

COLECCIÓN **JUS** FILOSOFÍA



UNIVERSIDAD **CATÓLICA**
de Colombia
Vigilada Mineducación

Filosofía del Derecho

Gregorio Rojas González

FILOSOFÍA 4

Gregorio Rojas González

Abogado con estudios de posgrado en Historia Política de América Latina en la Universidad Javeriana (1986); especialista en Docencia Universitaria de la Universidad Santo Tomás (2001); especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre (2007); y magíster en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Konstanz en Alemania (2008). Actualmente es profesor e integrante de la Escuela de Maestros de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Profesor de la Fundación de Educación Superior CEDIMPRO, de las Universidades Jorge Tadeo Lozano, Santo Tomás, Escuela de Administración de Negocios y Militar Nueva Granada.

JUS-Filosofía y teoría del derecho es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las problemáticas de la teoría y la filosofía del derecho; propicia y abre espacios para la investigación y la discusión de la filosofía, la teoría y la lógica aplicadas al derecho.

De esta manera, y en reconocimiento de la importancia de las transformaciones en estas áreas, la Universidad Católica de Colombia pone a disposición de la comunidad educativa y de la sociedad en general esta colección, con la convicción de contribuir al debate y al avance de las discusiones teóricas y filosóficas en el campo del derecho.

OTROS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN:

- Lógica aplicada al razonamiento del derecho
- Teoría Jurídica y enseñanza del derecho

Gregorio Rojas González

Filosofía del Derecho

FILOSOFÍA 4



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Rojas González, Gregorio

Filosofía del Derecho / Gregorio Rojas González.—

Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2018

98 páginas ; 17x 24 cm.—(Colección Jus filosofía ; no. 4)

ISBN: 978-958-5456-20-4 (impreso)

ISBN: 978-958-5456-21-1 (digital)

I. Título 2. Serie

1. DERECHO-FILOSOFÍA 2. DERECHO-TEORÍAS

Dewey 340 1 SCDD ed. 21

Proceso de arbitraje

1^{er} concepto

Evaluación: 31 de enero de 2018

2^{do} concepto

Evaluación: 31 de enero de 2018

© Universidad Católica de Colombia

© Gregorio Rojas González

Primera edición, Bogotá, D. C.

Junio de 2018

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

Angela Robles Laguna

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Andrés Mauricio Enciso Betancourt

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

Cómo citar esta obra

En APA:

Rojas González, G. (2018). *Filosofía del Derecho*.

Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

En Chicago:

Rojas González, Gregorio. *Filosofía del Derecho*.

Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2018.

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Facultad de Derecho

Grupo de investigación
Phronesis

Línea de investigación
Teoría jurídica, filosofía del derecho y argumentación jurídica

Proyecto de investigación
Metodología y paradigmas de la investigación jurídica

Resumen

Dice Santo Tomás: “La finalidad de la filosofía no es saber lo que los hombres han pensado, sino saber cuál es la verdad de las cosas”. Por ello, el presente libro se desarrolla desde el Realismo Filosófico -como sistema de pensamiento-, seleccionando los temas que pueden ser relevantes para quienes se dedican al estudio de la Filosofía del Derecho, donde el conocimiento toma su impulso hacia lo real, hacia la verdad natural. En consecuencia, téngase presente que habrá siempre una verdad conquistada donde ha habido un auténtico conocimiento desde el estudio de la realidad, con independencia del sujeto pensante y no por cuenta y riesgo del mismo.

Los temas fundamentales que fueron seleccionados para este libro y que dan solución a algunos de los problemas básicos de la Filosofía del Derecho, son:

- a. El pensar como valor del conocimiento de la realidad jurídica (problema gnoseológico).
- b. El ser, del saber de la Ciencia del Derecho (problema ontológico).
- c. El obrar, que hace referencia al valor de los actos humanos en relación con el objeto material y formal del Derecho, como finalidad que le es propia al saber del jurista (problema ético), siendo de mayor importancia el primero, en cuanto el valor de las soluciones que se dan al problema ontológico y ético del ser del Derecho depende de la orientación que han de seguir las investigaciones sobre los problemas planteados.

Palabras claves

Realismo, idealismo, derecho, fuente, justicia.

Abstract

St. Thomas says: “The study of philosophy is not that we may know what men have thought, but what the truth of things is.” Therefore, the present book is developed from Philosophical Realism—as a system of thought—, in order to select topics that can be relevant for those who are dedicated to studying the Philosophy of Law, where knowledge is oriented towards the real, towards the natural truth. Consequently, it must be remembered that there will always be a conquered truth where there has been a real knowledge based on the study of reality, independently from the thinking subject and not at the risk of the same.

The fundamental topics selected for this book that provide a solution to some of the basic problems of the Philosophy of Law are:

- a. Thinking, as a value of the knowledge of legal reality (gnoseological problem).
- b. Being, as a value of the knowledge of legal science (ontological problem).
- c. Acting, which refers to the value of human actions in relation to the material and formal object of law, as a purpose that is proper to legal knowledge (ethical problem), the first being of greater importance, while the value of solutions given to the ontological and ethical problem of being in Law depends on the orientation given to research on the formulated problems.

Keywords

Realism, idealism, law, source, justice.

CONTENIDO

Introducción	9
Capítulo 1. ¿Qué es el Derecho?	17
Equívocos conceptuales	21
La identificación Derecho-ley.....	21
La identificación Derecho-facultad.....	24
El concepto de analogía en el Derecho	27
Capítulo 2. El objeto material y formal del Derecho	31
Equívocos conceptuales	32
El Derecho como mandato.....	35
El Derecho como método.....	36
La fuente de los equívocos	39
Más allá de los equívocos	43
Capítulo 3. Fuentes del Derecho	47
Las fuentes del Derecho Positivo y sus dimensiones	50
La dimensión material del Derecho Positivo	52
La dimensión formal del Derecho Positivo	54
Las fuentes del Derecho Positivo y sus manifestaciones	57
La ley.....	58
La costumbre.....	59
La jurisprudencia.....	60
La doctrina	60
Los principios generales del Derecho.....	61
La equidad.....	62

Capítulo 4. La justicia y el Derecho	63
Las cosas están repartidas y pueden estar en poder de otro	68
Precisiones sobre el reparto.....	69
La cosa como debida.....	70
Acerca de los tipos de justicia	73
La justicia conmutativa.	73
La justicia distributiva.....	74
La justicia legal.....	75
Capítulo 5. La persona humana como fundamento del Derecho	79
La “naturalización” de la noción de persona.....	81
Las virtudes propias de la persona humana desde el Derecho	84
Sobre la dignidad de la persona humana	87
Bibliografía	91

INTRODUCCIÓN

Como en su momento señalaron Juan Manuel Charry, eminente constitucionalista, y Gloria Borrero, directora de la Corporación Excelencia en la Justicia, la Constitución del 91 quiso acercar la justicia a la política y terminó en la politización de la justicia.¹ De modo que una “Reforma a la Justicia”, o más precisamente al sistema de administración de justicia colombiano, es sin duda necesaria, pero ella debe pasar por un acuerdo entre todas las partes involucradas y no sólo entre dignatarios que acuerdan presupuestos y ubicaciones.

En efecto, hoy en día se escuchan por todas partes los escándalos de corrupción en los que están involucrados desde los más raras jueces hasta los magistrados de las más altas Cortes, por lo que vuelve a resonar en la opinión la idea de “crisis de la justicia”. Pero, exactamente, ¿qué significa esa idea? Sin ambages, la crisis de la justicia es el olvido del ser y de su necesaria relación con el Derecho y la moral.

Son estas palabras introductorias al Derecho una propedéutica al estudio de la Ciencia Jurídica y al *ars iuris*, al arte del jurista, que pretenden contribuir en la formación de futuros juristas que entiendan y realicen la justicia en su sentido más amplio. Semejante empresa presupone la adopción de una perspectiva ética, la aceptación de principios y reglas de validez universal y el rechazo de una

.....
¹ Juan Manuel Charry y Gloria Borrero. Entrevista en UN Análisis - Reforma Constitucional a la Justicia. Emitida el 12 de marzo de 2012, UNRadio, <http://www.unradio.unal.edu.co/detalle/cat/un-analisis/articulo/reforma-constitucional-a-la-justicia.html>.

concepción de la moralidad entendida como “un término adecuado para designar hábitos socialmente aprobados [que] la humanidad ha preferido siempre decir ‘moralmente buenos’ a ‘es habitual’ [...] aunque históricamente, estas dos frases son sinónimas”.²

La ética es la disciplina que se ocupa del deber de nuestras disposiciones, comportamientos y acciones conscientes e intencionales. Por lo tanto, incluye: a) una ética de la voluntad, que se refiere a las maneras como la voluntad debe incidir en la acción o inacción; b) una ética del entendimiento, que se pregunta por los valores que debe seguir la acción; c) una ética de la libertad, de las intenciones y de los fines que se fija el actuante.

Por inusual que parezca, la discriminación presentada apunta a mostrar que al hombre y a la vida humana no se les puede adscribir finalidad distinta a la que les viene dada, pues ya decía Aristóteles que “el Fin último es perfecto en razón del orden teleológico: cualquier fin se ordena a él, mientras él no se ordena a ningún otro”.³ De ahí que toda acción, e incluso omisión del ser personal, ha de estar gobernada por un principio intelectual, pues la condición humana, que es racional, facilita el ejercicio de la libertad, mientras la voluntad orienta, dirige y ejecuta los actos humanos. La verdadera libertad se manifiesta para el perfeccionamiento de la persona, evitando su autodestrucción, en cuanto los actos humanos procedan del entendimiento, la voluntad y la libertad del hombre.⁴

Ahora bien, ¿qué tiene que ver todo esto con el Derecho? La respuesta es clara, no hay Derecho sin persona humana, como no hay Derecho sin justicia. En clave de esos dos derroteros, esta *Introducción al Derecho*, dividida en dos partes (dos Tomos), quiere presentar los elementos básicos del estudio de la Ciencia Jurídica desde la perspectiva del Realismo Jurídico Clásico. No se desconoce con ello la existencia de otras líneas de pensamiento al respecto, sino que, al contrario, se declara que la opción por el Realismo cuenta con la suficiente fundamentación jurídica y filosófica para salvarlas del entuerto epistemológico entre moral y Derecho en el que se encuentran. Por lo regular, estas otras posturas se

2 Ruth Benedict, “Anthropology and abnormal”, en *The Philosophy of Society*, editado por Rodger Behler y Alan R. Drengson (Londres: Methuen, 1978), 286-309.

3 Francisco Altarejos y Concepción Naval. *Filosofía de la Educación* (Pamplona: EUNSA, 2000), 81.

4 Edwin de Jesús Horta Vásquez y Víctor Rodríguez. *Ética general* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2010), 148.

presentan como neutrales y científicamente imparciales, aunque les sea común una perspectiva idealista o inmanentista.

En torno a esto cabe aclarar, siguiendo a E. Ariel Corredor, que

más que dos sistemas, o conjunto de sistemas, el realismo y el inmanentismo son dos actitudes, son dos opciones, dos perspectivas. Una, el inmanentismo afirma *el ser-de-conciencia que tiende a abandonar cualquier metafísica*, y en el campo del derecho *tiende a definir la realidad jurídica en torno al concepto de norma-ley* –muy a pesar de que con el devenir histórico por ley no se entienda ya exclusivamente ley positiva sino también ciertos principios “generales”-; otra, el realismo, afirma *la conciencia del Ser*, y en el campo del derecho *reconoce la dualidad derecho positivo-derecho natural por la cual la ley positiva es o ha de ser una forma de darse –histórica y contextualmente- de la ley natural, sin que ésta agote todos los campos de aquélla*.⁵

De igual manera, ¿qué tiene que ver todo esto con la enseñanza del Derecho? La respuesta de nuevo es clara, no es posible una *Introducción* a una ciencia cuando no se ha evidenciado la perspectiva desde la cual se le piensa. Un vicio que sufren muchas universidades se muestra en que, pese al crecimiento exponencial en el número de instituciones de educación superior (IES) que ofertan programas de Derecho en el país⁶, la proliferación de profesionales del Derecho no ha ido de la mano de un incremento en el reconocimiento social en la administración de justicia. De hecho, en la “Gran Encuesta Colombia Opina 2012-2”, el 66% de los encuestados declaró no creer en la justicia.

En ese orden de ideas, de poco ha servido el incremento de los programas de Derecho en el país cuando se manifiesta socialmente una mayor injusticia. Estos pasaron de ser cerca de 60 en 1993 a ser 178 en 2007, así como hoy, de acuerdo con el Ministerio de Educación, “siguen teniendo preferencia” entre los egresados de la educación media. Entonces, ¿dónde está el problema? Sin duda en la formación de los abogados, en la carencia de una perspectiva axiológica clara respecto al Derecho.

.....
5 E. Ariel Corredor. *Realismo jurídico y eutanasia. Comentarios al dilema iusteórico de la reglamentación de la muerte digna en Colombia*, Serie Estudios de Derecho 1 (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2009), 16-17.

6 Según una investigación realizada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, el incremento coloca a Colombia en el segundo lugar en el mundo con el mayor número de abogados: 354,45 profesionales por cada cien mil habitantes del mundo. Revista Portafolio, “Colombia, un país donde la mayoría quiere ser abogado”, *Revista Portafolio*, 30 de julio de 2013, <http://www.portafolio.co/tendencias/colombia-pais-mayoria-quiere-abogado-79388>

Y, ¿cuál es entonces el error en la pedagogía del Derecho? El olvido del sustrato trascendente de la labor jurídica, es decir, la excesiva mercantilización de la labor del jurista. Esta, como demuestra la información precedente, pese a que mantiene una demanda social sostenida, lamentablemente no es motivada por propósitos altruistas, sino por el ánimo de lucro de buena parte de los oferentes privados y de los demandantes particulares. Como advierte el profesor Manuel Asdrúbal Prieto Salas,

la incidencia de la sociedad de consumo como derivado de la globalización, ha sido nefasta para la formación integral del estudiante; este considera que la carrera profesional es una herramienta más para ser hombre de negocios, es decir, el mejor para conseguir mucho dinero, dejando de lado la estructuración moral del ciudadano.⁷

Condición que se advierte en muchos estudiantes de Derecho, quienes ven en la litigiosidad un medio para la obtención de recursos económicos.

En semejante contexto, tan desolador, el presente documento quiere alentar, en la formación de los futuros juristas, la preocupación por los fundamentos de su obrar práctico. Lo anterior con el ánimo de que ellos, según la clásica definición de justicia que se encuentra en la primera página del Digesto: “dar a cada uno su derecho, dar a cada uno lo suyo”, procuren el cumplimiento de su función en relación con la justicia, es decir, que puedan determinar el derecho de cada uno, lo suyo de cada uno, con el resultado de que el arte del Derecho sea el arte de lo justo, que es una de sus virtudes cardinales clásicas.

Obviamente puede decirse que hoy en día la mayor parte de discusiones sobre la justicia no tienen que ver con la virtud, los honores, ni los méritos, sino con cuestiones relativas al bienestar y a la libertad. No obstante, dado que todo acto humano es de naturaleza moral, un acto propio del hombre que expresa y pone de manifiesto su peculiar dignidad, supone que “predicar del ser personal la dignidad es también referirla a la naturaleza, porque no existe dignidad sin persona ni persona sin naturaleza”.⁸ Sin embargo, se pregunta María José de Fátima Victoria-Aguilar, en su análisis del pensamiento de Wojtyła (San Juan Pablo II),

7 Manuel Asdrúbal Prieto Salas, Oscar Alexis Agudelo Giraldo y Jorge Enrique León Molina. *Teoría Jurídica y enseñanza del Derecho*, Colección Jus Filosofía 2 (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 78-79.

8 Ilva Myriam Hoyos, “La dignidad humana”, en *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, editado por Pedro Rivas (Lima: Ara Ed., 2002), 90.

¿qué es el libre albedrío? Wojtyła lo define como “la medida de la dignidad y de la grandeza del hombre. La libertad está ordenada a la verdad y se realiza en la búsqueda y en el cumplimiento de la verdad” (Discurso en La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 1995, n. 12). En su libro *Persona y acción*, Wojtyła (2007) menciona con respecto a la libertad que la persona es un ser que puede decir “podría, pero no es necesario” (p. 58). Esto nos da luz para entender que el hombre tiende al bien y lo busca, pero también es probable que elija lo contrario. Cuántas veces una persona se cuestiona ante una situación entre elegir lo bueno y lo verdadero, pero finalmente termina optando por aquello en contra de su propio bien. Por lo tanto, la libertad como atributo de la naturaleza humana, ligada a la voluntad, debe estar encaminada a buscar, a la luz de la razón, el bien y la verdad conforme a la naturaleza de la persona.⁹

En tal sentido hay, y tiene que haber, una idea universal de justicia, fundada sobre el respeto a la dignidad de la persona en su integridad y, obviamente, en su perfeccionamiento libre, que agote el significado total de la palabra ética. Esto, teniendo en cuenta que una cosa es la justicia o la dignidad de la persona, aspectos que no pueden construirse sin respetar ciertos principios universales, y otra cosa las costumbres que responden a circunstancias relativas. Pero ¿cuáles son esos absolutos éticos? No se puede entrar aquí en la discusión de una ética de los mínimos naturales, pues ello implicaría una discusión sobre las características y la fundamentación de la ética misma. De igual manera, y sin duda, este tema rebasa el alcance de estas breves reflexiones. En cambio, se pone en consideración ahora una primera distinción entre los bienes universalizables, bienes comunes, necesidades básicas o patrimonio de la humanidad y aquellos otros bienes que son relativos, que no tienen por qué ser universalmente compartidos.

La justicia es una y los bienes son múltiples, de manera que lo justo y el actuar ético en correspondencia no son negociables. El problema está en que las fronteras entre los deberes de la justicia y los de la felicidad no son claras. Además, los contenidos signados a la justicia han ido creciendo de forma paralela con las expectativas de felicidad, de modo que puede decirse que justicia y felicidad pertenecen por igual a la ética, así como que la justicia se construye sobre la base de aquello que las personas consideran bueno. Y ¿qué puede considerarse

.....
9 María José de Fátima Victoria-Aguilar, “La persona humana y la búsqueda del bien desde la mirada de Karol Wojtyła”, en *Filosofía y personalismo en un mundo en crisis*, T. II, compilado por Édgar Javier Garzón-Pascagaza (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017), 109.

moralmente tan bueno “para todos” como para que resista la crítica del relativismo? La respuesta común, señala Prieto Salas, han sido los llamados Derechos Humanos, aunque

curiosamente, la universalidad de los llamados derechos humanos no es realmente universal, es evidente que los intereses protegidos en esos derechos responde a las necesidades históricas y económicas de la sociedad occidental, en menos previo de los intereses sociales de comunidades no occidentales, ni occidentalizadas. En este punto surge la duda: ¿cómo construir derechos de adjudicación universal real? La respuesta es un desafío para la humanidad, pero es posible enunciar que sus bases se hallan en el estudio de los derechos fundamentales de los ordenamientos jurídicos domésticos y no en el estudio de los mal llamados “derechos humanos”. Los puntos de coincidencia entre derechos fundamentales de las jurisdicciones domesticas de todas las naciones del mundo sí podrían ser considerados como intereses universales de la humanidad, y, a su vez, la protección de dichos intereses sí podría ser calificada como derechos humanos.¹⁰

Es evidente para el lector que la propuesta teórica sobre la fundamentación de los Derechos Humanos de Prieto Salas puede tener mucho sentido en términos de su adjudicación, pero no es valorativamente satisfactoria. Esto, debido a que obedece a circunstancias históricas de contraste –de suma positiva– en todo caso relativas e incompletas, ya que, como el mismo Prieto Salas reconoce,

la sociedad humana es tan volátil que en algunos casos acepta y dignifica algunas acciones que años atrás rechazaba enérgicamente [y] se pueden llegar a estructurar nuevos derechos humanos [...] De ese modo, todos los intereses comunes entre los derechos fundamentales deberán constituirse como un derecho humano.¹¹

Precisamente esta es la diferencia con la posición aquí sostenida, pues la suma de intereses comunes no convalida moralmente el carácter universal de ningún derecho, sino que tan solo hace plausible una cierta posición en un momento histórico y convencional dado.

En contraste, se afirma aquí, si existe algo “bueno” universal, esto es jurídicamente exigible por causa de sí, es decir, debe ser porque existe una causa para cada derecho de ese tipo que, de otro lado, asegure la adecuación social de la norma jurídica. Y esto, según Hervada,

10 Manuel Asdrúbal Prieto Salas, Agudelo Giraldo y León Molina, *Teoría Jurídica y enseñanza del Derecho*, 89-90.

11 *Ibíd.*, 101.

consiste en la conformidad de la norma con la naturaleza de las cosas. Entendiendo por naturaleza en este caso la ontología —el ser de las cosas—, sean elementos filosóficamente calificables de esenciales, sean calificables de accidentales. [Porque] la naturaleza de las cosas es la estructura y sustancia de lo real exterior al hombre, que condiciona su hacer sobre la realidad objetiva circundante.¹²

Así, “la naturaleza de las cosas” es la estructuración constatable y lógico-objetiva de la realidad, cuyo carácter de orden adecuado al Ser constituye decisivamente a la ética y al Derecho y es hacia la cual apunta el Realismo Jurídico Clásico. Más allá, autores como Romero destacan que

si el derecho demanda un fundamento distinto a la ley, ello supone que el juicio, en cuanto otro de los institutos fundamentales del derecho, precisa de idéntica necesidad. [Y,] en este contexto, el Estado democrático de derecho se encuentra hoy frente al problema sobre la importancia de la verdad en el lugar del judicare. ¿Descansa el Estado de derecho, aunque sea en términos ideales, en el valor de la verdad, del mismo modo como se afirma que por sus fundamentos está obligado a la justicia y al bienestar común? ¿O el derecho tiene que conformarse con la búsqueda de la verdad? ¿Hay, en el mejor de los casos, verdades contingentes? Y de ser así, ¿el derecho debe renunciar a cualquier pretensión de verdad y aceptar simplemente que el concepto de prueba está fuera del derecho? Prima facie, esa gran cantidad de problemas, en el mejor de los casos, solo podrán ser mencionados, por cuanto a ellos subyace una problemática en el mundo del derecho que se puede sintetizar en la siguiente pregunta: ¿la prueba judicial tiene algún fundamento distinto al de ser medio para convencer a otros (jueces, funcionarios, etc.) sobre los hechos que interesan a un proceso jurídico? En otras palabras, ¿la prueba judicial es una noción técnica —de método— que no tiene como fin la obtención de la verdad, sino el aseguramiento del propio derecho?¹³

En el desarrollo propedéutico de esta y otras preguntas, la primera parte (Tomo) de esta *Introducción a la Filosofía del Derecho* se ha estructurado en cinco segmentos: el primero busca describir las equivocidades derivadas de una concepción no-realista respecto a lo que es el Derecho; en el segundo se describe, en los mismos términos del Realismo Jurídico Clásico, la diferencia epistémica entre el objeto material y formal del Derecho; en el tercero se pormenoriza respecto a las fuentes del Derecho usualmente estiladas por la doctrina jurídica; en

12 Javier Hervada. *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 3ª ed. (Pamplona: EUNSA., 1991), 359.

13 Jeisson Romero Infante, “La Prueba Judicial: Una aproximación realista”, *Novum jus*, Vol. 11, N° 2 (Julio - Diciembre 2017): 56.

el cuarto segmento el texto recoge los elementos adecuados a la discusión jusfilosófica sobre la relación justicia y Derecho; y en el quinto se reflexiona sobre el concepto –realidad– de *persona humana como fundamento del Derecho* en relación con la categoría de dignidad. Esta última parte, al tiempo, abre la puerta a consideraciones como la relación Derecho y moral, Derecho Natural y Derecho Positivo, Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo, así como sobre la interpretación y argumentación adecuadas al Derecho desde la perspectiva realista.

Los dos primeros segmentos tienen la intención de mostrar un estado del arte sobre la discusión jusfilosófica respecto a “qué es el Derecho” y “cuál(es) es (son) su objeto(s)”, a través de antecedentes teóricos e históricos que permiten repensar el estatuto epistemológico y ontológico del Derecho, desde un enfoque diferente al que le da la doctrina tradicional. El tercero representa un esfuerzo por adoptar una lectura no doctrinal, sino realista, de las fuentes del Derecho Positivo, sus dimensiones y manifestaciones. Y, sobre los dos últimos segmentos: primero, recogen las consideraciones que desde el Realismo Jurídico Clásico se observan respecto a los elementos constitutivos de la relación justicia y Derecho, así como en torno a los tipos de justicia; y, segundo, proponen una ruta a seguir desde la concepción de dignidad de la persona humana como fundamento del Derecho, para continuar en el estudio de sus potencialidades en temas doctrinales, legales, jurisprudenciales y jusfilosóficos.

¿QUÉ ES EL DERECHO?

