

TERCERA VÍA
EN FILOSOFÍA DEL DERECHO

JUAN GUILLERMO DURÁN MANTILLA

Doctor en Derecho de la Universidad de Navarra, España, 1983. Profesor de *Filosofía del derecho y Teoría del derecho* de la Universidad Santo Tomás de Bogotá; Investigador del Grupo San Raimundo de Peñafort de la Universidad Santo Tomás-Bogotá. Línea de investigación del grupo: la fundamentación del derecho. Correo electrónico del autor: natanaelernesto@hotmail.com. El presente libro es producto del proyecto de investigación: “La fundamentación del Derecho”, gestionado en la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomas (Sede Bogotá)

TERCERA VÍA EN FILOSOFÍA DEL DERECHO



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
BOGOTÁ

Durán Mantilla, Juan Guillermo, 1957-
Tercera vía en filosofía del derecho / Juan Guillermo Durán Mantilla.
-- Bogotá : Grupo Editorial Ibáñez, 2017.

160 páginas ; 24 cm.
Incluye bibliografía.
ISBN 978-958-749-760-1

1. Filosofía del derecho 2. Derecho natural 3. Justicia - Aspectos filosóficos
4. Colombia - Derecho constitucional I. Tit.

340.1 cd 21 ed.
A1569251

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© JUAN GUILLERMO DURÁN MANTILLA © GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur
Teléfonos: 2300731 - 2386035
Librería: Calle 12B N° 7-12 L.1
Tels.: 2835194 - 2847524
Bogotá, D.C. - Colombia
www.grupoeditorialibanez.com

© UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
Carrera 9 No. 72-90
Facultad de Derecho
Bogotá - Colombia

ISBN: 978-958-749-760-1

Diseño de carátula: David Cortés

Diagramación electrónica: Deissy Alejandra Rodríguez

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

® 2017

COMITÉ EDITORIAL

Rodrigo Plazas Estepa
Magister en Derecho Mercantil
- Universidad Sergio Arboleda.
Docente Universidad Republicana -
Bogotá - Colombia

Mónica Fernández Muñoz
Doctora en Derecho Privado -
Scuola Superiore Sant'anna Di Studi
Universitari e Perfezionamento Diritto
Civile - Italia. Docente Universidad
Católica - Bogota - Colombia

Jorge Palomares García
Magister Universität Konstanz
Legum Magister (LL-M) - Konstanz
- Alemania. Docente Universidad Libre -
Bogotá - Colombia

Eduardo Rodríguez Martínez
Doctor en Sociología Jurídica -
Universidad Externado de Colombia.
Docente Universidad Nacional -
Bogotá - Colombia

COMITÉ CIENTIFICO

José Manuel Gual Acosta
Doctor en Derecho Privado - Scuola
Superiore Sant'anna Di Studi
Universitari e Perfezionamento Diritto
Civile - Italia. Docente Universidad
Católica - Bogota - Colombia

Vladimir Fernández Andrade
Doctor en Derecho - Universidad
Externado de Colombia. Procurador
Delegado de Derechos Humanos

Misael Tirado Acero
Doctor en Sociología Jurídica
- Universidad Externado de
Colombia. Pos Doctor Universidad
de Buenos Aires - Argentina.
Docente Universidad Católica -
Bogota - Colombia

Rodolfo Torregroza Jimenez
Doctor en Sociología Jurídica -
Universidad Externado de Colombia.
Docente Fundación Universidad
Republicana (Colombia)

PARES

Eduardo Rodríguez Martínez
Doctor en Sociología Jurídica - Universidad Externado de Colombia -
Docente Universidad Nacional de Colombia

Omar Huertas Díaz
Doctor en Ciencias de la Educación - Universidad Simón Bolívar - Sede
Barranquilla - Docente de la Universidad Nacional de Colombia

DEDICATORIA Y PETICIÓN

*Dedico esta obra al Creador de la naturaleza
y del hombre en ella y con ella.*

Nada más consecuente esta dedicatoria con el *existencialismo* fundacional –el de Kierkegaard, filósofo precisamente trascendente–, *base filosófica de la tercera vía en el derecho* con la que aquí nos mostramos simpatizantes.

Es un humanismo trascendente. No nos encerramos en un puro humanismo sin referencia a un Ser Superior que podemos llamar Padre de todos los hombres y de la naturaleza, de Gaia, de la Madre Tierra. No puede haber hermanos sin una procedencia común.

Pero también consecuente esta ofrenda filial con la Constitución de 1991 de Colombia, que, liderada por tres fuerzas políticas diferentes y en nombre del pueblo colombiano como constituyente primario, en el Preámbulo dijo de manera sencilla y transparente que pedía a Dios la ayuda para sacar adelante los valores y metas allí consagrados. La fórmula preambular de petición de ayuda divina me atrae por ser sinónimo de humildad porque nada más grande que ella y nada más repugnante que la arrogancia del hombre frente al Ser Supremo, frente a los demás, y frente al Cosmos; no dijo el preámbulo que toda la normativa jurídica constitucional era “en nombre de Dios” sino simplemente se limitó a pedir su protección; no comprometió a Dios con las normas allí establecidas –cosa que es arrogancia y abuso frente a la Divinidad– como si el mismo Dios hubiera movido la mano de los Delegatarios en la Asamblea Nacional Constituyente, sino pidió humildemente su asistencia.

Igual actitud tomó una Constitución de otra cultura, quizá más laica, pero también expresamente necesitada de la ayuda y protección divina: la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania en 1949, para que no se piense que lo de Colombia fue cosa de latinos emocionales.

Lo anterior no riñe con la sana separación de los poderes espiritual y temporal –cosa ya lograda– pero no excluye la invocación al Creador.

Empero lamento que esa invocación en Colombia haya quedado en el papel el día de la promulgación del texto constitucional como “un saludo a la bandera” y nada más como si ello fuera cosa del pasado y propio de tiempos superados; para hacer un homenaje a esa petición arrinconada en el tiempo, dedico esta obra al Creador y pido su ayuda para sacar adelante la axiología constitucional 91 así como esta obra.

Quiero entonces como admirador de la tercera vía iusfilosófica, de la fórmula invocativa del Preámbulo constitucional, y de los valores cosmoespirituales ancestrales de Colombia, dedicarle este libro al Creador y pedir su ayuda para el pueblo colombiano a fin de que encarne el respeto a los derechos del hombre, para los jueces para que sean justos, para el legislador con el objetivo de que busque el bien común, para los juristas con el propósito de que busquen la verdad, en fin, para todos con la meta de conseguir una patria convivente y en paz . Es súplica sentida en las entrañas de la mayoría aquél día de 1991 que deseo se replique en el tiempo cuando ya se han cumplido las bodas de plata de la Constitución de 1991.

Qué de extraño tiene pues, repito, dedicar esta obra al Creador y pedir su ayuda para que asista con su luz y protección a todos en la búsqueda de un derecho justo.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al doctor Álvaro Echeverri Uruburu, su amigable, generosa, voluntaria, y enriquecedora colaboración con comentarios, aportes, críticas constructivas y presencia constante en mi actividad reflexiva e investigativa, de la cual, en parte importante, se nutre esta obra.

Para mí su presencia ha sido capital por ser la ayuda de un sabio, de un amigo frentero y sincero, lleno de logros profesionales, como haber sido profesor durante muchos años de la ESAP (Escuela Superior de Administración Pública), en Colombia, Constituyente de la Constitución Política de Colombia de 1991, magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, en Colombia, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, autor de varias obras políticas y de derecho constitucional de gran renombre en la cultura jurídica colombiana y latinoamericana, y en fin, intelectual de mucho fondo, a quien apreciamos infinitamente quienes lo conocemos. Sus valoraciones en esta obra me llenan de orgullo y alegría.

No obstante algunas diferencias de ideas que no han de extrañar, con Álvaro (él mismo me dice que le quite el “doctor”), buen demócrata, nos hemos entendido a las mil maravillas, pues todo pasó y sigue pasando por el filtro de los argumentos serenos y del respeto y la amistad sin límites. Sus observaciones desde luego quedan anónimas en la obra, pero en honor a la justicia he de decir que ellas fueron fundamentalmente en el orden histórico, conceptual jurídico-filosófico, y también formal; en una palabra: fueron muchas las que me hizo, y si esta obra es valorada en buena parte se debe a él; de esta manera rescato en algo más concreto su presencia. Quedo, repito, infinitamente agradecido con sus observaciones y correcciones.

Así mismo, agradezco al amigo argentino Alejandro de Palma su animación y correcciones para que esta obra saliera adelante; fueron varias las comunicaciones e incluso los viajes que él hizo a Colombia para guiarme y empujarme a hacer las observaciones amables que me formulaba.

De igual manera, van mis sinceros agradecimientos a la profesora Isolina Dabevo, filósofa del derecho argentina, quien me hizo observaciones que

desde el principio consideré muy valiosas y nunca limitantes que me sirvieron para dar una reorientación al trabajo que aquí presento; de verdad agradezco a ella que me hiciera apuntar a un núcleo de estudio más visible y menos disperso acerca de la tercera vía iusfilosófica.

Bogotá, 2016

CONTENIDO

DEDICATORIA Y PETICIÓN	9
AGRADECIMIENTOS	11
INTRODUCCIÓN PANORÁMICA.....	15
INTRODUCCIÓN IUSCONCEPTUAL.....	21

CAPÍTULO I

¿QUÉ ES LA FILOSOFÍA DEL DERECHO?.....	23
--	----

CAPÍTULO II

ESCUELA DEL DERECHO NATURAL	37
-----------------------------------	----

CAPÍTULO III

IUSPOSITIVISMO	55
----------------------	----

CAPÍTULO IV

TERCERA VÍA IUSFILOSÓFICA	73
---------------------------------	----

CAPÍTULO V

FILOSOFÍA DEL DERECHO LOCAL	97
-----------------------------------	----

CAPÍTULO VI

SABIDURÍA JURÍDICA ANCESTRAL	107
------------------------------------	-----

CAPÍTULO VII

NUESTRA POSICIÓN IUSFILOSÓFICA.....	125
-------------------------------------	-----

CAPÍTULO VIII

SÍNTESIS Y ALGUNAS CONCLUSIONES PROPOSITIVAS:.....	149
--	-----

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	153
----------------------------------	-----

INTRODUCCIÓN PANORÁMICA

Esta obra es fruto de varios años de enseñanza de la filosofía del derecho en el campo universitario desde la que colegí la importancia de mostrar más directamente una escuela iusfilosófica, *la tercera vía*, que creemos es muy pertinente para la hora actual.

Hemos pasado en este escrito de una manera de mostrar todos los puntos de vista posibles de la *Filosofía del derecho*, propia de las clases, lo más imparcial posible, a otra más explícitamente *comprometida*¹ con una concepción de la misma. Ello tiene una motivación de fondo muy personal y es la convicción de la necesidad de pasar de modelos rígidos del derecho, apegados a la norma (sea su contenido tradicional o positivista), a otros estilos jurídicos más flexibles y por ello más humanos; trasladarse del paradigma del *dura lex sed lex*, a otro que diga que no es el hombre para la ley sino la ley para el hombre, cambiar de la dureza legal a la equidad aristotélica que sostiene que la ley debe mirar las circunstancias humanas para suavizar la ley general sin eliminarla, nos convence muchísimo más y nos ha traído réditos espirituales y profesionales; y tal es, cabalmente, la posición llamada tercera vía iusfilosófica.

¹ Por la tercera vía muestro en este libro una **inclinación**, una esperanza, una luz; en estos temas basta con ello, es decir, con sentir una inclinación, algo menos radical que una **convicción** absoluta, cuestión que es mucho más profunda, definitiva y radical; pero, tratándose de cosas cambiantes como son las teorías del derecho, no paso de una inclinación. Bebí en mis primeros años de formación jurídica del reinado del formalismo normativista de Kelsen, con el que por cierto nunca me sentí totalmente identificado; luego experimenté la atracción de la tercera vía iusfilosófica valorativista de Radbruch; hoy en día en nuestro medio se siente vivamente la ponderación de principios jurídicos de Alexy; la iusfilosofía es así, de épocas, de autores, de argumentos nuevos; hay que aprender a oír nuevas posiciones en nuestro campo jurídico; una inclinación jurídica como la que mencioné me parece que concuerda precisamente con la tercera vía la cual predica que en el mundo del derecho existen muchas **posibilidades**, no una única salida o postura jurídica.

Nos ha parecido didáctico exponer un Capítulo marco e introductorio como es el atinente a *qué es la Filosofía del derecho*, que sirve no solo para llevar un orden lógico sino para que el lector quizá novato de una obra como esta le facilite su comprensión; pero es que además, es útil para el autor de cualquier obra de este carácter volver una y otra vez sobre la pregunta de qué es la filosofía así como de la iusfilosofía para que su quehacer no se torne rutinario. Al tratar este tema nos adscribimos a la concepción iusfilosófica según la cual esta consiste en el estudio de las fuentes, valores, y principios generales del derecho desde luego atados a la norma positiva que los hace eficaces socialmente. Esa concepción nos es útil porque dejamos en claro que no confundimos la iusfilosofía con la iusteoría, confusión latente en los estudios de estas dos temáticas, ya que, en efecto, es usual ver en los textos de iusfilosofía temas atinentes a la iusteoría; para nosotros la primera se circunscribe a lo dicho sin que ello implique una separación divorcista total con la iusteoría, pero, sobre todo manifestamos esa adscripción, por cuanto es desde esta manera de entender la iusfilosofía (e incluso una iusteoría actual muy cercana a la iusfilosofía por ser antiformalista) como se tiende el puente con la tercera vía iusfilosófica: desde los principios, los valores.

También por razones de orden y metodología es apenas lógico exponer los antecedentes de la tercera vía iusfilosófica: *la escuela del derecho natural* (la cual considera a una porción del derecho como indisponible por depender de la naturaleza humana), y *el iuspositivismo* (que considera a todo el derecho como fruto de la razón humana y por tanto disponible por el hombre sin atadura a la naturaleza humana), sobre los cuales se comenzó a trabajar aquélla; esta —la tercera vía iusfilosófica— no existiría sin los insumos de las dos primeras, son su base aunque con la pretensión de superar a las dos anteriores como creemos lo ha ido haciendo meritoriamente para los tiempos pluralistas que nos ha tocado vivir.

¿Cuáles son los puntos de contacto entre la escuela del derecho natural y el iuspositivismo? ¿Ambas escuelas se excluyen radicalmente una a otra? ¿Se pueden sumar algunos aportes de una y otra escuela? ¿Es la tercera vía una resurrección del aristotelismo jurídico? Son algunas de las preguntas que se intentará responder aquí.

Creemos que los antecedentes de la tercera vía tienen puntos de contacto ante todo cuando el iuspositivismo es el que se denomina *moderado*: de ello existen modelos como fue el código napoleónico y la concepción del

derecho que de él derivó. Justicia naturalista y norma positiva racionalista se encuentran necesariamente como dijo el fundador de la tercera vía Gustav Radbruch; clásicos de la iusfilosofía que fueron en un comienzo iuspositivistas terminaron admitiendo un algo de derecho natural. Los derechos humanos son hoy muestras de supervivencia del derecho natural y son admitidos sin discusión por el iuspositivismo; en fin, la tercera vía encuentra posibilidad en el mundo jurídico por todas esas razones y otras más; pero necesitó de las dos escuelas que la precedieron y tuvo el deseo de aunarlas e ir más allá de ellas para los tiempos plurales de hoy. Los autores en este sentido son abundantes (por ejemplo Kaufmann, Alexi...).

Su nomenclatura la oímos por primera vez del alemán Arthur Kaufmann y nos parece acertada. A ella nos sentimos inclinados con razones plausibles, de un sano eclecticismo, aunque con el margen de incertidumbre que produce lo que está por explorar y por lo que somos conscientes por supuesto al mismo tiempo de su perfectibilidad. Nos atrae desde sus bases conceptuales mismas y en esta obra trataremos de avanzar enlazándola con la *sabiduría jurídica ancestral latinoamericana* (con lo cósmico–humano de estas latitudes americanas), con quien encuentra justificada razón de diálogo, y con lo que ello supone por consecuencia lógica para elaborar una *iusfilosofía local*, propia, menos extranjerizada y dependiente aunque sin desconocer los valores y aportes de afuera.

Esta es la secuencia general del trabajo que presentamos aquí.

Dado el título de este trabajo –la tercera vía en la iusfilosofía–, pudiera indicar *prima facie* que el escrito debería arrancar directamente tratando de esta postura iusfilosófica cuando en realidad comienza hablando de la escuela del derecho natural y del iuspositivismo; ello obedece a un simple orden cronológico y algo lógico. Por lo cual recomendamos, para quien lo desee, arrancar con una prelectura del Capítulo referente a dicha tercera vía que le dé un primer acercamiento a ésta.

De otro lado, al abordar las escuelas del derecho natural y del iuspositivismo hemos hecho algunos reconocimientos y críticas a las mismas que, en algunos casos, sirven de válvulas conectoras con la tercera vía; es apenas obvio hacer esos comentarios para centrarnos en ésta que es la que ocupa el título de nuestro trabajo.

No podemos ocultar en esta introducción que hemos echado mano de una técnica que podemos llamar agrupativa y que es al mismo tiempo

antidispersiva. Agrupativa de autores y posturas. La filosofía tiene la característica de hacer generalizaciones o metarelatos, que sirven para hacer miradas panorámicas que ayudan a ver lo global, y que concomitantemente evitan una atomización de teorías que muy seguramente llevarían a una confusión no solo teórica sino pragmática de la aplicación del derecho.

No negamos que esa técnica agrupativa de autores y posturas tiene un tanto de arbitrariedad, de tendenciosidad, de un algo forzado aunque en pequeña cantidad –que nos parece en todo caso sana–, ante todo por cuanto a las teorías de la tercera vía de Kaufmann hemos sumado otras a nuestro parecer en la medida en que reúnen los criterios fundamentales de Kaufmann para considerarlas de este grupo; pedimos excusas a dichos autores si no se sienten a gusto dentro de la tercera vía pero es un ejercicio didáctico de nuestra parte; ahora bien, dicha agrupación no nos debería escandalizar en la medida en que las ciencias humanas no son exactas ni aporosas; dicha agrupación aparecerá en lo posible siempre de manera expresa en nuestro texto al punto que procuraremos colocar el argumento en letra distinta (negrilla) para hacer más didáctica la exposición.

Algo más sobre las que se puede decir algo introductorio:

1.– Como se verá fácilmente, hay temas que se repiten; no escandalice ello al lector; no tiene otra pretensión que ser pedagógicos; la pedagogía de la repetición es benéfica.

2.– Esta exposición a través de las distintas escuelas: realista, iuspositivista, y de la tercera vía, es muy de autores y tesis de éstos. Tampoco debe escandalizar ello al lector; ha sido así en la historia. Se desearía una exposición más literaria y amena; pero nos circunscribimos a la dureza de autores y conceptos.

3.– Observará el lector que tenemos unos cuantos libros de cabecera; sí, quizá no muchos, no lo negamos; nos gusta sobremanera exprimir –perdón la palabra si no gusta a algunos– los textos; somos partidarios de saborear a los autores; quizá estemos influenciados de una famosa idea de Ignacio de Loyola: no el mucho saber harta y satisface el ánimo sino el sentir y gustar las cosas internamente.

Ya para terminar queremos decir que esta obra es *continuación* y se quiere *culmen* de otras dos nuestras: *Introducción a la Filosofía del derecho*, (2010) (Durán Mantilla, *Introducción a la filosofía del derecho*, 2010), y,

Iusfilosofía con ventanas, (2016) (Durán Mantilla, *Iusfilosofía con ventanas*, 2016). Aquí hemos querido tener una postura mucho más directa y expresa acerca de la tercera vía; si se quiere consideramos que este es un texto de mayor maduración de nuestro pensamiento iusfilosófico.

INTRODUCCIÓN IUSCONCEPTUAL

La iusfilosofía, en sus distintas concepciones, de lo que trata es *de dónde viene el derecho*. De dónde viene el derecho no se refiere a un sitio, o a una cultura aunque puedan contribuir a responder la cuestión. De dónde viene el derecho se refiere a algo metafísico: viene de la naturaleza humana, viene de la norma en sí, viene del Estado... Esos puntos de nacimiento (de dónde viene el derecho) son sitios más allá, más remotos que un sitio físico o cultural como decir Grecia o Roma que son lugares más inmediatos a la observación humana.

De dónde viene el derecho es la pregunta que ocupa a la escuela del derecho natural, a la escuela del iuspositivismo, a la escuela de la tercera vía, etc. La respuesta a esa pregunta hace referencia a un tema filosófico, y, tratándose de *Filosofía del derecho*, es, por tanto, en relación al *ser* del mismo, a la consistencia del derecho (a la naturaleza profunda del mismo).

No se refiere en consecuencia ni a *cómo* es el derecho, esto es, si civil o comercial, penal o laboral, etc., ni a *cuál* derecho, si constitucional o privado, o preguntas similares, que se refieren, nuevamente, a algo más inmediato del derecho. Ese de dónde viene el derecho se remonta a un primer momento racional.

Quizá la pregunta *de dónde viene* el derecho (iusfilosofía) tenga que ver más con *porqué el derecho* y con *para qué el derecho*, es decir, si el derecho es una realidad natural o cultural (por qué el derecho), y si tiene que ver con la justicia o la paz, o la convivencia... (para qué el derecho); esas preguntas sí resultan más relacionadas con el de dónde viene el derecho; ellas las aborda más la iusfilosofía.

Es usual que entre juristas exista un algo de rutina, cosa que acontece en cualquier otra profesión práctica; es una rutina fruto de la repetición de actos u operaciones: un igual o similar proceso ejecutivo, un igual o similar un proceso hipotecario; o una igual o similar cirugía de páncreas, una igual o similar cirugía de apéndice, etc. La Filosofía del derecho satisface más el

hambre de porqué esa realidad, para qué esa realidad, es decir, se ocupa de cuestiones más del sentido del derecho, por qué, para qué...

Por eso la iusfilosofía tiene ese sabor de lo conceptual, de lo general, de lo abstracto; es un ejercicio de satisfacción interior, de profundidad espiritual, menos pragmático, más silencioso, de un gusto interior que va más allá de lo físico e inmediato; desde luego hay espíritus o personalidades más dadas a esto, son los talantes precisamente filosóficos, pero, en todo caso lo conceptual, general o abstracto, deben ser objeto de interés para cualquiera así su inclinación personal sea más “manual” o práctica por decirlo así, pues el hombre se hace preguntas y se da respuestas más universales, más propias del campo de la razón general.

Así el panorama, adentrémonos en esas *fuentes últimas del derecho*: la naturaleza humana, la norma jurídica, el Estado (contrato social), la sociedad en sí, la economía (cualquiera que sea), o todo ello junto, la madre naturaleza, buscando dar solidez al derecho...

CAPÍTULO I

¿QUÉ ES LA FILOSOFÍA DEL DERECHO?

A modo de introducción de este libro, consideramos pertinente comenzar por una referencia al marco general donde se pueda mover un trabajo como este; en efecto, es permanentemente útil volver una y otra vez sobre la iusfilosofía, y, una vez realizado este ejercicio, resulta ser sin duda más conducente desarrollar un tema más específico de ella como lo es la denominada “tercera vía” de la filosofía del derecho.

Sumariamente para empezar traigamos a cuento una afirmación histórica que sirve de inducción a la pregunta de este Capítulo: si se trata de la **realidad exterior** porque se considera que ella es plena o mayoritariamente vinculante al pensamiento, a la moral, etc., considerando que le somos tributarios, es **realismo**¹, y su paralelo en el derecho es el llamado **realismo jurídico**; ahí están, por ejemplo, Aristóteles y Tomás de Aquino, con su visión del derecho natural, es decir, el de una realidad preestablecida por la naturaleza (en un sentido positivo de la misma dado por el conocimiento de los fines de la misma), con carácter vinculatorio en el plano jurídico-positivo debido a que éticamente es correcto. Esa fue la primera escuela filosófica y también iusfilosófica en el tiempo. La remontamos a Grecia. Un pueblo como el griego era lógico que profesara una gran veneración por la realidad exterior ya que la naturaleza para el pueblo griego era encarnación de lo ético.

Si se trata de que la realidad es considerada superable y disponible por parte de la razón del hombre, es **idealismo o racionalismo**, que en términos

¹ La expresión “realismo” no deja de tener cierta dificultad en su comprensión, es complejo; así, por ejemplo, una filosofía muy distante al realismo aristotélico-romano-tomista como es el marxismo-leninismo, también habla de realismo como la fuente de todo, pero la toma sólo como punto de partida sobre el cual se construye la ideología comunista transformante en su totalidad de esa realidad: aquí la ideología se superpone a la realidad; pero para el primer tipo de realismo, que es al que se refiere el realismo al que hacemos mención en este capítulo, la realidad determina en gran medida al pensamiento y a la praxis.

de filosofía del derecho se llama a su vez **positivismo jurídico**; ahí están, por ejemplo, Savigny y Kelsen, para quienes el derecho nada tiene que ver con una realidad natural preestablecida, ética y vinculante como afirma el derecho natural, sino que ella –la realidad– debe ser dependiente y manejada por la razón lógica del hombre, hecha norma como deber ser (Kelsen), o sierva de los pueblos en su historia cuando se hace jurisprudencia (Savigny). Debe añadirse que esa razón en el racionalismo –como en el realismo también–, tiene pretensiones en algunos casos (Kelsen por ejemplo) de universalidad, solo que en el realismo, la universalidad tiene su asiento tanto en lo corporal como en lo racional, mientras que en el racionalismo sólo se afina en una razón universal jurídica tal como lo pretendió Kant al decir que el ser humano debía comportarse de tal manera que su conducta debía servir de patrón universal de comportamiento. Esta fue la segunda escuela filosófica y iusfilosófica en el tiempo; adviene en la historia en la Modernidad a causa del racionalismo inaugurado por Descartes *con su dogma cogito ergo sum*, pienso luego soy.

Finalmente, si se trata de ver y juzgar equilibradamente ambas cosas, es decir, realidad físico-racional (realismo) y pura racionalidad (racionalismo), estamos en presencia de la llamada **ontología de la vida**², que en términos de derecho se denomina **tercera vía iusfilosófica**³, ante todo para nutrir la

² La expresión ontología viene de *ontos*, que significa ente; por lo tanto es el estudio del ente; también se habla de que la ontología es la teoría del ser, por lo que es el estudio del ser; para nosotros significa más precisamente el estudio del ser vital, del ser siendo.

³ Todo lo anterior **en Occidente**. Ahora bien, debe decirse que en Occidente hemos descuidado el estudio en los programas de Derecho de las filosofías jurídicas de China, India, el Oriente, las concepciones ancestrales, etc. En términos aborígenes, por ejemplo, a lo que se denomina filosofía del derecho en general, preferimos llamarla en este trabajo **sabiduría jurídica aborigen**, la cual tiene para nosotros un valor enorme; para comprobar tal valor bastaría estudiar las sentencias de la Corte Constitucional colombiana referentes al derecho de las etnias, los estudios étnico-jurídicos del cubano Pablo Guadarrama González, o la obra de Rosembert Ariza Santamaría de lo que él denomina “derecho profano” (concretamente en lo indígena; no sobra aclarar en este espacio que la expresión derecho profano referida al derecho indígena en contraposición a un supuesto derecho sagrado referido al derecho estatal nacional, es equívoca: en efecto, el derecho en Occidente desde el siglo XII fue precisamente el derecho profano-romano en oposición al derecho canónico eclesiástico; y, más exactamente en verdad, el derecho profano indígena

decisión justa de los jueces. Es la escuela sobreviniente al racionalismo, fruto del existencialismo, nacido a mediados del siglo XIX con filósofos como Soren Kierkegaard, y consolidado un siglo después con el fin de la segunda guerra mundial tal como lo afirmó Romano Guardini.

La iusfilosofía a la que nos adscribimos en este trabajo no es ni enteramente circunscrita a una naturaleza inmodificable ni es solo racionalista; se trata más bien de combinar en equilibrio armónico el binomio natura-razón. Eso es precisamente lo que se denomina tercera vía, y es preciso reconocer que la escuela del derecho natural dijo desde sus comienzos, por un lado, que el derecho era una realidad dual combinatoria de lo natural con lo legal-racional, y por otra parte, que la ley general debe tener en cuenta las circunstancias de cada quien mediante el recurso a la epiqueya o equidad.

Desde luego ante lo que se acaba de afirmar podría decirse entonces que la tercera vía no es más que un derecho natural remozado, y no falta razón en dicha aseveración, lo que acontece es que después del iuspositivismo y sus aportes innegables, este debe valorarse en muchos aspectos y por eso la tercera vía viene a ser una sumatoria equidistante en el tiempo entre ambas escuelas.

Repetimos: existen modelos iusfilosóficos basados en un único tópico (por ejemplo, natura o razón, de manera pétrea, que no los compartimos); nos adscribimos sí a la tercera vía iusfilosófica que los aúna; consideramos que el juego del punto medio aristotélico entre ambos factores es más completo y actual para la historia que nos toca vivir.

Tampoco nos convence basar el derecho vgr. en la sola justicia conmutativa⁴, individual, horizontal, privatista, pues es un esquema ya

es mucho más vinculado a lo sagrado ancestral); pero contrario a lo anotado, los cursos de filosofía del derecho de nuestras facultades de derecho en gran medida se centran en una filosofía del derecho occidental, desconociendo culposamente –por ser nosotros herederos de los indígenas y afrodescendientes y debiendo por tanto salir en su reconocimiento y valía– la sabiduría jurídica ancestral. De otra parte, es menester señalar además, que las filosofías del derecho mencionadas, la realista, la positivista y la tercera vía, son **fragmentarias** en tanto en cuanto son insumos solo para la **actividad judicial**, dejando de lado otros aspectos del derecho como el filosófico–legislativo, o el notarial, o la vivencia cotidiana ciudadana del derecho.

⁴ La justicia conmutativa es aquella justicia entre particulares, es la propia del derecho privado, donde alguien da a otro una cosa, o un hacer, o un no hacer, a cambio de algo, de un precio, de un costo determinado.

superado históricamente; pudo valer para un pasado griego o romano, pero el tren de la historia ya superó esa sola visión del derecho sin que ello signifique que hoy no exista aún en buena medida; y tampoco nos cautiva ver el derecho solo estatalmente como expresión de lo social; también la historia ha mostrado que este modelo cae en un esquema injusto por antipersonal con los peligros de la subordinación de la persona al Estado, entre cuyos ejemplos encontramos al Fascismo (el Fascismo italiano precisamente llegó a decir en palabras de Mussolini: “Todo dentro del Estado, nada fuera del Estado, nada en contra del Estado”). Lo que aquí se expone es una concepción del derecho más integral y equitativa que armonice la justicia conmutativa y la justicia distributiva (ante todo la del Estado para con los particulares distribuyendo –valga la redundancia– cargas y honores como decía Aristóteles), que equilibre el papel de las interacciones humanas y el rol del Estado frente a los individuos. En suma, no se trata ni de individualismo ni de estatismo, puros, sino combinación de persona humana y justicia social.

Pero preguntémonos, después de esta breve introducción a la iusfilosofía... ¿qué es la filosofía? Para quien trabaja con la filosofía, es deber permanente suyo pensar una y otra vez acerca de qué es ese saber; tal preocupación se ve a lo largo de la historia de esta área del conocimiento; pensemos a título de ejemplo en solo dos autores: José Ortega y Gasset con su obra *¿Qué es filosofía?*, y Edith Stein, con idéntico título *¿Qué es filosofía?*.

La filosofía del derecho es una rama de la filosofía; esta es una afirmación maciza y común (Kaufmann, 2002, p. 39). Por tanto, para tratar de entender en esta obra a la *Filosofía del derecho*, es necesario saber qué es filosofía en general.

Brevemente, pues, introduzcámonos en la filosofía. El término filosofía nació en Occidente, en Grecia, como amor a la sabiduría en dos aspectos: a) amor a los conocimientos en general: a la matemática, a la literatura, a la astronomía, a la física, a la política...; b) y amor a vivir de una manera correcta, lo cual podemos traducir como ética.

La segunda acepción, esto es, el buscar un recto vivir a través fundamentalmente de virtudes, quedó en pie hasta el presente; la ética es un aspecto de la filosofía que sigue tal cual desde Grecia, por supuesto con varias posibilidades más allá de las solas virtudes a las que se refirieron los griegos; pero en todo caso la ética es algo que, en su núcleo, es decir,

como manera de vivir (a través de la virtud, o el amor, o el bienestar, o la utilidad...), ha seguido incólume a través de los siglos.

La primera acepción, es decir, el amor al saber, al conocimiento en su sentido amplio, derivó con el tiempo en una pregunta más general y englobante: en medio de tantos saberes... ¿qué conocimiento otorga *cohesión* a todos ellos? ¿Qué le da *solidez* a todo el conocimiento? ¿Cuál es *el principio* que sostiene todo conocimiento? En una palabra: ¿Qué es lo que es y que no depende de otro ser? ¿Qué es lo que la razón conoce como *fuerza* que da explicación a todo y que está más allá de la misma razón?⁵

No se trata de responder qué es esto o aquello en concreto: un caballo, un hombre, un astro, que se ve tienen un ser solo parcial y más o menos frágil, y que es objeto de estudio de otras ciencias particulares, sino qué le da sostén a toda la realidad exterior a nosotros mismos: ¡a toda la realidad!

El primero que intentó una respuesta a esa inquietud fue Tales de Mileto hacia el siglo VII a.C., sosteniendo que eso que le da consistencia a todo es el agua; luego vinieron otras respuestas: el aire, el fuego, la tierra, el número..., lo que demuestra, de paso, las distintas concepciones que la razón encuentra en torno a lo existente (realidad exterior) y que denotan la preocupación filosófica por encontrar el elemento más importante que explica esa realidad.

Esas respuestas como se observa apuntan a un ser total, que explica todo: en el fondo miran a lo que se denomina generalmente Dios, y por eso un Capítulo básico de la filosofía se denomina *Teodicea*, es decir, el estudio de Dios⁶.

⁵ La generalización propia de la filosofía es en el plano de los principios más no de los casos; así, a la filosofía se le pide un esfuerzo mayúsculo de omnicomprensión; parte de lo particular pero se eleva a un terreno de principios generales, por ejemplo: ser, igualdad, libertad, etc.; los casos por el contrario son en un plano concreto; es lo propio del juez al aplicar la ley con equidad; es, por decirlo así, el camino opuesto a la generalización y por ello de un caso particular no se puede hacer una generalización: por ejemplo, no es válido decir que porque una persona de un grupo obra mal, por ello entonces el grupo es malo.

⁶ En otra latitud, en Israel, existió una respuesta a esta inquietud pero *desde* Dios (no desde el hombre, no desde la filosofía sino desde la religión); ocurrió cuando Moisés fue encargado por Dios de hablar de Él a Israel; Moisés le preguntó: ¿Quién eres tú,

La expresión “ser”, para referirnos tan solo a dos pensadores antiguos y mostrar un trozo pequeñísimo de los debates metafísicos, fue utilizada por Parménides con características tales como inmutabilidad, eternidad, unidad, infinitud; sin embargo esta concepción se enfrenta a la de Heráclito para quien todo es devenir, sucesión (García Morente, 1952, pp. 65 y ss). En realidad de verdad, a nuestro juicio, dichas maneras de ver al ser no son más que aproximaciones al mismo⁷. Quizá por ello una tentación filosófica ante tantas posibilidades frente al ser es la del *agnosticismo*, esto es, aceptar la existencia de un ser superior pero sin saber mayor cosa de él, y, por eso mismo, razón del alejamiento en nuestro tiempo respecto de la metafísica⁸.

Puede decirse que la segunda filosofía o el segundo momento filosófico –la primera fue la del cúmulo de conocimientos– fue la *metafísica*, es decir, la que intenta dar razón acerca del ser, del ser que está más allá de lo físico, allende de lo que se ve y observa con los ojos físicos: esta trasciende las cosas visibles buscando una explicación más allá del mundo físico, superando los primeros intentos generalizadores basados en el agua, en el fuego, en la tierra...

La filosofía, así, se manifestó como una inclinación o *capacidad del hombre*: la de generalizar al máximo conceptualmente; ciertamente el ser humano también se inclina por lo concreto, por las cosas inmediatas, por lo físico, pero la filosofía se sublevó, podríamos decirlo así, contra lo primeramente visible, aunque parta de lo que ven los ojos; no se satisface con lo que ven los ojos físicos sino que quiere ver más en profundidad..., quiere lo esencial captado por la razón; el espíritu humano, la razón, se mostró de ese modo como capaz de abstraer, de conceptualizar, de ir más allá de lo puramente físico, de hacer metafísica.

Con el tiempo, estas primeras filosofías (la del amor a los conocimientos amplios, y la de la metafísica) se fueron ramificando en *otros* conocimientos más especializados; los conocimientos que hicieron parte de la filosofía

cómo te llamas, qué nombre te daré?, y Él le respondió: “Yo soy el que soy”, Yavé, el que es (La Biblia de estudio, Dios habla hoy, 1996, pp. 95-96).

⁷ En tal sentido Maritain escribió –juzgamos que con humildad intelectual– su libro *Aproximaciones a Dios* (Maritain, *Aproximaciones a Dios*, 1994).

⁸ Podemos recordar a este respecto a Tomás de Aquino quien afirmaba que es más lo que se desconoce de Dios que lo que se sabe de Él, pero no por ello Tomás de Aquino dejó de hacer metafísica.

original terminaron por separarse de ésta, convirtiéndose en conocimientos que asumieron el “status” de *cientificidad*: las reflexiones sobre la psique humana terminaron siendo la psicología; los análisis sobre el mundo animal, la zoología; la observación sobre los cuerpos celestes pasó a ser la astronomía; los estudios sobre las formas de gobierno antecedió a lo que muchos siglos después se constituiría como la ciencia política, etc. En otras palabras, del árbol de la filosofía como saber general sobre el ser se desgajaron los saberes particulares que hoy constituyen las distintas ciencias particulares.

Pero ello no significa en nuestros tiempos independencia absoluta de los saberes pues sabemos que vivimos en una época de complejidad del saber, esto es, de interrelación de los mismos⁹.

Así pues, la filosofía supone, incluso hoy en día, todo lo anterior acumulado en su historia; un filósofo sabe que debe partir de esa tradición filosófica por lo cual abarca todo de una manera lo más general posible; cada vez que un filósofo habla, por ejemplo de política, o de cultura, o de economía, o de lo que sea —porque la filosofía como en los primeros tiempos se interesa por todos los conocimientos, mete las narices en todas partes¹⁰—, hace filosofía pero en tanto en cuanto trata esas realidades de manera abarcante, lo más completamente posible desde un vértice: se parte de lo concreto pero se llega a lo más general, abstracto o completo que sea posible. El filósofo come de todo pero lo digiere de manera universal.

Ahora preguntémosnos: ¿ha existido filosofía en otras partes distintas a Grecia? ¿En la China, en la India, entre nuestros aborígenes, etc., se ha dado la reflexión que ahora llamamos filosofía?

Jaime Balmes en el siglo XIX admitía esa posibilidad; decía que en la India, la filosofía “es una especie de teología, pues viene a ser un comentario o exposición de la doctrina religiosa contenida en sus libros sagrados, llamados Vedas” (Balmes, 1965, p. 11¹¹); Amartya Sen, en tiempos recientes,

⁹ Es lo que se conoce con el nombre de complejidad como lo denomina Edgar Morin (Morin, *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, 2001, p. 40).

¹⁰ El filósofo Carlos Goñi habla de las narices de los filósofos que de todo se interesan (Goñi, 2010).

¹¹ Nos basamos en la obra de Jaime Balmes intitulada *La filosofía*, lamentablemente en edición sin año, Balmes.

habla de la filosofía –y de la filosofía del derecho–, también en India (Sen, 2010, pp. 51-53). Siguiendo con Balmes, éste dice que en China también hubo filosofía, sobre todo filosofía ética; dice: “Al hablar de la filosofía de los chinos, suele ocupar principalmente a los historiadores la de Koung-futzee, o Confucio, a quien se ha llamado el Sócrates de la China, por haberse ocupado con preferencia a la filosofía moral” (Balmes, *La filosofía*, p. 17); y sigue exponiendo Balmes en la obra mencionada las filosofías de Persia, de los caldeos, de los egipcios, y la de los fenicios (Balmes, *La filosofía*, pp. 17-20).

En tiempos actuales la filosofía de otras latitudes es también destacada; basta ver los estudios de la filosofía japonesa, antiquísima, hecha por Jesús González Vallés (González Vallés, 2000).

