

MARCO FILOSOFICO DE LOS ESTUDIOS JURIDICOS EN COLOMBIA

1. AUSENCIA DE INFORMACION Y DE ESTUDIOS HISTORICOS

Quienes pretenden escribir la historia del nivel jurídico colombiano, en su articulación con las otras esferas de la formación social, se enfrentan a la doble dificultad de la ausencia de datos y de la confusión teórica de los autores que han elaborado recuentos del pasado jurídico desde el ángulo de las ideologías dominantes en cada período histórico ¹. El sinuoso camino que parte de los hechos hacia la teoría para regresar luego a los hechos se hace, en consecuencia, particularmente difícil.

Se trata, sin embargo, de un intento doblemente estimulante: en primer lugar, el vacío de análisis científicos jurídico-históricos constituye un reto para quien se acerca a interpretar la historia de la totalidad social colombiana o aun de uno de sus niveles; en segundo lugar, la praxis científica al revelar su articulación con los demás niveles, constituye un aporte a la lucha de clases ².

La ausencia de compilaciones de registros jurídico-históricos levanta una barrera difícilmente franqueable para quienes, constreñidos

¹ No se plantea, entonces, como lo harían Platón, Descartes y sus seguidores racionalistas, una oposición entre "la verdad" y "el error"; tampoco, como la clasificarían los filósofos de las luces, una división entre el conocimiento y la ignorancia. Se quiere, eso sí, contraponer ciencia e ideología, particularmente ideología burguesa, en todas sus manifestaciones jurídicas.

² Más aún, las construcciones teóricas del materialismo histórico se alimentan de la lucha de clases, reflejan la dinámica del combate político y son, ellas mismas, lucha de clases en el nivel teórico. En este último nivel deben enfrentarse a las ocultaciones mitológicas y a las posiciones oportunistas y reformistas, distinguiendo siempre entre el enemigo teórico principal y las contradicciones ideológicas secundarias, combatiendo a unos y a otros e ilustrando —so pena de caer en teoricismos— la conexión de los debates científicos con las luchas que se adelantan en los otros niveles (tiene interés, en este respecto, la reciente autocrítica de Althusser a sus posiciones formalistas y teoricitas. Louis Althusser, *Eléments d'autocritique*. Hachette, París, 1974).

por limitaciones de tiempo y por las deformaciones de su fragmentaria estructuración profesional, deben contentarse con acudir a las llamadas fuentes secundarias dejando a otros autores la investigación de los documentos primarios o reservando para años futuros la labor de "ratón de archivos".

El vacío de precedentes de estudios históricos de lo jurídico impide acudir a argumentos de autoridad y aun a meros antecesores en el tratamiento científico de la materia. No significa esto que los juristas colombianos de todos los tiempos hayan sido estériles con la pluma; por el contrario, su producción ideológica y técnico-jurídica excede posiblemente el conjunto de volúmenes elaborados por colombianos en los otros campos de las llamadas ciencias sociales. Sucede, sí, que las obras legales están plagadas de mitos en lo filosófico y en lo teórico.

2. LAS CORRIENTES FILOSOFICAS REINANTES EN LOS ESCRITOS LEGALES

2.1. *El derecho natural y el positivismo jurídico.*

El desarrollo cronológico del pensamiento legal colombiano parece haberse iniciado con ideas ius-naturalistas³, tanto racionalistas (ya fuera de la vertiente aristotélica-escolástica de la rama neoplatónica-cartesiana) como iluministas, voluntaristas o contractualistas (Hobbes, Locke, Rousseau)⁴.

La escuela del derecho natural mantuvo y mantiene su vigencia, alternando con otras ideologías jurídico-políticas la posición hegemó-

³ Ya desde la época de la Colonia, españoles y criollos venían reproduciendo la ideología ius-naturalista, principalmente en su versión escolástica (Recasens-Siches. "El pensamiento filosófico, político, social y jurídico de hispanoamérica", en G. del Vecchio, y L. Recasens-Siches, *Filosofía del derecho y estudios de filosofía del derecho*, Vol. II, U.T.E.H.A. México, 1946, págs. 375 y ss.). En la época de las luchas separatistas con España el colombiano Antonio Nariño, "precursor de los derechos del hombre" en Latinoamérica, estableció un grupo dedicado al estudio de las ideas contractualistas y enciclopedistas (J. R. Vejarano, *Nariño. Su vida, sus infortunios, su talla histórica*. Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, 2ª Edición. Bogotá, 1945, págs. 32 y ss.; Indalecio Liévano Aguirre, *Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia*. Tercer Mundo, 2ª Ed. Bogotá, 1966, págs. 673 y ss.).

⁴ Simón Bolívar, sin embargo, fue tributario del pensamiento anglosajón sociologizante e instrumentalista o teleológico antes que idealista escolástico o idealista voluntarista. Así, en discurso pronunciado ante el Congreso de Angostura, decía "El Libertador": "Que no se pierdan, pues, las lecciones de la experiencia; y que las escuelas de Grecia, de Roma, de Francia, de Inglaterra y de América, nos instruyan en la difícil ciencia de crear y conservar las naciones con Leyes propias, justas, legítimas y, sobre todo, útiles, no en su forma, en su mecanismo, sino en ser apropiadas a la naturaleza y al carácter de la nación para quien se instituye". (Discurso ante el Congreso de Angostura, 15 de febrero de 1819. Citado en Ignacio de Guzmán Noguera. *El pensamiento de El Libertador*, II Tomo, Ministerio de Educación Nacional, Ediciones de la Revista Bolívar, Bogotá, 1953, T. I, pág. 314. Énfasis adicionado para el presente trabajo). (Ver también, en este mismo sentido, G. del Vecchio y L. Recasens-Siches, op. cit., págs. 728-735).

nica; recuperando, en los últimos años, según se verá más adelante, su predominio sobre tales ideologías.

