

EL DESARROLLO ANTROPOLÓGICO DEL DERECHO Y LA PERSONA HUMANA

ANTHROPOLOGICAL DEVELOPMENT OF LAW AND THE HUMAN BEING

Fernando Andrés Durán-Escudero, Camila Izquierdo-Crespo y Eulalia Elizabeth Zhunio-Iñiguez*

Universidad del Azuay. Cuenca. Ecuador.

andyduran28@hotmail.com , camila93izquierdo@gmail.com, eliza4381@hotmail.com

Resumen

El Derecho es un sistema esencial de la persona y abarca todas sus actividades, sean éstas posibles o imposibles; bajo esta premisa, se debe considerar que, en su interacción con la realidad, el ser humano lo crea a partir de bases consuetudinarias hacia una estructura concreta de normas y principios. Con él, busca principalmente: seguridad, certeza, la garantía de una regularización de conductas y herramientas de solución de conflictos para establecer un orden. De esta manera, se representa tanto teórica como prácticamente al Derecho como una creación fundamental: filosófica, científica y emotiva. Desde el enfoque del Personalismo este sistema radica en la necesidad de convertir y evolucionar la visión social y política que se tiene respecto de la persona en las diferentes etapas hasta la actualidad. El siguiente artículo busca relacionar al Derecho con el Personalismo, tomando en consideración el enfoque antropológico de esta Ciencia a través del tiempo y el aporte de la filosofía personalista.

Palabras clave: Derecho, persona, antropología, evolución, filosofía del derecho

Abstract

Law is an essential element of the human being, touching both possible and impossible activities. Following this premise, it should be considered that one's interaction with reality, human beings have created this system that was founded upon customs based within a concrete structure of norms and principles. In searching, primarily, for security and courtesy; guaranteed by the regularization of behaviors and established tools for resolving conflicts to institute order. By doing such, many theories and practices are represented in regards to Law as a fundamental creation in: philosophy, science and even emotional need for human kind. Under the theory of personalism, this system, has resided in the necessity to covert and evolve the social and political priorities that it has had in respect to an individual throughout its different stages up to present day. The following article seeks to relate Law and Personalism, taking into consideration the anthropological approach of this science through time and the input of the personalistic philosophy.

Keywords: Law, person, anthropology, evolution, philosophy of law

*Estudiantes de 3er y 4to año de la carrera de Derecho en la facultad de Ciencias jurídicas de la Universidad del Azuay, Cuenca – Ecuador. Miembros del equipo de investigación en la línea de Filosofía del Derecho, y co-autores del proyecto de investigación “El nuevo derecho ecuatoriano y su impacto en la educación jurídica en el Ecuador” 2014- 2015.

Aprobado: 15 de Julio 2015 / **Aceptado:** 30 de Agosto 2015

Introducción

Desde un punto de vista *teleológico* el Derecho es el sistema o medio para buscar el orden en la conducta de las personas en consideración con el valor de la justicia (Ihering, 1872). Sin embargo desde un punto de vista *empírico* en el Derecho encontramos como objetivos generales: *una función de certeza y seguridad; y un sistema de resolución de conflictos o intereses* (Recasens Siches, 1986). Entendiendo a ésta estructura como un *medio* por el cual la persona humana puede evaluar su conducta, limitarla y establecer construcciones intelectuales para sobrellevar tales objetivos.

Más allá de la discusión clásica de las dos concepciones originarias que posee el Derecho, *Iusnaturalismo vs Iuspositivismo* (Farrel, 1998), es certero establecer que a fin de cuentas, ésta magnífica creación humana tiene 3 ámbitos de análisis que son: “*Hecho, valor y norma*”, concepción que mantenía Miguel Reale en su denominada “*Tridimensionalidad del Derecho*” (Reale, 1997). De hecho, su objeto principal son las normas, ya que es imposible concebir la existencia de esta ciencia fundamentada sólo en los otros dos conceptos. Dentro de éste ámbito se podría hacer referencia a la “*excluyente diferencia que se plantea frente a la Religión, Ética y Moral*” (Reale, 1997); donde se establece que el carácter normativo no existe, propiamente dicho, ya que los hechos son valorados a través de principios deontológicos y frente a una posible contradicción de un hecho frente a éstos. No existe una sanción en sentido estricto, sino que la consciencia de la persona es la afectada, desvirtuando el carácter coercitivo y de fuerza que tiene el Derecho para cumplir sus eventuales violaciones.

En efecto, éste sistema exige la existencia de artificios normativos. Desde este enfoque y para conceptualizar y describir el desarrollo de este sistema es importante partir sobre las diversas perspectivas de lo que puede llegar a significar *persona*, y

cabe recalcar la presencia de una variedad de conceptos que se han propuesto en una amplia gama de opciones a ser consideradas. Existen propuestas personalistas que intentan enmarcar conceptualmente a la persona desde el enfoque positivo, comunitario, idiosincrático, dialógico o interpersonal, ontológico, etc.

