

# EL DERECHO DE FIN DE SIGLO

## Formas y contenidos

CARLOS ALBERTO CORTES RIAÑO

Abogado, Profesor Universidad Nacional de Colombia

*"Cansados de aquel delirio hermeneúatico, los trabajadores repudiaron a las autoridades de Macondo y subieron con sus quejas a los tribunales supremos. Fue allí donde los ilusionistas del derecho demostraron que las reclamaciones carecían de toda validez simplemente porque la compañía bananera no tenía, ni había tenido nunca ni tendría jamás trabajadores a su servicio, sino que los reclutaba ocasionalmente y con carácter temporal".*  
(Gabriel García Márquez en Cien años de Soledad).

Las formas y los contenidos del derecho de hoy sufren los efectos de los acontecimientos económicos y políticos acaecidos en Colombia y en el Mundo. Es una situación que ha generado verdaderas crisis en el sistema jurídico nacional. Este es un trabajo que procura aproximarse a la encrucijada que vive el derecho de los noventa para pensar en las tendencias del derecho nacional en el inmediato futuro.

Un intento de esta naturaleza sirve para identificar las tendencias del derecho y los esfuerzos que deberán hacerse para superar su crisis actual, y para sugerir la construc-

ción de un nuevo derecho que contribuya al logro del progreso y la transformación social; un derecho que deje de ser el simple resultado de la opresión social (como si sólo fuese un derecho del Estado o de una clase social o de un grupo de presión en particular) para convertirse en instrumento regulador del cambio social, con justicia, equidad y democracia.

Ante todo es necesario superar las doctrinas que tradicionalmente han informado el pensamiento jurídico, ya sea porque se limitan al estudio de la norma jurídica de origen estatal; conciben el derecho como una categoría

universal histórica cuyas reglas deben acatarse para asegurar la convivencia pacífica; o sólo ven en el derecho una superestructura, determinada por la economía, al servicio de las clases dominantes.

La teoría marxista del derecho, en particular, presenta por lo menos tres perspectivas de análisis que, individualmente consideradas, resultan inapropiadas para comprender las formas y contenidos del derecho en las sociedades capitalistas avanzadas de fin de siglo. La teoría instrumentalista analiza de modo sistemático los vínculos entre el derecho, el Estado y la clase dominante, dejando de lado el contexto estructural dentro del cual se dan esos vínculos. La estructuralista se ocupa sistemáticamente de la forma en que el derecho es determinado por las contradicciones y limitaciones del sistema capitalista de acumulación, en tanto que el manejo instrumental resulta secundario. Y la teoría "hegeliano-marxista" pone énfasis en la conciencia y la ideología, en la mistificación y legitimidad del derecho, relegando a un segundo plano el vínculo con la acumulación y el manejo instrumental.

El derecho es, en efecto, una relación social inherente e integrada al sistema capitalista de organización social de la producción, opresiva por naturaleza. Formalmente el derecho es además un mecanismo legítimo de control social capaz de regular y sancionar toda conducta en cualquier sistema político o económico. Una superestructura real no racional, determinada por lo económico, pero también una forma de control social que condiciona y moldea a su vez las realidades sociales. Esta separación entre lo jurídico, lo político y lo económico es simplemente metodológica, porque la regla jurídica se halla estrecha-

***"Las formas y los contenidos del derecho de hoy sufren los efectos de los acontecimientos políticos acaecidos en Colombia y en el Mundo. Es una situación que ha generado verdaderas crisis en el sistema jurídico nacional"***

mente conectada con la esfera de lo político, y ambas esferas se encuentran fuertemente condicionadas por las relaciones sociales de producción. En este sentido el derecho es inherente a la índole misma de toda organización social cualquiera que sea su naturaleza política.

Por tanto, la explicación del derecho, de su evolución y sus contenidos, no puede dejar de considerar los impactos que tienen sobre él las características de los distintos sistemas políticos y las doctrinas económicas que se ocupan de la teoría y la práctica de la vida social, su organización y su gobierno. Tales doctrinas políticas y económicas al implantarse en una sociedad determinada, inspiran y modelan su ordenamiento jurídico.

Como consecuencia, el derecho no es pues un conjunto sistémico de normas vacías, neutrales, aptas para cualquier formación social, o cualquier solución, sino que, por el contrario, la economía y la política determinan en alto grado los contenidos del derecho, los cuales se identifican con la necesidad de garantizar la continuidad del sistema y la legalidad y legitimidad del mismo. Esto es, las tendencias del derecho en el fin de siglo deben ser explicadas teniendo en cuenta la especificidad propia de las economías dependientes de los países de América Latina.

**Acontecimientos que modifican el derecho**

Entre los acontecimientos que están generando cambios en las formas y contenidos del derecho se hallan los siguientes:

## El derrumbe de los países de economía socialista y la caída del muro de Berlín

De ellos surge el fin de la confrontación ideológica entre dos sistemas políticos y económicos del mundo casi irreconciliables: el capitalismo y el socialismo, y por consiguiente la eliminación de fronteras mentales y políticas; la transformación del mapa geopolítico del mundo y la entronización de un único sistema: el capitalismo, en su versión más avanzada, la neoliberal<sup>1</sup>.

### El Neoliberalismo o la renovación del sistema

El pensamiento neoliberal, en sus expresiones más radicales, sostiene que la vigencia plena del mercado y la privatización son la solución para superar el atraso, el bajo nivel cultural y la inequidad reinante en los países de América Latina.<sup>2</sup>

Esta doctrina no sólo sobredimensiona el papel del mercado soslayando sus deficiencias, relievando la libre competencia a costa de la restricción del papel del Estado frente a la economía y a la cuestión social, sino que sugiere una "nueva" concepción axiológica del hombre, cosificado, reducido a la ganancia, al individualismo, al más puro egoísmo.

1. Significa además la transferencia económica de Occidente para la reconstrucción de las economías de los nuevos países y la restricción de la ayuda que ofrecían a los movimientos populares en el mundo entero con el fin de exportar la revolución.

2. Sunkel, O. (compilador). El desarrollo desde dentro. Un enfoque neestructuralista para América Latina. F.C.E. Lecturas (71), México, 1991, p. 17.

**"El pensamiento neoliberal, en sus expresiones más radicales, sostiene que la vigencia plena del mercado y la privatización son la solución para superar el atraso, el bajo nivel cultural y la inequidad reinante en los países de América Latina"**

mo. Los procesos económicos no tienen rostro, ni alma, son inflexibles, omnipotentes, sin ética ni valores. El mercado, al decir de Octavio Paz, es circular, impersonal, imparcial e inflexible, justo a su manera pero ciego y sordo, no ama ni a la literatura ni al hombre<sup>3</sup>.

El neoliberalismo no es en verdad una corriente renovadora, como parece sugerirlo el prefijo, sino una tendencia regresiva y reaccionaria con un fuerte contenido dogmático que se ha expandido a costa de inequidad y pobreza<sup>4</sup>. Tampoco es una simple doctrina o un plan de desarrollo económico. El neoliberalismo es eso y mucho más. Es un modelo estratégico que pretende la renovación, en su conjunto,

del sistema de producción capitalista, a escala mundial. Comprende una concepción integral del individuo, la familia, y hasta del Estado, pasando por el derecho<sup>5</sup>.

