

METAMORFÓSIS DEL DERECHO¹

LUIS FERNANDO DUQUE GARCÍA*



LAW METAMORPHOSIS

RESUMEN

La teoría del derecho enfrenta varias realidades en relación con la existencia del derecho de manera autónoma o a través de procesos de coexistencia con el ser humano. De allí que se involucren diferentes corrientes como el iusnaturalismo, el neoinstitucionalismo, el positivismo, el realismo jurídico, entre otras, que le dan una ubicación al derecho en relación con el hombre.

La metamorfosis del derecho, presentada en estas líneas, pretende eliminar el enfrentamiento entre diferentes corrientes del derecho para considerarlas etapas de evolución del derecho.

PALABRAS CLAVE: Teoría del derecho; Evolución del derecho; Metamorfosis del derecho; Neoinstitucionalismo; Iusnaturalismo; Positivismo; Realismo jurídico.

1 Según lo define el *Diccionario de la Real Academia Española*, la metamorfosis es: “(Del lat. *metamorphōsis*, y este del gr. μεταμόρφωσις, transformación). **1.** f. Transformación de algo en otra cosa. // **2.** f. Mudanza que hace alguien o algo de un estado a otro, como de la avaricia a la liberalidad o de la pobreza a la riqueza. // **3.** f. *Zool.* Cambio que experimentan muchos animales durante su desarrollo, y que se manifiesta no solo en la variación de forma, sino también en las funciones y en el género de vida”, en [<http://buscon.rae.es/drae/>].

* Senador de la República de Colombia. Economista Industrial de la Universidad de Medellín (Colombia), Especialista Superior en Integración Andina de la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador), Diploma en Alta Gerencia de la Universidad de los Andes. Estudiante regular de cursos válidos para el Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, e-mail [luduque09@gmail.com].

ABSTRACT

Legal theory faces several realities regarding the existence of law autonomously processes or through coexistence with humans. Hence, different trends such as natural law, neo-institutionalism, positivism, legal realism involved, among others, that give a location to the right in relation to man. The metamorphosis of the law presented in these lines, intended to eliminate the confrontation between various currents of the right to consider stages of evolution of the law.

KEYWORDS: Theory of law; Evolution of the right; Law Metamorphosis; Neoinstitutionalism; Natural law; Positivism; Legal Realism.

Fecha de presentación: 7 de junio de 2016. Revisión: 14 de junio de 2016. Fecha de aceptación: 17 de junio de 2016.



I. ETAPA DEL EMBRIÓN²



Lo veo, lo veo allí, en ese receptáculo, cóncavo para ser protegido, así es, allí está el embrión, símbolo de vida, al cual llamaremos “derecho” y del cual nos interrogaremos constantemente a lo largo de este diálogo. Lo primero, será determinar: ¿A qué se debe la existencia de ese embrión? ¿Quién lo creó? Frente a estas preguntas, solo una respuesta: Dios, a quien vemos acercarse frecuentemente al embrión, avisando si da señales de vida, lo cual demuestra que existe algún interés por parte de éste para con su creación: *el hombre*, y de esta manera,

2 Según lo define la Real Academia Española, el embrión es: “Del gr. ἔμβρυον émbryon. // 1. m. Ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie. // 2. m. En la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo. // 3. m. En las plantas fanerógamas, esbozo de la futura planta, contenido en la semilla. // 4. m. Principio no desarrollado de algo”, en [<http://buscon.rae.es/drae/>].

considerar su subsistencia a través de una herramienta: *el derecho*. Ese interés entonces se muta en correlativo; entender que el hombre al proteger el derecho se está protegiendo a sí mismo. Es así como el iusnaturalismo se enmarca en esta etapa de evolución al considerar que todas las reglas jurídicas que sean necesarias para proteger al embrión serán justas, precisamente, porque de ellas dependerá la existencia del derecho, y por ende, del ser humano, quien a su vez, lo hará del mandato divino.

En el iusnaturalismo, como etapa del derecho, denominada en este escrito “del embrión”, sabemos que hay vida, hay vida jurídica, pero una vida cuya proyección es limitada, puesto que solo tiene como soporte la existencia y la permanencia del ser humano, haciendo que el derecho se torne en rígido e inflexible, y por ende, limitando el conocimiento de su evolución en manos del hombre, su crecimiento y la forma que pueda adoptar. No obstante, lo básico y esencial para el iusnaturalismo: la existencia y sobrevivencia del hombre se constituye en su misma prisión evolutiva, por lo cual le corresponderá al ser humano amoldar el derecho a su favor, para liberarse del iusnaturalismo, ya no en pro de su existencia, sino de su desarrollo. Así las cosas, la evolución del hombre es también la evolución del derecho.