En todos estos, existe la pretensión de motivar una u otra teoría tomando como punto primordial a la persona y la relación de la misma con el entorno buscando con cada una de ellas dar apoyo a los diferentes supuestos que buscan justificar las diferentes concepciones originarias y las derivadas de las mismas. Así, el Derecho es creado para la persona e intenta ser un sistema que le permita a ésta desarrollarse y cumplir sus objetivos.

Frente a esta línea de argumentación, los cuestionamientos principales surgen en sentido de ¿por qué? y ¿cómo? la persona humana crea el Derecho como una estructura compleja de normas que favorecen un valor en reglamentación de hechos o conductas para beneficio de su supervivencia y relación con los demás seres humanos; además de como éste mecanismo ha ido evolucionando material, estructural y dogmáticamente a través de la historia humana.

Lo que se busca en este artículo es relacionar de forma directa al Personalismo con el Derecho reconociendo la reciprocidad entre ellos y justificando el por qué los dos tienen como elemento necesario y central a la persona y todo lo que a esta se refiere. El estudio del desarrollo antropológico del Derecho y el aporte de la filosofía personalista que se presenta en este documento busca romper el paradigma de la visión positivista del Derecho y dar a la persona la importancia y protagonismo que ha tenido en la evolución de las Ciencias Jurídicas.

Estado Primitivo del Derecho y la Persona

En principios de la edad humana, la selección natural actuaba a su gusto, machos y hembras actuaban a morir por cualquier interés en general; comida, resguardo, vestimenta, pareja, etc., la persona humana se encontraba en su máxima expresión de ilimitada libertad donde podía realizar cualquier cosa que esté a sus alcances físicos e intelectuales. En este momento se plantea a la persona como un conjunto de células, tejidos, órganos, huesos y demás componentes totalmente físicos y materiales; solo basados en ciencia física y relacionándose con la fuerza que los mismos puedan dar a sus poseedores.

A medida en que el tiempo transcurría, el ser humano se va desarrollando en la interacción de él frente a la realidad conocida; éste proceso fue cada vez más provechoso. Entendió que para su propia supervivencia debía agruparse y crear ciertas divisiones y actividades, demostrar superioridad frente a los demás; el hombre descubrió que experimentando e ideando podía llegar a una expectativa más alta de vida.

Es decir, el objetivo principal dentro de la consciencia de una persona humana en éstas remontadas épocas, era la supervivencia, en su sentido más lógico. Se llega a tomar a la persona como algo más que lo planteado en la época primitiva, pues un ser humano no solo radica en lo corporal sino que está conformado por varios elementos que van desde lo objetivo a lo subjetivo, mismos que crean y desarrollan a cada persona. Recordemos las palabras de Mounier en referencia de la complementariedad que se crea entre lo objetivo y subjetivo: "No puedo pensar sin ser, ni ser, sin cuerpo; estoy expuesto por él a mí mismo, al mundo, a los otros" (Mounier, 1996).

Sin embargo, frente a una necesidad de dar explicación a la realidad, la persona comenzó a manifestar creencias, historias,

maneras de hablar y hasta específicas formas de alimentarse; lo que hoy conocemos con el nombre de Cultura. Frente a esto, los grupos humanos se iban conformando, denotando la calidad gregaria que posee el ser humano en el ámbito de sus actividades, se establecía un acervo común fundamentado principalmente en la sangre como vínculo estricto (Borja, 2007).

Posteriormente, las sociedades matriarcales se fueron desvirtuando y el ser humano se agrupaba en razón a una creencia o deidad específica, así se fueron constituyendo los Clanes. Frente a estas organizaciones, aquellos que no profesaban tales insignias y particularidades del grupo eran considerados amenazas para la supervivencia, en consecuencia debían ser eliminados. La persona primitiva desarrolló una organización jerárquica donde el patriarca o el jefe era el que tomaba las decisiones más importantes.

El humano inducía que era lo real y esa aparente perfección no podía ser motivo del azar, sino que los fenómenos inexplicables se justificaban en deidades, de toda clase, y que aquel jefe se representaba como el enviado de las mismas y se ganaba tal título por haber instituido su fuerza por sobre las demás. No existía norma alguna, sino solo *poder de dominación* en su sentido estricto. Aquella persona que tuviera la capacidad de imponerse ante los intereses de supervivencia de otra, prevalecía y seguía respirando. Frente a eso:

El hombre primitivo se siente aterrado ante el espectáculo de la naturaleza... Y siente una necesidad de dominar la naturaleza, de saber a qué atenerse respecto de ella. Al impulso de esta necesidad elabora la técnica (propriamente como tal, o como magia) para crearse un margen de holgura o de relativa seguridad en el cosmos (Recasens Siches, 1986).

