

Este Boletín académico, a la manera de Ulises hacia Ítaca, sin prisa, hace parte de ese camino del conocimiento que emprendimos desde el Grupo de estudio en el de la teoría y ciencia del derecho. Aquí se recogen avances de trabajos académicos e investigativos de cinco estudiantes que abordan, desde una perspectiva histórica, conceptual y contextual, conceptos básicos de las ciencias sociales, como lo son el Estado, la ciudadanía, el sistema político, los derechos, las libertades...

Universidad Santo Tomás

Fr. Oscar Eduardo GUAYÁN PERDOMO, O.P.
Rector

Fr. Mauricio GALEANO ROJAS, O.P.
Vicerrector Académico

Fr. Rubén Darío LÓPEZ GARCÍA, O.P.
Vicerrector Administrativo

Fr. Mauricio Antonio CORTÉS GALLEGU, O.P.
Decano de División de Ciencias Jurídicas y Políticas.

Juan Pablo Moncada Flórez
Decano Facultad de Derecho

Ab. Gisette Carolina Benavides Mendoza
Secretaria de División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Diego Francisco Calderón Aponte
Editor y Tutor del Grupo de estudio Ariadna.
División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Comité Editorial
Diego Francisco Calderón Aponte

Diego Alain Navajas Barrera

Bryan Steven Acosta Pinzón

Yuliana Andrea Agredo Sierra

Juan Felipe Pineda Ravelo

Asesora

Yina Paola Delgado
Profesional del CRAI

Diseño y producción gráfica
Centro de Diseño e Imagen Institucional - CEDII
Dis. Graf. Olga Lucía Solano Avellaneda
Directora

C.S María Amalia García Núñez
Corrección Ortográfica y de Estilo

Diseño y diagramación
Jhon Fredy Hoyos Pino

Contenido

2 Presentación

Por: Juan Felipe Pineda Ravelo - estudiante de Derecho

3 Acerca de la apatía política y sus aparentes beneficios

Por: Juan Esteban Suárez Torres - estudiante de Derecho

5 La tercera vía iusfilosófica como respuesta a la dicotomía iusnaturalista e iuspositivista

Por: Lina Esmeralda Suárez Carreño - estudiante de Derecho

8 Elementos inmutables del derecho

Por: Juan David Ariza Vargas - estudiante de Derecho

10 Thomas Hobbes: Una mirada a los pilares del contractualismo

Por: Iván Andrés Mantilla Torrado - estudiante de Derecho

12 La simulación en el derecho: Crisis contemporánea en la formación de los juristas

Por: Diego Alain Navajas Barrera - estudiante de Derecho



UNIVERSIDAD
SANTO TOMÁS
— BUCARAMANGA —

VIGILADA MINEDUCACIÓN - SNIES: 1705

Facultad
de Derecho

Presentación

.....

Por: Juan Felipe Pineda Ravelo - estudiante de Derecho, sexto semestre - joven investigador semillero de investigación Razón y Derecho ÍTACA - grupo de estudio Ariadna

*Cuando emprendas tu viaje a Ítaca
pide que el camino sea largo,
lleno de aventuras, lleno de experiencias.*

Konstantino Kavafis

En Colombia ha surgido como lugar común en las facultades de derecho la diferenciación entre abogado y jurista. Se les enseña a los estudiantes que el prototipo de abogado lego que existe en la cultura colombiana debe ser cambiado por un jurista, cuyo conocimiento trascienda el tecnicismo y sea capaz de proponer soluciones a los problemas que afronta el país, desde la creatividad y el estudio de la ciencia del derecho. Sin esta formación, los abogados se sitúan solo como técnicos jurídicos, conocedores de la ley positiva, pero sin capacidad crítica sobre el impacto del derecho en la sociedad.

Es por lo anterior que, desde el Grupo de Estudio Ariadna de la Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga, buscamos problematizar el papel de los juristas en la sociedad moderna a través de un acercamiento a la filosofía del derecho. Este objetivo se ha perseguido mediante la lectura y el diálogo, tanto erístico como heurístico. Dentro del semillero pretendemos que surja en los estudiantes la inquietud de problematizar el derecho, encontrando en la ciencia jurídica algunas de las respuestas.

Este Boletín académico, a la manera de Ulises hacia Ítaca, sin prisa, hace parte de ese camino del conocimiento que emprendimos desde el Grupo de estudio en el de la teoría y ciencia del derecho.

Aquí se recogen avances de trabajos académicos e investigativos de cinco estudiantes que abordan, desde una perspectiva histórica, conceptual y contextual, conceptos básicos de las ciencias sociales, como lo son el Estado, la ciudadanía, el sistema político, los derechos, las libertades; y teorías propias del derecho como el contractualismo, formalismo, normativismo, iuspositivismo, iusnaturalismo, y la tercera vía. En donde se tiene como premisa fundamental la incidencia social que tiene la academia en el proceso creador del derecho.

Conforme con nuestros objetivos académicos, decidimos dirigir este Boletín a estudiantes de Derecho, en especial a aquellos que apenas conocen la importancia que tiene la ciencia jurídica en la construcción del tejido social. Así como también dirigimos esta publicación a docentes y abogados que persiguen en la academia un ejercicio crítico de autocuestionamiento.

