

# DERECHO, PODER Y SOCIEDAD

## ¿EL RESURGIR CONTEMPORÁNEO DEL DERECHO NATURAL?\*

Eduardo Rodríguez Martínez\*\*  
*Universidad Autónoma de Colombia*

### RESUMEN

Este artículo pretende cumplir con una triple perspectiva, a saber: En primer lugar, señalar los orígenes y sustentaciones de las tesis de algunos de los teóricos más emblemáticos del derecho natural racional, aportes muy asociados con los presupuestos que sentaron las bases conceptuales y prácticas del capitalismo de la Modernidad; En segundo lugar, a partir del punto de análisis anterior queremos mostrar de manera “pedagógica” los límites y contradicciones de las tesis fundadas en el derecho natural y , En tercer lugar, producir algunas conclusiones provisionales que nos permitan interrogarnos sobre el sentido social y político de los desarrollos que se vienen elaborando desde los análisis y perspectivas disímiles que realizan los juristas y académicos de hoy. Particularmente de aquellos que abogan por la construcción de un constitucionalismo ambiental y/o ecológico, sobre las bases de los nuevos derechos naturales que reclaman las condiciones de existencia del capitalismo transnacional y globalizado.

### PALABRAS CLAVES

Ciencias sociales críticas, Derecho natural, sociología, filosofía y teoría del derecho.

### ABSTRACT

This article aims to meet three perspectives, namely: First, identify the origins and sustainability of the thesis of some of the most emblematic theoretical rational natural law, contributions closely associated with the budgets that gave conceptual and practical bases of capitalist modernity; Secondly, from the point of the above analysis we show in a “teaching” the limits and contradictions of the theories based on the natural law and ;Thirdly, to produce some tentative conclusions that we can wonder about the political and social sense of the developments that are being prepared from dissimilar perspectives and analysis performed by today’s lawyers and academics. Particularly toward those who defend building an environmental constitutionalism on the basis of the new natural rights claiming the conditions of existence of transnational and globalized capitalism.

### KEYWORDS

Critical social science, natural law, sociology, philosophy and theory of Law.

---

Fecha de recepción del artículo: 23 de marzo de 2010.

Fecha de aprobación del artículo: 10 de junio de 2010.

\* Este artículo constituye una síntesis de un capítulo del proyecto de investigación terminado a finales del 2.009, titulado “Análisis socio jurídico de la justicia en Colombia 1.970-2.000” (Primera parte), realizado dentro del marco institucional y el apoyo financiero de la Universidad Autónoma de Colombia. Dicho proyecto está bajo la dirección del autor de este trabajo.

\*\* Abogado, Magister en Sociología y Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. Profesor Asociado Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Profesor Asociado Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia y Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Director del Grupo de Investigación Estado, Derecho y Territorio Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia.

## INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende construir algunas bases conceptuales y teóricas para la necesaria construcción de un campo de análisis teórico, que nos permita comprender mejor no solo el significado social y político de los cambios, que desde finales del siglo XX venimos asistiendo en las estructuras jurídicas y estatales en Colombia sino, concomitantemente, para poder entender a qué obedecen estas transformaciones, su destino social y sus límites estructurales.

En nuestro país, desde la expedición de la Constitución de 1.991, ha surgido una verdadera explosión jurídica que ha contaminado amplios sectores de la sociedad. Esto no sería de gran importancia si el alcance de esta explosión jurídica no viniera cada día alcanzando la atención de las organizaciones sociales, el pensamiento crítico y hasta cierto punto conduciendo el devenir de nuestra historia reciente.

Hoy, desde sectores académicos, sociales y políticos se quiere pasar inadvertido lo que podríamos denominar aquí la función social del derecho, de suerte que las transformaciones jurídico-políticas que desde tiempo atrás vienen desarrollándose, sean reconocidas como la época de los derechos, sin poder adentrarnos no solo sobre el contenido de estos derechos sino sobre la forma como se producen y desarrollan, como del papel del nuevo Estado de Derecho desde donde parcialmente se impulsan o crean, queriendo suprimir de la memoria social lo que ha significado el Estado de Derecho en la construcción de nuestra modernidad inconclusa o capitalismo salvaje, como redundantemente suelen llamar algunos.

La idea del derecho natural dentro de la teoría jurídica parecía ser un tema superado<sup>1</sup> con el predominio y hegemonía durante la mayor parte del Siglo XX del positivismo jurídico. A pesar de la entrada en vigencia del Estado del Bienestar, quien se nutrió decididamente de la juridización exacerbada de la vida social bajo el apelo por buscar niveles de justicia social de bases no estrictamente positivas sino más fundadas en los derechos humanos, con predominio de los denominados DESC, más que la tensión entre legalidad y legitimidad dentro de la cual se desarrollaron los debates dentro de ese período, lo que se evidenció para nuestro medio fue los límites que experimentó el modelo de desarrollo del bienestar y el orden jurídico sobre el que se pretendió construir. La entrada en escena de la globalización mediante el modelo neoliberal no solo transformó los ordenamientos jurídicos precedentes sino que aceleró el proceso de colapso del nuevo Estado de Derecho inserto en el terreno de la mundialización. Como correlato de lo anterior, no solo se ha producido un proceso de pérdida de sistematización de los ordenamientos jurídicos y una crisis del Estado de Derecho positivo sino, de la misma manera, viene provocando nuevos y más complejos conflictos, hoy más asociados con el medio ambiente y los derechos que reclaman, de una lado, las potentes industrias extractivas y, de otro lado, las poblaciones y actores sociales que sufren las tensiones de los nuevos derechos de la naturaleza<sup>2</sup>. Para tales efectos, desde distintos lugares se comienza a insistir en la necesidad de construir socialmente a la naturaleza como un sujeto con personalidad legal que permita erigirla como parte de los bienes comunes de la humanidad o como sujeto con derechos.

En la teoría y la filosofía del derecho moderna<sup>3</sup> es impensable una elaboración o entendimiento de éste como un producto de las relaciones sociales. Sea la postura teórica o histórica que se adopte el derecho siempre pasará como un sistema de normas esenciales a la convivencia humana. Su esencialidad o su necesaria co presencia en

---

<sup>1</sup> VÁRGANY, Tomás. “El pensamiento político de John Locke y el surgimiento del liberalismo”. En: BORÓN ATILIO, A. *La Filosofía Política Moderna. De Hobbes a Marx*. Buenos Aires: Clacso. 2003. Ver también, WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideología, Estado e Direito*. Ed. Revista dos Tribunais. 2003. São Paulo. Del mismo autor, WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Ideias Jurídicas. Da antigüidade clássica a modernidade*. Florianópolis: Ed. Fundacao Boiteux. 2006.

<sup>2</sup> Sobre esta temática se puede consultar “Derecho y Política en la Era de la Sostenibilidad” que recoge artículos disímiles organizados en la revista *Pensamiento Jurídico* No. 25 de mayo de 2009, Bogotá. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

<sup>3</sup> ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Marxismo y Filosofía del Derecho*. México: Ed. Doctrina jurídica contemporánea. 2004.

el discurrir de todas las organizaciones sociales parece ser la constante que permite estudiar el fenómeno jurídico como inherente a las sociedades humanas.

El esfuerzo teórico que pretendemos realizar en este artículo es el de esbozar algunos elementos que contribuyan a desmistificar esta postura tradicional del saber jurídico, especialmente en el momento actual en donde el dinamismo acelerado de la ciencia y de la técnica, requieren de renovados principios de legitimación social y política, para que logren entrar en la escena de la constitución de los nuevos derechos fundados en los nuevos procesos de trabajo a los que asistimos<sup>4</sup>. Frente a la crisis del positivismo jurídico y de su antecesor el ius naturalismo<sup>5</sup> existe una tendencia poderosa por retornar a las tesis del derecho natural sobre nuevas bases. Insistir en esta postura a-histórica y a-crítica de la formación del pensamiento jurídico contemporáneo es sin duda un recurso poderoso para evitar el surgimiento del pensamiento crítico e innovativo que pretende buscar salidas alternativas a las formas de regulación jurídica de la modernidad, sobre la base de determinar su carácter y naturaleza, su significación social y política, como su diferencia específica que logre no diluir o confundir cualquier forma de “regulación social” con las propias o adecuadas a las del derecho moderno y su Estado de Derecho.

