún en líneas generales, la teoría del origen del Derecho?; ¿o realmente se debe dar lugar a otras teorías que dejan de lado a la razón del hombre y se basan en otro tipo de posturas acerca del origen del Derecho?

Las teorías Etogenéticas

Se puede empezar diciendo que el Derecho persigue en sí mismo el dar a cada cual lo que le corresponde y que en justicia es suyo, esta aspiración –entiéndase, desde lo que debiera ser el Derecho y que en realidad no es–, no se la puede conseguir simplemente con los criterios subjetivos de lo que la moralidad o la ética dan al ser humano, debido a que en ella prepondera el carácter subjetivo, de lo que cada uno considera bueno o malo, no sólo en cuanto a espacios culturales diferentes sino también en cuanto a periodos históricos, lo que antes se creía que era deplorable o antiético, en estos tiempos cobra caracteres de ético y moralmente defendible, para ello se pueden citar ejemplos, tales como los vientres en alquiler o la clonación humana.

Podríamos sostener, que el Derecho tiene su origen en la moral y en las costumbres, sabiendo que para tener una visión general del Derecho todos los pueblos debieron haber tenido una concepción ética trascendental y un alto grado de costumbre igualitaria o por lo menos equitativa, para que así el Derecho surgiera como tal, dándole su naturaleza jurídica íntegra y contemplando todas aquellas inferencias necesarias para tal efecto.

Respecto a la teoría etnogenética se puede considerar, su negación no desmereciendo su lugar, criticando su postura rígida y enfática de dar un valor superior a la moralidad y a la costumbre, frente a otros conceptos que son más fuertes y más poderosos.

Las teorías Teogenéticas

A la luz de la postura de esta teoría que sostiene que el origen del Derecho se encuentra en Dios mismo, es decir que es de Derecho natural, se puede afirmar

6 Nota

7 HABERMAS, 1993, p. 431.

que, la teoría racionalista que establece que el origen del Derecho se encuentra en la razón, pierde vigencia frente a una figura de la cual emana la propia razón del hombre, o sea que si bien el ser humano tiene raciocinio, esa razón proviene de la naturaleza misma de Dios, sin él no existiría ni siquiera la posibilidad de razonar, porque viendo las posturas de los racionalistas, ellos consideran que lo único que nos diferencia de los animales es nuestro raciocinio, ¿Entonces donde quedan nuestros instintos?; ¿nuestros sentimientos carentes de afecto frente al que sufre?; ¿nuestra naturaleza misma de animales racionales sería la que nos destruiría. Por tanto el hombre sólo por su raciocinio podría haber concebido el concepto mismo de derecho?

En cuanto a la teoría etogenética, ¿Cuándo se encuentra la moralidad en su más pura expresión sino es en el mismo Dios?, si él mismo es esencia de la moral, cuan presuntuosa podría ser nuestra postura al inferir que nuestra moral es la que le dio origen al Derecho, basados en nuestras costumbres. La costumbre –un punto más sobre el que debería hacerse una crítica–, ¿Podría dar a un pueblo o a una nación donde se ha dejado de lado los aspectos más hermosos de la adoración a un soberano Dios, un valor tan positivo como el que pretende alcanzar el Derecho?; ¿cuál sería la razón de existencia de esa costumbre?; ¿qué tipo de memotécnica debería de utilizarse para que ese tipo de costumbre nunca pierda su valor existencial de alcanzar cosas justas y reflejadas en el Derecho?

Conclusiones

Partiendo de la siguiente pregunta: ¿dónde se encuentra el origen del Derecho?, y habiendo analizado de manera crítica las tres teorías es hora de tomar una postura, pero no sólo teóricamente sino desde la realidad que nos toca vivir, en ese sentido pondré mis puntos de vista, que tal vez carezcan de rigor científico, sin embargo gozan de un profundo sentido valorativo y se vierten desde una perspectiva apoloética⁸.

Entonces se dirá: “Hay un Dios infinito, que todo lo sabe, que todo lo puede, que es todo amor y que se ha revelado por medios naturales y sobrenaturales en la creación, en la naturaleza del hombre, en la historia de Israel y de la Iglesia, en las páginas de la Sagrada Escritura, en la encarnación de Dios en Cristo, y en el corazón del creyente por el evangelio”⁹.

Partiendo de esta tesis, se harán las siguientes consideraciones:

¿Quién en realidad poseyó primeramente la razón?