Todo lo anterior demuestra la capacidad humana hacia el quehacer filosófico bien sea como generalización de conocimientos, como ética, como compenetración con la naturaleza, como defensa de lo individual, como proclama de lo comunitario, etc., que, a pesar de las diferencias, denota en el ser humano una búsqueda innata de lo que podríamos denominar lo superior.

Quizá en otras latitudes distintas a Grecia la “racionalidad” haya sido menos subrayada, pero ello no puede conducir a descalificar otros énfasis filosóficos, en los que debemos incluir el de los indígenas americanos por su capacidad de compenetrarse con la naturaleza cósmica, su vivir con sentido comunitario, etc., que nos podría llevar a pensar que es –en palabras occidentales– una filosofía ética en lo vivencial y práctico, como veremos.

En el mundo occidental la influencia griega se debió principalmente, a nuestro juicio, a que Grecia, luego Roma que la recibió, y más tarde Europa que acogió estas dos experiencias, expandieron su cultura por acción de los imperios europeos (España, Portugal, Inglaterra, Holanda y Francia), y gracias a la invención de la imprenta.

Llegados a este momento preguntémonos ahora: *¿qué es filosofía del derecho?* Una de las subrealidades que estudia la filosofía general es la *filosofía del derecho*¹². Ella mira a un objeto concreto aunque de la manera más universal posible (y por eso sigue siendo filosofía): el fenómeno que se llama tradicionalmente derecho, pero repetimos, desde su generalidad, es

¹² La filosofía ha estudiado diversos objetos: la religión y es filosofía de la religión, la historia, y es filosofía de la historia, la ciencia, y es filosofía de la ciencia, la política y es filosofía política, etc.

decir, preguntando: *¿qué es el derecho?*, no un derecho local o particular concreto. O lo que es lo mismo, se trata de preguntar: ¿qué le da sostén al derecho? ¿Cuál es su causa más profunda? ¿Cuál es su principio? No se pregunta acerca de qué es el derecho civil, o el derecho griego, o el derecho romano, sino algo más universal todavía: ¿qué es el derecho, en todas partes, en cualquier parte? ¿Por qué ese fenómeno se encuentra en todas las culturas? ¿Por qué es una realidad humana universal?

Desde tiempos remotos se hizo filosofía del derecho; ello se constata en los primeros filósofos de Occidente: Hesíodo, Sócrates, Platón, Aristóteles..., solo que en aquellos tiempos no recibió este *nombre*, el de *Filosofía del derecho*, simplemente esos autores filosofaban sobre el derecho, como una parte de la filosofía general, con mirada universalista o englobante del derecho para no quitarle su naturaleza (la de generalidad). Hubo que esperar al año de 1797, cuando Gustavo Hugo, filósofo alemán, creó tal expresión: el de *filosofía del derecho* (Noguera Laborde, 1997, p. 35), que desde entonces se ha consolidado en Occidente.

Para responder mejor la pregunta que nos ocupa en este Capítulo es pertinente ahora preguntarse cuáles son los grandes *temas de los cuales se ha ocupado la filosofía del derecho*. Ello nos ayudará a delimitar nuestro campo de conocimiento. Atrevámonos a decir que los temas centrales han sido:

Las causas o fuentes primeras del derecho; la norma jurídica; la sociedad como fuente del derecho; la naturaleza humana como fuente de dicha normatividad; la codificación jurídica; la relación del Estado con el Derecho y de éste con el Estado; la relación de la moral y el derecho; los fines del derecho; los insumos de los jueces para fallar en justicia; la justicia y la equidad. A modo de síntesis de todo lo anterior la iusfilosofía tiene dos grandes campos:

- a) Las *fuentes* generales (no formales) del derecho, desde las que la filosofía del derecho se ha dividido en las tres grandes concepciones anotadas arriba: la realista, la positivista, y la tercera vía.
- b) El *fin* del derecho, el cual se compendia en gran medida en la justicia.

Fuentes primeras del derecho y fin último del mismo, constituyen, pues, los dos grandes ejes que componen la filosofía del derecho. Y al hablar de fuentes bien podemos encontrar allí los valores, los principios del derecho, en fin, todo aquello de lo cual pende toda la estructura jurídica positiva.

Esta posición ayudará en mucho a centrarnos y a diferenciar la iusfilosofía respecto de otros saberes, en especial de la iusteoría.

De las tres grandes concepciones iusfilosóficas históricas antes anotadas (realismo jurídico, iuspositivismo, tercera vía iusfilosófica) ya expusimos una apretada síntesis atrás, aunque las desarrollaremos después en mayor detalle en Capítulos dedicados a ellas; pasemos ahora a hacer una breve explicación del fin del derecho, es decir, de la justicia.

Debe aclararse que desde el siglo XIX, en la iusfilosofía se ha introducido con gran fuerza; en los primeros tiempos se consideraba que el fin de la justicia era el derecho (en la clásica definición de Ulpiano de justicia como dar a cada quien lo suyo, eso suyo era el derecho, este era el fin de la justicia), pero desde el siglo XIX se invirtió ese orden por fuerza ante todo de la denominada “cuestión social”¹³.

La justicia ha sido una aspiración desde siempre en los seres humanos; Kelsen dice que es el “hermoso sueño de la humanidad” (Kelsen, 2001, p. 83); la vemos en el término antiquísimo IUS, lo justo (Sancho Izquierdo, 1980, pp. 21-24). El derecho existe para lograr la justicia, esa es su misión, su utilidad. Arthur Kaufmann dice que la filosofía del derecho “es la doctrina de la justicia”, y más adelante insiste en que el tema de la filosofía del derecho es el “derecho justo”, la “justicia” (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, p. 41).

En el último siglo, quizá por causa de la misma *Filosofía del derecho*, el mundo académico se ha sensibilizado hacia la justicia. Para comprobarlo bastaría dar un vistazo muy general, así:

Hans Kelsen escribió el enriquecedor libro acerca de las distintas teorías de la justicia intitulado: *¿Qué es la justicia?*; el Che Guevara escribió desde una postura socialista para países de la periferia, *Justicia global*; John Rawls, escribió el celeberrimo libro: *Teoría de la justicia*, una de las obras más importantes acerca del tema en el siglo XX por su pretensión de una mayor igualdad como expresión de lo justo; Carlo María Martini escribió:

¹³ El concepto de “cuestión social” surge en el siglo XIX a raíz de las condiciones de miseria y explotación a la que fue sometida la clase obrera como consecuencia del desarrollo del capitalismo industrial; soluciones a ella se encuentran en muchos puntos de referencia como en la Doctrina social de los Papas desde León XIII con la encíclica *Rerum novarum* del año 1891.

Sobre la justicia, ante todo obra conocida en el mundo italiano, y como meta terrena enraizada en el Evangelio cristiano; Robert Alexi escribió una maravillosa obra, al alcance de todos: *La institucionalización de la justicia*, entendiendo la justicia como pretensión de corrección; Amartya Sen, escribió revisando y completando a Rawls, el documentadísimo libro: *La idea de la justicia*, en el cual se refiere a la idea de que la justicia no es sólo un conjunto de instituciones –al servicio de la justicia–, sino las realizaciones concretas justas en la vida cotidiana de los hombres; y, finalmente –por supuesto sin agotar la bibliografía, es solo citando algunas obras importantes que vienen a nuestra memoria–, Michael Sandel escribió la periodística obra al alcance de todos: *Justicia*, la cual pasea al lector por las distintas corrientes éticas que dominan el escenario de problemas contemporáneos, e insistiendo, ante todo, en el comunitarismo, posición en la cual se inscribe frente a un individualismo radical que parece encontrarse en la base del pensamiento contemporáneo.

Todas estas obras deberían estar en la cabecera de aquel que aspire a la comprensión del derecho y a su ejercicio; nadie que esté comprometido con la ciencia del derecho puede ignorar estas (y otras obras) referentes al tema pues el jurista nunca puede acostumbrarse rutinariamente a este objetivo de su saber.

Dicho lo anterior, es menester ahora detenerse en la relación entre la filosofía del derecho y otros saberes (lo que se denomina *complejidad* de los saberes como anotamos arriba), lo cual, igualmente, nos ayudará a responder la pregunta de este Capítulo: qué es la filosofía del derecho.

Comencemos por la *teoría del derecho*.

A mediados del siglo XIX, a raíz del surgimiento vertiginoso de las ciencias exactas, de las ciencias de la naturaleza, que estimuló el pensamiento de autores como Augusto Comte y Karl Marx (el primero sosteniendo la tesis de las tres etapas de la humanidad, la última de las cuales era la científica, y el segundo afirmando que había llegado la hora de pasar de la contemplación propia de los filósofos a la acción y más exactamente a la transformación de la realidad), la filosofía entró en crisis. Se la vio entonces como cosa del pasado, como un conocimiento no científico y por lo mismo no necesario.

Fue entonces cuando, en el campo del derecho –ya no de la filosofía–, emergió la rebelión contra ésta dando origen a la *teoría del derecho* con

pretensiones de cientificidad. Se pensaba que la filosofía carecía de ella, y, a partir de entonces, nacía definitivamente la ciencia del derecho; debe decirse que tiempo atrás, en el comienzo de la Modernidad, también se produjo un intento similar cuando se quiso “autonomizar” el derecho con respecto a la teología¹⁴, enfrentándose a la concepción piramidal según la cual en la base de todos los saberes se encontraba la Teología; pero ahora, en pleno siglo XIX, siglo de la ciencia, regresaba con un ímpetu mayor el propósito de autonomía y cientificidad del derecho a través de la llamada *teoría del derecho*¹⁵.

Tal cientificidad del derecho habría de darse a través de los denominados *conceptos formales* del derecho, con claro sabor de filosofía formalista kantiana; ellos serían *grosso modo*: la norma jurídica, las fuentes formales del derecho, los hechos jurídicos (acción, omisión, negocio jurídico, etc.), la relación jurídica (derecho objetivo, derecho subjetivo, derecho social...), (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, pp. 199 y ss.), y hoy en día las ideas de formalismo y antiformalismo (López Medina, 2013, pp. 399 y ss.), etc..

El punto relativo a los “contenidos del derecho”, y a lo “perenne” del mismo, esto es, la *Filosofía del derecho*, era entonces desechado por dos razones por la teoría del derecho:

- a) Por incomprensible (pues se afirmaba que no se pueden conocer contenidos; decía Kant poco tiempo antes como precursor de la teoría del derecho, que sólo se conocen formas¹⁶).
- b) Porque es imposible que sea perenne ya que la historia todo lo cambia.

Así transcurrió más o menos un siglo, en el que tanto la filosofía en general, como la *Filosofía del derecho*, quedaron sepultadas. La *física* era entonces la ciencia por antonomasia (Ortega y Gasset, 2007, pp. 47 y ss.); y en las ciencias sociales, por oposición a la permanencia y perennidad de

¹⁴ “Pufendorf postuló la autonomía del derecho natural frente a la teología...” (Sancho Izquierdo, 1980, p. 333).

¹⁵ Kaufmann dice que la teoría general del derecho fue fundada por Adolf Merkl (1836-1896) (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, p. 75).

¹⁶ Dice Kaufmann de Kant: “Pues la intuición pura contiene sólo **la forma** bajo la cual algo es contemplado y el concepto puro, en suma, únicamente la forma del pensamiento de un objeto. Una representación sólo puede ser pura y en consecuencia a priori, cuando ella no está mezclada con ninguna sensación” (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, pp. 466-467).

la filosofía, dominaba la *historia*¹⁷, la ciencia del devenir (cambio) humano en el tiempo.

Habría que esperar al filósofo alemán Martín Heidegger con su planteamiento de que el “tiempo” (historia) y el “ser” eran cercanos, y a José Ortega y Gasset –discípulo de Heidegger– en el mundo hispánico, a quien le cabe el mérito de la resurrección de la filosofía (Ortega y Gasset, *¿Qué es filosofía?*, 2007, pp. 63 y ss.); Ortega y Gasset propugnaba por la necesidad de la metafísica, por un lado, y por otro criticaba la fragmentariedad del conocimiento científico, que hacía necesaria la filosofía como conocimiento omnicomprendivo y abarcante¹⁸.

Ahora bien, no obstante el “ADN” positivista de la teoría del derecho, la sola expresión “teoría” tenía raíces y reliquias filosóficas: su grado de abstracción y conceptualización propias de la vieja filosofía; pero además, tiempo después, pasado el “boom” del positivismo jurídico a mediados del siglo XX como se verá más adelante, la teoría del derecho tuvo que reconocer ese “algo más allá”, ese “algo metafísico” del derecho, lo perenne y lo fundamental del derecho, la aspiración eterna del mismo por la justicia, y, así, la teoría del derecho, que se mostró rebelde en un comienzo frente a la filosofía, en realidad después fue conservadora, al buscar la permanencia, en buena medida, de los conceptos formales del derecho (y la *Filosofía del derecho*, otrora conservadora, fue vista como el conocimiento rebelde, que siempre está atento, que siempre interroga, que no traga entero), por lo que de esta manera la teoría del derecho se reencontró en buena medida con la filosofía del derecho.

Lo dicho no significa que la teoría del derecho haya perecido; en realidad ella ha quedado como un conocimiento necesario que trata de los conceptos formales del derecho que mencionamos, y, al mismo tiempo, abierta a la filosofía del derecho en cuanto ésta va a los fundamentos y fines del derecho (como lo demuestra el antiformalismo abriendo las puertas a lo axiológico), siendo dable afirmar que ambos saberes, en un principio distanciadas claramente, hoy en día tienen buenas y sanas relaciones.

¹⁷ Bastaría pensar en el **historicismo** de Federico Carlos de Savigny, o en el materialismo **histórico** de Karl Marx, ambas en el S. XIX.

¹⁸ “Confusa o claramente, al vivir, vivimos hacia un mundo en derredor que sentimos o presentimos **completo**” (negrilla mía) (Ortega y Gasset, *¿Qué es filosofía?*, 2007, pp. 76 y ss.).

Por ello desde la irrupción de la teoría general del derecho en el s. XIX, el panorama temático de la iusfilosofía cambió; sucedió con esta –como le pasó a la filosofía general con el desprendimiento de saberes particulares que antes pertenecían a ella, quedándose al presente sólo con la ontología y la gnoseología (García Morente, *Lecciones preliminares de filosofía*, 1952, pp. 15 y ss.)–, a nuestro juicio, que la iusfilosofía se redujo sustancial y lentamente a las causas primeras y a los fines últimos del derecho, tal como hemos venido afirmando.

De igual modo debe decirse que, junto a la teoría del derecho, existen, formando una *red de complejidad*, otras ciencias afines y cercanas que sirven de luz y apoyo a la filosofía del derecho: así, *la antropología* (estudio de la evolución humana en sus aspectos culturales, económicos, políticos, etc.), por ser tema viejo y siempre actual de la escuela del derecho natural y en tiempos recientes Capítulo básico para entender los derechos humanos; *la sociología jurídica*, marcando los ritmos que le señala la sociedad a la legislación y a la aplicación de la norma jurídica (eficacia) y por supuesto cercana a la tercera vía iusfilosófica con quien dialoga de forma constante; *la política* como ciencia de la gerencia de lo social y de lo jurídico y con quien también dialoga el positivismo jurídico y ahora la tercera vía iusfilosófica; *la historia del derecho*, que brinda elementos para conocer las concepciones filosóficas del derecho (realista y positivista, tercera vía); y *la economía*, que busca el manejo de los bienes materiales y la riqueza para que hagan real el derecho ideal y con quien también se interrelaciona en estos tiempos la tercera vía iusfilosófica de manera especial desde los aportes del marxismo en este punto.

Habiéndonos aproximado a la idea de la iusfilosofía, pasemos a abordar a continuación las escuelas iusfilosóficas.

CAPÍTULO II

ESCUELA DEL DERECHO NATURAL¹⁹

Primera escuela fundante del derecho en la cronología de Occidente, es la escuela del derecho natural; ella pretende fundamentar inmediatamente el derecho en el hombre, en su naturaleza única y propia, y de donde derivaría toda la normatividad jurídica positiva; el derecho natural tiene una larga historia que inicia en los comienzos de la filosofía misma hacia el s. VII a. de C., y llega hasta el presente, pasando por otras manifestaciones del mismo como la racionalista moderna llamada también “iusnaturalismo”, y trasegando también en pleno auge del iuspositivismo.

La filosofía del derecho naturalista en cuanto saber de fuentes primeras y fines últimos del derecho, se fija en la fuente del hombre en su naturaleza única e irrepetible, y cuyo fin es contribuir a la construcción del orden social con medidas normativas positivas.

El derecho natural tiene una vigencia especial aún hoy en la medida en que expresa la pretensión de tratar de validar derechos humanos como universales.

Pero pensar el derecho natural en la actualidad, requiere mirar algo de su *historia* –inmersa a su vez en la historia de la filosofía–, antes de hacer algunas exposiciones y reflexiones sobre el mismo. Y es que ocurre que la filosofía, quizá como ninguno otro saber, es acumulativa, esto es, que se basa en lo ya sabido para poder avanzar en el tiempo.

Desde los albores de la filosofía en el s. VII a. de C. –que fue una filosofía realista ante todo en el sentido aristotélico, esto es, que parte de la realidad exterior respetándola para elevarse hacia la metafísica–, hasta hoy, el derecho natural ha estado presente en el mundo iusfilosófico aun en medio de una gran confusión y perplejidad respecto a su vigencia en la actualidad.

¹⁹ Decimos escuela del derecho natural y no *la* escuela del derecho natural pues el artículo *el* o *la* da a entender que agota el tema, y aquí, no se pasa de unas cuantas observaciones sobre esta escuela jurídica. Lo mismo vale decir para el iuspositivismo y la tercera vía iusfilosófica de que trataremos después en capítulos siguientes.

La anterior afirmación requiere, por tanto como acabamos de decir, al menos un breve repaso de la historia de la filosofía y de la iusfilosofía²⁰.

La filosofía *en Occidente* comenzó por ser **realista**, es decir, el filósofo griego –realista– aceptó una realidad exterior, superior y distinta, respecto al pensamiento, y por serlo así, digna de veneración, respeto y causa de acatamiento: concibió la existencia de un ser real fuera de la razón pero captado por ésta a través de los sentidos: ese ser era el agua, el fuego, el aire, u otros elementos, todos ellos reales a no dudarlo en cuanto perceptibles por los sentidos físicos del hombre, aunque generalizables conceptualmente por la razón –partiendo de lo físico, percibido por los sentidos del hombre y que son tenidos, en consecuencia, como puertas del conocimiento y para seguir sus pautas–.

Con el correr del tiempo, ese “algo” por general que fuera (el agua, el aire...) se fue haciendo cada vez menos físico y se hizo más y más metafísico; algo así como si la razón se hubiese elevado hasta cimas hasta entonces insospechadas: el “Ser universal”, sustento de todas las cosas reales; ese ser universal no podía consistir para el realismo en el puro pensamiento del hombre sino que era algo más allá y poderoso que él y del mismo hombre; el hombre es capaz de captarlo, de sospecharlo, de entreverlo, así sea a tientas, con finalidades propias no inventadas por el hombre y por tanto dignas de ser acatadas, algo que está fuera de él aunque captable por su pensamiento para ser seguido en los distintos aspectos ético, jurídico, etc.: ¡eso es realismo y no algo meramente radicado en el sujeto pensante sino independiente en sí mismo aunque al servicio del hombre!

En tal sentido, era obvio que la consigna o dogma del realismo fuese el famoso *adecuar* el pensamiento a la realidad exterior, definiendo la verdad como *adaequatio intellectus et rei*, la adecuación del intelecto a la cosa; el efecto de lo anterior era decir, en consecuencia, que *las cosas son como son*, no como el hombre desea que sean, y por tanto deben ser obedecidas aunque sin perjuicio de una transformación de ellas pero desde su respeto; eso es adecuación: entronque no solo intelectual sino también moral y jurídico.

²⁰ Para una excelente historia, a nuestro juicio, del realismo y del derecho natural, remitimos a la obra de Miguel Sancho Izquierdo y Javier Hervada, *Compendio de Derecho Natural*, Tomos I y II, EUNSA, Pamplona, 1980.

Insistamos: era apenas lógico que el realismo sostuviera que las cosas son como son por la siguiente razón; porque la naturaleza, el mundo cósmico, la tierra, era algo muy apreciado por los griegos (lo mismo sucedía y sucede entre los indígenas como se verá en Capítulo posterior); ella –la naturaleza, el mundo físico, la tierra, dioses mismos en varias de sus manifestaciones–, no era la razón en sí misma considerada, sino que era algo fuera de ella aunque desde luego captable y pensable por la razón humana.

Ahora bien, a nuestro juicio, tratándose del hombre como misterio, se debe acudir en tal adecuación al *analogismo*, jurídico y moral, predicado por pensadores realistas como Aristóteles y Tomás de Aquino, según el cual todo lo concerniente al hombre es sólo una aproximación –no una exactitud física–, intermedia entre lo unívoco y lo equívoco (Beuchot Puente, 2006, pp. 7-9).

En los comienzos de la iusfilosofía realista, se consideraba que el derecho era dado por la Divinidad, como fue el caso de Asiria, donde el dios sol Schamash le dictó el derecho a Hammurabi (SS. XXII–XXI a. de C.), o en Israel, donde Yavé-Dios le entrega las Tablas de la Ley a Moisés (Sancho Izquierdo, *Compendio de derecho natural*, 1980, p. 64 y ss).

Posteriormente, el derecho natural para el realismo jurídico era considerado una entidad anclada en la naturaleza humana o en la naturaleza de las cosas, como se ve desde Aristóteles: “si lo justo es una igualdad o proporción, en cuanto natural, *se mide por la naturaleza del hombre y de las cosas* y, como criterio en ella incluido, por su finalidad” (Sancho Izquierdo, *Compendio de derecho natural*, 1980, pp. 96-97).

Lo mismo se dará en Roma con Cicerón, e incluso en Tomás de Aquino; Sancho y Hervada dicen de Cicerón: “Intenta explicar Cicerón el fundamento universal del derecho y de las leyes, es decir, *su naturaleza*, que para él *reside en la naturaleza del hombre*” (Sancho Izquierdo, *Compendio de derecho natural*, 1980, p. 102); y según Tomás de Aquino “... el *ius naturale* es el conjunto de cosas que deben ser dadas a quien tiene un título sobre ellas según lo determinado por la *naturaleza de las cosas*...” (Sancho Izquierdo, *Compendio de derecho natural*, 1980, p. 210).

Ese derecho natural habría de llegar hasta Descartes de manera indiscutida.

Descartes interrumpe el paso sólido del realismo jurídico: impresionado por las transformaciones del saber, entre ellas la de que el sol no gira alrededor de la tierra, la de que el mundo no es plano sino redondo, la de que

la tierra se extiende más allá del estrecho de Gibraltar, y otras rupturas con el pasado hasta entonces estable (García Morente, *Lecciones preliminares de filosofía*, 1952, pp. 129 y ss), consideró que la ciencia vigente, al menos las ciencias de la naturaleza, ya no se tenían en pie, se habían quebrado.

Nosotros añadimos a las razones de García Morente, el que habían surgido unas condiciones culturales y mentales propicias para centrarse en el individuo y su racionalidad dejando de lado el mundo físico exterior a él y precisamente para aprovecharse del mismo: eran las condiciones propias del Renacimiento antropocentrista y ya no teocéntrico propio del medioevo; en efecto, desde 1400, las máquinas inventadas por el hombre como las armas con pólvora, la imprenta, la brújula, y el arte cada vez más humano y menos sacro (Gombrich, 1998, pp. 190 y ss), hacían al hombre de aquel tiempo radicalmente individualista y vuelto hacia sí mismo y su razón científicista. El mundo exterior pasaba así la página a la razón.

Así la situación, se pasaba del partir de lo físico, con gran respeto y veneración al cosmos natural como punto de arranque del pensamiento metafísico (realismo), al centrarse en el *cogito* (idealismo); se desconfiaba del mundo material, al que por consecuencia había que explotar como *res extensa* (cosa ilimitada), y se confiaba solamente en la fuerza de la razón. De esa manera se abrían las puertas al antropocentrismo, hasta llegar al ateísmo del siglo XIX como desembocadura lógica de aquél.

La filosofía hasta entonces vigente (realista), para Descartes debía ser repensada; ese replanteamiento de la filosofía debía partir de *la duda* como método pero buscando llegar a una verdad filosófica ya no dudable, al modo de la matemática; en esta tarea, Descartes captó un rayo de luz en su razón: ¡de lo único que no puedo dudar es de que dudo!, y como la duda es algo propio del pensamiento, es éste —el pensamiento— la fuerza más poderosa, el único sustento de toda la verdad acerca de la realidad circundante. He ahí la semilla del idealismo: el “pienso luego soy”, *cogito ergo sum*, ya no el soy luego pienso, como sostenía —y todavía sostiene— el realismo. Se trataba de partir de que el pensamiento da como resultado el ser verdadero de las cosas.

Ya no era entonces el mundo fuera del hombre —el mundo en sí partiendo de lo físico y conceptualizado por la razón—, el punto de partida del filósofo, sino el mundo del pensamiento mismo y en sí —el mundo racional—, el punto central para quien hace filosofía. No es el ser real dado previamente el que da la posibilidad de pensar sino el pensar el que crea la verdad del ser.

Hagamos aquí un parón para considerar la *consecuencia central de tal idealismo en el derecho*.

El derecho realista anterior era algo fundamentalmente *objetivo*, fuera del hombre, un orden prestablecido, no creación racional del hombre como es la ley, sino lo justo en sí mismo considerado dado por el mundo exterior y captado por la mente humana para ser obedecido como dicho orden; la ley positiva, la norma establecida por los hombres a través de los órganos político-jurídicos no era más que la voz de una justicia universal inscrita en la naturaleza del hombre; por eso el centro de gravedad del realismo jurídico no era la ley positiva o dada por el hombre en un momento determinado en una sociedad política concreta sino la justicia, una justicia universal, suprahumana, indisponible por parte del hombre al ser dictada por su naturaleza; éste es el legado jurídico—la justicia prestablecida— en Occidente desde la filosofía del derecho realista.

En cambio, el idealismo jurídico ya no se centrará en esa justicia universal-natural, sino en la ley prescrita por los hombres a través del Estado y como fruto de un pacto social, aquí y ahora, norma concreta en el tiempo y en el espacio por ser fruto del Estado Nación propio de la primera Modernidad.

Para el realismo lo central en el derecho es lo justo, mientras que para el idealismo lo central en el derecho es la ley dictada por el hombre dentro de la polis; el cambio fue por tanto, drástico, total, radical.

Pero sigamos con la cronología histórica: a partir del idealismo de Descartes, pasan varios siglos —del S. XVII a los siglos XIX y XX— dominados por dicha corriente filosófica; fue la *Modernidad racionalista*; la razón se impone y no la realidad exterior del hombre según el realismo; y esta razón se expresa en una creación suya: el Estado Nación; el Estado es creación de la razón a través de lo que los filósofos idealistas llamaron el *contrato social*, el cual era fruto y artificio de la razón humana; el Estado pasa a ocupar en la Modernidad racionalista un papel preponderante en todos los aspectos y concretamente en el derecho, primero con Maquiavelo como su precursor en el siglo XVI con la obra “El Príncipe”, pasando por Hobbes, Locke, Rousseau y otros (quienes escriben sobre el contrato social cada uno a su manera), en el siglo XVII, hasta llegar a Hegel en los siglos XVIII y XIX, y precursor del totalitarismo de Estado propio del siglo XX, es decir, el comunismo estatal, el facismo, y el nacionalsocialismo.

Por lo anterior consideramos posible y válido decir que en el terreno del derecho positivista, este está ligado ante todo al *Estado*; el Estado es creación de la razón, y esta a su turno crea las leyes del Estado; Derecho y Estado forman una unión indisoluble.

Sin embargo, esta verdad general iuspositivista –la de que el derecho depende del Estado– no fue intocable o indiscutida en todo este período histórico; en efecto, vemos varios autores positivistas que se separan de tal tesis: *Karl Marx* en pleno apogeo del idealismo y del positivismo jurídico en el siglo XIX, sostenía que el derecho no es fruto del Estado sino consecuencia de las “*relaciones económicas de producción*”; para Marx la “infraestructura” es la economía, y “superestructuras” son el derecho, el Estado, la religión, etc.; excepción también a un derecho identificado con el Estado, fue el iuspositivismo propio del sociologismo jurídico para el que el derecho es *fruto de la sociedad*.

Posteriormente, también en esa línea de no considerar al derecho como fruto del Estado, *Hans Kelsen* en el siglo XX, ve un supuesto derecho “puro” separado de toda influencia política²¹; pero, paradójicamente, éste será producto de la razón humana del Legislador de cada Estado que es el productor de las normas jurídicas y motivo por el cual sigue este teórico del derecho en la línea de vincular *Estado-Norma jurídica*.

En medio del descrédito positivista de mediados del s. XX por razón de la barbarie hitleriana precisamente iuspositivista que llevó a tantos desafueros de todo orden y también jurídicos, resurge con fuerza el derecho natural (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, pp. 77 y ss.) como remedio contra la sinrazón nazi: nada era más lógico, pues se trataba de rescatar los derechos del hombre violados por el nazismo.

Ahora bien, en una especie de zig-zag histórico, el positivismo jurídico vuelve a aparecer después con fuerza a través de autores como Hart y Bobbio, quienes en un primer momento se muestran iuspositivistas, aunque luego se tornan moderados y aceptan “un algo” de derecho natural, como sucedió

²¹ Dice Kelsen en el prólogo a la edición en francés de su *Teoría pura del derecho*: “(...) uno de los fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la **política**” (desde mi entender la palabra política puede entenderse, ampliamente desde luego, aquí por Estado) (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2000).

incluso con el mismo Kelsen; pero también se dan brotes de iuspositivismo con posiciones radicales como las de Ulrich Evers y Nicolás Luhmann, al más preciso estilo del primer Kelsen, el del imperio de la norma por la norma (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, pp. 80-82).

La escuela del derecho natural se venía manifestando ya en el s. XIX, en medio del más rancio iuspositivismo, ante todo con Jaime Balme con clara influencia en nuestras latitudes hispanoamericanas, y a nivel mundial con las encíclicas papales desde 1891 hasta el presente (una muestra de ello es la encíclica social reciente del papa Francisco, *Laudato si*, del año 2015, acerca de la defensa del medio ambiente mediante una ecología integral, de corte de derecho natural aunque con nuevos aportes en la línea de la tercera vía).

Pero es menester aclarar que el derecho natural no es propiedad ni creación de la Iglesia Católica dado que proviene desde antes del cristianismo (vgr. Aristóteles en el s. IV a. de C.), pero es ella la que de una manera universal lo ha defendido en la última centuria; ello se observa con las encíclicas sociales de los papas: León XIII (con la encíclica *Rerum Novarum*, del año 1891, que defiende el derecho de propiedad, el derecho de huelga, y el derecho a sindicalizarse, como derechos naturales del hombre); Pío XI, en la primera mitad del siglo XX (con la encíclica *Quadragesimo anno*, defiende un derecho natural de tipo social; la encíclica *Divini Redemptoris*, defiende el derecho natural a elegir y ser elegido; la encíclica *Mit brenender sorge*, condena las violaciones del nazismo a los derechos naturales del hombre); luego, Juan XXIII, en la segunda mitad del siglo XX (con la encíclica *Mater et magistri*, que defiende los derechos nativos de los campesinos; la encíclica *Pacem in terris*, que propugna por el derecho universal a la paz); el Concilio Vaticano II, 1962-1965, (con el documento *Gaudium et spes*, que lucha por la defensa del orden temporal y humano frente a una concepción muy espiritualista hasta entonces imperante); Pablo VI, en los años sesentas del siglo XX (con la encíclica *Populorum progressio*, que defiende el progreso material y espiritual de cada hombre y de todos los pueblos del mundo; la encíclica *Octogesima adveniens*, condenando los socialismos que se olvidan de Dios y solo piensan en términos de masa y no de la persona humana); Juan Pablo II, a partir de los años ochentas del siglo XX (con la encíclica *Laborem exercens*, exaltando de nuevo la dignidad natural del trabajo y del trabajador; la encíclica *Evangelium vitae*, que defiende el derecho natural a la vida; la encíclica *Centesimus annus*, condenando el capitalismo inhumano); hasta

el actual papa Francisco, 2013 a hoy (con la encíclica *Evangelii gaudium*, que vuelve a propugnar por una economía financiera a escala humana, y la mencionada encíclica *Laudato si*, que hace radicar el origen o fuente primera del derecho no solo en la persona humana sino en el planeta tierra o “casa común” connatural al hombre).

Entre la bipolaridad derecho natural y positivismo jurídico, emergió la escuela filosófica *existencialista*, la cual de alguna manera “terció” entre las dos anteriores amalgamándolas y superándolas, esto es, tomando lo que consideraba positivo de una y otra; en efecto, Kierkegaard, uno de sus padres, sin negar el ser trascendente, afirma contra las ideas estatistas de Hegel la preponderancia de la persona humana existencial, aquí y ahora (eso es precisamente existencialismo).

Poco a poco este será el origen de la llamada en filosofía del derecho la “tercera vía” –que veremos en Capítulo posterior–, camino que trata de aunar la justicia realista con la norma positiva central propia del positivismo jurídico; en este punto nos encontramos en líneas generales hoy (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, p. 110).

Llegados a este momento, después de la salpicada descripción histórica anterior, la pregunta que nos podemos hacer ya es: y... *¿qué es el derecho natural?*

Miguel Sancho Izquierdo y Javier Hervada, responden: “...la expresión derecho natural designa aquel sector del orden jurídico constituido por normas, derechos y relaciones cuyo origen y fundamento es la naturaleza del hombre” (Sancho Izquierdo, *Compendio de derecho natural*, 1980, p. 56).

Como se ve, el derecho natural, no niega la importancia de las normas jurídicas positivas –como se cree tantas veces erróneamente– .

Y en seguida viene otra cuestión: *¿qué es la naturaleza del hombre?*

Los autores citados –Sancho y Hervada– dicen que “... la esencia del hombre es un universal, pues es imposible que exista un hombre allí donde no se dé aquello por lo que el hombre es hombre y no otro ser: la esencia ‘hombre’” (Sancho Izquierdo, *Compendio de derecho natural*, 1980, pp. 55-56). E inmediatamente después aclaran que la naturaleza no es esa esencia sola sin más, sino ésta dinámicamente, la esencia en cuanto principio de operación (Sancho Izquierdo, *Compendio de derecho natural*, 1980, pp. 55-56).

Dicha definición de naturaleza del hombre parece algo muy general, intelectualista, desencarnado, abstracto; en efecto, es una postura típica y característica del realismo esencialista.

Ahora bien, la historia de la filosofía ha mostrado que no basta esta postura filosófica esencialista para encontrar la verdad; para hallarla es menester enriquecer dicha concepción con otros aportes de la filosofía como serían la *postura emotiva o valorativa*, que realza los valores en el hombre, y la *postura existencialista*, que realza la existencia concreta en el tiempo y en el espacio, el aquí y ahora del ser humano (García Morente, *Lecciones preliminares de filosofía*, 1952, pp. 32 y ss), claro está que sin desmedro de la esencia. Nos parece la postura correcta y completa –integral–, pues si no se corre el riesgo de reducir al hombre a un mero concepto que puede pecar por muy abstracto.

Los “reduccionismos” acerca del hombre, por el contrario a esa posición integral, no nos parecen acertados, tal como sucede con el reducir el hombre a *sexo* (Freud), a *homo oeconomicus* (Marx), a *puro espíritu* (espiritualismos), etc.; consideramos que la posición más aproximada a la verdad real en esta materia es la que considera al hombre como un “todo compuesto” de distintos elementos constitutivos; creemos que en esta dirección se puede echar mano de Aristóteles; intentando dar respuesta a esta dura cuestión dijo justamente el estagirita que el hombre era un ser conformado por varias facetas: “animal racional”, “animal político”, “animal de amigos”, y “animal de palabra”; lo dijo en varias ocasiones distintas, como dando a entender que una sola faceta no le satisfacía; Tomás de Aquino también miró este tema y sostuvo que el hombre se caracterizaba por varios instintos o tendencias naturales: conservar la vida, propagar la especie, asociarse, y buscar la verdad, ante todo acerca de Dios (Sancho Izquierdo, *Compendio de derecho natural*, 1980, p. 200).

Sin embargo, a poco que se piense en estos dos últimos autores, Aristóteles y Tomás de Aquino, veremos que se quedaron “cortos” acerca de las características que conforman al ser humano como tal; con el pasar de la historia, un elemento que determina y caracteriza al hombre es el *tiempo*, cosa en la que ellos –Aristóteles y Tomás de Aquino– no repararon suficientemente al menos en lo dicho antes, como sí los existencialistas de los siglos XIX y XX, entre otros Heidegger y Ortega y Gasset, por

solo citar un par. Por eso nos atrae la tercera vía y ellos pueden clasificar perfectamente en ella.

La historia nos muestra, además, cómo el hombre es un ser que busca, además de los instintos positivos o a primera vista buenos de Tomás de Aquino, otros como por ejemplo *la riqueza* (quizá en épocas de Tomás de Aquino la búsqueda de la riqueza estaba adormecida por la austeridad medieval, o por el intelectualismo universitario propio del aquinate); Adam Smith descubrió que el hombre busca la riqueza como una fuerza motora propia del ser humano, cosa que los siglos XIX y XX con el capitalismo ante todo han mostrado que es una tendencia instintiva y poderosa del hombre.

Pero también, junto con el tiempo y la búsqueda de la riqueza, podríamos citar otros instintos humanos positivos como *el dominio de la naturaleza*, demostrada a través de la ciencia y la tecnología, *la lúdica* (el siglo XX es el siglo de los grandes espectáculos deportivos), la capacidad de *ser señor* tanto de lo positivo como de lo negativo, un estar por encima, al menos en una buena proporción, de lo positivo y de lo negativo, tanto que el hombre puede, por ejemplo, a pesar del instinto de conservación de la propia vida, de renunciar a ella por valores que considera superiores, o de renunciar a la propagación de la especie mediante el celibato por motivos religiosos, o de ser ermitaño a pesar de la sociabilidad, o de quedarse ignorante si así lo desea, o de ser casto a pesar del instinto sexual. Eso también es propio del hombre: ¡el ser capaz de ser señor de sí mismo! Es lo que se denomina *la libertad*. En épocas de Aristóteles y de Tomás de Aquino, no se destacó suficientemente esta característica del hombre; habría que esperar a la llegada de la Modernidad para destacarla.

Por su parte, el filósofo del derecho italiano Francesco D'Agostino trae a colación los que él considera, según su cosecha, impulsos más propios del hombre: el derecho a la reciprocidad; el repudio a la antropofagia; la honra a los padres, el precepto de no hacer a los otros lo que no se quiere para sí; y la prohibición del incesto (D'Agostino, 2007, pp. 235 y ss).

Todo lo anterior, y más desde luego, ha ido enriqueciendo la concepción del hombre en el ámbito del derecho natural.

Pero insistamos... ¿qué es lo natural y qué no? Será un interrogante siempre difícil de responder a carta cabal y más aún hoy en día, lo cual no

significa que por complejo se deba bajar la guardia en la búsqueda de lo más auténticamente humano; esa es, precisamente, una de las tareas más actuales y sensibles de la filosofía del derecho hoy en especial desde esta concepción iusfilosófica pero que afecta a todas las demás concepciones en mayor o menor medida.

Baste para responder esta acuciante pregunta tomar los derechos humanos actualmente tan valorados –aunque no todas las civilizaciones aceptan tales derechos–; pero aceptándolos, como sucede en Occidente, ahí veremos niveles de derechos: unos de más elevada conceptualización (vgr. el derecho de que todas las personas nacen libres e iguales), y, otros, más directamente relacionados con lo que entendemos “natural”, biológico (vgr. el derecho a la vida); para ello se puede pensar también en el concepto de dignidad humana, o en la eutanasia, o en el aborto, o en la libertad de expresión, donde no existe consenso total, por lo que podemos concluir de momento que la naturaleza humana “parece” en primera instancia fácil de entender pero que es algo en la realidad con mucho de complejidad. Por ello, justamente es menester el diálogo intercultural tan propio del derecho natural originario pero también de la tercera vía como veremos.