Si hay una manera de entender la etapa embrionaria del derecho, es a través del iusnaturalismo, en donde parece confundirse el derecho con la existencia humana, antecediendo este postulado a cualquier reconocimiento que se pudiera hacer frente a las normas creadas por el mismo hombre. Y es que este señalamiento nace de la misma naturaleza del ser humano, frente al riesgo de su no existencia, a lo cual, busca protección, amparo y resguardo en un poder que otorgue seguridad para sí y su entorno, poder que desde luego, debe contar con un elemento coercitivo como el que tiene por esencia el derecho.

Por lo anterior, el espacio ideal para la existencia humana no podía ser mejor que el del iusnaturalismo, puesto que es una corriente amoldada, acoplada y diseñada para proteger al ser humano de su entorno, el cual le era por lo general desconocido, llevando a que solo creyera en sí mismo y, por ende, en sus reglas naturales de existencia. Así, la evolución del derecho nace del mismo desconocimiento del entorno, aferrándose aún más esta corriente a criterios meta-jurídi-

cos enmarcados en la creación humana bajo conceptos de leyes divinas. De tal suerte que en la metamorfosis del derecho, de que trata el presente escrito, se encuentren escenarios en donde el concepto de delito se equiparaba al del pecado, en una hermandad que hoy se diferencia claramente entre el Estado y la iglesia, situación que permite advertir de manera anticipada otras etapas del derecho en donde la esencia deja de ser la existencia del ser humano para convertirse en el desarrollo del mismo, complementado con los deberes de éste frente a su entorno económico, social y político bajo parámetros de lo que es y no es propiamente justo.

Desde este punto y conforme a la explicación de la evolución del derecho, se empieza a vislumbra a “la justicia” como un elemento que en el iusnaturalismo se evidencia como el eclipse, con más luz en la naturaleza y con más sombra en la ley. De allí que sea importante recordar a NORBERTO BOBBIO, al señalar:

La corriente del derecho natural se podría definir como el pensamiento jurídico que concibe que la ley, para que sea tal, debe ser conforme a la justicia [...] Podríamos reconocer como derecho únicamente el que es justo a condición de que la justicia fuera una verdad evidente o, por lo menos, demostrable como una verdad matemática, y que, por tanto, ningún hombre pueda tener dudas sobre lo que es justo o injusto. Esta realidad ha sido siempre la pretensión del iusnaturalismo en sus diversas fases históricas³.

Esta corriente permite recordar el castigo del padre al hijo cuando dice: “- Hijo, te has portado mal y espero que entiendas que este castigo que te impongo lo hago por tu bien”. Aquí claramente se evidencia que lo sentenciado va a estar determinado por un ideal de justicia, en el cual el iusnaturalismo, a través del niño respondería: “- Lo sé padre y así debe ser”, aceptando la medida dado que era por su bienestar.

Este ejemplo es pertinente para resaltar que el enfoque del derecho natural se desarrolla con mayor esencia en derechos como el de la vida, la salud, la libertad, la dignidad humana, puesto que están íntimamente ligados a la existencia del hombre.

JOHN MITCHELL FINNIS señalaba que:

3 NORBERTO BOBBIO. *Teoría general del derecho*, 4.^a ed., Bogotá, Temis, 2013.

Cuando una ley hecha por el hombre cumple una exigencia del derecho natural (p. ej., cuando una ley define el asesinato como un delito, implementa las exigencias del derecho natural [para sobrevivir] del respeto por la vida) esta ley hecha por el hombre extrae parte de su autoridad del derecho natural⁴.

En este punto del trabajo podemos llegar a una primera conclusión: Las leyes de existencia y sobrevivencia para el iusnaturalismo son justas.

Esta justicia viene de elementos ontológicos (del ser) más que deontológicos (del deber ser) soportada en los valores que le infringen mayor importancia y protección a la existencia del ser humano. Por ello, es importante resaltar a DIEGO A. DOLABJIAN, al señalar que hay doctrinas que apelan a un *criterio axiológico* [...] *-iusnaturalismo-*. Por ello acude a SANTO TOMÁS, al citarlo para explicar que

El “derecho” es una ordenación de la razón al bien común, promulgada por una autoridad que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad, la cual tendrá fuerza de ley en la medida en que participe de la recta razón y se derive de la ley natural y de la ley eterna, es decir, sea justa⁵.

Y es que en el iusnaturalismo como una primera fase de la evolución del derecho encuentra su fuerza en la creación divina al considerar, como lo dijera CARLOS AUGUSTO RAMOS NÚÑEZ⁶, que el derecho nace de Dios, y se le otorga el título de “Dios-legislador”, catalogando a la ley como una extensión de emanación divina.