### 3. La globalización y la integración económica

La llamada globalización es el símbolo más visible de las relaciones entre la economía y el poder en los nuevos tiempos. Entre sus rasgos distintivos está la conformación

3. La otra voz, poesía y fin de siglo. Seix Barral, Argentina, Buenos Aires, 1990, p. 125.

4. Giraldo Isaza, F. Contra la Pesadilla neoliberal: una ética comunicativa. En Revista Foro No. 19, Bogotá, Dic. 1992, p. 44.

5. Levine Barry (Compilador). El desafío Neoliberal. Ed. Norma, Bogotá, 1992. Moncayo, Victor M. Tendencias de transformación del derecho en nuestro tiempo. En Revista Politeia No. 13, Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 1993, p. 112. Cantolla Bernal E. La cruz de nuestra modernidad. En Ciencia Política No. 33. Ed. Tierra Firme, Bogotá, 1993.

de bloques económicos conectados entre sí por una red de relaciones de libre comercio, alianzas y reacondicionamientos de la hegemonía, en consonancia con los procesos amplios de internacionalización de la economía y de universalización de la tecnología de las comunicaciones. Se trata, en síntesis, de la absorción de las economías parciales por una economía global.

Paralelamente, la economía mundial muestra un proceso de integración regional debido al realinderamiento de los países por bloques y zonas geográficas teniendo en cuenta su identidad étnica, cultural, económica y geográfica. Esto conlleva la integración de esfuerzos productivos, fusión de empresas, ampliación y apertura de nuevos mercados, competitividad internacional, subcontratación y especialización de los procesos de fabricación por países, según sus ventajas comparativas.

#### **El debilitamiento de los Estados nacionales**

Desde un ángulo supranacional los procesos de globalización e integración económica están debilitando los Estados nacionales. Los instrumentos jurídicos, tales como pactos y tratados internacionales, empiezan a tener un status jurídico totalizador con autonomía frente a normas jurídicas nacionales. En el plano económico y político se ve con mayor claridad que las decisiones adoptadas por los Estados nacionales dependientes obedecen en gran parte a las políticas internacionales.

#### **La apertura y la internacionalización de la economía**

La modernización de la economía que hoy se vive en Colombia -y en el mundo entero- es el resultado de una situación que combina los efectos de la apertura de la economía al mercado mundial con los esfuerzos de reestruc-

turación empresarial<sup>6</sup> iniciada desde abajo por la industria nacional en la década pasada, e inducida desde arriba por el gobierno dentro del nuevo modelo de desarrollo económico adoptado a comienzos de la década presente. En ambos casos, la aplicación de nuevas tecnologías y la apertura económica están generando importantes cambios en la estructura de la producción, las relaciones laborales y la concepción tradicional del antagonismo entre clases sociales.

Las estrategias y políticas del modelo aperturista, aparentemente aisladas pero realmente complementarias, incluyen la eliminación y el desmonte de barreras arancelarias; la reconversión o reestructuración industrial; la consolidación del mercado de capitales y el fomento a la inversión extranjera; la modernización del Estado; la introducción de cambios jurídico-políticos orientados a la consolidación de la paz social y la democracia participativa; y, la llamada flexibilidad normativa, entre otras<sup>7</sup>. El nuevo modelo demanda también la definición de una verdadera vocación industrial del país y una política de inversión nacional en investigación científica-tecnológica.

#### **La reconversión industrial**

El vocablo "reconversión", en la acepción general empleada hoy en día, implica cambios profundos sobre el aparato productivo de carácter tecnológico (activos fijos e intangibles) y organizacional, relacionados con los ciclos industriales, el mercado, la automatización o automatización empresarial y la organización del trabajo. Entre los aspectos

6. DNP. La revolución pacífica. Modelo de desarrollo económico 1990-1994. CONPES-DNP. Programa de modernización de la Economía Colombiana. Documento 2.465-J. En Revista Legislación Económica No. 914, nov. 15 de 1990, p. 546.

7. Son políticas que requieren reformas normativas. Una de ellas la reforma constitucional de 1991. Otras las reformas tributaria, laboral, cambiaria, de comercio exterior, financiera, al sistema de puertos, administrativa y laboral del sector público. En La Revolución pacífica..., op. cit.

tos centrales están: la actualización o modernización de equipos (tecnologías duras o de producción); la introducción de nuevas técnicas administrativas y de gerencia (tecnologías de gestión); la fusión empresarial, que implica la muerte de empresas industriales completas y el surgimiento de otras, y la reconversión propiamente dicha que consiste en el cambio de destinación de una empresa a la producción de otros artículos diferentes a los de su actividad inicial y/o a la especialización en particular de una línea tradicional de producto<sup>8</sup>.

### La modernización del Estado y la desregulación normativa

Es un hecho innegable que el Estado colombiano se quedó a la zaga de las exigencias contemporáneas. Aparece como una masa informe de entidades, funcionarios, papeles, trámites, contratos, "mordidas", "serruchos", donde la corrupción es el común denominador. La planificación altamente centralizada, el establecimiento de niveles y estructuras rígidas, la observancia estricta del conducto regular, la especialización de funciones, se consideran hoy como características de un modelo organizacional ineficiente del Estado, pues implican una gigantesca estructura burocrática y corrupción generalizada.

La modernización del Estado no es, sin embargo, un proceso autónomo. Constituye apenas una faceta del paquete globalizador y aperturista. En algunos casos, estas corrientes reformadoras obedecen a imposiciones internacionales sobre créditos o libre competencia, que sujetan a los Estados a los requerimientos de la acumulación internacional a través de la adopción de políticas de ajuste rela-

cionadas con la reestructuración de los gastos sociales, el desmonte de subsidios, las privatizaciones y la desappropriación de lo social.

La modernización del Estado presenta a su vez tres aspectos estrechamente relacionados entre sí: a) *Desregulación e intervencionismo atenuado* o proceso de atemperamiento de la intervención reguladora del Estado en los asuntos de los particulares. Esta desregulación no sólo se refiere al contenido de las normas sino que se hace extensiva a sus formalidades y procedimientos o trámites, los cuales deben ceder ante la versatilidad y la aceleración de las operaciones comerciales, productivas y sociales en general, en tal forma que dé lugar a un marco jurídico preciso, menos denso, más dinámico y menos técnico; b) *Privatización*. La apertura económica introdujo la necesidad de abandonar los modelos económicos basados en los monopolios estatales<sup>9</sup>. Comprende además el desmonte de los privilegios estatales vigentes en aquellas actividades en las que el Estado compita con los particulares. Como contraprestación se incrementa la responsabilidad social y ecológica de la empresa privada (C.F. arts. 58 y 334); c) *Modernización administrativa del Estado* con base en la aplicación de tecnologías organizacionales modernas de gestión pública.

### El progreso científico-tecnológico

En la sociedad de la información y el conocimiento, como la define Drucker, el conocimiento especializado se ha convertido en un instrumento de poder, en un recurso básico de los individuos y de la economía en general. Ante el "fin de la historia", el desarrollo social equivaldrá a cambiar los modos de producción y circulación de la informa-

8. De la Garza Enrique. Crisis y reestructuración productiva, UNAM, México, 1987. Zerda, Alvaro. Apertura, nuevas tecnologías y empleo, Fescol, Bogotá, 1992. Lopez Guerra Guillermo. La reconversión industrial en Colombia. En Actualidad Laboral No. 42, Legis Editores, Bogotá 1990, p. 4. Weiss Anita. Introducción de los círculos de calidad y participación. Dombois Rainer. Adaptación de los métodos japoneses en la organización del Trabajo. Debate sindical. Fescol. Bogotá, 1992.