Es posible entender que mas allá de la crisis del modelo neoliberal<sup>6</sup> que permitió la exacerbación y aceleración de los procesos de valorización y acumulación capitalista, bajo el comando del capital financiero, sin duda para todas las poblaciones del planeta la denominada “crisis ambiental” constituye sin duda un terreno de análisis ineludible. El debate que no es nuevo, viene comprometiendo desde las más variadas aproximaciones asuntos como la escasez alimentaria, los recursos naturales no renovables, el papel de las nuevas tecnología, su impacto social cognitivo y su impacto en los procesos de la reconversión de los procesos de trabajo, la necesidad de trabajar en la producción de tecnologías limpias e incluso “convivenciales”, etc<sup>7</sup>. Frente al “hambre” del capitalismo mundializado por implantar en el planeta las viejas industrias extractivas de antaño, los grupos sociales advierten en estas tendencias de desarrollo predativo un camino que los convoca a la defensa y producción de nuevos derechos que protejan el medio ambiente.

Sin embargo, la significación de estas tendencias contemporáneas de defensa de la naturaleza no advierten el escenario probable que requiere la germinación de estos nuevos derechos por la naturaleza respecto a su relación inescindible con el orden social y productivo, con la proliferación de prácticas discursivas, que animadas en la defensa de la naturaleza y los animales, implican la elaboración de principios de legitimación y juridización de las diversas formas de existencia social, especialmente las de naturaleza subordinada, que en última instancia constituyen o dibujan luchas o demandas sociales dirigidas a la revitalización del Estado de Derecho de naturaleza global, como garante y regulador de los nuevos bienes públicos, reconociendo de suyo la personalidad legal de ciertos recursos naturales comunes, dentro de una visión estrictamente de crecimiento económico y de desarrollo sostenido, en donde la reflexión crítica sobre la sociedad del consumo, sobre el tipo de productos o valores de uso que se encuentran asociados a nuestra existencia material no necesariamente son cuestionados. La reflexión sobre estos temas tiene una altísima significación pues representa desplazar al hombre dentro del mundo de la producción y de sus potencialidades de participar en la construcción de su propio destino para erigir una nueva

<sup>4</sup> CASTELLS, Manuel. *La era de la información*. La sociedad red. Vol. 1. México: Siglo XXI. 1999. Ver también, Rifkin Jeremy. *La era del acceso*. Buenos Aires: Paidós. 2000.

<sup>5</sup> PACHÓN SOTO, Damián. *Ensayos de Filosofía del Derecho*. Bogotá: Colección Estudios Socio-Jurídicos Universidad Incca. 2008. En una perspectiva diferente pero aguda y crítica de los derechos humanos de la modernidad ver, SÁNCHEZ ÁNGEL, Ricardo. *La Emancipación de los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2007.

<sup>6</sup> HARVEY, David. Breve historia del neo liberalismo. Akal Editores. 2007. España.

<sup>7</sup> GUTIÉRREZ GARZA, Esthela (Coordinadora). *La crisis del estado de Bienestar*. México: Ed. Siglo XXI. 1988. Ver también FRANKEL, Boris. *Los utopistas postindustriales*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión. 1988.

reificación o mistificación de la naturaleza, como en el inicio de la modernidad lo fue el pensamiento racional quien ocupó el reino de la Diosa Razón.

Estas problemáticas que son vividas por todos nosotros, en el campo del Estado de Derecho tienden a imponer discursos, que apelando o reconociendo esta misma realidad, pero que eludiendo definitivamente la crisis de la estatalidad contemporánea bajo los impulsos acelerados del proceso de la globalización<sup>8</sup> o mundialización de la producción, pretenden crear o aspiran a que es a través de la esfera de la regulación, cada vez más protectora del recurso físico que del humano, que es posible avanzar en una nueva administración de “una nueva economía fundada en la escasez”. Para tales efectos es posible encontrar dentro de los análisis que realizan los juristas la necesidad de **empezar el camino de construcción de un constitucionalismo ecológico y/o ambiental sobre las bases de los nuevos derechos naturales**<sup>9</sup> que reclaman las condiciones de existencia del capitalismo transnacional y globalizado.

## 1. PROBLEMA

El problema central que este artículo persigue es el de preguntarse sobre el significado social y político de las tesis del otrora derecho natural racional, como el indagar histórica y socialmente sobre los límites y posibilidades de su pretensión de juridizar las relaciones sociales productivas. En este sentido, el segundo problema de investigación que pretende este artículo es el de participar o contribuir al debate contemporáneo sobre el sentido del Estado de Derecho sobre bases o fundamentos neo-iusnaturalistas, traídos o sustentados en las tesis o desarrollos de diversos saberes como la biología, las ciencias naturales y las concepciones del mundo de bases “no racionales”.

## 2. METODOLOGÍA

Si es que podemos aproximarnos a una descripción de una metodología para la elaboración de este artículo podríamos sintetizarla diciendo que se trata de un trabajo analítico deductivo, teórico crítico y basado, en algunos aspectos, en la observación propia del trabajo de campo y en la práctica teórica. En este sentido, se realizó un trabajo de análisis de textos, dentro de un ejercicio comprensivo de los posibles impactos de las tendencias contemporáneas de renovación del derecho, sobre fuentes basadas más en los aportes del conocimiento científico y técnico, que en la racionalidad inherente o propia de los sistemas legales.

## 3. CONTENIDO

### 3.1 Fundamentos, bases conceptuales y políticas, de algunos entendimientos sobre el derecho natural y del derecho positivo

A pesar de las enormes diferencias que podamos advertir entre las escuelas del derecho natural moderno y la escuela positivista<sup>10</sup> podemos afirmar que participan de ejes y presupuestos comunes, que a final de cuentas no les permiten diferenciarse más allá de ser consideradas como un proceso histórico de reconfiguración y reacomodo del Derecho y del Estado en su finalidad de mantener, reproducir y controlar las relaciones sociales de produc-

---

<sup>8</sup> DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *La Globalización del Derecho*. Bogotá: ILSA-Facultad de Derecho Universidad Nacional. 1998.

<sup>9</sup> Es la perspectiva que podemos entender del constitucionalista europeo Dr. Bernd Marquardt. Ver, MARQUARDT, Bernd. “La cuestión ecológica de la revolución industrial y la habilidad para el futuro de la civilización occidental”. En *Revista Pensamiento Jurídico* No. 25. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá. 2.009.

<sup>10</sup> PRODI, Paolo. *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho*. España: Katz. 2008. Ver también el trabajo de TOBÓN SANÍN, Gilberto. *Filosofía del Derecho*. Medellín: Dike. 2002. Igualmente ver ARIZALA, José. *NOCIONES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO*. Universidad Autónoma de Colombia. 2003. Bogotá.

ción, que dentro de una perspectiva de más largo aliento pueden verse con normas primarias que sustentan la organización social productiva como un todo.

El primer elemento que se reconoce como punto de partida de la responsabilidad jurídica es la “evidencia empírica”<sup>11</sup> de la persona natural. Este reconocimiento que se convalida como un hecho social con efectos jurídicos o como una relación jurídica en sí misma a la cual le cabe el fenómeno de la imputación como resultado, en ambos casos aparece como una aceptación ya sea de la Costumbre o del Estado, pero al fin de cuentas es una determinación que deviene de una condición que desborda la voluntad, el raciocinio o el querer de los sujetos ya sean individual o colectivamente considerados. En este sentido, queremos insistir que estas perspectivas comparten cierta determinación natural del individuo como punto de partida del sujeto de derecho. Esto lo podríamos confirmar en el mismo Hans Kelsen<sup>12</sup> quien renegando radicalmente con el ius naturalismo no logra superarlo tajantemente como se puede advertir en su texto sobre este mismo asunto<sup>13</sup>.