Si Dios y la ley coinciden, el resultado de su aplicación por el hombre será justa. Pero esta ecuación de Dios + ley = derecho para el hombre, tendrá, como parte esencial de la evolución embrionaria del derecho interrogantes como qué pasará si varía uno de los elementos de la fórmula. Por ejemplo Dios¹ + ley = derecho, Dios² + ley = derecho. Véase que en las anteriores formulas se está en presencia de Dios¹ y

4 JOHN MITCHELL FINNIS. *Teoría del derecho*, (A. ACKERMAN, Trans.), Barcelona, Gedisa, 1999.

5 DIEGO ALBERTO DOLABJIAN. “Sobre el derecho. Modelos para una introducción elemental”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 11, n.º 22, 2013, pp. 215 a 231.

6 CARLOS AUGUSTO RAMOS NÚÑEZ. *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*, 4.ª ed., Lima, El Búho, 2007.

Dios², lo cual iniciaría el primer paso para el camino hacia una nueva corriente como el positivismo, en la cual la fórmula varía, así: ~~Dios~~ ley = derecho.

Se ha considerado de importancia dedicar unas líneas del presente trabajo al manejo que tendría el iusnaturalismo no solo en la cultura occidental, cultura que claramente la ha contemplado en la historia de la humanidad. Por ello, se pretende analizar escenarios jurídicos de extremo Oriente como se verá en el siguiente subtítulo.

II. ¿Y SI LOS EMBRIONES FUERAN DEL GUSANO DE SEDA?

Esta es una pregunta enfocada en la evolución del derecho desde la cultura oriental, en tanto que las corrientes abordadas en el presente trabajo de investigación están soportadas, en esencia, por doctrinas y corrientes de la cultura occidental. Es por ello que en este aparte se pretende abordar a manera introductoria una descripción para determinar si la evolución del derecho en su etapa embrionaria se equipara a la del gusano de Occidente o a la del gusano de seda de Oriente, que tendría sus propias características, puesto que no sería lógico aproximarse a la problemática del derecho, considerando que ésta opera solo para las culturas occidentales. Para este efecto, se toma como muestra representativa el sistema jurídico de extremo Oriente, cuyos principales exponentes son China y Japón, quienes inician con fuentes comunes desde el punto de vista jurídico, pero se bifurcan en su desarrollo frente a la implementación de herramientas jurídicas propias de las corrientes que se tratarán en el presente escrito.

Para China, su iniciación en el desarrollo del derecho tuvo rasgos muy similares a los de Occidente en cuanto a la vinculación de poderes divinos, materializados en hombres de la tierra. Se debe recordar que la figura del emperador ostentaba su poder en la misma ley divina. Por ello es importante recordar lo señalado por IGNACIO AYMERICH OJEA: "Pero en la cultura china el individuo no puede reclamar autonomía en materia religiosa frente al poder político, porque la diferencia entre ambos no es imaginable"⁷.

7 IGNACIO AYMERICH OJEA. *Lecciones de derecho comparado*, Castello de la Plana, España, Universitat Jaume, 2003.

Para Japón, llama la atención la intromisión transformadora del orden jurídico por parte de Occidente, en tanto que se evidencia una renovación jurídica por corrientes alemanas y francesas, pero en especial alemanas, con las cuales se materializaron diferentes cuerpos normativos.

En cuanto a la renovación normativa, se invitó a un profesor francés (BOISSONADE)⁸ a redactar un código civil para Japón, dando como resultado un borrador que seguía muy claramente el modelo del Código francés. El Código Mercantil fue encomendado a un profesor alemán (ROESLER)⁹. La disputa planteada por los conservadores llevó a encomendar la tarea de la codificación a una comisión, que finalmente se reorientó decididamente hacia el modelo alemán. Sólo algunas cuestiones del derecho de familia y de sucesiones en que se mantuvieron algunas instituciones tradicionales japonesas. Por el contrario, la ley de procedimiento civil está en buena parte de su articulado copiada directamente de su homóloga alemana¹⁰.

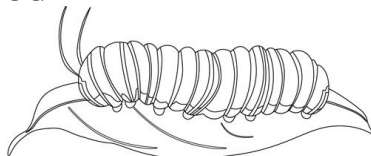
Con las anteriores muestras representativas de los sistemas jurídicos de Occidente y de Oriente extremo, se evidencian elementos esenciales que concluyen en que los embriones del derecho en su metamorfosis jurídica coinciden en atender al iusnaturalismo como la corriente primigenia en Occidente y en Oriente extremo.