Desde las primeras décadas del siglo XIX algunas conceptualizaciones voluntaristas se orientaron hacia el utilitarismo filosófico ⁵ y jurídico ⁶ y, por ende, hacia el positivismo legislativo y la defensa y lanzamiento de los movimientos codificadores. Esta reorientación de la ideología jurídica dominante fue ampliamente combatida por los grupos más conservadores (principalmente la clase de los terratenientes, incluyendo entre ellos a la Iglesia Católica) y propugnada por los comerciantes y pequeño-burgueses. Los terratenientes sintieron amenazados sus privilegios por la introducción de los primeros códigos —y por el positivismo unido a ellos— y por la implantación del criterio de la “racionalidad” jurídica weberiana (capitalista) fundamentada en el cálculo y predictibilidad de la ganancia.

El positivismo legal fue ganando adeptos durante la fase de dominación del “capitalismo comercial” (siglo XIX) y contribuyó al desarrollo de las pequeñas y atrasadas industrias nacionales durante el período que podría considerarse como de incipiente “capitalismo de libre competencia” en Colombia (fines del siglo XIX, comienzos del siglo XX). Alcanzó su consagración jurídico-formal en los textos de las Constituciones de 1853 y siguientes ⁷, en los proyectos de Código de Comercio de la década de los 40 y en el Código de Comercio de 1853 ⁸;

⁵ El utilitarismo filosófico fue impulsado por pensadores liberales que tradujeron y enseñaron las obras de John Stuart Mill (Jaime Jaramillo Uribe, *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*. Universidad de Los Andes, Bogotá, 1974).

⁶ El utilitarismo jurídico penetró a través de las obras de Bentham, principalmente como resultado de las exigencias de Santander, quien era amigo personal del filósofo-jurista inglés. Los códigos benthamistas sufrieron numerosas vicisitudes en Colombia: en ocasiones exigidos como texto requerido dentro del programa de las facultades de derecho; en veces proscritos por su materialismo irreligioso. (*Revista Historia de América*, 29, México, 1950).

⁷ Para una buena ilustración del espíritu de las constituciones de 1853 y 1858, en lo relativo a la primacía de la actividad legislativa, con independencia de su contenido, ver Florentino González, *Lecciones de Derecho Constitucional. Reimpresas en Bogotá, aumentadas con la constitución de los Estados Unidos de Colombia*, Bogotá, 1879. La Constitución de 1886 y los actos legislativos posteriores reafirmaron el positivismo jurídico.

⁸ Los diversos proyectos de Códigos de Comercio fueron particularmente instrumentales o teleológicos, afectaron los intereses de las clases dominantes no-mercantiles y regularon las relaciones entre mercaderes de manera general, impersonal y estable. Así, un estudioso del proceso de codificación comercial ha escrito: “The problem of affording merchants more effective means for settling their disputes was a matter of concern from the beginning of the republican period... The code to which Obando put his signature was in certain respects an odd document... The changes were not numerous, but substantially they worked a significant alteration in the regime that the Spanish code had established. Principally they made it more liberal. The Colombian code gave less attention to personal status; the last vestiges of officially sanctioned guild regulation were eliminated”. Robert C. Means, “codification in Latin America. The Colombian Commercial Code of 1853”, en *Texas Law Review*, Vol. 52: 18, 1973, págs. 18-41) (énfasis adicionado para el presente trabajo).

en los diferentes códigos civiles tomados de Bello y del Code Napoléon⁹ y en los Códigos Penales previos al de 1936¹⁰.

El positivismo, al igual que el ius-naturalismo probaría ser una corriente perdurable en la formación colombiana capitalista. Su vigencia, sin embargo, ha venido siendo atacada, por diversos flancos, en los últimos años.

2.2. *Las tendencias filosófico-jurídicas modernas.*

En las primeras décadas del presente siglo aparece la necesidad de superar la ideología jurídica positivista en los países del centro: de una parte, el respeto por la norma, cualquiera sea su contenido, resulta insuficiente para criticar la legalidad fascista derrotada en la contienda bélica; de otra parte, el desarrollo y posterior dominación del capitalismo monopolista —que conlleva la intervención estatal y la creciente participación del Estado en el proceso de reproducción ampliada del capital—, exigieron la renovación o surgimiento de ideologías sociologizantes, historicistas, humanistas e idealistas. Parece oportuno mencionar brevemente algunas de estas corrientes para luego explicar su desconocimiento en el escenario de la ideología jurídica colombiana y sus posibilidades de futuros desarrollos en nuestro medio.

Las primeras reacciones burguesas contra “las posiciones extremas, del positivismo jurídico” rechazaron la identificación Estado-derecho, protectora de los Estados totalitarios (fascistas)¹¹. Existen otras fuentes del derecho, se dice, y se llama al juez a la escena para que desatienda o castigue la ley violatoria de los derechos humanos y proteja la moral y el bien común. Los autores anglosajones distraen entonces su atención —y las mentes de sus seguidores— hacia la dicotomía países de derecho civil-países de “common law”. La mayor discrecionalidad del juez en estos últimos es presentada como garantía de flexibilidad,

⁹ Las normas de interpretación del C. C. y del derecho privado en general, constituyen desde entonces una extraña mezcla de posiciones ius-naturalistas de corte escolástico y positivistas del más puro sabor kelsesiano.