### 3.1.1 ¿Thomas Hobbes y el autoritarismo del Derecho?

Posiblemente no encontremos en Hobbes<sup>14</sup> una teoría del conocimiento que le permita justificar racionalmente la manera de aparición y de existencia del derecho natural. En su obra máxima, *El Leviatán*, nos presenta un examen detallado de lo que podríamos definir como un “diagnóstico clínico y psicológico” de las facultades de la persona natural, o trabajo taxonómico del cuerpo, posiblemente basado sobre el método de la observación de los comportamientos humanos. Esta forma de investigar al hombre colocándolo ante el mundo sin ninguna tipo de determinación social le sirve para construir el concepto de Estado de Naturaleza. Este concepto es una categoría difícil de entender pero, al parecer de sus biógrafos, pudo ser construida de su contacto con comunidades indígenas de América. El estado de naturaleza quiere significar la existencia de la vida sin algún tipo de organización social. Se trata de una vida desnuda expuesta al arbitrio y suerte de las personas. A pesar que admite que en este estado existe la propiedad privada, ésta se desenvuelve sin ningún tipo de protección distinta a la de sus titulares. Aquí Hobbes advierte la inestabilidad en la que se encuentran la vida y bienes de los sujetos, especialmente debido al carácter de esa condición perversa de la condición humana. En realidad el estado de naturaleza no solo es un estado de necesidad sino un estado en donde prevalecen las pasiones, los instintos, los deseos, etc. Libres de cualquier norma de medida o control que permita al hombre detenerlos. Esta exuberante explosión de “necesidades o deseos” no encuentran una forma de apaciguarlas y satisfacerlas a través de mecanismos que logren regular el proceso de esos impulsos y pasiones.

El estado de naturaleza, propia de una primera y primaria condición del hombre, produce una situación de zozobra e incertidumbre permanente, de desconfianza de unos con relación a los otros. Existe un estado de extrañamiento con relación a los demás que le permite a Hobbes señalar su conocida sentencia del hombre es un lobo para el hombre. Aquí existe el derecho tanto de protegerse de la agresión como el derecho por dar liberación y satisfacción a sus impulsos y deseos: es el derecho natural de la libertad entendida como la acción humana sin ningún tipo de obstáculo. Es decir, la vida construida como un derecho, genera el derecho a ser defendida y protegida, como el derecho a ser producida aún sobre o contra el derecho del otro, el derecho que nace del estado de necesidad.

<sup>11</sup> MARX, Karl. *Crítica del derecho del estado hegeliano*. Venezuela: Universidad central de Venezuela. Facultad de humanidades y Educación. 1980. Sobre una aproximación al concepto de derecho en Marx ver, por ejemplo, JARAMILLO, Rubén. *Marx y el Derecho. Escritos de juventud*. Bogotá: Ed. Argumentos. 1983.

<sup>12</sup> KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. México: Ediciones Coyoacán. 2005. Del mismo autor: *Socialismo y Estado*. Bogotá: Siglo XXI editores. 1982.

<sup>13</sup> KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Lozada. 1946.

<sup>14</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatán*. México: Fondo de Cultura Económica. 1994.

Para Hobbes el estado de naturaleza intrínsecamente contiene un derecho natural basado en las características arriba mencionadas. En este sentido, el problema crítico que éste alberga es su fragilidad y su tendencia a atentar con la supervivencia de la especie. En cierta medida podríamos decir que Hobbes no está preocupado por la eticidad del derecho prevaleciente dentro del estado de naturaleza. Es posible afirmar que de alguna manera acepta la condición humana como un hecho empírico, como un fenómeno o tendencia de lo humano, independientemente de que sienta gusto o indiferencia frente a esta aparición o evento.

La fragilidad de la existencia del derecho natural solo puede ser superada por el tránsito y preparación al Derecho positivo, que presupone un cambio radical de las fuentes, de la soberanía y de las formas de producción del derecho y su sentido. Este cambio del derecho natural al positivo solo es posible mediante la creación de una persona artificial, El Leviatán, monstruo marino del pensamiento bíblico que puede ocupar el papel de redentor y salvador del hombre natural. El leviatán es el estado moderno que puede existir sólo gracias a la renuncia o suspensión del derecho natural prevaleciente en el estado de naturaleza. Los hombres deben renunciar a su potestad natural para colocarla en la persona artificial que es el estado. La potestad natural debe ceder paso a una potestad artificial que no es otra cosa que el vaciamiento del poder natural mediante la construcción de la soberanía en el estado. El soberano debe ahora actuar en defensa de la vida y bienes de los hombres, velar por su bienestar siempre y cuando, y en esto consiste el nuevo pacto, éstos cedan todo su poder y derechos al Leviatán. Este nuevo pacto se debe basar en la obediencia al Derecho positivo, producido por la persona artificial que es el estado que, en otras palabras, implica un pacto de sumisión al soberano y al Derecho positivo que se produce y tiene su fuente en la voluntad o autoridad resultado del pacto político.

En forma esquemática la propuesta de Hobbes sobre las consecuencias que necesariamente propicia el estado de naturaleza podríamos presentarlas de la siguiente manera, a saber:

- El derecho natural es un estado de crisis permanente. A pesar que el derecho natural es una condición interna del hombre por el solo impulso de la vida, éste puede negarse a sí mismo en la medida en que por la debilidad del hombre mismo se puede llegar a estadios humanos como los de la historia premoderna y el retorno a formas diversas de esclavitud. El derecho natural es tenido como una formación jurídica que se basa en el reconocimiento de conceptos como la igualdad, la libertad, la potencia subjetiva, conceptos todos que constituyen la razón de su existencia en la medida en que participan de la sustancia que está hecha el material humano. Pero para mantener estos principios del derecho natural, que por su dinámica son contradictorios y tienden a volverse contra natura, se tiene que pasar a una segunda naturaleza, la naturaleza de la persona artificial, la del estado moderno como soberano.
- El derecho encarnado en el estado de naturaleza es, por así decirlo, un derecho subjetivo pues brota de las exigencias propias de la vida misma, sin importar el contexto histórico dentro del cual ésta se desarrolla. Aquí podemos ver una separación absoluta entre la aparición del derecho natural y la aparición del mundo social y estatal. De cierta manera, el derecho natural en Hobbes existe por fuera de cualquier ordenamiento social.
- El derecho natural así entendido parece no necesitar de instituciones que lo interpreten o de una teoría del conocimiento racional para que brote en la conciencia de los hombres. Este es mas instintivo y de “cálculo racional”, en el sentido en que cada uno entra en el juego del análisis de sus debilidades y fortalezas, en el contexto de una situación de guerra permanente que constituye el principio y contenido de ese estado de naturaleza, y opta por decidir si ejerce su derecho, lo negocia o se somete al derecho del otro.
- La aparición del Derecho positivo como proceso de positivización del derecho implica un pasaje de abandono de esa existencia material del hombre en un doble sentido: en primer lugar, su aparición como pueblo perteneciente a un Estado, que significa el abandono de su dispersión para su ingreso a la unidad política

que le confiere la persona artificial y, en segundo lugar, la aparición del soberano quienes juntos, mediante la celebración del pacto de sumisión permite invertir la fuente de producción del derecho natural. El Derecho positivo implica que el soberano se constituya en el principio y fundamento de un nuevo concepto de soberanía que descansa en su arbitrio de producción del derecho como expresión del poder soberano encarnado en la nueva figura del Estado.

- La constitución del Derecho positivo abandona los principios concretos o “empíricos” de igualdad y libertad que según Hobbes se encuentran presentes en el estado de naturaleza. El Derecho positivo como derecho de estado basa sus principios de racionalidad primeramente en la obediencia al derecho del estado como condición irreductible para la no disolución de la vida y sus bienes y, subsidiariamente, pretende satisfacer el sistema de necesidades del hombre dentro de un nascente ordenamiento social que presupone al Estado Moderno como principio de las nuevas condiciones de existencia. En este sentido se puede afirmar que para Hobbes la racionalidad del emergente derecho y estado moderno no necesariamente se basa en la construcción de principios de lógica jurídica y de justicia material sino en la capacidad del soberano de poder sustentar una “economía política del poder”, apelando a los avances del conocimiento científico y el desarrollo de los saberes emergentes en las ciencias naturales de su época.

#### 4.1.2 John Locke: ¿El Derecho positivo como guardián del derecho natural?

A pesar de la gran influencia de Hobbes sobre el pensamiento de Locke<sup>15</sup> y de las múltiples aproximaciones conceptuales y metodológicas existentes en ambos autores para la construcción de una teoría del derecho o mejor, su justificación, sin duda sus desarrollos y conclusiones son harto diferentes y de enormes consecuencias sociales y políticas.