En ese contexto, le resultaba indispensable a la persona humana crear un orden, que le permita subsistir de mejor

manera, frente a la naturaleza y frente a los demás. Saber a qué atenerse en ciertos casos, de guerra o de conflictos con los súbditos, que podría pasar en caso de que una persona tome posesión de una cosa perteneciente a otro, cuál sería la respuesta frente a la muerte del líder y quién va a suceder a éste, existe o no propiedad privada, etc. Se presenta el fenómeno de que una vez visto al ser humano como algo más importante que una cosa o animal, se lo debe considerar como una persona con necesidades comunes con las demás que existen en el mismo espacio; sin decir que todos sean iguales y no necesiten de los demás individuos que los rodean en el espacio geográfico.

Si bien en un inicio el personalismo intenta considerar al hombre como un ser que subsiste y es independiente, se vuelve indispensable considerar que también es un ser social. El plantear que el hombre existe con todas las condiciones propias de su ser por sí mismo y, a más, que no requiere de ningún otro ser humano para su desarrollo es centrarse en la persona como un todo sin considerar, como en esta parte de la historia, es una pieza esencial en su formación el entorno. La persona se fue vinculando en un territorio común, estableciendo *la tribu* y el poder se justificaba en éste espacio físico delimitado.

Una especie de estructura se fue estableciendo a través de bases consuetudinarias. Es decir, la producción repetitiva de conductas, de aquellos miembros unidos por un territorio en común, ejercía presión para que tales comportamientos sean considerados adecuados dentro de esa comunidad, teniendo como principal figura de tal orden a una autoridad que ya no sólo tenía el poder físico sino que mantenía un poder de decisión moral-religioso frente a conflictos de acciones u omisiones humanas.

El ser humano desde el momento en que inicia su vida tiene, por obligación y necesidad, que interactuar con otras personas, la persona se ve relacionada

desde un inicio a su entorno social y, poco a poco, con su realidad comunitaria. Todo ser humano se ve envuelto en el planteamiento de Polo el “co-ser y el co-existir” (Polo, 2010). El ser humano cumple la premisa de “co-ser” al entender y aceptar que no es el primero y el único, que el entorno y las otras personas que lo rodean han existido y existirán, sin manifestar con esto que es un componente cualquiera del entorno, si no indicar que en el momento que es añadido como la persona considerada como el punto central del desarrollo, no está sólo.

El Personalismo es la base distintas creaciones normativas desde el punto de vista de las de fuentes del Derecho. El Derecho gira alrededor del ser humano, sea en sentido restrictivo o permisivo, por lo que si no existe la persona como punto inicial y final de todo, con todos sus elementos objetivos y subjetivos se observaría que de nada sirve el derecho pues a quienes está dirigido no son el motivo de su existencia. El error en el que se debe evitar caer es el pensar que el hombre es el medio para conseguir que el derecho exista, que es el llamado a positivarlo para usarlo en contra de los demás sin considerar los aportes que otros hicieran; Kant manifestaba que “...el hombre y, generalmente todo ser razonable, existe con un fin en sí, y no como un medio, que puede ser usado arbitrariamente por tal o cual voluntad. En todos sus actos, tanto en los que le conciernen a él mismo como en los que se refieren a los otros seres razonables (el hombre), debe ser considerado siempre y al mismo tiempo como fin” (Kant, 1962).

En medio de la interacción humana con otros de su especie, y entendiendo que la persona es el origen y fundamento de la realidad sin desmerecer el *todo*; además de asentarse la costumbre como una premisa que guía la conducta de las personas; nace, entonces, la idea de *obligación*. Ésta implica que frente a un mandato existe de por medio una regla. Es una posición confusa, en el sentido de que una obligación no siempre

es enunciada en términos técnicos, y que se podría ejemplificar en el siguiente título: “un súbdito debía acompañar al jefe”. Esto constituía una simple crítica hacia una conducta en específico; mientras que: “Un súbdito tenía la obligación de acompañar al jefe” prescribe una conducta (Hart, 1977).

Se evidenciaba el conflicto de Derecho vs Moral que existía en aquellas épocas primitivas; es más, en la estructura silogística antigua, si es que existía tal, la regla rara vez poseía una consecuencia específica para el supuesto de hecho, que podría ser enunciada en breves términos como lo siguiente: “*Quien no obedezca al jefe será castigado*” (Hart, 1977). Tanto la hipótesis como la consecuencia implicaban un margen infinito de hechos. En este orden natural, todavía, las obligaciones podían ser las más absurdas, y por tanto las consecuencias también. La regla sería tan amplia como las ideas que la autoridad podía tener. Todo se consideraba legítimo, la orden era la voluntad omnipotente del jefe, así como la sanción.