Dicha complejidad (e incluso relatividad) se ve por ejemplo en la obra “Justicia”, de Michael Sandel; este filósofo norteamericano parece someter por eso lo natural humano a “juicio” permanente (vemos que somete a debate el canibalismo, las madres sustitutas, el aborto, el matrimonio de homosexuales, la vida, etc., todos temas propios de lo que se conoce tradicionalmente como naturaleza humana); lo verdaderamente natural, según Sandel, sería, por sobre todo el debate político, al cual se someten las llamadas “realidades naturales” como las mencionadas; leamos unas palabras suyas a este respecto: “Cuando la reflexión moral se vuelve política, cuando se pregunta qué leyes deben gobernar nuestra vida colectiva, le es imprescindible entremezclarse en alguna medida con el tumulto de la ciudad, con las disputas e incidentes que agitan el espíritu público” (Sandel, 2011, p. 40); sin embargo, el mismo Sandel, en esta búsqueda permanente de lo humano que perseguimos los hombres, expone a través de su obra algunos puntos de referencia que él considera básicos de lo auténticamente humano, como por ejemplo el repudio del canibalismo (Sandel, Justicia, 2011, pp. 88 y ss), la idea de que no todo lo puede comprar el dinero porque primero está la dignidad humana (Sandel, Justicia, 2011, pp. 90 y ss), la defensa de lo

racional (Sandel, Justicia, 2011, pp. 212 y ss), y la igualdad entre los hombres (Sandel, Justicia, 2011, pp. 161 y ss).

Es realmente difícil, pues, encontrar lo esencialmente humano en medio de la vida contemporánea tan llena de concepciones teóricas y prácticas. Por ello, aun hablando del derecho natural en este acápite, creemos, una vez más, en el diálogo tan propio que nos ofrece la tercera vía como veremos más adelante.

Ahora bien, eso “natural” –en caso de aceptarse– ... ¿cómo se expresa en el campo del derecho? Kaufmann afirma para iluminar este aspecto que el derecho natural solo operó para sociedades *simples, normales, no complejas* (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, p. 77); compartimos esta afirmación en buena medida y trataremos de explicarla a continuación.

En efecto, en épocas pretéritas, sencillas, calmadas, en las que la vida corría tranquilamente como en las ciudades griegas o medievales, donde imperaba una moral y un derecho universales (debido a la influencia mayoritaria del cristianismo), en las que había mucha menos población, cuando la ciencia también era muy simple y elemental, fue relativamente fácil que se impusiera el derecho natural. Este derecho natural se dio también, incluso, en los primeros tiempos del idealismo de Descartes; y Hobbes, Locke, Rousseau, lo aceptan igualmente en medio de los primeros tiempos racionalistas; en los siglos XVII y XVIII, las declaraciones de derechos de la persona (con las grandes revoluciones liberales inglesa, norteamericana y francesa, respectivamente), en tiempos positivistas incipientes, eran igualmente tanto de corte trascendental (hacen referencia a Dios creador) como de derecho natural; es más, llegada la codificación positivista del siglo XIX, en ella se menciona al derecho natural como un referente esclarecedor cuando la norma positiva legal es oscura. Todas esas etapas históricas eran de situaciones simples, normales, como dice Kaufmann.

Pero cuando ya lo universal propio de los imperios griego, romano y cristiano –todos ellos persiguieron ser universales valiéndose del derecho²²–,

²² Afirmación que da paso a vincular el derecho natural a la política; pero dicho esto, la pregunta inmediata que surge es: ¿la política se valió del derecho natural para propagar el imperio, o, este, el derecho natural, fue autónomo y tuvo personalidad propia e incluso ató la política al derecho? Dichas cuestiones dan lugar a una historia del derecho *aplicado*, más que conceptual; este ejercicio empírico es utilísimo para

cede, y el Estado Nacional irrumpe con fuerza arrolladora desde el siglo XVI creando cada Estado un derecho positivo particular; cuando el hombre empieza a manejar la “res extensa” (como era entonces llamada la naturaleza) a su modo según ritmos de explotación diferentes, con intereses también distintos de cada quien en lo económico y político; cuando el ateísmo empieza a expandirse y divide al mundo entre creyentes y no creyentes (desde los ss. XVIII y XIX); cuando surgen teorías políticas radicalmente distintas y desconocidas hasta entonces como el *socialismo utópico* o el *socialismo científico* marxista en los siglos XVIII y XIX; cuando la sociedad emerge impetuosamente y ya el Estado o la Iglesia no son las únicas fuerzas sino también las ciudades, los periódicos, la radio, etc. (en los siglos XIX y XX); cuando la democracia se abre paso cada vez más definitivamente (en los ss. XIX y XX); cuando los derechos humanos dejan ver las posibilidad de la libertad de pensamiento y de conciencia (S. XVIII); cuando la globalización,

estudiar dicha relación. Así las cosas, tomemos dos casos: uno, el **derecho romano** se preció de ser un derecho natural, y por eso, desarrolló altamente el *derecho de propiedad* como derecho natural: es lo que se desprende al leer a un romanista insigne como Álvaro D’ors, cuando afirma: “Así, el derecho propiamente dicho procura un orden *patrimonial*” ; esto demostraría, según nuestro parecer, que el derecho natural en Roma tuvo personalidad propia imponiéndose de algún modo por sí mismo de abajo –el derecho natural- hacia arriba –el Estado- (D’Ors, 1982, p. 69); y otro caso es el de la vinculación ya directa del mismo Estado al derecho natural, en un movimiento de arriba –el Estado-, hacia abajo –el derecho natural-, mostrando con ello su propia entidad, influencia y eficacia, que lo podemos ver por ejemplo en las **Leyes de Indias**, las cuales tuvieron un gran respeto por dicho derecho natural, como lo reconoce Alfonso López Michelsen en la obra: Conferencia dictada en el Aula Máxima del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario con motivo del IV centenario de la Audiencia del Nuevo Reino. Fijémonos lo que dice López Michelsen en dicha Conferencia: “El mérito de una ideología política puede medirse solo por los resultados obtenidos (...); pero no es menos cierto que nunca en la historia de nuestra patria se preservó la paz social por un tan dilatado espacio de tiempo y con un reducidísimo número de hombres sobre las armas como en el período que se inicia con la creación de la Audiencia” (pp. 125-126), para terminar afirmando: “Si de derecho se trata, obedecer a una ley porque se presume conforme con el derecho natural vale tanto como obedecerla porque cuenta con el respaldo de las mayorías. Probablemente esta concepción del derecho natural, superior a las mismas leyes positivas, es lo más valioso que nos resta del pensamiento jurídico español. No se confundió nunca en tres siglos de vigencia de las Leyes de Indias el concepto de lo justo con el concepto de lo legal” (López Michelsen, 1955, pp. 126-127).

y paradójicamente a ella, se empieza a mostrar más de cerca la multitud de culturas que existen en el mundo debiendo ser respetadas en virtud de la igualdad de consideración, y la información también globalizada empieza a mostrar distintas civilizaciones en sus grandes concepciones (S. XX); cuando los problemas se agudizan (en genética, en biotecnología, en energía atómica..., en el S. XX); cuando las ideologías políticas se hicieron diversísimas (S. XX)..., entonces... el maremágnum de creencias, también jurídicas, quiebran la creencia en el derecho natural, universal, indisponible, objetivo, de épocas simples y normales.

El mundo, pues, cambió abruptamente; las causas de esa transformación fueron de una fuerza única. Todo esto acaeció a fines del siglo XVIII, en todo el siglo XIX, y a lo largo del siglo XX.

Situados ya en un mundo altamente complejo como es el mundo de hoy, aceptar un derecho natural común no puede ser más que algo propio de una cultura determinada más o menos homogénea y relativamente pequeña; sin embargo, a pesar de la dificultad de aceptación del derecho natural, éste aparece en la actualidad en el llamado *derecho de los derechos humanos* aunque con distintas interpretaciones, en algunos derechos, ante todo los que tienen que ver con el derecho a la vida (es el caso del aborto, el de la utilización de embriones con fines investigativos y curativos, etc.). En esa línea, aparece por cierto el artículo 94 de la Constitución Política de Colombia de 1991 cuando afirma que los derechos humanos no son solo los enunciados de manera expresa en el texto constitucional sino también todos aquellos que son *inherentes al hombre*. Eso es, a nuestro parecer, derecho natural, solo que con el nombre de derechos humanos.

Por eso, el elemento juridizante común que se impone ante tanta diversidad, es, no tanto el consenso, sino el *respeto, la convivencia, la paz, y la fraternidad*, por encima de las diferencias²³. Pensamos, en efecto, que el valor de la convivencia en medio de las diferencias se hace superior, social, política y jurídicamente a posibles unanimidades casi imposibles

²³ “Es que lo más importante hoy no es el consenso, sino la posibilidad de discutir sin matarnos”, afirmó Eduardo Pizarro Leongómez en el artículo “Gobierno y Farc coinciden en que la lucha armada ha sido inútil”, El Tiempo, 15 de febrero de 2015, p. 4, sección debes saber.

hoy. Al sostener lo anterior, nos vienen a la mente las siguientes palabras de Gustavo Zagrebelsky:

“Si, mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductilidad.

La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo tocante al aspecto procedimental). Éstas son las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quisiera ser y preservarse como tal. Únicamente en este punto debe valer la intransigencia y únicamente en él las antiguas razones de la soberanía aún han de ser plenamente salvaguardadas” (Zagrebelsky, 2005, pp. 14-15).

Cómo implementar esta convivencia es una labor que se debe adelantar permanentemente como una obligación de la democracia que merezca ese nombre; cómo hacer convivir a la mayoría con la minoría, es tarea ardua, porque una y otra reivindican sus propios derechos que generalmente resultan contrapuestos; para ello se requiere, entre otras cosas, diálogo, una regulación de la objeción de conciencia tanto personal como institucional, un estatuto de la oposición con garantías electorales, de prensa, y presupuestales, una libertad de expresión donde la persona sea considerada un absoluto y el derecho a tal libertad sometido a los límites que impone el respeto al otro, pues como decía Benito Juárez: “la paz es el respeto al derecho ajeno”. En este sentido asoma por ahora tímidamente de nuevo, la llamada tercera vía que veremos después.

Un agregado a todo lo dicho que consideramos pertinente e importante: ¿cuál es el *fin* del realismo jurídico, el fin del derecho natural? ¿Cuál es el fin del derecho para el derecho natural? No es otro que la misma persona humana y su *entorno*.

Pero si se examinan con algún detenimiento los textos defensores del derecho natural, lo segundo –el entorno– no nos parece que se haya

desarrollado en forma extensa. Solo se menciona de manera enunciativa. Falta algo, deja por fuera la contemplación de otras realidades a las cuales el derecho también debe servir –además de la persona humana– tales como el Estado, la sociedad misma, o la economía. *En este sentido abrimos la puerta de nuevo a la tercera vía.*

No basta, pues, la esencialidad del derecho en torno a la persona humana solamente pues deben mirarse otros horizontes que rodean al hombre. Si no se echan esos insumos el derecho natural quedaría en el campo de lo ilusorio.

Y en tal sentido aparece por cierto, además de Estado, sociedad, y economía, como elementos del entorno humano, la posición del Papa Francisco en su Encíclica *Laudato si*, del año 2015, que subraya que el hombre es la fuente inmediata del derecho junto con *la naturaleza cósmica*; uno y otra forman una unidad inseparable; son muchos los apartes en dicha Encíclica que se refieren a ello, pero basta con mencionar el siguiente: “Porque todas las criaturas están conectadas, cada una debe ser valorada con afecto y admiración, y todos los seres nos necesitamos unos a otros” (Francisco, 2015, p. 41). Esta es una versión actual del derecho natural aunque creemos que la encíclica *Laudato si* se inscribe también en la tercera vía.

Por último, ya para finalizar este Capítulo, veamos la influencia en Colombia –y en general en Latinoamérica–, de la escuela del derecho natural; ésta llegó por obra de la Colonización española, la cual trajo a estas tierras el pensamiento de Tomás de Aquino, de Francisco Suárez, y de Francisco de Vitoria, principalmente; fue la obra iuspedagógica en ese entonces de los centros de estudios superiores de los dominicos y de los jesuitas.

Dicho pensamiento habría de perdurar relativamente invariable hasta la llegada de la República a comienzos del siglo XIX.

¿Cuáles fueron las expresiones *en contra* del derecho natural en esos tiempos? La primera fue el pensamiento *utilitarista*²⁴ benthamiano (Hart, 2003), claramente opuesto al derecho natural entonces expuesto por Jaime Balmes.

Posteriormente se dio un iuspositivismo de corte kelseniano, el cual se ha considerado por los estudiosos que fue de carácter más o menos moderado; un primer Kelsen, a la colombiana, no obstante tener un fuerte corte

²⁴ El utilitarismo negaba expresa y decididamente el derecho natural y defendía la eticidad sólo de lo útil pero no de lo bueno sostenido por el realismo aristotélico-tomista.

formalista, por obra de diversos autores locales, de formación tomista (Mejía Quintana, 2011, p. 123), o que releyeron aspectos del iusteórico austríaco para algunos inexplorados como el de la indeterminación de algunos aspectos del derecho, este fue, como se acaba de decir, moderado, y fue abriendo las puertas poco a poco al actual antiformalismo (López Medina, *Teoría impura del derecho*, 2013, pp. 399 y ss).

Este es muy a grandes pinceladas el panorama del derecho natural en el mundo local o nacional.

CAPÍTULO III

IUSPOSITIVISMO

La segunda escuela, desde el punto de vista cronológico, fundadora del derecho en Occidente es el iuspositivismo; éste sostiene que el derecho es sólo el derecho positivo (ley, jurisprudencia, etc.); no se remonta a causas productoras de ese derecho positivo más allá de lo puramente inmediato (sociedad, economía, Estado); por lo tanto, para el iuspositivismo –al menos a ultranza y radical– sencilla y llanamente no hay un derecho natural, el cual se considera sólo una “metafísica” del derecho, algo así como una moral o un pensamiento abstracto pero no pragmático, no un derecho científico (como afirmaba Kelsen); el iuspositivismo, entonces, es, en principio, la escuela jurídica *opuesta* a la escuela del derecho natural.

Dicho con otras palabras: para el iuspositivismo la causa primera del derecho es la misma norma jurídica producida formalmente por el Estado aunque sus generadores sean la sociedad y la economía principalmente y no la naturaleza humana al modo de la escuela del derecho natural.

Los fines del derecho según el iuspositivismo serán diversos de acuerdo a los distintos teóricos: la paz (Hobbes); la protección de la propiedad, la libertad y la vida (Locke); la seguridad (Evers), en sus distintos órdenes jurídico, político, económico; la reducción de complejidad (Luhmann); *pero precisamente aquí puede encontrarse un punto de entronque con la tercera vía iusfilosófica ya que dichos fines se consideran valores plausibles.*

La escuela del derecho natural –también llamada *iusnaturalismo*, aunque impropriamente, pues este último fue solo la expresión racionalista del derecho natural en la Modernidad ya muy cercano al iuspositivismo y con poco de referencia a la naturaleza humana (Sancho Izquierdo, *Compendio de derecho natural*, 1980, pp. 299-300)–, siempre sostuvo –y sigue sosteniendo– la *dualidad* del derecho: una parte de éste es natural, y otra, positiva²⁵; pues

²⁵ Así lo reconoce Hans Kelsen en la Teoría Pura del derecho para criticar al derecho natural (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2000, p. 78 y ss).

bien, el positivismo jurídico, lo que hizo fue “absolutizar” solo la segunda parte de ese compuesto, es decir, tomó en cuenta sólo como derecho al derecho positivo: el iuspositivismo es, por tanto, *monista*, *reduccionista* pues el derecho es tan solo y únicamente el derecho positivo.

El iuspositivismo aparece *implícito* por primera vez con el *idealismo cartesiano* en el s. XVII. Dicho idealismo fue su *semilla remota*²⁶: el derecho según la concepción iuspositivista ya no atiende el llamado de “lo natural del hombre” en cuanto compuesto de dos elementos unidos en la persona, esto es, cuerpo y razón, sino sólo se atiende a su racionalidad, es decir, a lo que la razón “vea dentro de sí” y no “fuera de ella”. El idealismo, pues, estaba invitando a mirar sólo el derecho como un producto de la razón humana en un sentido autocreador, y no mirando la realidad natural dada al hombre por la naturaleza de su ser en sí mismo en cuanto compuesto, dual, exterior e interior, cuerpo y espíritu, como tampoco a la realidad del mundo cósmico del entorno humano; para Descartes el cuerpo es la cárcel del espíritu, motivo por el cual este no es prioritario. Si el realismo hasta Descartes apreciaba al cuerpo como vía para el conocimiento, ahora lo que importa para conocer es el mismo conocimiento y nada más: *cogito ergo sum*, *pienso*, luego soy.

Esa razón humana según Descartes, se va a expresar poco tiempo después a través del *contrato social*, el cual construye mediante procesos de la misma razón, al Estado y al Derecho, aunque ciertamente en la Modernidad racionalista el derecho natural sigue aceptándose aunque de manera ya muy reducida; el tránsito del naturalismo clásico al iuspositivismo no fue de un golpe, y así por ejemplo, Thomas Hobbes dirá que existe un derecho natural único a conservar la vida; dice Hobbes: “*El derecho natural, que los escritores llaman comúnmente jus naturale, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder, como él quiera, para la preservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida, y, por consiguiente, de hacer*

²⁶ Dicho lo anterior se podría cuestionar si el protestantismo fue una raíz todavía más anterior al cartesianismo; creemos que sí en la medida en que Lutero, al separar de manera tan radical la fe religiosa respecto de la razón humana, abrió las puertas para una fundamentación del derecho como realidad puramente humana, a la pura racionalidad, y es por ello que no vemos distancia real entre tal postura protestante y el pensamiento racionalista así como el contrato social de Hobbes, padre inmediato del iuspositivismo.

toda cosa que en su propio juicio, y razón, conciba como el medio más apto para aquello” (Hobbes, 2007, p. 132).

Como se ve, el derecho natural aún era reconocido en la Modernidad, pero circunscrito al derecho a la vida. Otro tanto sucederá con John Locke: éste parte del contrato social racional pero aún acepta algo del derecho natural –el llamado por él “derecho de propiedad”, compuesto del derecho a la vida, del derecho a la libertad y del derecho a las posesiones (Locke, 2006, p. 26)–, pero dependiente también en gran medida –como en Hobbes– del contrato social.

En línea con la libertad lockeana se encuentra el filósofo *Inmanuel Kant*, para quien el derecho es coexistencia de libertades; no es la sola libertad individual, sino ésta junto con la de los demás, pero al fin y al cabo acentuando la libertad que ya Locke enfatizaba: así, el derecho –dice Kant– es el “Conjunto de condiciones bajo las cuales la libertad de cada uno puede coexistir con la libertad de todos, según una ley general de libertad” (Noguera Laborde, Elementos de filosofía del derecho, 1997, p. 44). Pero una vez más se trataba –ahora con Kant– de la pura razón humana, aunque en su característica de libre, con independencia de un derecho pre–establecido (el derecho natural); para entender mejor lo anterior, tengamos presente el dogma kantiano: “*Sapere aude*”, atrévete a pensar, por lo que con Kant podemos ver entonces un derecho positivo girando ya más concreta y unilateralmente alrededor del que hoy llamamos derecho a la libertad de pensamiento: coherente, desde luego, con el dogma de Descartes del “pienso, luego soy”.

Poco a poco todo el derecho será un fruto único del contrato social propuesto inicialmente por Hobbes; era una cuestión dependiente de la inercia y fuerza histórica subsiguiente y así la puerta al iuspositivismo total quedaba enteramente abierta.

Superados los tiempos de los distintos imperios occidentales, griego, romano y medieval, que utilizaron entre otros vehículos para *universalizarse* el derecho natural universal²⁷, viene en la historia occidental de la

²⁷ No se puede pensar que la universalidad del derecho natural es en todos los casos algo exclusivo de este; existen otras concepciones jurídicas, distintas al realismo jurídico, que buscan igualmente la universalidad de sus posturas, por ejemplo, aquellas que hoy en día están en pro del aborto a ultranza, a través de pactos internacionales

Modernidad la creación del *Estado Nacional*; a sustentar dicho Estado Nacional está dirigido fundamentalmente el contrato social mencionado antes; la Edad Media, que había bebido de las tradiciones griega y romana, quedaba atrás; se imponían ya no los intentos de imperios sino los Estados Nacionales (Inglaterra, Francia, España, Holanda, Italia...); y estamos en este momento, del siglo XV en adelante, en la era de los *absolutismos políticos nacionales*, pregonados por Maquiavelo con *El Príncipe*, para Italia, y luego de manera más filosófica por Hobbes, con *Leviatán*, para Inglaterra, absolutismos que a su turno van a predicar, no un derecho universal, sino un derecho de carácter estatal, local, territorial. No se hablará de un derecho natural universal sino de un derecho encerrado en las fronteras de los Estados nacionales y creados por estos.

Así pues, de un derecho tomista centrado en la vida, en la propagación de la especie, en la sociabilidad, y en la búsqueda de la verdad (tal como dijimos en el Capítulo anterior), se pasaba cada vez más a un derecho liberal, del corte de las revoluciones democráticas y los derechos del hombre; al fin y al cabo Kant afirmaba que toda su filosofía estaba al servicio de la Ilustración Francesa; dirá Kant con sus propias palabras: “*Hubo un tiempo en el que yo consideraba que únicamente la búsqueda de la verdad constituía la gloria de la humanidad, y despreciaba al hombre ordinario que nada sabía. Rousseau me puso en el recto camino...; aprendí a conocer la recta naturaleza humana, y me consideraba mucho más inútil que el trabajador ordinario si no creyera que mi filosofía puede ayudar a los hombres a establecer sus derechos*” (Touchard, 1961, p. 381). Pero... ¿no es lo dicho un punto de contacto entre el derecho natural y el iuspositivismo? ¿No se observa en dicho supuesto tránsito que no hay mayor diferencia? No perdamos de vista que la posición de Kant termina siendo así al estilo de las declaraciones de derechos de corte del derecho natural. He aquí justamente un punto de contacto, quizá inconsciente, para la futura tercera vía iusfilosófica.

Pero volvamos a Kant: estamos en esta época de la historia –la Modernidad– en el tiempo de los derechos, de las libertades, iniciada con Locke y ahora con Kant. Atrás quedaba el derecho como “orden” propio del tiempo del derecho natural –que renacerá paradójicamente en el siglo XX

acogidos por los Estados, a través de lo que en Colombia se denomina “bloque de constitucionalidad” (a este respecto se puede consultar la sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional, M.P. Jaime Araújo Rentería).

con Kelsen, para quien el derecho es un orden jerárquico (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2000, pp. 34, y 104)–, y ahora –siglo XVIII– nadamos en las aguas del derecho como garante de la libertad.

En resumen: si el derecho en la escuela del derecho natural era ante todo un orden social pre–establecido, bien por Dios mediatamente, o por la naturaleza de las cosas, o por la naturaleza del hombre²⁸, de forma inmediata, ahora se va perfilando cada vez más un derecho como “sinónimo de libertad” dentro de una ley general que prescribe el Estado para garantizar dicha libertad.

Ahora bien, en otro gran filósofo moderno, *Jorge Guillermo Federico Hegel*, el derecho estará cada vez más vinculado, otra vez, con el Estado, al más puro estilo de Hobbes, sin girar tanto alrededor de la libertad como vemos con Kant; en efecto, para Hegel, solo al principio el derecho es derecho subjetivo (tesis); pero luego surgen los deberes con los demás (antítesis); y por último viene la “síntesis”: las “instituciones colectivas” (conformando así el proceso dialéctico de tesis, antítesis y síntesis), que enlaza derechos subjetivos y deberes sociales; entre esas instituciones colectivas encontramos en primer término a la familia (nueva tesis), aunque a ella se le opone una nueva antítesis: la sociedad; y viene una nueva síntesis que es el Estado, el cual equilibra a su vez a la familia y a la sociedad; y aunque la dialéctica sigue su devenir interminable, al menos en un momento dado es el Estado quien acapara el derecho (Noguera Laborde, *Elementos de filosofía del derecho*, 1997, pp. 47-52). Por lo anterior Hegel es considerado el padre del *totalitarismo de Estado*, una expresión que podríamos decir es sucesora del absolutismo político aunque con nuevas características; para comprobarlo podríamos leer estas palabras de Hegel: “El Estado es la esfera de la conciliación de lo universal y lo particular”; y estas otras: “el Estado es la realidad de la libertad concreta” (Touchard, *Historia de las ideas políticas*, 1961, p. 389).

Hay entonces en este proceso histórico que traemos hasta acá, un derecho fundamentalmente dependiente del Estado, aunque manteniendo un reducido derecho natural (la preservación de la vida, en Hobbes); un derecho también

²⁸ Así lo reconoce Kelsen en la *Teoría pura del derecho*: “Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado, pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza tal como es interpretada por la razón humana” (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2000, p. 79).

dependiente del Estado, aunque también con un algo de derecho natural (la propiedad en Locke); un derecho al servicio del Estado liberal (Kant); y un derecho también de manera eminentemente estatal como vértice sintético del individuo y de la sociedad (con Hegel).

Este es a rasgos generales el iuspositivismo de los siglos XVII y XVIII: un derecho dependiente del Estado.

De nuestra parte tenemos que acotar que ciertamente el Estado es imprescindible en el derecho de una manera correlacional, pero, cuando estamos en presencia de un Estado totalitario (comunista, facista, nazi...), el derecho queda al servicio de aquél perdiendo el carácter de regulador del mismo; hace falta ver a ambos polos en una relación de armonía, equilibrio e igualdad. Y una manera insoslayable de control a la presencia del Estado es, para nuestra opinión, la objeción de conciencia tanto personal como institucional para que así el particular no se vea invadido por aquél²⁹.

Comienza el siglo XIX con Federico Carlos de Savigny para quien el derecho es producto de cada pueblo, en un momento histórico determinado, a través de la jurisprudencia (para entender mejor a Savigny se debe tener en cuenta que éste fue un célebre cultor del derecho romano jurisprudencialista). Así, el derecho es ante todo popular e histórico (historicismo jurídico), y no tanto estatal; el Estado es sólo el regulador del querer del pueblo en cada época por medio de los jueces y sus sentencias. No puede perderse de vista que el contexto y el marco del historicismo jurídico es el historicismo en general; el siglo XIX fue una centuria centrada entre otros factores –también en la ciencia–, en el estudio de la historia desde el punto de vista filosófico: Hegel, Comte, Ozanam, Marx...

Prosigue el siglo XIX con el mencionado Hegel, quien le da un carácter dialéctico y científico al querer popular proclamado por Savigny: no es un querer cualquiera sino una manifestación organizada por una ley dialéctica de la historia: tesis, antítesis y síntesis, donde tal síntesis la recepciona el Estado que viene a ser el productor del derecho.

²⁹ Para el tema de la objeción de conciencia recomendamos las siguientes obras: Conciencia y objeción de conciencia, de Pablo Gutiérrez (Gutiérrez, *Conciencia y objeción de conciencia*, 2010); La objeción de conciencia como un derecho, Compilador Manuel Iturralde (Iturralde, 2014); y, *Objeción de conciencia institucional*, de Alfonso Llano Escobar S.J. (Llano Escobar, 2011).

Viene posteriormente la concepción iuspositivista centrada en los códigos. En el pasado también hubo códigos (el Código de Hammurabi, la Ley de las Doce Tablas, el Codex iuris justiniano...) pero, por esos ires y venires (dialécticas) tan frecuentes de la historia, y concretamente de la historia jurídica, después de épocas e hitos codificadores, vinieron otros tiempos, bien de carácter consuetudinario del derecho, bien jurisprudencial (como en la Edad Media y gran parte de la Modernidad), y, después de un sinfín de normas y sentencias dispersas y acarreadoras de inseguridad jurídica, llega el momento histórico de una nueva codificación, buscando la seguridad en y del derecho: el derecho no puede ser algo atomizado, en el que las personas no saben a qué normas y fallos atenerse (por cierto muy parecido a los tiempos actuales); en tal sentido —el de brindar seguridad al derecho—, nace el más célebre entre todos los códigos, en 1804, el Código Civil de Napoleón, direccionado por éste aunque elaborado por grandes juristas de la época en Francia.

Por su perfección lingüística, conceptual y sistémica, el Código de Napoleón se convirtió en la encarnación del derecho; llegó a decirse en ese entonces que el derecho era el código, y el código el derecho; no había, pues, derecho fuera del código ya que éste brindaba la ansiada seguridad, aunque en realidad de verdad no había una ruptura total con el pasado de derecho natural, ya que dicho código preveía que en los casos oscuros de la ley —las llamadas lagunas normativas— podía recurrirse a tal derecho; en primera instancia el código era una expresión del poder del Estado (para este caso el Estado francés; el derecho era de algún modo un instrumento político; el derecho iba de la mano con el Estado), y en tal sentido, un derecho del corte positivista, pero, al permitir el derecho natural como referente para cubrir las lagunas de la ley, se trataba de un iuspositivismo moderado. *He aquí otra puerta abierta para el contacto entre la escuela del derecho natural y el iuspositivismo (moderado) que servirá de apoyo para la futura tercera vía iusfilosófica.*

Otra expresión del iuspositivismo en el s. XIX fue, a nuestro parecer, el *sociologismo jurídico*; este siglo vio nacer la sociología a través de Augusto Comte, proseguida por autores como Emile Durkheim, iniciador del sociologismo jurídico, y Marx, quien también se ocupó de análisis sociológicos; y es que la sociedad había emergido como nunca antes con una fuerza inusitada; no es que en el pasado no hubiera habido sociedad, pero

a partir del s. XIX con los procesos de industrialización y urbanización, se producía un incremento de la población y de las relaciones conflictivas desconocidas hasta entonces de contenido económico (huelgas obreras, levantamientos urbanos como los de 1848 y la Comuna de París de 1870); antes de estos tiempos hubo ciudades donde se encontraba la sociedad aglomerada; las hubo, como Jerusalén, Nínive, Roma, Florencia, Marsella..., pero ahora adquirirían las ciudades y sus sociedades un desarrollo como no lo había tenido por obra de los periódicos, de la radio, de las agremiaciones, del automóvil, de las carreteras, de la política, del comercio avanzado; las ciudades eran los sitios donde se expresaba la gente mayoritariamente. Siendo así, era fácil que la sociedad citadina adquiriera una fuerza especialmente nueva que habría de condicionar al Estado jurídicamente. Así, la sociedad como un todo se convierte en objeto de estudio de la nueva ciencia de la sociología; fue una nueva expresión del viejo contrato social, pero ahora sí propiamente social, y no estatal como en épocas de Hobbes. El sociologismo jurídico en últimas lo que venía a decir es que el derecho es fruto del querer social, no de un orden previo, de carácter natural – el derecho natural–; para el sociologismo jurídico todo derecho depende de los ritmos que imponga la sociedad, para lo cual el Parlamento lo único que hace es expresarla a través de sus leyes. Fue claramente un iuspositivismo a ultranza, no uno moderado al estilo de la concepción nacida del código napoleónico.

La sociedad desde luego, marca rumbos al derecho, debe ser tenida en cuenta en sus justos reclamos, pero, cuando la sociedad se descompone debe darse un parón propicio para la reflexión; en este sentido el sociologismo para que sea plausible debe ser razonable; como dice Adela Cortina, debe pasarse en la sociedad de una moral vivida a una moral pensada (Cortina, *Ética de la empresa*, 2000, p. 28); y es que la historia ha mostrado sociedades que no pueden ser consideradas paradigmáticas para el derecho: la sociedad nazi es un ejemplo.

Estas nuevas realidades sociales no podían expresarse ya en un código pétreo y rígido, inmodificable y perpetuo, sino que por obra del dinamismo social citadino, el derecho iba imponiendo pautas nacidas de la vida de la sociedad. La codificación, inicialmente endiosada, empezó a hacer agua por virtud de los cambios sociales los cuales generaban dudas acerca de la capacidad de los códigos para regular dichos cambios. Lo que digan las gentes sobre todo a través del poder Legislativo del Estado, será lo esencial

del derecho. Desde luego, lo que ha sucedido desde esa época hasta ahora es un esfuerzo múltiple por purificar esta idea en el sentido de crear mecanismos para permitir *filtrar* efectivamente el querer de la sociedad (lo vemos con Rawls, Habermas, Bobbio...).

Posteriormente, aparece otro iuspositivismo: el *economicismo jurídico*; quien dio la puntada central a este respecto fue teóricamente Karl Marx, que sostuvo que el derecho no es más que una “superestructura” de la economía (que es la infraestructura); el capitalismo del siglo XIX mostró inicialmente esa dependencia del derecho respecto a la economía, pero sería el siglo XX el que demostraría cómo el derecho estaba influenciado radicalmente por la economía; debemos agregar que de esa influencia de la economía capitalista había surgido ya antes un derecho comercial, nacido en los comienzos de la Modernidad, pero ahora, en tiempos más recientes, aquél se ha desarrollado especialmente en el derecho societario, el derecho financiero, el derecho bancario y un derecho mercantil internacional.

El economicismo a nuestro juicio debe equilibrarse con el reconocimiento de la propiedad privada –como va demostrando la historia en general–, y una justa regulación de la misma; en este orden de cosas nos apartamos del más radical de los marxismos comunistas como también de los capitalismos salvajes; nos parece mucho más armónico –y *esto es una aproximación a la tercera vía que no desea ver las cosas de modo extremista y polar, en blanco o negro, sino en equidad y teniendo en cuenta matices*–, lo que afirmara el Papa Juan Pablo II a fines del siglo XX en Centesimus annus:

“(...) ¿se puede decir quizá que, después del fracaso del comunismo, el sistema vencedor sea el capitalismo, y que hacia él estén dirigidos los esfuerzos de los Países que tratan de reconstruir su economía y su sociedad? ¿Es quizá éste el modelo que es necesario proponer a los Países del Tercer Mundo, que buscan la vía del verdadero progreso económico y civil?

La respuesta obviamente es compleja. Si por ‘capitalismo’ se entiende un sistema económico que reconoce el papel fundamental y positivo de la empresa, del mercado, de la propiedad privada y de la consiguiente responsabilidad para con los medios de producción, de la libre creatividad humana en el sector de la economía, la respuesta ciertamente es positiva, aunque quizá sería más apropiado hablar de ‘economía de empresa’, ‘economía de mercado’, o simplemente de ‘economía libre’. Pero si por ‘capitalismo’ se entiende un sistema en el cual la libertad, en el ámbito

económico, no está encuadrada en un sólido contexto jurídico que la ponga al servicio de la libertad humana integral y la considere como una particular dimensión de la misma, cuyo centro es ético y religioso, entonces la respuesta es absolutamente negativa”. (II, 1991).

Estas exigencias puestas de relieve por el Pontífice Juan Pablo II son para la realidad actual y se ajustan a la contemporánea tercera vía.

El iuspositivismo del siglo XIX tuvo otra expresión a través de la *Teoría del derecho* –anteriormente tratada en el Capítulo I–, que se basaba en los códigos, solo que teorizándolos en su sentido más general, sacando de ellos los grandes “conceptos formales” del derecho; este fenómeno sucedió en la segunda mitad del siglo XIX y llega hasta nuestros días; se considera como su fundador a Adolf Merkel en Alemania; la teoría del derecho era la expresión de un pretendido “cientifismo en el derecho”, superador de la *Filosofía del derecho*, considerada por aquélla como acientífica, inexacta e irreal³⁰; no perdamos de vista que el siglo XIX fue un siglo caracterizado por la aspiración de cientifizar los saberes, fue la época del cientifismo comteano (para Comte la historia había atravesado tres épocas: la religiosa, la metafísica, y la *científica*, en la cual se hallaba la humanidad en el siglo XIX), del socialismo “científico” de Marx (superador del “socialismo utópico”³¹ también por acientífico), del desarrollo de las ciencias de la naturaleza especialmente de la Física. Este deseo llega a su culmen, en el mundo del derecho, en el siglo XX por medio de Kelsen³².

³⁰ A la filosofía en general se la tuvo por muerta; su resurrección habría de venir de la mano de Heidegger en el mundo alemán, y de Ortega y Gasset en el mundo hispánico/latinoamericano. Mientras estuvo muerta la filosofía, la ciencia de las ciencias era la Física; a ese punto llegó el cientificismo y materialismo científico del siglo XIX y principios del s. XX. Sin embargo, cabe preguntarse si la filosofía hoy ha rescatado un lugar histórico, influyente y protagónico; muchos lo dudan, y rescatar ese rol sigue siendo una tarea importante de los filósofos y de los iusfilósofos hoy.

³¹ La denominación de socialismo utópico fue dada por Marx y Engels al socialismo de pensadores como Saint Simon, Owen, Proudhon, Fourier, y otros cercanos a éstos, debido a que no sustentaban su socialismo en la revolución ni en el materialismo histórico y dialéctico (Hernández Becerra, 1997, p. 292 y ss).

³² Kelsen, en el prefacio de la *Teoría pura del derecho* de la edición alemana de 1934 expresaba: “Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado

Hans Kelsen escribió la “Teoría pura del derecho” en la primera mitad del siglo XX. Con ella buscaba “... constituir una *ciencia* que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición” (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2000, p. 13). Reparando en las anteriores palabras se observan dos cosas que deben tenerse en cuenta siempre al estudiar a este autor: 1) Kelsen busca hacer del derecho una ciencia; 2) que a pesar de ser teórico del derecho, busca lo que la filosofía del derecho ha buscado tradicionalmente: una definición del mismo del modo más general posible.

Kelsen es un reflejo exacto de Descartes, y de todo el idealismo/racionalismo derivado de él en la Modernidad: para él, la realidad está centrada en la razón, y no es la razón la que descubre una realidad que la condiciona: la razón, para Kelsen y los racionalistas, crea la realidad. Por eso el derecho para Kelsen nada tiene que ver con un supuesto derecho natural o con una naturaleza del hombre que lo marca y determina, cosas que considera erradas (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2000, pp. 78 y ss).

En esta línea, el derecho según Kelsen es entonces una autocreación racional proveniente de una norma básica fundamental hipotética³³. El ser (del realista), en consecuencia, nada tienen que ver con el deber ser (en este caso del derecho kelseniano)³⁴. Esto último lo destaca ya desde el comienzo

de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una *ciencia jurídica* libre, de la cual el porvenir –estoy convencido– recogerá los frutos” (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2000, p. 11). Y en la obra del mismo Kelsen “¿Qué es la justicia?”, repetía esta misma idea al decir: “*Como la ciencia es mi profesión* y, por lo tanto, lo más importante de mi vida...” (Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, 2001, p. 83). La letra cursiva es nuestra.

³³ “La teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una *hipótesis* básica. Partiendo del *supuesto* de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado” (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2000, p. 106). Con lo anterior se ve el teoricismos kelseniano (nada de realismo), y la mencionada autoproducción del derecho (que nace de una supuesta norma fundamental), puramente racional y no relacionada con la naturaleza.

³⁴ “Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es, a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico” (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2000, p. 81). Acerca de esta ruptura entre el ser y deber ser, invitamos a mirar dos posiciones críticas en los siguientes escritos: 1) El Discurso de Benedicto XVI al Bundestag, el 22 de septiembre de 2011 (se halla en Internet); y 2) el artículo intitulado Llamado de la naturaleza, Juan Guillermo Durán (Durán Mantilla, 2011).

de su Teoría pura del derecho al distinguir “el principio de causalidad”, propio de las ciencias de la naturaleza, del “principio de imputación”, propio del derecho (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2000, pp. 14 y ss).

Kelsen dejó, así, a la posteridad teórico-iuspositivista la impronta o huella del *formalismo jurídico*: la norma jurídica, por ser norma producida por el Estado, es derecho (no la ley, la cual es solo una parte de la norma), pero, a su vez, el derecho no tiene, para este autor, que tener ninguna vinculación ni con la filosofía, ni con la biología, ni con la teología, si es que aspira a ser “puro”, es decir, a ser “ciencia”³⁵.

Uno de los aportes más grandes de la Teoría pura del derecho, y de otras obras de Kelsen, fue el análisis precisamente de la norma jurídica; digamos brevemente algo de ella.

Ésta tiene una estructura “sistemática” (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2000, p. 34) y jerárquica (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2000, p. 104 y ss); y concretamente la ley, está compuesta de un “supuesto de hecho” y de una “consecuencia sancionatoria” (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2000, p. 54). Ahora bien, cuando a Kelsen se le cuestionó “de dónde nació” el supuesto de hecho que conducía a una sanción jurídica, Hermann Kleener lo tildó de “vacío”, dado que Kelsen no tenía otra respuesta que decir que provenía de la misma norma (ya dijimos que para Kelsen el derecho se autogeneraba a partir de la norma fundamental); ante esta pregunta, Kelsen no tuvo otra salida que reconocer que en el derecho existe un algo fontal más profundo, algo de derecho natural, de metafísica, aunque su postura de la norma fundamental (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2000, p. 106), expuesta en la Teoría pura, era ya una semilla de esta aceptación de un algo del derecho natural; de esa manera Kelsen, al reconocer esa raíz, se convirtió en un iuspositivista “moderado”; era, así, otro Kelsen menos extremo³⁶.