8 GUSTAVE ÉMILE BOISSONADE DE FONTARABIE, 7 de junio de 1825-Antibes, Francia, 27 de junio de 1910, jurista y académico francés, responsable de la redacción de la mayor parte del Código Civil japonés durante la era Meiji (8 de septiembre de 1868-30 de julio de 1912), es honrado como uno de los fundadores del sistema legal japonés moderno. Era un estudiante de derecho brillante, recibió su doctorado en derecho con honores en la Universidad de París (1853). Tenía a su cargo cursos de derecho en esa universidad hasta 1864 y era profesor asistente en la Universidad de Grenoble hasta 1867. En 1873 se le invita a dictar una conferencia sobre derecho constitucional y criminal a visitantes japoneses en París, y recibe una invitación para trabajar en Japón por parte del Ministerio de Justicia, como uno entre muchos académicos extranjeros necesitados para asistir en la redacción de los códigos japoneses y en la renegociación de tratados desfavorables. Fue merecedor de la Orden del Sol Naciente en segundo grado en 1876, uno de los pocos extranjeros honrados en esa época. Es uno de los fundadores de la Universidad Hosei, y un edificio de 26 pisos completado en 2000 lleva su nombre.

9 CARL FRIEDRICH HERMANN ROESLER, Lauf, 18 de diciembre de 1834-Bozen, 2 de diciembre de 1894, jurista y politólogo, estudia derecho en München, obtiene su doctorado en derecho en Erlanger (1860). En 1878 se le nombra asesor jurídico del Ministerio de Asuntos Exteriores de Japón para la creación del Código de Comercio.

10 AYMERICH OJEA. *Lecciones de derecho comparado*, cit.

III. ETAPA DE LA ORUGA¹¹



El hombre ha cuidado tanto del embrión denominado “derecho” que lo ha hecho evolucionar. Del cascarón delicado, frágil y vulnerable, ha emergido una oruga, la cual empieza a conocer su entorno, y a su vez, a experimentar cambios en su cuerpo como reacción a las inclementes situaciones que le rodean. Por ello, encuentra que su cuerpo ha creado largas y puntudas espinas como defensa a su integridad. En esta etapa de evolución, se evidencia que la oruga crece a medida que conoce de hechos, es como si se alimentara de ellos, por lo cual a medida que recorre su entorno, cada situación, cada suceso, cada experiencia, hace que su cuerpo tome fuerza. Lo característico de dichos hechos, es que serán catalogados como institucionales, solo en la medida en que la oruga le de esa connotación e importancia, por cuanto salvaguardarán intereses relevantes, que ya no solo se basarán en la misma existencia de quien le ofrendó la vida (el hombre), sino que protegerá instituciones creadas por el hombre y para el hombre, que podrán ser protegidas por las espinas –largas y puntudas– de la oruga, como símbolo de la coerción del derecho.

Es una etapa del derecho que se pudiera llamar “terrenal”. En donde lo divino, lo natural y lo moral se descarta. Para esta etapa el “neoinstitucionalismo” se considera su principal exponente. Esta corriente, es abordada por NEIL MCCORMICK y OTA WEINBERGER¹², citados por DOLABJIAN¹³, indicando que

11 Oruga “es la larva de una cierta clase de insecto. Las orugas constituyen una fase del desarrollo de las mariposas y de otros animales lepidópteros. Suelen exhibir una variedad de colores interesante que recubre su cuerpo”. Tomado de [<http://definicion.de/oruga/#ixzz3rl8fLip6>].

12 Cfr. NEIL MCCORMICK y OTA WEINBERGER. *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Boston y otras, Reiel, 1985; cfr. MASSIMO LA TORRE. “Teorías institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)”, FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG (trad.), en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, año 10, n.º 14, Época II, enero de 2006, pp 103 y ss., disponible en [www.researchgate.net/publication/33400394_Teoras_institucionalistas_del_Derecho_%28esbozo_de_una_voz_de_enciclopedia%29].

el “derecho” se encuentra separado de la moral y se sitúa en el plano de los hechos, pero no como hecho bruto sino hecho institucional, de manera que se repara así en aspecto normativo pero sin reducirlo a una mera serie de normas.

Por su parte, para MASSIMO LA TORRE:

El institucionalismo jurídico es una corriente de pensamiento que se incluye en la más amplia “revuelta contra el formalismo” que ha tenido lugar desde finales del siglo XIX. Ello vale tanto para el institucionalismo “clásico” vinculado a los nombres de SANTI ROMANO y MAURICE HAURIUO como para las más recientes teorías neo-institucionalistas propuestas por OTA WEINBERGER y NEIL MACCORMICK. El institucionalismo es por tanto uno de los intentos de encontrar una vía de salida a los muchos problemas creados por una concepción estrecha del derecho, concebido fundamentalmente como mandato del “superior político” o del Estado, y de la ciencia jurídica vista como ejercicio puramente lógico y sistemático sobre normas e “institutos”. Al positivismo jurídico que no permite recurso alguno a argumentos normativos fuertes (morales, políticos) y que menosprecia cualquier reenvío al, o cualquier consideración del, contexto social en el que se van a insertar las normas jurídicas, se reacciona, desde varios sectores, con la reivindicación del valor normativo, y por tanto también jurídico, de los hechos sociales. Pues bien, uno de estos sectores, y de entre ellos uno de los menos radicales y de los más pertrechados epistemológicamente, es precisamente el institucionalismo jurídico¹⁴.

