

# El Derecho como un instrumento generacional y dinámico al servicio de la sociedad: un acercamiento desde la óptica Holmesiana

*Law as a generational and dynamic instrument at the service of society: an approach from Holmesian perspective<sup>1</sup>*

*Le droit en tant qu'instrument générationnel et dynamique au service de la société : Une approche depuis la perspective Holmésienne*

Fecha de recepción: 11 de agosto de 2016

Fecha de aprobación: 16 de junio de 2017

Iván Vargas-Chaves<sup>2</sup> - Daniel Alzate-Mora<sup>3</sup>

## Resumen

El presente texto aborda desde una lectura Holmesiana el Derecho y su rol dinámico al servicio de la sociedad, rechazando cualquier enfoque que le convierta en obstáculo para las generaciones venideras. Planteándose en este sentido que ninguna institución por muy importante que sea, puede considerarse como inalterable y, ninguna ley, por muy fundamental que sea, tampoco puede considerarse como irrevocable (Holmes, 2004, p. 199).

Partiendo de la Constitución como norma suprema, su alcance se proyecta como un instrumento que permite bien ser un eje

estabilizador del presente, o bien convertirse en un obstáculo para el futuro. Ello a partir del fenómeno causado por las intenciones que las generaciones pasadas tuvieron, que es hoy ruta de navegación y que, al quedar plasmadas en las cartas políticas, rigen por tanto el norte que encausa las decisiones públicas.

## Palabras Clave:

*derecho, Holmes, cotidiano, democracia.*

## Abstract

The present text addresses from a Holmesian reading the Law and its dynamic role at the service of society, rejecting any

1 El presente artículo corresponde a la versión ampliada del working paper 'El costo intrínseco de la libertad', y es resultado del proyecto FCSH1701T1002: 'El bioderecho como eje articulador de la protección de los derechos a la salud y a un ambiente sano en la sociedad del riesgo', vinculado al Grupo de Investigación en Justicia Global de la Universidad Tecnológica de Bolívar.

2 Abogado de la Universidad del Rosario. Máster en Derecho de la Universidad de Génova, Italia. Máster en Derecho Privado y Doctor en Derecho de la Universidad de Barcelona. Dottore di Ricerca (Dott. Ric.) de la Universidad de Palermo, Italia. Profesor de carrera académica y director del Grupo de Investigación en Justicia Global de la Universidad Tecnológica de Bolívar. Correo electrónico: ivargas@utb.edu.co; ivargas@outlook.com Cartagena de Indias. Colombia

3 Abogado de la Universidad de los Andes. Máster en Derecho Comparado de las Universidades de Milán, Messina y Córdoba, Italia y España. Doctor en Derecho de la Universidad del Rosario. Profesor de carrera académica de la Universidad Tecnológica de Bolívar. Correo electrónico: dalzate@utb.edu.co. Cartagena de Indias. Colombia.

approach that becomes an obstacle for future generations. Considering in this sense that no institution, however important, can be considered as inalterable and, no law however fundamental, can be considered as irrevocable either (Holmes, 2004, p.199).

Starting from the Constitution as the supreme norm, its scope is projected as an instrument that allows it to be either a stabilizing axis of the present, or allows it to become an obstacle for the future. This is based on the phenomenon caused by the intentions that past generations had, which is today a navigation route and which, when reflected in political documents, will therefore govern the compass that steers public decisions.

**Keywords:**

*law, Holmes, everyday, democracy.*

**Résumé**

Cet article aborde depuis une lecture Holmésienne le Droit et son rôle dynamique au service de la société, rejetant toute autre approche qui le rend un obstacle pour les générations futures. Considérant en ce sens qu'aucune institution, aussi importante que soit-elle, ne peut être considérée comme inaltérable et qu'aucune loi, aussi fondamentale que soit-elle, ne peut être considérée comme irrévocable non plus (Holmes, 2004, p. 199).

Partant de la Constitution en tant que norme suprême, sa portée se projette comme un instrument qui permet soit d'être un axe stabilisateur du présent, soit devenir un obstacle pour l'avenir. Ceci à partir du phénomène provoqué par les intentions

des générations passées, qui est maintenant une voie de navigation et qu'étant exprimées dans les Chartes, fixent le nord des décisions publiques.

**Mots-clés:**

*droit, Holmes, quotidien, démocratie.*

**Introducción**

El Derecho como institución contempla el sometimiento del ser humano a una norma proveniente de una fuente, pero siempre con una finalidad, que es la de regular la conducta del ser humano. Al no reducirse el derecho a una ley escrita, hay reglas que tienen un carácter netamente consuetudinario, o que emanan de un cuerpo colegiado cuando se trata de doctrina probable; el Derecho se sitúa como un instrumento dinámico al servicio de la sociedad y de la generación en la que éste se rija, atendiendo a sus necesidades y expectativas.