De manera simplificada y esquemática podríamos abreviarlas de la siguiente manera, a saber:

- El punto de partida es el mismo: la existencia de un estado natural del hombre, que difiere del estado de naturaleza de Hobbes. Lo concibe como un dato encontrado en la naturaleza, que contiene dentro de sí mismo unas cualidades innatas, propias, esenciales y constitutivas. El estado natural del hombre es una sustancia que éste logra conocer gracias a las capacidades reflexivas de su propio entendimiento.
- Todos los hombres pueden acceder a la apropiación de la sustancia humana y del mundo objetivo, en la medida en que sus capacidades de conocimiento del mundo material son posibles gracias a la experiencia, a la sensibilidad, a las capacidades del entendimiento que permite la formación de ideas, de conceptos como a la formación del lenguaje, etc. El empirismo de Locke, como se le conoce, es el reconocimiento de las capacidades de la razón para entender, capturar y descifrar la verdad asentada en las cosas.
- La materia y sustancia del hombre, por lo tanto, está expuesta al entendimiento de cada uno de los individuos de la especie. Los principios constitutivos de esta naturaleza tienen su origen en el reconocimiento del trabajo, particularmente en su forma racional, que permite la (re) producción de la vida, principios desde los cuales se deriva la inmanencia de la propiedad privada como una consecuencia del trabajo privado y del reconocimiento del individuo empírico como entidad constitutiva de las dos características anteriores.
- El entendimiento humano<sup>16</sup> reconoce en el otro lo que de hecho existe en sí mismo, es decir, parte del principio de igualdad innata en los hombres. El estado natural del hombre, entonces, es una materia formada por los principios de libertad e igualdad existentes en ella misma. Para avanzar debemos decir que el derecho natural

<sup>15</sup> LOCKE, John. *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*. Buenos Aires: Editorial Losada. 2003. Del mismo autor ver también: *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*. Bogotá: FCE. 1994. Ver también del mismo autor, *La Ley de la Naturaleza*. Madrid: Ed. Tecnos.

<sup>16</sup> LOCKE, John. Op. Cit.

en Locke es la razón que entiende su propia condición. El derecho natural sería la verdad presente en el estado natural. Aún así, el derecho natural que se encuentra gobernando la condición natural del hombre presupone cierto nivel de reconocimiento de su constitución primaria. El reconocimiento universal de las condiciones naturales de cada individuo se encuentran generalizadas en cada individuo, permitiendo derivar la especie como una serie o sucesión de las diferentes particularidades. Lo universal está contenido en lo singular porque reduce las particularidades de la singularidad a las particularidades de lo general o universal. Los conceptos, las ideas como operaciones del entendimiento, el lenguaje y los nombres que nos permiten señalar y organizar el mundo sensible, serían el resultado del reconocimiento de las mismas capacidades del entendimiento humano, que posee la capacidad de la abstracción para la designación de la diversidad del mundo sensible<sup>17</sup>. Por tanto, él mismo introduce cierto concepto de “sociabilidad natural” que parte de la condición común o pública del entendimiento humano basado en la observación y la experiencia. Podría decirse que para Locke las capacidades de reflexión que posee el entendimiento humano ejercen su actividad sobre su objeto interior (que son la formación de las ideas simples y complejas), dando lugar a que la comunicación de estas ideas a través del lenguaje constituyen el mecanismo por medio del cual el conocimiento privado del mundo natural se hace en un medio público. El derecho natural pertenece o se deriva del conocimiento del estado de naturaleza, como lenguaje objetivante, susceptible de (re)producir el mundo natural, tanto interno como externo, reconociendo al hombre como cuerpo-máquina.

- El derecho natural racional es la forma que adquiere la sustancia de que está hecho el estado natural del hombre. Y este entendimiento obliga a su estricto cumplimiento no solo por el reconocimiento de todo ser racional sobre su evidencia y existencia natural sino, de la misma manera, por un principio de reciprocidad que es fundamento del estadio de la vida civil. La libertad es ante todo una potencia, incluso anterior a la voluntad, que la vida civil reconoce por ser causa primera.
- El estado natural y su correspondiente derecho natural racional logran así la armonía y coexistencia pacífica. Éste es en realidad un estado de equilibrio al que se llega o consigue gracias al entendimiento humano. Estado de equilibrio similar al construido posteriormente por los pensadores de la naciente economía política clásica. Sin embargo, aunque se reconoce el equilibrio permanente de la eficacia del derecho natural, es posible ciertas tendencias de “desviación” del entendimiento humano, pues para Locke el saber no es plenamente absoluto y si mas probabilístico, que hace necesario dotarlo de mecanismo de coacción que restablezcan el equilibrio temporalmente perdido.
- Este “defecto” del derecho natural obliga al pasaje del derecho natural al derecho positivo como derecho de estado. El estado y el derecho moderno nacen como protección del derecho natural pero no son sus dueños. El derecho del estado hunde sus raíces en la propiedad privada y, por tanto, la soberanía del poder descansa en las bases o fundamentos que le sirven de principio y forma al derecho natural. El derecho de estado es un derecho delegado para el ejercicio de la violencia como medida “restaurativa” del derecho natural.

### 3.1.3. I Kant: ¿Entre la filosofía moral y el derecho?

Ahora bien, a mi parecer el pensador del derecho moderno más lúcido sobre las condiciones de posibilidad que brotaron en el escenario de la formación del Estado, el derecho y la economía fue Immanuel Kant<sup>18</sup>. Estas condiciones

---

<sup>17</sup> LOCKE, John. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Op. Cit. pp. 135-140.

<sup>18</sup> KANT, Immanuel. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2005. Versión del alemán e introducción por GONZÁLEZ VICEN, Felipe. Ver también O' CONNOR, D.J. (Compilador). *Historia Crítica De La Filosofía Occidental*. Barcelona: V. Ediciones Paidós. 1983. Ver también: JIMÉNEZ PEÑA, Gabriel. “Kant: El Derecho y la Ética en el Bicentenario de la Metafísica de las Costumbres”. *Revista Pensamiento Jurídico* No. 8. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Colombia. 1997. Bogotá.

de posibilidad de la experiencia humana no solo se constituyen en un devenir histórico sino en las potencialidades para la construcción del sistema de responsabilidad de los sujetos sociales que se desenvuelven concomitantemente dentro de esas mismas condiciones. Por eso es significativo su texto sobre ¿Qué es la Ilustración?<sup>19</sup> Aquí es donde nos recuerda nuestro ingreso a la modernidad gracias a la obtención de nuestra mayoría de edad, es decir, a nuestra capacidad individual de atrevernos a pensar libremente y guiarnos por los dictámenes de nuestra razón. Lo que nos interesa presentar aquí es que para Kant el interés primordial es el de establecer, como lo hace en la *Metafísica de las Costumbres*<sup>20</sup>, una argumentación que nos permite u obliga a separarnos de los impulsos y necesidades instintivas, para que éstas deban ser gobernadas por la determinación del propio arbitrio. Si bien es cierto, el arbitrio presupone una voluntad totalmente autónoma, la autonomía necesaria para alcanzar la libertad, ésta debe estar guiada por esa determinación de su propio arbitrio. La determinación del arbitrio, a su turno, no encuentra más posibilidad que seguir el camino señalado, ya no por el instinto, sino por el deber de ser libres. El ejercicio de la voluntad es el ejercicio de la razón- la razón práctica- Esta libertad no se encuentra propiamente en el mundo de la experiencia sensible sino en un ordenamiento, por decirlo de esta manera, que se encuentra constituido por fuera de ella e incluso es anterior a la propia experiencia. La moralidad que debe guiar las costumbres humanas se alimenta de la razón (práctica y pura), que encuentra o se alimenta de principios racionales. Pero Kant quiere establecer que la conducta moral y la conducta racional están asociadas unívocamente. Como nos lo señala Warnock<sup>21</sup>, “Podría sostenerse que aquello a lo cual un ser racional está obligado, como tal, es a evitar la contradicción. Ningún enunciado, ninguna teoría, ningún argumento, ninguna política práctica pueden ser racionalmente aceptables sin son contradictorios. Por ello, no es de sorprender que las diversas formulaciones de Kant del principio supremo de la moralidad sean todas equivalentes a exigir coherencia en la práctica y en los principios<sup>22</sup>. Lo principios de conducta que me propongo a mí mismo solo pueden ser racionalmente aceptados, en primer término, si puede también aplicarlos sin incurrir en incoherencias a valorar la conducta de otros y, en segundo término, si pueden ser adoptados sin caer en contradicciones por cualquier otro (y, por ende por todos). Esto es exactamente lo que implica la noción de reino de fines...Solo tales principios pueden figurar en una posible legislación universal y luego ser aceptados por todos sin que surjan conflictos”.