Nuestras pretensiones en el estudio de la teoría y ciencia del derecho no quedarán totalmente acabadas en este volumen, que será el primero de varios números más. Es sin lugar a duda el comienzo de un camino que recorrerá los lugares del conocimiento jurídico, y cuyo fin último es promover la formación de juristas en nuestra sociedad colombiana. No tenemos afán en arribar pronto a nuestra meta, pues consideramos que lo más importante será el camino recorrido.

Finalmente, desde el **Grupo de Estudio Ariadna** agradecemos a los autores de esta publicación por sus valiosos escritos académicos. Reconocemos el trabajo realizado y su aporte a la formación del pensamiento jurídico en la Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga. Y, de igual forma, agradecemos a los lectores que con su interés académico incentivan la creación y difusión de estos espacios de conocimiento.



Acerca de la apatía política y sus aparentes beneficios

Por: Juan Esteban Suárez Torres – estudiante de Derecho, segundo semestre - joven investigador semillero de investigación Razón y Derecho ÍTACA - grupo de estudio Ariadna

La apatía política de un individuo puede considerarse como “su alejamiento subjetivo del sistema político del que forma parte, y se caracteriza por su decisión de no ofrecer inputs¹ a dicho sistema” (Romano, 2015, p. 31). De esta forma se tiene que la apatía política implica el desinterés ciudadano de participar en los asuntos públicos de un Estado, alejándose pasivamente de este.

Concretamente, la apatía política puede evidenciarse en varias actitudes y manifestaciones ciudadanas. Una de estas es el abstencionismo electoral (Duarte y Jaramillo, 2009), situación en la que un grupo mayoritario de ciudadanos decide (consciente o no) no participar en la elección de sus representantes o toma de decisiones políticas. Lo que para Acosta y Montoya (2012) implica no satisfacer las necesidades ciudadanas y la no manifestación de la verdadera opinión de la ciudadanía sobre su realidad política.

Haciendo referencia al caso colombiano, Cárdenas (2012) añade que la apatía política en la sociedad puede obstaculizar el desarrollo de una democracia sustancial. Así pues, con la apatía política solo se daría el desarrollo de una democracia formal (o procedimental) en un Estado, sin implicar una real participación ciudadana, con lo cual se invisibiliza la expresión política del poder soberano.

No obstante, pese a las consecuencias negativas que genera la apatía política ciudadana, algunos autores aseguran que este fenómeno puede traer ventajas o beneficios. Con base en lo anterior, este texto partirá de los efectos positivos que Fernández (1999) señala sobre la apatía política. Y a partir de lo anterior, contraargumentaré la postura del autor, mostrando que tales ventajas son otras implicaciones negativas que la apatía trae al sistema político democrático.

El primer efecto positivo de la apatía política que Fernández (1999) señala, es el de evitar una participación generalizada de la ciudadanía en los asuntos políticos. Argumenta que este fenómeno previene la participación de ciudadanos no conocedores de su realidad política, y que esta situación reduciría el riesgo de que este segmento de la población tome decisiones que puedan ir en contra de los intereses de la comunidad o del Estado.

El mismo autor reflexiona sobre el argumento de otros autores en el cual la apatía política trae como ventaja el surgimiento de minorías políticamente activas. De esta manera, se incentivaría el empoderamiento de grupos minoritarios de ciudadanos realmente interesados en los asuntos públicos del Estado; a su vez, esto evita que ciudadanos con nulo o poco conocimiento e interés arriben al poder o interfieran en la toma de decisiones. Lo anterior, permitiría que grupos pequeños formados o interesados políticamente dirigiesen el Estado, con el pretexto de tener una ventaja competitiva sobre los grupos mayoritarios de ciudadanos que no cuentan con experiencia en cuestiones públicas.

Como tercer elemento o efecto positivo de la apatía política, en su publicación, Fernández señala la flexibilidad que el fenómeno de la apatía puede generar en el sistema político de un país. Al respecto, comenta que, sí existe un número considerable de ciudadanos políticamente apáticos, el sistema político se vería beneficiado al excluir la controversia, fragmentación e inestabilidad que representa un electorado altamente activo al momento de la toma de decisiones.

¹ Aporte o contribución a un proceso, situación o elemento determinado.

A primera vista, se percibe un balance positivo sobre los tres efectos de la apatía política ya mencionados. En ese sentido, estos parecieran beneficiar a un Estado o sistema político determinado que no se fundamenta en la democracia, y que bien podría ser un sistema aristocrático, oligárquico o dictatorial. Por lo tanto, estos elementos no contribuirían al desarrollo de un sistema político liberal, como se verá a continuación.

De acuerdo con la Enciclopedia de la Red Cultural del Banco de la República (2015), el sistema político democrático se define como aquella forma de gobierno en la que los individuos de una misma comunidad se sirven del poder político. En este sistema, se busca garantizar que todos los miembros de la sociedad tengan una posibilidad real e igual de participar en las decisiones colectivas; sin embargo, esta idea permitiría tener una verdadera representación de la soberanía popular, lo que se contrapondría al fenómeno de la apatía política.

Cabe señalar, que la apatía política fomenta la segregación de una parte de la ciudadanía porque impide la manifestación de la voz y el voto, a los cuales todo ciudadano tiene derecho. Al respecto, Michalski (2015) plantea que toda democracia liberal tiene como postulado permitir la racionalidad y voluntad libres y autónomas de sus ciudadanos, al menos en el escenario de la toma de decisiones; siendo así, la apatía impide materializar dichas potestades.