Por lo general, todo aquel que se embarca en la empresa de estudiar la profesión del Derecho, el arte del jurista, tiene alguna vaga idea acerca del quehacer futuro que le aguarda en el ejercicio de la disciplina. Lamentablemente muchos de esos prejuicios –en el sentido de Gadamer– se alimentan de visiones distorsionadas del proceder del abogado, al que sería mejor llamar jurista (como se explicará más adelante), que se asocian a una cierta concepción tradicional desde la que se ve al Derecho como una profesión que facilita el ascenso social.¹⁴

En dicho contexto resulta fácil advertir que el iniciado suele confundir el Derecho con la ley y/o con cierta facultad, potestad o poder de la subjetividad. Confusión que proviene de una cierta lectura dada por los medios de comunicación, la televisión, el cine, etc., que presentan al abogado como un operador jurídico capacitado para sustentar pretensiones jurídicas, cualquiera que estas sean,

14 Como consecuencia de esto, Rogelio Perdomo indica que

existe una fuerte demanda estudiantil para estudiar derecho y hay los empresarios inescrupulosos que han formado escuelas de derecho con el menor esfuerzo posible y sin ninguna atención por la calidad académica. En contrapartida, el estudiante puede ser retribuido con una cierta garantía que obtendrá su titulación en el tiempo estipulado sin que importe demasiado su esfuerzo. En toda América Latina han proliferado las escuelas de galpón o de garaje. Basta un galpón para poner salones de clase y contratar unos cuantos profesores a los que se les paga por hora para tener una escuela de derecho. Es una educación barata pero que puede dar un beneficio económico al empresario [aunque] el producto es un abogado mal equipado. Rogelio Pérez Perdomo y Julia Rodríguez Torres comps., *La Formación Jurídica en América Latina. Tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006), 25.

ante los tribunales.¹⁵ Sin embargo, y aunque hay cierta verdad en dicha lectura, el Derecho es una realidad mucho más compleja, pues cuando se considera su naturaleza –como interrogante primero a una Introducción al estudio del Derecho– se advierte que ella no puede ser jurídica. Esto es, que su punto de partida es meta-jurídico, no está en el Derecho, sino fuera de él, en la Filosofía, la política, la economía, la Sociología, etc., según la perspectiva desde donde se le trate.

Determinar entonces qué es el Derecho, es una empresa que involucra asumir una posición, una perspectiva, ya que dicha realidad no es epistemológicamente aséptica, es decir, no puede ser tratada como otro objeto más de la ciencia natural. La razón es sencilla, es un objeto humano que, según el punto en el cual se coloque el acento, puede entenderse de una u otra forma. Por eso, al momento de considerar la educación jurídica, Jorge Enrique León Molina llama la atención sobre el hecho de que

la práctica del derecho puede oscilar en dos extremos: por un lado, puede ser cínica, en donde lo que importa es la ley, lo que impera es la estabilidad y estructura de las normas, los formalismos y la integridad del sistema jurídico como tal, estará enmarcada en el positivismo jurídico, ya sea ideológico, teórico o metodológico; y otra es la realista, en donde se “tiene una pretensión idealista como condición ontológica de la existencia del derecho”. Esta visión es propia del positivismo incluyente, en donde se trata de analizar el derecho a la luz de sus relaciones con la moral y otras ciencias auxiliares, que amplían el espectro interpretativo y argumentativo de las soluciones emergentes, y permite en últimas, en el estudiante, el investigador, el abogado y el operador judicial, un análisis integral del derecho. Existe, también, una tercera posibilidad problemática: la visión crítica y democrática del estudio del derecho, en la cual se procura a partir de los problemas que la afectan, dando primacía, en la comunidad académica, el uso de herramientas discursivas [...] Este modelo es defendido por las escuelas críticas del derecho. [Sin embargo,] desde el positivismo es casi imposible una crítica al modelo jurídico imperante; desde el positivismo incluyente, es más factible, pero sin salir de los marcos establecidos por el sistema legal para ello, y desde los estudios críticos, los análisis de los casos deben procurar una interpretación

.....
15 En efecto, en el imaginario de muchos de los estudiantes de Derecho, las materias que comprometen un componente teórico son miradas con desdén, como algo que se ha de superar para sacar adelante la carrera profesional, pero algo que finalmente es propio más de personas que tienden a la especulación que a la práctica. Esto es, sin duda, producto del imaginario social facilista e inmediateista que estima el valor de una acción atendiendo más a los fines prácticos que a los medios teóricos. En suma, muchos educandos esperan de sus facultades que se les adiestre en el manejo técnico del Derecho más que en su reflexión, pues relacionan la actividad jurídica con una destreza para manipular el ordenamiento jurídico de acuerdo con sus propios intereses.

•¿Qué es el Derecho?•

y argumentación de los casos sometidos a estudios, en medio de los límites legales establecidos.¹⁶

Así las cosas, podría pensarse que la educación jurídica no es posible más allá del positivismo, porque “no se puede ir más allá del sistema en su estudio”. Sin embargo, y como se ha declarado ya en este trabajo, la opción intelectual que dirige la respuesta planteada al interrogante por el Derecho es la concepción realista clásica o metafísica del mismo. Esta, al contrario de una visión positivista, la cual considera la norma jurídica como el objeto de la ciencia del Derecho, sostiene que la realidad –incluida la realidad jurídica–, no se confunde con el mundo material –la norma jurídica positiva– y que aquella realidad posibilita el conocimiento más allá de nuestra propia conciencia. Por lo que, desde la concepción realista, el interrogante “¿qué es el Derecho?” debe contestarse siempre a partir de los hechos, la experiencia y la perspectiva de los juristas, quienes desarrollan el arte del Derecho.

Con todo, cuando se enfrenta el cuestionamiento por el Derecho, este se divide, por lo menos, en dos asuntos que expresan aspectos diferentes, aunque íntimamente relacionados, de la realidad jurídica: de un lado, la pregunta por la naturaleza del Derecho y del otro, la cuestión de su fundamento. La primera intenta responder “¿qué es el Derecho?”, mientras la segunda atiende a “¿de dónde obtiene su validez?”. Por eso, siguiendo a Massimo La Torre, el término Derecho se puede entender

en dos sentidos fundamentales: el primero es el derecho como *institución*, como sistema jurídico, es decir como conjunto de reglas válidas y eficaces; el segundo es el derecho como *concepto* del derecho, como conjunto de ideas acerca de lo que es o debería ser el derecho como institución. En este segundo sentido se puede hablar de derecho como conjunto de teorías del derecho.¹⁷

Tal como se ha dicho, a diferencia de otras opciones intelectuales, la postura realista clásica no pretende presentarse como la única respuesta. Al contrario, el realismo advierte que sus argumentos explican mucho de la confusión inmanen-
tista y reconoce que ante la cuestión sobre la “naturaleza del Derecho”, de la cual

16 Prieto Salas, Agudelo Giraldo y León Molina, *Teoría Jurídica y enseñanza del Derecho*, 32-33.

17 Massimo La Torre, “El Derecho y la Teoría del Derecho”, en *Tendencias Actuales del Derecho*, compilado por José Luis Soberanes (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo de Cultura Económica, 1994), 135.

se discutirá más adelante, se han ofrecido las más diversas respuestas, cada una con fortalezas y debilidades, según el punto en el cual se coloque el acento.

En ese sentido, y como sugiere Hervada, la principal fortaleza de la posición realista clásica descansa en

ser una teoría de la justicia y del derecho construida desde la perspectiva del jurista, entendido este según se deduce de la clásica definición de justicia que se encuentra en el Digesto: dar a cada uno su derecho, dar a cada uno lo suyo.¹⁸

Lo que implica que es del jurista decir el Derecho, pues él, en cuanto poseedor de un saber especial para el discernimiento del mismo, se ve en relación con la justicia, realidad social a partir de la cual se construye la dimensión finalística de lo jurídico, de donde resulta que el arte del Derecho es el arte de lo justo.¹⁹

Sin embargo, y para no apresurar la exposición, resulta adecuado volver sobre la cuestión en torno a la “naturaleza del Derecho”, más precisamente respecto a su equivocidad conceptual, ya que no deja de ser cierto que este concepto, en cuanto palabra significante, no es fácil de aprehender. Esto, debido a que la palabra “derecho” puede designar simultáneamente realidades distintas: ley y/o norma y/o precepto; derecho subjetivo; y/o conducta justa. Dichas realidades, aunque estén vinculadas, no significan el propio Derecho, pues este es una realidad análoga, es decir, un término que se refiere a varias realidades esencialmente distintas que, no obstante, guardan entre sí una cierta relación que explica su homónima denominación.

Así las cosas, la clave de bóveda que sirve para resolver la cuestión en torno a “¿qué es Derecho?” se encuentra en la analogía, por lo cual, para efectos de exponer el panorama de la forma más clara posible, este se divide en dos partes. La primera es una corta presentación acerca de los equívocos derivados de identificar el Derecho con la ley y/o con el Derecho Subjetivo. La segunda es la exposición del concepto de analogía en el ámbito de la postura del Realismo

.....
 18 Más precisamente, indica Hervada, que

toda construcción se especifica por su perspectiva formal. Desde esa perspectiva se elaboran los conceptos y se formulan las teorías. En consecuencia, toda reflexión sobre que sea el objeto del arte del jurista y sobre que sea el derecho debe partir desde la perspectiva formal del jurista. Así la noción de derecho debe obtenerse desde dicha perspectiva. Javier Hervada, "Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico", *Revista Persona y Derecho*, N. 18 (1988): 5-93, <http://hdl.handle.net/10171/12655>.

19 Gabriel Mora Restrepo, "Estatuto epistemológico del conocimiento jurídico", *Revista Dikaion*, N. 9 (2000): 21-36, <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/295/438>.

•¿Qué es el Derecho?•

Clásico, como paso previo a una definición del concepto de Derecho, la cual sólo podrá considerarse acabada con la total exposición de los capítulos que integran este texto.

Equívocos conceptuales

Ciertamente el Derecho aparece en la actualidad como una realidad omnipresente, pues, para muchos “juristas”, el Derecho expresa el conflicto, es decir, el terreno donde la violencia social –difundida y soterrada– sale a la luz. En este sentido es comprensible, por ejemplo, que teóricos como Francesco Carnelutti o Ángel Latorre vean el Derecho como un corolario de la economía, a la vez que como un sucedáneo de la moral, que “es el producto de un conjunto de transacciones y equilibrios más o menos estables entre los diversos grupos y un sistema de fuerzas resultantes de la combinación e interacción de múltiples poderes de hecho”.²⁰

En otras palabras, desde esa perspectiva, el Derecho es un mecanismo de administración de la violencia inherente a la sociedad, que debe ser gestionado de forma correcta para evitar la anarquía. Un dispositivo de poder y control social, un mecanismo de direccionamiento de la decisión y actuación práctica individual y social, con miras a la satisfacción de un fin que le es de suyo constitutivo: la paz. Porque, dice Latorre, “un sistema jurídico es un mecanismo de paz social, y es difícil imaginar un Derecho que no persiga aquella finalidad”.²¹ De lo cual se desprende que el *quid ius*, es decir, el estatuto ontológico y epistemológico del Derecho se reduce al conjunto de normas para regular y/o castigar las conductas individuales y las relaciones sociales contrarias a dicha finalidad. Lo que en últimas supone algunos de los equívocos que se describirán a continuación.

La identificación Derecho-ley

En términos sencillos, si se identifica el Derecho con la ley, ello supone que el término justicia no tiene sentido alguno para el universo jurídico, o, más precisamente, como señala Kelsen, que “la validez del derecho positivo no puede

20 Ángel Latorre, *Introducción al Derecho* (Barcelona: Ariel, 2000), 57. Además, véase Francesco Carnelutti, *Cómo Nace el Derecho* (Bogotá: Temis, 2000).

21 Latorre, *Introducción al Derecho*, 34. En dicha clave, agrega el mismo autor: “la ley es también el instrumento principal de reforma social, el medio básico por el que el Estado interviene en forma autoritaria para transformar situaciones o realidades que estima inadecuadas”. *Ibid.*, 57.

depender de su relación con la justicia”.²² Pues, de acuerdo con él, el deber ser (*sollen*) es una categoría lógico-trascendental de las ciencias normativas y, como tal, obedece a la cuestión de las condiciones necesarias para el conocimiento del Derecho: *pureza metódica y neutralidad axiológica*, no para la estipulación de su contenido.²³

Como se advierte, la postura anterior elude la cuestión sobre “¿qué es el Derecho?”, cambiándola por la de “¿de dónde obtiene su validez?”, o, “¿cuáles son las condiciones lógico-formales para la creación del Derecho?”. De ahí deriva que la validez jurídica no puede surgir sino de la específica existencia de la propia norma jurídica, de su ser puesta o de las características procedimentales propias del sistema de creación. Con razón Laporta afirma, refiriéndose a Kelsen —exponente máximo de esa postura—, que

para él el derecho es un universo de normas válidas interrelacionadas que organizan la aplicación de actos coactivos a determinadas conductas humanas. Esto supone que toda su teoría gira entorno a la tentativa de conferir a la noción de *validez* de las normas un significado estrictamente jurídico.²⁴

Dicho significado, para esa postura, descansa en el hecho de que se establecen como válidas las normas que pertenecen a un determinado sistema jurídico si, y sólo si, en dicho sistema se estipula normativamente cómo y por quién (órgano competente, procedimiento y, en ocasiones, contenido) dichas normas son *puestas* (creadas) e *impuestas* (aplicadas). Es decir, si se estipula el nexo de imputación, que es el que identifica y diferencia el Derecho de las Ciencias Naturales, las cuales son guiadas por el principio de causalidad. Este, además, establece la relación entre dos hechos: la conducta y la sanción, lo que en últimas remite al *sancionador* que, en el mundo jurídico continental, se entifica a tal punto de hacerlo un fetiche en la figura del Estado. De ahí que el profesor José Guillermo Castro-Ayala recuerde que

22 Hans Kelsen, “Justicia y Derecho Natural”, en *Crítica del Derecho Natural*, de Hans Kelsen et al., (Madrid: Taurus, 1966), 100-150. En justificación a lo dicho, agrega el mismo autor: “las teorías del derecho natural han servido en lo esencial para justificar (legitimar) los ordenamientos establecidos y sus principales instituciones, considerándolas conformes al derecho natural”. *Ibid.*, 150.

23 Cf. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, versión 1960 (México: Porrúa, 1997), 15 y 68-69.

24 Francisco Javier Laporta, “Ética y Derecho en el Pensamiento Contemporáneo”, en *Historia de la Ética*, Vol. III, compilado por Victoria Camps (Madrid: Crítica, 1990), 224. (Cursiva en el original).

•¿Qué es el Derecho?•

la ley escrita se concibió como la permanencia del Estado, la *ratio legis* implicó, en un momento dado, la posibilidad de resolver de manera pacífica los conflictos, pero la estrechez de la ley se reconoció casi simultáneamente a su postulación y a su posibilidad de realización. [Por eso] los sistemas de interpretación exegetico, sistemático, histórico y teleológico comportaron que esa actitud dialógica discursiva se planteará en un plano temporal respecto de la misma norma y cuyos protagonistas ciertos eran los jueces, imbuidos en realidades sociales diferentes.²⁵

Evidentemente el profesor Castro-Ayala escribe con cierta nostalgia del formalismo positivo –particularmente colombiano–, cuando presenta aquél pasado tranquilo en el que existía plena sinonimia entre Derecho, ley y escritura. Aunque también pone en evidencia la dificultad de obviar positivamente el problema de la justicia, pues,

la lectura de sentencia de las sentencias y autos y, en general, de las providencias judiciales es por antonomasia una lectura enciclopédica, confrontativa, no solo de la sentencia con la ley, con la Constitución, con el acervo probatorio, pero además con la noción de justicia, con una idea de eficiencia y efectividad del Estado, con su vertiente “de derecho”. Desde Schmidt y Kelsen, esta lectura confrontativa ayudaría a comprender de una mejor manera el Estado. La sentencia justa debe legitimar, por encima de cualquier otra circunstancia, al Estado de derecho, la injusta debe ser apelada o casada.²⁶

Lo paradójico en esta perspectiva es que si se extrae la justicia del Derecho y este se identifica con la ley, no hay forma de identificar cómo el Derecho objetivo materializa la paz jurídica, ya que, ciertamente, de una lectura confrontativa y razonada resulta claro que el Derecho objetivo no es sinónimo de justicia.

El equívoco evidente en la concepción anterior –característica de todo positivista–, es que además de sus problemas lógicos inherentes: indecidibilidad, subsunción, indeterminación, vaguedad, ambigüedad, incompletitud y validez²⁷,

25 José Guillermo Castro-Ayala, *Derecho privado en contexto: praxis, historia y constitucionalización*, Colección Jus Privado 3 (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017), 38.

26 *Ibíd.*, 41.

27 Respecto a los primeros tópicos, Óscar Alexis Agudelo Giraldo ha señalado que

la intencionalidad en la construcción de un sistema jurídico formal carente de lagunas, incoherencias e inconsistencias, corresponde a la visión sistemática del derecho construida a partir de modelos lógicos [...] La forma de aplicar la solución normativa a los casos, corresponde a los denominados enunciados de subsunción, en donde mediante el simple silogismo deductivo se subsume una norma jurídica de carácter general a un caso de tipo particular. Históricamente, se debe el nacimiento de los enunciados de subsunción, a las escuelas formalistas del Derecho y desde luego a Kelsen [...] Sin embargo, las críticas al formalismo

ignora que ya los clásicos reconocían “que la ley es la razón del derecho, pero no el mismo derecho”. Por suerte hay distinción entre el Derecho y el “hecho” psicológico, sociológico o político de producción/aplicación de la ley. Lo que sugiere entonces es que la ley no es todo el Derecho (monismo jurídico)²⁸, porque el Derecho se vincula a la justicia y, obviamente, si el Derecho fuera la ley misma, toda ley sería justa, lo cual resulta contrario a toda evidencia histórica y, de contera, confunde el objeto formal (la conducta humana) con el objeto material (la justicia) de la disciplina jurídica, como se verá más adelante.

La identificación Derecho-facultad

Otra de las equívocas definiciones del Derecho descansa en la identificación de este con cierta potestad, facultad o poder de la subjetividad con relación a ciertas realidades jurídicas (cosas o personas). Por lo que, en dicha perspectiva, primero está el poder supuesto y luego el derecho *puesto* (creado) e *impuesto* (aplicado).

En otras palabras, la subjetividad hace que el derecho derive de un sujeto-agente y recipiente al mismo tiempo, en cuanto lo que *hace suyo* lo de cada cual

jurídico demuestran la imposibilidad de subsunción frente a los tipos de casos difíciles, desarrollados en la teoría jurídica [...] Entonces, de acuerdo al desarrollo de esta interpretación analógica, cuando en un sistema formal su método efectivo no es capaz de clasificar cada uno de sus elementos, se clasifica, según el matemático Kurt Gödel, como un sistema indecidible. Óscar Alexis Agudelo Giraldo et al., *Lógica Aplicada al Razonamiento del Derecho*, 2ª ed., Colección Jus Filosofía N. 3 (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017), 53-54.

En lo que concierne a la validez, como se recordará, el modelo kelseniano supone una jerarquía de validación normativa que debe terminar en una “Norma Fundamental”. Sin embargo, afirma Nakhnikian,

la validez que Kelsen, como jurista analítico, asigna a la norma fundamental es la de una hipótesis o principio unificador –ficción– que no es verdadero ni falso, sino útil o inútil. Es útil en la medida en que las normas restantes del sistema puedan ser derivadas –y aplicadas– de la norma básica. La norma fundamental contiene un *deber ser*. Esta aparición de *deber ser* es extrajurídica, ya que dentro de la estructura kelseniana el *deber ser* de la norma básica no puede ser interpretado como qué significa jurídicamente debido, porque el carácter jurídicamente depende de su validez dentro de una jerarquía normativa. Necesitamos la norma básica antes de poder decir cuáles son las normas de un sistema jurídico. En otras palabras, jurídicamente debido significa lo que es derivable de una norma superior. Pero puesto que la norma fundamental es, por hipótesis, no derivada, su deber ser no puede significar jurídicamente debido. A menos que haya un deber ser extrajurídico, la normatividad de la norma fundamental queda sin explicación. George Nakhnikian, *El Derecho y las Teorías Éticas Contemporáneas* (México: Fontanamara, 1998), 25.

28 Sostener semejante monismo jurídico

ha creado la tendencia generalizada a pensar que saber de derecho es sólo saber leyes. Sin embargo, la ley y el derecho son dos cosas distintas, el derecho es lo que pertenece a un sujeto (*lo justo* con respecto a él). La ley por su parte es una regla de conducta con fuerza vinculante “Características que identifican la particularidad del programa de Derecho de la Universidad Católica de Colombia”, *Philosophica Juris*, N. 1. (2003): 25.

•¿Qué es el Derecho?•

es su propia subjetividad. Lo dicho, con claridad, encierra una petición de principio (del latín *petitio principii*, “suponiendo el punto inicial”), un razonamiento circular, que confunde que la facultad, potestad o poder se posee gracias y a partir de que el sujeto es titular de un derecho que se la confiere. De ahí que aquello que es entitativamente “derecho” debe preceder a la facultad, la potestad o el poder subjetivo.

Pese a que resulta evidente la falaz identificación de Derecho y facultad subjetiva, como se ha dicho anteriormente, resulta claro que la misma deviene de una particular comprensión, idealista o inmanentista, de cuño cartesiano, que sostiene que el *cogito*, el ser pensante, es la única base cierta –idea clara y distinta– para establecer la realidad. Luego, “el soy se reduce a aquello por lo que sé que soy: soy porque pienso, soy mi pensamiento que se piensa, existo en mí y por mí”.²⁹ De modo que la realidad es un constructo individual y no hay una distinta más allá de la propia subjetividad.

Desde esa perspectiva, el recurso de fundamentar subjetivamente al Derecho tiene dos propósitos especiales: por una parte, salirle al paso a la circularidad lógica de la identificación; por otra, escapar a la necesidad metafísica de la fundamentación del Derecho. Sin embargo, ambas empresas no se logran, primero, porque afirmar que la facultad, potestad o poder subjetivo es la naturaleza misma del Derecho, no evita la pregunta respecto a de dónde proviene la misma. Segundo, porque desestimar la existencia de un terreno de la *realidad* distinto al de la mera *apariencia-experiencia*, es decir, de lo relativo, no evita la cuestión en torno a de dónde proviene, en últimas, la titularidad –el derecho– de esa facultad, potestad o poder subjetivo. Estas dos preguntas, en términos de lógica, desembocan en que

es claro que para llegar a una aproximación certera del concepto de autoridad desde la lógica deóntica se hizo necesario usar la lógica de la acción, ya que la primera por sí misma es insuficiente para estructurar lógicamente dicho concepto, fenómeno debido a que la lógica de acción como presupuesto de la lógica deóntica, tiene en cuenta que la variable “a”, que viene siendo el agente que produce la obligación de hacer o no hacer, y si a tal hecho adicionamos los factores de moralidad y legalidad, obtenemos que la producción de este agente es una norma genuina “g”, pero esta teoría solo es factible desde la lógica de la acción, ya que si replazáramos los operadores

.....
²⁹ Carlos Cardona, *Metafísica de la Opción Intelectual* (Madrid: Rialp, 1973), 101.

deónticos de obligatoriedad y permisión por los de producción, tendríamos que el agente “a” dejaría de ser una autoridad y se transformaría en un sujeto normativo, el cual recibe órdenes pero no las da. Esto es parte de la llamada indeterminación del objeto del derecho, surgida de las paradojas propias del positivismo jurídico, que afectan tanto su validez como su autoridad.³⁰

Como se muestra desde la lógica, los pensadores que han supuesto el abandono de la definición aristotélica de filosofía primera (aquella que los pensadores medievales denominaron metafísica y que se ocupa del estudio del “ser en cuanto tal” y del conocimiento de la “esencia de las cosas”³¹) se encuentran en el problema de tener que explicar la naturaleza del Derecho sin caer en circularidad. De hecho, porque si no existe metafísica

en el fundamento del derecho tampoco podrán obtenerse, ni por evidencia ni por inferencia, los principios prácticos reguladores del *débitum* de la conducta humana porque no disponer de un fundamento real del Derecho es en definitiva no tener ningún fundamento para éste ya que el débito –que constituye la noción esencial de todo derecho– no puede fundarse válidamente por vía de la imposición ni por la vía del reconocimiento [...] De no ser así el conflicto jurídico quedaría inmerso en un laberinto de interpretaciones de la imposición o el reconocimiento.³²

Ciertamente la definición principal del Derecho no es la facultad subjetiva, aunque *ella*, sin duda, *es cierta razón del Derecho*, pues no hay derecho real independiente de un titular del mismo. De lo que se colige que tampoco la mera acción justa es el Derecho, pues en tanto acción subjetiva refiere una cierta ordenación de lo justo que no podría ser ella misma Derecho, sino *cierta razón del derecho*. Lo que de nuevo sumerge al concepto en la equivocidad, dada

la pluralidad de objetos que se designan con esta palabra, a saber: se llama “derecho” a cierto tipo de normas, a poderes o facultades de los sujetos jurídicos, al conjunto

.....
30 Agudelo Giraldo et al., *Lógica Aplicada al Razonamiento del Derecho*, 79-80.

31 Aristóteles, en ese sentido, indicaba que “se llama sustancia lo que sea causa inmanente del ser en todas aquellas cosas que no se predicán de un sujeto”. Aristóteles, *Metafísica*, V, 1025a. Lo que a su vez es complementado por Tomás de Aquino, cuando este aducía

como el principio de toda ciencia que la razón puede tener de una cosa es la captación de su sustancia, pues ‘lo que es’, dice el filósofo (Aristóteles), es el principio de la demostración, conviene que el modo como sea entendida la sustancia de un ser sea también el modo de todo lo que conozcamos de él. Tomás de Aquino, *Summa contra Gentiles*, Libro I.