El soberano se reservaba el poder de establecer tanto la idea de obligación como la de sanción, ya que en un principio eran indeterminadas. Sin embargo existía ya una toma de decisiones y el sistema cada vez era más comprendido por las personas. El patriarca, en base a la tradición, aplicaba a cada problema una sanción de acuerdo a su criterio momentáneo, ésta era una decisión “ad hoc”, que sin importar el acuerdo o la objeción con respecto de ésta, debía ser cumplida; caso contrario la vida de esa persona peligraba.

Criticando esta situación el historiador Sir Henry Maine (1874) consideraba la infinita discrecionalidad al correctivo; al igual que H.A. Post (1884) quién, desde otra posición, analizó la sanción primitiva; partiendo desde el punto de vista de los conocimientos adquiridos a través de la experiencia y la tradición que el patriarca poseía, puesto que era, generalmente, el miembro más viejo de la comunidad, por

ende, era considerado el más sabio y sus valores morales le permitían castigar o sancionar de manera pertinente.

Creación del sistema de Seguridad y Certeza

Con la evolución de las personas y sus conductas llegamos a la época de la monarquía, como forma de Estado originario, en donde el poder se concentra en una sola persona dándole un giro a la concepción precaria en donde la soberanía no tenía un punto de identificación; así, la organización social se encuentra en constante conflicto. Frente a todo eso, nace un concepto de nación y búsqueda del espíritu nacional (Gellner, 1988), para reducir la diversidad y encontrar mayor seguridad. En esta etapa el poder está concentrado en una sola persona el cual puede tomar decisiones arbitrarias a nombre de su mandato divino, lo que genera una gran desigualdad social.

Durante la monarquía se consolidan ciertas instituciones claves como la propiedad, matrimonio, familia etc., que son de gran importancia para el desarrollo de la persona actual, además de ir estructurando lo jurídico en el ámbito particular de la conducta de los humanos. Así condiciones naturales de la persona como sus pertenencias, su forma de asociarse, su trabajo y su honor, eran reguladas en parte por la concepción clásica del Estado Absolutista, favoreciendo de cierta manera siempre los intereses de la Corona, pero rescatando desde un punto de vista teórico que las relaciones sociales ya tenían un carácter jurídico y un sistema de normas que atravesaban la esfera consuetudinaria.

La idea de lo *público* surge y el Rey, a través de su Consejo, comienza a tomar decisiones en torno a las quejas constantes que llegaban desde los súbditos. Al no existir criterios específicos para las resoluciones reales, con el crecimiento de la sociedad y con la complejidad para mantener la armonía entre las relaciones de las personas, se ve la necesidad de

formar un sistema normativo, como es el caso de la *Carta Magna* (Hannan, 2015) que es considerada uno de las principales representaciones jurídicas de la historia, y que ha trascendido de ser un documento a ser parte de la vida y los factores reales de la cultura anglosajona.

En fundamento de ésta y otros documentos era necesaria una especie de norma técnica, que plasme verdaderamente el existir y co-existir de una sociedad. La existencia de una ley, en sentido estricto, no *la concepción romana de la misma*, sino que regule el comportamiento para evitar el caos y el desorden (Holguín, 1989). Ley entendida como la expresión de la voluntad general de una sociedad y que ha sido manifestada a través de una autoridad aprobada por los mismos.

Cabe recalcar, el concepto de soberanía es un pilar fundamental en la norma ya que se podría establecer que en el rey se encontraba justificada la voluntad de todas las personas, desde un concepto soberano *unipersonal* y además *divino* (Pinto, 2012). Él tenía el monopolio interpretativo y aplicativo de aquellas conductas sociales que constituían leyes para toda persona miembro de un grupo social.

La existencia de ésta, conlleva un avance primordial en la *creación* misma del Derecho, en sentido de que se establecen instituciones o *medios de creación*, como lo afirmaba Kelsen (1974), de un sistema para conseguir seguridad y certeza en una comunidad de personas. Se evidencia además el carácter formal que se encuentra en este tipo de norma jurídica, sobre todo el proceso solemne que se encuentra para la emisión de ella; en tanto que se fundamenta en un grado más alto de superioridad coercitiva, manifestada en un carácter de convicción a seguir frente a los miembros de una comunidad, es decir, la *obligación moral de cumplir la ley* que consideraban las personas, muchas veces, quizá, cuando ésta fuera injusta (García, 2014).