Esto es de acuerdo a una realidad social siempre cambiante en la que resulta posible plantear la tensión existente, entre la estabilidad de un sistema normativo como un remedio institucionalizado que limita las decisiones de unas mayorías temporales, versus la esclavitud hacia "ciertos caballeros ya difuntos que no pudieron visualizar las circunstancias actuales", a la cual se refiere Shapiro (1968). Se trata de una tensión que sitúa a las instituciones jurídicas –donde tiene cabida la Constitución como norma de normas–, entre la libertad de elección que sobre su futuro tienen las generaciones venideras y la estabilidad jurídica.

En relación con las implicaciones de la situación del no-sometimiento de la persona

a un Derecho basado en normas pactadas en generaciones anteriores, a lo largo de los apartados que aquí se abordan se sostiene en primer lugar el 'deber ser' de la sumisión del Derecho a un contexto actual, comprometiéndose con el bienestar de las generaciones venideras y volcándose por último en la persona como sujeto de derechos, en tanto la condición humana es el punto de partida de un sistema de reglas que garantiza unas condiciones para hacer cumplir un fin común.

En la segunda parte del texto se analiza el concepto de la cotidianeidad en su sometimiento al Derecho, sin que por ello se entienda que es una colonización de éste a la primera, por el contrario, al vincular la presencia de las normas a todos los aspectos que nos rodean, regulando la vida de las personas, en un marco de relación dentro del contrato social, se despeja cualquier tensión existente entre Derecho y democracia, pasando éstos a ser un complemento que se pone también al servicio de la sociedad, y relegando el viejo debate entre obligaciones heredadas y consentimiento expreso.

Por último, se propone un redimensionamiento del Derecho desde su óptica instrumental; cada vez más consciente de las necesidades y expectativas de la naturaleza humana en la actual, y futuras generaciones.

### **El sometimiento del Derecho a la sociedad en su carácter dinámico**

Delimitar el espectro que ha alcanzado el Derecho a través del constitucionalismo, y la democracia en los siglos XX y XXI, trae consigo una gran dificultad que llevaría a quienes se atreviesen a abordar este reto a múltiples discrepancias, pues en no

pocos aspectos se encontrarán con que, tanto una como la otra institución, se han enfrentado entre sí por muy extraño que pueda llegar a parecer.

No cabe duda que aquellas estructuras democráticas provenientes del siglo XIX colapsaron al encontrarse con el antiparlamentarismo del primer tercio del siglo XX (Aragón, 1996), esto es, con estructuras antidemocráticas de corte fascista o comunista. Con lo cual, una vez se reestableció el orden democrático y se dictaron, al igual que varias disposiciones, un abanico de garantías y derechos que apuntaban a nuevas vías de renovación, se estrechó oportunamente el margen entre Constitución y democracia (Martí, 2006: 12).

Este oportuno estrechamiento se presentó como la respuesta que los ciudadanos que atravesaron ese periodo dieron a los regímenes totalitarios rechazando cualquier otra forma de dictadura, y decidiendo que a partir de entonces no cabría ninguna autoridad superior al pueblo; el cual a partir de aquel momento se representaría en la democracia, pues sería la colectividad la encargada de custodiar el interés común. Al mismo tiempo, lo que se quiso fue dotar al sistema normativo de principios, garantías, libertades y Derechos Humanos a través de las cartas políticas, para que éstas fueran capaces de resistir la presión de cualquier grupo, especialmente de los grupos mayoritarios.

En tal sentido, Gargarella sitúa el origen de este conflicto en Paine (1989) quien al proclamar un derecho que denomina de los que están vivos sobre "la autoridad de los muertos", se oponía a "la idea conservadora -típicamente, defendida por Edmund Burke- que venía a rebelarse frente al valor



del autogobierno, y en particular, frente al ideario revolucionario que los franceses habían puesto de moda” (2008: 23).

Se trata, pues, de una tensión aparentemente irreconciliable generadora de lo que Holmes (2004) denomina uno de los mitos centrales del pensamiento político moderno. Sobre este punto de la discusión vale la pena preguntarse si se trata, o no, de una crisis de la democracia. De hecho, tan sólo basta con ver lo acontecido en el citado periodo de antidemocracias, en el cual una clase política invocando su condición totalitaria, ajustó las Constituciones a su conveniencia.

Marti (2006, p. 13), citando a G. D. H. Cole, advierte de la existencia de esa clase política dirigente centrada en unos problemas completamente distintos a los que el pueblo sentía como propios, y de una desafección política causada por el extremo individualismo de las sociedades capitalistas modernas, promovido a su vez por el modelo liberal y no intervencionista de la democracia.