32 U.C.C., “Características que identifican la particularidad...”, 14.

•¿Qué es el Derecho?•

de conocimientos propios del jurista, al tribunal donde se imparte justicia y a la conducta jurídica.³³

Frente a semejante encrucijada, afirma Hoyos,

la clave del realismo para distinguir el derecho de su objeto, así como para integrar las nociones de *derecho realidad*, de *derecho subjetivo* y de *derecho norma*, está en la analogía. Ésta es la razón de que el realista armonice las diversas formas de hablar de la realidad jurídica, porque si en derecho no se dice de manera unívoca ni de manera equívoca, se dice de manera analógica.³⁴

Ahora bien, como se ha dicho repetidamente, la perspectiva en la que se mueve esta *Introducción al Derecho* es la del Realismo Jurídico Clásico, que se asienta en las premisas del Realismo Filosófico, que son: a) la realidad existe con independencia de ser pensada y conocida por el hombre; por lo que b) el principio y fundamento del conocimiento se encuentra más allá de lo fenoménico; y, por eso, c) existe una cierta dimensión de moralidad en la realidad humana, asequible a la razón práctica. De lo que se infiere, para la realidad jurídica, que el Derecho se identifica con lo justo, la cosa debida, cuya determinación corresponde a un saber práctico: el del jurista. Pero como esa identificación se dice de manera analógica, corresponde ahora aclarar este punto.

El concepto de analogía en el Derecho

Como se ha dicho, el Realismo Jurídico se caracteriza por una comprensión analógica del concepto de Derecho, que permite integrar ciertos significados secundarios o extensivos de lo jurídico (la norma, la facultad), que son entidades sustancialmente distintas, pero por alguna razón iguales, en virtud de su relación con el significado primigenio antes expuesto y por la aceptación de que la naturaleza humana es fuente efectiva del Derecho vigente. Por ello, aunque el término derecho es multívoco, se ordena según cierta jerarquía, de manera que la aplicación del mismo nombre a entidades diversas no puede ser fortuita y ha de existir por alguna realidad-unidad originaria.³⁵

33 Rodolfo L. Vigo, *El Iusnaturalismo Actual. De M. Villey a J. Finnis* (México: BFP., 2007), 42.

34 Ilva Myriam Hoyos, "Sobre el realismo jurídico clásico. Estudio Preliminar", en *¿Qué es el Derecho? La Moderna Respuesta del Realismo Jurídico*, de Javier Hervada, (Bogotá: Temis, 2005), XI.

35 Carlos Ignacio Massini, *Sobre el Realismo Jurídico. El concepto de derecho, su fundamento y concreción judicial* (Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 1995), 14.

En tal sentido, la predicación diversa expresa algo que el propio nombre es incapaz de expresar, en definitiva, la cosa justa. Porque, aunque existe la multiplicidad de objetos comparados y la desemejanza entre los mismos, todos ellos participan de una perfección común y jerarquizada.³⁶ Así, primero es la cosa justa; luego, el Derecho Subjetivo; después, la ley, a la que se aneja su saber; y, por último, la sentencia del tribunal donde se imparte justicia.

En este enfoque, por tanto, el conocimiento de la legislación sólo es uno de los componentes de un proceso formativo que contempla, a la vez, el estudio de los distintos sistemas de pensamiento jurídico –sean estos filosóficos o no– y el principio de *justicia*. Esto, en el entendido de que *dar a cada cual lo suyo, su derecho*, es el fundamento práctico de la acción individual y el factor de cohesión social que, como advierte la *Philosophica Juris*,

se conoce con el nombre técnico de *justicia*; y a quienes les corresponde realizar ese acto se les llama *juristas*, así pues la justicia del jurista no es la justicia de la plaza pública, ni la justicia de la quimera, sino la que resulta de dar a cada uno su derecho, examinando previamente la razón por la que algo es derecho de alguien.³⁷

Ahora bien, para el jurista, reconocer el analogado de la norma jurídica positiva no equivale a decir *lo justo o lo debido*, pues una “norma jurídica”, por el mero hecho de ser vigente o haber sido validada por un procedimiento formal, no es legítima y, por ende, objeto de obediencia. De hecho,

la definición de la norma jurídica se expresa con la clásica dicción *ratio iuris*; lo que en castellano tiene dos formas equivalentes de decirse: *la norma jurídica es la regla del derecho*, o también, *la norma jurídica es el estatuto del derecho*.³⁸

Esto, a su vez, expresa la clásica diferencia entre *ius* y *lex*: derecho y ley.³⁹ En ese sentido, tiene plena importancia advertir que el ejercicio del jurista es “decir *lo justo*, es nombrar el *derecho* porque son lo mismo. [Por eso] correlativamente,

36 Carlos Ignacio Massini, *Derecho y Ley según Kalinowski* (Buenos Aires: Idearium-Abeledo Perrot, 1987), 37. La analogía puede ser de *atribución*, si aquello que es significado con el nombre se da intrínsecamente en una sola realidad (esto es, en el analogado principal) y *extrinsecamente* en las otras (esto es, en los analogados secundarios), por una cierta relación que guardan con el primero.

37 U.C.C., “Características que identifican la particularidad...”, 17.

38 Hervada, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 320.

39 Como se recordará, Tomás de Aquino realiza la integración entre *ius* y *lex*, entre el tratado de la justicia (que incluye a su objeto: el derecho), el de la ley (desde la ley eterna hasta las leyes humanas) y la utilización de la analogía, como señala en su *Ad primun* de la cuestión 57 (*De iure*).

•¿Qué es el Derecho?•

si se interfiere o ataca un derecho, decimos que eso es injusto [pues] lo injusto es *la lesión del derecho*”.⁴⁰ La analogía, por ende, permite advertir que la *ipsa res iusta*, como el objeto de la justicia, es el objeto terminativo del Derecho. Sin embargo, señala Herrera,

la justicia tiene un doble objeto: la conducta o acción realizadora del acto justo (que constituye el objeto inmediato de la virtud, que como tal tiene que consistir en una acción o una pasión, y en este caso es una acción) y el objeto exterior al que está dirigida y en el cual termina la acción, que puede materializarse en una cosa exterior o en el propio acto considerado en su exteriorización y resultado con prescindencia (aunque reconociendo la vinculación) de la acción que lo produjo, en tanto este objeto (terminativo) se identifica con lo suyo, o el derecho del otro.⁴¹

En ese orden de ideas, la constitución del Derecho no es un acto de justicia, sino que este la precede. La cuestión es establecer qué o cuál es un acto primero y uno segundo⁴², porque si la justicia sigue al Derecho, el acto de justicia es un acto segundo. Abordar dicha cuestión requiere desarrollar varios puntos que se tratarán más adelante.

.....
40 Hervada, *¿Qué es el Derecho?*, 8.

41 Daniel Alejandro Herrera, “Participación y analogía en la fundamentación del derecho según Santo Tomás de Aquino” (ponencia presentada en el “Seminario Internacional de Investigación de Filosofía del Derecho y Ética”, Universidad Federal do Rio Grande, Brasil, 8 al 10 de Septiembre de 2010), http://www.sta.org.ar/xxviii/files/Miercoles/Herrera_03.pdf

42 El derecho precede a la justicia, porque nadie puede dar al otro lo suyo, si no conoce previamente qué es lo propio del otro. Pero, por otra parte, ese algo es derecho, no solamente por ser lo del otro, sino por ser al mismo tiempo lo debido (el objeto) que el acto de justicia tiene que realizar o respetar según el caso. Cf. *Summa contra Gentiles*, 2,28.

EL OBJETO MATERIAL Y FORMAL DEL DERECHO

Al concluir que el término Derecho es análogo, es decir, que posee diferentes realidades a las que se aplica, las cuales están estrechamente relacionadas entre sí, el iniciado en su estudio puede fácilmente caer en el desconcierto, pues, según lo que se suele impartir en la educación básica y media, todo saber *es y debe ser* un *saber de algo*, único y distinto, es decir, unívoco y no análogo. En ese sentido, el Derecho no poseería un estatuto epistemológico propio ni autónomo, como el de la Física, la Biología o la Matemática y, por ende, no podría considerarse un saber científico. Luego, sería apenas un tipo de saber práctico semejante al del artesano o al del albañil, incapaz de dar cuenta sobre los fundamentos y modos a través de los cuales procede su conocimiento.

Sumado a esto, toda ciencia se diferencia de las demás precisamente por la manera en la que aborda su objeto de estudio, es decir, por la perspectiva desde la cual estudia una determinada relación de cosas (objeto formal), así como por los asuntos de los que trata (objeto material), aunque puede compartir algunos de estos con otras ciencias. Teniendo en cuenta lo anterior, el Derecho parecería no proceder en su conocimiento de forma científica, por lo que el iniciado podría cuestionarse sobre el valor profesional de lo que estudia. Sobre todo, teniendo en cuenta el señalamiento del equívoco conceptual de muchos de ellos, al iniciar sus estudios, respecto a identificar el Derecho con la ley, la cual les podría parecer, sin duda, el genuino objeto de estudio de la disciplina jurídica.

Ciertamente la preocupación de cualquier iniciado a ese respecto es lícita, aun cuando surge de un equívoco conceptual de origen histórico que, sin embargo, no puede socavar el hecho de que como toda ciencia el Derecho posee un genuino estatuto epistemológico, pues se diferencia de otras como la moral, la Sociología, la Psicología, la política, etc., con las que comparte el mismo objeto material (la conducta humana), por su objeto formal que no es otro que *lo justo*.⁴³

Con el objeto de explicar los asertos anteriores, se aborda la exposición en dos partes: la primera, es una caracterización del significado del término ciencia y de los equívocos derivados de una lectura positivista de la ciencia del Derecho; la segunda, es la exposición del concepto de analogía como clave para la comprensión de los equívocos conceptuales y la clarificación del objeto material y del objeto formal del Derecho, desde la perspectiva del Realismo Jurídico Clásico.

Equívocos conceptuales

Así como el concepto de Derecho ha sufrido la ambigüedad en sus significantes, también la determinación de su objeto de estudio se encuentra teñida por la equivocidad conceptual. Por lo que, como resume claramente la *philosophica Juris*,

es un error común establecer que la ley es el objeto material del derecho, opción que no es de recibo ya que la ley jurídica encarna un supuesto de conducta por parte del hombre, luego la conducta, es la materia que es regulada por la ley; en este orden de ideas la ley viene siendo una regla, medida o criterio de conducta y en todo caso un instrumento del derecho y no materia de éste, tampoco la ley es el objeto formal del derecho ya que en este supuesto lo sería más bien el interés regulado por la ley.⁴⁴

Dejando para el siguiente apartado la explicación de los orígenes de semejante desviación, es importante afirmar que respecto a la realidad del fenómeno jurídico suele aducirse que la pregunta por el *quid iuris*, el que debe ser considerado Derecho, agota toda pretensión de saber científico sobre el mismo. Como se estableció anteriormente, ello reduce la pregunta por el *quid ius* a una tautología, por la cual se valida la contingencia de la norma, partiendo de una concepción de la ciencia productora del Derecho, capaz de atribuirle el carácter de necesidad a su propia contingencia.

43 Mora Restrepo, "Estatuto epistemológico del conocimiento jurídico", 23.

44 U.C.C., "Características que identifican la particularidad...", 14.

•El objeto material y formal del Derecho.

No obstante, todavía se suele decir que “cuando se habla de una ciencia autónoma del derecho o de la ciencia del derecho por antonomasia, se hace referencia a la tarea intelectual cuyo objeto es el conocimiento y elaboración racional de los datos proporcionados por el derecho positivo”.⁴⁵ Esta definición, de trazas positivistas, pretende simplificar la compleja realidad de la adecuación de las relaciones humanas a lo *debido* o a lo *justo*, por medio de datos accesibles sensorialmente, es decir, siguiendo el modelo de las Ciencias Naturales y de la Matemática, propio del “cientificismo” del siglo XIX. Dicha posición ha sugerido, para algunos, que para que el Derecho sea considerado como una ciencia debe partir de un objeto material de estudio observable empíricamente y de un objeto formal de estudio sistemática y metodológicamente independiente, que permita obtener leyes universales (verificables). Por ello, el Derecho solo podría partir de la Ley, único dato observable empíricamente.

En tal esquema, al dato positivo le debe seguir una metodología sistemática y “objetiva” que permita aislar, de cualquier injerencia exógena (la moral, la política, la Sociología, la economía, etc.), lo *dado* y/o *puesto* como Derecho, para así poder racionalizar científicamente el conocimiento jurídico. De acuerdo con eso, Bonorio señala que

existen dos fundamentos en los que se puede apoyar la adopción de una posición positivista respecto de la definición de derecho:

- (a) *el escepticismo ético*, esto es, la creencia de que no existen juicios morales objetivamente verdaderos, universalmente válidos y eternos (o bien que, en caso de que existieran, no podrían ser conocidos por el hombre mediante el empleo de la razón); y
- (b) *la ventaja metodológica* que implica poder distinguir entre el derecho que es y el derecho que debe ser, a los efectos de permitir la crítica moral de las instituciones vigentes.⁴⁶

La tesis que subyace a la posición positivista, en últimas, se funda en el “olvido de la metafísica” que caracteriza la “modernidad” –entendida como período histórico–. El escepticismo kantiano declaró que “la cosa en sí”, en su esencia, es incognoscible y, por tanto, “es incognoscible un orden moral como objeto de

.....
 45 Latorre, *Introducción al Derecho*, 94.

46 Pablo Bonorio, *Filosofía del Derecho y Decisión Judicial. Plan Anual de Formación y Capacitación de la Rama Judicial* (Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2011), 29. (Cursivas en el original).

la razón práctica y como normativo de la voluntad humana⁴⁷, por lo que se llegó a la conclusión de que no existe necesariamente nada *bueno* o *malo* y, por ende, nada exigible de forma absoluta, sino sólo de forma relativa y contingente.

En ese sentido, el objeto material del Derecho (*la conducta humana en la relación con otros*) no podría ser sino contingente, porque todo dependería de un contexto social, cultural, político, económico, etc., por lo que el positivismo buscó la científicidad del Derecho en su objeto formal. De ahí que, como observa De Giorgi,

la autonomía es un requisito puramente formal, pero esencial de la positividad del derecho. El sistema jurídico es autónomo en el plano formal porque contiene dentro de sí mismo los principios que regulan su producción y reproducción, y estos principios también son jurídicos, es decir *puestos*. Sólo con base en su autonomía formal el derecho puede presentarse las abstracciones jurídicas como selecciones normativas operadas en el universo de lo posible y presentarlas, por tanto, como elecciones que realizan el conjunto de sentido propuesto como razón jurídica.

Es un círculo; pero es el círculo en virtud del cual el derecho oculta la racionalidad objetiva de las relaciones sociales de producción, de donde surge en realidad.⁴⁸

Paradójicamente, entonces, la lectura positivista de la ciencia del Derecho se ve encerrada en la formalidad metodológica de su producción, esperando con ello, como lo hacen las ciencias de la naturaleza con sus respectivos objetos de estudio, poder “predecir” el Derecho y decir con verdad qué es el Derecho, cuando no ha podido dar cuenta de principio de la respuesta a la pregunta ¿qué es el Derecho? Es decir, cuando no ha podido establecer las leyes universales y no contingentes que le permitan hacer aquello, o sea, cuando no ha aclarado su propio objeto de estudio.

Frente a semejante problema, la aporía del positivismo, su posición, enmarca dos alternativas: la primera, consiste en aceptar que el Derecho es lo ya dado como *imposición*, sin consideración distinta a *ser impuesto*; la segunda, es construir una teoría del Derecho desarrollada sobre el presupuesto de la validez como existencia de la norma.

47 Emilio Serrano Villafaña, “Fundamentación Metafísica del Derecho en el Realismo Filosófico”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N.9 (mes 1982): 57.

48 Raffaele De Giorgi, *Ciencia del Derecho y Legitimación* (México D.F.: Universidad Iberoamericana, 1998), 21.

•El objeto material y formal del Derecho.

El Derecho como mandato

Ya que para el positivismo es una regla casi sagrada la diferencia entre el *ser* y el *deber ser* del Derecho, muchos de sus autores señalan que el único fundamento de la cientificidad de lo jurídico descansa en reconocer qué *es*, en realidad, el Derecho en las relaciones sociales, con independencia de lo que *debe ser* según criterios morales. Dicha línea de pensamiento tiene su origen en los trabajos de John Austin (1790-1859) y en las clases que dictó en la Universidad de Londres en el período comprendido entre 1829 y 1832. Austin declaró, sin ambages, que el Derecho era el conjunto de las “órdenes respaldadas por amenazas”,⁴⁹ esto es, los mandatos proferidos por aquél que, en último término, tuviera el poder para hacerlos efectivos: el “soberano”.

En dicha lectura, los estudios científicos del Derecho deben ocuparse sólo “de las leyes positivas, sin preocuparse de si son buenas o malas”⁵⁰ y, subsecuentemente, de la elaboración y sistematización de sus conceptos más generales. Es decir, que el objeto material de dicha ciencia es, precisamente, el conjunto de ordenanzas del “soberano”. Pero como dichas ordenanzas no pueden separarse del hecho evidente de que la creación del Derecho depende del Estado y, por lo mismo, del conjunto de relaciones sociales que estudia la política, resulta que tal ciencia no podría ser autónoma en realidad, sino que, en últimas, dependería de la Ciencia Política para explicar un Estado que se supone ha de estar sometido al Derecho.

Efectivamente, si la solución propuesta por esta versión del positivismo era reducir el derecho a la ordenanza, el nuevo problema para la Ciencia del Derecho es saber cómo “reconocer” en verdad cuándo una ordenanza es tal, es decir, cuánta legitimidad debe tener un mandato para que del Estado lo considere derecho, en consonancia con el precepto de que un *Estado de Derecho* debe estar sujeto al mismo.

.....
49 John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined: And, The Uses of the Study of Jurisprudence* (Nueva York: The Noonday Press, 1954), 10.

50 *Ibid.*, 126.

El Derecho como método

Frente a la encrucijada a la que llevaba la postura del Derecho como mandato, el positivismo reaccionó con lo que se ha denominado como una *conversión metodológica*, que consiste en la reducción de la actividad científica a la operación sistemática, lo cual, siguiendo a De Giorgi,

tiene dos consecuencias importantes. La primera es ésta: como el derecho positivo a través de la construcción del sistema recibe ‘una nueva vida orgánica que reacciona constructivamente sobre la misma materia’, las operaciones que llevan a aquella construcción, se presentan como actividad formadora, como actividad productora del derecho. El derecho *aparece*, de esta manera, también como producto de la actividad científica. La otra consecuencia es ésta: la epistemología se reduce a metodología de la construcción del sistema. La filosofía, a la que todo sistema lleva, no tiene ninguna función epistemológica, al interior de la ciencia [...] la teoría de la ciencia no es otra cosa que metodología; es descripción de las operaciones que permiten unificar la materia jurídica ya *existente*.⁵¹

Kelsen, sin duda, es el representante paradigmático, aunque no el único⁵², de dicha *conversión metodológica*. Por esta razón se presentarán a continuación algunos puntos de caracterización muy generales respecto a lo que, a fin de cuentas, se resume en el rechazo a cualquier sustrato realista, en el sentido metafísico del término, de lo *debido* o lo *justo* en las relaciones humanas.

En efecto, como bien se sabe, Kelsen pretende asegurar la autonomía científica del Derecho, guiado por la pureza metodológica de su teoría, la cual debe estar, supuestamente, libre de ingredientes metafísicos, morales, políticos o de cualquier otra índole, ya que, como se dijo, para él la validez del Derecho Positivo es independiente de su justicia. Luego, una *Teoría pura del Derecho* debe limitarse a describir la estructura formal de un sistema jurídico, nunca a valorar las normas positivas que la integran.

La clave de la científicidad de la teoría de Kelsen consiste en distinguir el principio conceptual *a priori* que diferencia a las ciencias de la naturaleza del Derecho. En un primer caso, dicho principio es el de *causalidad*, mientras que

51 De Giorgi, *Ciencia del Derecho y Legitimación*, 37-38. (Cursivas en el original).

52 De Giorgi, *Ciencia del Derecho y Legitimación*, 329. Véase Bonorio, *Filosofía del Derecho y Decisión...*, 47. En la misma vía se encuentran Friedrich Carl von Savigny, Georg Friederich Pucta, Rudolf von Jhering y, más recientemente, Herbert.

•El objeto material y formal del Derecho.

en el segundo es el de *imputación*.⁵³ De acuerdo con esto, el *deber ser* es una categoría lógico trascendental de las Ciencias Normativas y, como tal, obedece a la cuestión de las condiciones necesarias para el conocimiento del Derecho. Por lo mismo, esta no puede estar fundada en un hecho, un *ser*, sino tan sólo en una norma preexistente.

El Derecho, así visto, “es un universo de normas válidas interrelacionadas” que obtienen su legitimidad de una jerarquía normativa, de *deber ser*, independiente de cualquier contenido moral o de justicia, puesto que “un ordenamiento jurídico positivo sería respecto a su validez independiente de la norma de justicia en virtud de la cual es valorado”.⁵⁴ Entonces una cosa es una teoría científica del Derecho y otra una filosofía metafísica de la justicia. Por eso, las normas jurídicas son categorías lógicas desprovistas de todo contenido, que constituyen el objeto de la ciencia del Derecho, mientras que las reglas del Derecho son las proposiciones mediante las cuales tal ciencia describe su objeto. En otras palabras, las normas son prescriptivas y las reglas son descriptivas.

El principio de imputación le sirve al modelo kelseniano para separarse del causalismo de Austin, por el que el crimen es la causa de la sanción, pues la imputación funciona con normas *primarias*, es decir, con normas que establecen la relación entre conductas ilícitas y su sanción y no con normas *secundarias*, es decir, con normas de conducta que evitan la sanción. Así la forma lógico estructural del Derecho no es X debe ser de tal o cual manera, sino X se debe comportar de la manera Y o, de lo contrario, sobrevendrá la sanción B. En ese sentido, para el Derecho lo importante es la relación Y entonces B, y no la estipulación del comportamiento de X (lo que sería propio de la moral). De modo que la sanción y el delito que la provoca no son la alteración del Derecho, sino su condición formal, pues una conducta prescrita jurídicamente es aquella a la que su opuesta es condición de sanción.

Así las cosas, resume Bonorio,

el “deber jurídico” u “obligación jurídica”, es definido como la conducta opuesta al acto antijurídico. Un sujeto está obligado (o tiene el deber) de realizar determinada conducta si, en el ordenamiento jurídico, existe una norma que impute a la conducta

.....
 53 Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 196.

54 Kelsen, “Justicia y Derecho Natural”, 101.

opuesta una sanción jurídica. El “derecho subjetivo”, por otra parte, es definido como el reflejo de una obligación jurídica existente. Decir que alguien tiene un derecho subjetivo es afirmar que otra persona está obligada a realizar una determinada conducta en relación con él.⁵⁵

El sistema jurídico que sustenta dicha ordenación se funda en la validez interdependiente de las normas particulares con otra norma (una *cadena de validez*), la cual, a su vez, les asegura su estatus de normas válidas. Precisamente por eso, debe suponerse una *grundnorm* (norma primera y fundamental), que es “una consideración intrasistémica en donde una norma se funda en otra mayor así hasta el límite que es una autorización”.⁵⁶ Sin embargo, esta no es una autorización en el sentido del mandato de Austin, sino en el sentido de la necesidad metodológica de una formulación hipotética, por la cual “el fundamento de validez de un ordenamiento jurídico, reside en una norma hipotética fundamental, es decir, supuesta en el pensamiento jurídico, según la cual hay que comportarse y tratar a los hombres según la constitución primitiva”,⁵⁷ que, no obstante, “no puede ser sino el contenido de un acto intelectual, de un acto de pensamiento”.⁵⁸

Como está consignado en el Capítulo I de este texto, la naturaleza de la norma fundamental básica ha sido uno de los aspectos más cuestionados de la teoría Kelseniana, por lo que basta, por ahora, destacar que su *Teoría pura del Derecho* pretende determinar los aspectos estructurales comunes a todos los fenómenos normativos y que esto es todo lo que puede aportar una Ciencia Jurídica al conocimiento del Derecho. Dicha idea, en últimas, viene a colegirse de su *escepticismo ético*, en cuanto, si se rechaza la posibilidad cognoscitiva de cualquier *deber* distinto al deber jurídico, a lo máximo que se puede llegar es a una identificación del Derecho con el Estado en el plano normativo, pues “los dos conceptos límites del positivismo y el Estado de Derecho son *summa potestas*, o soberanía, y norma fundamental”. Estos conceptos tienen como función cerrar el sistema a consideraciones extrajurídicas.⁵⁹

55 Bonorio, *Filosofía del Derecho y Decisión Judicial*, 40.

56 Robert Walter, *La Doctrina del Derecho de Hans Kelsen* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1999), 12.

57 Kelsen, “Justicia y Derecho Natural”, 102. Véase: Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 265-266.

58 Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*, 269.

59 La Torre, “El Derecho y la Teoría del Derecho”, 67.

•El objeto material y formal del Derecho.