Con el reconocimiento de la ley y la estructura social fundamentada, se acepta la existencia de una diversidad legal visible dentro de cada sociedad por lo que se prioriza fomentar la inclusión entre los diferentes grupos sociales y también permitiendo que se dé una división jerárquica entre ellos. Para Manuel Atienza:

La omnipresencia del derecho en la sociedad no solo está dada en lo que está regulado jurídicamente sino en todo lo que potencialmente puede llegar a estarlo; la inter-vinculación entre norma, sanción, órgano de aplicación y Estado que caracteriza la concepción clásica del derecho no puede hacerse extensiva a otras modalidades de regulación social. Comprendiendo el derecho en tanto fenómeno situado históricamente, y siempre relativo a sociedades puntuales, el tema de la juridicidad pierde su carácter abstracto. (Atienza, 2007)

Frente al sistema creador de normas, como institución unitaria: *el Consejo del Rey*, surge también el Parlamento como una representación de las personas a través de otras, para participar en la toma de decisiones; de ésta forma, el Estado pierde su carácter único e indivisible y se divide (Planas, 1997). El mecanismo para obtener seguridad y certeza entonces, comienza a encontrar otros medios de construcción. El poder político y la escuela del absolutismo perdía peso porque, nuevamente, la soberanía iba a ser dividida en más cabezas; así, la creación de normas no correspondía solamente al soberano, sino a ciertas clases que querían regular sus actividades, en tanto el rey las aprueba para realizar esos cometidos; además cumpliendo la función jurídica de ir controlando al poder y funcionar como una especie de antídoto para el mismo.

Cuando en el ser humano, desde el punto de vista comunitario, se observa su desarrollo individual y colectivo lo que se busca es que la persona sea considerada como el punto central de toda sociedad, entendiendo su desarrollo como una consecuencia del

aporte del mismo sujeto a su entorno. El planteamiento es fundamentalmente sobre la importancia de la persona en la comunidad, afirmando lo dicho en líneas anteriores, que: “*El Estado está hecho para el hombre, no el hombre para el Estado*” (Mounier, 1996); así, la representación de esta frase en lo comunitario y normativo da el protagonismo a la persona en lo social; y el Derecho: en la creación y la continuidad.

Las personas por naturaleza e instinto buscamos unirnos y complementarnos para poder alcanzar lo que se necesita para la satisfacción individual. En estas circunstancias, junto con la ley, se necesitaba un medio de resolución de eventuales conflictos entre las personas, entre leyes, entre territorios y entre un sinfín de actividades. Es por eso que nace la figura del Juez, ya no como un consejero del soberano, sino como una voz “independiente” para poder tomar decisión, fundamentándose además en normas ya establecidas, poseyendo un margen de acción además de sus criterios propios y mediando entre el poder que mantenía la cabeza del Estado y la voluntad de las clases en el Parlamento.

Atienza (2007), afirma que el derecho trasciende esta dimensión normativa ya que forman parte de él, las instituciones que conforman un todo organizacional, generando un influjo recíproco entre el ordenamiento jurídico y la realidad social. Por lo expuesto, el concepto de la persona humana en la figura del juez ha llevado a debates constantes junto con el de Derecho y Moral, sobrellevado por Hart y Dworking (Hart & Dworking, 1997), e inclusive cuestionando si existe una resolución única para cada caso, o es que hay múltiples decisiones en torno a una situación en concreto, es decir, si a través de la figura del juez se presenta verdaderamente el Derecho como método de resolución de un conflicto; además de las consideraciones discrecionales que ésta persona puede tener para interpretar y aplicar la norma.

Sin embargo, en esta instancia, entendiendo lo dicho por José Luis Pérez Rey citando a Montesquieu se concibe la idea del juez como: “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza ni el rigor de la ley misma” (Pérez, 2012). Esto significa que la interpretación al momento de aplicar la norma era muy restrictiva y que entre los mecanismos de resolver sobre un asunto, mediaba una simple aplicación silogística dialéctica. Frente a la ley (*tesis*) se produce un hecho (*antítesis*), que luego de ser subsumido en el supuesto hipotético de esa norma, cabe la consecuencia (conclusión); de esta manera no existía “margen de error” para el Juez.

Edad Contemporánea y los resultados

Con la edad contemporánea, la nueva concepción del Estado liberal instituye una nueva forma de ver al Derecho y el papel que éste tiene en la organización de una persona. La *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano* (1789) consolida los principios de dignidad humana en normas positivas, incluyendo los derechos de corte natural y afianzando de una vez por todas el concepto de un derecho, como la facultad que tiene una persona, es decir tanto de expectativa positiva (prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) atribuida por una norma jurídica, que es como se concibe en tiempos actuales (Ferrajoli, 2009). Se establece además las garantías de separación de poderes como condición constitucional de un orden jurídico y demás principios que cambian el paradigma frente a los Estados y Naciones Modernas.