¹⁰ El primer Código Penal Colombiano data de 1837. La consideración de factores particulares (“teoría de los factores”), especialmente el factor económico, como determinantes o explicativos de la evolución histórica del derecho penal, sólo sería tenida en cuenta en la década de los años 30 del presente siglo, cuando cobraron vigor las ideas historicistas de Ferri y de Lombroso. Cerroni ha formulado una oportuna crítica a esta ideología y a la corriente historicista de Stammler, no sólo por su superficialidad en el tratamiento fragmentario de lo social (“los factores”), sino también por su reproducción del dualismo kantiano que dicotomizaba categorías e historia.

¹¹ Toumanov ha demostrado, sobre la base de numerosas referencias al orden jurídico fascista, que la asimilación fascismo-positivismo desconoce no solamente las características formales de la legalidad hitleriana sino también el origen político del Estado de excepción fascista. (Toumanov. *Pensée juridique bourgeoise contemporaine*. Editions du progrès, Moscú, 1974, págs. 158-165).

de actualización teleológica del derecho en función de las cambiantes demandas de la comunidad cuyos intereses son, de una manera u otra, representados por los tribunales como órganos del Estado. Los ajustes y las acomodaciones de las decisiones jurisprudenciales norteamericanas son comparadas favorablemente, de acuerdo con la balanza de la racionalidad weberiana, con el formalismo e inmutabilidad de los países de derecho civil. El "instrumentalismo" se opone al "formalismo", y se recomienda a los países subdesarrollados virar el comportamiento de sus aparatos jurídicos en favor de las medidas finalistas o teleológicas ¹².

El juez no es elevado de estrato por una única escuela. Así, la *lógica jurídica*, al tiempo que reaviva su papel, lo dota de la lógica matemática necesaria para aplicar las técnicas cibernéticas dentro de las herramientas jurídicas de tal manera que pueda digerir todo el cúmulo de información legal ¹³ dentro de las reglas de la lógica, con miras a la producción de ciertos resultados. Se reconoce entonces la posibilidad de una decisión judicial meramente intuitiva, ajena a las severas exigencias de la lógica formal positivista. La *corriente del derecho libre*, en su ramificación ecléctica francesa (el espiritualismo, el naturalismo y el derecho natural de Génys) ¹⁴, busca también ampliar el poder discrecional del juez estudiando la posición de este último frente a la interpretación de la norma. Hart ¹⁵, por último, media entre el neoius-naturalismo y el positivismo analítico de Bentham y Austin, distinguiendo entre normas primarias y secundarias; el juez desempeña un papel importante en relación con estas últimas que otorgan precisión y viabilidad a las normas sustantivas primarias. La coacción, sin em-

¹² Se ha llegado por este camino, anticipadamente en este recuento que pretende seguir un orden más o menos cronológico, a una de las principales vertientes del pensamiento jurídico norteamericano actual: el de Unger y los demás discípulos del funcionalismo apologetico (del capitalismo) weberiano. (R. Unger, "The place of law in modern society. Sketch for an interpretation". Mimeo.). Las ideas de Unger, que se alimentan no solamente de Weber sino también de Durkheim y de Tocqueville, son ampliamente difundidas por las universidades, fundaciones e investigadores norteamericanos. Revelar y ubicar —en un contexto de fases del modo de producción capitalista y de pugna ideológica entre clases dominantes— este afán de reproducción mitológica no es, a pesar de lo que se ha dicho, una suscripción a las elaboraciones simplistas del "imperialismo vulgar". Si relacionar el nivel ideológico con los restantes niveles de la formación socioeconómica dominada, dentro de un panorama histórico, es una "vulgarización" científica, ¿qué papel queda entonces al materialismo histórico frente a la lucha ideológica de clases?

¹³ La inasibilidad del conjunto de datos jurídicos por parte de las cortes inquietó particularmente a J. Stone, *Legal system and lawyers' reasonings*. Sidney (1964), pág. 40.

¹⁴ Ver A. Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de L'Etat*. París, 1968, pág. 328.

¹⁵ H. Hart, *The concept of law*. Oxford, 1961.

bargo, no es esencial al derecho; la sanción resulta del reconocimiento social del contenido de la norma¹⁶.

Los postulados de Hart, Géný y de la lógica jurídica adolecen todos, como crítica del positivismo jurídico, de la misma insuficiencia: es la crítica positivista desde dentro del positivismo, sin superar su problemática. No por cambiar al legislador por el juez se ha superado la identificación entre el Estado y el derecho; salirse del positivismo jurídico implica mirar el derecho desde afuera, como un fenómeno social relacionado, dependiente y determinante de otros acontecimientos sociales.