¿Podrían entonces reconciliarse el consentimiento de los gobernados [*Consent of the governed*] con la garantía de un consentimiento ulterior mediante una convención constitucional?, de la forma en como válidamente se lo pregunta Holmes (2004, p. 194); quien acto seguido, vuelve a plantear el siguiente interrogante: ¿Por qué solamente algunos de nuestros conciudadanos han sido facultados para impedir que se hagan enmiendas a la Constitución? ¿La revisión judicial, cuando está basada en una lealtad supersticiosa a la intención de sus creadores, es compatible con la soberanía popular? (p. 195).

De acuerdo a nuestra consideración, la respuesta se encuentra en un prometedor argumento desarrollado por Gargarella (2008, p. 27-28) a favor del constitucionalismo, el cual, además de reafirmar el principio democrático, opta por darle a la Constitución el mismo tratamiento que a la democracia, toda vez que la Constitución establece las reglas de juego para que ésta siga con su normal curso.

En dicho argumento este autor hace frente aquellas críticas que esbozaban a una Constitución inicua, concebida para restringir libertades a la sociedad, como lo son las que les permiten decidir cómo organizarse y como orientar su futuro. Y le hace frente a través del ideal de un autogobierno dependiente de la Constitución, en donde ésta, no es quien le ata las manos a la sociedad, por el contrario, se trata de un valioso instrumento que nos permite ganar más libertad, al establecer límites sobre las facultades de un estado autogobernado.

Gargarella explica esta teoría, valiéndose de la metáfora de Ulises y las sirenas, en la que le exigió a su tripulación atarle al mástil de la embarcación cuando estaba a punto de perder el control ante el canto de las sirenas, una decisión a priori insensata pero que les salvó la vida, esto es, una pérdida provisional y consciente de su libertad, pero que le permitió más adelante ganarla, al conseguir llegar a su destino.

*“(...) la moraleja parece clara: contra lo que nos sugiere consistentemente el sentido común –atarse las manos es sinónimo de perder libertad- lo que el ejemplo nos demuestra es lo contrario: en ocasiones, ganamos en libertad cuando nos limitamos.(...)”, lo cual, en el ámbito constitucional implica que “(...) del mismo modo en que Ulises pudo ganar*



*libertad, en lugar de perderla, al incapacitarse para ciertas acciones, una sociedad también puede expandir sus capacidades auto-imponiéndose determinados límites.”.* (2008, p. 28)

No obstante, para llegar a este argumento, es preciso abordar esta discusión que ha tenido un interesante recorrido histórico, y que ha girado en torno a si la Constitución debe considerarse, o no, como una herramienta para separar las decisiones del proceso democrático. Holmes (2004) en este sentido, habla de una atadura de manos de la comunidad, ya que la punta de lanza de quienes han ido en contra de la unión Constitución-Democracia se encuentra en la acción de sofocar la voluntad de las mayorías a través de la carta política, con el fin de cumplir un listado de derechos y deberes previamente consagrados en ella.

Para analizar lo hasta ahora planteado, conviene tener presentes los dos polos de la discusión: (i.) El primero de ellos planteado por Hayek (1960, p. 176), quien concibe a la Constitución como un remedio institucionalizado contra las decisiones de las mayorías temporales, limitando el poder del gobierno de turno para reforzar la democracia. (ii.) El segundo, defendido por Shapiro, en cambio no tolera que los ciudadanos sean esclavos de “ciertos caballeros ya difuntos que no pudieron visualizar las circunstancias actuales” (1968, p. 21), respaldando así una libertad de elección que invita a guiarse por una decisión colectiva, capaz llevar a la sociedad a convertirse en lo que ésta quiere convertirse.

Se trata, pues, una pugna entre constitucionalistas y demócratas, o más bien, entre la seguridad jurídica que representa una carta magna versus el consentimiento

del pueblo materializado en la democracia. En términos de Holmes este desacuerdo “representa claramente la pugna entre los demócratas, para quienes la Constitución es un fastidio, y los constitucionalistas, para quienes la democracia es una amenaza” (2008, p. 197)

A favor del segundo eje de discusión, destaca la relectura que efectúa este autor de la prohibición de obstaculizar el futuro, y en la remisión que hace a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, donde se encuentra plasmado el derecho que tiene el pueblo a abolir cualquier forma de gobierno que se haya vuelto capaz de destruir la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Se trata de una remisión que nos demuestra que “ninguna institución, por muy importante que sea, es inalterable; ninguna ley, por muy fundamental que sea, es irrevocable.” (p. 199)

En efecto, la tan anhelada libertad encuentra su lugar en la democracia, un argumento que Paine sintetiza así “cada época y generación debe ser tan libre de actuar por sí misma, en todos los casos, como las edades y generaciones que la precedieron” (1731, p. 251). Y es que, si nos detenemos por un momento a repensar las constituciones, y las concibiéramos como algo eterno, nos encontraríamos con una sociedad esclava de su propio pasado.