En segundo lugar, la apatía política conlleva la creación de un sistema unitario de privilegios y de acumulación de poder en favor de una pequeña parte de la sociedad, o de aquello que Fernández (1999) considera una “minoría políticamente activa”. En otras palabras, esta minoría estaría destinada a detentar constantemente el poder y a excluir sectores sociales relevantes del manejo de los asuntos públicos, como el direccionamiento del gobierno, la creación de leyes y la administración de justicia.

Michalski (2015) explica que, en un sistema político, la apatía genera un efecto de falsa flexibilidad, ya que se ignoran las necesidades de los ciudadanos. De esta forma, en lugar de experimentar una flexibilización, el sistema político se debilita, al no

satisfacer las necesidades reales de los ciudadanos. Por su parte, Castro (2000) advierte que las poblaciones vulnerables se ven desfavorecidas por la falta de canales de comunicación e interlocutores que protejan sus intereses.

Para concluir, la apatía política conlleva al abandono de la verdadera participación y agota la expresión de la soberanía popular. En realidad, los supuestos beneficios que ofrece desfavorecen a su ciudadanía tanto como al sistema político democrático. Al mismo tiempo, estos excluyen a la población del ejercicio del gobierno y la privan de sus derechos, libertades e intereses, porque no consideran ni valoran su opinión, a la vez que transgreden su voluntad, autonomía y el lugar que ocupan como miembros de su comunidad.

Referencias

Castro, R. (2000). *Siete obstáculos para la participación ciudadana. El municipio de Yoro-Honduras*. Informe final del concurso: Democracia, derechos sociales y equidad; y Estado, política y conflictos sociales. Programa Regional de Becas CLACSO. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/1999/castro.pdf>

Cárdenas, J. (2012). Una aproximación a la cultura política colombiana desde el debate contemporáneo de la democracia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 42(117), 393-424. <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v42n117/v42n117a04.pdf>

Duarte, A., y Jaramillo, C. (diciembre de 2009). *Cultura política, participación ciudadana y consolidación democrática en México*.

Fernández de M., L. (1). Algunas aproximaciones a la participación política. *Reflexión Política*, 1(1). <https://revistas.unab.edu.co/index.php/reflexion/article/view/907>

Michalski, N. (2020). Max Horkheimer y la apatía política. Diferencia(s). *Revista de Teoría Social Contemporánea*, N. 11, pp. 103-114. <http://www.revista.diferencias.com.ar/index.php/diferencias/article/view/222>

Romano, A. (2015). *La apatía política en democracia*. [Tesis de maestría, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador]. FLASCO Andes.

Subgerencia Cultural del Banco de la República. (2015). Democracia. <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/comunicacion/libro>

Villadiego, M. (2014). Participación política juvenil. *Signos y Pensamiento*, XXXIII(64), 144-145. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/signoypensamiento/article/view/8515>

La tercera vía iusfilosófica como respuesta a la dicotomía iusnaturalista e iuspositivista

.....

Por: Lina Esmeralda Suárez Carreño – estudiante de Derecho,
segundo semestre - joven investigadora semillero de investigación
Razón y Derecho ÍTACA - grupo de estudio Ariadna

El derecho está dividido en dos caminos: lo que es justo, porque está establecido en un sistema jurídico particular o aquello que lo es por acepciones morales o innatas. Esta discusión ha llevado a estudiar el derecho en torno a dos corrientes filosófica-jurídicas: por una parte, la iusnaturalista y por otra, la iuspositivista. Actualmente, estas dos se entrelazan mediante la llamada Tercera vía del derecho.

En primer lugar, el iusnaturalismo o derecho natural es aquel que nace con nosotros, con nuestra racionalidad y con la concepción del mismo derecho. En él están los derechos fundamentales, las leyes divinas y las costumbres. Para entenderlo mejor, tal como lo describe Bodino (citado en Friedrich-Joachim, 1997), el iusnaturalismo es un principio de humanidad, equitativo y justo.

Lo anterior, le convierte en una ley superior que determina las normas o principios que pueden ser parte del derecho (Möller, 2007). Se debe agregar, que su contenido moral y justo es intrínseco a la naturaleza racional, teológica y cosmológica de los seres humanos. Además, es de carácter universal y atemporal, dado que su aplicación es independiente de la época, no cambia ni avanza con ella y se aplica para cualquier individuo.

Por otro lado, el iuspositivismo o derecho positivo es aquel que el hombre representa en leyes y normas coactivas escritas, este cambia según el territorio. Asimismo, el iuspositivismo depende de una autoridad que controla a quienes acatan las normas que esta proclama. Para el iuspositivismo una ley solo es válida si está escrita, formalizada y ordenada en una norma fundante (Kelsen, 1982).

Igualmente, en los sistemas positivistas, las normas escritas expresan el carácter imperativo del derecho. Es decir, ordenan una conducta determinada, ya que enlazan un acto coactivo (privación de la vida, salud, libertad y demás bienes) a una conducta opuesta (Kelsen, 1982). De esta manera, en el iuspositivismo se respeta la ley haciendo uso de la coactividad, mientras que el iusnaturalismo acude a la voluntad divina, moral o racional. No obstante, el derecho natural también presenta elementos coactivos, como lo menciona Hobbes (1980), un Leviatán debe tener el poder de hacer cumplir un mandato divino, social o incluso moral sin que este tenga que estar escrito.