¿Cuál ha sido y es la vigencia de los tres grupos de tesis anteriores en Colombia? Las ideas de Géný sobre interpretación de las normas son enseñadas en las Facultades de Derecho y aparecen, generalmente —aunque separadas de la problemática del autor y presentadas como una herramienta más de técnica jurídica—, en los textos introductorios al estudio de lo jurídico. Los trabajos de Hart son generalmente ignorados y las ideas de la lógica y la cibernética jurídicas han venido siendo aruñadas por profesionales de otras disciplinas que buscan sistematizar y agilizar los trámites legales aunque no ligan aún sus propósitos con un incremento correlativo en las facultades discrecionales del juez¹⁷. Finalmente, el estudio de las características psicológicas de los jueces y magistrados, análisis conectado pero no necesariamente identificado con estas ideas, ha sido sugerido pero no desarrollado en Colombia¹⁸.

La sociología jurídica burguesa, las diversas corrientes ius-naturalistas y el marxismo se separan, éstas sí, del marco positivista. A su consideración sucesiva se procede a continuación.

La sociología jurídica se opone también al positivismo jurídico aunque sus métodos de conocimiento abrevan frecuentemente en los

¹⁶ Esta posición de la escuela analítica inglesa parece haber dejado sus semillas en los recientes trabajos de los norteamericanos Seidman y Chambliss, tendientes a garantizar la efectividad de la Norma.

¹⁷ Tal parece ser, por ejemplo, el alcance de la preocupación de la Facultad de Ingeniería Industrial de la Univ. de los Andes, personalizada por su profesor E. Aldana, ex Rector de la misma Universidad. Aldana ha venido dictando recientemente conferencias sobre el tema.

¹⁸ Wolfgang Harth, investigador del grupo ASIAS de Colombia, propuso, mientras servía como profesor y asesor de la Asociación para la Reforma en la Enseñanza del Derecho, una investigación sobre los rasgos psicológicos del juez. Su propuesta encontró limitado eco en el grupo de investigadores de la Universidad Externado de Colombia y en la Oficina de Investigaciones Jurídicas del Ministerio de Justicia. La premisa implícita en este tipo de investigación es la visión psicologizante del sujeto; éste aparece determinado por conceptos tomados de la psicología (allí incluida la psicología social) pero autónomo y neutral frente a las relaciones sociales. Las recomendaciones resultantes giran entonces alrededor del procedimiento de selección individual de los jueces.

De hecho, este tipo de trabajos se ubica más del lado de las ideas de "los realistas" norteamericanos que del bando de los cortesanos del juez.

manantiales del neopositivismo filosófico. Merced a esta última condescendencia, los teóricos burgueses de lo legal se han otorgado a sí mismos el diploma de científicos sociales. La sociología jurídica ha nacido entonces con todos los vicios y limitaciones de la metodología positivista: su fragmentación de lo social en verificaciones banales; su incapacidad ante la historia; sus contradicciones en el nivel de la metodología filosófica; su limitación a la descripción; su reconocimiento de méritos científico-teóricos, donde no hay más que juegos lingüísticos; su visión homogénea (y en el fondo caótica) de la sociedad; etc. El fortalecimiento del empirismo jurídico es un fenómeno reciente y relativamente bien localizado: data de la década de los 60 y ha florecido particularmente en Escandinavia y en los Estados Unidos. Busca oponerse al enfoque especulativo de las teorías jurídicas anteriores acudiendo a la aplicación de los métodos sociológicos de investigación neopositivista (encuestas, entrevistas, "tests", medidas estadísticas de asociación, etc.) sobre los problemas susceptibles de este tratamiento (hipótesis tomada de la sicología, de la sociología de las profesiones, la percepción jurídica del "hombre común", etc.). Las teorías así elaboradas suelen ser de corto alcance, superficiales y meramente descriptivas.

Los juristas tributarios del neopositivismo filosófico tienden a rechazar los trabajos de los teóricos anteriores tachándolos de idealistas. Sin embargo, las líneas siguientes no harán distinción cronológica o generacional entre unos y otros, particularmente en lo que a los autores norteamericanos y escandinavos respecta. Esto porque, a pesar de las pretensiones científicas de la pasada década, las teorías sustantivas que han inspirado la aplicación de las técnicas sociológicas permanecen en los registros de los autores del siglo pasado y de la primera mitad de este siglo.

Desde el punto de vista teórico es posible distinguir dentro de la sociología jurídica las ideas institucionalistas de las tesis de "los realistas" norteamericanos. El eclecticismo de Pound puede ubicarse entre unos y otros.

Las ideas institucionales pertenecen principalmente a autores de Europa continental: el "derecho vivo alemán (Ehrlich, Gierke) ¹⁹, y el institucionalismo francés (Burdeau, Lévy-Bruhl, Hauriou) ²⁰. Para unos y otros la identificación del derecho con la gestión normativa del Estado reduce el amplísimo ámbito de lo jurídico. Este último comprende, además de las leyes y las decisiones judiciales, las relaciones entre ins-

¹⁹ E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Munchen, 1913.

²⁰ G. Burdeau, *Traité de science politique*. París, 1949; H. Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit*, París, 1967.

tuciones tales como la familia, las asociaciones comerciales, las asociaciones gremiales, etc. Es necesario reconocer la pertinencia jurídica de estas relaciones inter-institucionales no reguladas por el Estado. Se trata de un campo legal más vasto y más dinámico: el individualismo burgués de la fase del liberalismo de libre competencia ha sido superado y las instituciones se erigen como el pilar de "la tercera vía" entre el individualismo y el comunismo.