La *norma de reconocimiento* (Hart, 2004) de un Estado es su *Constitución* como la figura en que se incluyen todos los factores de poder que existen en una sociedad, es decir, las voluntades y sus características tal como lo afirmaba *Ferdinand Lasalle* (1964). A partir de ésta se realiza basa el ordenamiento jurídico en una estructura jerárquica y que además funda los principios y normas básicas

que van a regir la conducta humana dentro de una comunidad de personas. De esta manera la función de certeza y el sentido de pertenencia se relacionan con respecto a formar parte de un verdadero Estado creado a través de la Constitución (Zagrebelsky, 1995).

Sin embargo, la *norma de reconocimiento* puede variar según su forma. Una de las posiciones puede implicar que ésta norma simplemente sea la delimitación del poder político en su forma más orgánica, es decir, delimitando el camino y las reglas de juego de una sociedad. Otra posición puede ser concebida como una convención o un *contrato social* (Rousseau, 1762), en el que la persona se compromete a ceder parte de sus derechos a una figura jurídica que sirve para el beneficio mismo de la colectividad y que va tener varias funciones de ejecución, de legislación y de juzgamiento. Sin embargo, sabemos que hoy en día ésta *norma fundamental* (Kelsen, 1974) marca el camino de las sociedades y la esencia misma de éstas, adjudicando una normativa al *ser y deber ser* de una persona y formando parte de ésta.

En el siglo XX con las dos guerras mundiales el paradigma jurídico cambia al mundo y posteriormente influye en la cultura jurídica, reconociendo la diversidad cultural, estableciendo una discusión sobre los derechos y reconocimiento de los pueblos y su inclusión dentro de los sistemas jurídicos; generando un antecedente primordial a la hora de hablar sobre "*Derechos Humanos*" (Ferrajoli, 2009), por lo que los legisladores y Estados se han visto en la necesidad de entender el concepto de persona humana desde sus orígenes históricos, estableciendo acuerdos de orden internacional para atribuir y garantizar los derechos que corresponden a cada ser humano sin importar su condición; el concepto de *ciudadano* pasó a otro ámbito para ser *humano*.

Así, todos los que poseen esa condición natural se encuentran interrelacionados formando un núcleo en el que se encuentran las normas, costumbres y valores de cada uno, consiguiendo un equilibrio armónico, garantizado por este sistema de *seguridad y de certeza*, un estado de Bienestar para los miembros de una comunidad que es concebida universalmente. Desde una concepción más neutral y positivista sí, procurando no emitir juicios de valor; cabe recalcar que el Derecho, en su esencia, no está en última instancia, para calificar una forma de pensar, como por ejemplo, la religión para el Derecho no será buena o mala, sino que deberá ser garantizada en todas sus formas. La integridad sexual no es analizada desde el punto de vista masculino o femenino, sino que simplemente debe ser garantizada.

De esta manera la persona humana se relaciona con los demás en el ámbito en que pueda desarrollarse y sin afectar al otro. Con el transcurso de los años ha existido una transformación social hacia el "*hombre razonable*" partiendo desde una violencia sin límites por la ausencia de normas o convenio como bien *Max Weber* (*Kuppe – Potz, 1995*) se refería, pasamos a una época donde hay un apego razonable a la línea de la conducta ideal.

En este orden de ideas, Gluckman (1955), desarrolla la teoría de un *juez razonable*, donde se va a evaluar la conducta de la persona en términos de lo que *se espera de ésta*, es decir, que cumpla con un comportamiento adecuado según la situación en la que se encuentre; con esto los tribunales son un mecanismo para recibir evidencia pertinente y mediante la sentencia castigar a quienes hayan cometido una falta grave, lo que pretende es reparar la ruptura del orden social.

Con el siglo XXI éste sistema toma un protagonismo único, concibiendo al sistema de seguridad y certeza desde un punto de vista *plural en sus fuentes*; para la persona

humana las fuentes del Derecho se conciben desde un punto de vista más amplio y rico. La discusión de mediados del siglo XX toma un nuevo resurgimiento, con respecto a reglas y principios como ordenadoras del poder.

La vieja concepción de una norma sólo como regla se ha mostrado obsoleta, atribuyendo razón a Alexy (1988), cuando indica que los *mandatos de optimización* implican en su esencia no solo obligaciones sino también prohibiciones y a su vez permisiones; consolidándose como normas abstractas y generales, para en el caso concreto ser aplicadas y *optimizadas* favoreciendo siempre a la persona humana frente al poder estatal o al particular, concepción tomada por la nueva ola constitucionalista y aplicada en el contexto andino igualmente.