Inclinarse enteramente por una de las dos corrientes puede ser un equívoco. Por un lado, el puro iuspositivismo puede llegar a avalar un derecho injusto y propiciar la reaparición de conflictos como los vividos en la Alemania nazi. Allí, se utilizó

el iuspositivismo para justificar violaciones de derechos humanos bajo la premisa “*dura lex, sed lex*”. Sin embargo, eso tampoco significa que la salida sea el iusnaturalismo exacerbado, como lo señala Marcione (2005):

La pretensión de deducir el derecho natural a partir de un supuesto orden justo y bueno, universal y trascendente, conlleva el riesgo de justificar, en nombre de ese mismo orden, leyes que a todas luces podrían resultar más peligrosas para la sociedad que las que dicta un Estado legal y legítimamente constituido (pp. 127-128).

Por lo anterior, el pensamiento jurídico se ha propuesto integrar y relacionar ambas corrientes. En efecto, para Ronald Dworkin (1995) los principios son normas y deben ser válidos como exigencia de la justicia, equidad y demás dimensiones de la moral jurídica, por lo cual el autor evidencia su rechazo hacia la tesis que busca separar el derecho de la moral. Es así como, su pensamiento hace parte de lo que hoy se conoce como la Tercera vía del derecho.

De acuerdo con Mozo Sartorio (2016), la Tercera vía surge como respuesta a la dicotomía hecho-valor de la filosofía moral y como alternativa a posiciones extremas que sucedieron en épocas de posguerra. Tras haber experimentado los crímenes del Holocausto, estas posiciones evidenciaban la necesidad social de rescatar los derechos y la dignidad humana. La misma autora explica, que después de la perversión del derecho por parte del nazismo, autores como Gustav Radbruch, Robert Alexy y Hans Wezel reformularon un derecho con nuevos postulados que buscaban en el ordenamiento jurídico su validez, en términos de legitimidad y justicia.

Con esta alternativa, Durán (2017) menciona que importará ante todo el derecho vivo, real y aplicado, incluso por encima de la procedencia o fuente primera del derecho. Esto quiere decir que la Tercera vía permite que ambas corrientes convivan, y pone fin al conflicto entre las escuelas que le preceden. Sumado a esto, el autor citado sostiene que esta alternativa sirve como instrumento para la paz y la

convivencia social en conflictos modernos como el pluralismo sociopolítico, mediante su tolerancia y ductilidad argumentada.

Asimismo, en la Tercera vía confluyen algunas teorías jurídicas que revitalizan sus lineamientos. Estos son, la integración del iuspositivismo con el iusnaturalismo, y la demostración –más allá de teórica– viva del derecho (Kaufmann, 2002). Entre dichas teorías están: la teoría de la argumentación jurídica, el realismo jurídico y el neoconstitucionalismo.

Con respecto a la teoría de la argumentación jurídica, cabe señalar que esta acepta la presentación de múltiples argumentos razonables en el derecho. Establece que en el ordenamiento existen una multiplicidad de caracteres de eficacia diferentes a las normas, por ejemplo, los principios y valores que cumplen un rol importante en el razonamiento de los funcionarios judiciales (Moreno-Guevara, 2011). También, esta teoría admite que al resolver un proceso judicial es importante tener en cuenta no solo las normas, sino los principios y valores (del iusnaturalismo); por este motivo, es considerada como una teoría jurídica propia de la Tercera vía.

Por su parte, el realismo jurídico norteamericano surgió para solucionar el problema de la eficacia de las normas, ya que, en el siglo XIX, en el derecho primaba un formalismo extremo que desconocía la realidad social al tomar decisiones judiciales. Entonces, se buscó cambiar el dogma a través de planteamientos más eficaces con decisiones que fueran acordes a lo que en verdad la sociedad necesitaba (Barrera-Nossa y Velandia-Salamanca, 2019).

Por último, el neoconstitucionalismo replanteó el papel conferido a la Constitución al atribuirle supra legalidad. Es decir, “la norma superior no sólo se erige como techo normativo, sino también como techo ideológico y axiológico del ordenamiento jurídico” (Rojas-Quiñones, 2008, p. 35). De acuerdo con Prieto Sanchís (2002) este cuenta con cinco rasgos fundamentales: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución; omnipotencia judicial y coexistencia de una constelación plural de valores.

Visto desde la Tercera vía, afirmar que algo es justo porque está establecido en un ordenamiento jurídico concreto o porque lo dictan los principios y la moral del individuo resulta una discusión del pasado. Esta vía resuelve integrar la posición iusnaturalista y la iuspositivista, con lo cual evita el peligro de caer en cualquiera de los extremos. Como resultado, mediante ambas, formula un derecho real y vivo, que reconoce el contexto social en el que se desenvuelve y garantiza que sus leyes sean eficaces.

Finalmente, la Tercera vía iusfilosófica demuestra ser una alternativa adecuada para responder a la dicotomía iusnaturalista e iuspositivista, al sustentarse en las teorías jurídicas mencionadas. Siendo así, abre paso a un derecho pragmático y eficaz en la resolución de conflictos porque admite nuevas formas de argumentar, mayor interacción con la sociedad y replantear la norma constitucional. En efecto, lo justo tomará sentido si lo escrito en leyes tiene en cuenta factores propios de lo social y de la dignidad humana.