En resumen, como advierte De Giorgi, “el derecho positivo, entonces –ésta es la respuesta de Kelsen al problema fundamental de la epistemología jurídica–, es posible como objeto de conocimiento, [pero] sólo como forma de valor que ha borrado de sí todo carácter sensible, natural”.⁶⁰ En esto consiste su científicidad, su pureza metodológica, pero ¿está justificada esta tendencia a la purificación del Derecho de toda contaminación ideológica cuando tal pureza es en sí misma ideológica? Puede ocurrir, más bien, como manifiesta Serrano, que

una teoría tan ‘pura’ del Derecho que considera a éste ‘libre de ingredientes metafísicos y morales’ (a cuya esfera y órdenes pertenece, quiéralo o no, el derecho) y libre también de ‘ingredientes sociales y políticos’ (siendo así que el Derecho se da para estructurar, ordenar y regular la vida social), esto es, un orden jurídico-normativo basado en hipótesis científicas y lógico-formales, para darnos ‘un Derecho sin Derecho y un Estado sin Estado’.⁶¹

La fuente de los equívocos

En este momento del texto, cualquier iniciado en la disciplina jurídica puede naturalmente preguntarse: ¿por qué existe esa tendencia entre los pensadores del Derecho a diferenciar el *ser* del derecho de su *deber ser*; cuando la realidad jurídica es sólo una? La respuesta a esta cuestión, y no es de extrañar, es de suyo una cuestión filosófica que consiste, para la posición realista, en señalar que para aquellos pensadores ajenos a la reflexión metafísica, resulta difícil admitir que estudiar las estructuras subyacentes que determinan la práctica jurídica es también una cuestión de metafísica del Derecho.⁶² Por lo cual, se puede decir con Latorre, que

el positivismo representa una típica actitud mental de ‘aislamiento’ de un sector de la realidad, en este caso del Derecho, para estudiarlo al margen de otros aspectos de la misma realidad en que se encuentra inmerso. [Así] cuando el positivista afirma que el Derecho tal y como es, y nada más, constituye el objeto de sus afanes, entiende que

60 De Giorgi, *Ciencia del Derecho y Legitimación*, 88-89.

61 Serrano Villafaña, “Fundamentación Metafísica del Derecho”, 57.

62 Sobre esta distinción, véase a Diego López, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Bogotá D.C.: Legis/Universidad de los Andes, 2004), 401. Así mismo: Eduardo García Máynez, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo* (México D.F.: Fontanamara, 2002), 11-76.

el derecho puede ser realmente estudiado como algo separado de la consideración global de los fenómenos sociales.⁶³

La actitud mental positivista, pese a que desde el siglo XIX “mucho agua ha corrido bajo el puente”, persiste todavía en muchos abogados que repiten sin más que “el derecho es el derecho”, que “el derecho no tiene nada que ver con la ética”, que “el imperio de la ley es el derecho”, entre otras frases similares que muchas veces encubren intereses pragmáticos antes que una verdadera posición teórica.

Al contrario, desde la posición realista,

la primera premisa de la que hay que partir es que en todo sistema de pensamiento jurídico, subyace una determinada escuela o concepción filosófica. En efecto como lo advierte el profesor Hervada, la interrogación sobre el derecho ha de llegar al fundamento mismo de la realidad jurídica. Por eso, en este plano se llega a la pregunta sobre la primera verdad o verdad primera del derecho y esta interpelación es de orden filosófico. Esta cuestión es la que los autores llaman la cuestión reina de la filosofía jurídica y que responde a la pregunta de si el Derecho es una obra cultural del hombre y pertenece por tanto a las obras humanas o si, por el contrario, el derecho es una atribución que se asienta en la realidad misma de la persona humana.⁶⁴

En ese orden de ideas, para descubrir cuál es la fuente de la actitud mental de ‘aislamiento’ del positivista, es perentorio volver sobre el sistema de pensamiento que le subyace: el idealismo o inmanentismo filosófico que, como se dijo en otra oportunidad,

se funda en el devenir histórico (aunque como tal no es un sistema sino un conjunto de sistemas que de fondo asumen esta perspectiva) como la tendencia a pensar que en general la realidad es y existe gracias a la conciencia del ser que la percibe, es decir, gracias al yo pensante (la subjetividad) que se constituye así en la totalidad incluyente que le otorga orden al caos. Esta postura permea el mundo jurídico haciendo que el mismo se entienda como una “realidad” normativa relativa en cuanto que la ley, cualquiera que esta sea, y el ordenamiento jurídico dependen totalmente de la subjetividad, es decir, de la voluntad creadora del hombre que en el campo social

.....
63 Latorre, *Introducción al Derecho*, 114.

64 U.C.C., “Características que identifican la particularidad...”, 7. Véase también Javier Hervada. “Inmanencia y Trascendencia”, en *Actas de las XXV reuniones filosóficas de la Universidad de Navarra. El hombre: inmanencia y trascendencia*, editado por Rafael Alvira Domínguez, Volumen 1 (Pamplona: Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, 1991).

•El objeto material y formal del Derecho.

*decide (según su particular contexto) qué y hasta cuándo algo es permisible o no, qué y hasta dónde existe el bien en general y el bien social o jurídico en particular, que se ha de entender por justicia en un aquí y ahora concretos si es que cabe alguna definición para tal concepto, etc.*⁶⁵

Desde semejantes supuestos filosóficos, es comprensible la fe en el “cientificismo” que caracteriza buena parte del positivismo y que encierra dentro de sí una actitud negacionista respecto del saber clásico. Por esta, todo saber, si quiere elevarse a la dignidad de ciencia, debe alinearse a los métodos y mentalidad de las ciencias naturales de la “modernidad”. Dicha alineación, en efecto, no comprende la analogía como se ha descrito arriba, ni tampoco que las convenciones acerca del uso de “Derecho”, como sostiene Luis Legaz y Lacambra citado por Massini,

tiene[n] un *fundamentum in re*, dado que la humanidad ha aplicado en todos los tiempos y en diferentes países el término “derecho” o su equivalente lingüístico al mismo sector de la realidad humana; y por otra parte, a pesar de que el significado de “derecho” y de sus equivalentes *no es unívoco*, una convención científica moderna ha elegido solo un aspecto de la complejidad problemática del “derecho”, reservándole la condición de objeto del conocimiento “científico”, a saber, el sentido de “derecho” como norma impuesta por el poder social y político. Pero, ¿qué hacer entonces –concluye– con los otros aspectos de la realidad jurídica, con los otros sentidos del nombre “derecho” –el derecho como lo recto (...) y como lo *justum*, el derecho como facultad (derecho subjetivo)–, etc.⁶⁶

Claramente, para el Realismo Jurídico Clásico, el vocablo derecho es una realidad compleja que puede ser estudiada desde la perspectiva científica, siempre y cuando su objeto formal, lo *justo*, esté fundamentado por un supuesto metafísico *de hecho y de derecho*, allende el empleo de la idea de “analogía”. Esta remonta a Aristóteles y es explicada por el autor con el ilustrativo ejemplo del vocablo “sano”, de la siguiente forma:

El ser, se entiende de muchas maneras, pero estos diferentes sentidos se refieren a una sola cosa, a una misma naturaleza, no habiendo entre ellos sólo comunidad de nombre; más así como por *sano* se entiende todo aquello que se refiere a la salud, lo que la conserva, lo que la produce, aquello de que es ella señal y aquello que la recibe

65 Gregorio Rojas González, *De la justicia a los derechos fundamentales. Una lectura desde el realismo jurídico clásico* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia-Temis, 2013), 7.

66 Carlos Ignacio Massini, “Entre Reductivismo y Analogía. Sobre el punto de partida de la filosofía del derecho”, *Revista Persona y Derecho*, vol. 67 (2012): 353-385.

[...]; en igual forma el ser tiene muchas significaciones, pero todas se refieren a un principio único.⁶⁷

Por supuesto, se puede decir que en la vida práctica, a menudo, la experiencia significa más que el saber. Sin embargo, se estiman superiores el saber y el entendimiento, pues los hombres de experiencia conocen sólo el qué, pero no el por qué. Así, el hombre de leyes puede conocer mucho de ellas, pero no de sus primeros principios. Por eso, quien posee saber teórico se halla en un nivel superior al hombre práctico, porque puede impartir la enseñanza de su especialidad. El jurista, en este caso, puede compartir los principios del *ars iuris*, mientras que el abogado sólo puede operar jurídicamente.

Saber, en ese sentido superior, implica la búsqueda de un conocimiento que no está dirigido a la utilidad, como parece ser que sucede con la actitud mental positivista, sino que tiene un fin en sí mismo. Sin embargo, aclara el mismo Aristóteles:

Toda ciencia se ocupa de la indagación de ciertos principios y de ciertas causas, con ocasión de cada uno de los objetos a que se extiende su conocimiento [...] Cada una de ellas se circunscribe, en efecto, a un género determinado, y trata únicamente de este género; le considera como una realidad y un ser, sin examinarlo, sin embargo, en tanto que ser. La ciencia que trata del ser, en tanto que ser, es diferente de todas estas ciencias, y está fuera de ellas.⁶⁸

Entonces a la metafísica sólo le corresponde la explicación última del Derecho, “el derecho del Derecho”, trascendente de un mero hecho social y de una mera apreciación subjetiva, que puede ser signo, pero no causa objetiva, de la validez y justificación del Derecho.⁶⁹

Volviendo sobre la distorsión del vocablo ciencia, por parte de la posición positivista, cabe agregar que, en el ámbito jurídico, el carácter análogo del término ya era bien conocido desde Roma, como se desprende de una cita de Paulo que se encuentra en el Digesto:

67 Aristóteles, *Metafísica* 1003 a 33; Aristóteles, *Tópica* 106 b 29-40; Aristóteles, *Retórica* 1411 a I-b 21. Respecto a Tomás de Aquino, cf. *De principii naturae* VI, 29.

68 Aristóteles, *Metafísica* 1059a-1069a VII.

69 Serrano Villafaña. “Fundamentación Metafísica del Derecho”, 61.

•El objeto material y formal del Derecho.

11. Comentarios a Sabino, libro XIV. La palabra derecho se emplea en varias acepciones: una, cuando se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como el derecho natural; otra acepción, lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, como el derecho civil, y no menos rectamente se llama derecho en nuestra ciudad el derecho honorario. Se dice también que el pretor aplica el derecho incluso cuando decide injustamente, refiriéndose, no a lo que el pretor hizo, sino a lo que debería hacer; se llama derecho, en otro sentido, al lugar en el que el pretor aplica el derecho [...] determina pronunciar derecho.⁷⁰

De la cita anterior se entrevé la polisemia histórica del término derecho, que hace referencia a: lo justo, lo conveniente, la sentencia y la sede del juez. Sin embargo, en ningún momento se advierte la isonomía Derecho – ley que pretenden los positivistas. Los romanos, como lo hacen después Tomás de Aquino y el realismo clásico⁷¹, entendían que la actividad de los juristas de *iuris prudentia* no es la *sophia* en cuanto *lex* sino el *ars iuris*, el arte de decir el derecho, lo justo. Una suerte de saber práctico que, no obstante, también es analógicamente *scientia*, porque la jurisprudencia, el Derecho, nace y se desarrolla en consonancia con la metafísica griega y de ella toma la forma sistemática de analizar y ordenar sus materiales, esto es, de hacer ciencia particular, *episteme*, dejando para la *prota philosophia* la cuestión de qué es el ser de las cosas.

Más allá de los equívocos

El Realismo Jurídico Clásico reconoce que el saber acerca del Derecho no consiste en un conocimiento exclusivamente especulativo, como proponía la *Teoría pura* de Kelsen, sino que está dirigido a la acción y a una ciencia práctica que reconoce la apertura –de la contingencia– de los distintos analogados del Derecho

70 Ildefonso García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Vol. 1 (Barcelona: Lex Nova, 1989).

71 Tomás de Aquino, en la conocida sentencia del *Tratado de la Justicia*, q. 57, arto 1. Allí, expresa en el *ad 1* que es frecuente que los nombres hayan sido derivados de su primitiva asignación para significar otras cosas [...] Así derecho originariamente se empleó para significar la misma cosa justa. Pero más tarde se derivó a denominar el arte con que se discierne qué es lo justo; después, a designar el lugar donde se otorga el derecho [...] Finalmente es llamada también derecho la sentencia dada por aquel a cuyo ministerio pertenece administrar justicia, aun cuando lo que resuelva sea inicuo”.

Y completa en el *ad 2*:

La razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento como cierta regla de prudencia. Y ésta, si se formula por escrito, recibe el nombre de ley [...] de ahí que la ley no sea el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho. *Summa Theologica*, 11-11, 57, 1, ad. 1 y 2.

en la conceptualización jurídica: una *actitud de apertura a lo real*. Además, esta forma de plantear el estatuto epistemológico del Derecho “advierde de entrada que se trata de un saber que se justifica y que encuentra su razón de ser sólo en consideración de la persona humana en sociedad”.⁷²

Así las cosas, el objeto material del Derecho no puede ser otro que la propia persona humana en la dimensión alteritativa de su conducta, es decir, en su conducta para y con los otros, en la realidad social integrada por cosas justas, facultades, relaciones jurídicas, etc.

Analizada desde la perspectiva del jurista, esta realidad (dentro de la que se incluye la estructura del ser humano), que es compartida por el Derecho y otras ciencias como la moral, la Sociología, la Psicología, la política, etc., se asienta en la premisa de que ella existe con independencia del hecho de ser conocida, afirmada o deseada por el hombre. Luego, ni la realidad ni su cognoscibilidad se agotan en el plano de lo meramente fenoménico o sensible, porque se acepta una dimensión de moralidad en la realidad humana, asequible a la razón práctica. Otra más de las diferencias entre el realismo y el inmanentismo, que sintetiza Corredor, es que

mientras que la primera postura recalca el principio de trascendencia por el cual lo factual (el ente) se refiere en último término a la metafísica del ser (lo real), la segunda reduce, por el principio de immanencia, el conocer al pensar; es decir, la realidad a la conciencia. Lo cual implica, por demás, que la libertad para el realismo se encuentra en el vértice de la consideración sobre el ser, mientras que para el inmanentismo la libertad se encuentra al comienzo ya que es la esencia misma de cogito.⁷³

Es importante aclarar que no es toda la realidad social, ni son todas las conductas humanas las que pueden considerarse objeto material del Derecho, ya que cuando el mismo se refiere a estas *cosas* (causa material del Derecho), sólo se refiere a ellas en el sentido de las causas, pues, aclara Hoyos:

Hablar de la causa del derecho significa, al menos dos cosas: en sentido filosófico, determinar la estructura del derecho, esto es indagar por aquello con lo cual se constituye el derecho (causa material) y le hace ser (causa formal), así como precisar su origen o la razón (causa eficiente) y su finalidad (causa final); en sentido jurídico,

72 Mora Restrepo, “Estatuto epistemológico del conocimiento jurídico”, 27.

73 Corredor, *Realismo Jurídico y Eutanasia*, 38.

•El objeto material y formal del Derecho.

determinar cuáles son las cosas susceptibles de controversia y la decisión judicial. La noción de causa, según este último significado, se encuentra en estrecha relación con la noción de *ius*. Por esta razón, indagar por la causa jurídica es lo mismo que indagar por la justa causa, pues lo jurídico y lo justo son, en sentido propio y estricto, una misma cosa.⁷⁴

Las *cosas*, conductas y/o realidades sociales no se agotan entonces en la dimensión jurídica, porque el Derecho no abarca toda la realidad, ni personal ni de la vida social. De hecho, la *cosa* (conducta-realidad social), para ser considerada jurídica, requiere ser estimada como *sub specie iuris*, es decir, por su objeto formal que no es otro que *lo justo*.

Por lo tanto, el objeto formal del Derecho es inseparable de su objeto material, como causa intrínseca al mismo, pues, sin su objeto formal, el Derecho se trastocaría en Psicología, en política, en Sociología o en cualquier otra rama del saber humano sobre la realidad. Siendo así, en modo alguno saciaría la más humana de las demandas, la demanda de *justicia: de aquello que se debe a cada persona*, porque lo primario *es lo suyo de cada cual*, aquello que se debe a otro en razón de la justicia.

No obstante, cabe advertir con Mora, que

de manera análoga, puede decirse que el objeto formal de la ciencia jurídica es la perspectiva de la justicia, sin que ello signifique identificar lo justo con la justicia (aquél es su objeto; ésta, la acción que ordena a lo justo).⁷⁵

Sobre estas diferencias se ahondará más adelante (Cap. IV), por el momento basta considerar que se ha intentado recoger, de los errores y equívocos conceptuales, la sustantividad objetual del Derecho, pues, como recuerda Aristóteles, “muchas veces se conoce un modo de ser por su contrario, pero muchas veces también se conocen los modos de ser por las cosas en las cuales se dan”.⁷⁶

En otras palabras, el aspecto formal del saber jurídico sobre la sociedad humana es un saber vista *sub specie iuris o iustitiae*, que tiene por objeto de estudio el aspecto jurídico de la sociedad humana, con el fin de contribuir al orden social en razón de los derechos y las deudas. Este elemento especifica el saber jurídico

74 Ilva Myriam Hoyos, “Las causas del derecho. Estudio desde una consideración realista”, *Revista Dikaion*, Vol. 2. (1988): 23-24.

75 Mora Restrepo, “Estatuto epistemológico del conocimiento jurídico”, 28.

76 Aristóteles, *Ética Nicomaquea* Libro V 1129a 16.

en diversos grados de conceptualización, los cuales se hallan en relación directa con los aspectos aquí resumidos:

1) Fundamental. Epistemológicamente, está determinado porque opera en el plano de abstracción más alto del conocimiento; es el caso de la Ontología Jurídica, que estudia las causas primeras que pueden explicar la realidad jurídica y, en consecuencia, se ocupa de conceptualizar, definir y enunciar de modo propio y distinto acerca del Derecho. Dicho de otra manera, el grado fundamental del conocimiento jurídico es metaempírico, pues se refiere a la esencia misma de la realidad que se nos pone de manifiesto y no se agota con las percepciones experienciales.

2) Científico. Se caracteriza por un conocimiento fenoménico y experimental y, por tanto, se pregunta por las causas próximas, por los fenómenos captables empíricamente, por ejemplo, la ley promulgada, la sentencia o el contrato, las costumbres, los usos sociales, el Derecho conciliado, los acuerdos.

3) Casuismo. Se propone sintetizar las conclusiones derivadas de los grados anteriores, con el fin de resolver posibles casos pasados, presentes o posibles a modo ejemplar. No se propone analizar teóricamente la realidad jurídica como lo hacen los dos primeros niveles mencionados, por ejemplo, la jurisprudencia, teoría del caso, análisis de decisiones judiciales, criterios de interpretación y ponderación del juicio.

4) Prudencial. Se refiere a la decisión inmediata, práctica y existencial con la cual se realiza el orden jurídico en la vida real. Es producto de la virtud de la prudencia que se adquiere del conocimiento de los anteriores grados y se perfecciona por la decisión real de la voluntad de su compromiso con la obra justa. Esto significa que si en la decisión no existe la voluntad definida de realizar primariamente una obra justa, dicho conocimiento práctico queda incompleto, pues este es el que perfecciona el acto jurídico y compromete la eficacia de todo el ordenamiento jurídico.⁷⁷

77 Gregorio Rojas González, "Educar en filosofía para saber estar en la realidad jurídica", *Novum Jus*, Vol. 10 N. 1 (Enero – Junio 2016): 11-29.

Según el diccionario de la RAE, el término fuente, del latín *fons*, remite en su primera acepción al “manantial de agua que brota de la tierra”, esto es, a un nicho fundante de vida. La anterior es una hermosa imagen del significado de aquello que constituye el *principio, fundamento u origen de algo*, en una dimensión que rebasa la mera causalidad simple. Porque evidentemente en las relaciones causales simples, ciertas variables sencillas son necesarias y suficientes para que ocurra determinado resultado, mientras que en la compleja realidad del Derecho la *cosa* (conducta-realidad social), para ser considerada jurídica, requiere ser considerada *sub specie iuris*, es decir, por su objeto formal que no es otro que *lo justo*.

No obstante, como para el Realismo Jurídico Clásico la clave del concepto de derecho está en la analogía, es preciso aclarar que a continuación se busca describir las fuentes del analogado *derecho – norma* y no de todos los analogados posibles al analogado principal del Derecho, tema que se tratará en los Capítulos IV y V de este texto. En el presente apartado se abordarán las fuentes del Derecho Positivo (textos escritos) que regularmente se consideran en los países de tradición jurídica romano-germánica o continental⁷⁸: constituciones, leyes, reglamentos, tratados internacionales, entre otros.

.....
78 En el Derecho anglosajón la ley también se considera fuente de Derecho. Sin embargo, junto a ella, y como elemento más significativo, está la doctrina establecida por los tribunales en el fallo de casos concretos, jurisprudencia que constituye el pilar del *Common Law* y de la *Equity*. Latorre, *Introducción al Derecho*, 50.

En ese preciso sentido, el concepto de fuente es una expresión que alude, más que al origen del objeto formal del Derecho, a los elementos o realidades extrínsecas que concretan el analogado secundario *derecho – norma*. Sin embargo, suele confundirse la *atribución* (la relación de los analogados secundarios con el principal) con la realidad misma del concepto nombrado, como en el caso de la identificación derecho – ley, vista con anterioridad. De ahí Hervada destaca que,

desde el punto de vista del arte del derecho o arte de lo justo, es claro que no cabe confundir la norma con el derecho. Aunque la norma recibe el nombre de derecho, la norma no es el derecho, sino su regla. La norma es la *regla del derecho*, siendo el derecho, como tantas veces hemos dicho, la cosa justa. La norma recibe, pues, el nombre de derecho (derecho objetivo) por atribución analógica, es decir, por traslación del lenguaje. Porque es regla del derecho –y en cuanto lo es– la norma es *jurídica*.⁷⁹

Por el momento no se discutirán las características que determinan cuando una norma constituye una genuina *regla del Derecho*, esto es, el carácter distintivo de las normas jurídicas, porque, como se ha dicho, ahora interesa abordar el origen del que proviene eso que regularmente se llama Derecho. Lo anterior, aun cuando las expresiones derecho y fuente tengan en ese contexto un sentido más bien figurativo.

En ese orden de ideas, cuando se habla de las “fuentes” del Derecho Positivo, es preciso conocer cómo éste se constituye, es decir, el sistema de fuentes del Derecho: la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, etc. Dicho sistema suele referirse a una cierta ordenación, más bien teórica que práctica, del conjunto de mandatos que prohíben, permiten, regulan, etc., los comportamientos humanos hacia los fines de la sociedad. Esto es, a los productos de la autoridad humana que deben considerarse como jurídicos. Respecto a esas ordenaciones, recuerda León Molina:

Alchourron considera una versión más estricta de la diferenciación de fuentes, explicadas a continuación.

A. Formales. La legislación es la fuente formal del derecho, por excelencia. La costumbre, así como otro tipo de normas, son tenidas en cuenta solo cuando la ley indica en qué casos se tienen en cuenta [...]

.....
79 Javier Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural* (Bogotá: Temis-Universidad de la Sabana, 2000), 118. (Cursivas en el original).

•Fuentes del Derecho.

b. Materiales. Las fuentes materiales del derecho, según este enfoque son las siguientes:

La moral. No se discute la naturaleza formal o material de esta fuente, pero se afirma que es una fuente material.

La jurisprudencia. Se justifica el hecho que la jurisprudencia no es una fuente formal del derecho, por cuanto si una decisión judicial deriva de las leyes del Estado, la jurisprudencia no le aporta nada a las leyes; por cuanto si no se tiene en cuenta la ley en la jurisprudencia, se viola el principio de legalidad.⁸⁰

Ciertamente esa perspectiva contiene observaciones verdaderas, aunque para el Realismo Jurídico Clásico reducir en cada caso la determinación de qué es Derecho y qué no, no pasa solo por aplicar los criterios que cada sistema jurídico contemple para producir “normas jurídicas”. Si fuese así, decir el Derecho, decir lo justo, sería un negocio acabado consigo mismo, puesto que todo ordenamiento jurídico declararía desde un principio los criterios normativos (axiológicos-deductivos) a partir de los cuales se aplicaría el “Derecho”. Este es un asunto específico al cual subyace la discusión acerca de la existencia de criterios de objetividad preexistentes para la solución de cualquier litigio o controversia.⁸¹

En los ordenamientos jurídicos de la llamada tradición continental, la búsqueda de esos criterios de objetividad ha dado como resultado la fetichización de la ley, teniendo a esta como la forma más importante, sino única, de manifestación del Derecho Positivo. Se supone que así, la forma adecuada de garantizar la autonomía de los diferentes poderes públicos es conferirle al legislador y, en algunos casos, al poder ejecutivo, la exclusiva dignidad creativa del Derecho Positivo. Lo dicho, con el argumento de que la sujeción del poder judicial a la ley, en sentido estricto, constituye una garantía para los asociados, pues estos saben, gracias a ello, que sus derechos y deberes serán definidos a partir de la sola consideración de la ley escrita y no por razones políticas o de conveniencia.

Así, y siguiendo a Carnelutti⁸², se parte de una noción de Derecho fundada en la unidad, completitud y coherencia interna de todo sistema jurídico, como mecanismo proveedor de mandatos hipotéticos y generales para la ordenación social.

80 Agudelo Giraldo et al., *Lógica Aplicada al Razonamiento del Derecho*, 118-119.

81 Julio Cueto-Rua, *Fuentes del Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993), 18.

82 Carnelutti, *Como nace el Derecho*, 50

Se subraya y naturaliza, de esta forma, el carácter de las normas jurídicas por su generador: el poder público, desconociendo que las normas jurídicas se refieren al débito justo. Al respecto, sintéticamente Hervada recuerda que

ha sido común enlazar –con enlace necesario– la norma jurídica con el poder superior a sus destinatarios; la norma jurídica sería de suyo una emanación del poder social. Enlazar la norma con un poder superior es sin duda correcto desde la perspectiva de la filosofía política la cual contempla la sociedad desde el punto de vista del desenvolvimiento de la vida social, en relación a los fines sociales [...] Pero esta perspectiva no es la propia del derecho, cuyo concepto clave no es el de orden, sólo el de reparto de cosas, o sea de *lo justo*.⁸³

Por lo mismo, no es de recibo reducir la perspectiva del jurista, desde la cual el Realismo Clásico concibe el Derecho, a la ordenación positiva de la conducta humana, puesto que esta se refiere a una sola de las dos dimensiones con las que la teoría tradicional ha dividido las fuentes del Derecho, como se indicará a continuación.