Se vuelve también necesario el estudio del *desarrollo antropológico del derecho* y su relación con la persona en la actualidad; observamos un fenómeno reciente que se ha impulsado tomando fuerza que es el *neo-evolucionismo* (Kuppe – Potz, 1995) dentro del campo antropológico. De esta manera, y dentro de esta línea argumentativa, se observa un cambio en los sistemas normativos de las naciones industrializadas, tecnificadas y urbanizadas, ya que se empieza a considerar al *Folclore jurídico* como parte esencial de un orden jurídico, pues aquí se encuentra las costumbres, normas, leyendas, etc., que son percepciones y emociones que hacen únicos y diferentes a cada grupo de personas, asegurando la aceptación de la *interculturalidad* que existe en cada sistema jurídico, plasmado inclusive en países como Ecuador y Bolivia, fundamentado en el respeto a la llamada *justicia indígena* que busca relacionar a las personas con sus normas y costumbres ancestrales con la finalidad de cumplir el co-existir (Polo, 2010).

Y es que el Derecho como ciencia descriptiva e institucionalizadora puede ser también *filosófica y emotiva*. Se puede, establecer esta idea mediante una analogía

estructural entre la representación material que existe en el ámbito místico y religioso con lo que sucede en el Derecho, emotivamente hablando. La arquitectura religiosa, por ejemplo, como en el caso de los templos y la arquitectura judicial, tienen sus similitudes; en cada lugar peculiarmente existe una serie de rituales y comportamientos que las personas perciben al momento de estar ahí, al estar parados al frente de un altar o de un estrado; la persona sabe que debe rendir respeto y solemnidad al acto que está presenciando: “En el derecho, la banca, las ropas, y las paredes de mármol es señal de que algo está pasando, y que la actividad es importante. Sabemos que estas “cosas” no son sólo físicas, sino que tratamos la presencia física como la institución” (Brigham, 1987, p.15).

Aquí se está apelando a las emociones que producen estos lugares a las personas y rigen el comportamiento de las mismas cuando se ven involucradas:

(...) la presencia de este componente emocional permite la comparación de la dimensión jurídica con la religiosa en cuatro aspectos: - ritual: ligado al ceremonial como símbolo de la objetivación de la ley; - tradición: en tanto prácticas y lenguaje heredados del pasado que simbolizan la continuidad del derecho; - autoridad: relacionada con las fuentes, habladas o escritas, decisivas en sí mismas y símbolos de la obligatoriedad del poder de la ley y universalidad: conectada con la búsqueda de conceptos universalmente válidos enlazados con la idea de verdad. (Rodríguez, 2010).

Entre *ser* y *deber ser* el Derecho crea un arco teórico y práctico, donde se ubican las posiciones estructurales y funcionalistas dominantes en la perspectiva normativista, por un lado; y la de activismo jurídico de las personas en la dinámica de procesos de reivindicación de género, clase, raza, religión, por otro; tomando en cuenta la identidad, resistencia y cultura vinculados a la reclamación de nuevos derechos y

ampliando el *campo de fuerza o plenitud hermética* que tiene el Derecho en todos los ámbitos de la vida de los seres humanos.

Conclusiones

a) El Derecho, desde el enfoque personalista, es una estructura que sirve como un *medio* por el cual la persona humana puede evaluar su conducta, limitarla y establecer construcciones intelectuales para sobrellevar los objetivos *de certeza y seguridad a través de un sistema de resolución de conflictos o intereses*. Desde una etapa primaria esto nació como una forma de *dominación* que imponía el líder de la comunidad; sin embargo con el pasar del tiempo se fueron estableciendo desde bases consuetudinarias las normas que iban a ser parte de este sistema, comenzando desde una concepción unitaria en sus inicios, para luego terminar en un *constructo* formado por funciones *ejecutivas, legislativas y judiciales*. Tomando en cuenta, principalmente que la esencia misma del sistema es la persona humana, y que el Derecho gira alrededor de ésta, sea en sentido restrictivo o permisivo, por lo que si no existe la persona como punto inicial y final de todo, con todos sus elementos objetivos y subjetivos se observaría que de nada sirve este sistema. El error en el que se debe evitar caer es el pensar que el hombre es el medio para conseguir que el Derecho exista, que sea el llamado a positivarlo para usarlo en contra de los demás sin considerar los aportes que otros hicieran, como se ha visto en la Historia.

b) Con la creación del sistema y la edad contemporánea se consolidan los principios de dignidad humana en normas positivas, incluyendo los derechos de corte natural y afianzando el concepto de *derechos y garantías*. Además resurge la discusión en torno a la estructura normativa y cuáles son las soluciones para los problemas actuales y la inclusión de todos los seres humanos al concepto de persona y por tanto, a ser sujetos de *derechos humanos o fundamentales*.

c) El paradigma constitucional actual, incluye las nuevas formas de pensamiento, concibiendo al sistema de seguridad y certeza desde un punto de vista *plural en sus fuentes*; se empieza a considerar al *Folclore jurídico* como parte esencial de un orden jurídico, pues aquí se encuentra las costumbres, normas, leyendas, etc., que son percepciones y emociones que hacen únicos y diferentes a cada grupo de personas, asegurando la aceptación de la *interculturalidad*.

d) El Derecho no es sólo ciencia e institución, sino que es creada y representada desde la esencia misma de la persona humana, que son sus emociones y percepciones sobre la realidad. Es decir es también filosofía y emoción, como se puede ejemplificar analógicamente esta idea en la simbología jurídica y religiosa; en el sentido a que existen ciertas similitudes con los templos y cortes, con los bancos y los estrados; la persona humana se representa al Derecho como algo importante y que es esencial en el desarrollo de su existencia.