9. El logro de la eficiencia del Estado y la tendencia a la especialización de sus dependencias en los cometidos que le corresponden en un modelo de corte neoliberal, ha dado lugar a que prácticamente todos los gobiernos tomen la decisión de enajenar y trasladar al sector privado, por lo general altamente competitivo, gran parte de las empresas públicas y de los servicios que se suponían exclusividad del Estado: electricidad, telecomunicaciones, aseo, etc. DNP. Modernización y privatización en Colombia. Bogotá, 1992.

*"La modernización del Estado no es, sin embargo, un proceso autónomo. Constituye apenas una faceta del paquete globalizador y aperturista"*

ción<sup>10</sup>. La tierra, el trabajo y el capital, factores tradicionales de producción, no desaparecerán, pero se tornarán secundarios. Sin embargo, para que el conocimiento especializado sea productivo, requiere de una integración armónica del proceso de innovación y cambio constante con la legislación. Esta última debe ser de tal forma flexible que posibilite y contribuya a generar al interior de las organizaciones la transformación productiva en la condiciones esperadas, aun en contra de los intereses de los trabajadores.

**La preocupación ecológica por el entorno y la calidad de vida**

La protección jurídica del medio ambiente es hoy una necesidad universalmente reconocida y socialmente sentida. La conservación de la naturaleza es una empresa común del Estado y de los particulares que demanda grandes inversiones y cambios sustanciales en las actividades industriales generadoras de productos y residuos que deterioran el ambiente. El problema ecológico es cuestión de supervivencia<sup>11</sup>.

10. Fukuyama, Francis. El fin de la historia y el último hombre. Planeta, 1992.

11. Una preocupación de la OIT ha sido precisamente el medio ambiente en el mundo del trabajo. Durante la última década se ha puesto en entredicho, por parte de los ecólogos, la calidad de vida en las fábricas, pues es obvio que en muchas ocasiones el habitat más contaminante es aquél donde se desenvuelve el trabajador. OIT. 77. Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra 1990. Cfr. sentencias T-411, T-415, T-428 y T-437 de 1992 de la Corte Constitucional.

**Crisis del derecho en los noventas**

El derecho, considerado en un doble aspecto, material y formal, como relación legítima de dominación o sistema normativo que regula y controla el orden social, y como campo del saber que analiza la realidad de los fenómenos jurídicos, ha comenzado a tocar fondo y hace crisis. Los acontecimientos de los últimos años han precipitado, en el ámbito nacional y mundial, cambios económico-políticos tan rápidos y significativos que sus repercusiones están generando, y hacen prever, sustanciales modificaciones sobre las formas y contenidos del derecho para que respondan cabalmente a las exigencias sociales de los tiempos venideros.

Las formas constituyen una abstracción real, o mejor social, no una construcción conceptual, toda vez que se originan en los procesos históricos de las relaciones sociales. Los contenidos se materializan en la normatividad vigente y los procedimientos que informan y regulan la interpretación y la aplicación de la norma.

Los elementos que conforman y estructuran la actual crisis del derecho son múltiples. Entre ellos se destacan:

*La crisis del derecho como simple mecanismo de control social y su incapacidad de adaptarse a los cambios.* El papel de guardián del statu quo hace que el derecho positivo se aleje cada vez más de la realidad social y se vuelva renuente a satisfacer lo que de él espera una sociedad anhelante de progreso. En este sentido, la legislación positiva se refleja inactual y alejada de la realidad social.

Las modificaciones que experimentan las relaciones económicas, sociales o políticas son las responsables de que una norma jurídica —cualquiera que sea su naturaleza—, que parecía razonable y suficiente en un momento determinado, pierda su capacidad funcional y tenga que ser eliminada.

da, mejorada, o acoplada a las nuevas exigencias, en interés de un desarrollo sin fricciones del proceso de transformación social y política de la sociedad. En efecto, las situaciones económicas y políticas señaladas repercuten en la teoría, los conceptos y las tendencias de los fenómenos jurídicos que se creían casi inmutables frente a los cuales el derecho del futuro deberá mostrar respuestas adecuadas y las tendencias para la construcción de la propia juridicidad.

**"El derecho, considerado en un doble aspecto, material y formal, como relación legítima de dominación o sistema normativo que regula y controla el orden social, y como campo del saber que analiza la realidad de los fenómenos jurídicos, ha comenzado a tocar fondo y hace crisis"**

*La crisis del fetichismo de la ley.* El fetichismo de la ley no comprende solamente el ocultamiento de las relaciones de dominación clasista, que aparecen envueltas en categorías jurídicas abstractas a través de artículos, parágrafos e incisos; sino, también, con el culto a la ley. En este contexto, el derecho funciona como una dogmática que no cuestiona la validez de sus primeros principios. Por eso se dice que "el saber jurídico es autosuficiente". Sin embargo, es evidente que el llamado culto a la ley se encuentra en entredicho debido a la negación irrefutable de sus más preciados "presupuestos", así: la ley *no es sabia* por cuanto no se aplica en todos los casos con igual pertinencia. *La ley no encarna la realización ética de la convivencia humana* porque a menudo sus regulaciones se ocupan sólo de lo jurídico, y no contribuyen a formar en el hombre el sentido de la autorresponsabilidad y de la autorregulación individual. *La ley no representa el interés general* porque obedece a diversidad de intereses que corresponden a distintos grupos sociales y políticos<sup>12</sup>. La

12. La dispersión de intereses en la sociedad capitalista actual, ha disminuido la importancia del concepto de interés general, repercutiendo así en la legitimidad del órgano legislativo y de la ley misma. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional: La norma que establece la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos. (sent. C-546, oct. 1/92).

ley *no es autosuficiente* porque existen vacíos jurídicos de mayor o menor complejidad que permanecen sin solución. Y, finalmente, la ley *no es justa* porque no da a cada cual lo merecido.

*La crisis del imperio de la ley.* El derecho ha terminado por convertirse en un instrumento para el mantenimiento y la reproducción del sistema sustentado en el principio del imperio de la ley, según el cual la ley debe aplicarse diga lo que diga, necesaria y fatalmente. Con todo y ello, hay quienes por estos días sostienen que para alcanzar el establecimiento de un orden jurídico democrático y un orden social justo en donde se le respete a

hombres y mujeres el derecho a su dignidad, es indispensable restaurar el imperio de la ley. Lo cierto es que este imperio no sólo no ha contribuido a lograr la justicia material, requisito indispensable para garantizar la igualdad y el respecto a la dignidad, sino que ha obstaculizado el desarrollo social.

*La crisis en la técnica jurídica.* La improvisación, el desconocimiento de la concatenación sistemática de las normas del ordenamiento jurídico del país y la influencia de intereses políticos no muy claros para la opinión pública, han convertido al legislador y al Estado -tradicionalmente colegislador por excepción-, en los primeros infractores de la legalidad<sup>13</sup>. La juridicidad del país se ha desbocado en una hecatombe disparatada, absurda e inconstitucional. Aquí se hace fuerte el dicho de que cuando la política legisla se desconoce la técnica jurídica y se rompe la generalidad de la ley.