Las fuentes del Derecho Positivo y sus dimensiones

El tema de la clasificación de las fuentes del Derecho ha sido siempre una de las cuestiones más complejas y discutidas en la Teoría General del Derecho⁸⁴, al punto que se han creado diversas tipologías para su distinción. Así, por ejemplo, Bobbio distingue entre fuentes directas e indirectas⁸⁵; Nino entre fuentes espontáneas y deliberadas⁸⁶; y Martínez Roldán entre fuentes internas y externas, estatales y no estatales y escritas y no escritas.⁸⁷

Ciertamente el ejercicio taxonómico descrito no es injustificado, aunque parte de una clarificación del sentido de la expresión fuente, que distingue entre el escenario que da origen a la norma jurídica, sea este espacial (interno o externo;

83 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 119. (Cursivas en el original).

84 Ejemplos de los complejos debates sobre el papel de las fuentes del Derecho son: Alf Ross, *Teoría de las Fuentes del Derecho* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999), 35; Francisco Geny, *Métodos de Interpretación y Fuentes del derecho Privado Positivo* (Granada: Comares, 2016). Federico Carlos Von Savigny, *Las Fuentes Jurídicas y la Interpretación de la Ley. Los fundamentos de la ciencia jurídica* (Bogotá: Leyer, 2005).

85 Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho* (Bogotá: Temis, 1997).

86 Carlos Nino, *Introducción al Análisis del Derecho* (Barcelona: Ariel, 2001).

87 Luis Martínez Roldán, *Curso de Teoría del Derecho* (Barcelona: Ariel, 1999).

•Fuentes del Derecho•

estatal o no estatal) o circunstancial (espontáneo o deliberado; escrito o no escrito; directo o indirecto), y la expresión fuente entendida como las manifestaciones exteriores de normas jurídicas (leyes, reglamentos, tratados internacionales, jurisprudencia, entre otros) que se jerarquizan según las particularidades de cada sistema jurídico. Así, por ejemplo, se dice que en los países de tradición continental el criterio determinante para decir qué es Derecho es primero la ley y subsidiariamente los restantes; mientras que en los países de tradición anglosajona sucede lo contrario.

Bajo la perspectiva de esa precisión de sentido, es comprensible que cierto sector de la academia considere que

no es viable realizar una doctrina sobre las fuentes del derecho que tenga aplicación en todos los ordenamientos jurídicos, debido a que en cada país, obedeciendo al momento histórico en el que se ubica y atendiendo al escenario social vigente, se desarrolla una doctrina relacionada con las fuentes del derecho que se adecue a él.⁸⁸

Sin embargo, en el sentido más amplio que propone el Realismo Jurídico Clásico, las fuentes son entendidas como instancias de legitimación o justificación del Derecho Positivo, más allá del mismo, porque, como dice Hervada,

lo que hace que una regla de conducta social sea norma jurídica es que obligue con deber de justicia, lo mismo si proviene de un poder superior que si deriva de un pacto, o del consentimiento entre iguales. Será pues, norma jurídica toda regla de conducta cuyo cumplimiento sea una obligación de justicia, una deuda justa, tanto si procede de la autoridad social, como si proviene de la capacidad de compromiso de las personas, del consentimiento de las personas, del consentimiento del pueblo o de la naturaleza humana.⁸⁹

Además, persistir en que las fuentes del Derecho “son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas”⁹⁰, es desconocer que en el escenario globalizado actual las distinciones sugeridas no son del todo exactas, pues: a) se han desdibujado los

88 Carlos Arturo Hernández Díaz, “La Costumbre como Fuente del Derecho”, *Revista Criterio Jurídico Garantista*, Año 2 – No. 2 (Enero-Junio de 2010): 142-152. En la misma dirección, Latorre señala que “Un sistema de fuentes no es fruto del azar o el, capricho, sino consecuencia de múltiples factores políticos, sociológicos e ideológicos. A través de ellos se trasparenta un conjunto de ideas y hechos dominantes de la comunidad que se trate”. Latorre, *Introducción al Derecho*, 51.

89 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 120-121.

90 Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 158.

límites entre lo interno y externo, por ejemplo con la Corte Penal Internacional; b) entre lo que es manifestación exterior de un mandato y lo que no, por ejemplo, en los casos donde prima el derecho internacional o comunitario, donde no existe una autoridad mandante sino apenas acuerdos; c) y, entre el primado de un criterio sobre otro, por ejemplo, en los casos en que la jurisprudencia se impone sobre la ley, no sólo en casos concretos, sino también para los generales y abstractos.

Reducir entonces el fenómeno jurídico al escenario de su producción –el Derecho Objetivo emanado del poder soberano social–, o a la descripción de sus manifestaciones, no permite dar cuenta de otros fenómenos normativos de indudable naturaleza jurídica que generan normas de justicia, como el derecho internacional, los negocios jurídicos normativos, las convenciones colectivas de trabajo, las decisiones de tribunales de arbitramento internacionales, etc. Lo dicho sugiere dar cuenta de la dimensión de justicia necesaria a una norma jurídica, porque lo jurídico es lo propio del *ius* o *iustum*, pero como en este momento sólo es de interés abordar los elementos o realidades extrínsecas del analogado secundario, se prefiere hacer uso aquí de la tradicional y propedéutica distinción entre la dimensión formal y material del “Derecho”, la cual es, como se mostrará a continuación, más descriptiva que valorativa del fenómeno jurídico positivo.

La dimensión material del Derecho Positivo

La teoría tradicional, que se remonta al trabajo de Gény, suele identificar la dimensión material con un determinado tipo de fuentes: las materiales. Sin embargo, como se verá más adelante, estas fuentes, al contrario de lo que sucede con las fuentes formales, no constituyen Derecho, porque se establecen por todos los factores y circunstancias que provocan la aparición y determinan el contenido de las normas jurídicas.

Entre las múltiples causas que originan materialmente el “Derecho” suelen ubicarse dos grupos: el de las circunstancias políticas, sociales, económicas, históricas, geográficas, culturales, las cuales pueden influir en la producción del Derecho y pueden considerarse como *factores de significación fáctica*; y el de los móviles de orden ideológico o espiritual (religiosos, políticos, científicos, etc.), que pueden considerarse como *factores de significación ideal*.

La importancia de esta dimensión en la lectura tradicional es que puede servir como criterio de auxilio ante las lagunas de la ley (fuente original en sentido primario), aunque para que se pueda emplear deben tornarse en “Derecho”. De otro modo, habría de admitirse que el “Derecho” no tiene la unidad, completitud y coherencia interna que se supone todo sistema jurídico genuino debería satisfacer, ya que frente a la obligación de fallar en todo caso y a la ineptitud del sistema para hacerlo, el juez debe recurrir a factores que no constituyen Derecho.⁹¹

En el ámbito de los realismos sociológicos norteamericanos, que sigue cierta parte del *Common Law*, dicho problema no tiene lugar, pues si se considera que *Derecho es lo que dictan los jueces*, no existe diferencia alguna entre fuentes originales y criterios auxiliares. Todos los medios de los que se sirva el juez para fallar son criterios, fuera la ley, la jurisprudencia o cualquier otro. Al final de cuentas, la única fuente original es la fuente material.⁹²

En cambio, en el ámbito de la tradición continental, se requiere ubicar precisamente cuáles son las fuentes originales y cuáles las subsidiarias o criterios auxiliares. Es allí, precisamente, en donde se encuentran las diferencias entre los diversos sistema jurídicos.⁹³ Como Aftalión (citado por Hernández) lo explica, pese a que todos suponen que

91 Positivistas jurídicos como Hart no dudan en aceptar que

la textura abierta del Derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales, o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. H.L.A. Hart. *El Concepto de Derecho*, trad. G. R. Carrió (México: Editora Nacional, 1980) 168.

La tesis de Hart, en efecto, reconoce que en los casos donde no existen medios jurídicos para “decir el derecho”, el juez bien debe recurrir a la discrecionalidad para garantizar su deber de fallar. H.L.A Hart, “Poscriptum”. En *La Decisión Judicial*, H.L.A. Hart y R. Dworkin (Bogotá: Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 1997), 89.

92 Respecto a la visión radical de los factualismos jurídicos norteamericanos, véase: Rojas González, “Educar en filosofía para saber estar en la realidad jurídica”, 137-141.

93 En España, por ejemplo, son fuentes del Derecho la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho; en la categoría de ley, y como norma fundamental, se encuentra la propia Constitución. La jurisprudencia aún no merece el calificativo de fuente, aunque en la práctica ha adquirido una cierta trascendencia normativa. Por eso se dice que

fuente primaria, según la disposición es la ley en sentido amplio, es decir el ordenamiento jurídico español vigente. Fuentes complementarias son la costumbre y principios generales del derecho; y, finalmente, a la doctrina y jurisprudencia les da la calidad de fuentes aclaratorias. Hernández, “La Costumbre como Fuente del Derecho”, 145.

En Colombia, declara el artículo 230 de la Constitución, que: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Constitución Política de Colombia (1991), art. 230.

todas esas causas sociológicas por las cuales las normas en determinada comunidad tienen contenido concreto, todas esas “fuentes materiales”, para advenir derecho aplicable, es necesario que pasen por el molde que imponen las fuentes formales. No basta con que sean meras fuentes materiales, sino que deben adquirir la forma de las fuentes formales.⁹⁴

Semejante inclusión, como se advierte, desconoce la dimensión propia del Derecho, de cualquier realidad diferente a la jurídica –en el sentido limitado del término–. Tal condición contrasta con la posición del Realismo Jurídico Clásico, que considera que el principio material es un principio entitativo o sustrato determinable de todas las cosas por razones naturales y no convencionales. Pero cabe aclarar que

esa pertenencia de los derechos al sujeto humano no lo comprende en toda su entidad: no es todo el hombre y en todas sus dimensiones el titular de derechos; en rigor los derechos existen en la dimensión práctica del hombre, en su razón y en su voluntad en cuanto ordenadas a la obtención de la perfección humana social. Es allí donde residen los derechos que son algo del sujeto humano, pero a través de su voluntad y su razón práctica.⁹⁵

En esta lectura se abre el espectro de los analogados del Derecho al Derecho Natural, esto es, de los derechos inherentes al orden de la dimensión material que no exigen, para ser considerados Derecho, pasar por la criba de su formación en un sistema de fuentes positivo, tema que se tratará hasta el Capítulo V de esta *Introducción al Derecho*. Basta por el momento retener que en la lectura tradicional, cuando se usa la expresión fuentes materiales, se incluyen consideraciones de orden meta-jurídico, mientras que en la del Realismo Clásico no necesariamente todo lo jurídico encierra lo que es Derecho, en el sentido del *iustum*, ni todo lo que es Derecho, en el sentido del *lex*, puede ser considerado jurídico.

La dimensión formal del Derecho Positivo

Usualmente se indica que los modos en que se exteriorizan los contenidos normativos que integran un determinado sistema jurídico constituyen sus fuentes formales. Por ejemplo, a nivel interno: la Constitución, la ley, la jurisprudencia,

94 Hernández, “La Costumbre como Fuente del Derecho”, 146.

95 Carlos Ignacio Massini, *Filosofía del Derecho. El Derecho de los Derechos Humanos y el Valor del Derecho*, Tomo I, 2da ed. (Buenos Aires: Lexis Nexis, 1984), 44-45.

etc. Y a nivel externo: los tratados de derecho internacional y comunitario, según corresponda.⁹⁶

Sin embargo, en la lectura tradicional no todos los modos en que se exteriorizan contenidos normativos constituyen normas jurídicas, pues sólo el propio sistema jurídico asegura qué es y qué no es un contenido de ese tipo. Entre las múltiples formas que afirman la seguridad jurídica, para algunos el fin del Derecho, este último suele ubicar dos grupos. El primero tiene que ver con los *factores de significación cualificativa* o de poder que establecen quién o quienes han de decir qué es el Derecho, en otras palabras, quién o quiénes tienen la *competencia* de crear Derecho: sea el Estado a través de sus órganos, el pueblo a través de sus representantes o por propia iniciativa. Y el segundo con los *factores de significación técnica* o de procedimiento, que corresponden a las formas, vías o cauces a través de las cuales los órganos o las iniciativas legitimadas para crear Derecho, efectivamente lo crean según el propio sistema jurídico.

No obstante, es necesario advertir de nuevo que desde el Realismo Clásico la fuente formal de Derecho no es, ni constituye, todo el Derecho, ya que la norma creada por ella es el resultado (el contenido), mientras que la fuente es el medio de producción (la forma); lo mismo que el agente de decisión (órgano, representantes, etc.) no es igual que la norma creada por él. De suerte que las leyes, las sentencias, las costumbres, el congreso, el parlamento, el gobierno etc., no son las fuentes formales de Derecho, sino apenas una parte de su sentido positivo. Lo anterior sin atender, por supuesto, lo que le resta en el sentido más amplio del realismo, como se verá más adelante.

Ciertamente los *factores de significación cualificativa* parecen competirle a la Ciencia Política, pues en últimas tratan el problema del poder, de quién manda. Esto es claro en los órdenes jurídicos constitucionalizados que disponen en una Constitución o en una Carta Política el resultado de un acuerdo social respecto a los pesos y contrapesos en el ejercicio del poder, no del Derecho. De ahí que la obligatoriedad de la norma jurídica se haya visto sólo como fruto del mando –se tiene el derecho porque se tiene el poder–, cuando la obligatoriedad de la norma

.....
96 Martínez Roldán, *Curso de Teoría del Derecho*, 162.

jurídica, desde el punto de vista del Realismo Clásico, es la propia del deber correlativo al Derecho, de lo justo.⁹⁷

Siguiendo a Bobbio, por ende, no es de recibo la tesis que sostiene que

las normas jurídicas son de dos clases: normas de conducta y normas de estructura o competencia. Las primeras señalan derechos y deberes de los particulares y consagran los denominados derechos subjetivos. Las segundas, como su nombre lo indica, se refieren a la estructura misma del sistema jurídico; a la forma de las normas que lo integran; a su creación o reconocimiento. El Poder Soberano, cualquiera que sea la filosofía jurídica que lo guíe ha de incluir en el ordenamiento jurídico la indicación de las formas en que las normas jurídicas se manifiestan, señalando reglas para la creación y reconocimiento de ellas. Por ello, *el problema de la identificación de las fuentes formales de determinado ordenamiento jurídico nacional se debe resolver, y sólo se puede resolver a partir del mismo ordenamiento jurídico positivo.*⁹⁸

En efecto, cuando se declara la omnipotencia de la voluntad de un acto humano, individual o colectivo, para originar y hacer surgir a la realidad todo “derecho”, se deja de lado todo aquello que la persona posee por su especial dignidad, incluso antes de cualquier ordenamiento jurídico: sus derechos inherentes. Y, además, se desconoce la costumbre, entendida como “aquellos comportamientos reiterados, uniformes y públicos que al interior de determinado conglomerado social se tiene la convicción de que se trata de un comportamiento que debe ser cumplido (*opinio juris seu necessitatis*)”.⁹⁹

Con el objetivo de salirle al paso a estas cuestiones, la lectura tradicional ha considerado que todos los *factores de significación técnica* se reducen ontológicamente a tres: uso, pacto y decisión. El primero tiene la forma del Derecho consuetudinario; el segundo la de los contratos, convenios, tratados internacionales, etc.; y el tercero, según el tipo de Constitución Política, puede adoptar fundamentalmente dos formas:

- Una *forma general y abstracta*, en cuyo caso recibe el nombre de *legislación*. García Máynez la define, en términos generales, como “el proceso por el

97 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 121 (nota).

98 Marco Fonseca Ramos, “Las Fuentes Formales del Derecho Colombiano a partir de la Nueva Constitución”, *Revista de Derecho Universidad del Norte*, No. 1 (1992): 32-45. (Cursiva de este texto).

99 Hernández, “La Costumbre como Fuente del Derecho”, 146.

cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes”.¹⁰⁰

• Y una *forma individual y concreta* a la que se conoce con el nombre de *jurisdicción*. Del Vecchio la define como “aquella actividad que tiende a la solución de las controversias o contrastes que surgen en el curso de las relaciones intersubjetivas”.¹⁰¹ Es la función específica de los jueces, que la ejercen aplicando las normas jurídicas, por lo común generales y abstractas, a los casos concretos que deben decidir.

Sin embargo, la jurisdicción no se reduce a decir el Derecho, como consideraran los realistas norteamericanos, porque el juez —en sistemas jurídico continentales— no tiene un margen de discrecionalidad mayor a aquel que le da una norma preexistente (legal o consuetudinaria), aunque ciertamente puede servirse de las interpretaciones autorizadas, por competencia o jerarquía, al momento de desarrollar e integrar las normas que aplica.

Mediante la caracterización presentada, la lectura tradicional considera que todos los *factores de significación técnica* pueden contener el voluntarismo que subyace a decir el Derecho. Sin embargo, como en esa lectura, toda exteriorización de la voluntad normativa es jurídica, lo cierto es que no puede decirse que un uso o un pacto sean normas jurídicas si no existe el reconocimiento de un órgano de poder, en el ámbito interno (el Estado) o en el ámbito externo (un tribunal internacional), que así lo señale. De tal manera que los problemas mostrados por el Realismo Clásico siguen persistiendo en las diferentes formas positivas de manifestarse la voluntad creadora humana.

Las fuentes del Derecho Positivo y sus manifestaciones

Como se ha indicado anteriormente, los medios por los cuales se exterioriza la voluntad creadora de la norma jurídica constituyen, para lectura corriente, fuentes del Derecho diferenciadas por su estudio desde el Derecho mismo y no por el estudio de las fuentes mismas. No se estudian los parlamentos, congresos, órganos ejecutivos, tribunales, etc., sino sus resultados traducidos en leyes, costumbres,

100 Eduardo García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho* (México: Porrúa, 1980), p. 52.

101 Giorgio Del Vecchio, *Filosofía del Derecho* (Barcelona: Bosch, 1964), 370.

jurisprudencia, etc.¹⁰² El Derecho, en ese sentido, puede revestir formas diferentes que se presentan evidentemente en la realidad, aunque ciertamente no son consideradas fuentes del Derecho por todos los autores, tal y como se describe a continuación.

La ley

Respecto a la ley, es unánimemente admitido que es una de las modalidades del Derecho Positivo general, en el sentido amplio de ser norma legislada, pues alberga los Decretos-Ley, las resoluciones y actos administrativos con fuerza directiva. La norma jurídica, en este caso, es un precepto impuesto por los poderes públicos. Así, por ley, debe entenderse la norma que cumple con los *factores de significación cualificativa* y de *significación técnica* que se requieren para que sea jurídica.

Las especificaciones y requerimientos de dichos *factores* le confieren a la ley su particular dignidad, ya que en los sistemas jurídicos continentales, así como la ley tiene un primado por sobre otras “fuentes” de Derecho, también las leyes tienen una jerarquización según las condiciones, más o menos exigentes, para su producción. Por ejemplo, las leyes orgánicas en España o las leyes estatutarias en Colombia gozan de una estabilidad mayor que las leyes ordinarias (las que no tienen ese carácter), porque la dificultad para su modificación espera ser un mecanismo para que estas leyes se conviertan en el desarrollo o prolongación de la Constitución en ciertas materias específicas.

Bajo especificaciones legales y de *significación técnica*, el poder ejecutivo puede producir normas con el rango de Decretos-Ley, así como también reglamentaciones que toman la forma de decretos u órdenes ministeriales de rango inferior que las leyes, pero también obligatorias y abstractas, que deben facilitar la ejecución de la materia objeto de una ley. Las leyes, en los órdenes constitucionalizados, suelen tener un control de legalidad a cargo de una instancia especializada, según la naturaleza de las mismas (constitucional y/o contencioso – administrativo). Pero dada la complejidad y el carácter heterónimo que las leyes

.....
102 Al respecto véase: Jorge González Jácome, “El Problema de las Fuentes del Derecho: Una perspectiva desde la argumentación jurídica”, *Revista Universitas*. No. 112 (julio-diciembre, 2006): 265-293.

toman en los distintos órdenes jurídicos, se requiere observar particularmente en cada Estado cuáles son las especificaciones sobre sus distinciones.

La costumbre

Cuando el Derecho se manifiesta bajo la forma de la costumbre, suele considerarse que el orden jurídico examinado es un orden no suficientemente desarrollado.¹⁰³ Dicha posición, sin duda legocentrista, es incapaz de advertir la capacidad de adecuación que presta la *opinio iuris seu necessitatis* a un medio cambiante. Esto, ya que la costumbre

es un elemento imprescindible de la cultura de un pueblo, inclusive, tejido conjuntivo necesario para la Constitución de una Nación, puede tener relevancia en el mundo del derecho y dar lugar a reglas de comportamiento que tengan la connotación de normas jurídicas y conformar, por lo tanto, el ordenamiento jurídico.¹⁰⁴

Sin embargo, como la costumbre tiene una evidente relación con las fuentes materiales del Derecho, o sea, las de orden meta-jurídico, en la doctrina se controvierte el fundamento de su juridicidad. Este es un punto sobre el cual es difícil alguna solución, porque precisamente por razones de cultura jurídica y posición jusfilosófica, cada sistema jurídico ubica la costumbre en el lugar que considera es el más adecuado. Así, por ejemplo, en España la costumbre es considerada una fuente complementaria de Derecho, de rango constitucional, mientras que en Colombia no aparece siquiera en la enumeración de los criterios auxiliares.¹⁰⁵ Pese a lo dicho, “se habla al interior de la doctrina de costumbre *secundum legem* (a favor de la ley), costumbre *contra legem* (contra la ley) y costumbre *praeter legem* (reguladora de situaciones que la ley no regula)”.¹⁰⁶

103 Así, por ejemplo, véase: Latorre, *Introducción al Derecho*, 60.

104 Hernández, “La Costumbre como Fuente del Derecho”, 148.

105 No obstante, sugiere Fonseca, que

los criterios auxiliares de la actividad judicial no son fuentes formales del derecho colombiano, ni pueden ser erigidos como fuentes por la ley so pena de violar la Constitución, en tanto que la costumbre y la doctrina constitucional continuarán siendo fuentes formales del derecho en la medida en que la ley no disponga en contrario. Fonseca, “Las Fuentes Formales del Derecho Colombiano”, 40.

106 Hernández, “La Costumbre como Fuente del Derecho”, 147.

La jurisprudencia

Se entiende por jurisprudencia el conjunto de resoluciones de los jueces o tribunales que pueden constituir un criterio auxiliar o una fuente aclaratoria para casos en los que no exista una fuente primaria para su resolución o que la misma resulte dudosa.

En los países de tradición continental se suele afirmar que la jurisprudencia uniforme ejerce un influjo mayor o menor según las materias, pues en todo caso existe un primado de la ley, aun cuando se reconoce, en la práctica, que la jurisprudencia permite la adaptación legal a las circunstancias de los tiempos. Por eso, señala Latorre, que

la importancia evidente que tiene la jurisprudencia hace que se pueda pensar, en algunos casos, en una aproximación entre los sistemas continental y anglosajón [...] Sin embargo, existen diferencias importantes que conviene no olvidar. La principal no estriba, como a veces se suele señalar, en el hecho de que los derechos anglosajones consideren vinculante una sola sentencia mientras que los continentales requieran una doctrina continuada en varias de ellas, sino en la función distinta que tiene esa vinculación. En Inglaterra, su función fue sobre todo limitar la libertad del juez, dar fortaleza a un derecho que de otro modo reposaría en criterios muy vagos. En los países continentales, en cambio, el valor de la jurisprudencia ha estribado precisamente en lo contrario: dar elasticidad a Derechos demasiado rígidos por derivar de leyes escritas poco flexibles.¹⁰⁷

La doctrina

Los estudios y opiniones de los juristas, lo mismo que la jurisprudencia, no se consideran regularmente fuentes en sentido original, sino un criterio auxiliar o una fuente aclaratoria, porque la doctrina no es una modalidad del Derecho Positivo, es decir, no es fuente formal, sino fuente material. En tal carácter puede, por ejemplo, inspirar el fallo de un juez, una ley del congreso, etc., pero nunca crear Derecho, pues “su influencia –dice Latorre– es persuasiva, deriva del valor intrínseco de los argumentos que cada jurista emplee y no de ninguna disposición

.....
¹⁰⁷ Latorre, *Introducción al Derecho*, 67.

legal”.¹⁰⁸ Lo que de forma alguna le resta importancia, pues una doctrina reputada puede, en muchos casos, sugerir la transformación de toda un área del Derecho.

Los principios generales del Derecho

Se entiende por *principios generales del Derecho*

los enunciados generales a los que se subordina un conjunto de soluciones particulares [...] una norma jurídica se establece para un número determinado de actos o hechos y sólo rige para esos actos o hechos. Un principio, en cambio comporta una serie indefinida de aplicaciones.¹⁰⁹

Así, los *principios* actúan como medio para colmar lagunas del Derecho Positivo. Sin embargo, es necesario anotar que una cosa son los principios generales de un área específica de los elementos o realidades extrínsecas que concretan el analogado secundario *Derecho-norma*, y otra los principios generales del analogado principal Derecho. Los primeros remiten a los fundamentos mismos del sistema jurídico y, por ello, se tratan por parcelas y son diferentes en cada ordenamiento jurídico positivo; mientras que los segundos sugieren superar todo ordenamiento jurídico positivo vigente, como se discutirá largamente más adelante.

Para el caso presente, los *principios generales del Derecho* (criterios auxiliares en Colombia o fuentes complementarias en España), se caracterizan, siguiendo el planteamiento de Dworkin, teniendo en cuenta la distinción entre principios y reglas desarrollada por Alexy. Esto es, por la propiedad fundamental que distingue principios y reglas: los primeros representan mandatos de optimización, o sea, son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”,¹¹⁰ a diferencia de las reglas, que “contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”.¹¹¹

108 *Ibid.*, 68.

109 *Ibid.*, 65.