Si se sigue la tesis apoloética, obviamente Dios, quien por razón propia diseñó todo lo que había de existir, aún las cosas

⁸ La palabra “defensa” del griego *apología*, indica una defensa de conducta y procedimiento, una defensa verbal, un discurso en resguardo de aquello que uno ha hecho o de la verdad en la que cree. JOSH MCDOWELL, 1972, p. 1.

⁹ MCDOWELL, 1972, p. 2.



El juicio de San Jorge.
Bernardo Martorell, 1430

visibles e invisibles, con tan alto grado de raciocinio, que se lo puede ver en los inicios mismos de la creación de todo lo que existe, no en vano existe aún un orden para todo lo creado por este ser racional, ¿Quién sino Dios hubiese diseñado tan perfectamente el universo y hubiese dado origen paso a paso a las cosas que tendrían un motivo y un fin para su existencia, si Él no hubiese tenido antes la razón hubiese dicho primeramente que la tierra produzca vegetación antes que existan los animales, o hubiese separado la noche del día, o las aguas de la tierra, o hubiese creado a la más perfecta de las criaturas; el hombre¹⁰. Por que no obstante la ciencia al haber avanzado tanto y a pasos agigantados, no pueden los científicos crear un sólo cabello humano sabiendo de que materias primas está compuesto, sino que simplemente se quedan con una creación basada en la copia (clonación) .

¿De dónde deviene el concepto de moral o de ética?

La ética o moral proviene de Dios, debido a que Él creó' el concepto del bien y el mal¹¹, y le dice al hombre que existía tal conocimiento, de las cosas buenas y malas que podrían existir, y que tal conocimiento lo mataría, pero en una muerte no física sino en una muerte moral, con conciencia del bien y el mal, por que antes la concepción de lo que el hombre veía era sin malicia, y sin un concepto de moralidad¹².

¿De dónde surge la justicia?

Igualmente la justicia surge del mismo Dios que es justo, cuando efectúa la maldición no sólo sobre el hombre y la mujer sino también sobre la serpiente¹³, que Dios es más justo, porque aunque Él es todo amor también Él es toda justicia, y cada quien debería obtener lo que realmente merece.

¿Cuál es la costumbre más antigua?

El adorar a Dios, ¿De qué manera ésta costumbre perdura hasta nuestros días?¹⁴, y podemos encontrar que en todas las culturas se cree en un Dios sobre todos los otros dioses, creador del cielo y de la tierra, al cual se le debe toda adoración.

Es posible que las cuatro conclusiones a las que hemos arribado en este ensayo vayan en contra de presuposiciones filosóficas, que para nosotros, antes de ser presuposiciones son más bien prejuicios filosóficos, debido a que la filosofía se apoya en la presuposición racionalista, y en lugar de partir de los hechos históricos los excluye por la especulación metafísica. ¿Por qué el ámbito histórico para estas conclusiones tiene su base principal en la Biblia?, principalmente por que la confiabilidad histórica de las escrituras debe hacerse con el mismo criterio con el cual han sido probados todos los documentos históricos, es así que se puede decir que la Biblia ha pasado las pruebas de credibilidad y precisión bibliográfica, como cualquier otro texto de literatura.

10 Véase: Génesis, capítulos 1 y 2.

11 Véase: Génesis, capítulo 2, versos 15 al 17.

12 Véase: Génesis, capítulo 2, verso 25.

13 Véase: Génesis, capítulo 3, versos 10 al 19.

14 Véase: Génesis, capítulo 4, versos 3 y 4.

También se hicieron estudios de comparación entre la historicidad de la Biblia y la literatura clásica, cuya conclusión lógica basada en la evidencia dice que si uno rechazara la Biblia como poco digna de crédito, entonces si se es ético y se usan las mismas pruebas, también debería desecharse la literatura clásica y aún hasta la historia¹⁵.

Sin el ánimo de desestimar las otras teorías (racionalista y etogenética), debido a que éstas han sido creadas y sustentadas por mucho tiempo, no obstante creo que era necesario hacer este tipo de revalorización de la teoría teogenética, debido a que la filosofía debe vérsela día a día y aportar a ella desde todos los puntos de vista.

Bibliografía

HABERMAS, Jürgen, Historia y crítica de la opinión pública, la transformación estructural de la vida pública. Gustavo Gili, Barcelona, 1981.