Razón tenía Jefferson (1984, p. 963) al afirmar que ninguna sociedad tiene el derecho a hacer de su Constitución una norma perpetua, pues ante todo los pueblos son dueños de su presente, por consiguiente, tienen la facultad de gobernarse como mejor les parezca. Jefferson por demás consideraba que tanto la Constitución como las leyes de los predecesores de una



nación, se debían extinguir en su curso natural junto con quienes les dieron el ser.

Paine (1731) y Jefferson (1984) recogen una de las más importantes tesis demócratas de la historia, que es fundamento de la prohibición que tienen las generaciones para obligar y comprometer a las que les siguen, y que tiene cómo única regla de excepción la herencia. Dicho esto, en palabras de Pufendorf “el acto de una generación sólo puede obligar a otra cuando algún hombre [por ejemplo, un acreedor] ha adquirido de él un derecho” (1934, p. 1346). Se trata de un planteamiento traído en la línea argumentativa de Holmes, quien a continuación añade “si alguien hereda la propiedad de otros, por ejemplo, su trono, también heredará sus deudas” (2004, p. 211).

Como contrargumento a la tesis de Paine & Jefferson, Holmes trae a colación a Madison (1788) y a la defensa que éste realiza del compromiso previo, al negar que una Constitución sea un obstáculo (p. 215), pues el obstáculo en sí se da en el vacío legal que se forma ante la frecuente convocatoria a convenciones constitucionales, ya que no sería factible la toma de decisiones basadas en la razón, como si en las pasiones pasajeras del pueblo.

Coincidimos con Madison (1788) en que la carta política no puede ser considerada como tal, puesto que a través su carácter instrumental las naciones en la postguerra pudieron autogobernarse, y no cabe duda que, si los nuevos gobiernos de entonces la hubiesen considerado una obstrucción, la reorganización política, social y económica en Europa no habría llegado a buen término. Resulta muy dispendioso entonces, hacer un análisis sobre el papel que la

Constitución ha jugado en la soberanía de las naciones.

Sobre este particular, Holmes (2004: 230) se pregunta, si todos creemos en la soberanía del pueblo ¿por qué aceptamos restricciones? en referencia a los compromisos constitucionales previos, de hecho ¿acaso las naciones no pueden actuar por sí solas, velando sus intereses, ¿cómo una masa uniforme? y a continuación nos remite a los padres de la primera constitución norteamericana, quienes dan la siguiente respuesta: éstas no son restricciones: son el pueblo (Hamilton, 1788: 467-468).

A este caudal, Holmes se permite añadir el escepticismo de Schmitt (1928: p. 41), quien “como muchos otros suscribió el mito de una oposición fundamental entre las limitaciones constitucionales y el gobierno democrático: todo el esfuerzo del constitucionalismo estaba dirigido a reprimir lo político, para replicar desestimando el hecho de traer a esta discusión al gobierno popular “a no ser por alguna clase de marco legal que permita al electorado tener una voluntad coherente (...) Digamos esto un tanto irónicamente: si no se ata sus propias manos, el pueblo no tendrá manos.” (Holmes, 2004, p. 231)

Las decisiones se toman sobre la base de las predecisiones. Cuando entran en la casilla para votar, los votantes deciden quién será presidente, pero no cuántos presidentes habrá (p. 232). En otros términos, la cooperación de las generaciones precedentes es tan necesaria como las instituciones mismas, pues una deriva de la otra, lo que le permite a formular que la democracia no es el gobierno del pueblo, es, más bien, el gobierno del pueblo a través de canales, reglas de juego o procedimientos,

previamente establecidos; dadas siempre, en atención a normas predefinidas.

### **El sometimiento de la persona al Derecho en su cotidianeidad**

Quienes se forman en las ciencias jurídicas al tener una primera aproximación al Derecho como instrumento, suelen tener una errónea creencia de la solemnidad como un velo que envuelve todas las actuaciones en este ámbito, y un actuar que se desarrolla en escenarios propios del ejercicio de la profesión e incluso en diligencias o actividades con un protocolo a seguir.