Como Kant concluye que la moralidad consiste en la relación de cada acción con esa legislación universal del reino de los fines, aquí presenta una verdadera antinomia en el sentido de determinar la adecuación del principio de la libertad con la legislación universalidad del reino de los fines. Estos principios metafísicos en parte los constituyen las dimensiones del tiempo y el espacio, que son categorías o “condiciones de posibilidad” para que se produzca cualquier experiencia libre.

Siguiendo nosotros con el trabajo de Warnock, Kant sostienen que las facultades humanas se clasifican así: 1) sensibilidad, utilizada en la sensación y en la percepción; 2) entendimiento, utilizado en la elaboración de conocimiento; y 3) razón utilizada en el razonamiento. Ahora bien, continúa Warnock, las verdades sintéticas *a priori* de la matemática enuncian las condiciones necesarias de la percepción. Las verdades sintéticas *a priori* de la ciencia natural enuncian las condiciones necesarias del pensamiento discursivo y las proposiciones de la metafísica expresan ciertas creencias o ideales que son prácticamente indispensables para el empleo de la razón. A partir de aquí, según Warnock, Kant nos presenta que existen conceptos puros del entendimiento que se aplican a priori, a objetos de la intuición en general. Todos estos conceptos o funciones específicas del entendimiento los

<sup>19</sup> KANT, Immanuel. ¿Qué es la Ilustración? Traducción de Rubén Jaramillo. Magazine Dominical, Espectador No. 78. Ver también: Cassirer, Ernest. La Filosofía de la Ilustración. F.C.E. 1984. México. También: Foucault, Michel. Sobre la Ilustración. Editorial Tecnó. 2006. Madrid.

<sup>20</sup> KANT. Op. Cit.

<sup>21</sup> WARNOCK G.J. "Kant". En: O' Connor (Compilador). Op. Cit., p. 56.

<sup>22</sup> RIVERA, Faviola. *Virtud y justicia en Kant*. México: Ed. Doctrina jurídica contemporánea. 2003.

denomina categorías. Así, no solo existen juicios sintéticos aprioris sino que existen categorías propias del entendimiento puro. Pero también, continúa Warnock, hay tantas experiencias diversas como seres humanos; pero hay solo un mundo, un mundo público, de la experiencia de todos ellos...La suposición misma de que sucede algo en el mundo implica que todos los seres humanos tienen o pueden tener ciertas experiencias particulares; pero si las experiencias de una persona fueran incompatibles con todas las experiencias de los demás, no podría surgir la idea de que hay un mundo común.

La libertad no consiste en estar “no sujeto” a la ley. Por el contrario, la libertad al estar esencialmente asociada a la moralidad, nos informa que ser libre es a la vez ser responsable. Los principios morales deben poner en claro y demostrar que éstos son invariables e incondicionales: Categóricos. Como para Kant existiría una primacía de los principios morales sobre la religión y la ciencia, establece que la guía verdadera de la acción del hombre debe convertirse en un imperativo categórico que se resume en: Actúa solo de acuerdo con aquella máxima de la que puedas desear también que se convierta en ley universal.

De hecho, estas categorías son de por sí aprioris y se imponen como imperativos categóricos que se constituyen como el deber ser de todo conocimiento posible y de ordenador de la conducta humana. Sobre estas bases, la moralidad humana es conditio *sine qua non* para encauzar la acción individual dentro de la perspectiva de alcanzar la verdad de la libertad. La verdad es por eso una condición de la libertad, por ello la tarea de alcanzarla constituye el principio interno de la libertad. Para Kant<sup>23</sup>, el ejercicio de la voluntad es el ejercicio de la razón y, por tanto, el hombre no es solamente parte del orden de la naturaleza pues de no serlo estaría preso de la causalidad natural y no sería libre. Tener libre voluntad para Kant es algo más que ser simplemente libre; no es simplemente poder de actuar como se desee, sino también tener la capacidad de reflexionar y decidir acerca de cómo se debe actuar, incluso hasta en oposición de los propios deseos.

De manera sintética podríamos presentar lo anteriormente expuesto de la siguiente manera, a saber:

- Las condiciones de posibilidad de la experiencia humana libre y responsable, que se presentan en la modernidad, son el de poder pensar por sí mismo y el de tomar sus propias decisiones de forma a los dictámenes ordenados por la moralidad que lo hace responsable.
- El pensar por sí mismo tiene un doble significado: de un lado, el reconocimiento y vigencia del ser individual; de otro lado, asistir a la mayoría de edad del ser individual mediante el reconocimiento de su mayoría de edad. Ser mayor de edad es atreverse a pensar por sí mismo pero bajo los dictados de la razón. Esta condición permite cierta asimilación o congruencia entre lo individual y lo colectivo.
- Las dos consecuencias anteriores constituyen el advenimiento de la ciudadanía en su doble naturaleza: en su fuero interno como moralidad y en su fuero externo como legalidad. La ciudadanía es responsabilidad no solo del ser externo sino responsabilidad consigo mismo. La diferencia entre una y otra estaría en que los conflictos de la moralidad no tendrían la coacción física como soporte y, en cambio, los conflictos del derecho supondrían la coacción física.
- El ser individual que hace parte de estas condiciones de posibilidad logra ser, gracias a la mediación de la razón y a los imperativos categóricos, ser también secundariamente sociales.
- Si bien es cierto que las máximas kantianas<sup>24</sup> encontramos orientaciones para la razón y el buen obrar, que podríamos establecer aquí como principios de justicia, estos principios solo los podemos establecer de manera

---

<sup>23</sup> WARNOCK G.J. Op. Cit.

<sup>24</sup> Podemos recordarlas así: Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal. Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca

a priori, trascendental. La razón teórica o pura sería la única capacitada para aproximarse a los aprioris kantianos que ilustran el horizonte de sentido del ser individual o del ser social. En otras palabras, el contenido del derecho no se encuentra instalado en la libertad e igualdad del sujeto, aún en su existencia como segunda naturaleza, sino en la abstracción ideal que muchos señalan definen el carácter del idealismo de Kant.

El derecho y su función se presentan en Kant de manera ambigua en la medida en que puede leerse en un doble sentido: de un lado, en que éste solo expresaría su capacidad de recurso coercitivo como instrumento para delimitar los límites que se puedan infringir con la invasión de los derechos de cada uno respecto a los derechos de los otros; de otro lado, el derecho tienen un carácter vinculante entre todos los miembros de la organización social en la medida que su naturaleza de “vinculatoriedad” que éste posee y por tanto contiene en sí mismo un principio de obligatoriedad. Dicho de otra forma, el derecho vincula la separación atomística del derecho subjetivo que se encuentra en cada persona. Claro está que a diferencia de otros ius naturalistas, el derecho subjetivo de Kant está vinculado normativamente a la moralidad y a la ética, que se derivan de los presupuestos por él establecidos para aproximarnos a las verdades humanas que dependen de un ordenamiento extra mundano.

### 3.2 Límites conceptuales de los abordajes precedentes

Es posible señalar, siguiendo la tradición inaugurada por Marx<sup>25</sup>, que el hombre es un ser gregario por “naturaleza” y que en el transcurso del desarrollo histórico real se va individualizando. En este sentido podemos apreciar como Marx, en múltiples trabajos, insiste que la existencia de la persona empírica sobre la que se monta la teoría jurídica moderna no solo es engañosa sino que produce una falta de comprensión o una obnubilación de las relaciones sociales modernas. Sin duda la persona empírica es el sustento del sujeto de derecho y de la conciencia jurídica, pero esa fenomenología constituye una mistificación social.

La mistificación a la que nos referimos es ideología jurídica en el sentido de reintroducir a la persona empírica, dentro de la producción de la historia social, como condición natural de esas mismas condiciones sociales de la producción, obligando a tratar a la persona natural como parte de la zoología y a las constantes transformaciones de la historia de las relaciones sociales como una historia sin historia y sin tiempo, sin entender la diferencia específica y los cambios cualitativos de las distintas formas de organización. Los órdenes sociales dentro de su aparición temporal son generalmente analizados como fenómenos en su forma general, como hechos sociales constantes, permanentes, inmutables, imperecederos y dentro de una misma concepción de tiempo y espacio como soportes apriorísticos de su encubación y desarrollo.

El empirismo de la teoría jurídica moderna no solo nos lleva a querer entender la hegemonía y constitución de las categorías jurídicas básicas como determinaciones o elementos constitutivos de todas las formaciones sociales, comportándose en cierta medida como los *a priori* de Kant e insistiendo por esa vía en la historicidad de sus condiciones particulares y concretas. De hecho podemos afirmar que en el fondo lo que se pretende mantener es el carácter a histórico del derecho en sus elementos básicos, su necesario e inevitable discurrir, su esencialismo y elemento constitutivo de la historia natural y no social de los seres humanos.