Referencias

- Barrera-Nossa, J. R., y Velandia-Salamanca, R. A. (2019). *El realismo jurídico norteamericano en Colombia*. (Tesis, Universidad Santo Tomás), CRAI.
- Dworkin, R. M. (1995). *Los derechos en serio*. (M. Guastavino, Trad.). Ariel. (Original work published, 1977).
- Durán-Mantilla, J. G. (2017). *Tercera vía en la filosofía del derecho*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Friedrich-Joachim, C. (1997). *La filosofía del derecho*. (M. Álvarez, Trad., 2.ª ed.). Fondo de Cultura Económica México. (Original work published, 1964).
- Hobbes, T. (1980). *Leviatán*. (A. Escotado, Trad., 2.ª ed.). Editora Nacional. (Original work published, 1651).
- Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del derecho*. (A. Montoya y L. Villar, Trad., 2.ª ed.). Universidad Externado de Colombia. (Original work published, 1997).
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. (R. Vernengo, Trad., 2.ª ed.). Universidad Nacional Autónoma de México. (Original work published, 1960).
- Marcone, J. (2005). Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. *Andamios*, 123-148.
- Möller, D. M. (2007). *Neoconstitucionalismo y la Teoría del derecho: La teoría neoconstitucionalista y su compatibilidad con el positivismo jurídico*. (Trabajo de doctorado, Universidad de Burgos). RIUBU.
- Moreno-Guevara, J. V. (2011). La argumentación iusfilosófica de la Corte Constitucional. *Criterio Libre Jurídico*, 99-108.
- Mozo-Sartorio, C. (2016). El cambio de paradigma en el pensamiento iusfilosófico alemán tras el holocausto. (Trabajo de integración final de abogacía, Universidad Argentina de la Empresa). Repositorio UADE.
- Prieto-Sanchís, L. (2002). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra.
- Rojas-Quiñones, S. A. (2008). Colombia con toga. *Universitas Estudiantes*, 23-43.
- Ruiz-Ruiz, R. (2012). La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Derecho y realidad*, 20. https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4860

Elementos inmutables del derecho

.....

*Por: Juan David Ariza Vargas – estudiante de Derecho,
segundo semestre - joven investigador semillero de investigación
Razón y Derecho ÍTACA - grupo de estudio Ariadna*

De acuerdo con Bernal (2010) la antropología, paleontología y arqueología muestran que en las primeras sociedades humanas el derecho se expresa mediante recopilaciones orales de derecho consuetudinario y normas religiosas o morales que resultaban efectivas. Desde entonces, esta ciencia ha evolucionado tanto conceptual, como estructuralmente, de acuerdo con la forma de gobierno, los derechos que protege y otra diversidad de elementos; por este motivo, Calvo (2014) explica que es posible descartar su invariabilidad.

A pesar de esta, existen elementos que se atribuyen al derecho como comunes a todos los sistemas jurídicos; esto implicaría la existencia de elementos inmutables. Ante esta premisa, analizaré ítems como la libertad, voluntad general y justicia, las cuales se adjudican popularmente al derecho. También analizaré la coacción y legalidad, halladas mediante una profundización histórica y teórica de la disciplina. De esta manera comprobaré su inmutabilidad o la descartaré por completo.

Iniciaré el análisis con el concepto de libertad; respecto a este elemento, diferentes autores han planteado variedad de acepciones, por lo cual lo debo delimitar. Siendo así, me inclino por el concepto de Hobbes (1980) quien explica la libertad como una condición en que el ser humano está desatado tanto de leyes como de impedimentos exteriores.

Hemos de saber que, en el derecho contemporáneo, la palabra “libertad” se manifiesta en permisos como las libertades de expresión, prensa, entre

otros. Estos fueron insertados en sistemas normativos actuales como el colombiano, español o francés, fenómeno que muestra al derecho como un dador de libertades. Empero, tales sistemas jurídicos que pregonan sobre la libertad dentro de ellos no suplen el concepto dado por Hobbes (1980) porque en todo caso el Estado limita y no permite una exploración real del concepto, lo que hace al derecho un partidario de la restricción.

En otras palabras, el derecho liga a hombres que, en su estado de naturaleza, serían libres (Locke, 2006) a leyes que les impide actuar de determinadas formas. Para ilustrar, la Constitución de Colombia (1991) señala los deberes que imponen acciones obligatorias al ciudadano. Por otro lado, históricamente, en Latinoamérica hemos visto gobiernos totalitarios como la dictadura militar de Pinochet en la cual no existía libertad de prensa, derecho a reunión o funcionamiento de partidos políticos (Monsálvez, 2013). Esto evidencia que el derecho arrebató la libertad del ser humano, dando a entender que está fuera de aquellos elementos que se considerarían inmutables.

En lo que concierne a la voluntad general, cabe señalar que regularmente se halla atada al derecho. Esto se da por medio de esquemas democráticos como el colombiano, peruano o estadounidense que erigen la idea de que nuestra voluntad es ley. Sin embargo, lo que se busca mostrar es si tal elemento resultó impermeable al tiempo o si fue condicionado a desaparecer de ciertos sistemas jurídicos. Así pues, el concepto de voluntad general se esfuma en varios momentos de la historia, al existir tipos de gobiernos que no se ciñen al poder del pueblo, sino que les otorgan a otras entidades la potestad creadora y la aplicación del derecho, o si bien se excluye parte de la población. Por ejemplo, recordemos la época esclavista de Estados Unidos cuando la mayor parte de la población afroamericana no tenía derechos (Joseph, 2019), o en Colombia, durante los años que precedieron al gobierno de Gustavo Rojas, cuando la mujer aún no tenía potestad de votar (Semana Historia, 2018). Por esta razón, se debe descartar que la voluntad general sea un elemento perdurable en los sistemas jurídicos.