³⁵ Expresamente al comienzo de su Teoría dice: “Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y de la teología...” (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2000, p. 1).

³⁶ Arthur Kaufmann a este respecto dice: “‘Con el postulado de un orden razonable, es decir, no contradictorio, sobrepasa ya la ciencia jurídica los límites del puro positivismo. Pero la renuncia a ese postulado sería al mismo tiempo su disolución’. Se trata del mínimo de metafísica (derecho natural), sin el cual ‘no es posible un conocimiento del derecho’. Finalmente, es entonces el deber ser (Sollen) en Kelsen una categoría ética” (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, pp. 53-54).

Este formalismo kelseniano influyó poderosamente en el derecho *colombiano* durante medio siglo, y desde luego en los estudios del mismo; todo se basaba en el estudio literal de la norma pues ella era el derecho. Ahora bien, debe decirse que antes de Kelsen, en Colombia, ya existía por obra de la codificación francesa, del conceptualismo, e incluso de lo que Diego Eduardo López denomina el neoclasicismo (una mezcla de la codificación con un Kelsen transmutado), un cierto iuspositivismo aunque más moderado que el de Kelsen, en la medida en que, frente a las lagunas legales, existía la posibilidad al menos teórica³⁷, de recurrir al derecho natural, a los principios generales del derecho, y a la equidad.

Con los excesos sin cuento del nacional socialismo de Hitler, el iuspositivismo y concretamente el kelseniano³⁸, cayó en desgracia en Alemania y vendría un renacer del iusnaturalismo.

Sin embargo, éste fue duramente atacado por brotes nuevos de iuspositivismo en la misma Alemana: Evers y Luhmann, para quienes el derecho nada tiene que ver con lo justo (herencia del derecho natural), y sí tiene relación sólo con la seguridad jurídica (Evers), o con la reducción de complejidad social (Luhmann) (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, p. 80).

La posición de Evers, por cierto, se centraba en un *valor*: la “seguridad” del derecho (desde luego sacrificando la justicia como típica herencia del primer Kelsen); dicha seguridad ha sido destacada desde hace tiempo precisamente como valor jurídico; desde luego es necesario reconocerla puesto que el derecho no puede ser inconcluso, debe tener órganos de cierre de los procesos judiciales. No obstante, consideramos que la seguridad o la protección jurídica no son los máximos valores del derecho, la justicia siempre deberá presidir la escala de la axiología jurídica o al menos ocupar un puesto más relevante que la seguridad; de lo contrario el derecho se convierte en presa probable de intereses dominantes o de las autocracias

³⁷ Diego López dice que, sin embargo, la presencia del derecho natural en esta época prekelseniana fue muy *modesta*: “(...) en el esfuerzo concreto de los tratadistas por explicar el Código Civil, la importancia del derecho natural fue increíblemente insignificante” (López Medina, *Teoría impura del derecho*, 2013, p. 216). La letra cursiva es nuestra.

³⁸ Debemos recordar no obstante que Kelsen fue víctima del nacionalsocialismo hitleriano que lo obligó a emigrar a Estados Unidos.

para las que el valor de la seguridad y la protección jurídicas han sido tradicionalmente su estandarte.

Luhmann a su turno también sacrifica la justicia –el marco del derecho desde Aristóteles– en aras de reducir complejidad social; la complejidad desde luego es un valor en estos tiempos de pluralismo político y jurídico, pero puede llevar a un relativismo extremo que haga perder el mínimo de cohesión de la sociedad; lo justo debe, por el contrario, prevalecer a costa de muchos sacrificios; la reducción de la complejidad socio–jurídica puede conducir a un mero facilismo moral y jurídico que evapore los valores sociales; ahora bien, a nuestro parecer, si la reducción de la complejidad implica convivencia justa... pues bienvenida.

De esta manera, los valores jurídicos de Evers y Luhmann terminan también siendo una nueva puerta de contacto con la tercera vía iusfilosófica desde estas posturas iuspositivistas; y es que las líneas fronterizas radicales entre el derecho natural y el iuspositivismo se han ido evaporando. Tengamos en cuenta lo anterior para ir empalmando con dicha tercera vía pues el punto atinente a los valores se ha convertido en ósculo entre ambas escuelas tradicionalmente enfrentadas.

No obstante lo sucedido lastimosamente en la Alemania nazi por obra, en alguna medida, del iuspositivismo de Kelsen, aunque éste no lo quisiera, en Colombia éste se fue abriendo paso fuertemente con adaptaciones axiológicas³⁹ con autores como Cayetano Betancur, Abel Naranjo Villegas y Rafael Carrillo (Mejía Quintana O. E., 2011, p. 123).

La pregunta que nos podríamos hacer ahora es: *¿Qué significa hoy en día la norma jurídica tanto en sí misma considerada como para la gente en una democracia?*; también podría formularse esto último así: *¿cómo entusiasmo, o qué le dice la norma a las personas de carne y hueso hoy?*

Es notorio que el peso de la ley en sí misma ha rebajado y la jurisprudencia por el contrario ha adquirido por obra de los tribunales constitucionales actuales un peso igual o mayor a la ley del Legislador institucional (López Medina, *Teoría impura del derecho*, 2013, p. 399 y ss). Esto tiene que ver no sólo por el crédito de las constituciones políticas sino también por el

³⁹ La expresión “axiología”, lo decimos aquí debido al desconocimiento que se tiene respecto a este término usual aun en el mundo de la filosofía del derecho, significa tratado de los valores.

descrédito del Parlamento o de los parlamentos en general, cosa muy visible en Colombia.

El derecho–norma kelseniano o *formalismo jurídico* se encuentra en crisis⁴⁰; la época de Kelsen, de mediados del siglo XX, se puede afirmar que colapsó en gran medida; y si se acepta que Kelsen terminó reconociendo que la norma tenía detrás una “ideología” (como acabamos de decir, en cierta medida, aunque mínima, de carácter naturalista), y que las ideologías en general a su turno también ha disminuido en intensidad por la caída de las mismas, especialmente del comunismo soviético y sus satélites... ¿qué queda de la norma hoy? ¿No es una norma nuevamente vacía de contenido?

Y... ¿qué le dicen a la gente las normas jurídicas?

Se sabe también que hoy existe una hiperlegislación (y también ya una hiperjurisprudencia). Se puede decir ante tales inflaciones que no se sabe a qué norma atenerse; basta mirar las *bases de datos* normativas en el ciberespacio: todos los días hay normas legales y jurisprudenciales; todo cambia normativamente a velocidades vertiginosas; no se sabe a qué atenerse; la norma, hecha para brindar seguridad, se transformó en factor de inseguridad ciudadana debido a esa elefantiasis normativa; y si los abogados no saben qué puede pasar en dicha materia, es decir, no saben qué norma está vigente ... ¿qué puede suponerse que suceda en la mente de las personas de la calle?⁴¹.

Hablando de la gente de la calle, cómo no traer a cuento un episodio lleno de significado resaltado por la prensa: un individuo sacó a relucir luego de violar una norma de tránsito y ser capturado por la policía, que ésta no sabía con quién se metía: “usted no sabe quién soy yo”, dijo Nicolás Gaviria el protagonista de esta historia; el suceso, estudiado por expertos (Larraz, 2015), muestra a las claras que la ley también, aparte de estar desacreditada por ser una maraña de mandatos y regulaciones, y por producirla una

⁴⁰ Para los tiempos postkelsenianos, en general, López dice: “La filosofía del derecho representaba, por tanto el rótulo disciplinario de una revuelta *antiformalista y humanista* esperada en la región”. La letra cursiva es nuestra (López Medina, *Teoría impura del derecho*, 2013, p. 6).

⁴¹ Autores como Calamandrei en la década de los cincuenta del siglo XX habló de la “muerte del derecho” precisamente como consecuencia de la hiperinflación legislativa; otro tanto sostuvo el jurista español Alvaro D’Ors.

institución igualmente desacreditada, es tratada por gente oligárquica a su antojo. Así las cosas, la norma está en una crisis sinigual.

La norma jurídica desde luego es, a nuestro juicio, necesaria –tanto en su figura de ley propiamente dicha como en su expresión jurisprudencial–, para la consecución del orden jurídico en una comunidad política; ella es sinónimo de control social, de seguridad, de tranquilidad ciudadana, de cohesión de una nación, de sanciones saludables e inevitables dada la condición humana; las normas han existido siempre y no se vislumbra que puedan ser eliminadas del todo para siempre, pues como dice el adagio latino, *ubi societas ibi ius*, donde hay sociedad hay derecho. Pero ante el panorama expresado, hace falta una remoralización de quienes producen el derecho en el nivel legislativo, así como una pedagogía civil de la ley y de la jurisprudencia; es tarea urgente.

De otra parte, en los tiempos actuales, la norma no es, por fortuna ante los descréditos anotados, el todo del derecho, sino que existen en una democracia *normas excepcionales contra la misma norma promulgada* por el legislativo, aunque reconocidas por éste o consagradas por la jurisprudencia, llamadas *normas de objeción de conciencia*. De ese modo, la norma se ha abierto paso, podríamos decir, contra ella misma; pero esto no debe escandalizar; es propio de una sana democracia y de un derecho justo, unidos en equilibrada relación.

Por eso, además de lo dicho atinente a la crisis normativa en sí, podríamos mencionar que hoy asistimos a un “positivismo jurídico moderado” (Durán Mantilla, *La hermenéutica judicial en la Constitución Política de 1991*, julio-diciembre de 2012), dado que, por ejemplo en Colombia, en el art. 230 de la C.P. se consagra el imperio de la ley como referente principal para las decisiones judiciales⁴², pero dejando a las claras allí que ella no es autosuficiente, sino que es menester en muchos casos, dada la complejidad de la realidad que compone en su base al mundo jurídico, recurrir a “criterios auxiliares” de la ley como son –así lo dice expresamente la mencionada norma constitucional– la jurisprudencia, la equidad, la doctrina y los principios generales del derecho.

⁴² Que los jueces solo están sometidos al imperio de la ley significa ante todo la independencia de los jueces respecto a cualquier interés ajeno a la justicia.

Hoy vemos, así, una especie de fusión entre el iuspositivismo y el realismo jurídico: equidad, doctrina, principios generales del derecho (herencia del realismo jurídico), y ley (herencia del iuspositivismo), se encuentran “jugando un mismo partido”, conjuntamente, en las decisiones de los jueces. Y eso es, de nuevo, tercera vía iusfilosófica, vía que busca una conciliación entre las escuelas del derecho natural y positivista.

Pero no obstante los puntos de contactos anotados, el hombre en sí mismo considerado no aparece en ningún momento de manera explícita en el iuspositivismo; éste sí está presente en la escuela del derecho natural como su centro, fuente y fin. He ahí una diferencia grande entre ambas escuelas fundadoras del derecho que las muestran en principio como inconciliables y lejanas.

Así como el iusnaturalismo relegó el estudio de la norma positiva –que sí desarrolló el iuspositivismo–, éste relegó a la persona humana en sí misma considerada. Es la crítica que hacemos a ambas escuelas; *por eso, habrá que esperar a que representantes de la tercera vía iusfilosófica, como Arthur Kaufmann, diga que la falla del procesalismo contractualista (iuspositivismo) es el olvido de la persona, tras de la cual hay que ir en su rescate; dice Kaufmann: “Nuestras meditaciones se han aguzado para la pregunta decisiva: ¿cuál es en adelante el objeto, el tema, del discurso de la justicia? Conforme a todo lo dicho hasta aquí, este objeto (en ningún caso entendiéndolo sustancial) no puede encontrarse ni completamente fuera del proceso de creación jurídica ni enteramente en él, pues de otra manera habríamos caído otra vez en la ontología sustancial o en el funcionalismo. Necesitamos un fenómeno que es al mismo tiempo ontológico y procesal. Lo que se busca solo puede ser el hombre, pero no el hombre puramente empírico, ni tampoco meramente como noumeno, sino el hombre como persona, es decir, como el conjunto de relaciones en que se encuentra el hombre con los otros hombres o con las cosas”* (Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, 1998, p. 67).

Y más adelante el mismo Kaufmann lo reitera así: “La idea de toda filosofía del derecho de contenido puede ser solo la idea del hombre, y por eso solo en el hombre en su totalidad puede fundarse siempre la verdadera racionalidad del derecho” (Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, 1998, p. 71); lo subraya otra vez en la misma obra con las siguientes palabras: “La filosofía del derecho de la época posmoderna debe estar determinada

por la preocupación por el derecho y esto significa: la preocupación por el hombre; aún más: la preocupación por la vida en general en todas sus formas” (Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, 1998, p. 72). Y por cierto, así como el siglo XX en su primera mitad se olvidó cruelmente del hombre, la brega que debe darse hoy es por la defensa del medio ambiente, de la vida, a que se acaba de referir el autor mencionado.

¿Cómo no habría de ser así en la segunda mitad del siglo XX, siglo atravesado en sus primeros cincuenta años por la negación sistemática del hombre por obra de los colectivismos soviético y de los satélites del mismo, del fascismo, del nazismo, y de dos guerras mundiales⁴³, todo en aras del sistema político respectivo que se defendía a toda costa idolátricamente en sacrificio del hombre, ante los cuales se levantaría la voz del mencionado Kaufmann, del existencialismo filosófico⁴⁴, y del personalismo⁴⁵?

⁴³ La primera guerra mundial (1914-1918), producto de las rivalidades entre las grandes potencias europeas (Francia, Gran Bretaña, Alemania y la Rusia zarista), costó aproximadamente 20 millones de muertos. La colectivización del agro soviético adelantada por Stalin, según algunos cálculos cobró la vida de 40 millones de seres humanos. El nacionalsocialismo de Hitler sacrificó en los campos de concentración más de 6 millones de judíos, gitanos y enemigos políticos del Régimen. La segunda conflagración mundial (1939-1945) produjo la muerte en los campos de batalla de más de 40 millones de personas.

⁴⁴ Del existencialismo hablaremos en el capítulo siguiente al cual remitimos.

⁴⁵ Para conocer más del personalismo remitimos a Emmanuel Mounier, filósofo francés nacido en 1905 y fallecido en 1950 con su célebre obra “El personalismo”.

CAPÍTULO IV

TERCERA VÍA IUSFILOSÓFICA

La cronología/historia que se ha traído hasta aquí es la de la filosofía del derecho realista, primero, y iuspositivista, después, porque ese es el orden de su aparición en el tiempo; ahora comienza a exponerse la llamada tercera vía iusfilosófica, sucesora de las dos anteriores en cuanto tomando aportes de ellas y haciendo contribuciones propias. La tercera vía es “el tema” de la iusfilosofía contemporánea (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, p. 93). Es por decirlo así la escuela en la que estamos hoy en día moviéndonos.

Las tres corrientes anotadas se corresponden con la historia de la filosofía general: el *realismo*, el *idealismo*, y, según veremos a continuación, el *existencialismo*; historiadores de la filosofía concuerdan en que las tres han sido los grandes hitos de la historia de la filosofía.

Veamos sumariamente el *existencialismo filosófico*, fundamento de la tercera vía iusfilosófica; es el fruto reactivo frente al racionalismo del siglo XIX el cual llegó a su máxima expresión con Hegel; en efecto, éste sostuvo que la “razón universal”, la “idea absoluta”⁴⁶, se encarna, después del proceso histórico-dialéctico –en tiempos suyos (los de Hegel)–, en el Estado prusiano; frente a dicha afirmación, Soren Kierkegaard, filósofo danés contemporáneo a Hegel, dijo que la persona humana corría el riesgo de desaparecer ante el nuevo Leviatán del Estado moderno; he ahí el origen del existencialismo: afirmar que la persona humana es anterior y primero que el Estado; pero además, y esto es de suma importancia, Kierkegaard no niega la razón humana como componente esencial del hombre y de la filosofía –como tampoco niega al Estado–, pero empieza a insistir en la importancia de la persona humana en su integridad, es decir, en su ser y en su existencia. Precisamente por subrayar esto último es por lo que tomó el nombre de existencialismo. Pero se debe tener cuidado en que el

⁴⁶ Parece que fue Engels quien con humor sostuvo respecto a la “idea absoluta” de Hegel diciendo que éste no pudo explicar absolutamente nada de ella.

existencialismo, el de Kierkegaard y otros de esa línea, no se quedaron en la sola existencia sino que también aceptaron al esencia, en relación la una con la otra, aunque subrayando la existencialidad.

Hasta ese momento la concepción acerca de la persona humana tenía un desarrollo que podríamos llamar normal; pero a partir del existencialismo el estudio de la persona se aceleró; fue embrionario en Grecia aunque ya hay indicios de su valoración: “El hombre es la medida de todas las cosas”, decía Protágoras; la virtud es la cualidad que define y engrandece al hombre (vgr. Aristóteles); después, con el cristianismo se produjo un avance como nunca antes al fundar la dignidad del hombre en su semejanza con Dios, ser alguien radicalmente comunicativo, y no estar su libertad determinada fatalmente como sostenían los griegos; en el medioevo cristiano la esclavitud dejó de existir (Gombrich, *Breve historia del mundo*, 1999, p. 157); en la Modernidad se habían producido momentos estelares de la persona con las declaraciones liberales democráticas sobre los derechos de la persona humana y del ciudadano; pero, llegado el existencialismo, el énfasis en la persona adquiere un relieve especial en la filosofía (Mounier, 2001, pp. 25 y ss).

Debido al reduccionismo del hombre a la sola razón encarnada en el Estado según Hegel, puede decirse que rebrotaba la necesidad de defender a la persona ante la amenaza que se cernía sobre ella como consecuencia del totalitarismo de aquél.

Desde luego la valoración del hombre, poco antes de Kierkegaard, ya había empezado a brotar en pequeñas semillas; así, David Hume, había subrayado la importancia de las “vivencias” humanas; decía Hume que el hombre se compone de vivencias de todo tipo, racionales e irracionales; en ello se observa un antecedente de Kierkegaard; sin embargo, Hume habría de ser opacado en buena medida por el racionalismo radical imperante en su época, motivo por el que habrá que esperar a Kierkegaard para que las vivencias existencialistas adquirieran relieve; por obra de muchas circunstancias que no podemos atender acá, con Kierkegaard esa valoración personalista sí despegó a diferencia de lo que aconteció con Hume.

El existencialismo subraya a la persona entera en todas sus características como cuerpo y como espíritu, pero realza aspectos que anteriormente no habían sido suficientemente valorados: la vida, la pasión, el arte, la poesía, el sinsentido (como lo expresara tiempo antes Pascal: el corazón tiene razones que la razón no entiende), la angustia, la muerte, en fin, lo que se ha llamado

precisamente la existencia (la partícula “ex”, significa lo otro distinto a la esencia), aunque junto con ella en el existencialismo kierkegaardiano; en ese “ex” entra, entonces, un cúmulo de realidades humanas igualmente valiosas y constitutivas del hombre, al lado de la razón.

El existencialismo habría de tomar en la historia posterior dos rumbos: el *trascendente*, el que acepta el ser metafísico, la realidad divina, el enigma, el misterio; y el *inmanente*, reducido a lo terrenal, cerrado a la dimensión religiosa y trascendente. Representantes del primero son autores el mismo Kierkegaard, Gabriel Marcel, José Ortega y Gasset, y Martin Heidegger, entre otros; y en el segundo derrotero seguido por el existencialismo –el inmanentista– sobresale Jean Paul Sartre.

En el campo del derecho, el paralelo del existencialismo filosófico es la denominada *tercera vía*, inaugurada por Gustav Radbruch en el siglo XX; a éste se le debe el valor humano e intelectual de haber acabado con una historia de pugna entre la escuela del derecho natural y el iuspositivismo; fue, por llamarlo de alguna manera, el sintetizador de una dialéctica conceptual de siglos en el campo del derecho; fue quien acercó ambas corrientes hasta dónde era posible y eso es, precisamente, tercera vía iusfilosófica.

Esta corriente iusfilosófica –“sistema” jurídico en cuanto se afina en una filosofía general, el existencialismo– tomó cuerpo con el paso del tiempo por la apertura de ilustres iuspositivistas hacia el derecho natural, como Hart y Bobbio, entre otros, quienes terminaron reconociendo –en su momento Kelsen también lo hizo–, un “algo” de derecho natural en el derecho positivo⁴⁷.

⁴⁷ Dice Beuchot de Hart: “Esto nos hace ver que el positivismo de Hart no es completo... Concede más vínculos que éste al derecho con la moral y al derecho positivo con el derecho natural... Más aún, da una carga mínima al derecho natural, diciendo que podría aceptar un derecho natural que es muy básico: el de los hombres a una igual libertad. Pero ya se trata de un iuspositivismo muy matizado y no tan enemigo del derecho natural y de la moral como el de poco antes”. Y dice de Bobbio: “Bobbio muestra un iuspositivismo cada vez más moderado, de modo que, como él mismo lo dice, puede aceptar el iusnaturalismo en algunos aspectos; o, si se prefiere, es positivista en ciertos aspectos y iusnaturalista en otros. Así mismo, redujo cada vez más la separación entre el derecho y la moral, hasta abarcar elementos axiológicos o de valores morales en el orden jurídico, los cuales son suprapositivos” (Beuchot, 2006, pp. 90-94).

Con la tercera vía se puede afirmar que no importará tanto la procedencia o fuente primera del derecho –la causa última como se dice en términos filosóficos–, esto es, la naturaleza humana según el derecho natural, o la norma según el iuspositivismo, sino ante todo el derecho vivo, real, aplicado, y no tanto el prevalentemente metafísico, por una parte (escuela del derecho natural), o el puramente legal (iuspositivismo), por otra. Era lógico porque insistir en esos polos de manera enfática era mantener el conflicto entre las dos escuelas precedentes. Esta centralidad del derecho vivo, por el contrario, será entonces característica relativamente nueva y propia de la tercera vía.

En el sentido anterior, la tercera vía iusfilosófica la podríamos retratar en una frase de Alvaro D’Ors: “Derecho es lo que aprueban los jueces” (D’Ors, 1973, p. 45). También se puede ver ese derecho vivo en una idea de Alf Ross: importa más el derecho real que el de los códigos que es un derecho congelado.

Este *derecho vivo* se ha denominado tercera vía iusfilosófica en expresión usada por Arthur Kaufmann (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, p. 93 y ss) pretendiendo aunar las dos concepciones anteriores a ella: el derecho natural, y, el iuspositivismo en algunos aspectos que se verán en seguida.

Del derecho natural, la tercera vía iusfilosófica toma el eterno concepto de *justicia*, y toma también el de *persona humana* como fuente del derecho aunque ante todo en su dimensión existencial, es decir, aquí y ahora, en el tiempo y el espacio, más que como ente puramente sustancial y separado del proceso contractual racionalista y positivista (Kafmann, 1998, p. 67 y ss); en términos modernos es la defensa de los derechos humanos; no se toma cada uno en absoluto sino ponderadamente, tomándolos “en familia”, en equilibrio armónico; si hay algo “absoluto” es ese tomar los derechos humanos en relación unos con otros; por ejemplo, el derecho a la libre expresión no ilimitadamente sino relacionándolo con la honra, buen nombre y buena fama de los demás. Eso es un derecho vivo, en movimiento.

Y del iuspositivismo toma la *norma jurídica y su importancia social*, es decir, su eficacia en la sociedad, *el Estado*, y la *economía* como motores materiales del derecho. Sociedad, Estado y Economía son realidades en movimiento, también son vida. No son entes estáticos. Tampoco se toma un solo polo de manera absoluta sino todos ellos en equilibrio armónico; si se tomase un polo en absoluto, por ejemplo el Estado, se caería en un totalitarismo de éste.

De otra parte, la tercera vía iusfilosófica define el derecho no tanto desde el punto de vista *perfecto* o *puramente conceptual en sentido positivo* –vgr. diciendo que el derecho es el objeto de la justicia–, sino definiéndolo como aquello *que no es evidentemente injusto*; es una definición negativa del derecho, esto es, afirma que no es derecho lo notoriamente injusto. Ello sería más fácil de captar para cualquiera persona; algo así como dice apenas en su comienzo el segundo Capítulo del Quijote cuando Cervantes afirma que este salió a desfacer agravios y enderezar entuertos. Es lo que le sucede a un niño, que cuando le quitan algo injustamente revira, pero ese infante, en cambio, no sería capaz de construir un concepto exacto del derecho.

Podríamos agregar a las anteriores pinceladas de la tercera vía iusfilosófica diciendo que esta es la iusteoría más actual en algunos sentidos porque la iusteoría actual ya no es enteramente formalista, conceptualista, neoclásica –iuspositivista a ultranza se puede decir–, sino una iusteoría que va más allá del formalismo con el que nació y se desarrolló en un buen tramo de su historia (aproximadamente un siglo), y se ha tornado hoy antiformalista, esto es, que acepta como fuente del derecho a la jurisprudencia y a los principios generales del derecho con carácter vinculante, y acepta una búsqueda de la justicia material más allá de un mero programa ideal de justicia.

Para tratar de sustentar lo último que se está diciendo, es decir, que la tercera vía iusfilosófica y que la iusteoría más reciente se han encontrado e incluso fusionado hoy, leamos las siguientes palabras de Diego López Medina hablando de la Corte Constitucional colombiana:

“Para la Corte Constitucional, con el respaldo de alguna TTD (Teoría trasnacional del derecho) contemporánea, gran parte de los contenidos iusteóricos neoclásicos debían ser revaluados de manera dramática: para la Corte, en contra del credo clásico, el derecho estaba lleno de principios y estos principios podían, y a menudo debían, derrotar o limitar las reglas legisladas; para la misma Corte la tarea de proveer decisiones morales o políticas justificables en el proceso jurídico era más importante que la simple toma de decisiones regularizada y completamente predecible; se prefería siempre alcanzar resultados sustantivos que fueran justos y equitativos por encima de sutilezas o minucias procesales; la ‘justicia’ como concepto tenía un significado jurídico específico y resultaba más importante que la mera legalidad, aunque esta última fuera aún un ideal deseable del sistema jurídico; los jueces en suma, podían hacer uso frecuente

de principios, interpretar y derrotar reglas, todo ello con el objetivo de alcanzar justicia material por medio de decisiones que ahora aspiran a tener fuerza cuasi-precedencial; y, bajo todo este cambio jurídico y teórico, estaba la idea de que la Constitución brindaba principios generales, pero directamente justiciables, que eran aplicables tanto al litigio común como al constitucional” (López Medina, *Teoría impura del derecho*, 2013, p. 412).

Nótese que el lenguaje bien podría utilizarlo un filósofo del derecho de la tercera vía; allí no se observa una distinción nítida entre la iusfilosofía y la iusteoría. Es una filosofía del derecho iusteorizada o una iusteoría filosofada.

En Colombia esta postura se corresponde con la época que el mismo Diego López denomina de la “Constitucionalización y judicialización del derecho”, proveniente de la expedición de la Constitución Política de 1991. En efecto, dicha Constitución se caracteriza por ser una carta de los derechos humanos como núcleo esencial de ella, derechos humanos que a nuestro juicio son la herencia del derecho natural moderno, pero teniendo en cuenta que tales derechos humanos por su carácter amplio y por tanto interpretable, quedan a cargo de los jueces constitucionales de más alto rango, y que precisamente los interpretan bajo el prisma de la ponderación de que hablamos atrás. De esa manera el viejo derecho natural se ha revitalizado, podríamos decir, a través de estas nuevas corrientes del derecho que podemos enmarcarlas dentro de la tercera vía iusfilosófica la cual los interpreta según los tiempos actuales pero sin negarlos.

Hasta entonces, 1991, imperó en Colombia el iuspositivismo moderado proveniente en primer término de la codificación francesa, y después de uno de cuño kelseniano pasando por autores que trataron de morigerarlo con elementos neotomistas o axiológicos, como Cayetano Betancur y Abel Naranjo Villegas (Mejía Quintana O. E., 2011, p. 122), o incluso abriéndose a un Kelsen hasta ese momento inexplorado ya que se investigaba al autor de la Teoría pura del derecho que trataba los casos indeterminados, como sucedió con Luis Eduardo Nieto Arteta en Colombia (López Medina, *Teoría impura del derecho*, 2013, pp. 417 y ss). *Ese iuspositivismo moderado consideramos nosotros fue semilla remota en nuestro derecho para que más tarde se abriera paso la llamada tercera vía.*

La Constitución de 1991 inicia, decíamos, un giro respecto de las grandes concepciones del derecho en Colombia hasta entonces imperantes.

Pasemos a resumir los *lineamientos estructurales* de la tercera vía; son, según Arthur Kaufmann, los siguientes (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, p. 93):

- a) Entre derecho natural y iuspositivismo *no hay una separación total y excluyente*; existen por el contrario puntos de confluencia con los cuales el derecho en general se puede enriquecer.
- b) El derecho según la tercera vía, más que en su sentido perfecto o positivo, esto es, lo que el derecho “es”, puede conocerse y definirse por vía negativa, es decir, de lo que “no es” derecho: no es derecho *lo evidentemente injusto*. El derecho en caso de injusticia evidente es inválido.
- c) La tercera vía sirve, ante todo, aunque no exclusivamente pues algunas de sus teorías están previstas para el contrato social en general, para ser aplicada *en cada caso*, lo que equivale a decir que es un insumo privilegiado para los jueces cuando estos sentencian; se trata por tanto de una *concepción viva del derecho*, más que teórica (no olvidemos que la matriz filosófica de la tercera vía es el existencialismo el cual enfatiza en la vida humana).

Veamos ahora las *teorías de la tercera vía iusfilosófica*; hemos escogido, un tanto arbitrariamente –como toda clasificación–, 11 teorías.

De no entrar a estudiar esas teorías, la tercera vía iusfilosófica quedaría quizá como una simple reproducción en el tiempo presente de la escuela del derecho natural que, como se vio en su momento, es dual, como ella, es decir, que acepta al derecho tanto en su dimensión natural como en su dimensión positiva; pero la tercera vía tiene de esto –dualidad– pero va más allá a través de sus teorías revitalizadoras.

Indiquemos antes de entrar a ver dichas teorías que la mayor parte de ellas están tratadas por Arthur Kaufmann en su obra *Filosofía del derecho*⁴⁸; empero, con base en sus líneas generales, hemos ido recogiendo aquellas que han ido surgiendo después y que mantienen esas líneas vertebrales: Alexi, Sen, Sandel, Diego López Medina.

⁴⁸ Nos basamos en la edición del Externado de Colombia, Bogotá, reimpresión de la segunda edición, 2002, especialmente en sus capítulos IV y XVIII. También se puede ver la obra del mismo Kaufmann intitulada *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Temis, Bogotá, 1998, en sus capítulos III a V, y el Epílogo.

1. TEORÍA DE LOS VALORES JURÍDICOS RELATIVOS

Su exponente, Gustav Radbruch, concibió el derecho como la combinación de la norma jurídica con la justicia como fin de aquélla, centrado en el hombre histórico (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, pp. 94 y ss); ello implicaba tomar distancia respecto del *formalismo jurídico* hegeliano, así como de la *teoría general del derecho* –también formalista–, imperantes en ese momento histórico, volviendo por el contrario la mirada a una *filosofía material del derecho*.

Con lo dicho, la tercera vía no parece distinguible de manera nítida del derecho natural clásico; sin embargo no es exacto a tal derecho ya que aporta al mundo iusfilosófico el que dicha justicia se compone de “valores” personales, suprapersonales y transpersonales que pueden iluminar el criterio del juez a la hora de fallar (es de notarse que para entonces la llamada *filosofía de los valores* ya había cuajado en buena medida, desde su creador, Alexander Lotze, en el s. XIX, pasando por filósofos como Scheller y Ortega y Gasset, entre otros, y sobre todo bajo la influencia del “principio teórico valorativo” de Emil Lask, de un alto contenido ético).

¿Qué llevó a Radbruch a subrayar los valores como componentes de la justicia? Todo indica que fue una circunstancia histórica: los abusos del nacionalsocialismo alemán de Adolf Hitler.

Esos valores, para Radbruch, no poseen jerarquía alguna, razón por la que son movibles, circunstanciales o relativos (¿no reaparece aquí la equidad aristotélica referida a la circunstancialidad más allá del rigor legal? Creemos que sí); pero dada esa variabilidad de los valores, sigue diciendo nuestro autor, aparece entonces la necesidad del derecho positivo, de la norma jurídica positiva, para darle *seguridad* final al derecho a la hora de sentenciar, como rasgo coesencial también del derecho junto con la justicia: de no ser así, el derecho quedaría al arbitrio de los valores de cada quien.

De otro lado debe advertirse como elemento clave del pensamiento de este autor, que lo que rescata del derecho natural basado en la naturaleza humana, no es un derecho sustancial abstracto, plenamente objetivo y verdadero, sino los derechos subjetivos de carne y hueso, aquí y ahora, anteriores al Estado e indisponibles por éste, con lo cual se garantizaba lo que el Estado nazi no custodiaba.

Por tal motivo, en últimas, Radbruch va más allá del derecho natural clásico y el de la primera Modernidad centrado en el mero contrato social, y del iuspositivismo formalista: inaugura, así, una nueva posición filosófica en el derecho, la tercera vía, con el rasgo característico de no concebir *absolutos* en el derecho sino *aproximaciones razonables* a él. Esta es una idea básica en la tercera vía que no podemos perder de vista: la de que en el derecho sólo hay aproximaciones razonables a la justicia, al más puro estilo de la justicia proporcional de Aristóteles.

En resumen, Radbruch tuvo el mérito de construir un “proceso de paz” entre el derecho natural clásico, el iusnaturalismo, y el iuspositivismo, hasta entonces imperantes, aportando su dosis valorativista; desde entonces la axiología jurídica⁴⁹ tiene en la filosofía del derecho una importancia capital –algo en lo que en esta obra hemos querido subrayar como identificador de iusfilosofía–; consecuencia de ello es, por ejemplo, que los valores del Preámbulo de la Constitución Política de 1991, en Colombia, y los que aporta la cultura amerindia, deben aparecer subrayados con mayor énfasis que hasta lo que aquí se ha dado, ante todo en las sentencias de los jueces constitucionales, y no dejarlos en una “vitrina de reliquias” en donde nada ni nadie tiene que ver con ellos.

2. TEORÍA DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

Con la teoría hermenéutica jurídica se busca sumar el ideal de la definición de verdad entendida como la adecuación de la inteligencia a la realidad (*veritas est adaequatio intellectus et rei*) –enseñanza central del realismo filosófico–, con una consideración imprescindible e inescindible del agente pensante racional (donde el sujeto pensante ejerce una influencia capital por obra del *cogito ergo sum*, pienso, luego soy, enseñanza central del racionalismo filosófico), acerca de la realidad; la inteligencia que busca aprehender la realidad es la inteligencia de un alguien concreto de carne y hueso en el tiempo y en el espacio, no un sujeto general y abstracto, sino un individuo que tiene el peso de su propia historia, mentalidad, inclinaciones, emocionalidad...

⁴⁹ Podríamos decir que la axiología es jurídica en la medida en que no se queda encerrada en los solos valores, comunes a otros saberes como la ética o la religión, sino que tales valores están vinculados a normas jurídicas positivas.

Tratándose del derecho concretamente debe tenerse en cuenta, tanto la ley positiva objetiva –sea de contenido natural o sea de forma iuspositivista–, la condición racional del sujeto que la interpreta (el juez), así como las circunstancias de quien es juzgado; de esa manera se abre paso a una valoración mayor de la jurisprudencia que es la que aterriza la ley general en cada caso particular.

Según lo anterior, se trata de hacer convivir la vieja concepción del derecho natural con la concepción racionalista/positivista. Ya no son dos concepciones por separado y en guerra sino complementarias que producen un “nuevo ser” de la ley positiva aplicada a cada caso concreto.

Es tanto como reclamar un equilibrio entre el objeto (la ley, con contenido material o meramente formal) y el sujeto (el juez así como la persona afectada por la ley positiva); o lo que es lo mismo, no se trata ni de objetivismo puro desencarnado y deshumanizado, ni de subjetivismo aséptico tampoco, lejano a la realidad circundante; en el primer caso se trataría de derecho natural pétreo o de legalismo rigorista, y en el segundo de ideologismo individualista. O, en palabras de un hermenéutico actual, se trata de situarse entre lo unívoco y lo equívoco buscando un espacio intermedio (Beuchot Puente, *Filosofía del derecho, hermenéutica y analogía*, 2006, p. 8); y para lograr ese equilibrio se requiere de *phrónesis* (prudencia), de epiqueya (equidad), que son virtudes que buscan la *analogía* cuando hay lagunas de la ley (Beuchot Puente, *Filosofía del derecho, hermenéutica y analogía*, 2006, pp. 8-9).

Para los hermenéuticos se trata, en primer lugar, de no caer ni en el objetivismo ni en el subjetivismo, tal como se dijo; se trata, sí, de una comprensión *al mismo tiempo* objetiva y subjetiva; en segundo lugar, se trata de no caer en el puro momento en que se vive sino de recurrir a la tradición, al lenguaje, y a los conocimientos comunes; en tercer término, debe recurrirse a un fuerte sentido de lo relacional, de lo plural, de la intersubjetividad, pues el derecho así lo exige; y en cuarto lugar debe recurrirse al texto mirando a la persona afectada por él (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, pp. 99-100).

Es una aspiración interpretativa sin duda difícil pero deseable y muy humana en pro de la justicia más plena posible sin que quepa el ilusionismo de una justicia perfecta en todos los casos; a este respecto podríamos recordar que para Aristóteles la justicia en la mayoría de los casos es solo

proporción, aproximación, y no exactitud siempre y en todos los casos (aunque para algunos eventos es posible dicha exactitud; pero dado que la ley presenta lagunas muchas veces, debe recurrirse entonces a la analogía aproximativa a la verdad).

3. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En un mundo complejo⁵⁰ y muchas veces rico de posturas de todo tipo como el de hoy –aunque no en todos los casos pues el mal no puede confundirse con el bien; es un principio ético elemental; siempre habrá una frontera necesaria entre los dos aunque sin caer en fanatismos y fundamentalismos; no cabe un relativismo acrítico sin más–, ya no cuenta uno solo, o unos pocos argumentos (por ejemplo la ley o la jurisprudencia), sino muchos más provenientes de distintas latitudes racionales e incluso emotivas. Es tanto como decir que el mundo ya no es *simple* –se podría decir incluso que no es normal– sino multiforme y radicalmente plural en muchos campos.

⁵⁰ Por *complejo* puede entenderse inter-relacionalidad; desde luego el mundo de hoy es, también, *complicado*, difícil de comprender; además, hoy se impone, de otra parte, la *especialización*, necesaria y apreciable, razón por la que existe la tendencia a quedarse con lo hiperdesarrollado de cada saber, el cual resulta más práctico, útil y funcional; ello parece innegable; pero, la complejidad, busca ir más allá de lo solo complicado y de lo solo especializado; busca una mirada integral a través del *diálogo de saberes*, sin negar la especialización, pues entonces lo complejo sería una invasión incompetente y dañina; pero, se repite, busca el diálogo desde miradas generales que den integralidad, humanidad completa; a este respecto podemos traer a colación las siguientes palabras de Edgar Morin: “La comprensión hacia los demás necesita la conciencia de la complejidad humana (...) no se debe reducir un ser a la mínima parte de sí mismo, ni al peor fragmento de su pasado (...). Las culturas deben aprender las unas de las otras y la orgullosa cultura occidental que se estableció como cultura enseñante debe también volverse una cultura que aprenda (...). Occidente también debe integrar en él las virtudes de las otras culturas con el fin de corregir el activismo, el pragmatismo, el cuantitativismo, el consumismo desenfrenado que se han desencadenado dentro y fuera de él. Pero también debe salvaguardar, regenerar y propagar lo mejor de su cultura que ha producido la democracia, los derechos humanos, la protección de la esfera privada del ciudadano (...). El planeta necesita comprensiones mutuas en todos los sentidos (...)” (Morin, *Los siete saberes para la educación del futuro*, 2001, pp. 105-109). *Desde luego, estas palabras de Morin sustentan también nuestra postura en este libro acerca de la necesaria valoración e inter-relación para con la sabiduría jurídica ancestral.*

La interpretación judicial se había basado en un primer momento histórico en el principio hermenéutico de que lo claro no necesita interpretación: *in claris non fit interpretatio*; podría decirse que ese era el criterio por excelencia de las escuelas iusfilosóficas tanto del derecho natural como del iuspositivismo: era clara la naturaleza humana, de una parte, y era clara la ley en el otro caso. Ello es válido en muchos casos, pero no en todos.