La realidad sin embargo evidencia que el Derecho permea en la cotidianeidad de nuestras acciones, y el día a día de la sociedad está llena de signos de la cultura jurídica. Es por esto que, coincidiendo con Ewick & Silbey (1998), el Derecho puede catalogarse como omnipresente en todas las etapas de la vida de una persona, desde que se le reconoce la personalidad y es concebida por el ordenamiento como 'ser humano' con los efectos legales que esto conlleva, hasta después de su defunción, cuando culmina el proceso sucesorio.

En efecto, hablar de esta omnipresencia es hablar de cotidianeidad, algo que para Sarat & Kearns (2009) implica más que la idea misma de un remanente, o que un signo de nostalgia dejado atrás en el siglo pasado, un concepto tan ordinario como familiar entre el análisis de la realidad social y lo legal, o por lo menos así lo ha interpretado en la teoría contemporánea el feminismo, que actualmente lleva el estandarte de lo cotidiano, a un entendimiento de la interacción de las mujeres con su entorno por una parte, y de la otra, por las implicaciones de esa interacción.

No obstante, lo anterior, conviene evitar vincular ambos conceptos –cotidianeidad y Derecho– a la colonización de este segundo como si se tratara de una victoria del sistema sobre las personas. El Derecho, y puntualmente las leyes como fuente formal del derecho, no pueden pretender colonizar la vida cotidiana y amoldarla, máxime si son postulados pactados por anteriores generaciones cuya vigencia social, política o económica se pierde. Es más, en este contexto la cotidianeidad sin duda alguna es una fuerza en constante movimiento, y el principio de neutralidad tecnológica quizás el mejor ejemplo para ilustrar esta afirmación.

Si aterrizamos en la doctrina, pueden encontrarse dos puntos de vista sugestivos sobre el alcance del principio, así, según Cullell-March (2011), al ser un principio de regulación se espera que inspire la actividad reguladora del Estado prestando atención a los efectos de las acciones y no a los medios por sí mismos; mientras que para Koops (2006), ya que se trata de una premisa aplicada al espectro tecnológico, le supone al ente regulador el deber de centrarse en los efectos que emanan del uso de la tecnología, más que en la tecnología en sí.

Igual situación acontece con el Derecho y su relación con la cotidianeidad del ser humano. No se espera que imponga o restrinja derechos como consecuencia de un tecnicismo o de una aplicación estricta de una ley en una situación determinada. Como sociedad, esperamos en cambio que en el momento que se requiera, esto se haga teniendo como norte el fin que persigue la norma, así ese fin implique que los ciudadanos vean afectadas sus libertades y garantías. Esto, siempre en estricta



aplicación del principio de ‘reserva judicial’, a través del cual se le otorga –en un Estado de Derecho– esa potestad a un juez, en su calidad de garante e intérprete de la realidad en la que se desenvuelve una norma.

En conclusión, el Derecho en su calidad de eje de la cotidianidad de la persona, no puede ser reducido a una norma escrita inamovible en el tiempo. Una ley, como lo apunta Llambias (2012) no puede alterar los hechos materiales; no se pueden forzar los hechos sociales, y la historia se ha encargado de demostrarlo.

Éstos suelen ser más poderosos que el dictado de la ley, tal como ocurrió con la férrea resistencia social a los decretos persecutorios emitidos por los emperadores romanos contra los cristianos, o a la Ley *Le Chapelier* de 1789 que pretendió disolver los gremios en la Revolución Francesa. Al final, tanto los cristianos como los gremios subsistieron en lo que el citado autor (p. 17) denomina una resistencia que compensa la exagerada soberanía de la ley y origina el equilibrio social dando lugar a la continuidad histórica, o lo que es lo mismo, se puede cambiar la hora, pero no prolongar el día o reducir la noche.

Ahora bien, las personas como parte de una sociedad que deposita su interés común en el Derecho, al llevar a cabo sus actividades desde las más cotidianas hasta las más solemnes, hacen de esta relación que, en términos de Ruggiero (1929), es infinita, bien se trate de relaciones de persona a persona; entre la persona y la sociedad, la familia, el Estado; o bien entre los grupos en sí.

Sin embargo, sostiene este autor “no es raro que aquellos que ignoran la esencia del fenómeno jurídico, asignen a ciertos actos que son extraños al Derecho, un contenido jurídico sólo porque en el lenguaje vulgar se suele emplear la palabra Derecho”. Así por ejemplo la acepción “tener derecho al saludo del amigo”, o “tener derecho a considerarse ofendido por una falta de respeto con él cometida” (p. 2), resultan términos inexactos. La razón, es que, si las personas se someten al Derecho, ésta no es una sujeción que domina los actos que se sustraen de normas de condición muy diferentes a las jurídicas.