De la misma manera es necesario recordar que otro efecto de la mistificación del derecho moderno es pensar que su producción, naturaleza y forma de aparición en la “regulación” de las relaciones humanas o sociales es el

---

solamente como un medio. Obra de tal manera que por la máxima de tu acción puedas representarte a ti mismo como un legislador universal.

<sup>25</sup> MARX, Karl. *El Capital. Crítica de la Economía Política*. Bogotá: FCE. 1977. Del mismo autor: Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Borrador). 1857-1858. Argentina": siglo XXI. Editores. 1972.

pensar que las normas jurídicas, forma como se objetiva el mundo del derecho, pueden ser el resultado de dos posibilidades, a saber:

De un lado, el derecho y sus normas brotan de la materialidad casi inorgánica de la constitución humana de manera como es relativamente aceptado por las tesis del derecho natural y consuetudinario;

De otro lado, como derecho escrito y positivo la materialidad natural del hombre se presenta como colocada en forma de una fotografía que captura la realidad, en donde ya las cualidades de ésta terminan determinando y fijando las cualidades y límites de esa misma materialidad. El sujeto de Derecho positivo se presenta ahora como el sujeto de la persona natural y éste constituye el predicado de aquella.

**En la primera situación**, es necesario examinar si esas condiciones materiales de existencia son un producto o resultado de la historia social de la producción o, si por el contrario, constituyen los presupuestos de cualquier tipo de organización social. Si admitimos la terminología construida por Kant podríamos tener dos posibilidades: una, entender que las condiciones de posibilidad para la existencia de la experiencia y el conocimiento se refieren a presupuestos para todo tipo de producción social; dos, entender como así nosotros creemos, que corresponden a los presupuestos o condiciones de posibilidad de la modernidad.

En realidad nuestra lectura de la concepción del derecho natural inaugurada por Kant reconoce que éste acepta con el advenimiento de la modernidad una ruptura radical en el proceso de formación de la historia social que tiene un impacto abrupto en las formas del pensar y de producción del conocimiento. La mayoría de edad es un estadio social basado sobre la “emancipación” del pensar por sí mismo mediante el nacimiento en sociedad del individuo. El individuo arrojado a su propia determinación permite la aparición en él de la autonomía de la voluntad privada, que le sirve de instrumento para acceder, mediante la razón y el raciocinio, a alcanzar su propio bienestar y coexistencia pacífica dentro del mundo del individuo como átomo. Su filosofía moral de “no hagas a los demás lo que no quieres que te hagan” pareciera razón suficiente y un buen principio o máxima para encontrar el equilibrio de la universalidad del derecho. En este sentido podríamos señalar que la construcción de esos principios de moralidad práctica es un presupuesto de defensa de la autonomía de la voluntad y del pensar por sí mismo. Sin embargo, a pesar que esa nueva constitución del ser social parece ser el resultado de un proceso en la evolución histórica, permite entender que esas condiciones y capacidades de existencia del ser autónomo son nuevamente entendidas como parte de la historia natural o, de otra forma, de un evento social nuevamente naturalizado. La universalización y abstracción del conocimiento tanto de la naturaleza como del obrar serían una facultad del pensamiento. Las formas de las ideas estarían ubicadas en las ciencias de la lógica, del pensamiento puro, reconociendo de paso una separación entre forma (pensar) y contenido (materia) en donde la verdad, la producción y la transformación, provienen de la capacidad formadora y creativa de las ideas. En cierto sentido esta aproximación de la nueva construcción del conocimiento es la misma de la de Galileo<sup>26</sup> quien afirmaba que “la naturaleza es un libro abierto escrito en lenguaje matemático”. Su posible diferencia, la de Kant, estaría centrada en su búsqueda de una ciencia como metafísica, es decir, de un conocimiento sin experiencia.

**En la segunda situación**, en decir en la transformación del derecho natural al derecho positivo, podríamos sugerir algunas características o supuestos que generan dentro de la conciencia común de la sociedad, así:

El derecho positivo como derecho de estado se ve como la obra de los legisladores ilustrados, que gracias a sus conocimientos y virtudes –muy próximos a la manera del estadio teológico de Comte<sup>27</sup>– creen ser los artífices de

---

<sup>26</sup> KOYRÉ, Alexandre. *Estudios Galileanos*. Bogotá: Siglo XXI Editores. 1981. Del mismo Autor: *Estudios de la Historia del Pensamiento Científico*. Bogotá: Siglo XXI Editores 1982.

<sup>27</sup> Ver la síntesis que sobre Comte realiza TREVES, Renato. *Introducción a la Sociología del Derecho*. Madrid: Taurus Ediciones. 1978.

la creación del orden social mediante la ciencia jurídica. Esta perspectiva fue la asumida por Kelsen<sup>28</sup>, quien, por su absurda pretensión de ver las relaciones humanas como subsumidas plenamente al ordenamiento jurídico, no logra entender otras formas de convivencia social como las de solidaridad, comunión, afecto, etc. La reciprocidad como fundamento de la igualdad se establece como material incrustado dentro de las relaciones sociales, sin permitir las expresiones de generosidad o pertenencia entre los grupos sociales. Esta perspectiva la podemos tempranamente advertir en la formulación del derecho social de Gurvitch<sup>29</sup>.

De la misma manera, el Derecho positivo es por esencia soberbio en la medida en que considera al mundo de la “sociedad civil” como materia sin forma, como un territorio devastado, y se percibe dueño de la juridicidad de la sociedad. Aún la existencia del derecho privado es tenida como propiedad y arbitrio de su propia voluntad o soberanía. No se diga del derecho público. La norma de normas expresa un orden de relaciones de necesidad entre actores-normas que no es otra cosa que entre sujetos que son tan solo los representantes de esas mismas normas. La producción de la norma se explica dentro de ella misma, o mejor, no tiene explicación sino como teoría pura del derecho, como normativismo vacío al que no le queda más camino que apelar a la lógica repetitiva de su propia dinámica, a la llamada lógica deóntica, es así que solo logra ser dogmática.

Claro está que aquí no podemos engañarnos en entender por lo expuesto más arriba que debemos entender al Derecho positivo como mera idealidad y formalismo (aquí es necesario decir que no podemos confundir o identificar el concepto o categoría de forma con la de formalismo). El Derecho positivo con su nivel de universalización y abstracción<sup>30</sup>-al igual que el Estado de Derecho-constituyen un universal concreto que le permite al derecho de estado y al Estado de Derecho existir para cumplir funciones específicas dentro del orden social.<sup>31</sup>

A lo que nos referimos como universal concreto es que la función del derecho y del estado, su necesidad exterior y, por tanto, la justificación de su existencia sienta sus bases no en su inmanencia o necesidad interna sino en la existencia de la organización social productiva basada sobre relaciones de producción y apropiación de naturaleza privadas. La propiedad privada requiere para su propia existencia su propia defensa, que se constituye en una condición general de todo el sistema orgánico de sus relaciones recíprocas. De cierta forma podríamos decir que el derecho y el estado moderno es una condición general de la producción que se realiza sobre los cimientos de la propiedad privada. Por tanto, aunque el derecho y el estado aparecen como un universal concreto, por encima de la “sociedad civil”, produciéndola y determinándola a través, por ejemplo de la constitución política y del estado político, nosotros insistimos que existe un Estado “no político”<sup>32</sup> y una constitución material, que se encuentra en la raíz de las mismas relaciones sociales de producción.

La diferenciación entre el derecho público y el derecho privado considerada como esferas independientes o con autonomía relativa es una aproximación confusa que no nos permite aproximarnos a un entendimiento más verdadero del fenómeno del derecho y el estado moderno, su naturaleza, fuentes y funciones. Para nosotros la estatalidad y el derecho corresponden a una realidad que abarca el conjunto de las relaciones sociales. El estado no político y el estado político como el derecho privado y el derecho público (o derecho político en términos de

<sup>28</sup> KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México: UNAM. 1979.

<sup>29</sup> GURVITCH, Georges. *La Idea del Derecho Social*. Granada: Editorial Comares S.L. 2005.

<sup>30</sup> CORREA, Oscar. *Introducción a la crítica del derecho moderno*. México: Universidad Autónoma de Puebla. 1986.