Federico Carlos de Savigny en el S. XIX dio a este primer argumento interpretativo del *in claris non fit interpretatio* un “revolcón”, una *apertura* notable (no se pierda de vista que el S. XIX fue un siglo muy rico de teorías y hechos): la hermenéutica jurídica argumentativa savignyana debe mirar cuatro aspectos más allá de la pura claridad del derecho natural, del iusnaturalismo, o del legalismo positivista; esos cuatro argumentos son: el texto literal/ gramatical; la génesis histórica de la norma o espíritu del legislador⁵¹; la lógica formal aristotélica; y la sistematicidad de las normas sujetas a interpretación. Hoy podríamos decir que no fue gran cosa este avance dado que nos hemos habituados a estas cuatro ópticas, pero para entonces, ante todo el criterio de la génesis histórica y del espíritu del legislador, lo fueron.

Ahora bien, superando la supuesta y anhelada claridad de la norma a interpretar –*in claris non fit interpretatio*–, así como la conjunción armónica del texto literal, su génesis, la lógica formal, y la sistematicidad savignyana, se desea pasar con esta nueva teoría de la argumentación a la consideración de que *hay más argumentos posibles*; así por ejemplo: el de la practicabilidad presupuestal (lo que en Colombia podría llamarse la “sostenibilidad fiscal”); o los argumentos propios de los sentimientos y creencias (lo que hoy puede

⁵¹ El espíritu del Legislador como criterio de interpretación resulta bastante complejo y quizá por eso mismo discutible; éste supone la revisión de documentos tales como la exposición de motivos, propuestas modificatorias, debates en las Cámaras, actas que los recogen -no siempre fidedignas-, comisiones de conciliación, comisiones gubernamentales proponentes de códigos o leyes, etc., de difícil acceso para el intérprete. De otra parte la evolución de la sociedad obliga a reinterpretar los textos legales más allá de la previsión del querer del Legislador originario, que por otra parte en las democracias modernas no es unipersonal, interviniendo en la confección de las leyes múltiples actores: los congresistas, sus asesores, los funcionarios del gobierno acompañados también de sus expertos, etc.; esto sin incluir la actividad de los “lobistas” que representan intereses corporativos y que influyen ante el gobierno y el Congreso en la producción legal.

llamarse la “objeción de conciencia”); o el argumento de la justicia más allá de la mera legalidad; o el de las consecuencias que deben preverse cuando se emite un fallo, etc.

Es una postura entonces de “textura abierta”, amplia, no cerrada, que supera y va más allá del derecho natural, del mero iusnaturalismo, y del radical iuspositivismo: existen, pues, muchos argumentos en los cuales basar una sentencia (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, p. 102). Así es hoy el derecho, el mundo de la argumentación, el mundo de las posibilidades racionales y emocionales pues el derecho no es un campo cerrado sino siempre dúctil a lo infinito siempre que sea razonable.

4. TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Más allá de los límites de la jurisprudencia, de las leyes, o de las mismas reglas de derecho (aun sabiéndose que respecto a estas existen muchos conceptos), la *teoría principialista* dice que el juez debe contar con más materiales para apoyar su sentencia; ellos son, en concreto, los principios generales del derecho, de clara raigambre romana jurisprudencialista y del derecho natural clásico.

En los casos difíciles o “hard cases” no bastan los insumos tradicionales (fuentes formales) de decisión judicial, sino que los principios generales del derecho (herencia del derecho natural) sirven para que el juez tenga a dónde recurrir para producir una sentencia lo más justa posible. Entre los representantes de esta postura conciliadora del derecho natural y del iuspositivismo, yendo más allá de ellos, encontramos ante todo a Ronald Dworkin, Neil MacCormick, Aleksander Peczenik, Carl Wellman, y Karl Larenz (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, pp. 105-109).

En el caso particular de Dworkin, éste parte de Herbert Hart, para quien el juez decide según su libre apreciación cuando la regla de derecho no es satisfactoria para decidir el litigio, considerándose tal apreciación como correcta; pero Dworkin dice que, además de la regla, y antes de sentenciar, el juez debe recurrir a los principios generales del derecho (justicia, imparcialidad –hasta ahí se podría decir que son insumos del derecho natural–, y Estado de derecho –concepto que para algunos viene de la Roma del derecho natural y para otros es de raigambre iuspositivista–), como nuevo insumo para fallar, y se toman como *vinculantes* (Kaufmann,

Filosofía del derecho, 2002, p. 107); de ese modo Dworkin va más lejos que Hart, al colocar un nuevo material de la decisión judicial: los principios. Es una nueva teoría más allá del puro positivismo hartiano –del primer Hart, pues como se vió, el segundo Hart tiene palabras de aproximación al derecho natural–, recurriendo a legados del derecho natural; por eso es tercera vía iusfilosófica.

Pero... ¿lo anterior quiere decir, según Dworkin, que el derecho sentenciado queda al azar de lo etéreo al echar mano de los principios generales? No, pues para él debe haber *una solución única*, segura, sólida, fuerte, aunque ello requiere de un esfuerzo hercúleo de su parte, o como dice el mismo Kaufmann, plausible; es lo que Dworkin ha llamado también, trasladándolo a este lugar de manera un tanto forzada, “tomarse el derecho en serio” (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, p. 108).

Ese recurrir a los principios generales del derecho lo ha reconocido la Constitución Política de Colombia de 1991, en su a. 230, al decir que ciertamente el juez está sujeto en primer lugar al imperio de la ley⁵², pero afirmando también que existen *criterios auxiliares* de interpretación judicial como la equidad, la doctrina, la jurisprudencia y, precisamente, los principios generales del derecho.

En suma, se trata de sumar o integrar la ley (herencia preclara del positivismo en cuanto mucho más desarrollada doctrinalmente que en épocas del derecho natural), la jurisprudencia, las reglas, con los principios generales del derecho, los cuales, por tratar de lo más universal del derecho (no simplemente de lo local del mismo como es una costumbre, una ley, o una jurisprudencia), esto es, las fuentes materiales, los valores, y los principios del derecho, son de procedencia de la escuela clásica del derecho natural; es por eso que podemos afirmar que la concepción de la tercera vía, y más concretamente esta teoría, tiene una clara cercanía con el derecho natural clásico.

5. TEORÍA O ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO

También se conoce como “Critical legal studies”. Tiene manifestaciones en Estados Unidos de Norteamérica y Europa, y también en Latinoamérica

⁵² Entendida ésta en sentido general, esto es, incluyendo la Constitución, y como principio de independencia judicial.

(vgr. Cárcova, Gargarella...). En E.U. se destaca Duncan Kennedy por su crítica a los derechos los cuales según este autor poseen un alto grado de retórica, ya que se utilizan al amañó de conservadores y liberales, en cualquier sentido valorativo/ético, incluso diametralmente opuesto, para justificar sus respectivas posiciones con evidente manipulación ideológica (Miljiker, julio 2006), cuando en realidad de verdad deberían ser algo mucho más objetivo, racional y reconstructivo (Miljiker E. M., julio de 2006). La postura de la “Critical” denota de otra parte, la cercanía con la crítica realista norteamericana al formalismo legal (Miljiker E. M., *Duncan Kennedy y la crítica a los derechos*, Julio de 2001).

Al criticar la ideologización del derecho, en realidad apunta sus baterías contra el positivismo jurídico y por tanto se aleja de él. Entonces... ¿se aproxima al derecho natural puro y simple? Creemos que sí.

No solo en Estados Unidos de Norteamérica sino en Europa también se encuentra la crítica al formalismo jurídico tradicional, buscando una emancipación respecto del mismo y realzando lo social, como se observa en un exponente de la “Critical” como es Robert Unger (Kaufmann, Filosofía del derecho, 2002, p. 110). En este sentido nos sentimos próximos a la Critical y así lo hemos escrito en otras oportunidades (Durán Mantilla, *Iusfilosofía con ventanas*, 2016, pp. 125 y ss).

De esta manera, esta Critical posee un alto valor socialista en tanto en cuanto aspira a un derecho que mire a los desposeídos.

En esta misma tónica de crítica, se puede ver a Cárcova, argentino, para quien el derecho tiene dificultades de comprensión, es opaco, por las diferentes concepciones que lo interfieren (el mismo título de su obra principal así lo muestra: *La opacidad del derecho*). ¿Podría pensarse que este autor busca una simplificación del derecho? Creemos que sí y ello nos satisface en la medida en que como dijimos en la Introducción de este trabajo la sintetización que buscamos tiende a lo mismo en medio de la maraña actual de posiciones. Y es que el derecho debe llegar a las gentes más que las gentes ser siervas, y pero aún, esclavas del cientificismo jurídico. Creemos que este es uno de los retos del derecho hoy.

Podría afirmarse en línea con lo dicho que la “Critical” parte de la bondad de la ley jurídica abstractamente considerada –aunque también es verdad que representantes de la Critical como Gargarella ha mostrado sus reparos a

las penas propias del derecho penal–, pero la ve insuficientemente aplicada cuando deja por fuera a muchas personas a las cuales no llega dicha ley debido a sectarismos ideológicos trasuntos en dicha ley: los pobres, los excluidos, los inmigrantes, las prostitutas..., en una palabra los vulnerables, que como dice el citado Gargarella, a ellos debería llegar la ley para cubrir sus derechos muchas veces desconocidos y razón por la cual obliga hacerse una construcción ética de los principios constitucionales, propia según algunos del iusnaturalismo racionalista kantiano (cfr. http://es.wikipedia.org/wiki/roberto_gargarella).

En resumen, la “Critical” se muestra en gran medida reacia al formalismo jurídico positivista, por una parte, y por otra, busca rescatar los derechos humanos para todos, dándose así un ir más allá del primero, sin desconocer el valor de la ley en sí, y acercándose al derecho natural moderno de los derechos humanos.

Pero, no sobra decir que quizá por ser una postura profundamente crítica de la insuficiencia legal/estatal, o del alcance de la justicia legal, pareciera también que no desea pertenecer a ninguna clasificación teórica actual –considerándose más que una teoría *una denuncia* (Cfr. María Eva Miljiker, *op. cit.*, p. 91)–; sin embargo, Arthur Kaufmann la incluye en la tercera vía iusfilosófica (cfr. A. Kaufmann, *op. cit.*, 2002, p. 110), y nosotros, también, siguiendo lo dicho en nuestra Introducción de que buscamos una panoramización de la filosofía del derecho que simplifique su comprensión.

6. TEORÍA DE LA JUSTICIA BASADA EN EL CONTRATO SOCIAL

Esta postura tiene como principal exponente a John Rawls, filósofo norteamericano neocontractualista por partir de los pactistas modernos (Hobbes, Locke, Rousseau, Kant); en tal sentido puede ubicarse como heredero del positivismo jurídico tal como vimos atrás al tratar del pacto social como origen histórico de aquél; pero, de otra parte, aporta, a nuestro juicio, elementos de derecho natural al hablar de la *posición original* y del *velo de ignorancia*, imaginarios y por tanto racionalistas⁵³, sobre los cuales

⁵³ Dice expresamente John Rawls: “Es claro entonces que la posición original es una situación puramente hipotética” (Rawls, 2012, p. 121), aunque al mismo tiempo respecto del velo de ignorancia dice que es “una condición tan natural que algo similar debió ocurrírsele a muchos” (Rawls, *Teoría de la justicia*, 2012, p. 135); en

se edifica el nuevo contrato social para los tiempos presentes (su obra es del año 1971) en búsqueda de la justicia⁵⁴.

La “original position” y el *velo de ignorancia* en Rawls están llamadas a favorecer la *igualdad* entre los hombres precisamente porque lleva a ignorar privilegios y ventajas desmesuradas: “*La intención de la posición original es establecer un procedimiento equitativo según el cual cualesquiera que sean los principios convenidos, éstos sean justos (...) De alguna manera tenemos que anular los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstancias naturales y sociales en su propio provecho. Ahora bien, para lograr esto supongo que las partes están situadas bajo un velo de ignorancia (...). Ante todo, nadie conoce su lugar en la sociedad, su posición o clase social; tampoco sabe cuál será su suerte en la distribución de talentos y capacidades naturales, su inteligencia y su fuerza, etc. Igualmente nadie conoce su concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología (...)*” (Rawls, *Teoría de la justicia*, 2012, p. 135).

¿Se puede dudar, según nuestro parecer, que la igualdad pretendida a su manera por Rawls sea un derecho humano pregonado por el derecho natural clásico y contemporáneo? Creemos que no, *acercándolo de ese modo a la tercera vía iusfilosófica en la medida en que conjuga el viejo positivismo contractualista con los derechos a la igualdad y a la libertad (derechos naturales)*.

Como se observa, además es una postura no tanto para la decisión del juez y sí para la *justicia distributiva del gobernante (de vieja raigambre aristotélica naturalista)*. En esto se ve un alejamiento respecto de la línea central que habíamos anotado de que la tercera vía da insumos para la decisión judicial, pero en todo caso se enmarca en la tercera vía iusfilosófica en cuanto se rescata, como se anotó, la línea de hermanar positivismo jurídico y derecho natural.

este último sentido puede pensarse que en Rawls existe una dosis al menos mínima de derecho natural combinada con iuspositivismo racionalista.

⁵⁴ Anotemos de modo muy simplificado que dos principios de justicia según Rawls son: 1.- cada persona tiene un derecho igual en un marco de libertades generales; 2.- las desigualdades son aceptadas si son ventajosas para todos y se vinculen a empleos para todos (Rawls, *Teoría de la justicia*, 2012, pp. 67-68).

7. TEORÍA JURÍDICA DEL DISCURSO

Su fundador es el alemán Jürgen Habermas; dice este filósofo que a Rawls le faltó en alguna medida enriquecer el contrato social (aunque lo acepta y por eso es también positivista como Rawls), y que la “vitamina” –es palabra nuestra– que le hace falta a dicho contrato social es el *discurso*, la acción comunicativa, una mayor fuerza del argumento, un diálogo ideal/formal, que legitime más el consenso (Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, 1998, p. 49).

Esas *reglas dialógicas ideales* son para Habermas las siguientes: la no coacción, no tener privilegios, custodiar la veracidad, la libertad de expresión, y la igualdad de posibilidades (Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, 1998, p. 50). Fijémonos en que Habermas sigue en el mundo de lo ideal, de lo imaginario, de la suposición, como Rawls y como tantos racionalistas/iuspositivistas/contractualistas. Es un mundo superior al que se aspira –y eso está bien plantearlo así en vez de quedarse en una realidad de poca monta–, aunque no siempre sea real y por eso mismo sean varias las dudas que nos asalten: ¿diálogo entre quiénes? ¿Es un discurso para el debate parlamentario o entre los propios ciudadanos? ¿A través de qué medios o instrumentos se dialoga? ¿Ese diálogo lleva a consensos o a decisiones mayoritarias? ¿Qué tipos de argumentos se esgrimen? ¿Qué pasa con las minorías cuando no hay lugar a consensos?...

Como se ve –aunque Habermas niega una base predialógica que podría denominarse justamente naturalística (Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, 1998, p. 50)–, *dichas reglas ideales del diálogo son, a nuestro juicio, en gran medida derechos naturales: veracidad, libertad, igualdad; así, vuelve a verse de este modo la combinación de elementos iuspositivistas y de derecho natural, llevándonos a aproximar o enmarcar a este autor en la tercera vía iusfilosófica.*

Esta teoría además –como la anterior–, tampoco está directamente dirigida a enriquecer la sentencia judicial y sí pensada para lograr una mayor justicia social, pero, dada la cercanía entre derecho natural y iuspositivismo que encontramos en ella, la encuadramos como teoría de la tercera vía iusfilosófica.

8. TEORÍA JURÍDICO-FILOSÓFICA CENTRADA EN EL HOMBRE

Arthur Kaufmann dice que, aun respetando profundamente el contrato social de Rawls así como el contrato/discurso de Habermas, estos dos iusfilósofos no dejan de ser muy *procesalistas* (iuspositivistas hasta ahí, diríamos nosotros por Kaufmann), faltándoles la referencia y la centralidad del hombre en la lucha por lo justo (ahí estaría invocando un algo del derecho natural); pero aquí se trata en Kaufmann del hombre histórico encarnado en el tiempo y en el espacio, no del hombre sustancial al estilo clásico del derecho natural. Así, Kaufmann combina proceso/contrato (propio del iuspositivismo) con hombre (algo propio del derecho natural). Eso es tercera vía en tanto en cuanto suma las dos escuelas anteriores pero, como dice el mismo Kaufmann, yendo más allá de ellas. Leamos sus propias palabras:

“Nuestras meditaciones se han aguzado para la pregunta decisiva: ¿cuál es en adelante el objeto, el tema, del discurso de la justicia? Conforme a todo lo dicho hasta aquí, este objeto (en ningún caso entendiéndolo sustancial) no puede encontrarse ni completamente fuera del proceso de creación jurídica ni enteramente en él, pues de otra manera habríamos caído otra vez en la ontología sustancial o en el funcionalismo. Necesitamos un fenómeno que es al mismo tiempo ontológico y procesal. Lo que se busca solo puede ser el hombre, pero no el hombre puramente empírico, ni tampoco el hombre meramente noumeno, sino el hombre como persona, es decir, como el conjunto de relaciones en que se encuentra el hombre con los otros hombres o con las cosas” (Kaufmann, *La filosofía del derecho en posmodernidad*, 1998, p. 67).

Y más adelante reitera esta idea:

“La idea de toda filosofía del derecho de contenido puede ser solo la idea del hombre, y por eso solo en el hombre en su totalidad puede también fundarse siempre la verdadera racionalidad del derecho (...); así también la filosofía del derecho debe plantearse constantemente la pregunta, de hasta dónde sirve al hombre. Cultivar la filosofía del derecho debe significar hoy más que nunca: tomar responsabilidad frente al hombre y su mundo (...). La filosofía del derecho de la posmodernidad debe estar determinada por la preocupación por el derecho y esto significa: la preocupación por el hombre; aún más: la preocupación por la vida en general en todas sus formas” (Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, 1998, pp. 71-72).

Pero, igual que las dos anteriores, esta es una teoría ante todo prevista para lograr la justicia general o social más que para enriquecer directamente el fallo judicial. Empero, debido al acercamiento entre derecho natural y iuspositivismo la encuadramos en la tercera vía iusfilosófica.

9. TEORÍA DE LA JUSTICIA DE AMARTYA SEN

Esta teoría la encuadramos en la tercera vía por propia cuenta nuestra siguiendo los lineamiento generales de Kaufmann.

Amartya Sen señala que Rawls es “institucionalista”, esto es, que funda la justicia solo o sobre todo en las instituciones político-jurídicas fruto del contrato social, con la crítica de que Rawls deja al margen *actitudes personalistas* que busquen remediar injusticias evidentes⁵⁵; no es que Sen niegue el papel trascendental de las primeras –las instituciones–, pero su aporte propio consiste en enfatizar los comportamientos reales de las personas en pro de la justicia (justicia que es el mismo derecho, siguiendo la concepción de Kaufmann para quien la filosofía del derecho es una doctrina de la justicia); dice Sen que la justicia se construye, sí, con dichas instituciones jurídico-políticas, pero a ellas le hacen falta los comportamientos reales justos de las personas en la vida cotidiana partiendo de remediar injusticias manifiestas.

De esta manera Sen “combina” instituciones (y por ello es iuspositivista, aunque moderado dada su crítica a la absolutización de las instituciones) con conductas justas de las personas (y por tal razón se aproxima al derecho natural, que es radicalmente personalista desde luego con una óptica relacional), mecanismos que, sumados, y no cada uno por su lado, dan como resultado una justicia en mayor medida, aunque nunca perfectamente lograda, pues Sen no cree en una justicia plenamente lograda, y **llevándonos, una vez más, a enmarcar a autores como éste en la tercera vía iusfilosófica.**

⁵⁵ En esta línea se puede ubicar también Martha C. Nussbaum cuando dice que a Rawls le quedaron algunos temas “pendientes” por resolver como: qué hacer cuando hay discapacitados, lo cual deja sentir un sabor personalista (Nussbaum, 2012, pp. 34 y ss). No es que tales discapacitados puedan quizá hacer mucho por la justicia, pero ella se refiere al personalismo de una justicia para “con ellos”. Se debe añadir que Nussbaum agrega entre los problemas pendientes en Rawls lo internacional y lo cósmico.

Leámoslo directamente:

*“(...) la presencia de injusticia remediable bien puede tener relación con transgresiones del comportamiento y no con insuficiencias institucionales (...). La justicia guarda relación en última instancia, con la forma en que las personas viven sus vidas y no simplemente con la naturaleza de las instituciones que las rodean. En contraste, muchas de las principales teorías de la justicia se concentran de manera abrumadora en cómo establecer ‘instituciones justas’, y conceden una función subsidiaria y dependiente a las cuestiones relacionadas con el comportamiento. Por ejemplo, el merecidamente celebrado concepto de la ‘justicia como equidad’ de John Rawls se traduce en un conjunto único de ‘principios de justicia’ que se refieren de manera exclusiva al establecimiento de ‘instituciones justas’, constitutivas de la estructura básica de la sociedad, mientras exigen que la conducta de las personas se ajuste por completo al adecuado funcionamiento de dichas instituciones” (Sen, *La idea de la justicia*, 2010, p. 15).*

O estas otras palabras también suyas:

*“En contraste con casi todas las modernas teorías de la justicia, que se concentran en la ‘sociedad justa’, este libro es un intento de investigar comparaciones basadas en realizaciones que se orientan al avance o al retroceso de la justicia. En este sentido, no pertenece a la fuerte y celebrada tradición filosófica del institucionalismo trascendental (fundada por Hobbes y desarrollada por Locke, Rousseau y Kant, entre otros), sino más bien a la ‘otra’ tradición que también se formó en el mismo período o poco después (impulsada de diversas maneras por Smith, Condorcet, Bentham, Wollstonecraft, Marx y Mill, entre otros)” (Sen, *La idea de la justicia*, 2010, pp. 40-41).*

Así pues, podría decirse que Sen es personalista en materia de justicia más que institucionalista —como lo es su maestro Rawls—, y en tal sentido se acerca al derecho natural clásico.

E, igual que las anteriores teorías de Rawls, Habermas y Kaufmann, esta es una postura ante todo de teoría política más que para que el juez pueda fallar mejor tal como aconteció con las primeras teorías expuestas de la tercera vía, aunque no por ello las últimas no tengan nada que ver con la aplicación del derecho real, si se tiene en cuenta que entre la política y el derecho existe una conexión innegable.

10. TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA CON PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN

También esta teoría la colocamos en la tercera vía por cuenta nuestra, no es de Kaufmann, a quien solo seguimos aquí en materia de líneas estructurales de dicha tercera vía iusfilosófica.

Robert Alexy no se matricula ni en el puro iuspositivismo –al que considera excesivamente formalista–, ni en el puro derecho natural –al que tiene por platónico–; se sitúa en un punto medio diciendo que el derecho es evidentemente normativo (eso es derecho positivo), pero afirmando que dicha norma contiene en su interior una pretensión de corrección, de moralidad (y eso es derecho natural) (Gordillo, 2011).

Por lo anterior consideramos a Alexy dentro de la tercera vía iusfilosófica.

De otro lado digamos que el aporte en concreto quizá más significativo de Alexy respecto a la tercera vía iusfilosófica, es su tesis de la *ponderación*; ¿no se ve aquí el viejo anhelo aristotélico del equilibrio y la armonía propios de la virtud de la justicia? ¿No es esa la equidad aristotélica? ¿No se acerca entonces a Alexy a la escuela del derecho natural? Creemos que sí.

Agreguemos que la ponderación la coloca Alexy, no en las reglas sino en los principios referentes a las concepciones de justicia de Perelman (a cada uno la misma cosa; a cada uno según sus méritos; a cada uno según sus obras; a cada uno según sus necesidades; a cada uno según su rango; a cada uno según lo que la ley le atribuye); si la ponderación se colocara en las reglas, dice Robert Alexy, surgiría la jerarquización de las mismas y el peligro del radicalismo; pero al colocar la ponderación en los principios, *“permite la consideración adecuada de todos los puntos de vista, que es uno de los postulados fundamentales de la racionalidad. De ese modo se puede intentar obtener un equilibrio razonable entre los derechos de libertad liberales y los derechos sociales en un catálogo de derechos fundamentales”* (Alexy, 2005, pp. 65-66).

Por lo anterior, esto es, porque Alexy combina elementos de derecho natural y rasgos esenciales del derecho positivo, de manera armónica y ponderada, repitémoslo otra vez, es un claro autor de la tercera vía iusfilosófica.

11. CONSTITUCIONALIZACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO

También lo encuadramos por nuestra parte en la tercera vía iusfilosófica, no es obra de Kaufmann, solo nos basamos en éste para hacer esta categorización.

En Colombia⁵⁶, podríamos ubicar en esta postura de la tercera vía iusfilosófica a un iusfilósofo y iusteórico de renombre, Diego Eduardo López Medina, aunque como toda clasificación y todo clasificado tienen algo de forzado y arbitrario de parte de quien hace la tarea clasificatoria (López Medina, *Teoría impura del derecho*, 2013, pp. 399 y ss.); trataremos de mostrar por qué se ubica en ella.

En su obra “Teoría impura del derecho”, el último Capítulo lo dedica López Medina a esta versión actual iusfilosófica, concretamente en Colombia, caracterizada por la centralidad de los derechos humanos en la Constitución Política, de 1991, derechos que requieren de una interpretación relativamente amplia y flexible del máximo órgano judicial constitucional como es la Corte Constitucional (la que a través de sus fallos constituye un precedente judicial de obligatorio cumplimiento para los restantes jueces). Eso es tercera vía

⁵⁶ Personalmente, me he ubicado en la tercera vía iusfilosófica, reconociendo que es una extensión doctrinaria cercana al derecho natural clásico aristotélico-romano-tomista; así lo he manifestado: “...diré que el personalismo, incluida su versión filosófica especialmente de Emmanuel Mounier (1905-1950), es para nosotros una opción equilibrada del derecho desde una perspectiva existencialista: ley sí, pero persona también, donde el derecho sea el garante institucional de la persona (...), en el que la ley no se vea contraria a la persona ni la persona considere erróneamente que la ley lo aplasta(...). En otras palabras (...), donde la ley y la libertad no se excluyan (...), sino que se complementen; una visión personalista del derecho será siempre criterio de luz y también criterio corrector de la aplicación del derecho” (Durán Mantilla, *Introducción a la filosofía del derecho*, 2010, pp. 64-65). Y más adelante concluyo: “La pugna o dilema entre objetivistas extremos y positivistas a ultranza es cuestión a superar y superable por medio de una cima que aúne las distintas filosofías y teorías en ‘el derecho’; la ‘armonía’ entre objetividad y subjetividad es el punto de mira a lograr en el derecho; no es el hombre siervo de lo rígidamente objetivo, ni lo objetivo debe quedar a merced caprichosa de lo subjetivo al punto de que un subjetivismo arbitrario arrase con el derecho plausible” (Durán Mantilla, *Introducción a la filosofía del derecho*, 2010, p. 157).

iusfilosófica: la combinación de norma positiva con derechos humanos, pero teniendo como factor de juego entre ambos polos a la vieja equidad aristotélica.

Precisamente esta centralidad de los derechos humanos es expresión del clásico derecho natural en la contemporaneidad, y del derecho moderno en general, pero por la flexibilización interpretativa, aunque sin subjetivismos, también es una postura iuspositivista moderna. *Eso es tercera vía.*

Muy en resumidas cuentas: por lo que a la norma jurídica positiva se refiere, la tercera vía aprovecha todos los avances del positivismo jurídico a lo largo de su historia de tres siglos, que la puso, por una parte, en un lugar más preeminente que la escuela del derecho natural, que siempre la trató en un nivel realmente muy bajo y apenas periférico, como también, por otra, colocándola más alto que el mero normativismo inicial de carácter legalista, aceptando hoy ante todo la norma constitucional considerada en estos tiempos como la norma de normas y a la cual todo el derecho debe subordinarse sobre todo en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley (cfr. Artículo 4 de la Constitución Política de Colombia de 1991). Y por lo que al derecho natural se refiere, acoge lo referente a la persona y a la justicia, antiguos aportes de aquél, y, hoy en día incorpora a ella lo atinente al diálogo multilateral y a la aceptación de la naturaleza cósmica ligada al hombre de manera inescindible.

Desde luego la tercera vía es más: puso fin a un conflicto severo de siglos entre las escuelas que la precedieron y se coloca a la vanguardia de nuevos problemas de hoy, en especial el del pluralismo sociopolítico, sirviendo de instrumento para la paz y la convivencia social desde una óptica de tolerancia y ductilidad argumentada.

CAPÍTULO V

FILOSOFÍA DEL DERECHO LOCAL

Desde la Conquista y la Colonia, hubo una importación, y a veces imposición –en mayor o menor medida que no es del caso sopesar aquí–, de la filosofía del derecho católico–española; fue el fruto sencillamente de la conquista y la colonización hispánica, y, al ser las principales Universidades aquí presentes de sello católico –como en Colombia las de Santo Tomás, Javeriana, y el Rosario–, la filosofía del derecho que llegó a estas tierras por consecuencia fue la aristotélico-romano-tomista, es decir, la del más clásico derecho natural europeo.

¿Hubo obras realmente originales del derecho natural de autores en dicha época, o, fue pura divulgación de los profesores de aquí de la mencionada iusfilosofía? ¿Llegó a haber una iusfilosofía raizal criolla? No parece.

Esta presencia del derecho natural aristotélico-romano-tomista habría de perdurar pacíficamente tres siglos: XVI, XVII, y XVIII; en el s. XIX, quizá el único autor, no nativo, que habría de hacer presencia, distinto a la corriente ya mencionada, fue Jeremías Bentham, utilitarista y antiderecho natural, quien perturbó la mencionada tranquilidad iusfilosófica reinante hasta entonces. Bentham (otros autores de la época también contrarios al derecho natural no hicieron presencia: Hegel, Marx, etc.) muy seguramente fue traído concretamente a Colombia por la masonería para oponerse al escolasticismo reinante⁵⁷.

Bentham tuvo una presencia importante en Colombia. Ello se sabe por los debates liberales (benthamistas) con el conservatismo en materia jurídica

⁵⁷ Cabe recordar que Francisco de Paula Santander siendo Presidente de la República desterró los estudios escolásticos e introdujo a Bentham. A su regreso al país, Bolívar derogó los decretos de Santander a este respecto y reintrodujo los estudios filosófico-escolásticos. No sobra recordar de ese momento histórico la correspondencia entre Bolívar y Bentham en la cual el Libertador rechaza la concepción filosófica utilitarista que, por cierto, Marx consideró la ideología propia del capitalismo.

y moral: mientras Bentham niega el derecho natural rotundamente, su adversario desde la orilla conservadora, Jaime Balme, reconoce el derecho natural; de esa manera, desde los inicios de la República en Colombia a comienzos del s. XIX, en la construcción del Estado se observa una iusfilosofía con escuelas enfrentadas: la iuspositivista benthamiana, y la del derecho natural de corte clásico aristotélico-romano-tomista.

Después, junto al legocentrismo propio del *clasicismo* del siglo XIX y parte del siglo XX, hijo del iuspositivismo, vuelve a encontrarse una cierta aceptación del derecho natural; ante esto, Diego López Medina se pregunta: “¿Cómo puede el clasicismo reconciliar su fuerte compromiso con el legocentrismo (de tendencia marcadamente positivista), y al mismo tiempo, reconocer alguna forma de iusnaturalismo?” (López Medina, *Teoría impura del derecho*, 2013, p. 212); López da la siguiente respuesta: “*La transformación iusteórica mediante la mezcla de teorías contrarias ha sido un recurso usado frecuentemente en la región para alcanzar posiciones más moderadas en las que se reduce la ansiedad causada, por ejemplo, por la adopción sin ambages del iuspositivismo en un ambiente social y cultural donde el derecho y el poder todavía tienen hondas raíces teológicas*” (López Medina, *Teoría impura del derecho*, 2013, p. 213).

Ahora bien, la aceptación de dicho derecho natural por parte del clasicismo iuspositivista de esa época es muy limitada; veamos cómo se concibe ese derecho natural tímido en palabras del autor citado:

“(i) *el derecho natural, aunque existe, no es universal ni atemporal*⁵⁸; (ii) *el derecho natural consiste más bien en el estado ideal y racional que debería regir las relaciones jurídicas y que el derecho positivo debería tratar de conocer y establecer hacia el futuro*⁵⁹; (iii) *en tanto derecho*

⁵⁸ Como se sabe, para el derecho natural clásico, éste es supratemporal y supraespacial; una muestra de ello sería, a nuestro juicio, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU del 12 de diciembre de 1948. Repárese para el efecto en la palabra “universal”.

⁵⁹ Defensores del derecho natural renombrados, como Miguel Sancho Izquierdo y Javier Hervada, dirían frente a la anterior aseveración lo siguiente: “El derecho ideal –que ni siquiera Platón hubiese admitido: para Platón hay una justicia ideal, pero el derecho (la ley o nómos) ideal aún para él carecería de sentido, pues lo arquetípico del derecho es la justicia ideal, siendo el derecho (la ley) lo real existente- es una invención kantiana y, especialmente neokantiana, pero es ajeno a Aristóteles, para

*natural (lex ferenda), no tiene validez formal alguna⁶⁰ y por tanto no existen derechos subjetivos exigibles que provengan del mero derecho natural; (iv) las normas prospectivas dictadas por el derecho natural son pocas y altamente indeterminadas, por lo que no constituyen principios ciertos para la deducción de subnormas jurídicas exigibles; (v) incluso en esta versión tan atenuada, el compromiso de los primeros tratadistas con el derecho natural no supera el mero gesto retórico. Se trata, como veremos, de un guiño relativamente insincero a una audiencia que así lo espera” (López Medina, *Teoría impura del derecho*, 2013, pp. 213-214).*

Después de lo anterior, sigue López trayendo a colación autores de la época clasicista para quienes el derecho natural no pasa de ser un catálogo de buenas intenciones para el derecho positivo, razón por la que concluye: *“La verdad de todo esto es, sin embargo, un poco más brutal: en el esfuerzo concreto de los tratadistas por explicar el Código Civil, la importancia del derecho natural fue increíblemente insignificante (...) Por ejemplo(...) Rodríguez Piñeres, reconoce sinceramente que las preocupaciones reales son otras: “La ley positiva es el material de nuestro estudio”” (López Medina, *Teoría impura del derecho*, 2013, p. 216).*

Diego López añade a lo anterior lo que aconteció en aquellos tiempos:

“Los vestigios de iusnaturalismo⁶¹ que hemos encontrado en los tratados clásicos sólo tienden a aparecer en sus partes introductorias, como muestras de un iusnaturalismo muy diluido, que en puridad resultaba difícil de rechazar por completo debido al contexto político y social de nuestros autores. Pasadas las páginas introductorias, el iusnaturalismo no tiene una metodología concreta que permita analizar problemas específicos del derecho privado. El verdadero importe de la discusión sobre el

quien el derecho natural es una parte del derecho real existente” (Sancho Izquierdo M. H., 1980, pp. 95-96).

⁶⁰ Para la concepción del derecho natural, caben también las anteriores palabras de la antecedente cita, así como las siguientes: “Lo que llamamos derecho natural y derecho positivo resultan ser partes de un mismo orden jurídico (...) La dualidad se da en la unidad del orden jurídico” (Sancho Izquierdo M. H., *Compendio de derecho natural*, tomo I, 1980, p. 46).

⁶¹ No sobra recordar de nuestra parte que no pueden identificarse la escuela del derecho natural clásico aristotélico-romano-tomista, con el iusnaturalismo. Es un error que lamentamos en López Medina.

*iusnaturalismo quizá tuvo que ver con la supervivencia del derecho canónico de la Iglesia Católica en la regulación de algunas áreas de la vida en Latinoamérica (...). Quizá, la discusión acerca del derecho natural tenga que ver con la aceptación que hace el Código Bello de que algunas áreas de la vida privada, especialmente matrimonio y familia, permanezcan controlados por reglas del derecho sustantivo y procesal de la Iglesia Católica (...) pues fue ésta una transacción en homenaje a las ideas dominantes y, sin embargo, no dejó de merecer observaciones de las autoridades eclesiásticas” (López Medina, *Teoría impura del derecho*, 2013, pp. 216-217).*

Se puede agregar que será un rasgo del bipartidismo –concretamente el colombiano– contar con una postura de Estado apoyada con las escuelas jurídicas anotadas y enfrentadas. Ellas serán motivo incluso de guerras civiles aunque a veces habrá concesiones tal como se vio atrás. Así transcurrirán los siglos XIX y una buena parte del XX. Unas veces triunfará una postura y en otras circunstancias otra; las más prominentes manifestaciones de lo anterior a nuestro parecer fueron, en Colombia, la de la Constitución de Rionegro de 1863, liberal, y la de la Regeneración de Caro y Núñez de 1886, conservadora; iuspositivista moderada una y de derecho natural otra.

Cómo no recordar en este trasegar histórico a la Universidad Externado de Colombia que será el centro de producción intelectual más típicamente enfrentado al conservatismo defensor del derecho natural a fines el S. XIX. El Externado pregona a Bentham. Así comienza el S. XX. Empero, el sistema político reinante y dominante en ese momento era el conservador de la Constitución de 1886 en una época fuertemente confesional (religiosa).

Con la llegada al poder del liberalismo en 1930, se abren las puertas para el liberalismo, de nuevo (reinante de 1863 a 1886), y con él llegará el iuspositivismo de Kelsen con su Teoría pura del derecho.

Así, Colombia tendrá escuelas ideológico-político-jurídicas por épocas alternativas según la ideología política en el poder. El poder político imperante contará con su escuela jurídica respectiva. Es una constante histórica más o menos invariable en la que el poder político se vale de un sistema jurídico para asentarse.

Con la llegada del liberalismo al poder en 1930, en Colombia, en primer término hubo una gran influencia del sociologismo jurídico de la Escuela

francesa de Burdeos encabezada por León Duguit⁶², y tiempo después de Kelsen, en los años siguientes a 1950. Kelsen va a ser interpretado por los autores de la época: Cayetano Betancur, Abel Naranjo Villegas, Rafael Carrillo, de una manera valorativista, axiológica. ¿Hubiera aceptado eso Kelsen mismo? Pareciera que no, al menos si se tiene en cuenta al primer Kelsen ajeno a lo moral en el derecho ¿Era la manera de adaptarlo a un país muy conservador como Colombia? Quizá sí.

El Kelsen formalista hará época no solo en la práctica del derecho sino también en la enseñanza del mismo: será el apego total a la ley, y por tanto, el imperio del más estricto iuspositivismo. Es lo que se ha denominado el *formalismo jurídico*. Ello implicaba que en el “código” estaba todo el derecho; el triunfo de la norma jurídica positiva era una realidad vivida en la praxis judicial y enseñada en las facultades de derecho. Ir más allá de la norma se consideraba un atentado al derecho y a la seguridad jurídica.

Más allá de las fronteras internas netamente iuspositivistas –aunque igual cosa ha acontecido en el resto del mundo occidental–, concomitantemente con la llegada de Kelsen, a causa de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (12 de diciembre de 1948) frente a la barbarie de Adolf Hitler, se empezaba a experimentar poco a poco un derecho flexible y abierto a los derechos humanos (antiformalismo) y a separar de una manera más nítida al poder político del derecho puramente formal; será el lento inicio del reinado de los derechos humanos, en buena parte en el discurso, pero que tienen en todo caso un valor indudable, más allá de la dominación política normativista y legalista.

Así transcurre, al modo iuspositivista –al menos en Colombia– la praxis y la academia jurídica hasta la llegada de la Constitución Política de 1991 –aunque por esa época aparecen también otras Constituciones Políticas en el escenario latinoamericano del corte socialismo siglo XXI–, aunque como se acaba de decir venía abriéndose paso pausadamente desde 1948 un nuevo derecho más allá del puro texto legal.

⁶² Duguit define el derecho así: “Regla de conducta que se impone a los individuos que viven en sociedad, regla cuyo respeto se considera, en un momento dado, por una sociedad, como la garantía del interés común y cuya violación ocasiona una reacción colectiva contra el autor de dicha violación” (Noguera Laborde, *Elementos de filosofía del derecho*, 1997, p. 83).