Es el *laissez faire* que viene a proteger el desarrollo empresarial público y privado en la etapa del capital monopolista, reconociendo las prácticas comerciales e industriales y haciéndolas rivalizar con el Estado. Este último pierde su carácter de clase para aparecer como una institución más. Se reifica la persona moral bajo la pantalla del "espíritu organizacional" de la época.

Recorriendo este sendero se llega a los estudios de las transacciones, de las cláusulas compromisorias, del derecho no regulado de la "cultura jurídica" en general ²¹. Se llega también, en compañía de Ehrlich (y, en este sentido, de Weber, de Stammler y de Savigny) ²², al historicismo jurídico: la relación anárquica, fragmentaria y arbitraria de categorías jurídicas y circunstancias sociales.

En fin, la crítica a los institucionalistas reside no solamente en su ocultación del papel y el carácter de clase del Estado sino también en su dicotomización neokantiana entre la norma jurídica y la relación jurídica (institucional) que nubla la vinculación dialéctica entre una y otra.

La jurisprudencia sociológica norteamericana alcanza con Pound su más compresiva formulación. Pound oscila eclécticamente entre la escuela del derecho vivo de Ehrlich y la jurisprudencia de intereses de Jhering; filosóficamente acata la influencia del empirismo integral de James. Sus teorías constituyen las fuentes próximas de las actuales

²¹ Así, Lévy-Bruhl sostiene que "... *theoriquement tout au moins tout groupement humain a son droit, aussi bien un club sportif, une société de commerce, un syndicat, qu'une nation*". (Lévy-Bruhl, Op. cit., págs. 29-30) (énfasis adicionado para el presente trabajo).

Se está, entonces, frente a la fuente de las ideas del sociólogo norteamericano Evan, sobre "derecho no-estatal", (William M. Evan, Ed. *Law and sociology*. Glencoe, 1962, pág. 183) y de las investigaciones del jurista Lawrence Friedman sobre "cultura jurídica" (Friedman ha influido ampliamente el diseño neopositivista, funcionalista y sistémico del proyecto multinacional Slade, coordinado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford).

²² En la misma línea de argumentación podría ser colocado sir Henry Maine, aunque la visión historicista de este último aparece más crudamente como la apología del capitalismo de libre empresa y del imperialismo inglés. También puede citarse, dentro de la tendencia histórica, la obra del soviético Vinogradov. Esta, aunque más englobante y armónica que las relaciones de Stammler, no puede superar el marco teórico del derecho burgués (surgimiento de los derechos subjetivos, distinción entre el derecho y la moral, etc.), P. Vinogradov, *Outlines of historical jurisprudence*. Londres, 1920.

ideas sobre el instrumentalismo jurídico (Unger, Trubek, Steiner), la eficacia de la ley (Seidman) y el "legal gap" (Katz y su oposición entre el derecho escrito y derecho en acción) ²³.

A diferencia de las anteriores críticas al positivismo jurídico, Pound retorna a la identidad Estado-derecho, justificando el incremento de la actividad estatal en la fase monopolista y elevando de rango la actividad administrativa dentro de la pirámide jurídica. La discrecionalidad de la actividad administrativa debe corresponder a la satisfacción de las metas propuestas ²⁴.

Estas metas son, en síntesis, el compromiso de los intereses en conflicto ²⁵. Los intereses son definidos en términos benthamistas, esto es, en términos del empresario capitalista ²⁶; el pragmatismo de Pound toca frecuentemente la racionalidad weberiana. Su visión de la creciente importancia de lo jurídico en la sociedad moderna (por oposición a la dominación mitológica de la Edad Media), del "control social" ²⁷ ("ingeniería legal", eficiencia de las normas) a través del derecho, roza también la tipología weberiana sobre formas de dominación. Se trata, sin embargo (y aquí aparece nuevamente el eclecticismo de Pound), de un control humanista, temeroso y respetuoso de la libertad del hombre, virtud omnipresente en las aspiraciones de las personas.

El dinamismo jurídico-administrativo no debe, sin embargo, eliminar la generabilidad, predictibilidad y permanencia propias del "régimen jurídico moderno". Los cambios sociales ²⁸ deben ser reflejados por "el nuevo derecho" sin afectar la estabilidad del sistema jurídico ²⁹.

Como ya es común en las ideologías legitimantes del así llamado intervencionismo estatal, el Estado de Pound se ubica por encima de las clases sociales y de sus luchas políticas.

Por último, dentro de las teorías de la sociología jurídica burguesa, se presenta a continuación, y en forma muy somera, *la corriente rea-*

²³ R. Pound, *Interpretations of legal history*. Cambridge, 1930.

²⁴ En lo cual Pound refleja su permeabilidad al teleologismo y conservatismo funcionalistas.

²⁵ Influencia de Jhering.

²⁶ Esta definición separa a Pound de las justificaciones duguitianas del intervencionismo.

²⁷ Ver, en este respecto, T. Parsons, "The law and social control" en W. M. Evan, Ed. Op. Cit., págs. 56-72.

²⁸ Para Pound los cambios sociales eran definidos, al lado del positivismo evolucionista de Ross, en términos funcionalistas-conservadores. Se excluían los cambios "negativos" o "destructivos".

²⁹ En el mismo sentido se pronuncia Cardozo (B. Cardozo, *The growth of law*, New Haven, 1924, pág. 117).

lista norteamericana. Los realistas encuentran incontenible e ilimitado el poder decisorio del juez³⁰. La función del jurista es, entonces, predecir el comportamiento del juez de acuerdo con la experiencia (Holmes). Se rechaza el positivismo jurídico y el derecho aparece en constante evolución³¹, demoliendo y abandonando normas y precedentes; el derecho consta de soluciones empíricas para casos particulares. La previsibilidad weberiana y la generalidad tomista ruedan por el suelo.