Ello indeciblemente nos lleva a un escenario en el que las normas jurídicas son un eslabón más que se integra en la conducta humana, que en medio de su complejidad presenta distintas esferas, entre las que encontramos la religión, los deportes, la vida en familia, la moral, lo social, etc. La norma es una especie de mandato que somete, ordena o impone realizar –o abstraerse de realizar– una acción determinada. El grado de vinculatoriedad de la norma, dependerá en todo caso de su eficacia vinculante, asociada al poder público o a una figura de autoridad.

Bajo estas consideraciones, la norma jurídica claramente es aquel mandato cuya eficacia vinculante reposa en las instituciones del poder público, aunque no siempre éstas emanen de las instituciones en sí, ya que sólo aquellas instituciones revestidas de la *potestas* que la sociedad depositó en ellas, son las que tienen esta facultad. Nos referimos principalmente al poder legislativo, aunque sin omitir tampoco las facultades que en este sentido recaen en las otras dos ramas del poder público. Es el caso de la jurisprudencia

cuya *potestas* asociada a la *auctoritas* de los intérpretes [los jueces] en su calidad de garantes de los derechos y libertades fundamentales, le ha dado un rol preponderante en la construcción de las normas jurídicas.

En este contexto, tampoco debe dejarse a un lado la costumbre como generadora de normas. En el caso de la jurisprudencia, tal y como lo acabamos de acotar, es un escenario de construcción de normas, principalmente en el sistema jurídico de tradición anglosajona, donde las sentencias adquieren valor de ley al aplicarse posteriormente en los posteriores casos que se someten a un proceso judicial. No en vano nuestra actual normativa de derecho civil, nace de la aplicación posterior de sentencias que desarrollaban instituciones por parte de los pretores en el sistema de derecho romano, y deconstruccionalmente en la co garantes de los derechos y libertades fundamentales, le ha dado un rol preponderante en la co

88



Es más, si de un análisis histórico se trata, al rastrear los orígenes de los primeros ordenamientos jurídicos encontramos que de la costumbre emanaron las normas que con el tiempo adquirirían por sí mismas vinculatoriedad, revistiendo a estos ordenamientos de madurez, y otorgándoles una mayor consistencia.

A su vez, el canon que representa una norma en sí como eje regulador de la conducta humana, puede ser analizado como instrumento que rige y es operante frente a aquellos cuyos intereses lesiona o cuyas prerrogativas suprime, tal como lo señalan Lacruz, Sancho & Luna (1988), quienes se refieren tanto a las normas de rango superior como inferior, caso en el cual, sostienen,

no serían operantes en el supuesto que se vean confrontados con derechos o situaciones establecidos por una ley.

Con todo, las normas no se circunscriben a una única categoría, en tanto el mandato que emana de éstas no es vinculante en igual grado. Es así como hallamos normas que regulan el ámbito moral, espiritual, social, y que como lo advertíamos, se integran como un eslabón más dentro de este panorama. Ruggiero (1929) dando alcance a las mismas, las delimita del siguiente modo: normas sociales, normas morales, normas religiosas y normas jurídicas.

- i. Son **normas sociales**, aquellas relacionadas con el decoro, el honor u otros sentimientos asociados al deber de sujeción de pautas dentro de determinado grupo social. En caso de un incumplimiento por parte de los miembros de este grupo, no se contemplan sanciones de ningún tipo, más que el mero acto de reproche o de desaprobación.
- ii. A su vez, las **normas morales** contemplan un sentimiento ético de la sociedad en la que se vive. No se concibe tampoco una constricción o castigo, ya que se sustentan como normas que para Ruggiero son las 'leyes de la honestidad por libre determinación interna de la conciencia', de modo tal que la desaprobación que también aquí ocasiona la conducta contraria, sostiene este autor, no se detiene en la forma exterior del comportamiento, como sucede cuando se viola la norma externa, sino que penetra más adentro. En este sentido, al valorar la conducta de la persona de cara a la 'infracción moral' lo que se debe tener presente es si ésta actuó de buena o mala fe.

- iii. Las **normas religiosas** parten en cambio de los preceptos comunes entre los creyentes de una divinidad, dentro de un credo religioso. La consecuencia de un incumplimiento de estos preceptos, deviene en una sanción comúnmente asociada a un castigo en la vida de los mismos, o por fuera de ésta.
- iv. Por último, las **normas jurídicas** encuentran su razón de ser en el Estado mismo. Son preceptos que emanan de las distintas ramas del poder público, a efectos de otorgarle cierto orden a las relaciones entre éste y las personas, o entre las personas mismas; bien sean personas naturales o jurídicas. Como mandato en estricto sentido, les imponen a las personas –e incluso a las instituciones públicas–, llevar a cabo un precepto positivo si se trata de una acción o un permiso [facultad para hacer o no hacer], o un precepto negativo si es una omisión.