HABERMAS, Jürgen, Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy. The MIT Press, Cambridge, 1996.

HABERMAS, Jürgen, Teoría y praxis. Estudios de filosofía social. México, 1993.

HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez. Trotta S.A., Madrid, 1998.

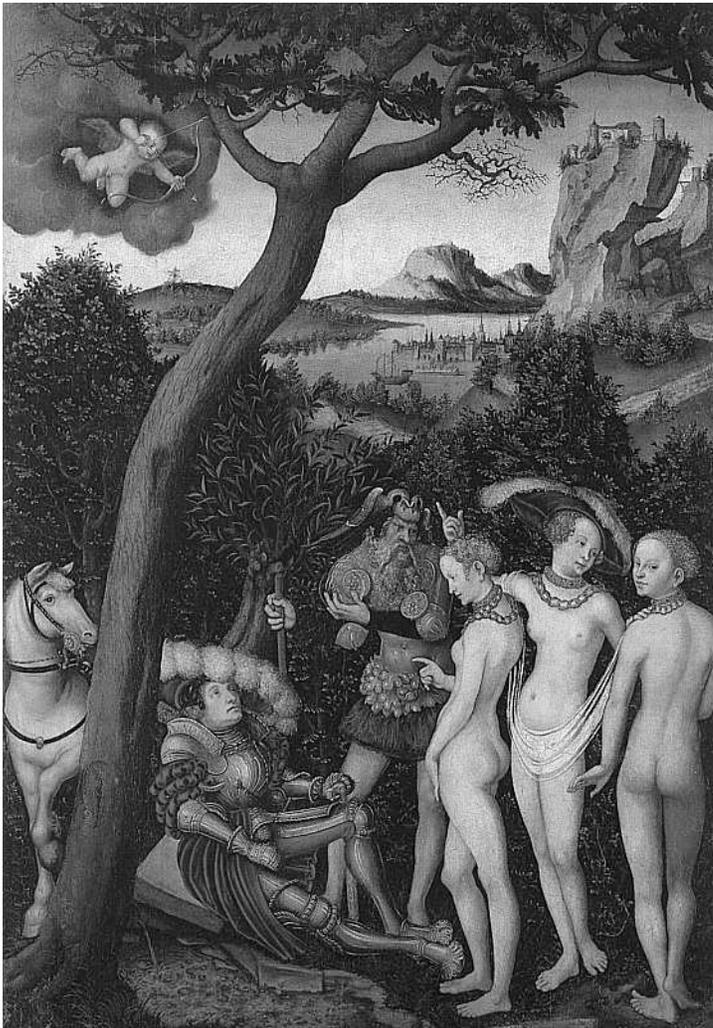
MCDOWELL, Josh, Evidencia que exige un veredicto. Vida, Miami, 1972.

RENDÓN ALARCÓN, Jorge, El proyecto ético de la modernidad.



El juicio final, Michelangelo Buonarroti, 1537-1541 (detalle)

15 MCDOWELL, 1972.



El juicio de Paris, Lucas Cranach, 1528

El tiempo del asesino

Oscar Cerruto

Disponed los secretos cantos y las lágrimas
Custodiadme, disponed los guijarros del escarmiento.
Es el verano y sus zarzas caen
por los escalones del día.
Ved esa región de su poderío, desmoronándose.
Disponed ya las muertes de mi muerte
y los sudarios.

¡Yo cegué su manantial de leche y resplandores!
Sobre su aplacada cabeza de paloma
soplé polvo y frío y furia.

Peciolo de aire, compacta agua celeste
inquebrantable. Oh vaso de doradas esencias
y fatídicos mandatos.
Ya no es posible sino el odio a boca llena
sabiendo que sus flechas atroces tocan lo inalcanzable.

Yo aceché en la tiniebla, sólo
como una planta de hojas carniceras.
Mi maligna ciencia miraba arder la lumbre de sus piernas
desnudas entre la hierba.
Mi miedo corría débil hacia su costado.
¿Qué mano lo empujaba?
¿Qué lengua le dictaba esa ebria ley?

Triste lirio de hielo
velado por la noche.
Niña de espuma caída
en los callados gemidos de la maleza,
mientras el sudor de la muerte se desliza
bajo mis ojos.

Disponed ya la encina,
aprestaos, túmulo y silencio.





Moisés, Michelangelo, 1513