13. López Michelsen, Alfonso. EL TIEMPO. Lecturas Dominicales, Bogotá, 1993.

*El derecho como obstáculo al cambio social.* La comprensión localista, regional y profesionalizada del derecho, han convertido los preceptos y principios jurídicos en boga no sólo en un pesado lastre que frena el progreso social, sino que llega, en ocasiones, a levantarse como una de sus principales barreras, atizando la conflictividad que pretende regular.

*La ineficacia del derecho.* Desde un punto de vista formalista, la eficacia del derecho se determina si las normas realizan sus contenidos materiales y su sentido axiológico, y encarnan el supremo valor de la justicia material. El mínimo de justicia material se concreta, por su parte, en el derecho que tienen todos los ciudadanos a una decisión judicial suficientemente fundamentada, razonablemente objetiva, que, sólo por excepción, justifique el sacrificio o la restricción de un derecho fundamental.

En este sentido, las dimensiones de crisis de la eficacia del derecho se podrán evaluar en un futuro inmediato con base en los siguientes elementos que configuran una crisis de orden estructural más no funcional.

a) *La rigurosidad en la aplicación de las formas procedimentales* que impide la realización efectiva de la equidad aparentemente contenida en las normas jurídicas sustantivas (prevalencia de lo formal sobre lo sustancial, desconocimiento del principio de primacía de la realidad).

b) *La legislación de excepción* que transgrede los principios constitucionales democráticos contenidos en el papel, so pretexto de restablecer el orden y la seguridad internas (Cfr. Sent. C-004 de la Corte Constitucional de mayo 7/92).

c) *El distanciamiento que hace el juez de la norma con respecto a la realidad material del caso concreto* que es injusto en cuanto torna ilusoria la realización del derecho. Al mismo tiempo que genera soluciones acordes con la lógica jurídica

***"Es evidente que el llamado culto a la ley se encuentra en entredicho debido a la negación irrefutable de sus más preciados presupuestos"***

ca, también produce injusticia y descrédito en el ámbito de la legitimación del orden jurídico por parte de la población.

d) *La inseguridad jurídica* que atenta contra la finalidad inmediata del derecho, esto es, contra la supresión de toda situación dudosa o imprecisa del propio orden jurídico que sorprenda al ciudadano con un resultado imprevisible (Cfr. Sent. T-006 de mayo 12/92, salvamento de voto del Magistrado José Gregorio Hernández).

e) *La utilización política* que las instancias aplicadoras del derecho hacen del sentido de los textos legales con el fin de desviar su aplicación hacia la realización de otros objetivos no implícitos en la norma.

En síntesis, la eficacia del derecho, que es un juicio sociológico y fáctico, suele estar en contradicción con el juicio jurídico formal relativo a la validez de la norma. Como dice la Corte "el derecho guarda las formas debidas pero no cumple los objetivos para los cuales fue creado" (Sent. C-546, Oct. 1/92).

*La crisis de legitimidad y la ineficiencia del derecho.* Si el derecho se entiende como la regulación social práctica del comportamiento individual orientada a garantizar la convivencia colectiva pacífica, a través de la realización de la justicia, de la distribución justa y equitativa de los bienes de la sociedad, cabe la duda acerca de la vigencia de los

postulados jurídicos del ordenamiento constitucional y legal: el nivel educativo convencional y la seguridad social dejan mucho que desear en cobertura y calidad; el sistema judicial es inoperante (el laboral particularmente); más de la tercera parte de la población local vive en la pobreza absoluta; la violencia y la inseguridad no cesan de cobrar nuevas víctimas día por día; la mitad de la población trabajadora devenga salarios de subsistencia; el 15% de la población económicamente activa no encuentra trabajo y más del 50% de la fuerza laboral ocupada está enrolada en el sector informal donde el nivel de ingresos y la seguridad social son precarios.

Lo anterior es una radiografía veloz pero certera de la realidad. Es una sociedad sumida en una crisis jurídica y moral profunda, producto de su precariedad ética en la manera de concebir y valorar la dignidad del ser humano. Los hechos son dicentes:

a) El Derecho ha perdido buena parte de su eficacia positiva para prevenir o sancionar los delitos y frenar la corrupción.

b) La dispersión legislativa y las frecuentes e imprevistas o coyunturales variaciones normativas generan incertidumbre e inseguridad jurídicas.

c) El Derecho se ha vuelto ineficiente al momento de realizar la justicia material en los conflictos entre el capital y el trabajo.

***"El mínimo de justicia material se concreta, por su parte, en el derecho que tienen todos los ciudadanos a una decisión judicial suficientemente fundamentada, razonablemente objetiva, que, sólo por excepción, justifique el sacrificio o la restricción de un derecho fundamental"***

d) La Administración del Estado, en todos los niveles, se ha convertido en el botín de los vencedores en las fiestas electorales. Hasta el más reducido de los grupos o movimientos políticos aspira a cuotas burocráticas. Los sistemas de carrera diseñados por la legislación nacional con el fin de administrar en forma eficiente los recursos humanos al servicio del Estado, no tuvieron aplicación durante muchos años. Hoy, cuando se aprestan a tomar un nuevo impulso, todavía hay sectores reacios a su implementación debido a la falta de voluntad política de los gobiernos de turno.

e) El clientelismo se ha convertido en el eje del sistema político. Cómo conservar o ampliar la clientela del electorado a través del reparto de puestos públicos o de prebendas de cualquier clase, se ha vuelto la mayor preocupación de los partidos (plebiscito de 1957) y de los legisladores -representantes del pueblo según la Carta Política-, por encima de la discusión amplia y democrática de los proyectos de construcción de la civilización. ¿Y qué decir de los debates políticos e ideológicos? Se acabaron o están siendo reemplazados por los asesores de imagen, las cuñas de radio y televisión y las vallas publicitarias. La política se ha trivializado hasta más no poder. Se ha hipotecado el pensamiento político a las encuestas amañadas y a los medios de comunicación que cada día comunican menos.

f) La corrupción está a la orden del día, sin que sea un fenómeno únicamente del sector público. Ya no se trata de hacer lo correcto sin dañar o perjudicar o engañar. Hay que alcanzar el resultado deseado a como dé lugar. El fin no

sólo justifica los medios, sino que "el todo vale", es una de las reglas básicas de la libre competencia que impulsa a las sociedades actuales.

g) Los remedios y correctivos están agravando la enfermedad. Se establecen más controles, improvisadamente y en forma prolífica e inmisericorde se atafaga a la población con toda clase de normas, leyes, decretos y resoluciones. Ya se ha dicho en varios foros, el país no requiere más leyes, lo que necesita son pocas pero que se cumplan.

Resumiendo, toda persona, en razón de su condición humana, exige total consideración y respeto y debe reconocérsele capacidad de autodeterminación y posibilidad de goce de los bienes ponderables de la existencia. Esta permanente búsqueda del valor de sí mismo es un sentido de justicia y de respeto por la dignidad de los demás. El derecho del futuro deberá estar en condiciones de responder a este reto tan ampliamente como sea posible, si pretende superar la crisis que menoscaba su legitimidad.