De cualquier modo, es importante tener presente que estas no son categorías propiamente rígidas, como si una clasificación doctrinal con una finalidad pedagógica con sus errores y aciertos, por ejemplo, situaciones puntuales de solapamiento entre dos o más categorías. Y es que, si de realizar una aproximación a una norma se trata, ésta puede hacerse de forma restringida o amplia, según sea el contexto, y la forma en que las personas la asimilen (Collins, 2000. p. 11).

Por lo demás, tampoco debe obviarse que en distintos momentos de la historia o, en diferentes sociedades, un comportamiento determinado puede estar regulado como Derecho objetivo, en el marco de la relación que se da dentro del contrato social

entre el Estado y los administrados y, sin perjuicio de la concepción que concibe el Derecho como una facultad [Derecho subjetivo], al designar respecto a la persona una potestad que nace desde su mismo reconocimiento como sujeto de derechos y obligaciones.

Sea cual fuere la distinción que sobre Derecho objetivo y subjetivo se plantea, la aproximación efectuada por Rosenfeld (1994) al interpretar a Schlink (1992) es, a nuestro juicio, la que más se acerca a la realidad del Derecho como facultad y como imposición a la persona. Según este autor, el tratamiento histórico e institucional que se le ha dado al ordenamiento jurídico desde la Constitución denota la evolución hacia una cultura jurídica que pone al Derecho al servicio de la sociedad, tal como se evidencia al comprender que, pese a que éste contempla otros intereses de orden superior, todos éstos se relacionan con su carácter dinámico.

Pensemos en el caso de la naturaleza cuyo reconocimiento como sujeto de derechos se ha dado en algunos Estados, entre estos Ecuador, primero en el mundo de elevar a rango constitucional dicho reconocimiento. Y es que si bien para autores como Roncal-Vattuone (2013) considerar a la naturaleza como sujeto con derechos abre otros caminos de resistencia, para nosotros en realidad es una materialización del principio de la responsabilidad de Hans Jonas (1985), que propugna por la conservación de la naturaleza, y conexamente de los recursos con los que se cuentan en la actualidad, con miras a su perdurabilidad de cara a las generaciones venideras.

En últimas, el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos no es

otra cosa distinta al reconocimiento de la 'persona futura' como sujeto de derechos. Se trata de una tesis que planteamos acá, y que se fundamenta no sólo en el objetivo final perseguido por el principio de responsabilidad jonasiano, sino en la cada vez más creciente inclusión del concepto de sostenibilidad o sustentabilidad, en todas las facetas de nuestro día a día.

### Reflexiones finales

Al establecer las reglas de juego según las necesidades y fines de cada sociedad, o lo que es lo mismo las condiciones del debate público por medio de la 'idea de limitaciones generadoras de posibilidades' de Holmes (2004), nos resulta posible sostener que, en un ambiente de común unión entre Derecho y democracia, no existe una tensión sino un complemento que se pone al servicio de la sociedad, anteponiéndose a cualquier objeción desde el arcaico debate entre obligaciones heredadas versus consentimiento expreso.

A ello añadimos textualmente el alcance de esta propuesta en Holmes "Los creadores de la Constitución supusieron que las generaciones futuras desearían vivir bajo un gobierno en que la mayor parte de las obligaciones derivaran de un consentimiento expreso" plasmado en la Constitución a manera de "(...) documento de procedimientos que asegurara los requisitos para el consentimiento y disidencia racionales, el debate público, la resolución de conflictos sin violencia y la revisión minuciosa y acumulativa del propio marco constitucional" (2004, p. 235), puesto que ante ello, no cabe mayor garantía que un consentimiento hipotético.

Y es que los individuos de una sociedad al renunciar a la capacidad que, por derecho, tienen de elegir algunas cuestiones procedimentales que de otra manera le llevarían a decidir sobre su interés propio y común, lo que logran a cambio es reorientar positivamente su capacidad de toma de decisiones en la democracia (Cf. Kohn, 2000, p. 134) para alcanzar de esta manera sus objetivos.

Volviendo a Holmes, éste da cuenta del enorme beneficio que trae este cambio de paradigma, así: "Las reglas que limitan las opciones disponibles permitirán a personas y comunidades alcanzar mejor sus objetivos que si se les dejara enteramente libres. Tal es la función democrática de las restricciones constitucionales". (2004, p. 236)

En cualquier caso, al asimilar esta propuesta como la ruta de navegación, es necesario tener un compromiso firme de estructurar unas reglas puestas de frente a una seria reflexión de la teoría de la democracia, en tanto y en cuanto, nos hallamos en un mundo en la que la mayoría de Constituciones tienen un carácter originalmente poco democrático.