No obstante, debe haber un ente con la facultad de generar derecho; en otras palabras, alguien con

la potestad de establecer un sistema jurídico. En este punto, aparece el concepto de “voluntad del soberano” (Friedrich, 1997) el cual contempla que una autoridad que tiene el mandato sobre un orden normativo y/o jurídico, es quien tiene la potestad de crear derecho. Así, la voluntad del soberano muta según el poder hegemónico del momento y de este modo suple el problema inicial de la voluntad general; por consiguiente, es posible observar un elemento latente y común a todos los sistemas jurídicos.

En cuanto a la justicia, este ha sido un elemento de difícil abordaje a lo largo de la historia debido a la variación interpretativa del concepto. Al respecto, Kelsen (2008) intentó acercarse a la objetivación de la justicia sin mucho éxito y concluyó su ensayo con un juicio personal en el que desistía de su búsqueda inicial. Por tal razón, en este texto solo resaltaré que el concepto mencionado se ha empleado en el recorrido temporal del derecho, aunque sin inclinarme hacia alguna de las definiciones que cada una de las épocas propone. En otras palabras, considero que la conjunción entre el derecho y la justicia ha perdurado y existe de manera formal en la actualidad en lo que ignoro cuál connotación merecía el título de “justa”.

Por otro lado, el principio de legalidad es un elemento limitado por la aparición del positivismo en la historia del derecho (Velázquez, 1986). Sabiendo esto, se puede deducir que no es un factor que se halle dentro de todos los sistemas jurídicos, pues el positivismo se empieza a usar en su forma más compleja en el código de Hammurabi, hace mil setecientos años antes de nuestra época. En este código, el concepto de derecho se instauró como protector de los ciudadanos, accesible y escrito (como se citó en Velázquez, 1986). Esta idea da por sentado que la legalidad no se extiende a los inicios del derecho, y por esto se puede considerar un elemento mutable con el tiempo.

En cuanto al elemento de la coacción, varios escritores hacen referencia al tema; por ejemplo, Santiago Nino (2003, p. 128) afirma que “la existencia de un orden jurídico está vinculada al ejercicio de la coacción”. Algo muy semejante explica Kelsen (1953), quien considera la coacción como una

característica obligatoria del derecho. Estas ideas evidencian que tal elemento es un factor vital dentro de la ciencia jurídica contemporánea. Empero, estos dos autores pertenecen al siglo XX y XXI, por lo que, sus afirmaciones pueden no estar ligadas a los sucesos que los preceden. Por esta razón, es vital hacer una profundización histórica en torno a la función de este elemento.

La coacción es un rasgo innato al ser humano por lo cual ha existido desde las primeras formas de sociedad. Es decir, el uso salvaje que algunas especies animales le dan (Vives-Rego y Mestres, 2017) se ha culturizado con el tiempo para hacer eficaz y prescriptivo al derecho. En otras palabras, el poder de la ciencia jurídica, como elemento organizativo, depende del uso de la coacción como medio que hace efectivo el cumplimiento del orden normativo, tanto ahora como en otras épocas.

En conclusión, a pesar de su evolución y adaptación social, el derecho ha mantenido elementos de cuya existencia depende su eficacia en gran medida (papel que desarrolla la coacción), la dirección que tome el sistema jurídico insurgente (se moldea según la voluntad del soberano) e incluso, que delimitan o promueven al sistema normativo (la justicia encamina al derecho o seduce a la población gobernada). Cabe aclarar que, si bien en este texto solo profundizo aquellos que considero como los elementos primordiales del derecho, existe la posibilidad de que se encuentren otros elementos a los que se les puede atribuir la inmutabilidad, en la inmensidad de fragmentos que lo componen.

Referencias

Bernal, B. (2010). *Historia del derecho*. Nostra Ediciones.

Calvo, A. (2014). Evolución del derecho y cambios sociales en los siglos XIX y XX. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/653>

Economist Intelligence Unit. (2020). *Democracy Index*. The Economist.

Friedrich, C. (1997). *La filosofía del derecho*. (M. Álvarez, Trad., 2da ed.). Fondo de Cultura Económica México. (Original work published, 1964).

Hobbes, T. (1980). Capítulo XXI. En T. Hobbes. *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil* (p. 299). editora Nacional.

Joseph, P. E. (septiembre 14 de 2019). *La democracia de EE.UU. se levantó sobre la esclavitud: hace ahora 400 años*. https://www.eldiario.es/internacional/theguardian/experimento-democratico-eeuu-inextricablemente-esclavitud_129_1363845.html

Kelsen, H. (1953). *Teoría pura del Derecho*. Editorial Unión Ltda.

Kelsen, H. (2008). *¿Qué es justicia?* Ariel.

Locke, J. (2006). Capítulo 2. Del estado de naturaleza. En J. Locke. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (pp. 3-6). Tecnos.

Monsálvez, D. (2013). La dictadura militar de Augusto Pinochet como historia del presente: Historiografía, dictadura, transición, demanda social y crisis de representatividad. *Historia Actual Online*, pp. 175-191.

Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Astrea.

Semana Historia. (1 diciembre de 2018). *La historia del voto femenino*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-historia-del-voto-de-las-mujeres-en-colombia/590688/>

Velázquez, F. (1986). El principio de legalidad juridicopenal. *Nuevo Foro Penal*, 252-269. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4301>

Vives-Rego, J., y Mestres, F. (2017). La coacción desde una perspectiva evolutiva: ¿función biológica o social? *Diálogo Filosófico*, 267-281.