*La falta de carácter científico del derecho.* El derecho del presente carece de la unidad y solidez necesarias para erigirse como producto del conocimiento científico. Hoy por hoy, es un campo del saber inorgánico y caótico, que aparece como una disquisición teórica vacua y estéril alrededor de las formas escritas de la norma reguladora, según lo reconocen los propios juristas. Sus elaboraciones teóricas muy poco avanzan porque continúan tejidas sobre principios y supuestos propios de otras épocas.

En síntesis, los efectos de esta crisis de identidad del derecho permanecerán -sin que se alcance la realización

de la justicia como categoría fundamental de la vida en sociedad- mientras no se modifique la concepción del derecho como un mero acopio normativo codificado; mientras no se tome conciencia de que el derecho se nutre permanentemente de la realidad material y de la gran responsabilidad social que le atañe.

*"En síntesis, la eficacia del derecho, que es un juicio sociológico y fáctico, suele estar en contradicción con el juicio jurídico formal relativo a la validez de la norma"*

## Tendencias generales del derecho de fin de siglo

Teniendo en cuenta los antecedentes y la naturaleza de la crisis del derecho es necesario pensar acerca de las configuraciones históricas del mismo, y evaluar si entre las tendencias se contemplan soluciones a la grave crisis de la justicia, o, al menos, propuestas de cambio del paradigma vigente y de su orientación para que desempeñe un papel trascendente, eficaz y transparente. Ello es posible si se sitúa el derecho en una doble perspectiva. Histórica, por cuanto el derecho es un producto social inmerso y relacionado en forma orgánica con la totalidad social de la cual es parte integrante. Sociológica, porque se trata de un fenómeno social que puede ser estudiado echando mano de otras ayudas que ofrecen diversas disciplinas sociales, pero teniendo en cuenta primordialmente el propio desarrollo social.

Las tendencias en las formas y los contenidos del derecho que se anticipan al nuevo siglo y, por tanto, comprometen a quienes piensan los fenómenos jurídicos, sus crisis y su actualidad, comprenden aspectos tan disímiles como lo que han originado sus crisis. Estas tendencias se concretan a partir de los siguientes aspectos políticos, sociales y económicos.

## La constitucionalización del derecho

Entre las características constitucionales más relevantes de los Estados capitalistas democráticos de la presente década, figuran:

a) *La concepción del Estado social de derecho*, según el cual el Estado debe garantizar estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación para todos los ciudadanos pero ahora bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad.

b) *El Estado constitucional democrático* como la respuesta jurídico-política derivada de la nueva versión del intervencionismo de Estado. Dicha respuesta se funda en valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración, explícita o no en la Carta Política, de un catálogo de principios y derechos fundamentales que, al mismo tiempo que inspiran toda la interpretación y ordenamiento jurídico, confieren un papel preponderante al juez en sus relaciones con el legislador y con la administración. Con este conjunto de valores se construye el fundamento y la finalidad de la organización política.

c) *La valía de los derechos fundamentales* donde el derecho y el trabajo empiezan a cobrar singular importancia, nunca antes alcanzada, debido a que el ciudadano común y corriente aspira a que se le reconozca como ser humano con valor y dignidad y a que se le respeten sus derechos fundamentales inalienables<sup>14</sup>.

**"Es una sociedad sumida en una crisis jurídica y moral profunda, producto de su precariedad ética en la manera de concebir y valorar la dignidad del ser humano"**

d) *La igualdad y la justicia distributiva*. De acuerdo con la doctrina de la Corte Constitucional, el derecho no es una pura estructura formal sino una "estructura dotada de sentido necesario". Todo orden político-jurídico que se pretenda justo debe relacionar estrechamente la idea de justicia al principio de igualdad, el cual está condicionando la forma justa de distribuir el poder en una sociedad<sup>15</sup>.

e) *La democracia participativa*. En la Constitución de los Estados modernos el modelo de democracia participativa gana cada vez más espacio frente a la democracia simplemente representativa o electoral. Ello implica que las decisiones políticas deberán adoptarse con participación de quienes directamente se afectan por determinado problema.

f) *La justicia material como criterio interpretativo finalístico*. Los cambios jurídico-políticos reseñados están produciendo transformaciones fundamentales del orden cuantitativo debido al aumento de la creación jurídica, y cualitativo por el surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho. Su concepto clave es presentado por la Corte Constitucional de la siguiente manera: *pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos*<sup>16</sup>.

14. Sobre derechos fundamentales pueden consultarse las sentencias T-002/92 de mayo 8, T-008/92 de mayo 18, T-406/92 de junio 5.

15. Corte Constitucional, sentencia T-422, junio 19/92.

16. Corte Constitucional, sentencia T-406 de junio 5/92. M. Ponente Ciro Angarita Baron.

g) *El control de constitucionalidad.* Las características mencionadas adquieren relevancia especial en el campo del derecho constitucional debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez, y en particular el juez constitucional, pues su intervención no se manifiesta solo como mecanismo necesario para solucionar un conflicto, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así sea en detrimento de la seguridad jurídica. Este es además el criterio sobre la función interpretativa de la Carta Política sentado por la propia Corte Constitucional en la sentencia C-113 de marzo 25/93, y

h) *La justicia y la seguridad jurídica y la importancia de la jurisprudencia.* Es en la relación entre justicia y seguridad jurídica en donde se encuentra el salto cualitativo que empieza a estar presente en el derecho del futuro: el sistema jurídico creado por el Estado liberal tiene su centro de gravedad en el concepto de ley, de código; la norma legal tiene en consecuencia, una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema. En el futuro, se anuncia desde ahora, se desvanecerá buena parte de la importancia formal y material de la ley. El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, comienzan a adquirir importancia excepcional.

En síntesis, entre las tendencias que se originan en la constitucionalización de la legalidad, se insinúa la creación de mecanismos que permitan la aplicación paradigmática de estos presupuestos jurídicos y axiológicos.

## El juez y la aplicación de la ley

No puede desconocerse que el juez, en el estado social de derecho, también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución –sus principios y normas– con la ley y con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales (Corte Const., sent. T-403 de junio 3/92). En este sentido, la legislación y la decisión judicial son, juntos, procesos de creación de derecho, pero en el derecho futuro el juez debe cumplir además cuatro exigencias básicas:

**"El derecho del presente carece de la  
unidad y solidez necesarias para  
erigirse como producto del  
conocimiento científico"**

a) *Realizar el mínimo de justicia material.* La obtención del resultado justo constituye el ideal que por naturaleza funcional persigue el derecho y el objetivo de todas las instituciones judiciales. La vigencia de un orden jurídico justo –mediante la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución–, impone a las autoridades, en consecuencia, el deber de respetar el mínimo de justicia material necesario para que los preceptos constitucionales y fundamentales del orden jurídico no sean letra muerta<sup>17</sup>.

17. Cfr. Salvamento de voto a la sentencia T-006 de mayo 12 de 1992 de la Corte Constitucional y la Sent. T-403 de junio 3/92.