110 Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), 86.

111 *Ibid.*, 87.

La equidad

Indudablemente, y como se desarrollará en el siguiente capítulo, este concepto es, de todos los vistos, el más difícil de asir, pues su indudable vínculo con la justicia (desde Aristóteles en la *Ética* a Nicómaco) implica desbordar la dimensión jurídico positiva ordinaria. Por esta razón, expresa el texto constitucional colombiano, no le es posible a los jueces ordinarios fallar en equidad, aunque sí pueden emplear el criterio para comprender el alcance y espíritu de la fuente formal que ha de basar su decisión judicial. Sin embargo, recuerda Fonseca,

como excepciones a la norma general, la Constitución eleva la equidad al rango de fuente formal del derecho colombiano en los siguientes casos: 1) la justicia arbitral: en virtud de lo dispuesto en el último inciso del Art. 116 de la Constitución “*los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en las condiciones de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*”. Nótese que se autoriza a los particulares y no a los jueces para fallar en equidad por voluntad de las partes; 2) los jueces de paz: a partir del Art. 247 de la Constitución “*La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular*”.¹¹²

112 Fonseca, “Las Fuentes Formales del Derecho Colombiano”, 44.

Sin lugar a dudas, el término justicia es el más usado y, a la vez, el más difícil del universo jurídico, seguramente porque su naturaleza es la más apropiada y la más complicada de afianzar para los iniciados en el *arte del Derecho*, al tiempo que para toda persona que emplea analógicamente o abusivamente el término. En efecto, es común escuchar reclamos de justicia ante las más variopintas situaciones, sin encontrar en muchas de ellas precisión respecto a lo que reclaman, en razón a que no hay consistencia en el manejo conceptual. Por ejemplo, se oye continuamente que tal o cual impuesto es injusto y, al tiempo, que a cierta persona se le ha tratado injustamente. ¿Qué tienen en común semejantes aseveraciones? ¿Cuál definición de justicia es la apropiada para que su negación sirva para calificar por igual situaciones tributarias, de trato interpersonal, entre otras muchas situaciones?

El uso coloquial del término justicia para designar una gran cantidad de situaciones, e incluso para calificar personas o cosas, es evidentemente la principal dificultad para enfrentar un análisis del mismo, así como de lo justo, desde la perspectiva del jurista. De este obstáculo se han servido posturas contrarias al Realismo Jurídico Clásico, como las de Kelsen y Ross, para considerar que el reclamo de justicia no es más que una respuesta emocional frente a una situación desfavorable a un interés que, como tal, es relativo, pues es apenas una percepción subjetiva de valores.¹¹³ Advierte Ross, por ejemplo, que cuando alguien afirma que una norma jurídica es injusta, no expresa ninguna cualidad discernible en

.....
113 Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?* (México: Fontanamara, 1996), 17-27.

ella, de manera que si una persona exclama “*Estoy en contra de esta regla porque es injusta*”, lo que debería decir es “*Esta regla es injusta porque estoy en contra de ella*”.¹¹⁴

En tal sentido, dicha postura sugiere que la justicia no constituye materia de discusión racional, sino que, a lo sumo, se trata de una mera expresión emocional y no argumental. Porque, afirma Ross:

¿A quién se le ocurriría referir la validez de las normas del ajedrez a una validez *a priori*, a una idea pura del ajedrez, puesta en el hombre por Dios o deducida de la eterna razón humana? El pensamiento es ridículo porque no tomamos al ajedrez tan en serio como al derecho, y ello es así porque hay emociones más fuertes asociadas a los conceptos jurídicos. Pero ésta no es una razón para creer que el análisis lógico deba adoptar una actitud fundamentalmente diferente en uno y otro caso.¹¹⁵

La tesis que subyace a toda negación de ese tipo es que el problema de la naturaleza del Derecho *debe* o *tiene* que estar desprovisto de cualquier consideración metafísica y/o antropológica, porque la labor del jurista es interpretar el *Derecho vigente* (de Colombia, Venezuela, Estados Unidos, etc.) sin cuestionar el significado representativo de tal concepto.

Frente a la mencionada concepción, el Realismo Filosófico, y su corolario el Realismo Jurídico, “sostiene que la realidad no se confunde con el mundo material y que aquella realidad posibilita el conocimiento más allá de nuestra propia conciencia”.¹¹⁶ De esta manera, se reconoce que

el Derecho, en tanto ordenamiento jurídico, no tiene ningún sentido si no se traduce en una praxis concreta, cuya realización está a cargo del jurista que, a su vez, debe conocer el propósito de dicho ordenamiento, que no es otro que contribuir al orden social en lo que se refiere a la justicia. En otros términos, al jurista le corresponde la decisión del todo del orden relacional en el aspecto de la justicia, porque el Derecho es una ciencia de carácter práctico. El carácter práctico del conocimiento del sistema jurídico es un conocimiento intencionalmente dirigido a hacer “algo” y no solo a conocer, que es de lo que trata el conocimiento especulativo. Ese “algo” se traduce en

114 Agustín Squella, “Algunas concepciones de la justicia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010): 175-216.

115 Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997), 18-19.

116 Carlos Javier Bolívar Sánchez, “Xavier Zubiri y el fundamento reista del derecho”, (Tesis Pregrado, Universidad Católica de Colombia, 2016) 1-35. En: <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13913/4/Xavier%20Subiri%20y%20el%20fundamento%20re%C3%ADsta%20del%20derecho.pdf>

aplicar una norma, cumplir un deber o satisfacer un derecho; en términos generales, en hacer justicia y, por lo tanto, exige de parte del jurista una decisión práctica de la voluntad.¹¹⁷

Si el jurista considera por esencia *lo que define al ser, lo que lo constituye*, y por existencia *el hecho de existir*, resulta posible conocer la esencia de algo sin que exista una constancia y/o evidencia sensorial de su realidad material. De hecho, ese conocimiento es un conocimiento de lo real que no es presa de la duda metódica cartesiana y “tiene sentido”, sin ser un retrato lógico de la realidad sensorial, al contrario de lo que pretendiera Wittgenstein.

Desde esa fuente filosófica, el *Realismo Jurídico Clásico* considera posible la aprehensión de unos principios prescriptivos, los principios del Derecho Natural¹¹⁸. Así mismo, se define a través del material prescriptivo aportado por los principios generales del Derecho Natural Clásico y del objetivo, primario e irrenunciable, a que abocan estos principios en el Derecho: la justicia del jurista.¹¹⁹ Porque, para el Realismo Jurídico, “el Derecho es algo diferente a un acto de razón u obra de conciencia y que se encuentra en una realidad distinta de lo meramente material”,¹²⁰ esa realidad de índole metafísica es la realidad del Derecho Natural que, a su vez, es una expresión de una concepción trascendente: la realidad metafísica total, el *ser*.

Por la razón anterior, Hoyos destaca, refiriéndose a Hervada, que

al defender el realismo jurídico, Hervada acepta las ideas centrales del realismo teórico: hay cosas independientes del pensar y del querer, y esas cosas son susceptibles conocidas y de ser queridas. Lo práctico que sabe el jurista es ‘algo tan fundamental y tan importante para las relaciones sociales como es *lo justo*. El jurista se dedica a desvelar qué es lo justo en las relaciones sociales, en la sociedad; es, por así decirlo, el *técnico de la justicia*, el que sabe de lo justo y lo injusto.’ Decir, por tanto, *realismo jurídico* es decir al mismo tiempo *realismo práctico*, porque el saber jurídico es un saber práctico que busca determinar o discernir, en relaciones concretas, que es *lo justo o lo debido*”.¹²¹

117 Rojas González, “Educar en filosofía para saber estar en la realidad jurídica”, 26.

118 Rojas González, *De la justicia a los derechos fundamentales*, 6.

119 Bolívar Sánchez, “Xavier Zubiri y el fundamento reísta del derecho”, 13.

120 U.C.C., “Características que identifican la particularidad...”

121 Hoyos, “Sobre el realismo jurídico clásico”, IX.

En ese orden de ideas, resulta inadmisibles comprometer el trabajo del jurista solo a la interpretación del Derecho vigente, como si fuera un mero funcionario u operador de “lo jurídico”, en su acepción más estrecha: la legal. Como se advirtió anteriormente, de la justicia definida en el Digesto: *ius suum tribuendi y suum tribuere* (dar a cada uno lo suyo y dar a cada uno su derecho), se deduce que el *ius* o derecho y lo *suum* o lo suyo de cada uno son lo mismo. De ahí que, como diría Tomás de Aquino, el Derecho es la cosa que es suya del titular, la cosa justa o *ipsa res iusta*.

La clave del Realismo Jurídico Clásico descansa en advertir esta simple relación: si existe una virtud llamada justicia, que consiste en dar a cada uno lo suyo, es, en definitiva, porque existe un hábito de obrar el bien, que implica que un sujeto da a otro lo que es de ese otro, es decir, lo suyo. Y en eso consiste, precisamente, una relación de justicia o relación jurídica, que no es otra cosa que una relación de deuda, ya que no es posible dar en justicia aquello que no se debe, cuestión que tiene que ver con otras virtudes, como la caridad. Si A y B están relacionadas jurídicamente es porque A debe a B lo que a ésta última pertenece.

Sin embargo, y aquí radica buena parte de la confusión en el empleo del término, como la justicia es una virtud que busca el bien ajeno, se la considera como la más perfecta de las virtudes morales.¹²² Siendo una virtud de la voluntad –una potencia del espíritu– que manda hacer lo justo según el orden natural y cuya esencia se identifica con la igualdad –por ser ésta el término medio entre lo demasiado y lo poco–, es además una virtud política y social, porque en ella se pone en juego no solo el bien de uno y el de los demás, sino también el bien de la comunidad, el bien común.¹²³

En efecto, desde Aristóteles se conciben dos modos fundamentales de esta virtud de virtudes, a saber: la justicia legal, llamada también general, y la justicia particular, dividida a su vez en una justicia de las distribuciones (justicia distributiva) y una justicia de los modos de trato (justicia conmutativa). De ahí que Castaño recuerde que

la justicia general remitía en principio a la suma de las virtudes. No obstante, Aristóteles introduce una importante precisión respecto de otros autores: la justicia

.....
122 Aristóteles, *Ética Nicómaco* 1129b – 1130a.

123 Aristóteles, *Política* 1253a 35.

general es ciertamente la suma de las virtudes, pero solo en cuanto se refieren a otro, es decir no solo al bien propio sino al ajeno; en sus palabras ‘la justicia es la única entre las virtudes que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los otros; lo que conviene al otro sea gobernante o compañero’. En concreto, al referirse a la justicia particular, entendió que la finalidad de esta virtud era que nadie se quedara ni con más ni con menos de lo que le correspondía.¹²⁴

En el orden de las virtudes alteritivas —referidas a otro—, la alusión a la justicia señala su cariz social, al tiempo que sitúa el problema de su naturaleza desde un principio preclaro: *las cosas están repartidas y pueden estar en poder de otro diferente a su titular*. O sea, allí donde no existe deuda no es posible hablar de justicia, puesto que esta se exige porque se debe y existe deuda cuando se puede exigir la cosa suya, porque es suya, porque le pertenece. Así, el centro de la relación jurídica, su fundamento y lo que la especifica, es esa cosa debida por un sujeto a otro sujeto, por pertenecer a este último.¹²⁵

La *determinatio* de esa relación se establece de forma normativa, en otras palabras, a través de las normas, lo cual, empero, no asigna a priori, a cualquiera norma jurídica positiva, el valor de otorgar *lo justo* o *lo debido*. Por el mero hecho de ser vigente o haber sido validada por un procedimiento formal, una “norma jurídica” no es legítima y, por ende, objeto de obediencia. De ahí que el jurista no es simplemente el que decide respecto a las normas positivas, sino ante todo por el Derecho, pues “decir *lo justo* es nombrar el *derecho* porque son lo mismo. Correlativamente, si se interfiere o ataca un derecho, decimos que eso es injusto. Lo injusto es *la lesión del derecho*”.¹²⁶ En consecuencia, el Derecho, lo suyo y lo justo son tres dicciones para significar lo mismo. El Derecho es lo justo, lo justo es lo suyo de cada uno y el arte del jurista es determinar lo justo, lo suyo de cada uno, o sea, su derecho. Y ello es tan importante que, como declara Romero,

si es del jurista realizar lo justo, decir el derecho, y ello es una labor de cognición, ha de suponerse que existe un momento de medianidad —esto es, de constatación—, por medio del cual quien dice “lo justo” justifique su obrar; de otro modo, el jurista

124 Alejandro Castaño Bedoya, *Introducción a la razón práctica del Derecho. Una perspectiva del iusnaturalismo renovado* (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2013), 77.

125 Javier Hervada, *Coloquios Propedéuticos sobre el Derecho Canónico* (Pamplona: Universidad de Navarra, 2002), 32.

126 Hervada, *¿Qué es el Derecho?*, 8.

podría suplantar al competente o simplemente declararse impedido —como de hecho muchas veces ha sucedido—. De ahí la necesidad de la “prueba judicial”: si ontológicamente no existe derecho, por ende, no puede haber título; si lo hay, solo puede ser espurio; y, por lo mismo, no hay ley aplicable. O bien, si hay derecho natural y un derecho positivo que le desarrolla, entonces hay título y, por tanto, hay necesidad de dar (restituir, devolver, etc.). La prueba judicial, entonces, es también una realidad inherente al acto de justicia; por ello, en cuanto instituto, tiene una naturaleza ontológica independiente a los hechos.¹²⁷

A continuación se revisarán sus elementos constitutivos, lo cual es naturalmente necesario.

Las cosas están repartidas y pueden estar en poder de otro

Como se vio anteriormente, siguiendo al profesor Hervada, el principio de la relación de justicia descansa en *el reparto*, pues si las cosas no están repartidas no es posible la facultad de exigir deuda alguna. Sin reparto o distribución ya hechos no hay lo suyo, ni deber, ni justicia. Aunque se reconoce que

obedecer la ley pertenece al *deber*. No es simplemente una cosa conveniente [pues] las leyes marcan lo que *en justicia* debemos a la sociedad [...] No hay, pues, solamente deberes de justicia de los particulares entre sí (justicia que recibe el nombre de *justicia conmutativa*), ni de la sociedad para con los ciudadanos (*justicia distributiva*); también hay deberes de justicia de los ciudadanos para con la sociedad (*justicia legal*).¹²⁸

Y en este marco, la racionalidad, la *recta ratio* que dirige la prudencia de la norma jurídica, demanda la idea de su adecuación social, que

consiste en la conformidad de la norma con la naturaleza de las cosas. Entendiendo por naturaleza en este caso la ontología —el ser de las cosas—, sean elementos filosóficamente calificables de esenciales, sean calificables de accidentales. Ello se resume en seguir las reglas del arte o la técnica que corresponda en cada caso [...] La naturaleza de las cosas es la estructura y sustancia de lo real exterior al hombre, que condiciona su hacer sobre la realidad objetiva circundante.¹²⁹

.....
127 Romero Infante, “La Prueba Judicial: Una aproximación realista”, 67.

128 *Ibid.*, 61.

129 Hervada, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 359.

En ese sentido, la declaración: “todo no es de todos”, es de la naturaleza de las cosas, de la estructuración constatable y lógico-objetiva de la realidad, cuyo carácter de orden adecuado al ser constituye decisivamente al Derecho. Las cosas están repartidas, tienen su titular y, por eso, la justicia sigue al Derecho y es un acto segundo, como se había dicho antes: “La justicia es la virtud de cumplir y respetar el derecho, no la virtud de crearlo”.¹³⁰ De ahí que cuando se habla de repartos justos o injustos, es necesario aclarar su carácter, sea este original o derivado.

Precisiones sobre el reparto

Se ha dicho que el arte del Derecho es el reparto justo y, al tiempo, que la justicia sigue al Derecho y restituye a su titular lo que se le adeuda, lo suyo. Dos afirmaciones que pueden parecer contradictorias si se atiende que la justicia es un acto segundo y que no crea el Derecho, es decir, no hace el reparto, por lo que a este no podría calificársele como justo o injusto.

Frente al riesgo de ese mal entendido, hay que poner en claro que existen repartos primeros (originales) y segundos (derivados). Los primeros u originales son aquellos que generan el título sobre las cosas, cuando previamente no existe titular alguno de ellas. En cambio, los segundos, son aquellos derivados de un reparto o distribución de las cosas, propio del poder o de la iniciativa privada en un acto de dominio. Como aclara Hervada,

el reparto como acto primero no es propio de la justicia, sino de otras virtudes (como la liberalidad), o del buen gobierno, los contratos, las convenciones, etc. Lo propio de la justicia en sentido estricto es el reparto segundo [...] El imperativo ‘hay que repartir las cosas’ –o hay que repartirlas bien o mejor–, si se trata de un reparto primero, esto es, si no hay un verdadero y propio derecho preexistente, no es un imperativo jurídico sino en todo caso moral. La preexistencia del derecho es, repetimos, el criterio distintivo de la justicia [...] Si un sistema *histórico y positivo* de reparto y atribuciones es injusto, lo será porque existe un derecho anterior al reparto hecho; si un sistema de reparto y atribuciones es injusto, quiere decir que no está de acuerdo con unos derechos naturales. Solo entonces habrá una verdadera injusticia.¹³¹

130 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 11.

131 *Ibid.*, 14-15.

Dadas las anteriores precisiones, resulta claro que todos los repartos primeros devienen originariamente de exigencias de justicia, que no son otra cosa que el Derecho Natural, pues lo que preexiste al Derecho Positivo no es la justicia sino el Derecho Natural. Cuando se afirma, en sentido propio, que existe un reparto injusto, lo que se exige no es cosa distinta que los preceptos y principios del Derecho Natural, tal y como se presentarán en el siguiente capítulo. Por eso, la justicia en cuanto relación jurídica se refiere solo a repartos segundos, o sea, a derechos preexistentes.

La cosa como debida

Atendiendo lo dicho previamente, solo si las cosas están repartidas es posible la facultad de exigir, aunque Hervada precisa que

el derecho en sentido primero y fundamental no es la ley ni la facultad de exigir [...] La facultad de exigir es un derivado de la índole de debida de la cosa; esa facultad secundariamente y por analogía recibe el nombre de derecho: el derecho subjetivo. Recuerda: la cosa es exigible, porque es debida. En sentido propio y estricto, el derecho es la *res iusta*, la cosa debida. Por eso, se habla del *realismo jurídico clásico*: el derecho como cosa. Es, pues, derecho el honor, el tributo, el fundo, el semoviente, etc., debidos.¹³²

Por lo mismo, sobre el honor, el tributo, el fundo, el semoviente, etc., solo puede reclamarse justicia si se adeuda, si existe el débito respecto a aquel que posee el título. En tal sentido, la justicia sigue al Derecho, lo presupone, sin que ello quiera decir que todo derecho, por ser tal, sea de suyo justo, pues se ha dicho que al Derecho Positivo antecede el Derecho Natural y por eso analógicamente puede llegar a calificarse un Derecho Positivo determinado como injusto, esto es, como contrario al Derecho Natural.

Ahora bien, atendiendo la naturaleza de las cosas, es evidente que pese a estar repartidas, no todas las cosas –corporales o incorpóreas– pueden, y de hecho esa es la razón de ser de la justicia del jurista, estar bien repartidas o, en su defecto, pueden estar en poder de otros distintos a aquél que es su titular primero. Por esta razón, muchas “cosas suyas” están en poder de otro o pueden ser dañadas o atacadas por él y, precisamente por eso, “sólo así ese *otro* podrá dar –entregar o

.....
132 Hervada, *Coloquios Propedéuticos*, 33.

respetar, restituir o reparar— a *uno* lo que es suyo. Sólo así habrá el acto de dar a uno lo suyo”.¹³³ Dicho acto corresponde por justicia no al particular, sino a aquel que domina el arte de lo justo, en otras palabras, al jurista. Se puede tener lo de otro de muy diversas maneras, esto es,

diversas formas de tener en el ámbito del propio poder el derecho —lo suyo— del otro. Fíjate: si se trata de la vida humana, tener en poder lo suyo del otro significa la posibilidad del homicidio; en el caso de los bienes materiales puede suponer tener físicamente la posesión del bien ajeno, etc.¹³⁴

Una vez advertido el principio señalado, es obvio que *dar* es una acción y no un deber, de ahí la facultad de exigir. Dar es una práctica de acción u omisión y, por tanto, una virtud de la conducta. Entonces, aclara Hervada,

toda virtud consiste en una disposición de las potencias del sujeto o hábito; no es una norma (*Sollen*) sino un hecho (una cualidad) (*Sein*). Consecuentemente la justicia, siendo una disposición de la voluntad, no es una norma (*Sollen*) sino una cualidad, un hecho *Sein*. ¿Disposición a qué? Disposición a actos, en concreto, al acto de dar. Como las virtudes se definen por sus actos, el ‘dar a cada uno lo suyo’ designa un acto, una acción (dar), no un precepto ni un deber (*debe darse*).¹³⁵

Sin embargo, como *dar* remite a la acción, no puede decirse que se le *da* a un sujeto su derecho, sino que se le posibilitan, simultáneamente, los medios para desarrollarlo. O sea, no basta que se declare formalmente la titularidad sobre una cosa —su derecho— si no se prestan los medios para ejercer el dominio sobre ella y/o para que pueda efectivamente realizarse.

Recuérdese que se *da* a cada uno *lo suyo* y que en eso consiste el arte del jurista, la justicia del jurista, la justicia particularmente considerada como una relación de deuda por la que el hombre justo *da* lo suyo a quien es su titular. Por eso es también una exageración del lenguaje reclamar justicia indeterminada para un “sujeto de derecho”. Se da, se actúa, porque a alguien se le adeuda y se les adeuda a personas singularmente consideradas, una a una, sin discriminación. La fórmula de justicia es *dar a cada uno* lo que le es debido, ni más ni menos.

.....
 133 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 16.

134 Hervada, *Coloquios Propedéuticos*, 40.

135 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 19.

Y ¿qué es lo debido? Naturalmente el Derecho, el *ius suum*, lo suyo. Y ¿qué es lo suyo? Naturalmente cosas, algunas de las cuales pueden ser corporales –materiales– y otras incorporeales –bienes, cargos, dignidades, actividades–, aunque siempre se encuentran referidas a otros. Esto, debido a que no hay facultad jurídica de exigencia interior. Así como no hay deuda sin deudor, no puede exigirse en justicia lo que no es “suyo”, es decir, es lo suyo de cada cual, lo que se debe dar en justicia. Queda claro que

lo justo es el *objeto de la justicia*, esto es, *aquella cosa que la virtud de la justicia impele a dar a otro por constituir lo suyo*. En otras palabras, lo justo es lo suyo de cada cual, su derecho, aquello que la justicia da”.¹³⁶

Sin embargo,

¿cómo se determina, cómo se puede hallar lo justo, lo de cada uno? Por el *título* y la *medida*. El *título* es aquello en cuya virtud una cosa está atribuida a un sujeto determinado y, por lo tanto, es suya. Por el título, aquel a quien está atribuida la cosa recibe el nombre de titular. Pueden ser título de un derecho: la ley, el contrato, los hechos jurídicos y la naturaleza humana. ¿Qué es la *medida*? Es la caracterización y delimitación intrínseca y extrínseca del derecho: la delimitación de la cosa: su cantidad, cualidad, naturaleza, etc.; el modo como la cosa es del titular: propietario, arrendatario, usuario, administrador, delegado, etc.; las facultades jurídicas que competen al titular; los presupuestos y requisitos de uso del derecho, etc.¹³⁷

Aun cuando no es del jurista decir la relación de justicia subyacente a una exigencia, es de su arte la *determinatio iuris*, o sea, decir el Derecho, lo suyo de cada cual, en su *título* y *medida* adecuadas. Esto, ya que “la relación de justicia o relación jurídica, comprende: *a*) los sujetos (deudor-acrededor); *b*) el vínculo jurídico, y *c*) el contenido o situaciones jurídicas (derechos subjetivos, deberes, facultades, poderes, etc.) que comporta la relación.”¹³⁸ Dicha relación, además, obliga a: primero, que el sujeto deudor tenga el deber de cumplir; segundo, a que se requiera de una perfecta alteridad, pues si los sujetos no son enteramente otros no hay entera distinción entre lo suyo; y, tercero, a que se debe tratar de cosas exteriores al sujeto. De esta manera, es más propio al oficio del jurista develar, si

.....
136 *Ibid.*, 27.

137 Hervada, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, 291.

138 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 38.

existe deuda original, los elementos que la comprenden y en correspondencia con ellos mirar los derechos y deberes dependientes a los tipos básicos de relaciones de justicia.

Acerca de los tipos de justicia

Los tipos de relaciones de justicia son descritos por Aristóteles a través de tres clases: justicia conmutativa, justicia distributiva y justicia legal, aunque, observa Hervada, “en realidad, no se trata de clases de justicia, sino de tres criterios de determinación de lo justo”.¹³⁹

De las dos primeras clases, Aristóteles observa que “una forma tiene lugar en las distribuciones de honores o de riquezas o de otras cosas que puedan repartirse entre los miembros de la república [...] y la otra forma desempeña una función correctiva en las transacciones o conmutaciones privadas”.¹⁴⁰ En palabras de Santo Tomás, una consiste en el mutuo dar y recibir, mientras que la otra en el acto de la distribución.¹⁴¹ De la restante, Aristóteles afirma que es la virtud total, pues la mayoría de las leyes, que son las que regulan esta justicia general, “ordenan vivir según todas las virtudes y prohíben hacerlo según todos los vicios”.¹⁴² Así, las dos primeras se refieren a los modos de trato y a las distribuciones, mientras que la última trata sobre aquello que es propio de la ordenación al bien común.