Así las cosas, el derecho en su etapa de la oruga, solo tiene contacto terrenal, desplazándose por elementos que pudieran llamarse materialistas y que se soportan en realidades fácticas. Consecuencialmente, llama la atención que el derecho se constituye en un inventario de hechos vestidos bajo el catálogo de instituciones, por ejemplo, el delito, el contrato, el voto, el cheque, la familia. Como puede evidenciarse, el institucionalismo jurídico encuentra en el valor normativo un placentero instrumento para su reafirmación, no obstante, *el valor normativo* no será el comienzo de esta corriente sino la reafirmación de un hecho institucionalizado. Esta afirmación, es soportada por el pensamiento de MAURICE HAURIUO, citado por LA TORRE, al señalar que:

13 DOLABJIAN. “Sobre el derecho...”. cit.

14 LA TORRE. “Teorías institucionalistas del derecho...”, cit.

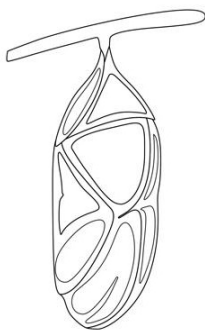
la institución es de alguna manera precedente al derecho. Una institución –afirma– es una ‘idea de obra o de empresa’ que se realiza y permanece jurídicamente en un ambiente social [...] Según HAURIUO los elementos constitutivos de la institución son la realización de una idea de acción social, la existencia de un poder organizado para tal realización, y la aceptación social de la idea¹⁵.

Del anterior pensamiento, puede apreciarse que el institucionalismo –en la etapa de la oruga en la evolución del derecho– se contrae en la aceptación social de una comunidad, es así, como puede afirmarse, que el marco de aceptación tendrá como componente esencial en el neoinstitucionalismo el querer general más no el particular, por ello, el hecho se entiende con carácter colectivo.

Así las cosas, la fórmula de esta etapa del derecho corresponderá a: hecho socialmente aceptado + interés general = derecho.

Véase que la diferencia entre el iusnaturalismo y el neoinstitucionalismo radica esencialmente en su fórmula fundamental de creación, puesto que en la primera corriente hay creación jurídica divina, mientras que en la segunda hay creación jurídica terrenal.

IV. ETAPA DE LA CRISÁLIDA¹⁶



Curiosamente, en esta etapa el derecho se vuelve a proteger en un saco cerrado, no igual al del cascaron del embrión, esta vez en una

15 Ídem.

16 Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, se define crisálida: “Del lat. cient. *chrysalida*, y este del gr. χρυσάλλις, -ίδος *chrysallis*, -idos, der. de χρυσός *chrysós* ‘oro’, por su frecuente color dorado. // 1. f. Zool. En los insectos con metamorfosis completa, estado quiescente previo al de adulto”, en [<http://buscon.rae.es/drae/>].

crisálida, que curiosamente es creada por él mismo, a diferencia de su etapa embrionaria, donde su protección por medio de un cascarón fue el resultado de la creación divina. Aquí, en la crisálida, ese manto protector que protege al derecho cuenta con un elemento vital: la norma jurídica, cuya mezcla entre principios y mandatos resulta ser el material o los ingredientes, por medio del cual se protege al derecho a través del iuspositivismo.

La semejanza de la etapa de la crisálida en la evolución del derecho solo puede corresponder al iuspositivismo, en tanto que la manera más idónea de salvaguardar al derecho es cubriéndolo bajo los elementos propios de la normatividad, característica esencial de esta denominada corriente.

Ya lo decía DOLABJIAN, “... el *iuspositivismo*, responde a un *criterio normológico* [...] que alude a las normas existentes (‘validez’)”¹⁷. Por ello, enmarca la corriente kelseniana al determinar que el derecho “es un orden normativo de la conducta humana de naturaleza coactiva, cuya existencia específica reside en la validez de sus normas, que son estatuidas mediante ciertos actos calificados para ser cumplidas o aplicadas, sin fundarse en su justicia o eficacia”¹⁸.