El juez no es un instrumento mecánico al servicio de un ciego racionalismo porque tendrá como función asegurar el mínimo de justicia material ya definido. Para ello, deberá evitar las consecuencias injustas de la aplicación del derecho vigente y estar en capacidad de cuestionar, en todo momento, la compatibilidad material de las disposiciones legales con las nuevas e imperativas exigencias del progreso social, el respeto a la dignidad humana, la justicia, la protección efectiva de los derechos fundamentales y el desarrollo de la personalidad.

b) *Restringir los efectos de la legislación de excepción por razones de Estado.* La legitimidad y la seguridad jurídicas seguirán soportando un fuerte revés, mientras el sistema político no elimine toda posibilidad de que el Estado y el aparato judicial o las mismas autoridades, con el fin de limitar el ejercicio de derechos y libertades individuales, acudan a la defensa genérica de preceptos abstractos tales como orden público, orden social, orden jurídico, tranquilidad pública, sin precisar cómo ni en qué grado dicho ejercicio estaría desconociendo tales valores (Cfr. sent. T-403 op. cit. Salvamento de Voto).

c) *Precisar los alcances de la prevalencia del interés general sobre el interés particular.* En caso de confrontación de intereses individuales y garantías sociales con el interés público, el derecho del futuro deberá prever la obligación para el juzgador de sopesar el valor relativo de los derechos subjetivos en pugna, según las circunstancias del caso y los efectos específicos que la restricción de tales derechos podría tener respecto de las personas involucradas en la situación concreta. Sólo así se podrá dimensionar rigurosamente la importancia del ejercicio de un derecho o libertad y las consecuencias prácticas de su restricción, independientemente del número de personas posiblemente afectadas por la limitación (Cfr. sent. T-403 op. cit).

d) *Realizar el principio de supremacía del derecho sustancial o material frente al adjetivo o procesal.* Este principio consagrado en el art. 4 del C. de P.C., y elevado a canon constitucional en el art. 228 de la Carta Política, contempla que

la ley procesal debe interpretarse teniendo en cuenta que las normas de procedimiento son un medio para la efectividad de la ley sustancial. Se trata de una regla hermenéutica que acompaña plenamente con la finalidad del derecho de alcanzar la justicia en las relaciones que surgen entre las personas. Sin embargo, el nudo de la cuestión radica en determinar el marco dentro del cual le es posible al juez aplicar este principio en detrimento del carácter de *ius cogens* o normas jurídicas de orden público del derecho procesal, que implica la exigencia innegable de su cumplimiento<sup>18</sup>. Al respecto, se considera que la norma constitucional está sugiriendo que la prevalencia del derecho sustancial se agota en las "actuaciones" ya que las decisiones están sometidas al "debido proceso", por su carácter de derecho fundamental (arts. 29 y 85 C. N.). En consecuencia, la prevalencia del derecho sustancial no se puede mantener a costa de la violación o desconocimiento de los derechos fundamentales. Además, el sistema nacional no contempla la figura de la "epiqueya" que faculta a dejar de aplicar una norma vigente por razones de conveniencia o equidad o si se quiere para que prevalezca el derecho sustancial.

### La flexibilización normativa

El neoliberalismo se centra en la tesis del mercado total y en la ley de la oferta y la demanda. En un sistema económico y social así concebido las regulaciones son obstáculos para la operación plena de las leyes del mercado. Se imponen entonces la desregulación y el proteccionismo de la actividad económica y laboral. Consecuencia de ello es

18. Al respecto dijo la Corte: La labor del juez, como dispensador del derecho, es de modo principal interpretativa. Corresponde pues, a quien está encargado de administrar justicia, interpretar los actos procesales y extraprocesales que se relacionen con cada litigio que le compete a fin de poder, en últimas, aplicar con acierto las precisas disposiciones legales que regulen la materia. (CSJ. Cas. Civil, jul.19/85). Cfr. El objeto de los procedimientos. CSJ., Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 8 de marzo de 1978; Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de fecha 17 de febrero de 1988; y Sala de Casación Civil. Sent. del 28 de junio de 1989.

la flexibilización del derecho, esto es, el proceso de adaptar las normas jurídicas a las demandas de las cambiantes situaciones que caracterizan al nuevo sistema de organización social de la producción<sup>19</sup>.

En el campo laboral, p.e., el empleo de nuevas tecnologías y métodos de organización del trabajo, la economía inflacionaria, la reconversión industrial y la apertura económica, la presión del desempleo y los cambios demográficos, el crecimiento del sector informal, son algunos de los factores extrínsecos e intrínsecos que dieron lugar a la llamada "flexibilización laboral". Ella consiste en dar a las relaciones sociales de trabajo, y a sus consecuencias, la manera de amoldarse a las exigencias y circunstancias de los factores mencionados, y se expresa a través de la aplicación de los principios de autonomía de la voluntad e igualdad para contratar y en la ampliación de la esfera de la libertad en la negociación privada de las condiciones de trabajo.

La flexibilización del derecho laboral, como el dios romano Jano, presenta dos caras: una que ofrece la posibilidad a la empresa de contar con mecanismos jurídicos que le permitan ajustar su producción, empleo y condiciones de trabajo a las fluctuaciones rápidas y continuas del sistema económico, para aumentar su competitividad, y otra que implica el abatimiento de una serie de protecciones que tradicionalmente se brindaba a los trabajadores frente a un empleador que goza de mayor poder en la relación contractual.

19. Cfr. Oechlin, Jean Jacques. Las relaciones laborales en un mundo de cambio. En Revista Andi, No. 119, Bogotá, nov-dic. de 1992, p. 34. Alvarez Pereira, Carlos. Análisis de la flexibilidad laboral. Actualidad Laboral No. 58, Legis, Bogotá, 1993. Hoyos Arturo en Actualidad Laboral, mayo-junio de 1987, Legis. Birgin Maurice. Ponencia IX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 1986.

***"De acuerdo con la doctrina de la Corte Constitucional, el derecho no es una pura estructura formal sino una estructura dotada de sentido necesario"***

Hace pocas décadas se estimaba que el derecho del trabajo se encontraba en la extrema juventud por la circunstancia de tener menos de un cuarto de siglo de existencia y como todos los derechos jóvenes presentaba un campo de aplicación incierto pero prometedor. Por aquel entonces se le suponía proteccionista, paternalista, estatal, y supuestamente capaz de beneficiar cada vez más, por no decir ilimitadamente, a los trabajadores (Cfr. D. 23251/65)<sup>20</sup>.