¿Cómo predecir el comportamiento legal? Los realistas descartan la relación con la base económica y con el nivel político; en su búsqueda de justificación acuden a la sicología freudiana y a la sicología del comportamiento. Son los impulsos biológicos, los prejuicios, las antipatías del juez, etc., los factores determinantes de la decisión jurisprudencial; la justificación de las mismas se elabora a posteriori. Con Pound, los realistas amplían el ámbito jurídico a la actividad de los funcionarios administrativos.

Con Ross el realismo se difunde en los países escandinavos³². La escuela, sin embargo, va perdiendo acogida en los medios norteamericanos y de su drástico rechazo preliminar al derecho natural ("idealismo jurídico"), retorna parcialmente a la sabiduría aristotélica y a los preceptos escolásticos³³. El principal impacto político del neopositivismo sicologizante de los realistas queda en los años 30 cuando los liberales partidarios del New Deal de Roosevelt buscan destruir los obstáculos de las tradiciones jurídicas para, sobre sus ruinas, implantar el intervencionismo jurídico estatal.

Las diferentes ideas de la sociología jurídica burguesa, al igual que las de la lógica jurídica, son, generalmente, ignoradas en los centros colombianos de reproducción de la ideología jurídica dominante. A pesar de que los institucionalistas europeos son mencionados en las cátedras de filosofía del derecho, su presentación es desligada de su oposición al positivismo jurídico y, sobre todo, separada del contexto sociopolítico que buscaban fetichizar. Los autores norteamericanos han estado ausentes de los centros de enseñanza y de los medios de comunicación colombianos.

³⁰ J. Ch. Gray, *The nature and sources of the law*. New York, 1938, p. 125.

³¹ J. Frank, *Law and the modern mind*, Londres, 1949; K. N. Llewellyn, *Jurisprudence, Realism in theory and practice*. The Univ. of Chicago Press, 1962.

³² A. Ross, *Towards a realistic jurisprudence. A critique of the dualism in law*. Copenhagen, 1946.

³³ H. Jones, "Law and morality in the perspective of legal realism". *Columbia Law Review*, 61, 1961.

¿Por qué este desconocimiento periférico de las ideologías difundidas en los países del centro? Si se excluyen las explicaciones determinantes, sicologizantes y sociologizantes (étnicas, religiosas, nacionalistas-traditionalistas, etc.), se hace necesario acudir a la consideración de las relaciones sociales imperantes en las formaciones en las cuales germinaron y prosperaron estas ideologías. Particularmente, resulta indispensable considerar la específica articulación de modos de producción (tomados en el sentido restringido de la palabra, en el sentido económico), sus fases y sus relaciones de dominación, así como también los desarrollos de la lucha política en esas formaciones económico-sociales. Estas consideraciones se han venido adelantando, así sea de manera muy general y preliminar, en las páginas anteriores. Se ha presentado la reacción contra el positivismo como correspondiente, en términos generales, a la concentración del capital en lo que se conoce como fase monopolista dentro del modo de producción capitalista.

La consolidación y posterior dominación del capitalismo en Colombia se ha operado, como suele ocurrir en las formaciones periféricas, de manera más tajante, abrupta³⁴. Aquí la dominación capitalista data de unos pocos años y la hegemonía política del capital monopolista no es clara todavía. Se está, en síntesis, frente a una diferente articulación de modos de producción y frente a otra historia de lucha de clases. El nivel jurídico ha jugado su papel dentro de la formación social según los límites de su relativa autonomía. El bloque en el poder no ha necesitado llamar en su ayuda mitos extraños al ius-naturalismo y al positivismo jurídico. La justificación del intervencionismo estatal y el desarrollo vertiginoso de nuevas ramas del derecho se ha explicado y legitimado alrededor de conceptualizaciones voluntaristas del Estado e idealistas de lo jurídico³⁵. A estos desarrollos se procede a continuación.

El siglo XX ha sido también testigo del renacer de teorías jurídicas idealistas³⁶ caracterizadas por un resurgimiento del derecho natural y

³⁴ Lo cual no quiere decir que el proceso se haya vivido sin oposiciones entre clases y fracciones de clase.

³⁵ No se quiere, con esto, implicar un mecanismo lineal. Las clases políticamente dominantes, el bloque en el poder, el Estado como representante de sus intereses, miran el derecho en su función estratégico-táctica, acudiendo a las más diversas corrientes ideológicas según sus necesidades. Lo cual no quiere decir que las formas jurídicas particulares no revistan interés científico; su explicación, en relación con los demás niveles de la estructura social, da precisión a la especificación de esa estructura y a los intereses de clase debatiéndose en ella.