Es así, como todo aquello que atañe con el fin perseguido por el Derecho, termina aterrizando en la persona. Las normas, cuentan para estos efectos con lineamientos y principios que toman en cuenta en su conjunto, o individualmente, las cuatro condiciones propias de cada sociedad: culturales, sociales, económicas y políticas; de la mano de postulados filosóficos que tienen como propósito cuidar y mejorar las condiciones de la existencia del hombre.



Rousseau (1913), se refería a esto, como el contrato [social], a través del cual los individuos como miembros de la sociedad acordaban un pacto para vivir en esta condición; a través del cual el Estado les otorgaba ciertos derechos y libertades sociales, y en contraprestación, estos se obligaban para con éste, a abandonar la libertad en su acepción natural.

De hecho, cabe recordar que la postura que sostenemos sobre el carácter dinámico del Derecho basado en un desconocimiento del precompromiso con las generaciones pasadas, se acompasa con el postulado de Rosseau sobre el contrato social, en tanto éste permite que los miembros de la sociedad cambien los términos del contrato cuando así lo estimen oportuno. Por consiguiente, el Derecho debe ser redimensionado desde su óptica instrumental al servicio del ser humano, más que como una disciplina que rige el comportamiento de éste –en un ámbito temporal y especial siempre cambiante– a partir de una rigidez que desconozca las necesidades y expectativas de la naturaleza humana.

## Bibliografía

Aragón, M. (1996). Parlamentarismo y antiparlamentarismo en el primer tercio del siglo XX: la proyección actual de aquella polémica. *Revista de Estudios Políticos*, 93, 39-57.

Collins, M. (2000). *AS Level Law*. London: Routledge

Cullell-March, C. (2011). El principio de neutralidad tecnológica y de servicios en la UE: la liberalización del espectro radioeléctrico. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 11, 1-10.

Ewick, P., & Silbey, S. (1998). *The common place of law: Stories from everyday life*. Chicago: University of Chicago Press.

Gargarella, R. (2008). Constitucionalismo vs. Democracia. En R. Gargarella (Ed.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Hamilton, A. (1788). *Federalist papers*, No. 78. New York: Independent Journal

Hayek, F. (1960). *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press.

Holmes, S. (2004). Precommitment and the Paradox of Democracy. En J. Elster & R. Slagstad Rune (Eds.). *Constitucionalismo y democracia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Jefferson, T. (1984). *Writings*. New York: Library of America.

Jonas, H. (1985). *The imperative of responsibility: in search of an ethics for the technological age*. Chicago: University of Chicago Press.

Kohn, C. (2000). *Las paradojas de la democracia liberal: la ausencia del hombre en el Fin de la historia*. Caracas: Exd.

Koops, B. (2006). Should ICT regulation be technology-neutral. En: B. Koops, M. Lips, C. Prins & M. Schellekens (Eds.) *Starting points for ICT regulation. Deconstructing Prevalent Policy one-liners (77-108)*. La Haya: IT & Law Series.

Lacruz, J.L., Sancho, F., & Luna, A. (1988). *Parte general del derecho civil*. Barcelona: Bosch.

Llambias, J. (2012). Tratado de Derecho Civil. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Perrot.

Madison, J. (1788). Federalist No. 49. New Haven: Yale University

Martí, J.L. (2006). La República Deliberativa, Madrid: Marcial Pons.

Paine, T. (1791). The Rights of the Man. London: J.S. Jordan.

Pufendorf, S. (1934). De Iure Nature et Gentium, Oxford: Clarendon Press.

Roncal-Vattuone, X. (2013). La naturaleza... un sujeto con derechos: apuntes para la reflexión. Revista Integra Educativa, 6(3), 121-136.

Rosenfeld, M. (1994). Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspectives. Durham: Duke University Press.

Rousseau, J. J. (1920). The Social Contract: & Discourses (No. 660). Londres: JM Dent & Sons.

Ruggiero, R. (1929). Instituciones de Derecho Civil. Madrid: Reus.

Sarat, A., & Kearns, T. R. (2009). Editorial Introduction. En A. Sarat, & T.R. Kearns (Eds.). Law in everyday life (pp. 1-20). Ann Arbor: University of Michigan Press.

Shapiro, M. (1968). The Constitution of the United States and Related Documents. Nueva York: Appleton-Century-Crofts.

Schmitt, C. (1928). Verfassungslere Berlin: Dunker and Humboldt.

Schlink, B. (1992). German constitutional culture in transition. Cardozo Law Review, 14, 711-736.