Dicha Carta de 1991 estuvo “representada”, ya no por el bipartidismo tradicional colombiano liberal/conservador –el cual había consagrado de manera alternativa dos ideologías jurídicas distintas como hemos visto (derecho natural/iuspositivismo, según fuera el cuerpo doctrinal del partido gobernante)–, sino por un mayor pluralismo político y jurídico; en efecto, en la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia estuvieron representadas tres corrientes dominantes: el liberalismo, el conservatismo y el M-19, partido de izquierda nacionalista; esto implicaba una apertura en materia político-jurídica: quedaban abiertas las puertas para una tercera forma de concebir el derecho; era el inicio de la tercera vía iusfilosófica en Colombia y la semilla local de un derecho jurisprudencialista que por cierto abría campos de reconocimiento jurídico a lo raizal: indígena y afrodescendiente, tal como se consagró en los artículos 7, 8 y 10 de la Carta.

La Constitución de 1991 estuvo signada por el reconocimiento de los derechos humanos y su garantía, por un lado, y de otro por la creación de la Corte Constitucional a cuyo cargo quedaba la guarda de la Carta y de tales derechos (hasta entonces el máximo órgano judicial era la Corte Suprema de Justicia, una de cuyas salas era la Constitucional; ahora desaparecía esa sala y se creaba un órgano judicial independiente y máximo: la Corte Constitucional); ¿no era esa interpretación tutelar, flexible, hermenéutica, argumentativa, la tercera vía iusfilosófica a que nos referimos en el Capítulo anterior? Así lo creemos.

Esos dos ejes serían, pues, los que habrían de marcar un “nuevo derecho” en el país: el de los derechos humanos custodiados y garantizados por la Corte Constitucional; lo que Diego López Medina llama la “Constitucionalización y judicialización del derecho” (López Medina, *Teoría impura del derecho*, 2013, p. 399 y ss).

Por causas diversas empiezan a aparecer iusfilósofos, iusteóricos y sociólogos del derecho como hacía tiempo no aparecían en el escenario nacional; Luis Villar Borda explica de la siguiente manera –en el año 2003, 12 años después de la promulgación de la Carta del 91– el panorama que antecede a esa eclosión de estudiosos del campo jurídico:

“Después de algunos años de abandono, a causa del descrédito del derecho y la filosofía del derecho en virtud de diferentes factores, la temática jurídica conoce, hoy, un vigoroso renacimiento. Las causas que ocasionaron una situación semejante podemos encontrarlas en diferentes

factores que perturbaron la vida política y jurídica de nuestro subcontinente entre los años sesenta y ochenta del pasado siglo: las dictaduras militares y gobiernos autoritarios que asolaron material e intelectualmente la región; la emigración de muchos profesores e intelectuales en ese período por motivos políticos o económicos; una interpretación parcial y sectaria del marxismo; la difusión de teorías del poder, que privilegiaban a éste frente al derecho; el retorno de corrientes fascistas; la corrupción en partidos políticos y sistemas de gobierno; Todos esos elementos contribuyeron, en una u otra forma, a ese descrédito. Pero hoy, a pesar de las difíciles circunstancias por las que atraviesan varias democracias en numerosos países, la filosofía del derecho ha cobrado nuevos ímpetus y despertado creciente interés” (Villar Borda, *Teoría jurídica, Reflexiones críticas*, 2003, p. 113).

Para los años iniciales y posteriores de la Carta del 91, aparecen en esa eclosión colombiana corrientes de distintos juristas que muestran el interés de que habla Villar Borda por el campo jurídico; existen los de la escuela del derecho natural, como Francisco José Herrera Jaramillo e Ilva Miriam Hoyos; en el terreno de la epistemología iusfilosófica Oscar Mejía Quintana; en el campo iusteórico destacan Diego Eduardo López Medina y Rodolfo Arango Rivadeneira; en el campo de la sociología del derecho destacan Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes; en el campo jurisdiccional –aunque también deben mencionarse sus obras académicas– quizá el más renombrado mediante sus fallos judiciales con contenido social fue el magistrado Carlos Gaviria Díaz, liberal de izquierda. Desde luego estos destacamentos dejan por fuera a muchos otros que no desearíamos quedaran sin nombrar.

Francisco Herrera Jaramillo, teórico del derecho natural, trabajó especialmente el derecho a la vida en su tesis doctoral intitulada “El derecho a la vida y el aborto”, dirigida por Javier Hervada en la Universidad de Navarra, España. Ilva Miriam Hoyos, también discípula de Hervada como Herrera Jaramillo, ha trabajado a la persona humana en el terreno jurídico, criticando la postura legal del Código Civil colombiano que la circunscribe al momento de su nacimiento, y retomando por el contrario su entidad desde el momento de la concepción humana; asimismo Hoyos ha centrado su interés de estudio en el tema de la dignidad humana tal como ha sido vista por una cierta línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, criticando sus posturas y retornando a una concepción de derecho natural. Ambos polos

de estudio —el derecho a la vida y la dignidad humana— es fácil detectar por demás que son preocupaciones centrales del derecho natural.

Siguiendo a Villar Borda, existen en el panorama iusfilosófico nacional otras posturas recientes tales como el iuspositivismo, la filosofía analítica del derecho, la teoría de la argumentación jurídica, el hegelianismo, el estructuralismo marxista, y el pluralismo⁶³.

Por razón de algunos temas aquí tratados, haremos a continuación una reseña de la iusfilosofía de Oscar Mejía Quintana⁶⁴, ante todo por la importancia de hacer una delimitación de la iusfilosofía y de la iusteoría; se hace esta referencia también por la trascendencia iusfilosófica del tema de la “norma fundamental” para el derecho.

Tres temas centran su atención, aunque solo los dos primeros guardan una relación más estrecha con lo visto en este estudio:

- a) El primer asunto es el nuevo *estatuto epistemológico de la Filosofía del derecho*, que la hace diferenciar de la iusteoría.

Mejía Quintana señala que la iusfilosofía se había opacado desde el s. XIX y buena parte del siglo XX; esta fue una realidad que ya habíamos anotado en páginas atrás; en efecto, a nuestro juicio decíamos que el positivismo y el positivismo jurídico de los siglos XIX y XX habían dado un golpe mortal a la filosofía y a la filosofía del derecho; a ese opacamiento de la iusfilosofía contribuyeron —dice Mejía Quintana—, en primer término Kant con la centralidad de la validez en el derecho (tema que será central en la iusteoría); luego el marxismo que había reducido el derecho a mera superestructura; y después Kelsen, quien como Kant se centró en el derecho como ciencia, y cuyo eje central será la validez de la producción del derecho.

Basado en John Rawls, dice Mejía Quintana que la iusfilosofía ha tomado de nuevo su personalidad epistemológica: ello porque la iusfilosofía rawlsiana se ocupa del piso moral contractual de la sociedad, de las instituciones democráticas, de la legitimidad política también democrática y de la eficacia

⁶³ Este autor por su parte agrega los trabajos de carácter feminista (Villar Borda, *Teoría jurídica, reflexiones críticas*, 2003, pp. 115-116).

⁶⁴ Para estudiar las líneas centrales de su pensamiento, podemos ver el libro suyo titulado: *Elementos para una historia de la filosofía del derecho en Colombia*. (Mejía Quintana O. E., *Elementos para una historia de la filosofía del derecho en Colombia*, 2011, p. 135 y ss).

social de todo lo anterior; esos cuatro pilares le dan a la iusfilosofía su entidad, diferenciándola de la iusteoría que se ocupa restrictivamente sólo de la validez formal de la norma jurídica.

De esa manera la iusfilosofía llega a ser transdisciplinaria y crítica de la legitimidad política, de la validez formal jurídica y de la eficacia social del derecho; la iusfilosofía se convierte así en la mirada globalizante de esos tres aspectos: política, derecho y sociedad.

- b) El segundo tema de estudio en Mejía Quintana es el de la *norma fundamental*. Si la iusfilosofía antes tratada es meramente *descriptiva* –también podría decirse *funcional*–, la norma básica le da contenido a la iusfilosofía.

Según Mejía Quintana, la norma jurídica kelseniana carente de contenido en tanto en cuanto ella es meramente formal, no puede ser el elemento que le de fundamento a la legitimidad política; el elemento que da piso y contenido al derecho es la *regla de reconocimiento*, de Herbert Hart, la cual se basa a su turno en un mínimo derecho natural consistente en la libertad humana; dicha norma le da ahora sí legitimidad al Estado y eficacia social al derecho producido válidamente según técnicas jurídicas.

- c) La tercera unidad temática de la iusfilosofía de Mejía Quintana es la *desobediencia civil*, la cual se justifica en la medida en que actualiza la Constitución política; dicha desobediencia debe reunir cuatro condiciones: debe ser pública, no debe ser violenta; debe ser responsable; debe ser proporcional. En últimas –creemos aunque Mejía no lo dice expresamente–, es equivalente a la denominada objeción de conciencia; en efecto, dice Mejía que el deber jurídico debe ceder ante el deber moral.

Ahora bien, como se puede observar, la iusfilosofía de Mejía se basa, una vez más, en autores del exterior; así, nuestra iusfilosofía se muestra en nuestro tiempo tributaria de Europa y de países anglosajones. Es una característica o rasgo cultural colombiano en general y jurídico en particular como ya dijimos; desde los primeros años de la República se apropió del espíritu nacional la dependencia respecto de lo extranjero: Francia, Inglaterra, Estados Unidos, han sido el “respice polum” de la Nación a través del tiempo.

CAPÍTULO VI

SABIDURÍA JURÍDICA ANCESTRAL

Consideramos que la tercera vía iusfilosófica con el aporte homocósmico del papa Francisco en su encíclica *Laudato si*, del año 2015, –versión que también tiene entronques con la escuela del derecho natural–, *abrazo a la cultura y cosmovisión jurídica del mundo ancestral*⁶⁵ *especialmente el latinoamericano*.

La que aquí se denomina sabiduría jurídica ancestral es una iusfilosofía raizal –la expresión iusfilosofía es tomada a préstamo de Occidente–, basada en la naturaleza física (la Madre Tierra, la Pacha Mama, Gaia...) y de allí se desprende todo el derecho para la cultura ancestral; junto con ella está la naturaleza humana integrada con lo cósmico; esta sería, entonces, la “causa primera” del derecho para la sabiduría jurídica ancestral.

Pero, junto con lo anterior, la sabiduría jurídica ancestral posee otros fines y valores, tales como la conservación de la misma naturaleza, la radicalidad de lo comunitario, hacia los cuales *tiende* su derecho.

Causas y fines de la sabiduría jurídica ancestral deben valorarse por parte de la cultura jurídica “blanca” y ser incorporados a su cultura jurídica no sólo debido al diálogo intercultural profundamente humanizador sino además por una deuda histórica. Es nuestro juicio y nuestra propuesta. Sabemos que es cosa muy difícil dada la arrogancia del mundo blanco occidental. Pero lo cierto a pesar de esa dificultad de aceptar lo ancestral, es que la sabiduría jurídica ancestral es más actual que nunca en tanto invita a interpretar los derechos humanos a la luz de sus valores, especialmente urgentes hoy en Occidente, como el respeto a la naturaleza y a la vida comunitaria.

⁶⁵ Por ancestral entendemos muchas realidades: los indígenas, los campesinos, los afrodescendientes, los palenqueros, los negros, los raizales, y etnias. A ellos hace referencia de algún modo el Acuerdo Final de Paz de La Habana de 2016 entre el Gobierno del Presidente Juan Manuel Santos y las FARC-EP en el punto 1 intitulado *Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma Rural Integral*.

Expondremos en este Capítulo una breve *historia de la sabiduría jurídica ancestral*, no sin advertir que hablar de filosofía del derecho ancestral es inapropiado porque la “filosofía del derecho” es una creación europea en su terminología, concepto y desarrollo; como ya se dijo, la expresión y desarrollo datan del año 1797 cuando Gustavo Hugo, en Alemania, la creó. Aquí lo haremos con el debido respeto a lo ancestral, pidiendo permiso a este venerable mundo de alguna manera con la terminología que se utilizará, esto es, *filosofía del derecho ancestral*; no estamos seguros de si nuestros ancestrales admitan una disertación como la que sigue; sin embargo la haremos presuponiendo su dispensa, partiendo de que lo ancestral latinoamericano posee una sabiduría propia, en general, y en el derecho en particular, como se verá a continuación.

Tal vez el indígena americano no tenga la característica capacidad “abstractiva” propia de la filosofía europea; así lo sostiene Aquiles Páramo F. al hablar de Alvaro Ulcué Chocué (indígena páez caucano): “*Y aunque los conceptos abstractos de la ciencia lingüística le resultaban difíciles de manejar –acaso porque su origen indígena y campesino lo había acostumbrado desde pequeño a tratar con realidades mucho más concretas–...*” (Beltrán Peña, 1989, p. 274). Ciertamente Páramo se refiere a un sólo individuo –Alvaro Ulcué Chocué–, pero su afirmación respecto de éste pareciera poder generalizarse para su cultura. Ahora bien, ¿la filosofía es sólo abstracción o conceptualización? ¿Es además de lo anterior alguna otra cosa?

Lo anteriormente dicho deja entrever ya de alguna manera que no existe una sola filosofía, esto es, la europea de raíz griega, eminentemente abstracta⁶⁶, racional, sino también otras; como ya se vio en Capítulo anterior basándonos en Jaime Balmes existen otras filosofías: la china, la india, la egipcia, la persa, la caldea... ¿Podemos agregar una más, esto es, la ancestral

⁶⁶ La palabra **abstracción** supone separarse de lo concreto; es equivalente a metafísica; desde luego esto no es sino un nivel humano fragmentario propio de la mente humana, pues la verdad es que lo conceptual no es escindible de lo concreto vital; baste pensar, por ejemplo en *Dios*, considerado como lo más abstracto que pueda alcanzar la meta humana, y sin embargo según el mensaje cristiano se encarna en el tiempo a través de Cristo; o piénsese en el concepto *justicia*, el cual debe aplicarse hic et nunc, aquí y ahora, en cada momento histórico para que sea real y efectiva la máxima de que es dar a cada cual lo suyo.

latinoamericana? ¿La filosofía latinoamericana, sin más?⁶⁷ ¿Cuáles serían los rasgos de esta filosofía –término utilizado a préstamo de Europa tal como ya se dijo–, y, que podría llamarse también *sabiduría amerindia*? Antes de aproximarnos a una respuesta veamos algunos datos pertinentes.

Cuando los españoles conquistaron América, varias civilizaciones aborígenes existían aquí: los aztecas, los mayas, los incas, los chibchas... Se dice que algunas de ellas se encontraban en decadencia (muchos eran pueblos sanguinarios), especialmente la Maya, o vivían conflictos entre las distintas culturas aborígenes (vgr. aztecas versus toltecas) o al interior de éstas originadas en luchas por el poder (Huascur versus el Inca Atahualpa), y por eso, quizá, al español se le facilitó la implantación de su cultura apelando a su superioridad tecnológica armamentística.

A la Conquista española en América la sucedió la colonización; el español trajo la lengua castellana, la religión católica, la cultura jurídica proveniente de las Leyes de Indias, etc. De la colonización española existen visiones polarizadas: a) la que afirma que el indígena fue tratado con benevolencia desde el principio (así lo afirman, por ejemplo, Alfonso López Michelsen, Indalecio Liévano Aguirre, Juan Esteban Constaín); b) y la que sostiene que el indio fue despojado de su identidad y bienes desde la llegada de los españoles (como afirmaba Simón Bolívar, y más recientemente Francisco Beltrán Peña).

Leamos algunas frases al respecto de cada una de estas posiciones polarizadas:

Entre los que hablan relativamente bien de la colonización, Alfonso López Michelsen afirma: *“Fue la Audiencia, entre todas las instituciones castellanas, la mejor encarnación de la política española en América. De tribunales de justicia que habían sido originariamente en España, las Audiencias se convirtieron en nuestro suelo en órganos de las funciones políticas, legislativas y judiciales, resumiendo en uno solo todo el poder público(...) Con la creación de la Audiencia el capricho de los conquistadores se sustituyó por la ley general, se impuso un límite a los desmanes de las*

⁶⁷ Es de resaltar que en Colombia, desde hace varios años, la Universidad santo Tomás de Bogotá ha trabajado la que denomina filosofía latinoamericana, con una revista que posee el mismo nombre. Desde luego tal denominación tiene detractores pero no se puede ocultar dicho esfuerzo por darle cuerpo a una filosofía autóctona.

fuerzas militares, se señaló una órbita de Derecho y por primera vez en nuestra historia comenzó a gobernarse a nombre de una entidad geográfica; a legislarse a nombre de la comunidad, a administrarse justicia con sujeción a normas preexistentes a los hechos que se juzgaría..., defendiendo los intereses reales y protegiendo a los indios” (López Michelsen, Ensayos, 1955, pp. 116-117).

Juan Esteban Constáin, citando a Alvaro Uribe Rueda, y quien tampoco evalúa tan negativamente la colonización española, dice que en el libro *La otra cara de la luna* de Uribe Rueda, éste refuta la “leyenda negra” española, y se muestra en la línea de que “(...) *la corona española, durante la Conquista y la Colonia, había buscado la defensa de los débiles (es en serio), y que en ese propósito se le atravesaron los encomenderos y los herederos de los conquistadores, los señores feudales de acá, los próceres*” (Constáin, 2014).

Y cómo omitir aquí, al menos desde el punto de vista doctrinal (la práctica no respondió muchas veces a la doctrina⁶⁸), al dominico Francisco de Vitoria, quien afirmaba que la colonización era legítima con la condición de que su única preocupación fuera el bien y la prosperidad de los indígenas y no el provecho de los españoles (Touchard, *Historia de las ideas políticas*, 1961, p. 213).

⁶⁸ Se afirma por parte de algunos historiadores que la conquista española provocó la muerte de unos 20 millones de indígenas en toda América. A nuestro juicio no parece cierta esta cifra; sustentamos esta afirmación en Ludwig Hertling para quien la población indígena en la época del descubrimiento de América no es posible calcularla, además de las exageraciones de los conquistadores por su afán de gloria frente a los indígenas con quienes guerreaban, así como por parte de los misioneros cuando hablaban de los indios convertidos; añade Hertling que las cifras del mismo Bartolomé de las Casas son igualmente exageradas cuando dijo que la población de Haití descendió desde 1514 de tres millones a 14 mil almas por efecto de la crueldad de los españoles en la conquista; agrega Hertling que las cifras poblacionales se exageraron también por obra de la impresión en los historiadores de las culturas azteca, maya e inca, y que, en el caso de Norteamérica, el fenómeno es inverso debido a la aniquilación de indios para restarle importancia. Afirma por el contrario el historiador Hertling —dice que sin ánimo de ser preciso en datos demográficos— que en Perú y México hubo pocos millones de personas, y que aparte el Perú, Sudamérica no pasaba del millón de personas, concluyendo que al momento del descubrimiento del Nuevo Mundo éste estaba casi despoblado; si se tienen en cuenta estas consideraciones de un historiador de categoría como Hertling, es difícil aceptar la cifra de 20 millones de indígenas muertos por los españoles en la época de la conquista de América (Hertling, 1979, pp. 392-393).

Simón Bolívar, contrario a los anteriores, afirmó en su célebre Carta de Jamaica: “Sensible, como debo, al interés que usted ha querido tomar por la suerte de mi patria, afligiéndose con ella por *los tormentos que padece desde su descubrimiento hasta estos últimos períodos*, por parte de sus destructores los españoles...” (Ramón, 1962, p. 54) (la letra cursiva es mía).

Francisco Beltrán Peña en línea con la crítica a la España colonizadora en estas tierras dice que “*Desde sus comienzos los resguardos sufrieron todo un proceso de persecución* que bien puede resumirse en los siguientes puntos (la letra cursiva es mía):

“1.– Eran de institución comunal, la cual resultaba insular en medio de un sistema de producción privado y competitivo.

2.– Despertaron la codicia de los terratenientes y españoles pobres.

3.– El incremento de los tributos obligó a los indígenas a alquilarse en las haciendas vecinas por un jornal para cubrirlos.

4.– Los colonos blancos con mucha frecuencia los invadían.

5.– Los latifundistas buscaron su supresión a fin de apoderarse de las tierras, y obtener a la vez mano de obra barata en sus haciendas.

6.– Reducción de su extensión por parte de las autoridades, o concentración de varios de ellos en uno solo a fin de vender tierras desocupadas.

7.– Desalojo de los indígenas con promesas de entregarles otras tierras que nunca se cumplían” (Beltrán Peña, *La utopía mueve montañas*, Alvaro Ulcué Chocué, 1989, pp. 53-54).

Desde nuestra percepción, el aborigen americano fue tenido en cuenta por España, sobre todo por la Corona mediante medidas protectoras que después lamentablemente algunos conquistadores y colonizadores desconocían (el rey manda pero no gobierna, se decía), aunque no faltaron algunos con sentimientos humanitarios con los indígenas (vgr. Bartolomé de las Casas, Fray Antón de Montesinos); además, nuestro aborigen no fue extinguido totalmente como raza, lo que sí sucedió con otras civilizaciones indígenas por parte de los conquistadores, como los ingleses en Estados Unidos. Es un hecho que el español se mestizó con el indio; hubo instituciones como la Audiencia que los protegieron de los conquistadores y usurpadores –al menos en alguna medida–, y el amerindio aceptó más o menos de buen grado la religión católica y la cultura hispánica a través de las llamadas “Doctrinas”.

En concordancia con lo anterior, siempre nos ha llamado poderosamente la atención que la historia no hable de revueltas y rebeliones indígenas contra España (claro, existe también la postura de que ellas no fueron narradas por la historia oficial española aunque también es cierto que instaurada la república contra España dicha historia tampoco mencione nada al respecto); pareciera según esa historia común, a nuestro juicio, que la paz entre el español y el indio fue una realidad en general; es más, la independencia americana no fue obra de los indios sino de los criollos, es decir, de los españoles y nativos americanos con cierta posición socioeconómica, que aspiraban a la libertad política y económica frente a la Corona española.

Lo anterior no quita el inmenso desprecio hacia el indio en muchos casos, su persecución, su muerte, su cacería... Baste leer a Laura Montoya Upegui quien dice: *“Los indígenas no eran fieras cuando vino la raza blanca a América; los volvieron fieras los tratamientos irracionales de muchos ignorantes que no entendían el modo de ser del corazón humano. Los atacaron en la médula del alma: en sus tradiciones (...) ¡Y qué crueldades nos referían de esos tiempos!”* (Montoya Upegui, 2013, p. 319).

Dicha minusvalía del indígena se acrecentó ante todo después de la Independencia frente a España; por lo menos un historiador connotado como Constaín, basado en Alvaro Uribe Rueda, lo dice entre líneas: *“Así, la Independencia, habría sido según esa versión de la historia, un proceso oligárquico y no popular: el triunfo del patriciado criollo, tan blanco y tan cristiano, que se había aprovechado del vacío de poder en España para dar por fin un golpe de mano, incubado durante siglos, contra la única autoridad que frenaba su apetito y su poder, la corona”* (Constaín, Elogio de Alvaro Uribe Rueda, 2014).

Indalecio Liévano Aguirre también lo afirmaba cuando decía que la independencia respecto a España fue dirigida por los hacendados herederos de los primeros encomenderos, y por los comerciantes, quienes buscaron desde el primer momento suprimir los Resguardos como institución protectora de los indígenas, hecho demostrado en uno de los primeros Decretos de la Junta Provisional de Gobierno de Santa Fe de Bogotá, después del 20 de julio de 1810 que, so pretexto de abolir el tributo indígena, suprimió en el territorio de Cundinamarca los Resguardos (Liévano Aguirre, 2002, pp. 363 y ss).

Si ello fue de esa manera ¿cómo no pensar en que el indígena habría de estar olvidado después de la Independencia?

Si se repasa la historia reciente de Colombia, se observa que tal olvido del indígena era lo corriente; basta ver la mencionada autobiografía de Laura Montoya Upegui para darse cuenta hasta qué punto el indio era menospreciado a mediados de pleno siglo XX⁶⁹.

Por fortuna, la Constitución Política de Colombia de 1991, catapultó como nunca antes en la historia independiente de este país, lo raizal indígena y afrodescendiente; leamos a este respecto el artículo 7: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

Con la actual carta política colombiana han sido varias las sentencias protectoras del aborigen y del afrodescendiente, que de paso demuestran que a pesar del olvido de los gobiernos y las instituciones anteriores a esa fecha –1991–, las culturas nativas por fortuna no desaparecieron ni perdieron sus propios valores.

Veamos a continuación algunos valores amerindios.

Empezamos con unas palabras de Leonardo Boff hablando de la Amazonía: “(...) *durante miles de años, decenas de pueblos indígenas que allí han vivido y siguen viviendo han actuado como verdaderos ecologistas. Gran parte de toda la selva amazónica, en especial terrenos de campiña, ha sido manejada por los indígenas, promoviendo ‘islas de recursos’, creando condiciones favorables para el desarrollo de especies vegetales útiles, como el babacu, la palmera, el bambú, los bosques de castaños y frutas de toda especie plantadas o cuidadas para ellos mismos o para quienes, por ventura, pudieran pasar por allí. Las famosas ‘tierras negras de indios’ remiten a esta práctica*” (Boff, 2008, p. 80).

En seguida dice Boff:

“El indio y la selva, por tanto, se condicionan mutuamente. Pero no se trata de relaciones naturales, sino culturales, en una intrincada red de reciprocidades. El indio siente y ve la naturaleza como parte de su sociedad y su cultura, como prolongación de su cuerpo personal y social. Para él la naturaleza es un sujeto vivo y cargado de intencionalidades, no algo objetual, mudo y sin espíritu, como es para nosotros los modernos. La

⁶⁹ Laura Montoya Upegui, Autobiografía; véase especialmente el cap. IX. Como se lee allí, el olvido provino de todas las esferas, incluso las eclesiales. También puede verse Francisco Beltrán Peña, *op. cit.*, p. 83.

naturaleza habla, y el indígena entiende su voz y su mensaje. Por eso está siempre escuchando a la naturaleza y adaptándose a ella, en un complejo juego de inter-retro-relaciones. Ha encontrado un sutil equilibrio socio-cósmico y una integración dinámica, aun cuando haya guerras y auténticos exterminios, como los de los ‘sambaquieiros’” (Boff, La opción tierra, 2008, pp. 81-82).

Por eso, Boff concluye afirmando que hay lecciones que se deben aprender de los indígenas ante las actuales amenazas ambientales: *“Es importante, por ejemplo, concebir la Tierra, no como algo inerte y con unos recursos ilimitados y a libre disposición de la voracidad humana, sino como algo vivo, como la ‘Madre del indio’, que debe ser respetada en su integridad”* (Boff, *La opción tierra*, 2008, p. 82).

En Colombia, por ejemplo, esa compenetración del indígena con la tierra/naturaleza, también se da; citando a Beltrán Peña podemos leer palabras como éstas: *“Los paces al igual que todos los indígenas son sensibles a las distintas manifestaciones naturales. De ahí el que analicen los sueños, los diferentes cambios de la naturaleza, el canto o llanto de las aves, las visiones. Especial atención prestan a las señales corporales experimentadas porque presagian en ellas algo bueno o desagradable, según el caso”* (Beltrán Peña, *La utopía mueve montañas*, Alvaro Ulcué Chocué, 1989, p. 155).

Lo anterior podría dejar la sensación de un supuesto perfectismo indígena, pero desde luego los indígenas como todos los humanos, también tienen defectos; para la muestra un botón: en el año 2014, cuatro niñas emberás murieron por la práctica de la ablación⁷⁰; no se trata entonces de un endiosamiento de lo indígena por el mero hecho de ser indígena, idolatría que de nada sirve —como ningún fetichismo⁷¹—, sino de apreciar e incluso emular lo apreciable suyo cuando, como por ejemplo en estos tiempos, dichos

⁷⁰ “En 2014, cuatro niñas del pueblo emberá murieron tras ablación” (El Tiempo, 7 de febrero de 2015, p. 22). Que la ablación parece ser reprochable es algo que sostiene una progresista de izquierda como Luz Mireya Gallo Piñeros cuando dice: “Actualmente esta práctica se lleva a cabo en 23 países **sin ningún sustento médico**; algunos países de África, Medio Oriente, Asia y Colombia, único país en América Latina practican esta **barbarie** (negrillas mías) (Gallo, 2015).

⁷¹ Karl Marx criticó la idealización del “hombre primitivo”, del “buen salvaje” de Juan Jacobo Rousseau.

indígenas ponen un punto de contraste proambiental frente a nosotros los occidentales modernos depredadores de la naturaleza por solos intereses económicos capitalistas.

Con todo lo anterior podemos subrayar un primer valor importantísimo del indígena: su amor a la mamapacha, a gaia, a la naturaleza, a la madre tierra.

Pasemos a otro valor: su aspecto comunitario; volvamos a leer a Francisco Beltrán Peña: *“El indígena con su profundo sentido comunitario (cursiva nuestra) siempre lucha por colaborar con los suyos de alguna forma. Cuando se ve limitado para hacerlo llega a angustiarse tanto que prefiere morir porque se considera una carga para sus familiares... Por propia cuenta en estos casos deciden no tomar alimento a fin de acortar sus días y así evitarles problemas a la comunidad. Según cuentan algunos mayores ésta ha sido una costumbre antigua y actual”* (Beltrán Peña, La utopía mueve montañas, Alvaro Ulcué Chocué, 1989, p. 28) [Claro está que ante lo anterior es bueno no perder de vista que los demás también deben salir al encuentro del enfermo y que el enfermo debe dejarse ayudar. Aquí solo queremos destacar lo primero: el sentido comunitario en general].

Con lo anotado basta, entonces, para resaltar otro valor indígena: el sentido comunitario, que contrasta con el enorme sentido individualista de Occidente basado en una cultura egoísta. Políticamente, además, no deja de producirnos fascinación la figura de los cabildos indígenas: las grandes decisiones comunitarias son tomadas allí, evitando dictaduras, autocracias, y prepotencias del gobernante como suele ocurrir en Occidente.

Orlando Fals Borda, reliva de su parte los siguientes valores “fundantes” de nuestras culturas nativas; en primer lugar dice: “Los valores esenciales de estos pueblos (aquí se refiere a todos los pueblos, comprendiendo a los indígenas originarios, pero también a los negros libres, a los campesinos artesanos antiseñoriales y a los colonos pioneros internos), se conformaron con tradiciones de ayuda mutua de preferencia a las conflictuales” (Fals Borda, 2007, p. 22).

¡Cómo contrasta lo anterior con el espíritu competitivo y agresivo de los occidentales! Baste ver su historia de guerras constantes.

A continuación dice Fals Borda, refiriéndose en concreto a los indígenas primarios: *“Desde esta matriz que incluye 550 resguardos indígenas desde*

la Guajira hasta el Amazonas, podemos derivar en Colombia, para nuestro ethos reconstruido, los valores de la solidaridad o el siempre ofrecer. Tienen una cosmogonía que aún caracteriza a sus descendientes cuando no se dejan corromper por los capitalistas malsanos, que abundan en las urbes. En general ha sabido resistir los embates y codicias de la civilización occidental, como lo han demostrado en acciones populares auténticas ante los violentos, los abusos del régimen y los de grupos armados. Hay otros principios de estos pueblos que nos pueden servir mucho, como los de la reciprocidad o el siempre devolver; la no acumulación o el siempre distribuir; y el extraer recursos de la naturaleza sin excederse” (Fals Borda, *Hacia el socialismo raizal*, 2007, pp. 25-26) (este último podríamos irlo vinculando con el derecho ambiental, derecho fundamental y Capítulo básico de la filosofía del derecho hoy en Occidente, aunque desgraciadamente incumplido en gran medida; mientras el indígena lo predica y lo aplica, el occidental sólo lo predica de labios para afuera, sin cumplimiento cabal).

Concretando aún más, Fals Borda se refiere a valores propios de otros pueblos originarios; refiriéndose a los que él llama “negros libres” dice que *“(...) podemos rescatar su gran sentido de la libertad erguida y su incansable inventiva en situaciones de resistencia. Cultivaban la tierra en comunidad y aplicaban la ayuda mutua. Se organizaban jerárquicamente en recuerdo de sus reinos africanos con dirigentes elegidos por sus capacidades y carisma, que gobernaban con cabildos propios (...)”* (Fals Borda, *Hacia el socialismo raizal*, 2007, p. 26). Como se ve, este sentido de la libertad existía desde antes de las revoluciones liberales europeas.

¡Que lo comunitario así como la ayuda mutua deben destacarse es para sonrojar y enrostrar a Occidente, individualista y depredador!

Respecto a los “campesinos-artesanos antiseñoriales”, otro pueblo que él denomina originario de estas tierras, sigue diciendo Fals Borda, que *“(...) podemos retomar como valor fundante su alto sentido de la dignidad política y personal(...) Más tarde fueron los primeros en protestar contra el mal gobierno, con el estallido de los Comuneros en el Socorro en 1781, que siguieron en Antioquia (Guarne), Tumaco, Anserma, Toro y Hato de Lemos, Guaitarilla, Túquerres, Pasto, Jegua y Ayapel que lograron mucho de lo que se propusieron por la acción colectiva propia”* (Fals Borda, *Hacia el socialismo raizal*, 2007, p. 27); como se ve, esto ocurrió a lo largo y ancho

del país; dicha dignidad habría que tenerla en cuenta como punto de contraste ante un país extranjerizado como el nuestro.

Finalmente, siguiendo a Fals Borda otra vez, sobre los “colonos pioneros internos” –otro pueblo fundante de nuestra nacionalidad–, destaca como valor suyo la *autonomía y el autogobierno participativo*, prosperando sin necesidad de gobiernos centrales ni créditos externos, descentralizada y consensuadamente, y sin policías (Fals Borda, *Hacia el socialismo raizal*, 2007, p. 28).

Leyendo a Fals Borda, creemos que estas experiencias deberían enamorar hacia el estudio de estos pueblos y de lo autóctono nuestro; desafortunadamente vivimos muy pendientes de lo exterior, de los espejuelos de la sociedad de consumo capitalista, cayendo con ello en la alienación.

Si lo anterior puede decirse de nuestros antepasados en Colombia, yéndonos a otros pueblos de América del Sur encontramos algo similar en materia de valores; así, los Turucos, en Ecuador, relieván en mucho el *valor de la familia*: “*Para nosotros, la familia es el espacio de transmisión de conocimientos, valores, costumbres, y tradiciones. El desarrollo organizativo dentro de la comunidad está en correspondencia con la fortaleza y la unidad de cada familia; esto nos permite mantenernos más unidos, organizados, y autoidentificados*” (Alta Lima, 2002, p. 89).

A su turno, los Kechuas del Valle de Patakancha, en Perú, dentro de su desarrollo propio destacan que los conflictos sociales no deben ser amenazas para ellos; que la paz y el respeto de sus comunidades no pueden ser alterados por la injerencia de intereses y agentes extraños; y que la tecnología y la llamada modernidad deben tocar a sus puertas antes de ingresar a sus comunidades (Sami, 2002, p. 117).

Igualmente citemos a indígenas de Bolivia, los cuales valoran el propio calendario de trabajo, la tenencia de la tierra con su tamaño, lugar y factores climáticos, la sostenibilidad de la tierra y el medio ambiente (Beltrán Condori, 2002, p. 12).

De esta manera, podemos afirmar que la sabiduría ancestral –en términos de Occidente, la filosofía ancestral–, es claramente *axiológica*, no abstracta, metafísica o conceptual, pero sí de valores humanos y comunitarios efectivamente vividos y aplicados; con vocabulario

occidental es una filosofía axiológica; y si nos atenemos a la clasificación de las “intuiciones”, según Manuel García Morente, la sabiduría ancestral hace parte de las intuiciones llamadas por él *emotivas o valorativas*⁷².

La cuestión que surge en este momento es: ¿tales valores u otros, propios de la sabiduría ancestral, ***penetran el derecho indígena***? En otras palabras: ¿los valores ancestrales indígenas son fuentes y/o fines del derecho indígena?

- a) Pablo Guadarrama González –a propósito concretamente de los *derechos humanos*, y por tanto situándonos en el campo de la *iusfilosofía occidental propiamente dicha*– se pregunta: “¿Acaso las culturas ancestrales de América, especialmente las más avanzadas, no desarrollaron criterios y prácticas que hoy podrían dignamente ocupar algún lugar entre los antecedentes universales del Estado, *los derechos humanos* y la vida democrática?”⁷³ (la letra cursiva es nuestra).

Pasa Guadarrama González después a decir que “*Existen innumerables pruebas que demuestran no sólo que muchos de los conquistadores europeos y misioneros reconocieron la racionalidad y condición humana de aquellos pueblos ancestrales (...), sino especialmente la existencia entre ellos de prácticas democráticas y jurídicas, con independencia de que estas no estuvieran escritas (...), y se enseñaban en las escuelas por los propios legisladores, como reconoce Garcilazo de la Vega (...)*”.

“*Algunas de ellas –sigue diciendo Guadarrama González– hoy podrían considerarse superiores a las entonces existentes en Europa como el respeto a las normas y leyes, la tolerancia religiosa, el ascenso de algunos plebeyos a altos cargos, la toma de decisiones importantes como en caso de guerra, comunitariamente, así como la participación de las mujeres, la elección de los reyes, o de otro tipo de jefes, etc., por lo que no le faltan razones a Armando Suescún para sostener que cultivaron muchos de los postulados que se consideran inherentes a los derechos humanos*” (Guadarrama

⁷² Cfr. Manuel García Morente. Este autor dice que las intuiciones pueden ser sensibles, formales y reales; añade que dentro de las reales existen intuiciones intelectuales, emocionales y volitivas (García Morente, *Lecciones preliminares de filosofía*, 1952, p. 37).

⁷³ Guadarrama no desconoce lo europeo; de ello no debe prescindirse por el mero hecho de ser europeo; solo destaca lo aborígen americano para que sea tenido en cuenta ya que hasta ahora ha sido minusvalorado (Guadarrama González, 2014, p. 1). Posición que compartimos plenamente.

González, *Estado de derecho, democracia y derechos humanos*, 2014) (la letra cursiva es nuestra).

A lo anterior debemos precisar aún más diciendo que desde hace mucho tiempo existe un Capítulo básico en la filosofía del derecho occidental, que es, justa y precisamente, el de los derechos humanos de que habla Guadarrama, tratados de manera más abstracta por la filosofía del derecho de esta parte del mundo, pero concretos y encarnados en buena medida entre los indígenas, tal como se acaba de ver.

Preguntemos ahora: *¿son los derechos humanos anotados la fuente del derecho indígena?*

Pareciera que lo son; se podría al menos dejar sentada esta afirmación como posible hipótesis en la medida en que como ya se planteó, los valores indígenas (y en general de las culturas fundantes) son raíces profundas de su cultura, y los derechos humanos a su turno no son realidades distantes de ellos en el campo jurídico. Para el caso concreto, el valor de lo comunitario ya tratado, se trasplanta en lo jurídico—como acaba de verse en Guadarrama González—, en el respeto de normas y leyes y en la toma de decisiones comunitarias.

- b) Podemos añadir a todo lo anterior de Guadarrama González lo que Rosembert Ariza Santamaría trae en sus estudios jurídico-indigenistas actuales.

Dice este autor que el derecho indígena es un derecho *informal* (Guadarrama también nos acaba de decir que su derecho no es escrito, cuestión probablemente relacionada con el antiformalismo; este punto desde luego ameritaría un estudio especial: el de la conexión escritura y formalidad, pero no lo desarrollaremos en este lugar); este sería entonces un valor frente al tradicional formalismo occidental; y no sobra pensar que dicha informalidad es debida quizá a una poca conflictividad, que hace viable a su vez una justicia descongestionada.

Sobre la informalidad jurídica de los indígenas leamos estas palabras de Ariza Santamaría al introducir su obra “El derecho profano”: “*Por todo ello, se hizo una revisión en la práctica para establecer cómo una autoridad indígena, el Tribunal Supremo Indígena del Tolima (...) ejerce la administración de justicia, desde una concepción que no es precisamente la formal jurídica en toda su dimensión, sino que constituye un ejercicio democrático y novedoso de administración de justicia, hecho por operadores*

distintos al ‘juez formal’ y al exacerbado formalismo, donde sus prácticas informales, culturales y sociales abren una compuerta a maneras no convencionales de abordar, tramitar y resolver conflictos de orden comunitario-comunal o social” (Ariza Santamaría, 2010, p. 24).