En una primera etapa, el derecho laboral se estructuró sobre bases y principios propios independientes del derecho civil. Paradójicamente se inició con la crisis de la autonomía de la voluntad en las relaciones sociales. Mientras en el campo civil, la autonomía de la voluntad suponía la igualdad de las partes en las relaciones de intercambio, el derecho laboral entendió que las relaciones entre el trabajador y el empleador se basaban en una relación de inequidad en el poder de negociación entre los dos actores. El Estado decidió intervenir con un criterio proteccionista para proteger al trabajador, parte económicamente débil en la relación de trabajo y creó el derecho laboral. Un

20. La reforma de 1990 eliminó la retroactividad de las cesantías, dándole el alcance de definitiva a la liquidación parcial. Como se recordará, el impacto de las variaciones salariales en las cesantías causadas y no pagadas a título de anticipo -la retroactividad-, fue calificado por los empleadores como un obstáculo para la generación de empleo, puesto que se había convertido en un injusto y alto pasivo para las empresas, en la mayoría de los casos incierto. Proyecto de Ley 10 de 1990. Op. Cit.

conjunto de circunstancias han variado sustancialmente este panorama inaugurando una segunda etapa caracterizada por la tendencia a concebir el derecho laboral como un instrumento hábil para remediar los efectos de la crisis económica. El gran problema del derecho del trabajo es su subordinación a los avatares de la política económica<sup>21</sup>. Se trata de un fenómeno extendido en Colombia y en el mundo que implica cambios profundos en lo laboral y en la seguridad social en particular. Lo más deseable socialmente, sin duda alguna, es que el sistema jurídico laboral y de seguridad social proteja lo más intensamente posible al trabajador y a la población en su conjunto, pero todo ello tiene como límite la capacidad de respuesta de la economía. Lo que resulta evidente es que el derecho del trabajo poco protege cuando la economía no marcha. Factores de orden político y socio-económico pesan sobre él y lo hacen dependiente, a tal punto de poner en entredicho, en el inmediato futuro, la existencia misma de lo laboral como campo del saber y rama del derecho<sup>22</sup>.

### El pluralismo jurídico

Un rasgo distintivo de los sistemas jurídicos estatales modernos es la coexistencia y concurrencia de diversos sistemas de producción de normas en un mismo espacio, que tienen la virtud de romper el monismo jurídico estatal y poner en crisis el pensamiento legalista. Por ejemplo, el derecho indígena, las normas que regulan las sectas, el derecho de la integración económica, el derecho de las multinacionales, el derecho laboral corporativo. Esta tendencia no es algo funesto per se, por el contrario, es una configura-

*"La obtención del resultado justo constituye el ideal que por naturaleza funcional persigue el derecho y el objetivo de todas las instituciones judiciales"*

ración jurídica legítima, aunque no oficial o estatal, que tiene su causa en las deficiencias del ordenamiento positivo para regular las distintas situaciones sociales particulares, especiales o atípicas, que coexisten con las realidades tradicionales; en la conveniencia de intereses particulares o de grupos de presión; en la incapacidad de las normas vigentes para adaptarse a una realidad social siempre cambiante, o a situaciones nuevas. Todo ello genera en el conglomerado social la necesidad de dictarse sus propias reglas.

El pluralismo seguramente se acentuará en el futuro en la medida en que se profundice en la desregulación y en la flexibilización de la sociedad y de la economía en su conjunto; en la medida en que se avance en la globalización y en los procesos de internacionalización de la economía, se flexibilicen los controles a la producción y se atemperen las históricas confrontaciones entre clases sociales; y en la medida en que se respeten o enfrenten las culturas y se abran canales de expresión y participación democráticas de las minorías.

Si esto es así, se desvirtúa la posibilidad de obtener en el futuro un derecho totalizador, y se insinúa, por el contrario, la tendencia que muestra la incapacidad del derecho para llegar a todos los grupos sociales como unicidad.

21. Las características de la economía moderna, tecnológicas o comerciales, demuestran que esas formas no convencionales de empleo o de trabajo son necesarias para que las empresas puedan adaptarse y que si las posibilidades de recurrir a dichas formas se reducen artificialmente, el precio que hay que pagar por ello es elevado desde el punto de vista de la competitividad, y por tanto, del empleo. Oechlin, J. *Ibidem*.

22. "La interdependencia entre crecimiento económico y empleo parece haberse roto, por primera vez en este siglo". Fidel Cano en el Espectador, a propósito de la Reunión del Grupo de los 7, Marzo 21 de 1994, pág.5B.

## Los mecanismos de solución pacífica de la conflictividad

Si en el futuro la sociedad presenta nuevas formas de mejor estar social y elevado nivel intelectual y cultural, como se espera, habrá también menos y menor disparidad social y el derecho deberá disponer de más efectivos mecanismos de solución de conflictos (auto-composición) que contribuyan al desarrollo positivo de los valores. Lo anterior conducirá a que los contenidos del derecho se enriquezcan con nuevas formas democráticas de control social, a que los seres humanos sean considerados como adultos y a que se les reconozca su autonomía como individuos libres, convirtiendo ese trato en ética del Derecho.

## La informática y el derecho

Los avances tecnológicos de las comunicaciones modernas están imprimiendo al derecho nuevas formas y contenidos. De una parte, el derecho tiende a asimilar las aplicaciones lógicas y automáticas de la información en su propio provecho (informática jurídica), a través de la construcción y diseño de bases de datos jurídicos, sistemas expertos de acceso a información jurídica computarizada. De otra, la incorporación de las nuevas tecnologías de la información en todas las áreas de la vida social está suscitando la aparición de vacíos legales y figuras jurídicas que demandan la reflexión por parte de los profesionales del derecho, dando lugar a una rama nueva: el derecho de la informática o derecho informático que se ocupa entre otros temas de los delitos y los contratos informáticos, el valor

probatorio del documento informático y la protección del derecho a la intimidad.

## La formación profesional

La juridicidad, entendida como justicia, es la columna vertebral de cualquier Estado de derecho. Sin la sólida estabilidad de ella la marcha del país, además de torpe, se hace lenta y dolorosa. Y la justicia formal, la escrita en los códigos, debe ser aplicada por hombres y mujeres, que para hacerlo correctamente deben haber recibido una adecuada formación universitaria. La formación de profesionales universitarios conlleva en general una inmensa responsabilidad por parte de las instituciones que han adquirido ante la sociedad el compromiso de hacerlo. En especial la carrera de derecho adquiere suma trascendencia, dado que la abogacía, ejercida con criterio recto y científico, apareja formalmente el deber moral de velar por la preservación y el perfeccionamiento de las instituciones, como también contribuir al comportamiento correcto del individuo, en procura del bienestar de los ciudadanos.

Para lograr este cometido, el derecho del futuro no puede reducirse a la formación de profesionales simplemente dispuestos a interpretar la norma en cada caso concreto — que es cuanto hoy ocurre—, sino que es preciso educarlos en una teoría del conocimiento normativo de carácter social, en una teoría del pensamiento jurídico<sup>23</sup>. Los estudiosos del Derecho tendrán que investigar las tendencias sociales, la evolución de las instituciones sociopolíticas y sociojurídicas, al igual que las doctrinas jurídicas y las demás formas de control social.

***"Un rasgo distintivo de los sistemas jurídicos estatales modernos es la coexistencia y concurrencia de diversos sistemas de producción de normas en un mismo espacio, que tienen la virtud de romper el monismo jurídico estatal y poner en crisis el pensamiento legalista"***

## Los profesionales del derecho

La contribución de los profesionales del derecho al desarrollo del pensamiento jurídico también es bastante limitada. Si consideramos únicamente a los profesores universitarios la cuestión suscita aun mayor preocupación ya que la mayoría dedica su vida activa a la cátedra y a las actividades académicas propias del quehacer universitario y muy pocos a la producción intelectual y a su divulgación escrita. La unión entre enseñanza y producción intelectual es pues un elemento definitivo en el avance del pensamiento jurídico. De esta manera no se cierra la posibilidad de que los progresos intelectuales se registren y se confronten permanentemente con el fin último de mejorar cualitativamente la comprensión de las formas y los contenidos de lo jurídico. La dependencia de los libros extranjeros es un ingrediente que esteriliza cada vez más la investigación aplicada acerca de las especificidades propias de nuestros países. Modificar esta pésima tendencia es una tarea prioritaria y uno de los retos más fructíferos del futuro.