La justicia conmutativa

Ya que lo dado debe ser siempre *igual* a lo debido, ni más ni menos de lo que se adeuda, la relación de justicia que determina exactamente esto se denomina justicia conmutativa. En la tesis tomista, sólo la justicia de los intercambios y conmutaciones puede caracterizarse como una justicia absoluta, porque únicamente ésta se da entre aquellos que son estrictamente iguales.¹⁴³ Por dicha razón, aclara Hervada que

139 Hervada, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, 296.

140 Aristóteles, *Ética Nicómaco* 1130b28 – 1131a 5.

141 Tomás De Aquino, *Summa Theologiae* I, q. 21, a. 1.

142 Aristóteles, *Ética Nicómaco* 1130b 24-25.

143 Cf. De Aquino, *Summa Theologiae* II-II, q. 61, a. 1.

la relación de deuda entre las personas surge por intercambio de bienes o por la lesión o apoderamiento de los bienes de otros. En el ámbito de estas relaciones las acciones pueden reducirse a tres clases: a) el intercambio de cosas (v. gr. la compraventa o el arrendamiento); b) la traslación de una cosa (p. ej. el comodato, o préstamo gratuito, y el depósito) que genera el deber de devolución; y c) el respeto al derecho ajeno, a lo que se opone el daño, el cual genera la restitución y, subsidiariamente, la compensación.¹⁴⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que esta justicia particular es la que se da voluntariamente entre individuos, de una forma que Aristóteles llamó aritmética, porque las cosas –materiales o inmateriales–, involucradas en la relación, pueden ser siempre intercambiables por identidad (porque son iguales) o equivalencia estimada (porque tienen el mismo valor correlativo). De tal forma que cuando se exige lo adeudado al acreedor, corresponde por mandato de justicia y/o disposición jurídica, una y la misma cosa, dar a quien se debe lo suyo, no otra cosa. Por ello, esta “forma” de justicia ordena cosas como la actividad contractual, la compra, la venta, el préstamo o el usufructo, entre otras.¹⁴⁵

La justicia distributiva

Hervada llama a este criterio de determinación de lo justo: *lo debido por la colectividad al individuo*. Para él

se trata de distribuciones y repartos, la igualdad que importa es distinta: es la igualdad de proporción. Algunas veces la distribución se hará por partes iguales, por exigirlo así la igualdad de proporción, pero muchas otras veces se distribuirá a partes desiguales. La igualdad de proporción es distinta a la igualdad aritmética. La igualdad distributiva o igualdad de proporción no consiste en dar a todos lo mismo, sino en distribuir las cosas en proporción a la finalidad del reparto o distribución [...] Lo importante es que se guarde la proporción, que se determina por la finalidad del reparto [...] Cuando no se guarda esta igualdad proporcional, aparece la discriminación injusta.¹⁴⁶

.....
144 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 39.

145 Cf. Aristóteles, *Ética Nicómaco* 1131a 3.

146 Hervada, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, 297.

Razón de más para que, en términos de Aristóteles, esta “forma” de justicia mande al margen la voluntad de las partes y busque corregir, por medio del fallo del juez, el daño causado por un ilícito.¹⁴⁷ Daño que no compromete solo a las partes involucradas en la deuda –como en la justicia conmutativa–, sino además, y sobre todo, a la esfera de la colectividad, ya que se trata de la distribución de lo común. Dice Hervada que

en las relaciones entre individuos, el derecho es algo predeterminado por el título; en cambio, en las distribuciones solo hay título al reparto justo. En efecto, la cosa, antes de ser repartida, no es del individuo sino de la colectividad, se hace suya –del individuo– en el momento de la distribución; antes de eso lo suyo es simplemente la destinación de los bienes y de las cargas a repartirse entre los componentes; y por lo tanto el derecho versa propiamente sobre el *trato a recibir* en la distribución: el individuo tiene el derecho a ser tratado como corresponde a su condición de destinatario de los bienes y de las cargas de la colectividad.¹⁴⁸

No obstante, para que el individuo pueda asumir cargas impuestas por la colectividad ha de reconocerse a sí mismo como beneficiario, miembro y componente de un bien común. Esto es, como parte en la proporción respecto a la finalidad del reparto, el cual es, para el caso de la colectividad, el bien común. Por eso la justicia distributiva atiende a la proporción entre *cosas y personas*, que, dada la *naturaleza de las cosas*, depende diferencialmente de la fórmula “a cada cual lo suyo según su condición, sus capacidades, su aportación a la sociedad y sus necesidades”.¹⁴⁹

La justicia legal

La justicia general o legal es propia de la ordenación al bien común, de tal manera que su igualdad consiste en la adecuación entre lo dispuesto por la norma (natural o positiva) y la conducta del individuo. Se llama legal, precisamente, porque es conducente respecto al fin último del bien común a través de las leyes, pues estas

147 Cf. Aristóteles, *Ética Nicómaco* 1131a 5-9.

148 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 43.

149 *Ibid.*, 44-48. Debido a la *condición* (de miembro), corresponde a cada cual lo que pertenece a su función. En relación a sus *capacidades*, son las cargas y la distribución de las mismas funciones; en cuanto a sus aportes a la comunidad, son la cantidad de réditos debidos; y, por su necesidad, si esta se encuentra en relación con la finalidad de la colectividad y se combina con los restantes criterios.

forman *buenos ciudadanos* y, en lo posible, *buenos hombres*. Sin embargo, lo dicho no obsta para discernir sobre la propia ley, es decir, no es el caso de *fe en la legalidad* de Weber, ya que no es correcto afirmar, como bien aclara Hervada en sus diálogos con Escrivá, que

la justicia general sería propia de moralistas y políticos, mientras lo propio de los juristas sería lo justo particular. Pues bien, yo reacciono contra esta conclusión, por entender que parte de la justicia general pertenece a los juristas ¿Cómo poner en duda que pieza muy importante del oficio de jurista consiste en conocer, interpretar y aplicar las leyes? ¿Acaso la *interpretatio legum* no ha sido función de los juristas desde siempre, como se ve en la *iuris dictio* de los jurisprudentes romanos desde los inicios de Roma?

Hay pues un *justo legal*, que no es la justicia general, sino que consiste en el fiel cumplimiento de las leyes –de las normas jurídicas– por parte de sus destinatarios, correspondiendo a los juristas su interpretación y su aplicación al caso concreto. En otras palabras, entendiendo que la distinción entre justicia general y particular no tiene relevancia *en relación al oficio de jurista*. Para éste no hay más que una justicia: dar a cada uno lo suyo; y esta da lugar a lo justo conmutativo, lo justo distributivo y lo justo legal.¹⁵⁰

En últimas, se trata de lo debido por el hombre a la colectividad, al bien común, precisamente porque su recto cumplimiento es un derecho de la colectividad y una *obligación de justicia*. El sistema de leyes de una sociedad engendra deberes de justicia y, por tal razón, es objeto del arte del Derecho: donde hay ley de la sociedad, hay arte del Derecho.¹⁵¹ Como ya precisaba Aristóteles, lo anterior constituye una virtud perfecta, no sólo porque comprende todas las otras virtudes morales, sino, sobre todo, “porque el que la posee puede hacer uso de la virtud con los otros y no solamente consigo mismo”.¹⁵² Sirviendo, además, a los propósitos de enfrentar el problema de la categoría normativa, ya que

150 Javier Escrivá Ivars, *Relectura de la obra científica de Javier Hervada. Preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada. Parte II: Derecho natural y filosofía del derecho* (Pamplona: Eunsa, 2009), 657.

151 Hervada, *Coloquios Propedéuticos*, 52.

152 Aristóteles, *Ética Nicómaco* 1129b 32.

•La justicia y el Derecho•

son dos las funciones que guardan la determinación de categorías normativas para los sistemas jurídicos: i. sistematizar un orden de prevalencia en la aplicación de cada uno de los tipos de categoría normativa, situación que afecta su espectro de validez jurídica; ii una legitimación, por vía axiológica, para la concreción de los principios y valores en la aplicación de normas jurídicas a casos particulares.¹⁵³

.....
153 Jairo Becerra, ed., *Fundamentación y aplicabilidad de la justicia transicional en Colombia*. Colección Jus Público N 10 (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016), 57.

LA PERSONA HUMANA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO

Desde el inicio mismo de esta *Introducción al Derecho* se ha repetido que la Ciencia Jurídica, desde el punto de vista realista, se genera en la perspectiva del jurista. De hecho, la Ciencia Jurídica no consiste en dar a cada uno lo suyo, pues la ciencia es un saber, un conocer, sin embargo, saber dar a cada uno lo suyo, saber determinar y discernir lo que a cada uno pertenece, es lo que le compete al jurista. Tratar de dar a cada uno su derecho, desde esa perspectiva, consiste en saber lo que es de cada uno, discernir y determinar lo suyo de cada uno, lo que aparece como debido al otro, o sea, de quien es derecho: *ius dicere* o *iuris dictio*.

No obstante, como se señaló anteriormente, “decir el derecho” supone la realidad inexcusable de que el Derecho, no la ley positiva, existe. Y existe en razón del fundamento de toda juridicidad en la que se funda que, respecto a una persona —en su condición de ser humano—, un bien pueda ser suyo. O sea que la deuda se funda, en última instancia, en el *estatuto ontológico de la persona humana*. Pero ¿en qué consiste exactamente dicho estatuto? Y, ¿cuáles son las notas definitivas que le comprometen para el desempeño del arte del jurista? Las respuestas a estas cuestiones, por paradójico que parezca, no se encuentran en la Ciencia Jurídica, sino más bien en la Filosofía del Derecho y en la metafísica, pues, como ha dicho Hervada, la “ciencia jurídica y la filosofía del derecho, siendo diferentes, se

comunican naturalmente; la filosofía del derecho proporciona los criterios básicos sin los cuales no se puede comprender científicamente la realidad jurídica”.¹⁵⁴

En ese sentido, la aproximación ontológica provee a la Ciencia Jurídica de la respuesta a la cuestión *¿por qué hay Derecho?*, una pregunta que es anterior incluso al interrogante con el que inició este estudio: *¿qué es el Derecho?* Dicha cuestión se ha dejado para el final de esta primera parte de la *Introducción*, porque involucra varios de los distintos elementos del espectro jurídico que se vieron en los capítulos previos. Al tiempo, rebasa la perspectiva epistemológica con la que se ha definido la Ciencia Jurídica –en tanto que ciencia– como un conocimiento práctico que indaga en la realidad por lo *debido* o lo *justo* en las relaciones humanas,¹⁵⁵ ya que la reflexión sobre la naturaleza de la persona se sitúa por encima del *mundo de los objetos*.

Pretender la salida del *mundo de los objetos* implica tomar como partida la consideración del mundo de los fines, de inspiración aristotélica, porque “hablar de persona, es hablar del hombre en cuanto portador de una eminencia especial que comporta exigencias y, en este sentido, el estudio del hombre en cuanto persona siempre tendrá una connotación jurídica y moral”.¹⁵⁶ En efecto, todo acto humano es de naturaleza moral, o sea, un acto propio del hombre que expresa y pone de manifiesto su peculiar dignidad que, como se verá más adelante, supone el ejercicio de la libertad. Como aclara Hoyos, “predicar del ser personal la dignidad es también referirla a la naturaleza, porque no existe dignidad sin persona ni persona sin naturaleza”.¹⁵⁷

En ese orden de ideas, hay que indagar por la fuente de todo deber-ser, por la realidad natural que comporta en sí misma la debitoriedad o debitud. De ahí que resulte primaria la reflexión ontológica sobre el concepto de persona, el cual alude a una realidad que no se reduce a sus expresiones fenoménicas o psicológicas, sino que consiste propiamente, y como dice el Aquinate: en el *subsistens in rationali natura* o *subsistens distinctum in natura intellectuali*. Con razón,

154 Escrivá Ivars, *Relectura de la obra científica de Javier Hervada*, 707.

155 Cf. Mora Restrepo, “Estatuto epistemológico del conocimiento jurídico”.

156 Escrivá Ivars, *Relectura de la obra científica de Javier Hervada*, 707. (Comentario de Hervada).

157 Hoyos, “La dignidad humana”, 90.

subyace a la relación que hay entre el concepto filosófico u ontológico y el concepto jurídico de persona, de acuerdo a Hervada, el que

*ser sujeto del mundo jurídico, titular de derechos y de obligaciones, es consecuencia directa del hecho de ser persona en sentido filosófico, esto es, sustancia de naturaleza racional, que, por ende, es irreductible a mera parte del Universo y no tiene a la fatalidad física como causa única o principal de sus actos. Poner de relieve esta relación no significa confundir los ámbitos de la filosofía y la ciencia del derecho, como algunos podrían alegar. Simplemente asegura la saludable comunicación entre dos disciplinas mutuamente relacionadas y salvaguarda a la ciencia del derecho del peligro de convertirse en conceptualización y formalización de arbitrariedades.*¹⁵⁸

Sin embargo, la comunicación a la que invita Hervada no desconoce la conceptualización de la persona como categoría jurídica, de eso no se trata la perspectiva realista, sino que busca ubicarla en sus precisos lindes. Estos no son los del estudio de la persona en cuanto sujeto de derecho, desde la ciencia del jurista, cuestión que de momento no viene al caso tratar aquí, puesto que de lo que ahora se trata es de ubicar el nivel primario y fundamental del ser persona en sentido ontológico. La estructura íntima del ser humano posee una cierta condición o dimensión en virtud de la cual es centro del orden jurídico, lo cual no se debe confundir con su mera hominidad, es decir, su ser humano, su pertenencia a una especie biológica.

La “naturalización” de la noción de persona

Partiendo de la premisa de que la noción filosófica de persona se define como sustancia individual de naturaleza racional, esto es, como sustrato óntico que caracteriza y diferencia la entidad humana de las restantes entidades no-humanas, cabe aclarar que “lo humano” que interesa a la Filosofía del Derecho es esa dimensión en virtud de la cual ser persona es el centro de la juridicidad.

Por lo mismo, sugiere Castaño,

como la personeidad (sic) no se reduce a un mero *factum* verificable empíricamente, sino que es constitutivamente natural de un cierto tiempo de entes, ese carácter de persona no se adquiere ni se pierde junto con la capacidad afectiva de ejercer los derechos o de ser responsable de las consecuencias; por el contrario, la personeidad

.....
¹⁵⁸ Escrivá Ivars, *Relectura de la obra científica de Javier Hervada*, 710. (Comentario de Hervada).

se adquiere con la existencia en cuanto subsistente intelectual y se pierde solo con esa misma existencia.¹⁵⁹

Dicho subsistente intelectual, o sea, lo que queda del “hombre” tras despojarlo de todos los accidentes tempo-espaciales, es precisamente lo que le otorga perfección o dignidad frente a los restantes entes temporales. Empero, esta intelectualidad no se refiere a la facultad o al acto, advierte Hervada,

el concepto de persona no ha de confundirse con el de naturaleza, ni con la razón o la voluntad, ni con los actos o productos propios de tales potencias. Para decirlo en términos menos precisos, pero tal vez más asequibles, la persona es el individuo concreto de naturaleza racional, está sujeto a unos determinados accidentes y actúa en unas determinadas coordenadas de espacio y tiempo. No es, en cambio, la naturaleza, el acto ni las circunstancias. Como filósofo del derecho he observado que esta confusión de los conceptos de persona y naturaleza o persona y actos propios de la naturaleza es especialmente notable en dos supuestos. El primero de estos errores radica en que a partir de Descartes ha sido común confundir a la persona con la conciencia del «yo» psicológico. En tanto que esta autoconciencia es un acto psicológico, que tiende a verse prescindiendo de la potencia y la sustancia que lo sustentan, el concepto de persona parece disolverse en el flujo de la autopercepción y la autoconciencia, y por lo tanto se reduce a mera historia y contingencia. Una segunda modalidad de esta confusión, está en identificar a la persona con la conciencia autónoma, y hacer radicar toda la personalidad en el ejercicio de la autonomía o en la capacidad de imputación moral.¹⁶⁰

Tal y como advierte Hervada, una cosa son las potencias y los actos que se encuentran inescindiblemente ligados al carácter histórico, y por ende relativo de la conciencia del sujeto, y otra lo que le permanece, lo que le es siempre constante, el sustrato último y objetivo de su ser persona. Para este

hay un derecho general en el cual se resumen los diversos derechos de toda persona humana: el de ser tratados cabalmente como personas, no en virtud de razones o motivos particulares, sino en función de la dignidad ontológica del ser sustancia del hombre.¹⁶¹

.....
159 Castaño Bedoya, *Introducción a la razón práctica del Derecho*, 73.

160 Escrivá Ivars, *Relectura de la obra científica de Javier Hervada*, 714-715. (Comentario de Hervada).

161 Antonio Millán Puelles, *Teoría del objeto puro* (Madrid: Rialp, 1990), 465-466.

•La persona humana como fundamento del Derecho•

Por ello, confundir la sustancia con el accidente implica naturalizar de modo excesivo la noción de persona, cuando en realidad la persona no se confunde con la naturaleza ni se agota en ella. Realmente es la misma naturaleza racional del hombre la que le confiere su condición de persona, en la conjugación de sus tres elementos naturales: entendimiento, voluntad y libertad. De ahí que el acto humano bueno respeta la exigencia de la realidad (qué es, cómo es) y obra voluntariamente según ese saber. La libertad humana nace de la confluencia del pensamiento reflexivo que conoce y juzga y de la voluntad que desea, quiere y ama espontáneamente el bien.¹⁶²

Obviamente tal naturalización no puede prever la conjunción señalada, pues su énfasis en una consideración factual de lo existente no le permite advertir que, como señala Massini,

lo que sucede es que la noción clásica de naturaleza es una filosófica, producto de una abstracción de tipo metafísico, capaz de obtener una visión de la realidad mucho más intensa que la que puede obtenerse en el nivel de la mera opinión o de las ciencias experimentales.¹⁶³

Al contrario, la perspectiva realista entiende que el acto humano se fundamenta en esa *realidad más intensa*. Con conocimiento de ella, con una observación atenta y respetuosa de la misma, con un deber que se convierte en una exigencia propia afirma su existencia, puede desarrollarse, mejorarse y elevarse.¹⁶⁴ Frente a una naturalización vaciada de sentido, colmada de pulsiones y flujos orgánicos, la racionalidad de la naturaleza humana se plantea como equivalente de su espiritualidad, esto es, de ese “algo” que trasciende la corporeidad. Como destaca Hervada,

en el hombre, el cuerpo y el alma se hallan inseparablemente unidos formando una sola sustancia individual y así hay que decir que la racionalidad –y por ende la condición de persona– se predica de todo el ser humano y no sólo de su alma.¹⁶⁵

162 Faustino Corchuelo Alfaro, “Reflexiones en torno a la educación inspiradas en el pensamiento de Santo Tomás”, *Revista Quaestiones disputatae*, Vol. 1 N 1 (2007): 19-31.

163 Massini, *Filosofía del Derecho*, 79-80.

164 Horta Vásquez y Rodríguez, *Ética general*, 148.

165 Escrivá Ivars, *Relectura de la obra científica de Javier Hervada*, 717.

Aceptar dicha trascendencia implica admitir que el entendimiento se alimenta del conocimiento. Se conoce disponiendo la mente para aprender, luego de lo cual se valora la conveniencia o no de los medios para la acción y por último se elige-actúa.¹⁶⁶ Por eso, el ser personal tiene por primera tarea conocerse, tanto su verdad como la verdad del mundo que le rodea. El fin del hombre ha de ser el descubrirse a sí mismo para llegar a ser verdaderamente libre y es allí en donde tiene cabida el concepto de perfección. La perfección es el derrotero de su más pura esencia metafísica, de manera que esta no es punto de llegada, sino más bien un punto de partida desde donde es posible actuar verdaderamente como persona humana, guiada por las virtudes, esto es, de acuerdo con las exigencias y tendencias de la propia naturaleza (al bien y a la perfección).

Las virtudes propias de la persona humana desde el Derecho

Identificarse como persona, en el sentido más amplio, quiere decir reconocer y reconocerse en el respeto por la integridad y dignidad personal del otro. El ejercicio alteritivo en el reconocimiento de los fines naturales y de la aceptación de los fines libres es la primera forma para captar al ser humano como unidad esencial y operativa, en la relación de la multiplicidad con la unidad y en cuanto al orden del ser que le trasciende. No obstante, no se le impone, porque precisamente a diferencia de las demás criaturas, la calidad de ser sujeto le impele a ser dueño de sí mismo y a elegir libremente los medios para satisfacer las tendencias naturales al bien y a la perfección, desde la razón y la voluntad. Es aquí en donde encuentran su lugar las virtudes intelectuales y las virtudes prácticas.

Para que la persona pueda perfeccionarse debe conocerse a sí misma, esto es, saber lo que ella es. En términos más precisos: saber qué clase de ser es y está llamado a ser y a configurarse, con una recta conformación de la libertad humana. En este contexto tienen lugar las virtudes, las cuales, como se ha dicho en varias oportunidades, deben entenderse aquí desde la configuración del Derecho como un saber práctico, aunque la Ciencia Jurídica consista en un saber respecto a la virtud de la justicia. Como lo señala Victoria-Aguilar:

Los bienes son los fines de la acción y, además, son medios para los fines (Wojtyła, 2005, p. 257). Solo el hombre capta de modo general la esencia del bien y con la

.....
¹⁶⁶ Urbano Ferrer Santos, *Conocer y actuar* (Salamanca: Editorial San Esteban, 1991), 169.

•La persona humana como fundamento del Derecho•

voluntad se vuelve siempre al bien captado de este modo (p. 259). Dicho de otro modo, el bien es el objeto de la voluntad, pero su comprensión y objetivación es, según santo Tomás, tarea de la razón. Estos dos poderes colaboran estrechamente el uno con el otro: la voluntad quiere que la razón conozca, y la razón comprende que la voluntad quiere y qué cosa quiere. Como consecuencia de esta colaboración de la razón con la voluntad, el bien y la verdad se entrelazan recíprocamente: cuando la razón comprende que la voluntad quiere el bien, y cuando comprende que alguna cosa es un bien, entonces el bien se hace objeto de la razón; por otro lado, la verdad es un bien de la razón y, por consiguiente, es también un fin de la voluntad que en un cierto sentido empuja a la razón hacia la verdad. La verdad sobre el bien puede tener un significado especulativo; la razón capta el bien de modo especulativo cuando lo define, revelando de este modo su esencia: es un conocimiento puramente teórico del bien. Pero la razón conoce el bien también de modo práctico, cuando constituye el objeto de la acción (Wojtyła, 2005, p. 257).¹⁶⁷

En cuanto perfeccionan el entendimiento en su capacidad de conocer y descubrir la verdad, las virtudes intelectuales a las cuales apunta la ciencia práctica del Derecho se refieren tanto a virtudes de orden especulativo (la ciencia y la sabiduría), como a virtudes de orden práctico. Especulativo en el sentido de que la Ciencia Jurídica, como toda ciencia, discurre a partir de principios universales o particulares, procurando el perfeccionamiento del raciocinio. Y, en sentido práctico, porque como señala Corchuelo,

las virtudes intelectuales ordenadas ahora a lo práctico, que son el arte y la prudencia, se diferencian entre sí en que la primera será aquella disposición innata o adquirida ordenada más a perfeccionar las habilidades fácticas del ser humano, mientras que la segunda se trata de un saber orientado a cómo obrar responsablemente en una situación concreta.¹⁶⁸

No obstante, el *ars iuris*, el arte del jurisprudente, no se dirige solo a la perfección del entendimiento respecto a las cosas justas, sino, además, al perfeccionamiento de la voluntad, entendida ésta como la facultad que inclina espontáneamente al hombre en la búsqueda del bien universal. Por ello, destaca Hervada, “la naturaleza racional se estima fundamento de los órdenes de la moral y del

167 Victoria-Aguilar, “La persona humana y la búsqueda del bien desde la mirada de Karol Wojtyła”, 110-111.

168 Corchuelo Alfaro, “Reflexiones en torno a la educación inspiradas en el pensamiento de Santo Tomás”, 25.

derecho. [Y] la dimensión de la naturaleza humana en virtud de la cual ésta es causa de debitoriedad jurídica y moral se llama dignidad”.¹⁶⁹

En ese sentido, la dignidad que supone aquel ser que participa tan intensamente del *ser*, que tiene como una de sus características el dominio sobre su propio ser y sobre su entorno no personal, es finalista y está ordenada a unos fines naturales. Estos, para el orden de la voluntad, se perfeccionan con las llamadas virtudes morales, denominadas regularmente virtudes cardinales. Una de ellas, la justicia, regula las operaciones de la voluntad en orden a dar a cada uno lo que le es debido, sobre lo que se le debe dominio, porque es en esa capacidad de dominio, de apropiación, donde se funda el Derecho y, en consecuencia, la justicia respecto a las cosas suyas de la persona, o sea, que son debidas. Por lo tanto, señala Hervada,

la deuda se funda, en última instancia, en el estatuto ontológico de la persona humana; de ahí que la fuerza del derecho es igual e idéntica en todos los hombres. Siendo el fundamento del derecho la ontología de la persona humana, que comporta la capacidad de apropiación, es evidente el hecho que las cosas estén atribuidas, que estén repartidas, es un hecho que nace de la misma constitución ontológica de la persona humana de su ser personal. Otra cosa es que estén mal repartidas; tal desorden no lo origina la personalidad del hombre sino la injusticia.¹⁷⁰

En este último sentido, la potencia por el orden y por la justicia es subyacente al estado de cosas existente en el Derecho, coincidiendo con una característica idéntica para el caso de la Moral, estudiada por Galán, pues

la moral interna del Derecho recoge las acepciones de la moral del deber. La moral básica de la vida social se representa por los deberes que afectan a la comunidad en general, en oposición a aquellos que conciernen a individuos en particular, por ejemplo, no matar, no estafar, etc. Los deberes legales y morales pueden ser el punto de partida para la creación de normas que indiquen la presunción de un comportamiento social que se quiere agregar o evitar. La moral interna del Derecho es la fuente que posibilita el conocimiento de la ley, con la mayor claridad y coherencia posibles; no obstante, medir de manera específica el grado de moral de aspiración puede representar una seria dificultad, por lo que: se debe partir de una presunción ontológica de respeto, hacia la dignidad humana representada a través de la garantía de derechos

169 Escrivá Ivars, *Relectura de la obra científica de Javier Hervada*, 718.

170 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 51.