³⁶ Es necesario proceder cuidadosamente con el calificativo idealista. Como dice Toumanov: "Toute théorie juridique basée sur la philosophie idéaliste n'apparaît pas nécessairement comme 'idéalisme juridique'". Ainsi, la doctrine pragmatiste du droit telle qu'elle est exprimée, par exemple, par O. Holmes ou E. Dewey, est une doctrine idéaliste, mais non de "l'idéalisme juridique". (V. Toumanov, o. c., p. 331, nota 10). La utilización de la categoría idealista frente al derecho natural en todas sus épocas, corresponde tanto al sentido filosófico como al sentido jurídico del término.

un retorno a las posiciones humanistas. Filosóficamente se trata del reverdecer de los principios neokantianos que diferencian el mundo de los valores del mundo de la realidad; el ser y el deber ser. La filosofía del derecho, relegada por las corrientes sociológicas a un segundo plano, retoma la batuta del conjunto jurídico y coloca en el primer plano, no el estudio histórico del derecho, sino los principios ideales, especulativos, trascendentales.

El resurgimiento del *derecho natural* no es efímero ni estacional; cronológicamente se inicia con la terminación de la Segunda Guerra Mundial, y gana sentido cuando se le relaciona con la crítica al totalitarismo fascista, a las sociedades no capitalistas en vía de transición y aun a la fase capitalista de libre competencia.

La reaparición del idealismo jurídico no es, sin embargo, fácil o incontestada. Los autores y las facultades de derecho continúan distinguiendo entre filosofía del derecho (valores, "problemas eternos" del derecho³⁷, ideales, etc.), a veces llamada teoría general del derecho, y la sociología jurídica³⁸.

Los principios de "participación social", "bien general", "responsabilidad pública", "propiedad privada", son entonces recordados o introducidos como valores eternos del derecho en lo que se juzga "un renacimiento" del ius-naturalismo escolástico. Los trabajos de Fechner, Messner y Radbruch³⁹ reciben acogida en Alemania, en tanto que "la idea del derecho" de Burdeau⁴⁰ se revitaliza en Francia y Del Vecchio⁴¹ es ampliamente difundido en Italia y en los países latinoamericanos.

Las críticas, propiciadas por el renacimiento del derecho natural contra el idealismo jurídico se multiplicaron. En estos últimos años el ius-naturalismo se ve obligado a soportar, no solamente los ataques emanados de la sociología jurídica sino también los rechazos de dos tendencias filosóficamente idealistas: la fenomenología y el existencialismo.

La *fenomenología* de Husserl, Scheler, Heidegger, llega inicialmente al campo jurídico por la vía del normativismo alemán⁴². La

³⁷ Tal como los llamaba W. Friedman.

³⁸ Ver, por ejemplo, H. Cairns, *Legal philosophy from Platon to Hegel*. Baltimore, 1949.

³⁹ E. Fechner, *Rechtsphilosophie*. Tübingen, 1956; Messner, J. "Sind die Naturrechtsprinzipien inhaltsleere Formeln" en *Ozor*, 3, 1965; Radbruch, G. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. Stuttgart, 1961.

⁴⁰ G. Burdeau, op. cit., p.

⁴¹ G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, París, 1953.

⁴² F. Schreier, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*. Leipzig, 1924.

fenomenología exige el retorno al derecho real, a las cosas tal como ellas son. Sin embargo, siguiendo a Husserl, se busca pasar de las cosas "tal como ellas son" a las esencias del ser (neoplatonismo) o a las esencias resultantes del proceso mental que une sujeto y objeto (neokantismo); el pretendido realismo-materialismo de los fenomenólogos reconoce entonces los postulados del idealismo filosófico y, a través de éste, legitima los principios del derecho burgués.

El existencialismo, en su búsqueda del hombre, su existencia y su destino, se amplía en su vertiente jurídica para considerar al hombre ligado a la existencia de los otros hombres. El derecho tiene como función solucionar situaciones concretas. Estas últimas, sin embargo, nunca trascienden el nivel individual⁴³. La visión humanista existencial permite entonces justificar algunas de las normas burguesas fundamentales para el desarrollo inicial del capitalismo (Código Civil, Código de Comercio).

El renacimiento del derecho natural y las ideas jurídicas fenomenológicas han tenido acogida en la ideología jurídica dominante en Colombia en los últimos años. Puede decirse que una y otra posición filosófica y teórica han salido en defensa del orden jurídico burgués, de su consolidación y de su evolución en la actual fase de transición hacia la dominación del capitalismo monopolista, supliendo así las deficiencias del vulnerable positivismo jurídico.

De hecho, el ius-naturalismo nunca desapareció de la escena jurídica latinoamericana. A lo largo del siglo pasado se enseñó en las líneas de pensamiento de Del Vecchio y del derecho natural de contenido variable (historicismo ius-naturalista) de Stammler⁴⁴. En el presente siglo el ius-naturalismo se ha visto acompañado, en Colombia, por la fenomenología jurídica. Amplia difusión ha recibido el trabajo de García Maynez⁴⁵ en las universidades. Otro tanto, aunque en menor medida, ha ocurrido con los textos de Carlos Cossio⁴⁶ y Recasens-Siches⁴⁷. Menos difundidos aún, pero en la misma línea de pensamiento,

⁴³ W. Maihofer, *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*. Frankfurt, 1954.

⁴⁴ L. Recasens-Siches, "Juridical axiology in Ibero-America" in *Natural law forum*, págs. 140-142.

⁴⁵ E. García Maynez, *Introducción al estudio del derecho*. Sexta edición, México, 1956.

⁴⁶ Carlos Cossio, *La teoría egológica del derecho*. Buenos Aires, 1944, y *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires, 1954.

⁴⁷ L. Recasens-Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. FCE, México, 1956.

se encuentran los escritos de los colombianos Betancur, Naranjo Villegas y Carrillo ⁴⁸, seguidores de Scheler, Husserl y Hartmann.