<sup>31</sup> Sobre una discusión muy práctica sobre este tema se puede consultar a MÚNERA RUIZ, Leopoldo en: *Fragmentos de lo Público-Político*. Colombia Siglo XIX. Medellín: La carreta editores. 2009.

<sup>32</sup> MARX, Karl. *Crítica del Derecho del Estado Hegeliano*. Caracas: Universidad Central de Venezuela. 1980. Para una aproximación y familiarización del derecho en Marx ver también el trabajo organizado JARAMILLO VÉLEZ, Rubén. *Marx y El Derecho*. Escritos de Juventud. Bogotá: Editorial Argumentos. 1983.

Montesquieu) son diferenciaciones de una misma totalidad, de una misma forma general: la forma jurídica estatal. Esta se encuentra presente y desplegada en toda la microfísica del poder, en la figura del estado monocéntrico y del estado policéntrico.

El Estado de Derecho positivo (Estado de Derecho y derecho de estado)<sup>33</sup> se encuentra preso entre la determinación absoluta de la necesidad y de los derechos naturales por un lado y, entre el poder de la razón y la razón del poder (que no es otra cosa que “la razón de estado” de Maquiavelo<sup>34</sup>). Entre el derecho natural y el Derecho positivo más que una interdependencia existe una determinación de necesidad basada en que el primero requiere la existencia de éste e inversamente el segundo vive de la necesidad de aquél. La función deriva de la forma pero a su turno hace parte de ella. En este sentido la existencia del Estado de Derecho moderno no solo cumple una función, como capitalista colectivo ideal, de la forma que adquieren las relaciones sociales entre propietarios privados sino que pertenece a esa misma forma social en un doble sentido:

- En el primer sentido, su determinación interna, que es su propia necesidad para el cumplimiento de su función o simple determinación externa, el estado para existir como universalidad concreta y singularidad debe admitir necesariamente un derecho natural, un mundo en donde reina la propiedad privada, lugar de donde brota su alimento mediante la existencia de la obligación jurídico tributaria y de los tributos.
- En el segundo sentido, el Estado de Derecho positivo debe negar parcial o temporalmente el derecho natural que sustenta la propiedad privada pues no lograría justificar y legitimar su propia existencia dentro del orden social como universal concreto, como lugar de existencia y proyección del hombre genérico, del sujeto de derecho, su abstracción y generalidad, de la igualdad ante la ley y la prevalencia y subordinación al interés general y al derecho de estado<sup>35</sup>.

La idea del derecho natural y la idea del Derecho positivo en su mutua determinación contradictoria no logran satisfactoriamente producir un entendimiento del derecho y el estado moderno más allá de su propia lógica interna<sup>36</sup>. Aunque pretenda funcionar desde una dinámica autopoiética y auto referencial, como ha sido históricamente la dicotomía que la misma sociología jurídica ha venido transitando (por lo menos como nos la presentó Renato Treves<sup>37</sup>), es necesario a nuestro juicio apelar, a otras contribuciones, particularmente provenientes de la teoría social crítica y de la teoría crítica de la sociedad.

## CONCLUSIONES

En este ensayo hemos querido presentar de manera pedagógica los puntos de partida y los principios sobre los que se fundamentan las argumentaciones de pensadores clásicos de inicios de la Modernidad<sup>38</sup>, que a nuestro juicio parecen tener cierta vigencia en el campo de los pensadores contemporáneos encargados de generar discursos

---

<sup>33</sup> RODRÍGUEZ M., Eduardo. *La Agonía del estado de derecho positivo*. Universidad Autónoma de Colombia. 2008. Bogotá.

<sup>34</sup> MAQUIAVELO. *El Príncipe*. Bogotá: Ed. El cóndor. 1974.

<sup>35</sup> MONCAYO, Víctor Manuel. “Sobre la naturaleza del derecho como forma social de la dominación”. En *Revista Jurisprudencias*, No.1. ILSA. 1.990. Bogotá.

<sup>36</sup> CORREAS, Oscar. *Teoría del Derecho*. México: Fontanamara. 2004. Desde una perspectiva totalmente diferente pero igualmente insatisfactoria ver, por ejemplo, Teubner Gunther. *El Derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005.

<sup>37</sup> TREVES, Renato. Op. Cit.

<sup>38</sup> RIVERA, Faviola. *Virtud y Justicia en Kant*. México: Ed. Doctrina jurídica contemporánea. 2003. Ver también FOUCAULT, Michael. *Sobre la Ilustración*. Estudio preliminar de Javier de la Higuera. Madrid: Ed. Tecno. 2006. Ver también, CASSIRER, Ernest. *La filosofía de la Ilustración*. México: FCE. 1984.

no solo para mantener intactos los procesos de legitimación del Derecho, sino también con el ánimo de construir modelos de juridicidad más o menos adecuados a las exigencias de los tiempos de hoy, sin poder romper con el lastre del pasado heredado de la filosofía y teoría del derecho inaugurada desde hace tanto tiempo y hoy en día profundamente cuestionada no tanto en los ámbitos académicos y políticos sino en el escenario de las nuevas realidades sociales y económicas de nuestros días.

Sin duda las reflexiones presentadas en estas líneas no han pretendido hacer un recorrido riguroso de la historia y los debates del pensamiento jurídico. Nos hemos concentrado tan solo en unos pocos autores, eso sí muy representativos, pero que no logran abarcar el horizonte de la larga tradición jurídica moderna. Por esto, aquí no se ha pretendido hacer una reconstrucción del pensamiento del extenso panorama de los autores ius naturalista clásicos, de la escuela utilitarista, de la escuela histórica del derecho, de la escuela analítica, del pensamiento del positivismo jurídico, como tampoco, realizar un examen del conjunto variado y complejo de sus presupuestos, sus implicaciones y sus limitaciones<sup>39</sup>. Como se puede ver en este artículo su pretensión es evidente mucho menor y menos pretenciosa, aunque debemos reconocer que la tentación de realizar un esfuerzo de esta naturaleza está presente.

Por el momento, quisiéramos tan solo presentar algunas razones que justificarían realizar una lectura crítica sobre ese acervo de construcciones conceptuales sobre el Derecho arriba mencionadas a saber:

La organización social productiva dentro de la cual se han venido construyendo las distintas tesis de los juristas, para adecuar la juridicidad a las transformaciones de las relaciones sociales de producción dentro del escenario del capitalismo, hoy en día asiste a profundas y aceleradas transformaciones de diversos órdenes. Es posible afirmar que tanto dentro del mundo de los juristas, de los académicos y de las personas de carne y hueso se entiende que el mundo contemporáneo necesita de un nuevo derecho existe una verdadera resistencia en aceptar esta emergencia. Esta actitud puede explicarse quizás a la dificultad de comprender la naturaleza y significación de las transformaciones en curso o, a la dificultad de imponer socialmente distintas alternativas o modelos de juridicidad o, también al riesgo que puede representar el cambio de una nueva alteridad jurídica en términos de la gran inseguridad que puede representar a la esfera de la regulación y el control social

Siempre se ha dicho que el orden jurídico es el que más tardíamente reacciona a los cambios de la sociedad. Sin embargo, hoy podemos señalar que a pesar de la tendencia todavía dominante del viejo derecho existe un proceso relativamente acelerado de construcción de un orden jurídico más adecuado a las realidades productivas y sociales, e incluso más punitivo con relación al control social y a la producción de la vida, que requiere la sociedad contemporánea. Esta situación sin duda viene expresando un verdadero campo de tensión y de contradicciones que reflejan el estado de crisis por la que atraviesa el derecho hoy, crisis que muy bien puede ser entendida como una patología que presenta síntomas mórbidos entre lo que está muriendo y lo que está por nacer, para emplear la metáfora sugerida por Gramsci.

Es posible afirmar que el modelo de positivismo jurídico vigente durante casi todo el siglo XX viene desmoronándose aceleradamente con el advenimiento o instauración del capitalismo globalizado. Los fenómenos asociados con la aparición de las nuevas tecnologías, con la desterritorialización de la producción, con la pérdida de la soberanía del Estado Nación, con la difusión de múltiples fuentes de producción del derecho, etc. nos convidan a pensar en las imposibilidades de consolidación de un nuevo derecho en términos de ordenamiento legal presente en la perspectiva positivista y Kelseniana.

<sup>39</sup> Aquí estamos hablando de la emergencia de una producción de un pensamiento crítico sobre el papel discursivo y legitimador de las doctrinas jurídicas pero de manera diferente al trabajo que ya realizó el jurista italiano Norberto Bobbio. Ver BOBBIO, N. *El Positivismo Jurídico*. Madrid: Ed. Debate. 1998.