•La persona humana como fundamento del Derecho•

humanos de cada uno de los miembros, por parte de las constituciones y los tribunales imperantes dentro del sistema jurídico.¹⁷¹

No obstante, para el caso realista, la *dignidad* de la persona no es una presunción, sino que es, como advirtió previamente Hervada, la *dimensión de la naturaleza humana en virtud de la cual ésta es causa de debitoriedad jurídica y moral*. Por esta razón, el estatuto ontológico de la persona humana ha de encontrarse precisamente allí.

Sobre la dignidad de la persona humana

Para el Realismo Jurídico Clásico no hay derecho posible que no sea expresión mediata o inmediata de la dignidad que deriva de la condición de persona. De ahí que todo acto, institución o forma de la juridicidad ha de poner de manifiesto esa peculiar “naturaleza” humana. Pero ¿en qué consiste precisamente dicho concepto? El diccionario de la Real Academia define dignidad como “aquello que constituye, por tanto, una especie de preeminencia, de bondad o de categoría superior, en virtud de la cual algo destaca, se señala o eleva por encima de otros seres, carentes de tan excelso valor”.¹⁷²

Millán Puelles considera que la dignidad de la persona es una redundancia intencionada, cuyo fin es el de realzar esta particularísima realidad.¹⁷³ Por un lado, esa idea de grandeza y de superioridad es un valor que puede entenderse como relativo respecto a las demás criaturas: a mayor perfección en su ser, mayor dignidad. Pero, por otro lado, al ser la dignidad algo predicable de todo sujeto humano, se refiere a algo absoluto, es decir, no dependiente de la comparación con otras especies ni de la valoración subjetiva. Hay algo objetivo que hace eminente –con un alto grado de perfección– a la persona, o sea, al sujeto de naturaleza humana, lo que puede llamarse “dignidad referida al ser” o “dignidad ontológica”.¹⁷⁴ Por eso, aclara Hervada,

171 Astrid Rocío Galán Galindo, “Entre justicia y moralidad: criterios metateóricos en cuanto a la justicia, la moral y el derecho”, *Novum Jus*, Vol. 10, N° 2 (Julio – Diciembre 2016): 110.

172 Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la Lengua Española*, 23° ed (Madrid: RAE, 2014)

173 Antonio Millán Puelles, *La formación de la Personalidad Humana*, 7° ed. (Madrid: Rialp, 1983).

174 Ilva Myriam Hoyos, *De la Dignidad y de los Derechos Humanos* (Bogotá: Temis, 2005), 96-97.

el hombre es digno absolutamente, pero por participación. Por lo tanto, la dignidad no configura al ser humano como un ser desvinculado, con derechos ilimitados y deberes autónomamente surgidos (ser su propia ley, conciencia autónoma sin reglas objetivas), sino como un ser que, al tener su dignidad por participación, está naturalmente reglado por normas inherentes a su ser, que son recibidas, como recibido es su ser y su dignidad. Al mismo tiempo, los derechos, siendo inherentes a su ser, son derechos limitados y condicionados por su mismo ser, por su naturaleza, que tiene una ordenación a la relación con los demás (dimensión social) y a unos fines naturales.¹⁷⁵

La ordenación a la que se refiere Hervada supone el ejercicio de las inclinaciones a la perfectibilidad y al bien para la realización de los fines naturales humanos en clave moral, que siguen al conjunto de *inclinaciones naturales del hombre en cuanto persona*. Se pueden sintetizar, sin enumerarlas por orden de importancia (pues esto es objeto de ponderación, en cada caso, por el jurisprudente), de la siguiente manera:

a) inclinación a la conservación del ser, también llamada instinto de conservación. De ella deducimos que la integridad física y moral del hombre sean derecho [...] b) la inclinación al matrimonio [...] De ella se derivan los preceptos fundamentales que rigen la institución matrimonial y la familiar, los derechos relativos a ella [...] c) la inclinación a la relación con Dios o religiosidad, que da lugar al derecho de libertad religiosa [...] d) la tendencia al trabajo [...] de cuyo derecho se deducen los derechos fundamentales sobre el salario, las relaciones entre trabajo y capital, etc., e) la inclinación a la sociedad política y a las varias formas de asociación, cuyo conocimiento nos lleva a las cuestiones sobre las formas de gobierno, la legitimidad del poder, el derecho de asociación y otras muchas cosas. F) la tendencia a la comunicación, de cuya finalidad se desprende el deber de veracidad, el derecho de buena fama, etc. G) por último, la inclinación al conocimiento y a las diversas formas de cultura y arte, de donde se desprende el derecho de educarse, la libertad de enseñanza y otros derechos y deberes.¹⁷⁶

No se discute aquí el alcance normativo de dichas inclinaciones, ni la forma en que ellas se expresan en proposiciones deónticas o de ley natural, baste retener por el momento que la dignidad de la *persona humana* es absoluta e inherente a su propia naturaleza, que no se define por lo que está en acto, sino por las potencias y sus fines en relación a dichas *inclinaciones naturales*. Lo que implica

175 Javier Hervada, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho* (Pamplona: EUNSA, 1993), 450.

176 Hervada, *Lecciones de Filosofía del Derecho* 104-105.

•La persona humana como fundamento del Derecho•

que la capacidad para asignar y ser sujeto de atribuciones jurídicas (positivas), a través de actos libres y voluntarios, no es absoluta, ya que esta capacidad no es creada por el hombre, sino que supone algo recibido o participado de la atribución natural.¹⁷⁷

En ese orden de ideas, al ser persona, al hombre digno, le compromete sólo una participación del absoluto que es sólo atribuible al Ser Subsistente. Realmente el hombre participa del ser de Dios y, por tanto, sólo es persona de manera finita y limitada con respecto a Él, que se identifica con la plenitud personal. Por ello, como destaca José Chávez-Fernández,

esta finitud hace que el hombre dependa ontológicamente de Dios tanto en su ser como en su dominio personal. Dios no sólo lo crea sino que lo mantiene en la existencia. Así el hombre depende en su vida y en su conducta moral de una ley superior que es natural, en el sentido de que forma parte de su naturaleza humana, pero que tiene su origen en Dios creador. Esta ley es expresión de la intrínseca condición de criatura de la persona humana que está ordenada a su propio fin y realización personal. Por esta razón, la dignidad humana tiene que ver con los fines esenciales a los cuales tiende naturalmente toda persona. Éstos son principios operativos en torno a los que se conforman los derechos y los deberes inherentes a la dignidad humana. Sin embargo, el ser humano no tiene dignidad sólo en razón de la consecución de sus fines: la operación sigue al ser y el principio de operación es constitutivo intrínseco del ser, pero no es todo el ser, ni lo es en su más profunda radicalidad: como hemos visto, la persona es eminente por sí misma, no obstante la pauperización moral a la que pueda llegar [...] Intentando una síntesis podríamos decir que por los aspectos relativos a la dignidad, por un lado, el ser humano tiene más valor que las demás criaturas y, por otro, puede ser más o menos digno —moralmente hablando— dependiendo de la consecución de los fines propios de su naturaleza. Pero en definitiva, para la fundamentación del Derecho hervadiana tiene importancia directa el aspecto absoluto de la dignidad humana. Esta hace referencia a que su riqueza ontológica —dignidad ontológica— no es meramente comparativa con la de las demás criaturas, sino que posee un valor por sí mismo, incluso independiente de toda valoración subjetiva. Pero sobre todo esta dignidad que se expresa en un dominio ontológico es verdaderamente absoluta, en tanto que es una dignidad participada por el Absoluto.¹⁷⁸

177 Hoyos, "Las Causas del Derecho", 41.

178 José Chávez-Fernández, "La condición de persona como fundamento del derecho en la iusfilosofía de Javier Hervada". *Dikaión* (2010). Disponible en <http://dikaioun.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1776/2390>

El sustrato moral resulta evidente en cuanto la dignidad humana no expresa una entidad neutra, sino un valor objetivo de acuerdo con el cual al ser del Derecho le son inherentes unos deberes, lo que implica la negación de la separación conceptual “entre derecho y moral en relación con la labor del jurista”. La razón es clara, la persona humana no puede ser el fundamento ontológico acabado, final y último del Derecho, porque ella no se trasciende a sí misma. Al contrario, su dignidad le viene dada porque toda autonomía, debitud y normatividad absoluta sólo es atribuible a quien es Ser Subsistente: Dios. Por lo mismo, en su análisis de Wojtyla, Victoria-Aguilar destaca que

la persona humana, que es el ser más perfecto en el mundo visible, tiene también el valor más alto. El valor de la persona es, a su vez, la base de la norma que debe gobernar las acciones que tienen a la persona como objeto (Wojtyla. Amor y responsabilidad. Madrid: Palabra. 2009, p. 143). Por todo lo anteriormente expuesto, una de las primeras conclusiones es entender que el pensamiento wojtyliano enfatiza en que la persona está dotada de una naturaleza racional y libre, y a la que se le ha conferido el poder de asignarse ella misma los fines de su acción; ello tiene como consecuencia la imposibilidad de reducirla y utilizarla como instrumento para fines de otros. El hombre no puede ser un medio de acción, porque él es una expresión del orden moral natural y usarla sería contrario a su naturaleza. El personalismo tomista sostiene que el bien individual de la persona debe estar, por naturaleza, subordinado al bien común al que tiende la colectividad, la sociedad; pero esta subordinación no puede, en ningún caso, degradar y anular a la persona. El verdadero bien común no amenaza nunca al verdadero bien de la persona (Wojtyla, K. Mi visión del hombre, 5.ª ed. Madrid: Palabra. 2005, p. 318).¹⁷⁹

Resumiendo, a juicio de Hervada: 1) el concepto jurídico de persona se deriva o es una dimensión del concepto ontológico de persona, por lo tanto, quienes son personas en sentido ontológico lo son en sentido jurídico; 2) todos los hombres son personas en sentido ontológico; 3) en consecuencia, todos los hombres son personas en sentido jurídico,

el *quid* de la cuestión reside en que, si toda realidad procede de Dios, es preciso comprender en qué sentido la realidad jurídica tiene un fundamento último divino y en qué medida el Derecho natural y el Derecho positivo pueden decirse que derivan de Dios.¹⁸⁰

179 Victoria-Aguilar, “La persona humana y la búsqueda del bien desde la mirada de Karol Wojtyla”, 112.

180 Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 584.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis, Ernesto Garzón Valdés y Jyrki Vusitalo, comps. *La Normatividad del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- Agudelo Giraldo, Óscar Alexis, Jorge Enrique León Molina, Manuel Asdrúbal Prieto Salas y Yojana Reyes Alfonso. *Lógica Aplicada al Razonamiento del Derecho*, 2ª ed. Colección Jus Filosofía N. 3. Bogotá: Universidad Católica de Colombia 2017.
- Alexy, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducido por E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- Alexy, Robert. *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Altarejos, Francisco y Naval, Concepción. *Filosofía de la Educación*. Pamplona: EUNSA., 2000.
- Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Madrid: Gredos, 1985.
- Aristóteles. *Metafísica*. Madrid: Gredos, 1985.
- Aristóteles. *Política*. Madrid: Gredos, 1985.
- Aristóteles. *Retórica*. Madrid: Gredos, 1985.
- Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined: And, The Uses of the Study of Jurisprudence*. Nueva York: The Noonday Press, 1954.
- Becerra, Jairo, ed. *Fundamentación y aplicabilidad de la justicia transicional en Colombia*. Colección Jus Público N 10. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.

- Benedict, Ruth. "Anthropology and abnormal", en *The Philosophy of Society*, editado por Rodger Behler y Alan R Dregson (Londres: Methuen, 1978), 286- 309.
- Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis, 1997.
- Bolívar Sánchez, Carlos Javier. "Xavier Zubiri y el fundamento reista del derecho". Tesis de pregrado. Universidad Católica de Colombia. 2016. En: <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13913/4/Xavier%20Subiri%20y%20el%20fundamento%20re%C3%ADsta%20del%20derecho.pdf>
- Bonorio, Pablo. *Filosofía del Derecho y Decisión Judicial. Plan Anual de Formación y Capacitación de la Rama Judicial*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2011.
- Bonorio, Pablo y Jairo Peña Ayazo. *Filosofía del Derecho*. 2ª ed. Plan Anual de Formación y Capacitación de la Rama Judicial. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.
- Cárdenas Sierra, Carlos Alberto. "El 'Personismo' Tomista. Contraste con una alternativa musulmana". *Revista Análisis* No 65-66 (Enero-diciembre de 2001).
- Cárdenas Sierra, Carlos Alberto y Edgar Antonio Guarín Ramírez. *Filosofía y Teoría del Derecho. Tomás de Aquino en Diálogo con Kelsen, Hart, Dworkin y Kaufmann*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2006.
- Cardona, Carlos. *Metafísica de la Opción Intelectual*. Madrid: Rialp, 1973.
- Carnelutti, Francesco. *Cómo Nace el Derecho*. Bogotá: Temis, 2000.
- Castaño Bedoya, Alejandro. *Introducción a la Razón Práctica del Derecho. Una perspectiva del iusnaturalismo renovado*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2013.
- Castro-Ayala, José Guillermo. *Derecho privado en contexto: praxis, historia y constitucionalización*. Colección Jus Privado 3. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017.
- Corchuelo Alfaro, Faustino. "Reflexiones en torno a la educación inspiradas en el pensamiento de Santo Tomás". *Revista Quaestiones disputatae*, Vol. 1, N 1 (2007): 19-31.
- Corredor, E. Ariel. *Realismo jurídico y eutanasia. Comentarios al dilema iusteórico de la reglamentación de la muerte digna en Colombia*. Serie Estudios de Derecho 1. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2009.
- Cueto-Rua, Julio. *Fuentes del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.
- Chávez-Fernández, José. "La condición de persona como fundamento del derecho en la iusfilosofía de Javier Hervada". *Dikaion*. (2010). Disponible en <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1776/2390>
- Chávez-Fernández, José. "Persona humana y cosa justa natural en el diálogo multicultural". En: Herrera, Daniel (comp.), *II Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Ley natural y multiculturalismo*. Buenos Aires: Educa, 2008.
- De Aquino, Tomás. *Summa Teológica*. Porrúa, México, Núm. 301 (1-V). Edición crítica leonina. BAC, Madrid: 1954. 16 t. Tr. Francisco Barbado Viejo, O.P.

•Bibliografía•

- De Aquino, Tomás. *Summa contra gentiles*. México: Porrúa, Núm. 317.
- De Giorgi, Raffaele. *Ciencia del Derecho y Legitimación*. México D.F.: Universidad Iberoamericana, 1998.
- Del Vecchio, Giorgio. *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1964.
- Escrivá Ivars, Javier. *Relectura de la obra científica de Javier Hervada. Preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada. Parte II: Derecho natural y filosofía del derecho*. Pamplona: Eunsa, 2009.
- Ferrer Santos, Urbano. *Conocer y actuar*. Salamanca: Editorial San Esteban, 1991.
- Finnis, John. *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- Fonseca Ramos, Marco. “Las Fuentes Formales del Derecho Colombiano a partir de la Nueva Constitución”, *Revista de Derecho Universidad del Norte*, N°. 1 (1992): 32-45.
- Galán Galindo, Astrid Rocío. “Entre justicia y moralidad: criterios metateóricos en cuanto a la justicia, la moral y el derecho”. *Novum Jus*, Vol.10, N° 2 (Julio - Diciembre 2016): 103-118.
- García del Corral, Ildefonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Vol. 1. Barcelona: Lex Nova, 1989.
- García-Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Porrúa, 1980.
- García-Máynez, Eduardo. *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*. México D.F.: Fontanamara, 2002.
- González Jácome, Jorge. “El Problema de las Fuentes del Derecho: Una perspectiva desde la argumentación jurídica”. *Revista Universitas*. No. 112 (julio-diciembre, 2006): 265-293.
- Geny, Francisco. *Métodos de Interpretación y Fuentes del derecho Privado Positivo*. Granada: Comares, 2016.
- Hart, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Traducido por G. R. Carrió. México: Editora Nacional, 1980.
- Hernández Díaz, Carlos Arturo. “La Costumbre como Fuente del Derecho”. *Revista Criterio Jurídico Garantista*. Año 2 - No. 2 (Enero - Junio de 2010): 142-152.
- Herrera, Daniel Alejandro. Participación y analogía en la fundamentación del derecho según Santo Tomás de Aquino. Ponencia presentada en el “Seminario Internacional de Investigación de Filosofía del Derecho y Ética”, 8 al 10 de Septiembre de 2010, en Universidad de Federal do Rio Grande, Brasil. http://www.sta.org.ar/xxviii/files/Miercoles/Herrera_03.pdf
- Hervada, Javier. “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”. *Revista Persona y Derecho*, N. 18 (1998): 5-93, <http://hdl.handle.net/10171/12655>.
- Hervada, Javier. *Coloquios Propedéuticos sobre el Derecho Canónico*. Pamplona: Universidad de Navarra, 2002.
- Hervada, Javier. *Cuatro Lecciones de Derecho Natural*. Pamplona: Eunsa, 1989.

- Hervada, Javier. “Los Derechos Inherentes a la Dignidad de la Persona Humana”. *“Humana Iura”*, Vol. 1 (1991): 345 ss.
- Hervada, Javier. “Inmanencia y Trascendencia”. En *Actas de las XXV reuniones filosóficas de la Universidad de Navarra. El hombre: inmanencia y trascendencia*, editado por Rafael Alvira Domínguez. Volumen 1. Pamplona: Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, 1991.
- Hervada, Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. Bogotá: Temis-Universidad de la Sabana, 2000.
- Hervada, Javier. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. 3ª ed. Pamplona: Eunsa, 1991.
- Hervada, Javier. *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Pamplona: Eunsa, 1993.
- Hervada, Javier. “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”. En: *Escritos de Derecho Natural*, 2 ed. Pamplona: Eunsa, 1993.
- Hervada, Javier. *¿Qué es el Derecho? La Moderna Respuesta del Realismo Jurídico*. Bogotá, Temis, 2005.
- Horta Vásquez, Edwin de Jesús y Víctor Rodríguez. *Ética general*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2010.
- Hoyos, Ilva Myriam. “Las Causas del Derecho. Estudio desde una consideración realista”. *Revista Dikaion*, Vol. 2 (1988): 20-45.
- Hoyos, Ilva Myriam. “La dignidad humana”. En *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, editado por Pedro Rivas, 96-97. Lima: Ara Ed., 2002.
- Hoyos, Ilva Myriam. *De la Dignidad y de los Derechos Humanos*. Bogotá: Temis, 2005.
- Hoyos, Ilva Myriam. “Entre la naturaleza y la dignidad: reflexiones sobre el fundamento de los derechos humanos”. *Pensamiento y Cultura*, Vol. 1 N° 1 (1998).
- Hoyos, Ilva Myriam. “Sobre el realismo jurídico clásico. Estudio Preliminar”. En *¿Qué es el Derecho? La Moderna Respuesta del Realismo Jurídico*, de Javier Hervada, 7-24. Bogotá: Temis, 2005.
- Hoyos, Ilva Myriam. “De nuevo sobre el concepto de persona: el reto ante el debate bioético y biojurídico actual”. *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. No 41 (1999): 319-336.
- Kelsen, Hans. “Justicia y Derecho Natural”. En *Crítica del Derecho Natural*, de Hans Kelsen, Bobbio, Perelman, Passerin, D’Entreves, De Jouvenel, Prelot y Eisenmann, 100-150. Madrid: Taurus, 1966.
- Kelsen, Hans. *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* México: Fontanamara, 1992.
- Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* México: Fontanamara, 1996.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Versión 1960. México: Porrúa, 1997.

•Bibliografía•

- Laporta, Francisco Javier. “Ética y Derecho en el Pensamiento Contemporáneo”, en *Historia de la Ética*, Vol. III. Compilado por Victoria Camps, 221-295. Madrid: Crítica, 1990.
- La Torre, Massimo. *Derecho, Poder y Dominio*. México: Fontanamara, 1998.
- La Torre, Massimo. “El Derecho y la Teoría del Derecho”, en *Tendencias Actuales del Derecho*, compilado por José Luis Soberanes, páginas. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México - Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Latorre, Ángel. *Introducción al Derecho*. Barcelona: Ariel, 2000.
- López, Diego. *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004.
- Martínez Roldán, Luis. *Curso de Teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1999.
- Massini, Carlos Ignacio. *Derecho y Ley según Kalinowski*. Buenos Aires: Idearium-Abeledo Perrot, 1987.
- Massini, Carlos Ignacio. “Entre Reductivismo y Analogía. Sobre el punto de partida de la filosofía del derecho”. *Revista Persona y Derecho*, Vol. 67 (2012): 353-385.
- Massini, Carlos Ignacio. *Filosofía del Derecho. El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*. Tomo I, 2ª edición. Mendoza, Argentina: Lexis Nexis, 1984.
- Massini, Carlos Ignacio. *Sobre el Realismo Jurídico. El concepto de derecho, su fundamento y concreción judicial*. Buenos Aires: Lexis Nexis- Abeledo Perrot, 1995.
- Millán Puelles, Antonio. *La Formación de la Personalidad Humana*, 7ª ed. Madrid: Rialp, 1989.
- Millán Puelles, Antonio. *Teoría del objeto puro*. Madrid: Rialp, 1990.
- Mora Restrepo, Gabriel. “Estatuto epistemológico del conocimiento jurídico”. *Revista Dikaion*, N. 9 (2000): 21-36 <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/295/438>.
- Nakhnikian, George. *El Derecho y las Teorías Éticas Contemporáneas*. México: Fontanamara, 1998.
- Nino, Carlos. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.
- Pérez Perdomo, Rogelio y Julia Rodríguez Torres, comps. *La Formación Jurídica en América Latina. Tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Prieto Salas, Manuel Asdrúbal, Oscar Alexis Agudelo Giraldo y Jorge Enrique León Molina. *Teoría Jurídica y enseñanza del Derecho*. Colección Jus Filosofía. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.
- Rodríguez, Cesar. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin. Estudio preliminar*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.
- Rojas González, Gregorio. *De la Justicia a los Derechos Fundamentales. Una lectura desde el realismo jurídico clásico*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia- Temis, 2012.

- Rojas González, Gregorio. “Educar en filosofía para saber estar en la realidad jurídica”. *Novum Jus*, Vol. 10, N° 1 (Enero - Junio 2016): 11-29.
- Romero Infante, Jeisson. “La Prueba Judicial: Una aproximación realista”. *Novum jus*, Vol. 11, N° 2 (Julio - Diciembre 2017): pp. 53-80.
- Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997.
- Ross, Alf. *Teoría de las Fuentes del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 1999.
- Savigny, Federico Carlos Von. *Las Fuentes Jurídicas y la Interpretación de la Ley. Los fundamentos de la ciencia jurídica*. Bogotá: Leyer, 2005.
- Serrano Villafaña, Emilio. “Fundamentación Metafísica del Derecho en el Realismo Filosófico”. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N. 9, (1982): 127-146.
- Squella, Agustín. “Algunas concepciones de la justicia”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010): 175-216.
- Universidad Católica de Colombia –UCC–. “Características que Identifican la Particularidad del Programa de Derecho de la Universidad Católica de Colombia”. *Philosophica Juris*, N. 1. (2003): 5-29.
- Universidad Católica de Colombia –UCC–. *Philosophica Iuris*, Facultad de Derecho, N° 1. (2003).
- Victoria-Aguilar, María José de Fátima. “La persona humana y la búsqueda del bien desde la mirada de Karol Wojtyła”. En *Filosofía y personalismo en un mundo en crisis, t. II.*, compilado por Édgar Javier Garzón-Pascagaza, 107-117. Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia, 2017.
- Vigo, Rodolfo L. *El Iusnaturalismo Actual. De M. Villey a J. Finnis*. México D.F.: BFP., 2007.
- Walter, Robert. *La Doctrina del Derecho de Hans Kelsen*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Wojtyła, Karol. *Mi visión del hombre*. Madrid: Palabra, 2005.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia en junio de 2018, impreso en papel propalibros de 75 g., en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

4

La obra tiene como propósito aportar a los estudiantes de las materias “Introducción al Derecho”, “Filosofía del Derecho” y “Teoría Jurídica”, desde la opción por el Realismo Jurídico Clásico –como escuela de pensamiento adscrita al sistema de pensamiento adscrita al sistema de pensamiento denominado Realismo Ontológico–, aquellas reflexiones de clase y de la escuela de maestros sobre temas que se han considerado propios del estatus epistemológico de la ciencia de la jurídica, de conformidad con la realidad entendida como la adecuación entre el pensamiento y el objeto de estudio. Para este caso en particular su objeto formal sería lo justo, partiendo del estudio de la conducta del hombre como su objeto material y la norma como regla y medida del Derecho o su instrumento, lo cual da como resultado un análisis crítico al sistema idealista que postula que el Derecho es solo Derecho Positivo, sin desconocer la importancia que reviste en tanto que su contenido sea justo
y no desconozca la naturaleza humana.