Thomas Hobbes: Una mirada a los pilares del contractualismo

.....

Por: Iván Andrés Mantilla Torrado – estudiante de Derecho,
segundo semestre

En el contexto político y filosófico del siglo XVII surgieron debates en torno a cómo debía ser gobernada una nación, y qué papel jugaría la religión en el manejo del Estado; todo esto se dio en medio del nacimiento de gobiernos con modelos monárquico-absolutistas. En este contexto ideológico, Thomas Hobbes formuló la primera teoría contractualista que la humanidad conoció sobre el surgimiento del Estado y que, incluso, mantiene su influencia en el pensamiento político contemporáneo.

Con su teoría contractualista, Hobbes buscaba la imposición y consolidación de un Estado fuerte en términos políticos; esperaba que esta figura pusiera fin a la inseguridad y el caos que reinaba en los gobiernos del Renacimiento y que permitiera al ser humano superar su estado de naturaleza. De esta manera, el filósofo concluyó que la mejor vía para dar surgimiento al Estado era la consagración de un contrato social, cuyo concepto terminaría siendo acuñado siglos después por el filósofo J. J. Rousseau.

El contrato social de Hobbes propone la instauración de un Estado entendido como un “orden artificial” en la sociedad; así este orden estaría en capacidad de garantizar la paz y la armonía entre los ciudadanos. A diferencia de Jhon Locke, Hobbes utilizó el contrato social para sostener que un gobierno legítimo solo puede surgir del consentimiento de las personas que estén sujetas a él (Goldwin, 1993) y, además sostuvo que este orden artificial instaurado representaría la superación del estado de naturaleza del hombre.

Hobbes (2013) explica que el estado de naturaleza del hombre se reduce a su instinto natural de conservación, libre de convenciones sociales o instituciones de gobierno que lo limiten. Al mismo tiempo, aseguró que, en estas condiciones, el hombre tiende a un estado constante de guerra civil, debido a que los humanos tienen deseos similares y se enfrentan por satisfacerlos. Esta tensión demuestra que el verdadero peligro y enemigo del hombre es el mismo hombre, cuya alocución latina se reduce a: "*Homo hominis lupus*".

Para que el hombre pueda emanciparse de su estado de naturaleza, Hobbes invoca la capacidad racional humana y estima que este es capaz de ceder parte de su libertad frente a otro, para garantizar su plena seguridad y conservación. Así, entre los hombres surge el establecimiento de un contrato social, que les plantea renunciar a su voluntad individual y someterse a un poder central absoluto, al cual otorgan su representación mediante un único hombre o asamblea de gobierno (Hobbes, 2013).

Además, Hobbes compara este poder central absoluto con una figura bíblica y mitológica: el Leviatán, cuya función principal es asegurar la convivencia pacífica mediante el sometimiento de todos los ciudadanos. En otras palabras, para Hobbes, este Leviatán o Estado sería un órgano más fuerte y poderoso que todos los hombres juntos.

Por otro lado, Hobbes señala que la monarquía absolutista es el sistema de gobierno que mejor garantiza la permanencia de un Estado en el tiempo. En este sistema se le adjudica el poder y los derechos a un soberano o monarca, quien no está en la obligación de justificar su proceder ni sus decisiones, puesto que el contrato que le adjudicó poder solo fue suscrito entre sus súbditos y no con él; en otras palabras, el monarca recibe el poder de manera irrevocable e ilimitada.

No obstante, la teoría contractualista de Hobbes nunca pudo materializarse porque defendía un gobierno absolutista, en el cual se instauraba el miedo y el temor entre los súbditos. Desde luego, esta situación iba en contravía de los intereses generales que el pueblo tenía en este tiempo, y del deseo político de cambio que crecía en las principales naciones europeas. Como respuesta a dichas necesidades, Locke formuló más adelante su teoría de un contrato social con una amplia participación política que encaminó el futuro de las sociedades modernas.

En este punto, se puede concluir que Thomas Hobbes fue el pensador político que se encargó de sentar las bases de las teorías contractualistas para la creación de los Estados modernos, cuyos pilares siguen vigentes en la sociedad contemporánea. Es necesario resaltar que los conceptos de contrato social, Estado y soberano, son fundamentos de lo que más adelante serían las primeras constituciones políticas de los Estados occidentales y, por lo tanto, representan un legado esencial para la ciencia política y jurídica.

Referencias

Hobbes, T. (2013). *Del ciudadano y Leviathan: Antología de textos políticos*. Tecnos.

Goldwin, R. (1993). John Locke (1632-1704). En Leo Strauss y Joseph Cropsey (Comps.). *Historia de la Filosofía Política*. (pp. 451-485). Fondo de Cultura Económica.

Reseña del Libro

La simulación en el derecho: Crisis contemporánea en la formación de los juristas (Reseña crítica)

Por: Diego Alain Navajas Barrera - estudiante de Derecho, sexto semestre - joven investigador semillero de investigación Razón y Derecho ÍTACA - grupo de estudio Ariadna

El jurista y el simulador del derecho (1988) es un libro de filosofía y ética jurídicas, del abogado, catedrático y escritor mexicano Ignacio Burgoa Orihuela, quien fue profesor de derecho constitucional y derechos fundamentales de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Sus últimos años de vida los dedicó a resaltar la necesidad de formar en las facultades de derecho verdaderos juristas, y no solo operadores jurídicos que fueran autómatas de la ley positiva. Sobre esto último trata su libro que reseñaré a continuación.