Referencias Bibliográficas

- Alexy R. Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica. IV jornadas internacionales de lógica e informática jurídicas. San Sebastián: Doxa. 1988, p. 139-151
- Atienza M. El sentido del derecho. Barcelona: Ariel. 2007, p. 59
- Borja R. Sociedad, cultura y derecho. Quito: Editorial Planeta del Ecuador. 2007, p. 145 - 163
- Brigham J. The Cult of the Court. Philadelphia: Temple University Press. 1987, p. 15.
- Farrel, M. (1998). ¿Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico? DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, p. 121-128. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/discusin-entre-el-derecho-natural-y-el-positivismo-juridico-0/>
- Ferrajoli L. Los fundamentos de los derechos fundamentales (Vol. Cabo & Pisarello). Madrid: Trotta. 2009, p. 20-27

- Francesca A. Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano. UNAM. 1789. Consulta el 5 de Junio de 2015. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>
- García E. La obediencia al derecho. Eunomía - Cultura de la Legalidad. 2011, 1. p. 114-118. Consulta el 3 de Junio de 2015. Disponible en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/216>
- Gellner E. Naciones y nacionalismo. Madrid: Alianza. 1988 p. 77-83
- Gluckman M. The judicial process among the barotse of northerin rodhesia. Manchester: Manchester University Press. 1955, p. 332-350
- Gluckman M. Política, ley y ritual en la sociedad tribal. Madrid: Akal. 1975, p. 32 - 45
- Hannan D. Magna Carta: Eight centuries of liberty. The wall street journal. 2015. Consultado el 15 de junio de 2015. Disponible en: <http://www.wsj.com/articles/magna-carda-eight-centuries-of-liberty-1432912022>
- Hart H. El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2004, p. 125-136
- Hart, H. Obligación jurídica y obligación moral. Primera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 1977. p. 5-10 Disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_5/articulos/1_Obligacion_juridica_y_obligacion_moral.pdf
- Hart H. y Dworking R. La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin. México D.F.: Siglo del Hombre. 1997. P. 20-45
- Holguín J. Manual elemental de derecho civil del Ecuador. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. 1989. p. 230 a 236
- Ihering, R. v. (1872). La Lucha por el Derecho. Mexico: Editorial José M. Cajica. p. 45-57. Disponible en: <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1596>
- Kant I. Fundamentos de la metafísica de las costumbres. Paris: Haber. 1962, p. 27
- Kelsen H. Teoría pura del derecho. Edición 14. México: Porrúa. 1974, p. 141
- Kuppe R y Potz R. La antropología del derecho: pasado, presente y futuro. UNAM. 1995. p. 9 - 45. Disponible en: <http://www.antropologiajuridica.cl/wp-content/uploads/kuppe-potz-antropologiaderecho.pdf>
- Lasalle F. ¿Qué es una constitución?. Buenos Aires: Siglo XX. 1964, p. 31
- Maine H. Acient law. Doceava Edición. Londres: Jhon Murray 1874, p. 126
- Mounier E. Revolución personalista y el comunitaria. Bogotá: Nueva América. 1996, p. 212 - 226
- Pérez J. Interpretación y creación judicial del derecho: la tensión entre constitucionalismo y democracia. Icade. 2012, 82. p. 17 - 43. Disponible en: <http://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/27>
- Pinto J. Teoría utópica de las fuentes del derecho. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. 2012, p. 16 - 21
- Planas P. Regímenes políticos contemporáneos. Segunda Edición. Lima: Fondo de Cultura Económica. 1997. p. 166 - 182
- Polo L. Antropología trascendental: la persona humana. Segunda Edición. Pamplona: Universidad de Navarra. 2010, p. 19 - 33
- Reale M. Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho. México D.F.: Tecnos. 1997. p. 20 - 52
- Recasens L. Tratado general de filosofía del derecho. México: Porrúa. 1986, p. 220 - 222
- Rodriguez G. Perspectiva socio antropológicas sobre el campo del derecho y la justicia. Buenos Aires: Centro de estudios Interdisciplinarios en Etnolingüística y Antropología Socio-Cultural. 2010, p. 66
- Rousseau J. El Contrato Social. Madrid: Editorial SARPE. 1762. p,139 - 141
- Zagrebel'sky G. El Derecho Dúctil. Madrid: Trotta. 1995. P. 21- 45