No sobra añadir que la afirmación anotada debería indagarse más para saber cuál es la eficacia de dicha justicia informal teniendo en cuenta que ella –la eficacia– es un tema que se relaciona con la iusfilosofía desde el campo de la sociología jurídica que tanto se relaciona con aquélla; pero, en nuestro entender, lo que sí debe destacarse, ante todo, en el marco de esta obra (la filosofía del derecho como saber de fuentes y fines del derecho), es:

- a) La plausibilidad de una tradición jurídica propia, autóctona y nativa, valiosa en sí.
- b) Igualmente sobresale lo atinente a una justicia democrática, valiosa también en sí misma (lo cual se relaciona con el valor de lo comunitario) y no ser una llave exclusiva de los letrados.
- c) La informalidad de su derecho.

De otra parte, es de destacar en los estudios de Ariza Santamaría, el recurso al “derecho indígena”, al “derecho propio”, a la “ley de Origen”, al “derecho mayor” (¿similar al derecho natural de Occidente que se vio en Capítulo anterior? Creemos que sí y ello no debería causar extrañeza; otra cosa es querer ocultar el sol con una mano), con claro respeto a la tierra (lo cual en terminología igualmente occidental contemporánea se refiere al derecho ambiental), y en consonancia con lo espiritual humano (valor que ya ha sido destacado atrás).

Veamos lo que a este último respecto dice Ariza Santamaría de modo englobante, al definir la justicia indígena, la ley de origen, el Derecho Mayor o Derecho Propio, según como los propios indígenas lo conciben:

“Es la ciencia tradicional de la sabiduría y el conocimiento ancestral indígena, para el manejo de todo lo material y espiritual, cuyo cumplimiento garantiza el equilibrio y la armonía de la naturaleza, el orden y la permanencia de la vida, del universo y de nosotros mismos como pueblos indígenas guardianes de la naturaleza, regula las relaciones entre los seres vivientes desde las piedras hasta el ser humano, en la perspectiva de la unidad y la convivencia en el territorio ancestral legado desde la materialización del mundo” (Ariza Santamaría, *El derecho profano*, 2010, pp. 57-58).

Así las cosas, de esta definición se desprende que la *fuentes* del derecho indígena radica en la Madre Tierra. Sin más.

Pero de esta definición también podemos colegir además los *fin*es del derecho ancestral indígena: a) “el equilibrio y armonía de la naturaleza”; b) “el orden y la permanencia de la vida, del universo y de nosotros mismos”; c) “la unidad y la convivencia en el territorio ancestral”.

Enseñanza entonces del derecho indígena a Occidente es la defensa de lo que éste llama el medio ambiente; no se niega que el derecho occidental ha consagrado este derecho; entre nosotros aparece en la Constitución Política de 1991 en el Capítulo de los derechos colectivos y del ambiente, pero no se puede desconocer que sigue en una grave deuda; existen intereses económicos salvajemente capitalistas que arrasan con la tierra; baste pensar en tres ejemplos: los abusos de vieja data de los latifundistas contra los paeces en el Departamento del Cauca todavía hoy; la minería ilegal actual; y la minería legal cuando admite mecanismos como el Fracking que nos deja muchas dudas acerca de su conveniencia ambientalista.

Así, el indígena vive con menos riqueza consumista pero respeta el medio ambiente; de qué sirve consumir si ese consumo es cortoplacista; Occidente no respeta el medio ambiente por ser consumista y sin horizontes de vida a largo plazo. Por qué no decir lo siguiente: en el mundo occidental, la pregunta, la curiosidad ha podido llevar a excesos; el occidental se precia mucho de preguntar y por ello se ha cuestionado acerca de la naturaleza para explorarla, explotarla y expoliarla en muchos casos; creemos que el indígena, por el contrario, no pregunta... simplemente se sumerge, se deja preguntar y envolver por la misma naturaleza, se hace una sola cosa con ella, no la interroga, y por eso quizá no la ha maltratado; a lo anterior agreguemos que para el occidental especialmente a partir de la Modernidad, a la naturaleza se la vio como *res extensa* para aprovecharse de ella a como diera lugar; el indígena no, vive con ella en armonía, no es fuente de explotación y enriquecimiento.

Debe destacarse pues que en la sabiduría jurídica ancestral se observa un preeminente naturalismo (derecho natural). Ariza Santamaría cita a Herynaldi Gómez, antropólogo jurídico, quien dice a este respecto que la “Ley de Origen o leyes de la Madre Tierra son para indicar que son leyes que provienen de la naturaleza, no de los seres humanos” (Ariza Santamaría, *El derecho profano*, 2010, p. 63). Con ello se reitera que la naturaleza física, la

tierra, es la fuente del derecho indígena. Para la sabiduría jurídica ancestral la naturaleza es fuente del derecho. Se trata de una naturaleza cósmica, física, telúrica (no se trata de la sola naturaleza humana como se vio que es lo que sostiene la escuela occidental del derecho natural); sin embargo, puede sostenerse que hay una proximidad, en alto grado, entre ambas escuelas.

Reiterémoslo y veamos todavía más en detalle lo que sostiene del derecho indígena Ariza Santamaría:

Hablando de la “Ley de origen” la define como aquella que *“Regula las relaciones entre los seres vivientes desde las piedras hasta el ser humano en la perspectiva de la unidad, la convivencia y la pertenencia en el territorio ancestral y desde donde quiera que haya un indígena, la Ley de Origen es el saber fundamental de la espiritualidad y la cultura más íntima y propia de cada pueblo indígena (...)”* (Ariza Santamaría R. , 2010, pp. 58-59).

Con lo anterior podemos concluir que existen, según los autores citados, al menos dos fuentes del derecho indígena:

- a) Los derechos humanos (Guadarrama González).
- b) La Madre Tierra (Ariza Santamaría).

Pero es preciso decir que no pueden considerarse fuentes separadas y distanciadas entre sí, absolutamente autónomas (*Laudato si* del Papa Francisco se identifica y recoge esta tradición, también inveterada en la Teología judeocristiana).

La Corte Constitucional colombiana, ha defendido como se dijo al comenzar, desde 1991, valores ancestrales indígenas, siguiendo la norma constitucional del art. 7 que establece que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica (como la lengua propia de cada etnia⁷⁴, o considerando que la sanción corporal indígena del fueite o el destierro, no traicionan a la Constitución Política⁷⁵, entre otros fallos destacables; piénsese en este último caso el contraste con el sistema carcelario tan inhumano e ineficaz

⁷⁴ Cfr. sentencia No. T-384/94, magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. Allí se resume que “La discriminación en razón de la lengua deviene, entonces, discriminación racial”.

⁷⁵ Cfr. Sentencia No. T-523/97, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. El problema posible aquí es la existencia de dos techos ideológicos: 1) la concepción occidental de los derechos humanos que rechaza los tratos crueles e inhumanos; 2) y las concepciones indígenas que aceptan penas afflictivas como los azotes o el cepo. La solución a esta confrontación ideológica, según algunos, es considerar que la justicia

del derecho oficial o nacional, razón por la cual se debe pensar en un derecho penal alternativo; y ello hace más falta aún al pensar en la justicia transicional en épocas de conflicto –y ojalá postconflicto– como sucede entre nosotros).

Desde luego este es un Capítulo que amerita una investigación más puntual: el de ver cuál ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a las etnias colombianas; aquí solo se mencionan dos casos jurisprudenciales para introducir la cuestión invitando a profundizar en ello⁷⁶.

Finalmente, debe decirse, que junto a la sabiduría jurídica amerindia debe incluirse también lo afroamericano, que Fals Borda como ya dijimos denomina más exactamente los “negros libres” (así como los campesinos -artesanales antiseñoriales, y los colonos pioneros internos). Dejarlos de lado sería una omisión imperdonable; este es otro foco que amerita mucha atención y estudio, y que igualmente la Corte Constitucional colombiana ha tomado en cuenta.

Llegados a este punto creemos que debe subrayarse otra vez que lo ancestral no debe reñir con lo europeo y de otras latitudes que sean aportes valiosos para el derecho; desafortunadamente nuestra cultura en general y jurídica en particular, ha sido concentradamente europeísta y anglosajona, desdeñando lo ancestral raizal; es hora de rescatar lo nuestro autóctono; ya lo veíamos al traer a colación a Fals Borda, para quien lo raizal es de enorme valía (como también para nosotros). De ello deberíamos enamorarnos para enorgullecernos de ello. Pero no lo hemos hecho por desgracia: hemos sido muy clonadores, arribistas, enajenados, autoalienados, y subyugados por lo diferente a lo nuestro propio colombiano y latinoamericano.

El asunto es *cómo hacer* para que lo raizal, ancestral, aborígen, amerindio, afrodescendiente, penetre nuestro mundo jurídico; desgraciadamente en el Preámbulo de nuestra Constitución Política de 1991 no se tuvieron en cuenta algunos de los valores que hemos mencionado, propios de lo nuestro ancestral, bien sea por ignorancia o bien sea por descuido culposo: allí no aparecen ni la veneración por la naturaleza, ni el valor de lo comunitario,

indígena debe someterse a los valores y principios constitucionales; una Constitución aun indigenista como la boliviana vigente desde 2009 reconoce esta solución.

⁷⁶ Remitimos a la página web de la Corte Constitucional colombiana: corteconstitucional.gov.co, relatoría.

ni la importancia de la autonomía y la dignidad, no obstante el rescate de lo cultural propio como quedó establecido en el artículo 7 de la misma⁷⁷.

Para hacerlos valer hace falta una cultura abierta a lo autóctono, mecanismos y conductos que la propicien, y situados ya en lo jurídico, que las sentencias de los altos tribunales hagan referencia explícita a ellos⁷⁸. Es la manera de introducirlos abiertamente para nosotros poder ser una cultura –y cultura jurídica también– con personalidad jurídica propia. Es hora de hacer valer las fuentes y los fines valorativos del derecho ancestral nuestro: la madre naturaleza, lo comunitario, la autonomía, la dignidad propia. A este respecto bien vale la pena apoyarse en la encíclica *Laudato si* del papa Francisco quien reclama esta incorporación cuando dice: “(...) *es indispensable prestar atención a las comunidades aborígenes con sus tradiciones culturales. No son una simple minoría como otra, sino que deben convertirse en los principales interlocutores, sobre todo a la hora de avanzar en grandes proyectos que afecten sus espacios. Para ellos la tierra no es un bien económico, sino don de Dios y de los antepasados que descansan en ella, un espacio sagrado con el cual necesitan interactuar para sostener su identidad y sus valores. Cuando permanecen en sus territorios, son precisamente ellos quienes mejor los cuidan. Sin embargo en diversas partes del mundo, son objeto de presiones para que abandonen sus tierras a fin de dejarlas libres para proyectos extractivos y agropecuarios que no prestan atención a la degradación de la naturaleza y de la cultura*” (Francisco, 2015, p. 135).

⁷⁷ Debe reconocerse no obstante que en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 participaron dos indígenas; por primera vez en la historia de Colombia los indígenas participaron en la redacción de una Carta Fundamental.

⁷⁸ Luis Villar Borda dice a este respecto: “Algunos de sus principios se refieren a los indígenas; producto de una sabiduría ancestral, pueden ofrecer una contribución al derecho y a la filosofía, en temas tales como la interpretación de los derechos humanos” (Villar Borda, 2003, p. 119).

CAPÍTULO VII

NUESTRA POSICIÓN IUSFILOSÓFICA

Lo autóctono-jurídico parece que produce vergüenza en nuestra cultura y en la literatura jurídica; hablar de lo mestizo o indígena por desgracia es de poca monta. En tratándose de filosofía del derecho en concreto, la dependencia del exterior –Europa y el mundo anglosajón–, es casi que total; fruto de ello a nuestro parecer es que la academia estimula ir a Europa y a Estados Unidos –y casi nunca se hacen allí estudios indigenistas– y, al volver, los estudiantes de allá, traen por lógica el producto foráneo.

Nosotros, por el contrario, sin desconocer la tradición iusfilosófica europea y anglosajona en lo que puede considerarse más valioso, en esta obra hemos querido *realzar lo raizal* a fin de valorarlo y que se constituya en *elemento interpretativo y validador de los derechos humanos* que es la quintaesencia del derecho.

En páginas inmediatamente de atrás hicimos referencia expresa a la sabiduría jurídica ancestral; enlazamos con ellas para ir manifestando nuestra posición jurídica; queremos valorar esas tradiciones autóctonas sin demeritar lo valioso de afuera: ¿podrían armonizarse? Creemos que sí.

Esa armonización ya está incoada por ejemplo en nuestra Constitución Política de 1991 en el art. 246 cuando afirma que “La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial (la indígena) con el sistema judicial nacional”. Pero, además, dicha armonización también puede implicar estima, incorporación, aprendizaje, introducción de los valores ancestrales en la cultura en general y en la cultura jurídica, medio concreto este último para que lo autóctono permee la cultura. Una cierta unidad en medio de la diversidad es algo a nuestro juicio deseable y plausible.

Desde luego la expresión “filosofía del derecho” es foránea –entre nosotros podríamos llamarla sabiduría jurídica ancestral tal como lo hemos expresado– pero bien pueden enriquecerse las dos recíprocamente. Unos tienen que aprender de otros; son tiempos de globalización, aunque no

por serlo puede entenderse como positiva en todos los casos; pero en esta materia caben acercamientos mutuos de cooperación. Es el aporte que se quiere expresar aquí en este libro (junto con otros como la circunscripción de la iusfilosofía a las causas y los fines del derecho).

Así las cosas, se comparten plenamente los valores jurídicos occidentales y transnacionales que consagró la Constitución Política de Colombia de 1991 en el Preámbulo: “la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz”; pero, junto con ellos, los **principios ancestrales** ya vistos antes, y que volvemos a traer a colación para realzarlos para la hermenéutica jurídica nacional:

a) El *espíritu de comunidad*, y no simplemente la convivencia; el comunitarismo ancestral creemos que va más allá de la convivencia muchas veces un tanto fría y meramente tolerante en sentido negativo: el comunitarismo ancestral la supera; similar a la comunidad ancestral podemos entender la fraternidad, aquel gran valor de la Revolución Francesa con el cual se está en deuda en Occidente. En esta materia debe señalarse con pesar que existe un sentido de la propiedad privada exagerado (visible por ejemplo en Colombia), y, paradójicamente, vulnerado; no existen desarrolladas, y ni siquiera estudiadas, otras formas de propiedad comunitaria que estimulen la vida societaria. Las Zonas de Reserva Campesina (ZRC), establecidas y consagradas en la ley 160 de 1994, en Colombia, quizá sean una expresión de esa propiedad comunitaria que debería estimularse y propagarse con más fuerza aún⁷⁹.

b) La *integración del hombre con la naturaleza cósmica* (asimilable con los derechos colectivos y del ambiente, consagrados en la Constitución Política de Colombia del 91. Ello también se observa en Constituciones Políticas del entorno latinoamericano como la ecuatoriana y la boliviana). Empero, qué tristeza da observar el Plan Nacional de Desarrollo de Colombia 2015, ya para sanción presidencial a la fecha de escribir estas páginas, en el que el medio ambiente se puede mercadear con tanta facilidad. Es dicho PND una traición a la Constitución de 1991. Con las siguientes palabras lo ha

⁷⁹ Así lo piensa un experto en el agro colombiano como Darío Fajardo; para el efecto ver: Las Zonas de Reserva Campesina. ¿Estrategia de Desarrollo Regional y contra el desplazamiento? En: http://www.mamacoca.org/compendio_regional/Dario_Fajardo%20.htm.

denunciado Hernán Camacho al señalar: *“El Plan (...) pasa por exenciones tributarias a las multinacionales así como la licencia para que éstas exploten los páramos”*; y sigue diciendo: *“De otra parte, el componente minero energético del Plan (...) disminuye los tiempos y requisitos para la obtención de las licencias ambientales”* (Camacho, 2015).

De esta manera, lo que aquí se quiere subrayar es que la integración del hombre con la naturaleza, valor ancestral nuestro, no es compraventa de la misma, es *integración* con ella, es hacerse una sola cosa con ella; lo dice el papa Francisco con estas palabras: *“Olvidamos que nosotros mismos somos tierra. Nuestro propio cuerpo está constituido por los elementos del planeta, su aire es el que nos da el aliento y su agua nos vivifica y restaura”* (Francisco, *Laudato si*, 2015, p. 6); de esa manera, lo primero es respirar, vivir, y solo después comprar y vender... lo que de ella sea comerciable dentro de parámetros éticos y ecológicos.

c) El *sentido de dignidad y autonomía* (la dignidad quedó consagrada en la Constitución Política de Colombia de 1991 como “principio” en el artículo 1 de la misma). Pero también una vez más... ¡cómo duele observar la venta de los recursos naturales a las transnacionales capitalistas!; no hay sentido de soberanía nacional, de dignidad, de autonomía; un caso concreto para mencionar puede ser el de depender de la venta de semillas de arroz patentadas por Estados Unidos, desconociendo la tradición milenaria del mismo en nuestras tierras latinoamericanas. Y cómo no recordar también que el TLC de Colombia con Estados Unidos ha empobrecido a más de la mitad del sector rural colombiano según estadísticas al año de 2015.

Ahora bien, esos derechos ancestrales deben ser concebidos integralmente, al punto que uno lleva al otro, y si se viola uno seguramente se viola otro u otros; lo anterior podemos observarlo en el siguiente caso, verdaderamente trágico, sucedido por años en el Departamento colombiano de La Guajira, a causa de la minería foránea (la cita es larga y desgarradora, suficientemente grave, por lo cual no es posible dejar de registrarla), donde puede observarse la no interrelación entre los valores—derechos a lo comunitario, al medio ambiente sano, y a la dignidad y soberanía propia, por ser todos ellos violentados:

“Según las cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, entre 2008 y 2013 murieron 4.151 infantes, 278 por desnutrición, 2.671 a causa de enfermedades incurables y 1.202 que no alcanzaron a nacer (...)

La Secretaría de Desarrollo Económico del departamento, a través de la Universidad de La Guajira, hizo una investigación sobre el desempleo. El resultado es alarmante: un índice del 46.87 por ciento de desempleo. De esta manera el departamento se ubica por encima del 300 por ciento de la media nacional en desocupación (...)

Lo único que impera son las políticas inversionistas extranjeras y de empresas privadas (...) Empresas de carbón como el Cerrejón, han sido denunciadas por los mineros por no cumplir con los mínimos laborales. Hablan de largas jornadas de trabajo bajo altas temperaturas, del no reconocimiento de enfermedades profesionales como son la silicoantracosis y los problemas artromusculares, deshidratación de la piel, problemas auditivos, sin mencionar los largos días al polvo de la tierra y a la ceniza del carbón, entre otros.

Estas comunidades, igualmente han denunciado el impacto ambiental y humanitario que ha generado la explotación a cielo abierto, así lo expresaron desde 2008 en el Tribunal Permanente del Pueblo: 'Desde que comenzó la explotación las comunidades hemos perdido miles de hectáreas hasta el punto que ya los Wayúu no tenemos acceso al río desde Albania, porque las tierras aledañas las ha privatizado el Cerrejón. El resguardo está a menos de 500 metros de la mina, comiendo polvillo de carbón, durmiendo con las vibraciones del botadero de desperdicio y de las detonaciones; el resguardo de San Francisco lo atraviesa la vía férrea y una carretera de acceso en la mitad del resguardo'(...)

Además de estas denuncias señalan al Cerrejón como la principal culpable de la sequía de cerca de nueve pozos de agua que funcionaban como garantía del mínimo vital, y que por la explosión con dinamita a cielo abierto se producen movimientos en la tierra que crean grietas y poco a poco secan los pozos, sin mencionar las cenizas de carbón que caen a las aguas (...)

Tabaco es una comunidad afro, de la que poco se habla, que pertenecía al municipio de Hato Nuevo. Padece la llegada de la mega-minería y actualmente cumple más de 10 años reclamando la desaparición de su pueblo.

En agosto de 2001, los habitantes de Tabaco sufrieron un desalojo forzoso, donde participaron miembros de la seguridad privada de las empresas Carbocol-Intercor, transnacionales que estaban a cargo del Cerrejón, y miembros de la fuerza pública. Más de 700 personas fueron superadas

por máquinas aplanadoras que acabaron con los ranchos de bareque y barro. Desafortunadamente, Tabaco se ubica en un área importante para la expansión del complejo minero” (Tejada Sánchez, 2015)⁸⁰.

Pasemos a *explicitar más* el tema de los valores jurídicos.

Para empezar, quizá sea menester precisar que los valores de que aquí se tratan son los valores socio-jurídico-políticos y no los valores puramente personales, íntimos. Parece una perogrullada decir lo anterior pero no sobra decirlo; no se trata de decir que la axiología jurídica se compone de valores tales como la espiritualidad, la serenidad, la prudencia personal, la castidad..., todos ellos directamente personales, sino valores tales como el orden político, la seguridad del derecho y de la política, el bien común, o la justicia; incluso valores como la caridad, tampoco entran en la categoría de los valores jurídicos no obstante ser un valor social, ya que el valor jurídico trasciende la mera intimidad, la mera intencionalidad personal como sucede con la caridad, para situarse en un plano eminentemente exterior.

De otra parte, es necesario decir que los valores que aquí se predicán, algunos son de tradición para el derecho, como la justicia (de: ius) y la rectitud (de: directum), y otros son extrasistémicos al derecho, en su tradición etimológica aunque inevitablemente relacionados con él, como la seguridad, el orden, la concordia, la ética, la paz, la igualdad, la fraternidad, la libertad, etc.

La teoría filosófica de los valores, no sobra recordarlo en este momento, empieza de manera sistemática en el siglo XIX con Alexander Lotze. Luego vinieron numerosos filósofos que la cultivaron como Nicolás Hartmann, Max Scheler, José Ortega y Gasset, entre otros. Acerca de ellos han existido muchas consideraciones en cuanto a qué son, cómo se conocen, sus clasificaciones, cuáles son⁸¹. Creemos que aquí nos basta con circunscribirnos a decir *qué son*; pasemos a ello.

⁸⁰ Sabemos que la bibliografía basada en la prensa escrita no tiene, según algunos, el valor de cita bibliográfica, pero es una apreciación que no compartimos en la medida en que no dudamos de la seriedad de los equipos investigativos de la prensa. Nos apartamos de aquellos que no consideran sólida la bibliografía de la prensa escrita cuando ésta, obviamente, es seria y documentada como es el caso del artículo referenciado.

⁸¹ Remitimos a Rodrigo Noguera Laborde en esta materia en su obra *Elementos de filosofía del derecho*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 1997, capítulo VII.

Creemos que los valores son bienes concretos del ser de las cosas reales, ideales, o de la vida en general⁸², que imperan por su atractivo en la razón y en la voluntad; podría pensarse por ejemplo en la belleza, en la virtud, en el heroísmo, etc. Son bienes, no en general, sino concretos. Afectan y pertenecen al orden más íntimo del espíritu pero se expresan de manera real, podría decirse que de manera encarnada, así sean profundamente trascendentales en su raíz; no basta con decir que son bienes –en general–, o decir que son “cualidades *sui generis*”, no, son bienes muy específicos. Por serlo, atraen poderosamente al espíritu y a la voluntad y por ello imperan en el hombre de una manera espontánea sin hacer un esfuerzo intelectual especial, lo cual no significa que no deba hacerse un cierto esfuerzo en orden a profundizar en ellos; a veces impelen por vía del sentimiento, a veces por la inteligencia, a veces por la sociedad; no importa circunscribir su proveniencia, pueden venir de cualquiera de esos canales, pero lo cierto es que atraen al hombre de una manera irresistible e inevitable.

Puede decirse además que los valores son “objetivos” en la medida en que están “ahí”, radicados en las cosas reales, ideales, o en la vida, aunque desde luego necesitan la receptividad final del sujeto en quien recaen. Ellos admiten jerarquizaciones pues no es lo mismo un valor material que uno estético, uno económico que uno espiritual, aunque finalmente se entrecrucen y requieran mutuamente.

Debe añadirse a lo anterior que dichos valores por pertenecer a esa triple dimensión de la realidad siempre están latentes, pero qué duda cabe que relucen o se hacen patentes según la circunstancia histórica: unas veces imperará la justicia, otras veces la paz, otras, la prosperidad y el desarrollo económico, etc. Todos existen en el fondo y la forma de las cosas pero se modulan de acuerdo al momento histórico según se requiera. Baste pensar que no es lo mismo la justicia transicional específicamente para un país en un momento de conflicto, que para otro que no lo tiene.

Una vez hecha esta pequeña justificación, digamos una palabra acerca de la diferencia entre los *valores jurídicos* y los *principios generales del derecho*⁸³;

⁸² Esta triple dimensión de cosas reales, ideales y de la vida, la hacemos siguiendo a Manuel García Morente en su obra *Lecciones preliminares de filosofía*, en el capítulo o lección XXV.

⁸³ Cabe hablar de varios tipos de principios; citamos a continuación algunos: **principios lógicos** (vgr. el principio de identidad), de **principios en el orden personal** (vgr.

a este respecto no compartimos la siguiente afirmación: *“Sea lo primero dejar en claro que este ensayo no está dirigido al análisis de principios de otra naturaleza distintos a los generales del derecho (...); por ello no agotaremos esfuerzos en la mención de otros valores constitucionales sobre los cuales la literatura es abundante”* (Blanco Zúñiga, 2002). Fijémonos que este autor confunde principios generales del derecho con valores jurídicos; empero, el mismo Blanco Zúñiga, más adelante se contradice con las anteriores palabras pues comparte lo que la Corte Constitucional colombiana ha afirmado: *“En un meritorio esfuerzo realizado por la Corte Constitucional, tratando de dilucidar la significación que proyectan los principios y los valores dijo: ‘Los principios expresan normas jurídicas para el presente, son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana’*” (Blanco Zúñiga G. A., 2015). Pero ante lo anterior debemos decir que tampoco compartimos la posición de la Corte Constitucional pues creemos que tales valores o fines están en el presente: piénsese por ejemplo en el orden, en la justicia, en la paz, que son valores/fines que se encarnan en el hoy; ciertamente apuntan a un deber ser, a un futuro, pero se enraízan en el presente.

Para nosotros, un principio jurídico es un elemento a partir del cual nace el derecho y sirve de guía y parámetro de interpretación tanto para el Legislador como para los jueces (vgr. la dignidad humana); y un valor jurídico lo entendemos a su turno como una encarnación en el tiempo de un principio y al cual aspira en el presente y en el futuro una comunidad jurídica (vgr. la convivencia).

De otra parte, también es menester diferenciar valores, principios y *reglas del derecho*; sobre las reglas del derecho han existido muchas teorías; no son lo mismo ellas para Kelsen que para Hart por mencionar un par de autores; un autor colombiano, Rodrigo Noguera Laborde las entiende como máximas tradicionales del derecho; así por ejemplo la regla *pacta sunt servanda* (somos siervos de lo pactado); sin embargo, no siempre es fácil diferenciar reglas de principios. Los valores, para mayor dilucidación

cuando el filósofo Nozick dice que ellos sirven para para justificarse ante los otros), de **principios políticos** (vgr. cuando Rawls habla de que la función de ellos es hacer posible la definición de criterios morales de justicia desde una perspectiva que vincule a todos los miembros de la sociedad), y de **principios generales del derecho** (vgr. el principio de que la cosas se deshacen como se hacen) (Durán Casas, 2015).

de estos conceptos –reglas y valores–, creemos que se diferencian de las reglas incluso en su enunciación: los valores caben en una palabra, como por ejemplo: orden, paz, justicia, mientras que las reglas se expresan en una frase con contenido ético/jurídico.

Hablando ya de los valores jurídicos, se han contado entre ellos: la justicia en primer término, la equidad, la seguridad, y el bien común (Noguera Laborde, Elementos de filosofía del derecho, 1997, pp. 229 y ss), etc. Desde luego se pueden añadir muchos más: cómo no contar por ejemplo la paz para un país como Colombia.

El asunto que consideramos de mayor importancia en este tema después de decir lo que son, es el del *alcance jurídico* de los valores. De no tener en cuenta este aspecto, los valores no pasarían de ser platonismo jurídico, buenas intenciones, deber–ser, sin más. Por ello se cree que dicho alcance se establece en tanto en cuanto las sentencias de los jueces, y desde luego, ante todo los jueces constitucionales, en sus fallos se refieran *explícitamente* a ellos, los enuncien, los expliciten, los enaltezcan, los valoren (valga la redundancia) para que se hagan vida jurídica de la nación.

Lo anterior significa que los valores inspiran y direccionan al derecho positivo, pero sin éste no serían sino meras enunciaciones gaseosas; esto quiere decir que el derecho positivo y los valores se retroalimentan entre sí, forman un circuito de ida y vuelta; en otras palabras: el derecho positivo requiere de valores, y los valores requieren del derecho positivo; no pueden ambos tópicos vivir en el mundo jurídico de manera independiente; es un retorno a la dualidad clásica aristotélica del derecho; es como dirían los españoles “la pescadilla”, que se muerde su propia cola; es lo que pensadores del campo jurídico como Kelsen o Hart, intuyeron después de hablar en un primer momento de un puro positivismo jurídico: que este, finalmente, necesita de un mínimo de ética, de moral, de metafísica, incluso de derecho natural [en el caso de Hart el derecho natural o valor de la libertad para todos y cada uno (Beuchot Puente, *Filosofía del derecho, hermenéutica y analogía*, 2006, p. 90)].

Así pues, valor y norma positiva, norma positiva y valor, forman una unidad con carácter indisoluble. La norma contiene y apunta a un valor, y éste necesita a la norma positiva so pena de evaporarse; cada uno de manera separada no es nada; es un *iuspositivismo axiológico*. Es un tipo de

iuspositivismo moderado. En tal sentido nos aproximamos –ya lo dijimos en páginas atrás–, a Gustav Radbruch.

Positivismo porque el derecho necesita la consagración explícita de leyes y sentencias y sin ellas no habría tal derecho, y axiologista porque leyes y sentencias nacen, contienen y se dirigen a los valores. No iuspositivismo “extremo” –iuspositivismos para los cuales el derecho es solo y únicamente la norma escrita–, sino iuspositivismo moderados debido al respeto que las normas deben profesar hacia los valores; sabemos, no obstante, que la expresión no es quizá del todo adecuada porque la expresión “iuspositivista” tiene una carga histórica muy fuerte, pero creemos que puede ser comprendida por los lectores dentro del contexto al que nos estamos refiriendo.

Desde luego, junto con, o al lado del alcance jurídico de los valores, la cátedra o *enseñanza* de la iusfilosofía valorativista es necesaria; efectivamente, si tomamos el valor como aquello que no le es indiferente al hombre (García Morente, Lecciones preliminares de filosofía, 1952, p. 375), la cátedra de iusfilosofía debe despertar en los alumnos de derecho esa sensibilidad; la cátedra mencionada, además de delimitar la iusfilosofía de la iusteoría –sin separarlas del todo–, debe centrarse en despertar conciencia de los valores jurídicos; para ello deben traerse a colación ejemplos insignes de juristas⁸⁴, sentencias célebres⁸⁵, y demás elementos que eduquen en valores.

⁸⁴ Por ejemplo la Corte de Oro de Colombia con los magistrados Zuleta Angel, Hinestrosa Daza, J.J. Gómez..., que revolucionaron la jurisprudencia poniéndola a tono con las reformas sociales de 1936. Andrés Holguín, quien rindió en su momento concepto negativo a trasladar los delitos de los civiles a la Justicia Penal Militar en situación de Estado de Sitio, es un ejemplo también. Igualmente podría citarse a G. Gómez Velásquez quien se opuso en los años 80s a autorizar la creación de grupos de autodefensa por parte del Ejército.

⁸⁵ Vgr. las sentencias de grandes magistrados norteamericanos como Holmes, Brandeis, Cardozo, que cuestionaron las teorías individualistas del Derecho en el marco de la doctrina anglosajona de la libertad de contrato. También puede recordarse al juez Warren, quien puso fin a la discriminación racial en las escuelas y universidades; se puede mencionar a Turgot Marshall quien defendió a una anciana negra que se negó a abandonar su puesto en un autobús y pasar a la zona de puestos de los negros. Podemos hacer memoria también de los magistrados Douglas y Blake, quienes salvaron sus votos contra las sentencias que condenaron a miembros del Partido Comunista norteamericano por el solo hecho de su ideología en un período difícil de la democracia norteamericana dominada por una cacería de brujas del senador Mc Arty.

Pasemos ahora a ver sumariamente alguna *especificación de los valores*. Con ello lo que se quiere es simplemente “sensibilizar” en aquéllos; en una época como la presente, en la que todo pasa tan velozmente, es necesario hacer parones, discernir, reflexionar, para que los valores no pasen sobre la piel insensiblemente. De quedarnos insensibles ante ellos nos deshumanizaríamos.

En tono con lo anterior, el valor jurídico por excelencia que siempre se debe realzar es el de *la justicia*; Arthur Kaufmann llega a decir que la iusfilosofía es “la doctrina de la justicia” (Kaufmann, *Filosofía del derecho*, 2002, p. 39); lo compartimos, aunque no nos cerramos inexorablemente a una consideración de que la iusfilosofía se circunscriba solo a la justicia; creemos que la iusfilosofía trata de los valores (jurídicos valga la redundancia) en general, uno de los cuales solamente es la justicia; pues bien, en todo caso, a ella nos queremos referir a continuación; creemos que todo jurista debe tener un conocimiento de la justicia para ser sensible a ella. Sin ella el jurista no puede ser tal.

La justicia es una palabra y un concepto multisignificante y multisectorial; en efecto, de la justicia tratan la religión, la política, la economía, la moral, el derecho; ante esa afirmación cabe preguntarse si existe una justicia más propiamente circunscrita al campo del derecho, una justicia propiamente jurídica (antes de responder a esta cuestión, no sobra afirmar igualmente que dicho abordaje tiene algo de innecesario en la medida que todos sabemos que los conocimientos hoy se interrelacionan grandemente; por ejemplo, la economía influye en gran medida en la consecución real de los derechos; por lo tanto, la justicia en los distintos campos del conocimiento y del quehacer humano se interrelacionan, forman una red, un complejo, un sistema, entre sí).

Decíamos inmediatamente antes: ¿existe una justicia propiamente del derecho?; a este respecto pensamos que la definición quizá más exacta de justicia para el derecho es la de “dar a cada quien lo suyo”; desde siempre el derecho se la ha apropiado porque tiene un claro marco de alteridad e intersubjetividad propio del mundo jurídico; tiene un sabor conmutativo entre dos personas; y es que el derecho nació y sigue siendo en un alto porcentaje un medio que relaciona a los particulares tanto pacífica como judicialmente. Miles de contratos son conmutativos, y los conflictos originados en ellos llevan a una decisión judicial igualmente conmutativa, esto es, frente a los particulares;

justicia conmutativa es pues el conglomerado de relaciones, contratos, negocios cotidianos, por millones, que relacionan a los particulares horizontalmente bien sea pacífica o judicialmente. Es el derecho privado mismo.

A medida que fue surgiendo el capitalismo, se fue dando una figura: la del derecho comercial o mercantil que fue desbordando la mera horizontalidad para llegar a un derecho hoy donde las grandes empresas se relacionan con los particulares mediante *contratos de adhesión*; no es lo deseable y siempre debe haber lugar para un consentimiento pleno para que sea verdaderamente derecho.

Cronológicamente, por el aumento poblacional ante todo, se fue imponiendo otra justicia, la distributiva, una justicia ya no horizontal sino *vertical*, prevista en la antigüedad (por ejemplo en Aristóteles) pero que hoy domina el mundo de la justicia en general. Es una justicia económica y política, pero que tiene que ver en un grado alto con la justicia jurídica (piénsese por ejemplo en la justicia distributiva característica del derecho tributario).

Aristóteles entendió la justicia como lo legal y lo igual⁸⁶, y entre sus clases se encuentran las mencionadas *justicia conmutativa* (entre iguales, entre particulares; es la propia del derecho privado), *distributiva* (del gobernante para con los gobernados; es una justicia política), y la *legal* (la del ciudadano cuando cumple la ley); pero para Aristóteles posee una trascendencia especial la clase de justicia llamada la *equidad*, esto es, la aplicación de la ley general en los casos concretos atendiendo a las circunstancias; es una justicia que puede llamarse judicial.

Digamos que el estagirita lo que hace con estas tipologías o clasificaciones es observar lo que acontece en la realidad. Es lo propio de todo filósofo (esto es, ver, también juzgar, y actuar). ¿Dejó Aristóteles por fuera otros tipos de justicia? ¿Cuáles tipos podríamos añadir hoy? De nuestra parte queremos decir que hoy en día podríamos añadir al menos tres tipos de justicia:

- a) La justicia **con el planeta tierra** (debemos dar a él lo que es suyo; pero también ello nos favorece, porque al darle a la tierra lo suyo,

⁸⁶ La importancia de la ley en Grecia fue grande debido a la capitalidad de la polis; la ley allí era sinónimo de libertad dentro de la ciudad-Estado; lo igual lo ve el estagirita como lo conmutativo (entre particulares), lo distributivo (del que tiene autoridad para con los gobernados; esta tiene una importancia especial en las concepciones de justicia hoy), lo legal, y lo equitativo.

terminamos todos beneficiándonos)⁸⁷. Aquí debe incluirse la justicia con los animales, con las plantas, y con todo lo que compone el universo cósmico, pues todo ello conforma un conjunto vital, y atentar contra ese universo físico es atentar también contra el hombre. Esto es también, por cierto, tercera vía iusfilosófica, tal como hemos visto atrás tratando de la dialogicidad del derecho con lo cósmico y lo ancestral/aborigen.

- b) La justicia *con las víctimas en la historia*. Es lo que un filósofo actual, Michael Sandel, trata en su obra *Justicia, ¿hacemos lo que debemos?*, tratando de la reparación a las víctimas del pasado en casos como el de la Alemania nazi con los judíos, el de Japón por sus atrocidades en la segunda guerra mundial, Australia por las torturas y asesinatos a los aborígenes originarios, o el caso de Estados Unidos con los esclavos negros en el pasado (Michael Sandel, *op. cit.*, 2011, pp. 236 y ss).

En Colombia, este tipo de justicia tiene una especial actualidad debido al proceso de paz entre el Gobierno y la insurgencia de las FARC-EP, en cuya agenda se encuentra precisamente la reparación de las víctimas.

- c) La *justicia para con las generaciones futuras*. ¿Qué planeta se le va a dejar a las futuras generaciones humanas? Es lo que contempla un filósofo actual, Arthur Kaufmann, cuando afirma: “*Nosotros debemos, siguiendo el modelo de Hans Jonas, es proyectar una ética del futuro y una filosofía del derecho del futuro. Necesitamos una ética y una filosofía del derecho para las muchas generaciones que (es de esperar) vendrán después de nosotros y con ello no solo profesar un amor al prójimo, sino nada menos que también un amor al lejano*” (Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, 1998, pp. 89-90)⁸⁸. Esto también es tercera vía tal como hemos venido sosteniendo.

John Rawls, en 1971 escribió la obra *Una teoría de la justicia*, en la que propone de nuevo la igualdad como sinónimo de ella a partir de una

⁸⁷ Creemos que es la postura de pensadores como Leonardo Boff en su obra *La opción tierra* (Sal Terrae, Santander, 2008). No lo dice expresamente, pero puede colegirse de esta obra especialmente en los capítulos V y VI.

⁸⁸ El artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de la Asamblea Constituyente francesa de 1789 hablaba de que las generaciones presentes no podían sacrificar a las futuras generaciones.

posición original y de un velo de ignorancia que ayuda a partir de “cero” (salvo una información general básica que por tanto no se debe soslayar) en la confección del contrato social para construir una sociedad justa. Ahí se observa un volver a la justicia conmutativa aunque Rawls la termina ubicando ante todo en el campo político/distributivo (remitimos a lo ya visto en el Capítulo referente a la tercera vía iusfilosófica).

Robert Alexy (en su obra: *institucionalización de la justicia*) la entiende como ponderación de los derechos. Es una concepción claramente judicial. Es una concepción en el campo del reconocimiento de derechos en medio de los pleitos pero también en el amplio campo de los derechos humanos. Es de alguna manera un remozamiento de la prudencia, necesaria para la realización de la justicia.