Burgoa (1988) tuvo como propósito central en su libro abordar lo que considera es la crisis contemporánea en la formación y práctica profesional de los juristas. Concretamente explica que esta crisis se evidencia en la simulación del derecho, que consiste en que “falsos juristas” simulan la puesta en práctica de las calidades cívicas, éticas e intelectuales que caracterizan a un “verdadero jurista”, aparentando en la realidad lo que no son. Añadiendo el autor que esta simulación puede suceder desde la formación inicial del jurista hasta en su práctica profesional.

Su obra se divide en cinco capítulos. En el primero, aborda la función normativa del derecho en la

sociedad, y del servicio que la ciencia jurídica presta a esta. En los tres capítulos subsiguientes, Burgoa explica las cualidades que caracterizan a un jurista, la importancia de la formación de estos en la ciencia jurídica y las diversas tipologías de jurista que existen en el ejercicio profesional del abogado. Y finalmente, en el capítulo quinto centra su atención en lo que considera son las situaciones en las que podemos reconocer un simulador del derecho.

La tesis principal que el autor intenta mostrar es la decadencia actual en la formación académica y práctica profesional de los abogados, mediante lo que denomina la simulación en el derecho. Para el desarrollo de esta tesis se vale de tres ideas secundarias: la importancia de formar a los abogados en la ciencia del derecho, la necesidad de una semblanza ética del jurista, y en cómo reconocer concretamente un simulador del derecho.

Burgoa (1988) señala que, en la actualidad, las facultades de derecho no hacen énfasis en la necesidad de formar a los abogados en la ciencia o jurisprudencia² del derecho. Reconoce que los abogados se forman solo como legistas o conocedores de la ley, inspirando un fetichismo positivista que incluso es nocivo para la sociedad, pues se llega a la incapacidad de desplegar una crítica consciente de la ley y de sus implicaciones en el conglomerado social.

De otro lado, el autor también suma a la decadencia del abogado, el problema de que no se brinda en la actualidad una formación de estos en calidades cívicas y éticas. Frente a lo que manifiesta que los juristas deben caracterizarse por una semblanza ética específica: tener libertad de decidir las causas de las que serán partícipes; ser auténticos y honestos en no dañar a nadie ni ser un corruptor del sistema, y tener un sentido de justicia social que oriente la profesión jurídica.

2 El autor se refiere a la jurisprudencia en el sentido usado por los romanos como conocimiento de la ciencia del derecho, y no en su sentido actual como el estudio que se hace de un conjunto de sentencias emitidas por un órgano judicial.

Y es sobre esta falta de calidades cívicas y éticas (semblanza del jurista), e intelectuales (formación del jurista en la ciencia del derecho), de las que se vale el autor para referirse a la simulación en el derecho. Anota como característica general que los simuladores del derecho generan una falsa idea de sí mismos frente a las demás personas, haciéndose pasar por lo que realmente no son: verdaderos juristas.

Burgoa (1988) añade que los simuladores del derecho también se caracterizan por su falta de conciencia en las implicaciones sociales del desarrollo de la profesión, así como su ignorancia en las cuestiones esenciales del derecho como lo son la justicia, la equidad y el litigio. Y, aunque el simulador pueda conseguir prestigio social gracias a sus capacidades aduladoras, la comunidad jurídica, anota el autor, debe propender por ejercer una crítica exhaustiva sobre ellos y desenmascarar sus verdaderos intereses frente a la sociedad.

Es así como puede decirse que el autor termina desarrollando una concepción deontológica del jurista en nuestras sociedades. Este prototipo deontológico de jurista es el que nos señala que el abogado debe ser un conocedor de la ciencia del derecho, así como ejercer las calidades cívicas, éticas e intelectuales que lo caracterizan. Y es en contravía de lo anterior que se concibe el simulador del derecho como el antagonista del jurista.

El autor problematiza lo que es la simulación del derecho desde la óptica profesional y académica del jurista en la sociedad. Por un lado, cuestiona que los abogados no sean autónomos, libres y auténticos en las cuestiones que realizan y caigan en la

corrupción del sistema. Y de otro, critica la superflua formación académica que se tiene hoy de los abogados en las universidades, donde no se aborda la importancia de ser un conocedor de la ciencia del derecho y con ello de una teoría del derecho, como forma de cuestionar la esencia de la profesión y fomentar un pensamiento crítico en los abogados.

Gracias a ese recorrido analítico que hace Burgoa sobre el concepto y concepción de un jurista para nuestras sociedades, allana el camino para esbozar lo que sería un tratado introductorio de ética jurídica. Pues siguiendo el pensamiento del autor, es la formación ética de los abogados lo que puede ser una cuestión diferencial en hacerlos conscientes de las implicaciones sociales del derecho y que estos decidan no convertirse en simples simuladores (Burgoa, 1988).

De lo anterior se puede concluir que *El jurista y el simulador del derecho* es una obra de pensamiento crítico reflexivo en la que Ignacio Burgoa Orihuela ahonda sobre la crisis actual en la formación de los juristas. Señala que esta decadencia ha sido producto de la falta de calidades cívicas, éticas e intelectuales en los abogados, donde muchos deciden caer en la simulación del derecho, antes que convertirse en “verdaderos juristas”. Para finalmente, resaltar la importancia que tienen el derecho y los juristas en una sociedad.

Referencias

Burgoa, I. (2014). *El jurista y el simulador del derecho*. Editorial Porrúa.