En palabras de HANS KELSEN, “... el positivismo jurídico sólo admite un saber del derecho cuyo objeto es el derecho ‘positivo’, esto es, el derecho creado mediante actos de voluntad de los hombres, mediante la legislación y la costumbre”¹⁹. Los anteriores actos de voluntad se materializaran en lo que se denomina “acto jurídico” el cual corresponderá a la materialización de una acción. Véase entonces que el derecho estará enmarcado en esta etapa, y a su vez protegido, por los actos jurídicos en los cuales existirá un elemento vital para el control social: la coerción, el cual es explicado por RAÚL Gustavo FERREYRA²⁰ al tratar el tema del positivismo jurídico y la caracterización del derecho como “la razón de la fuerza” al indicar:

17 DOLABJIAN. “Sobre el derecho...”. cit.

18 Ídem.

19 HANS KELSEN. “La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico”, EUGENIO BULYGIN (trad.), en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 6, n.º 12, 2008, pp. 183 a 198.

20 RAÚL GUSTAVO FERREYRA. *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2015, p. 48.

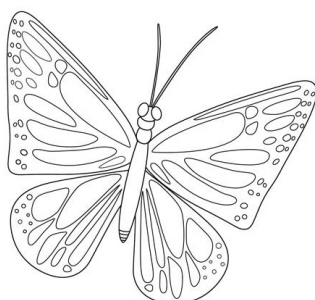
El ideario, cuyo contorno luce “que el derecho es algo distinto, definitivamente diferente de otros órdenes normativos”, es producto del positivismo jurídico, entendido como corriente teórica y con generosísima amplitud, donde el fenómeno jurídico se distingue de otros fenómenos normativos porque el derecho es la organización e institucionalización de la coerción, y no depende necesariamente de la moral, ni se vincula con ella, aunque eventualmente podrían coincidir.

Pero estos actos jurídicos deberán estar sometidos a un norte, previamente establecido, y haciendo que estos sean subordinados a lo que llamó Kelsen “la norma fundamental”. Sobre ésta señaló:

La norma fundamental es la respuesta de una doctrina positivista del derecho a la pregunta por el fundamento de validez de un orden coercitivo positivo, esto es, creado por vía de legislación y costumbre, que es eficaz en general [...] Por tanto, el derecho positivo no puede jamás estar en contradicción con su norma fundamental, mientras que la posibilidad de un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es esencial para la doctrina iusnaturalista. Esto significa, empero, que la norma fundamental no representa ninguna escala de valor o de “disvalor”, de justicia o de injusticia del derecho positivo²¹.

Así las cosas, la fórmula de esta etapa de evolución del derecho corresponderá a: voluntad del hombre + norma fundamental – moral = derecho.

V. ETAPA DE LA ADULTEZ



21 Kelsen. “La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico”, cit.

En esta etapa vemos a un “deber ser” y un “ser” denominado derecho, el cual ya ha recorrido la etapa del embrión, de la oruga y de la crisálida para entrar a la etapa de la adultez, cuya característica, en este caso, es desprenderse de lo terrenal, sin perderlo de vista y tomar vuelo de manera autónoma en la dirección que los vientos judiciales permitan. Por tal razón, el viento judicial será el único que le de altura y vuelo al derecho como sinónimo de su existencia.

En la metamorfosis del derecho, en su etapa de adultez, se encuentra a la mariposa después de haber trascendido la etapa del embrión, de la oruga, de la crisálida para volar y evidenciar su pasado, madurar con las experiencias del pasado y vivir con las realidades que nacen del presente. Para ello, la corriente denominada “realismo jurídico” es la más idónea para entender esta última etapa de evolución del derecho.

En esta corriente el ideal de justicia, característico en el iusnaturalismo, pierde protagonismo para ser reemplazado por la realidad social. NORBERTO BOBBIO hace una clara referencia que rescata los principales elementos del realismo jurídico al considerar:

La tesis principal de la escuela realista es esta: no existe derecho objetivo, es decir, objetivamente deducible de hechos reales, ofrecidos por la costumbre, por la ley o por los antecedentes judiciales; el derecho es una permanente creación del juez, el derecho es obra exclusiva del juez en el momento que decide una controversia²².

Como “realismo”, en palabras de J. G. RIDDALL, debe entenderse aquella corriente en donde

el realismo designa lo relativo al mundo real, al mundo tal como existe en realidad. Este sentido conlleva la actitud de ser práctico, pragmático, de tener los pies en el suelo. Realismo en este sentido, aplicado a asuntos intelectuales, designa el examen de teorías, evaluándolas en relación con lo que se observa en el mundo, y descartando las que no concuerdan con hechos reales experimentados²³.