Dentro de esta perspectiva, no cabe duda que el profesional del derecho está llamado a ser un importantísimo generador de cambio social. Esta deducción se confirma sólo en la medida en que su formación técnico-académica esté orientada en forma interdisciplinaria. Esta concepción le permite al profesional del derecho, por un lado, identificar los principales aportes de otras ciencias sociales al análisis de su propio campo —el jurídico-político—, y por otro, comprender y usar su saber para sugerir soluciones a los grandes y prequeños problemas económicos, sociales y culturales que el Estado y los distintos estamentos de una nación deben resolver o exigen que se resuelvan. Se sabe, igualmente, que el profesional del derecho, por su misma formación técnica, puede y debe aportar los criterios y tecnologías necesarios para mejorar sustancialmente la capacidad de gestión de la administración de justicia.

23. Véanse los criterios de la teoría del derecho para definirlo en Kaufmann Arthur y Hassemer W. El pensamiento jurídico contemporáneo. Editorial Debate, Madrid 1992. Bobbio Norberto. Teoría general del derecho. Temis, Bogotá, 1987, pág. 143.

En síntesis, los profesionales del derecho, como auténticos juristas tienen en frente el gran reto de convertirse en facilitadores del cambio democrático de la vida en sociedad. Sólo así dejarán de ser meros instrumentos del orden social para convertirse en guardianes de la legitimidad de ese nuevo orden jurídico que, como señala Botero, se espera construir, a través de la búsqueda consciente de la justicia por medio del derecho.<sup>24</sup>

## La recuperación de la eticidad del derecho

El nivel de pobreza y el atraso cultural de los pueblos es la ratificación más indignante del fracaso de nuestro sistema jurídico, ético y político. Si queremos que el derecho se impregne de lo social y se vuelva eficiente y justo, deberá articularse con toda la actividad del hombre, con su obrar, con su quehacer cotidiano, con todo lo que está girando enredador de su vida diaria: el alimento, la vivienda, el trabajo, la educación, la seguridad social, la cultura. Todo proyecto jurídico-político debería estar en condiciones de crear las bases para que la sociedad en su conjunto ofrezca a cada hombre unas condiciones mínimas

*"Dentro de esta perspectiva,  
no cabe duda que el  
profesional del derecho  
está llamado a ser un  
importantísimo  
generador de cambio social!"*

24. Teoría social del derecho. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1993.

básicas de reproducción individual y colectiva, independientemente de que esté vinculado o no a un puesto de trabajo.

El pensamiento jurídico debe abrir los ojos ante la compleja, confusa y diversa realidad cotidiana para clarificar sus puntos de vista sobre el derecho y sobre la naturaleza humana. Se trata de construir un derecho con un alto contenido ético que pueda sustituir los viejos paradigmas éticos-religiosos y los individualistas por aquellos principios laicos en los que se personalicen al máximo las relaciones sociales. El derecho y la ética no pueden seguir siendo considerados como meras formas externas a la vida social, simples expresiones del Estado, creadas, respaldadas e impuestas por éste. Deberán ser entendidas primordialmente como relaciones inherentes a la sociedad. Las relaciones entre la ética y el derecho, son pues, un tema fundamental para afrontar los retos del futuro y para construir sociedades más justas y equilibradas. El derecho deberá facilitar la búsqueda de una evolución racional y coherente de la vida social.

Reformar el derecho, legislar por legislar, cuando el contexto socio-económico y político queda inmóvil y estancado, sería perpetuar su crisis.

En síntesis, el derecho del futuro deberá: 1. Buscar la realización de la justicia, a través del propio derecho; 2. Afianzar la libertad ya que el ordenamiento jurídico tiene que respetar al máximo o limitar mínimamente la libertad humana en todas sus manifestaciones: religiosa, política, expresión, trabajo; 3. Abarcar todas las expresiones normativas que conlleven la noción de justicia y la procuren; 4. Impregnarse de contenido social puesto que la miseria, la violencia, las desigualdades no son asuntos que únicamente preocupan a los gobiernos, a los marginados o a los pobres. Son, desde luego, objeto de análisis y comprensión

## *"El nivel de pobreza y el atraso cultural de los pueblos es la ratificación más indignante del fracaso de nuestro sistema jurídico, ético y político"*

por el derecho, pero lo que se demanda ahora es que en su regulación, el legislador, los juristas y los jueces, apliquen criterios políticos y sociales de amplio contenido democrático, y claros principios éticos sobre el hombre y su dignidad.

### **El derecho como un elemento dinámico del cambio democrático**

El derecho, entonces, deberá estar en capacidad de liberarse de ese lastre que se le endilga en el presente de ser un simple defensor del statu quo, que lo hace ver como un estafeta -voluntario o involuntario- al servicio de un sistema político y de organización social injusta, inhumana, individualista y opresiva.

Hay que ser realistas, honestos y enérgicos al plantear esta situación: el país no puede seguir adelante sin hacer un alto en el camino y reconocer que la funcionalidad del ordenamiento jurídico deja mucho que desear, pues se ha convertido en un verdadero factor que obstaculiza y sesga los esfuerzos por superar la conflictividad en todos los campos de la vida nacional, en particular la generada por la violencia económica y la marginalidad social.

Independientemente de la ideología política es válido pensar que el derecho debe ser un efectivo instrumento de cambio social; un impulsor decisivo de la acción orientada hacia la modificación de estructuras sociales y valores que favorezcan por generación multiplicadora, un cambio relativamente importante en la relación de todos los ciudadanos (pero especialmente de los marginados) con el bienestar y el progreso social, en la producción y distribución de la riqueza nacional.

Si bien es cierto que el deber ser del derecho consiste en garantizar la paz y la convivencia pacífica, no puede desconocerse que el derecho nunca dejará de ser un orden coactivo cuya legitimidad dependerá del éxito de los mecanismos de participación democrática que ponga en práctica el sistema político.

El problema central del presente y del inmediato futuro que enfrenta el derecho gira en torno a cómo debe comprenderse y desarrollarse lo jurídico bajo las condiciones del mundo técnico moderno en tal forma que garantice el cumplimiento de su función en la vida de la comunidad y posibilite y preserve la justicia, la libertad y, en inmediata conexión con ellos, la democracia social y política.

El desafío para el derecho en el inmediato futuro es enorme. Las respuestas a las grandes inquietudes no podrán encontrarse, ni mucho menos implementarse, si no se da espacio a la autocrítica radical —que destaque los logros del ordenamiento jurídico pero no olvide sus errores y deficiencias—, y a la formación democrática de la crítica social y de la opinión, que tenga por centro la generalización de intereses. La juridicidad y la democracia participativa requieren no sólo de un Estado social de derecho, sino de un Estado comprometido que se plantee un cambio en la lógica de la reproducción del sistema, que contrarreste los efectos devastadores del subsistema económico en detrimento de la cuestión social, el progreso cultural y el progreso humano, y permita superar la inequidad interna que lo caracteriza.