Amartya Sen (en su obra: *La idea de la justicia*), la concibió como la sumatoria de la búsqueda de lo justo rawlsiano a través de las instituciones democráticas liberales, junto con los comportamientos reales y justos de las personas para remediar injusticias evidentes. Se ve aquí una concepción de la justicia tanto distributiva como de la acción cotidiana de la ciudadanía (¿la que Aristóteles llamaba justicia legal? Tal vez). No es solo una justicia institucional; es ella, sí, junto con una conducta personal justa.

Quizá lo más interesante de la concepción de Sen, es que se debe estar presto para advertir lo injusto notorio, y remediarlo, para así conseguir poco a poco la justicia.

Justamente los tres autores inmediatamente anteriores, Rawls, Alexy, y Sen –y seguramente otros también–, podemos clasificarlos como iusfilósofos y iusteóricos de la tercera vía que es la que aquí más directamente nos interesa, y por lo tanto ellos también: en efecto, siguiendo esta postura lo que hacen es entender la justicia como una *sumatoria*; Rawls como una justicia natural en tanto en cuanto parte de la situación inicial (original position) con el velo de ignorancia de por medio, para edificar la justicia desde dos principios básicos (pareciera que naturales también) de libertad y justicia; Alexy en cuanto que entiende la justicia igualmente como una sumatoria (tan propia de la tercera vía) de pretensión de corrección (reliquia de la ética natural aristotélica) y norma positiva; y Sen, para quien la justicia es igualmente otra agregación entre las instituciones liberales rawlsianas y los comportamientos reales de las personas en pos de la justicia.

Se ha pasado en este breve recorrido histórico acerca de la justicia, haciendo una generalización, de la justicia conmutativa a la justicia distributiva, por obra de lo acontecido en el siglo XIX, esto es, de la industrialización, del aumento de la población, del capitalismo, y de la cuestión social⁸⁹. Es una justicia que se ha desplazado del campo del derecho privado al campo del derecho constitucional y económico, del igualitarismo conmutativista-formalista a la justicia distributiva-antiformalista; de la justicia clásica a una justicia axiológica más propia de la tercera vía.

Aparecen en el anterior recuento autores extranjeros, pero también los hemos entrelazado con los valores autóctonos: no nos contradecemos pues ya habíamos dicho que una iusfilosofía ancestral debe armonizarse con lo foráneo en lo posible.

Ahora bien, como se dijo atrás, existen otros valores además de la justicia que es, seguramente, el valor primigenio; pero podemos mencionar otro valor: *el orden*. El orden aparece –con esa expresa palabra– en el escudo de algunos países como Colombia (libertad y orden) y Brasil (orden y progreso). Se ve así la aspiración y la prospectiva de éste. Pero... ¿qué es?

Existe un orden personal como virtud pero este no tiene nada qué ver con los valores jurídicos los cuales deben ser sociopolíticos como se dejó dicho. ¿En qué consiste? Quizá el orden sea hoy el respeto de los derechos humanos, el respeto de la oposición, la convivencia en la pluralidad –lo que Aristóteles llamaba la concordia–, la aplicación del derecho pronta y debidamente, es decir, una rama judicial funcionando a cabalidad, una economía sana que posibilite la protección plena de los derechos, en fin, una trilogía armónica de política, economía y derecho que verdaderamente custodie a las personas de manera integral y plena.

También encontramos el valor de **la seguridad**; existe la seguridad “dentro” del derecho, en el sentido de que los procesos judiciales cumplan debidamente sus etapas hasta llegar a una verdad lo más perfecta e

⁸⁹ Aunque ya dijimos algo, abundemos nuevamente en ella: en el s. XIX la llamada “cuestión social” estaba referida a la situación de miseria de la clase obrera como consecuencia de la sobreexplotación de esa clase por parte de los dueños del capital, produciendo salarios de hambre, jornadas laborales de 16 y 18 horas diarias, trabajo de mujeres y niños en las fábricas y en las minas de carbón. El papa León XIII a fines del siglo XIX calificó la situación de la clase obrera de “moderna esclavitud”, peor que la esclavitud de la antigüedad.

imparcial posible brindado así credibilidad al derecho; y una seguridad “política”, donde la ciudadanía, en la calle y en sus casas, sienta que su vida y propiedades no corren peligro; dicha seguridad política afecta así a la seguridad de los derechos humanos.

Sin embargo, queremos aquí subrayar el valor de la justicia como fin del derecho, sin desconocer que el derecho también es fin de la justicia cuando se trata de la justicia conmutativa, esto es, dar a cada quien lo suyo, y sin menospreciar tampoco otros valores, en especial **la paz**, los cuales sin duda están relacionados en últimas con la justicia.

Así las cosas, presentamos aquí una iusfilosofía con muchos aportes foráneos, locales, ancestrales, y, valorativista. Con todo ello sentimos una profunda simpatía. Es una acumulación histórica muy importante. Desde luego queremos resaltar lo ancestral, lo nativo, lo aborígen como sabiduría a rescatar y tener mucho más en cuenta.

Es de subrayar que cuando aquí hablamos de valores lo hacemos tomando dicha expresión en un sentido general, es decir, entendemos por ellos tanto lo que se llama valores como también los principios generales; por tanto, somos defensores de valores y principios.

Y llegados a este punto de nuestro trabajo es también el momento de hacer más directa y expresamente un *alegato* sumario por la *tercera vía iusfilosófica con la cual desde el comienzo manifestamos nuestra inclinación*. Lo enlazamos con la anterior visión valorativista–ancestral–occidental, ya que ambas posiciones se hermanan. No son ópticas separadas –la valorativista y la tercera vía–, pero las líneas que siguen de algún modo engloban toda nuestra postura.

Para comenzar consideramos pertinente hacer una introducción acerca de la importancia de la *doctrina en el derecho*.

Elaborar un libro no tiene otro sentido que contribuir a la construcción de una cierta posición doctrinal. La doctrina ha contribuido siempre y sigue haciéndolo para ser “fuente auxiliar” del derecho. Desde luego cabe elaborar un libro para efectos *divulgativos*, y éste también tiene esa finalidad, pero aquí procuraremos producir el primer propósito.

La doctrina será siempre necesaria porque el derecho es un mundo difícil que requiere de luces, no solo de la ley y la jurisprudencia, sino también de la doctrina, así como de la luz de la equidad, y de los principios generales

del derecho. Plasmar el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia de 1991 supongo que fue una labor apasionante en su momento ante todo para quienes tenían que ver más directamente con el derecho en el texto constitucional. Allí se consagró, precisamente, una vez más, la doctrina como criterio auxiliar del derecho

Lo inmediatamente dicho sirve de *marco* para el alegato de nuestra defensa de la tercera vía. Es el marco de la doctrina. Sobre ella cuántas cosas se podrían reflexionar. Nuestra Corte Constitucional ha echado mano de doctrinantes tales como Ronald Dworkin, Herbert Hart, John Rawls, y otros. Ellos sirven para argumentar. El derecho es argumentación. Su lógica es un mundo infinito de posibilidades, y quizá por eso mismo, necesitado de argumentación lo más sólida posible para convencer a las partes en un juicio, y/o a la sociedad en general cuando sus fallos son erga omnes o constitucionales. Desde luego no me acerco ni de lejos a semejantes doctrinantes, lejos de mí tal arrogancia, pero cada quien en su ilusión aspira que a que las líneas que escriba puedan contribuir a la iluminación de ese mundo del derecho. Aquí estamos con esa pretensión llena solamente de buena voluntad para que el derecho sea más justo.

Una reflexión a este respecto de la doctrina: ¿así como la jurisprudencia crea precedentes vinculantes, la doctrina crea también los suyos?

Desde luego los crea, aunque nunca con carácter vinculante al modo como es la vinculatoriedad característica de una sentencia; un fallo judicial vincula con efectos jurídicos de sanción exterior (cárcel, indemnización de perjuicios...), mientras una doctrina vincula, también, pero con efectos morales, interiores, espirituales, profundos, argumentativos.

Otra reflexión en torno a ella: los autores han creado precedencia, es innegable. Ha habido autores con fuerza intelectual de tiempos de larga duración: Aristóteles, Agustín de Hipona, Tomás de Aquino, Francisco Suárez, Hugo Grocio, Immanuel Kant... Hoy esos autores, clásicos desde luego, siguen siendo faros de luz pero se recurre a otros que los han desarrollado con aportes innovadores como los nombrados al principio: ¿Cuánto durarán vigentes estos autores más recientes? Eso se podría comprobar cualitativa y cuantitativamente. El conocimiento hoy corre a velocidades siderales, nunca soñadas antes; lo que hoy tiene vigencia, mañana a esta misma hora puede quedar rezagado. Todo hoy es efímero. Pero los clásicos siguen. ¿Los de hoy serán clásicos mañana? ¿A quiénes

recurrir para sustentar y argumentar mejor un fallo judicial, a los de antes o a los de hoy? Los autores de hoy parecen sólidos pero ello no nos debe llevar a ignorar los del pasado. Entre unos y otros debe haber *diálogo* –ese diálogo tan defendido por un autor de hoy, Habermas, justamente encuadrable en la tercera vía–, diálogo que conviene para no caer en una bagatela jurisprudencial desde luego peligrosa. Sabemos que lo volátil es cosa de poca consistencia; por eso es bueno combinar los argumentos entre los antiguos y los nuevos autores en el supuesto de que estos sean solo moda, sujeta por el momento al escrutinio de la historia y el tiempo.

Lo que podamos escribir aquí es para, ojalá, iluminar, dar bases intelectuales, llamar al clasicismo y a la novedad en diálogo sereno y armonioso, animar, advertir, proponer...

*Hasta aquí, en general, hemos expuesto puntos de vista del modo más didáctico, introductorio e imparcial posible; ciertamente hemos hecho a través de dicho recuento algunos comentarios parciales caídos al desgaire, pero queremos presentar aquí más globalmente nuestra posición.

Podríamos comenzar diciendo, que al parecer, nuestro punto de vista no es más que derecho natural. No ocultamos nuestra admiración por él ante todo por su centralidad en la persona humana y su naturaleza única, para nosotros innegable, que tenemos como merecedora de toda consideración –lo que se denomina dignidad–.

Pero sabemos que existen negadores de esa naturaleza humana, aunque hablen explícitamente de dignidad del hombre. Lo hacen circunscribiéndose a la libertad pero dejando de lado una naturaleza más completa e integral. Pero sucede que a nuestro juicio la dignidad no es una construcción puramente mental y espiritual –y la libertad lo es– sino que *se basa* precisamente en su naturaleza compuesta de espíritu y corporeidad, y la cual, por cierto, debe ser descubierta una y otra vez, porque no es fácil en estos tiempos de máxima velocidad descubrirla y razón por la cual conocer esencias y naturalezas no resulta simple.

Ahora bien, estos negadores de la naturaleza humana no sólo lo hacen en nombre de una libertad ilimitada sino también en el argumento de que todo es *cambio*, muchas veces bajo la tutela de la ciencia y no del hombre cuando sabemos que ésta existe en pro de aquél, pero olvidando que tal naturaleza existe así sea en lo solo material sin lo cual la ciencia exacta

o ciencia de la naturaleza no podría construir precisamente ciencia: por ejemplo, la naturaleza física humana indica que más allá de 36 grados de temperatura es fiebre.

Así las cosas, dichos negadores no reconocen una naturaleza humana y mucho menos como fuente para los valores, el derecho, la ética, etc., los cuales para ellos quedan al vaivén de las culturas, de los tiempos, y son por ende, según esa forma de pensar, enteramente transformables.

Sin embargo, es justo reconocer, para nosotros, que existen unos valores universales porque hay una naturaleza común que los asienta; para la muestra está la condena a los delitos de lesa humanidad, y el sustrato general de los derechos humanos que deben ser punto de referencia de la civilización humana, por cuanto en ellos subyace eso que llamamos ser humano.

Ahora bien, si dichos valores universales se alejan de una cierta y justa inculturación, si se consideran pétreos, férreos, inmodificables, intransigentes, intolerantes, y sin atención a las circunstancias, pues no compartimos tampoco esas posturas; la historia muestra que sus resultados son frágiles en cuanto parecen impositivos; el mismo Aristóteles defendió la idea de *equidad* como armonización sabia de la ley general al caso particular.

No desconocemos que es una tarea ardua, difícil; pero dicha armonización y equilibrio nos parecen absolutamente convenientes; hay que atender la voz de la naturaleza *junto* con las circunstancias individuales; “yo soy yo y mis circunstancias” decía sabiamente Ortega y Gasset; ello exige inculturación, flexibilidad, ductilidad; desde luego existe el peligro del circunstancialismo, del negar cualquier pivote objetivo moral y jurídico en pro de la situación personalista; ese subjetivismo es riesgoso, pero no debe por eso alejarse lo humano–natural del otro factor humano-temporal-espacial, que son las circunstancias históricas, personalísimas, únicas, intransferibles, respetables, o al menos compadecibles; y para lograr ese equilibrio justamente existe la *epiqueya*, la *prudencia*, y el *discernimiento*, que ayudan a encontrar los atenuantes, eximentes, agravantes, e incluso ensalzantes en medio de dichas circunstancias.

Ha habido una mala información –no queremos imaginar siquiera que exista mala fe aunque sí muchas veces ideologización–, acerca del derecho natural; existen posiciones políticas/ideológicas, seudoprogresistas, que lo maltratan; pero el derecho natural va mucho allá de estas posiciones; el

derecho natural es respetuoso de lo natural en sí, pero junto con lo legal y lo equitativo; en este sentido defendemos el derecho natural *clásico*. Desde luego el llamado *iusnaturalismo* –con el que se suele confundir el derecho natural pero no pudiéndose equiparar si nos atenemos a los conceptos reales e históricos–, sí es una construcción no solo férrea sino puramente racional sin atención a lo natural físico; fue un intento racionalista del derecho natural, de aprioris formales/racionales desligados de lo natural; así las cosas el derecho natural se desvirtuó pues se apartó por un lado de la naturaleza, y, por otro, se encerró en la razón lógica y antiflexible; ese iusnaturalismo sí es criticable, no es de nuestra predilección intelectual, y no es en realidad derecho natural.

Ahora bien, después de los siglos de iuspositivismos, de desarrollos de la norma positiva –que el derecho natural clásico no enfatizó lo suficiente por centrarse excesivamente en el derecho natural en sí mismo–, es justo a su turno destacar justamente tales avances en técnica legislativa y jurisprudencial.

En cuanto a recepcionar del iuspositivismo –aunque más exactamente deberíamos decir del derecho positivo–, la *técnica legislativa*, es para referirnos no solo a la *técnica de la codificación* (aunque en épocas de pleno derecho natural, como en el siglo VI con Justiniano cuando se dio en el imperio romano de oriente el célebre Código Justiniano; o también en plena época de derecho natural como en el siglo XVI cuando se dio otra celeberrima codificación como fue la legislación de Indias), la cual tiene modelos “de mostrar” tales como el código de Napoleón de 1804, replicado en nuestras tierras por don Andrés Bello en el siglo XIX como código civil colombiano, sino ante todo a la *técnica constitucional*, la cual se desarrolló de manera especial a partir del siglo XIX, en plena época áurea del iuspositivismo, hasta llegar a nuestros días.

En cuanto a también valorar la *técnica jurisprudencial*, tan del corte iuspositivista, es para hacer referencia a avances tales como los relacionados con el *precedente judicial*; ello se relaciona con la construcción de las *líneas jurisprudenciales*, precedentes y líneas que, sin necesariamente pertenecer al iuspositivismo, en todo caso sí son desarrollos del mundo del derecho positivo.

También algunos otros desarrollos del iuspositivismo deben ser realizados como el papel del *Estado*, el papel de la *sociedad*, o el papel de la *economía* –desde luego en el derecho–, y eso es encomiable, pues en épocas del derecho

natural clásico esas realidades no fueron tenidas en cuenta simplemente porque no se habían generado, pero, habiéndose engendrado con el tiempo histórico deben ser valoradas más allá de la guerra de posiciones iusconceptuales que existieron en el pasado no muy lejano.

Por eso, por una cuestión histórica *acumulativa* tanto de derecho natural como de iuspositivismo, fue por lo que se abrió paso una vía conciliadora, agregativa y sumatoria que se llama la tercera vía iusfilosófica; hay, por tanto, un *factor histórico* que justifica a esa vía.

¿"Sumatoria"? Sí. La tercera vía suma y no resta, y, sumando produce un nuevo número superior que va más allá de los anteriores, va más lejos que lo existente antes de sumar; así, pues, es mejor sumar que restar. Restar también produce un nuevo número pero inferior. Sumar da un resultado superior.

¿Es ecléctica? También, entendiendo por ello una sana suma, selección de lo mejor de cosas anteriores con la posibilidad de producir nuevos resultados como, en efecto, ha sucedido. Igual que el matrimonio que es superior y distinto a cada una de las individualidades de la pareja creando una nueva empresa. Puede haber más posturas, claro, pero ésta se basa en dos gigantes históricos con sus bondades.

Pero además de ese factor histórico agregativo, está el aporte del *diálogo* propio de la tercera vía tan necesario en estos tiempos de pluralismo de todos los órdenes. Diálogo de todos con todos. La tercera vía insiste en él, en el diálogo, la complejidad, la interrelación de posturas, la interdisciplinariedad.

Y diálogo concretamente con lo afro, con lo étnico, como lo hemos anotado en estas páginas. Lo afro y lo étnico latinoamericano y mundial deben ser oídos y respetados, sumados y combinados con el derecho occidental.

Desde luego dicho diálogo –con un equipo de filósofos del mismo que lo sustentan–, requiere unas *exigencias*; tomemos el ejemplo del diálogo para poner fin al conflicto armado en Colombia y miremos algunos de sus requerimientos.

El diálogo supone abrirse al otro; aceptación; reconocerlo; mirar su pasado; avanzar; crear; tiempo, paciencia, estudio, sinceridad, proyecto común... Aquí nos limitamos a una mera enunciación de términos; desde luego cada una de estas palabras amerita explicaciones; sin embargo, habiendo experimentado durante años estos diálogos locales, el sentido de

cada expresión lo sabemos de sobra; y así se dialogó y se dieron pasos para adelante en pro se espera de la paz del país.

Ahora bien, justo es decirlo, el derecho natural estuvo abierto siempre a ese diálogo (la equidad aristotélica lo demuestra así como el método de la *disputatio* de Tomás de Aquino), y por eso, puede mirar los aportes del iuspositivismo, y eso es ya tercera vía; también debe decirse que el iuspositivismo *moderado* ha estado abierto al diálogo; por eso para la hora actual asistimos a esa nueva posibilidad dialogal que es, de nuevo, la tercera vía. Ciertamente el iuspositivismo a ultranza, esto es, la concepción jurídica que defiende el imperio de *la ley por la ley* (*dura lex sed lex*), creemos dejó de existir quizá para siempre. Pero un iuspositivismo, el que hemos llamado moderado, el de la reconsideración jurídica iuspositivista de personalidades como Kelsen, Hart, o Bobbio, que justifica un cierto positivismo abierto a otra posición allende la norma positiva —precisamente la del derecho natural—, desemboca en lo que se llama tercera vía.

Es tanto como hablar de flexibilidad; el diálogo requiere de ella. Hablando de la flexibilidad característica de la tercera vía la pregunta que surge es: *¿cuánto de ella?* Pues bien, nos parece que flexibilidad, sí, hasta tanto no se rompa el derecho; es lo que se conoce como la regla de conservación del derecho; no tanta flexibilidad, pues, que lleve a romper la existencia del derecho; es tanto como preferir siempre las vías legales sobre las vías de hecho, aunque éstas pueden permitirse siempre y cuando la resistencia a la tiranía sea justificable y legítima.

¿Hasta dónde llega la flexibilidad? Hasta donde empiece el respeto a la libertad de los demás, la honra de los demás, y el buen nombre de los demás; lo anterior implica, en términos de los procesos de paz, verdad, memoria histórica, reparación, y no repetición; creemos que esa fórmula, por demás ya popularizada por fortuna, marca los límites de la flexibilidad y la hacen perfectamente plausible.

Digamos de otra manera lo que es la tercera vía: un derecho natural sin reconocer los aportes del iuspositivismo nos parece fuera de la historia. Y un iuspositivismo sin reconocer un algo de derecho natural termina siendo injusto.

La tercera vía es, ni más ni menos, la eterna tarea del equilibrio reclamado por el viejo Aristóteles, equidistancia tan compleja en lo humano dados los bandazos y extremismos, los odios, las ideologizaciones, y los intereses

personalistas tan frecuentes entre los seres humanos, pero precisamente por eso tan necesario de conseguir. Por ello, a pesar de las falencias humanas, hacemos un acto de confianza en la posibilidad del diálogo sereno y de la concordia cívica equilibrada en torno al derecho.

La tercera vía es *trial*; en efecto, acepta y reconoce la naturaleza, lo material del derecho, su contenido; acepta y reconoce lo formal del derecho, la norma positiva, el contrato social; y es síntesis de las dos anteriores formando una unidad que se dispara al avance.

La tercera vía, aunque la escuela del derecho natural tiene todos los argumentos para proseguir su marcha en el tiempo, respetabilísimos, con carácter conservante frente a progresismos desbocados, creemos menester desde Aristóteles construir un punto medio histórico y conceptual entre dicha escuela y los aportes del iuspositivismo; no parece posible hacer un salto gigante y pasar por alto al iuspositivismo. Sí, reconocemos los aportes de la escuela naturalista pero también los del positivismo jurídico.

Insistamos: defendemos la naturaleza humana y cósmica unida a ella (el derecho natural al modo del Papa Francisco en *Laudato si*) pero también reconocemos los aportes del Estado Nación de la Modernidad en lo jurídico. El derecho natural clásico nació al calor del imperio, griego, romano, y medieval; pero con el advenimiento del Estado Nación surgió lo particular, el idioma, la raza, la cultura, mucho más destacados que en épocas imperiales. Eso local debe valorarse en gran medida mediante la inculturación de lo universal. Al derecho natural le corresponde inculturarse. No se puede saltar por encima eso regional. Se impone entonces el equilibrio entre ambos factores, el local y el internacional. Es lo que acontece hoy en Colombia con el proceso de paz, hecho “a la colombiana” con “cierto” alejamiento de los estándares internacionales pero sin ignorarlo enteramente. Desde luego frente al Estado Nación cabe advertir el peligro del *totalitarismo del Estado*. Pero frente a él cabe destacar la relatividad de la soberanía, hoy indiscutida por obra de la globalización, y la importancia de las normas jurídicas de carácter internacional. Y frente al totalitarismo del Estado existe también el antídoto de la *objeción de conciencia personal e institucional*. Ella es enteramente necesaria para que el Estado sea en verdad democrático. Desde luego una objeción de conciencia debe ser seria, estudiosa, reflexiva, no pasional ni solo emotiva, sensata, razonable, en pro de la sociedad, coherente, sincera, y expresión de un proyecto de vida y sociedad respetable.

Reconocemos el derecho natural en el hombre y en lo cósmico, pero del iuspositivismo reconocemos también el aporte *social* aunque sin caer en aquello de que vox populi vox ius. Ciertamente la sociedad influye al derecho pero no lo debe determinar en su totalidad. El derecho también direcciona a la sociedad. Para ello está el derecho natural. Ese es otro diálogo necesario pues no podemos perder de vista que puede haber sociedades descompuestas; la historia lo muestra muchas veces, como cuando el pueblo alemán apoyó de manera inconsistente a Hitler; así las cosas, también entre sociedad y derecho, legisladores, jueces y sociedad, debe haber equilibrio. Otra vez equilibrio, la palabra de Aristóteles que nos cautiva que no es mediocridad sino diálogo equitativo, punto medio áureo.

Reconocemos el derecho natural de propiedad privada pero ciertamente también reconocemos las críticas a una propiedad desbordada; para que exista ese equilibrio es menester el control del Estado a una economía libre. Una propiedad privada con sentido social. Esa es la economía que vale la pena.

La palabra mágica, por decirlo así, es, entonces, la palabra equilibrio.

Para la elaboración de la ley es necesario ese equilibrio. Para eso son los debates parlamentarios. Existen los partidos pero todos ellos deben anteponer para ese equilibrio la palabra también mágica del *bien común*.

Para los fallos judiciales también se requiere equilibrio. Los jueces deben ser equilibrados, no ideologizados, regidos por otra palabra mágica, la *prudencia*. Ciertamente los jueces deben ser científicos del derecho, estudiosos del mismo, y para ello coadyuva la academia, pero no basta con ésta, es necesaria la virtud, personalísima, que no la da la academia, de la prudencia; para ser

En fin, acudiendo a un argumento de autoridad, el Papa Francisco también en *Laudato si*, afirma que es necesaria una “nueva síntesis” que supere falsas dialécticas (Francisco, *Laudato si*, 2015, p. 112) que podríamos parafrasear como un diálogo entre los aportes de diferente proveniencia, ya sabemos cuáles, yendo más lejos aún, y eso es tercera vía.

Pero lo dicho no debe llevarnos a creer que la tercera vía ya es perfecta y excluye otras posibilidades doctrinales, no: es perfectible y se encuentra en camino de mejoramiento – incluyendo caminos que hacen línea con la tercera vía de manera quizá un tanto forzada como dijimos–, sin excluir

otros avances independientes y creadores que sabemos siempre aparecen en el tiempo.

Un caso de necesidad de perfeccionamiento de la tercera vía es la contemplación y necesario desarrollo de *una iusfilosofía con acento social*. Ello es una aproximación a la *Critical Legal Studies*. Una iusfilosofía más latinoamericana. Europa después de la segunda guerra mundial pensó con lógica en la persona (otra vez el personalismo con quien guardamos tanta afinidad); nosotros en Latinoamérica concretamos desde los años sesentas del siglo pasado la persona en el pobre (es el discurso de la liberación con quien también tenemos cercanía). Es nuestro aporte o fuente regional con carácter universal. Es necesaria y urgente una iusfilosofía, insistimos, que piense directa y prioritariamente en los pobres, los desposeídos, los necesitados. Así como la Constitución Política de Colombia de 1991, con acierto dijo que los derechos de los niños son preferentes, así los derechos de los pobres ameritan un esfuerzo mayor de protección. Es lo que tantos espíritus nobles claman hoy, como Joseph Stiglitz (Stiglitz, 2012). En este sentido nos remitimos a nuestra obra *Iusfilosofía con ventanas* (Durán Mantilla, *Iusfilosofía con ventanas*, 2016, pp. 125 y ss.).

CAPÍTULO VIII

SÍNTESIS Y ALGUNAS CONCLUSIONES PROPOSITIVAS

La iusfilosofía tiene una historia extensa. Su pasado es fuente de sabiduría jurídica teórica y práctica. También su pasado enriquece el presente y el futuro. Su historia no es desdeñable. Cada paso cronológico suyo ha espoleado al siguiente hasta ahora y seguro que seguirá en crecimiento. En estas páginas creemos y esperamos que ha quedado evidente.

¿No queda ya nada del derecho natural? ¿No es y seguirá siendo la persona humana el centro del derecho? ¿No es para ella que existe el derecho? ¿No son los derechos humanos un legado suyo en la actualidad? ¿No son ellos el objeto más valioso del derecho hoy en su marco constitucional y jurisprudencial? Por eso el derecho natural, llámese como se llame, está vivo hoy (con los llamados derechos humanos).

¿El iuspositivismo moderado, aquél que termina a fortiori admitiendo un “algo” de derecho natural, como en los casos de Kelsen, Hart, o Bobbio, ha dejado de existir? ¿No es la norma jurídica con contenido, esto es, la originada en la sociedad, el Estado, la economía, una directriz siempre necesaria de la vida del hombre en comunidad en tanto en cuanto sea para la construcción progresiva o humanista de esa sociedad, ese Estado, o esa economía? ¿No es la jurisprudencia la aplicación de esa ley de manera personalizada según las circunstancias? ¿No es el Estado productor inmediato y autorizado en buena medida del derecho? ¿No lo es igualmente la sociedad de manera mediata y dinámica? ¿No lo es también la economía la cual es para el hombre, la sociedad y el Estado soporte material? ¿No lo es la política como marco general de todas las anteriores? ¿No son todos esos centros –el Estado, la sociedad, la economía, la política– fuentes materiales de producción del derecho?

¿No ha pretendido la tercera vía iusfilosófica aunar esas tradiciones occidentales con aportes nuevos?

¿No es la sabiduría jurídica ancestral latinoamericana un aporte también para el derecho nuestro, hasta ahora tan “despersonalizado”, “enajenado”, “dependiente”, por su occidentalización extrema, sabiduría que entronca en la hora presente con la ecología y la postura Franciscaniana homocósmica?

Hay, pues, un cúmulo de sabiduría jurídica a través de la historia. Es aprovechable y valiosa dentro de una postura de equilibrio, de armonía, continua revisión y perfeccionamiento. Parafraseando a Zagrebelsky cuando habla de la ductilidad del derecho constitucional hoy, el cual para dicho autor sólo posee dos absolutos, esto es, la pluralidad de principios y la lealtad en el enfrentamiento (Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 2005, pp. 14 y ss.), para nosotros existen tres inamovibles, innegociables, absolutos, característicos y resultado de la tercera vía: el mencionado **equilibrio, la coherencia y la convivencia dialogante y pacífica**. El derecho debe girar en torno a esos tres parámetros. Son nuestra gran síntesis axiológico-jurídica de la tercera vía. Sin embargo, algunas veces aparecen por desgracia radicalismos, agresiones, violencias, y egoísmos, tanto del pensamiento como de la praxis jurídica, que perturban la convivencia debido a esos extremos reprobables.

Por eso, en un nivel pragmático y convivencial se trataría de plantear a manera de conclusiones prospectivas de esta obra:

- La necesidad absoluta de **cultivar el equilibrio, la epiqueya, la prudencia, la equidad, la justicia**. El hombre está llamado a crecer en la excelencia ético-jurídica. Esta es una tarea ante todo para los jueces.

- Que quienes profesan una concepción del derecho, cualquiera que ella sea, tengan **coherencia** con él y den un testimonio que sea creíble del mismo, propagando su teoría y praxis como corresponde a quien cree que está en una determinada verdad, **pero en ningún caso presionando indebidamente y menos de forma violenta, a seguir a otros su propio estatuto jurídico**. Eso por cierto es democracia, la cual supone aceptar a los contrarios siempre que sea sin violencia. Es tarea de todos.

- Saber que entre todos se construye sociedad de manera **dialéctica, convivente, dialogante, progresiva y civilizada**. Todos nos necesitamos. Somos tributarios especialmente de nuestros pueblos indígenas y afrodescendientes y con ellos debemos estar de puertas abiertas tanto en el pensamiento legislativo como en la jurisprudencia.

- Comprender que las minorías caben en una sociedad político-jurídica junto con otras posibilidades, *siempre que su posición sea sensata y racional*. Ahora bien, ¿qué se entiende por una minoría sensata y racional? Creemos que aquella que presente argumentos razonables, que propenda por un bien o no encarne algún tipo de mal evidente y notorio, y sea pacífica; si ello es así, tienen derechos que se les deben respetar. Es tarea eminente del Legislador.

Ahora bien, lo anterior no es relativismo total como pudiera pensarse aparentemente, pues frente al mal evidente y notoriamente injusto cabe recordar al filósofo colombiano Jorge Aurelio Díaz quien se plantea *hasta qué punto puede tolerarse el mal* (hablando concretamente del nazismo como un verdadero mal, aunque se pudieran ejemplarizar tantos otros); hasta cuándo y cómo una ética discursiva racional debe y puede usar medios coercitivos o el ejercicio de la exclusión ante dicho mal. Es tarea difícil, dice Díaz, que puede pasar por el perdón secular, pero también, al parecer, por la sanción jurídica, aunque admitiendo que en este punto hay mucho de misterio para no caer en excesos (Díaz, 2001, pp. 174 y ss.).

Insistamos una vez más, ¿qué hacer cuando no se da lo anteriormente anotado, esto es, el equilibrio, la coherencia, la convivencia dialogante? Creemos que siempre se debe hacer otro intento, y otro, y otro. Pero... si a pesar de todos los esfuerzos por conseguirlo se fracasa, ¿qué hacer? Así las cosas es posible abrir la puerta a lo que se acaba de decir de Jorge Aurelio Díaz, aunque pensamos que como último recurso: el empleo de la fuerza legítima estatal; hay “iras justas”, o resistencias que valen la pena, tanto por vías de hecho como por vías de derecho.

De otra parte, es interesante ver cómo en materia de *finés* (políticos o jurídicos) existe coincidencia entre todos: el respeto por hombre, el deseo de paz, de convivencia, de democracia, de orden, de igualdad... En tal sentido, se colige que los hombres y sus ideologías diversas no nos distancian; lo que nos separa son los *medios* que se proponen o utilizan para la consecución de los objetivos que nos son comunes. De este modo, la invitación es **mirar los resultados históricos** de los medios utilizados; para esto, la historia es *magistra vitae*, maestra de vida, necesitamos recurrir a ella para hacer juicios y valoraciones lo más acertados posibles. Ello es un camino para discernir los valores anotados: equilibrio, coherencia, convivencia pacífica...

Estas son algunas de nuestras apreciaciones finales, ahora saquen ustedes lectores las suyas propias.

Referencias Bibliográficas

- Alexy, R. (2005). *La institucionalización de la justicia*. Granada: COMARES.
- Alta Lima, M. (2002). *Sabiduría, Poder y Comprensión*. Unesco, Siglo del hombre Editores.
- Ariza Santamaría, R. (2010). *El derecho profano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Balmes, J. (s.f.). *La filosofía*. Santiago de Chile: Zig-Zag.
- Beltrán Condori, F. (2002). *Sabiduría, Poder y Comprensión*. Unesco, Siglo del Hombre Editores.
- Beltrán Peña, F. (1989). *La utopía mueve montañas, Alvaro Ulcué Chocué*. Bogotá: Nueva América.
- Beuchot Puente, M. (2006). *Filosofía del derecho, hermenéutica y analogía*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, Bogotá.
- Blanco Zúñiga, G. A. (2002). Los principios generales del derecho en la Constitución de 1991. *Universidad del Norte*, 249.
- Boff, L. (2008). *La opción tierra*. Santander: Sal terrae.
- Camacho, H. (13 de mayo de 2015). Un plan nocivo. *VOZ*, p. 11.
- Constaín, J. E. (2014). Elogio de Alvaro Uribe Rueda. *El Tiempo*, p. 15.
- Cortina, A. (2000). *Ética de la empresa*. Valladolid: Trotta.
- D'Agostino, F. (2007). *Filosofía del derecho*. Bogotá: Temis, Universidad de La Sabana.
- D'Ors. (1973). *Escritos varios sobre el derecho en crisis*. Roma–Madrid: Consejo Superior de investigaciones científicas.
- Díaz, J. A. (2001). Jean Marc Ferry, La ética reconstructiva. *Ideas y Valores*, 174 y ss.
- Durán Casas, V. (29 de Diciembre de 2015). ¿Para qué sirven los valores de la ética? *El Tiempo*, p. 18.
- Durán Mantilla, J. G. (2010). *Introducción a la filosofía del derecho*. Bogotá: Ibáñez.
- . (2011). Llamado de la naturaleza. *Novum Ius*, 81 y ss.
- . (2016). *Iusfilosofía con ventanas*. Bogotá: Ibáñez.
- . (julio diciembre de 2012). *La hermenéutica judicial en la Constitución Política de 1991*. *IUSTA*, 163 y ss.
- Fals Borda, O. (2007). *Hacia el socialismo raizal*. Bogotá: Ediciones Desde Abajo.
- Francisco. (2015). *Laudato si*. Bogotá: San Pablo.

- Gallo, L. M. (11 de Febrero de 2015). Violación al derecho a la sexualidad femenina. *VOZ*, p. 14.
- García Morente, M. (1952). *Lecciones preliminares de filosofía*. Ciudad de México: Diana.
- Gombrich, E. (1998). *Breve historia del mundo*. Barcelona: Ediciones Península.
- González Vallés, J. (2000). *Historia de la filosofía japonesa*. Madrid: Tecnos.
- Goñi, C. (2010). *Las narices de los filósofos*. Barcelona: Ariel.
- Gordillo, R. (2011). Alexy, Robert. *Ámbito Jurídico*, 10.
- Guadarrama González, P. (2012). *Pensamiento filosófico latinoamericano, tomo I*. Bogotá: Università degli studi di Salerno, Universidad Católica de Colombia, Planeta.
- . (2014). Estado de derecho, democracia y derechos humanos., (pág. 1). Bogotá.
- Gutiérrez, P. (2010). *Conciencia y objeción de conciencia*. Madrid: Palabra.
- Hart, H. (2003). *Utilitarismo y derechos naturales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández Becerra, A. (1997). *Las ideas políticas en la historia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hertling, L. (1979). *Historia de la Iglesia*. Barcelona: HERDER.
- Hobbes, T. (2007). *Leviatán*. Buenos Aires: Losada.
- II, J. P. (1991). *Centesimus Annus*. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.
- Iturralde, M. (2014). *La objeción de conciencia como un derecho*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho.
- Kafmann, A. (1998). *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Bogotá: TEMIS.
- . (2002). *Filosofía del derecho*. Bogotá: Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (2000). *Teoría pura del derecho*. Bogotá: Unión Ltda.
- . (2001). *¿Qué es la justicia?* México D.F.: Distribuciones Fontamara.
- La Biblia de estudio, Dios habla hoy*. (1996). Estados Unidos de América: Sociedades Bíblicas Unidas.
- Larraz, I. (8 de marzo de 2015). Reflexiones sobre un caso de soberbia que indignó al país. *El Tiempo*, p. 2.
- Lenin. (9 de diciembre de 2015). *VOZ*, p. 18.
- Liévano Aguirre, I. (2002). *Los grandes conflictos económicos y sociales de nuestra historia*. Bogotá: Intermedio.
- Llano Escobar, A. (2011). *Objeción de conciencia institucional*. Bogotá: Depalma, Javeriana, Ibáñez.
- Locke, J. (2006). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Tecnos.
- López Medina, D. E. (2013). *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes, LEGIS, Universidad Nacional de Colombia.

- López Michelsen, A. (1955). *Cuestiones colombianas*. México: Impresiones Modernas.
- Maritain, J. (1994). *Aproximaciones a Dios*. Madrid: Encuentro Ediciones.
- Mejía Quintana, O. E. (2011). *Elementos para una historia de la filosofía del derecho en Colombia*. Bogotá: Ibáñez.
- Miljiker, E. M. (Julio de 2001). Duncan Kennedy y la crítica a los derechos. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 92 y ss.
- Montoya Upegui, L. (2013). *Mi vida*. Bogotá: Cuéllar Editores.
- Morin, E. (2001). *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. Bogotá: Magisterio.
- Mounier, E. (2001). *El personalismo*. Bogotá: Nueva América.
- Muñoz, L. (diciembre de 2015). Ideología. *VOZ*, p. 18.
- Noguera Laborde, R. (1997). *Elementos de filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Nusbaum, M. (2012). *Las fronteras de la justicia*. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós.
- Ortega y Gasset, J. (2007). *¿Qué es filosofía?* Madrid: Austral.
- Pizarro Leongómez, E. (15 de febrero de 2015). Gobierno y farc coinciden en que la lucha armada ha sido inútil. *El Tiempo*, p. 4.
- . (15 de febrero de 2015). Gobierno y Farc coinciden en que la lucha armada ha sido inútil. *El Tiempo*, pp. 4, debes saber.
- Ramón, J. (1962). *Bolívar*. Bogotá: Stella.
- Rawls, J. (2012). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Sami, B. d. (2002). *Sabiduría, Poder y Comprensión*. Unesco, Siglo del hombre editores.
- Sancho Izquierdo, M. H. (1980). *Compendio de derecho natural*. Pamplona: EUNSA.
- Sandel, M. (2011). *Justicia*. Bogotá: Debate.
- Sen, A. (2010). *La idea de la justicia*. Bogotá: Taurus.
- Stiglitz, J. (2012). *El precio de la desigualdad*. Bogotá: Taurus.
- Tejada Sánchez, C. (27 de mayo de 2015). Sequía y hambruna por minería. *VOZ*, p. 20.
- Touchard, J. (1961). *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Tecnos.
- . (1961). *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Tecnos.
- Villar Borda, L. (2003). *Teoría jurídica – Reflexiones críticas*. Bogotá: Universidad libre.
- Zagrebelsky, G. (2005). *El derecho dúctil*. Torino: Trotta.
- . (2005). *El derecho dúctil*. Torino: Trotta.

Esta obra se terminó de imprimir
en julio de 2017
con un tiraje de 500 ejemplares
en los Talleres Gráficos de
GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis No. 36-20 Sur.
Tels: 2300731 - 2386035
Bogotá D.C. - Colombia