También podemos señalar que las transformaciones en curso sugieren la constitución de nuevos sujetos transnacionalizados que dibujan un cambio profundo en las relaciones internacionales. No solo hablamos aquí de las empresas que promueven la transnacionalización del capital sino al mismo tiempo de un proceso de construcción de sujetos y subjetividades que pretenden o portan esa misma naturaleza. Estas circunstancias confirman la crisis del Estado Nación y de los ordenamientos jurídicos internos, como también del propio derecho internacional público precedente, basado fundamentalmente en el reconocimiento de la personalidad de los Estados Territoriales Soberanos.

En este mismo sentido, es necesario señalar también que la denominada “crisis ambiental” por la que transitamos viene poniendo sobre el tapete una discusión sobre los derechos de la naturaleza que la incorporan como un nuevo sujeto de derecho con verdadera personalidad legal. Las implicaciones de estos desarrollos e su impacto en las relaciones sociales sin duda todavía son insuficientemente aprehendidos e inciertos.

Si hoy en día en donde asistimos al colapso del positivismo jurídico y a los intentos inacabados de ensayos académicos y políticos que pretenden, de manera renovada, “actualizar” viejas tesis ius naturalistas basadas o sustentadas, por ejemplo, en los desarrollos de las biotecnologías o de las llamadas neurociencias, que nos convidan a olvidar los determinantes de fondo de las relaciones sociales capitalistas, para situarlas en un inaccesible lugar cerebral o genético que quiere explicar las conductas individuales, como derivadas o efecto de un determinismo biológico sin ningún tipo de asociación con la organización social de la que participan o hacen parte, **la necesidad de volver al examen crítico de las tesis ius naturalistas de nuevo tipo** constituyen una verdadera y necesaria tarea para los estudios del derecho desde la perspectiva de la ciencia social crítica. El dinamismo acelerado de la denominada sociedad del conocimiento o sociedad red le imponen a la sociología jurídica crítica asumir el papel de quitar el llamado “velo de ignorancia”<sup>40</sup> de las argumentaciones mistificadoras, que pretende o buscan inútilmente detener la potencia verdaderamente transformadora de la creación e imaginación del trabajo humano contemporáneo, que puede incluso llevarnos a un terreno más allá del derecho. De allí que consideramos que estas líneas que hemos elaborado se justifican plenamente.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Fabián. *Universo de la Política*. Bogotá: Ed. Pedagogía para lo superior. 2004.
- ARIZALA, José. *Nociones de Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia. 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría General Del Derecho*. Bogotá: TEMIS. 2002.
- BRONOWSKI, J. y MAZLISH, Bruce. *A Tradicao Intelectual do Ocidente*. Lisboa: Edições 70. 1983.
- CALVO GARCÍA, Manuel. *Transformaciones del Estado y del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005.
- CASSIRER, Ernest. *La Filosofía de la Ilustración*. México: FCE. 1984.
- DÍAZ, Elías. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Ed. Taurus, 1981.
- FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2001.
- FERRARI, Vincenzo. *Derecho y Sociedad. Elementos de sociología del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Sobre la Ilustración*. Madrid: Editorial Tecno. 2006.

---

<sup>40</sup> Concepto totalmente inverso al utilizado por RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: FCE. 1995.

- GIANNOTTI, José Arthur. *Trabalho e Reflexão*. São Paulo: Editora Brasiliense. 1983.
- GRÜNER Eduardo. “El Estado: pasión de multitudes. Spinoza versus Hobbes, entre Hamlet y Edipo”. En BORÓN, Atilio. *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*. Buenos Aires: Clacso. 2003.
- GURVITCH, Georges. *La idea del Derecho Social*. Granada: Editorial Comares S.L. 2005.
- HABERMAS Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madrid: Ed. Trotta. 1998.
- HOBBS, Thomas. *Leviatán*. México: Ediciones FCE. 1994.
- JARAMILLO VÉLEZ, Rubén. *Marx y el Derecho*. Escritos de Juventud. Editorial Argumentos. 1983. Bogotá.
- JIMÉNEZ PEÑA, Gabriel. Kant: “El Derecho y la Ética en el Bicentenario de la Metafísica de las Costumbres”. *Revista Pensamiento Jurídico* No. 8. Bogotá: Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Colombia. 1997.
- KANT, Immanuel. *Introducción a la teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2005. Versión del alemán e introducción por Felipe González Vicen.
- \_\_\_\_\_ “¿Qué es la Ilustración?” Traducción de Rubén Jaramillo. *Magazín Dominical, Espectador* No. 78.
- KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México: UNAM. 1979.
- \_\_\_\_\_ *Socialismo y Estado*. Bogotá: Siglo XXI editores. 1982.
- \_\_\_\_\_ *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Lozada. 1946.
- LOCKE, John. *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*. Buenos Aires: Editorial Losada. 2003.
- \_\_\_\_\_ *La ley de la naturaleza*. Madrid: Ed. Tecnos. 2007.
- \_\_\_\_\_ *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Bogotá: FCE. 1994.
- MARQUARDT, Bernd. “La cuestión ecológica de la revolución industrial y la habilidad para el futuro de la civilización occidental”. En *Revista Pensamiento Jurídico* No. 25. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá. 2009.
- MARX, Karl. *El Capital. Crítica de la economía política*. Bogotá: FCE. 1977.
- \_\_\_\_\_ *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*. (Borrador) 1857-1858. Argentina: Siglo XXI. Editores. 1972.
- \_\_\_\_\_ *Crítica del Derecho del Estado Hegeliano*. Caracas: Universidad Central de Venezuela. 1980.
- MONCAYO, Víctor Manuel. “La Multitud: Sujeto y Predicados. Una invitación a la lectura de Paolo Virno”. En: MÚNERA RUÍZ, Leopoldo (Editor). *Normalidad y excepcionalidad en la política*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2008.
- MORRESI, Sergio. “Pactos y política. El modelo lockeano y el ocultamiento del conflicto”. En: BORÓN, Atilio *La Filosofía política Moderna. De Hobbes a Marx*. Buenos Aires: Clacso. 2003.
- PACHÓN SOTO, Damián. *Ensayo de filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Incca de Colombia. 2008.
- POUSADELA, Inés. “El contractualismo hobbesiano”. En BORÓN, Atilio A. *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*. Clacso. 2003. Buenos Aires.
- PRODI Paolo. *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho*. Buenos Aires: Katz Editores. 2008.

RIBEIRO Renato Janine. “Thomas Hobbes o la paz contra el clero”. En: BORÓN, Atilio A. (Compilador). *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*. Buenos Aires: Clacso. 2003.

ROSSI Miguel Ángel. “Aproximaciones al pensamiento político de Immanuel Kant”. En: BORÓN, Atilio A. (Compilador). *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*. Buenos Aires: Clacso. 2003.

RODRÍGUEZ M., Eduardo. *La Agonía del Estado de Derecho Positivo*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia. 2008.

ROUANET, Sergio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras. 1987.

SÁNCHEZ, Ángel Ricardo. *La Emancipación De Los Derechos Humanos*. Universidad Nacional de Colombia. 2007. Bogotá.

SIEP Ludwig. *La actualidad de la filosofía política práctica de Hegel*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007.

TOBÓN SANÍN, Gilberto. *Filosofía del Derecho. Una crítica marxista y al marxismo*. Bogotá: Ed. Dike. 2002.

TREVES, Renato. *Introducción a la sociología del Derecho*. Madrid: Taurus Ediciones. 1978.

KOYRÉ, Alexandre. *Estudios Galileanos*. Bogotá: Siglo XXI Editores. 1981.

\_\_\_\_\_ *Estudios de la historia del pensamiento científico*. Bogotá: Siglo XXI Editores 1982.

VÁRGANY, Tomás. “El pensamiento político de John Locke y el surgimiento del liberalismo”. En: BORÓN, Atilio A. *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*. Buenos Aires: Clacso. 2003.

WARNOCK, G.J. “Kant”. En: O’CONNOR (Compilador). *Historia crítica de la filosofía occidental*. Barcelona: V. Ediciones Paidós. 1983.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direita*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2003.

\_\_\_\_\_ *Síntese de uma história das ideias jurídicas. Da antiguidade clássica a modernidade*. Florianópolis: Ed. Fundacao Boiteux. 2006.