22 BOBBIO. *Teoría general del derecho*, cit.

23 J. G. RIDDALL. *Teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.

En este orden de ideas, el realismo jurídico adquiere vigencia solo en aquellos escenarios donde debe existir una decisión judicial para casos concretos donde la norma jurídica pasa a un segundo escenario, no siendo el más importante, pero sí necesario conforme a las realidades que enmarcan el caso. Es por ello que es importante recordar a JOHN CHIPMAN GRAY, citado por RIDDALL²⁴, al detallar el papel central del juez, al señalar:

... consideraba cualquier ley como hecha por jueces. Las normas no son leyes en virtud de su promulgación. Solamente se convierten en ley cuando son aplicadas por una sentencia de los tribunales. Sólo entonces una promulgación legislativa cobra vida y adquiere fuerza real. La legislación, por lo tanto, no es más que una fuente de derecho: los tribunales “dan vida a las palabras muertas de las leyes”²⁵.

En este orden de ideas, la fórmula para el realismo jurídico corresponderá a: realidad + decisión judicial = derecho.

VI. PROPUESTA

El planteamiento de la adultez del derecho a la que se hace referencia este apartado merece un nuevo planteamiento: sustituir uno de los elementos de la fórmula (realidad + decisión judicial). El elemento a sustituir corresponde a la “decisión judicial” por uno denominado “decisión jurídico-política”. Así las cosas, la propuesta del presente trabajo estará en la siguiente fórmula: realidad + decisión jurídico-política = derecho.

Y es que descartar que el realismo jurídico emana de la decisión judicial del juez, criterio básico de la corriente, hace importante considerar que esta realidad igualmente puede materializarse en un acto jurídico-político. Este nuevo planteamiento –por cierto, que agrega el presente escrito–, no trata como sinonimia la sentencia del juez como acto del juzgador con el acto jurídico-político.

24 Ídem.

25 Ídem.

El acto jurídico-político se tornará como el reflejo de una necesidad del hombre y para el hombre sin necesidad de acudir a un tercero (juez), pero sí con la finalidad de resolver una realidad en un caso particular.

A consideración de este escritor, y por llamarlo de alguna manera, existiría un realismo jurídico 2.0, un realismo en donde el acto de justicia no debe provenir propiamente de la autoridad judicial y enmarcarse en el instrumento de una sentencia judicial para la generación de derecho, desafiando las características propias del realismo como la inclusión de un tercero llamado juez y su materialización a través de una sentencia. El realismo jurídico 2.0 propuesto como parte de la evolución del derecho no le entrega el acto de justicia a un tercero, por el contrario, lo deja en manos de quienes deben encontrar un acuerdo, para que los mismos, con base en las realidades sociales y jurídicas, consideren que sus diferencias jurídicas pueden encontrar solución.

El Estado, como protagonista y tercero, materializado con la figura del juez, es una pieza esencial en el realismo jurídico al crear derecho. No obstante, es el mismo Estado a través de la Constitución Política quien ordena a través de deberes constitucionales generar actos de justicia sin la necesidad de sentencia judicial. Esta sería la base fundamental del realismo jurídico 2.0, propuesta del presente trabajo, pues la justicia llega acudiendo al derecho, también con resolución de conflicto por medios auto compositivos.

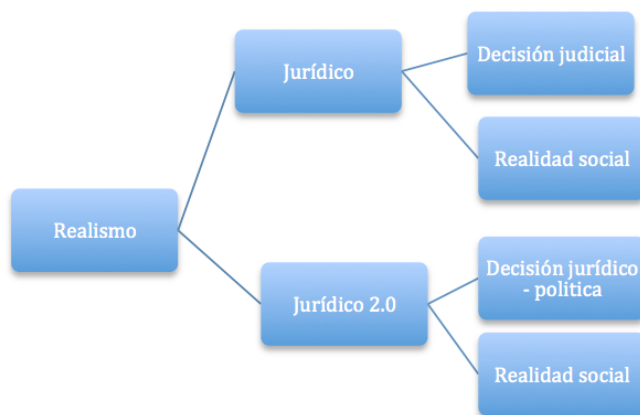
En esta etapa se hace obligatorio recordar al KELSEN, quien le deba una gran importancia a la norma, pero junto con ella, al que debía aplicarla. Esto para señalar que claramente el ingrediente kelseniano empoderaba al funcionario del Estado, puesto que es quien debe aplicar la fuente primaria al caso concreto. Podría aseverarse, que este fue uno de los pasos para la existencia del realismo jurídico, en donde el protagonismo lo da precisamente el funcionario del Estado, pero que en el realismo jurídico se enmarca en el juez.