Frente al conjunto de doctrinas ideológicas justificativas del régimen jurídico burgués se levantan las teorías jurídicas marxistas. Su difusión en el medio colombiano, sin embargo, ha sido casi nula.

Dentro del marxismo jurídico del presente siglo prevalecieron por algún tiempo las corrientes soviéticas *economicista* y *voluntarista*, ambas resultantes de los desarrollos políticos seguidos por la revolución rusa en las décadas de los años treinta y cuarenta, y justificativas de los mismos. El economicismo, asociado a los nombres de Stucka y Pashukanis ⁴⁹, niega la autonomía relativa del nivel jurídico y oculta el papel de lo superestructural en los cambios vividos por la base económica. Esta última tiende a identificarse con la propiedad privada de los medios de producción. El voluntarismo, representado por Vychinsky, toma un camino diferente aunque paralelo al simplismo economicista. La base económica es reemplazada entonces por el Estado, el cual actúa como un solo sujeto cuya voluntad se identifica con la única clase hegemónica y —con el desarrollo capitalista— única clase dominante dentro de la fase monopolista imperialista: el capital monopolista.

Contra el economicismo, el voluntarismo y, en general, el simplismo mecanicista staliniano se levantaron las voces marxistas de las décadas de los cincuenta y los sesenta. Los nombres de Cerroni, Vincent, Edelman, Poulantzas (en sus últimas obras), Raguin, etc., ampliaron el horizonte de la investigación jurídica científica y rescataron el papel de la superestructura legal considerada desde la perspectiva del materialismo histórico.

En Colombia, quizás por el predominio cuantitativo del Partido Comunista dentro de “la izquierda”, quizás por otras razones, se ha descuidado el análisis teórico de lo superestructural. Se encuentran frecuentemente, aunque rara vez en forma elaborada, opiniones, carteles, “slogans”, etc., reproduciendo las premisas de economicismo y voluntarismo. Eventualmente las desviaciones marxistas se separan de la línea soviética e incurren en posiciones humanistas que se apoyan en el argumento de autoridad de las obras idealistas del joven Marx. Esta ramificación humanista se confunde generalmente con los planteamientos emotivos de “autores de izquierda”, cuyos escritos pueden catalogarse, en el mejor de los casos, como pertenecientes al “marxismo

⁴⁸ Cayetano Betancur, *Introducción a la ciencia del derecho*, Medellín, 1937; A. Naranjo Villegas, *Filosofía del derecho*, Bogotá, 1947; R. Carrillo, *Ambiente axiológico de la teoría pura del derecho*, Bogotá, 1947.

⁴⁹ Y aún hoy reconocido —y alabado— como la principal vertiente del pensamiento jurídico soviético (ver, por ejemplo, los encomios de Toumanov para con la obra de Stucka en V. Toumanov, op. cit.).

sentimental”⁵⁰. El historicismo, desviación común en algunos apóstoles del nivel superestructural, ha sido poco difundido en Colombia⁵¹.

3. SUGERENCIAS PRELIMINARES PARA UN NUEVO ENFOQUE METODOLOGICO

El presente trabajo, en síntesis, propone un replanteamiento de los estudios legales hacia una perspectiva que: considere el derecho como objeto de estudio y no como ente autónomo y auto-explicable alrededor de sus técnicas (se separa del positivismo jurídico); entienda la lucha de clases, las relaciones sociales, como el motor de la historia (se opone a los idealismos y racionalismos de todos los tipos) y el Estado y la superestructura jurídico-política en general, como condensación de la oposición entre clases, fracciones y capas de clases (alejándose así de los diversos institucionalismos, del sesgo teleológico-conservador implícito en los análisis funcionalistas y también del voluntarismo jurídico “marxista”); adopte una visión totalizante o integral de la sociedad (rechaza la formalización lineal de la mayor parte de los “científicos sociales” neopositivistas, así como también la vulgarización formal de los marxistas estructuralistas). La reducción estructuralista se acepta, únicamente, para satisfacer propósitos heurísticos (o didácticos) y niegue, por ende, la legitimidad de la separación de los niveles sociales (frecuentemente coincidentes con la conocida división de “las ciencias sociales”); reconozca la autonomía relativa de los niveles (contra el economicismo, el mecanicismo y el evolucionismo soviéticos) y busque establecer las relaciones y jerarquías entre ellos, advirtiendo, en este proceso, la determinación en última instancia de lo económico y el ascenso y descenso de lo ideológico, lo jurídico-político y lo económico a la cima de la dominación de las relaciones sociales (criticando así la permanente sobrevaloración historicista del nivel teórico-ideológico); acuda a los hechos históricos como fuente del conocimiento, reconociendo la posibilidad humana de percibir lo material y captar su sentido (desdeñando así la base neokantiana y la hegeliana de algunos retornos al ius-naturalismo) y aceptando la necesidad de la abstracción teórica englobante (esto es, distinguiéndose del empirismo propio de la sociología jurídica norteamericana).

⁵⁰ Aquí se piensa, principalmente, en los trabajos de los juristas Luis Carlos Pérez y Arturo Valencia Zea, conocidos catedráticos del derecho en Colombia.

⁵¹ Lo cual puede tener explicación, a manera hipotética, en la destrucción de la casi totalidad de las facultades de sociología en Colombia, y con ellas de la cátedra de la sociología del conocimiento.