Esta corriente, que sin duda no solo tiene dos ámbitos de poder, el de la norma jurídica y el del poder judicial, parece querer monopolizar el derecho para dejarlo en manos del Estado judicial. Es por ello que la propuesta que formula este escrito plantea reevaluar los citados elementos, o mejor aún, sustituirlos por 1) El acto de jurídico-político; y 2) La realidad personal.

Se soporta aún más el realismo jurídico 2.0 en un contexto de soportar la realidad del derecho en un sustento de carácter personal y no social. Es decir, que se soporta en una realidad de interés particular y no en una realidad de interés general. A esta finalidad se llega al acreditar que la justicia no es un concepto de carácter *materia* sino de carácter *subjetivo*, puesto que solo puede ser apreciada por quienes demandan justicia.

Es importante resaltar a DOLABJIAN, al señalar que hay doctrinas que apelan a un criterio sociológico, para hacer referencia al iusrealismo. Por ello acude a OLIVER WENDELL HOLMES JR., al citarlo para explicar que “el ‘derecho’ es lo que deciden los tribunales, de manera tal que los derechos y obligaciones de los que se ocupa la ciencia jurídica no son más que predicciones acerca de lo que los jueces resolverán”²⁶.

ILUSTRACIÓN : ESQUEMA DEL REALISMO JURÍDICO



La propuesta del realismo jurídico 2.0 parte por sustituir la decisión judicial por la decisión jurídico-política. Con ello se pretende caracterizar el ideal del derecho bajo un concepto coercitivo que encuentra sustento en decisiones que correspondan a una realidad jurídica y una realidad políticas, por acuerdo entre las partes que reclaman justicia, sin que sea necesario acudir a un tercero (juez) para dirimir el asunto.

26 DOLABJIAN. “Sobre el derecho...”. cit.

Para lo anterior, véase el siguiente caso: MARIO (parte) va por la vía hacia su casa y decide girar hacia la derecha, cuando infortunadamente arrincona el automóvil de MARIANA (parte), el cual sufre una avería. Al bajar de sus autos, MARIO y MARIANA discuten frente a la responsabilidad del uno y del otro. El primero señala que tenía la direccional indicando su pretensión de girar a la derecha, lo cual, aduce, justifica su maniobrar automovilístico. Por su parte, MARIANA manifiesta que iba por su vía, conforme a la demarcación de la carretera y por eso tenía prioridad para seguir en la vía. Hasta este momento, nótese que cada uno argumenta su posición frente a la aplicabilidad de normas, como el uso de la direccional y el uso de la vía demarcada para indicar el camino. En la discusión se acerca el agente de tránsito con el fin de indagar lo sucedido (tercero) advirtiendo que el solo hecho de estar obstaculizando la vía los hacía merecedores de una multa, la cual estaba por el orden de los US\$ 500. En este momento, MARIO y MARIANA, al evidenciar la posible sanción, que a todas luces sobrepasaba el monto de los daños de los vehículos, solo se circunscriben a decir: – *dejemos así y sigamos nuestro camino*.

Como se extracta del anterior caso, MARIO y MARIANA no acudieron a un tercero para resolver el asunto, pero enterados de un elemento jurídico como era la multa, decidieron resolver el problema mutuamente introduciendo un pacto (político) que consistió en: “dejemos así y sigamos nuestro camino”. El derecho en el realismo jurídico 2.0, no es sinónimo de sentencia judicial, pero sí lo es de un acuerdo jurídico-político en donde la solución es autocompositiva; contraria a la del realismo jurídico, en la cual la decisión se viste con el carácter judicial.

BIBLIOGRAFÍA

AYMERICH OJEA, IGNACIO. *Lecciones de derecho comparado*, Castello de la Plana, España, Universitat Jaume, 2003.

BOBBIO, NORBERTO. *Teoría general del derecho*, 4.ª ed., Bogotá, Temis, 2013.

DOLABJIAN, DIEGO ALBERTO. “Sobre el derecho. Modelos para una introducción elemental”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 11, n.º 22, 2013, pp. 215 a 231.

FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2015.

KELSEN, HANS. "La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico", EUGENIO BULYGIN (trad.), en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 6, n.º 12, 2008.

LA TORRE, MASSIMO. "Teorías institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)", FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG (trad.), en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, año 10, n.º 14, Época II, enero de 2006, pp 103 y ss., disponible en [www.researchgate.net/publication/33400394_Teoras_institucionalistas_del_Derecho_%28esbozo_de_una_voz_de_enciclopedia%29].

MACCORMICK, NEIL y OTA WEINBERGER. *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Boston y otras, Reidel, 1985.

RAMOS NÚÑEZ, CARLOS AUGUSTO. *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*, 4.ªed. Lima, El Búho, 2007.

RIDDALL, J. G. *Teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.