

Principia IURIS

17



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

Experiencia y Calidad



FACULTAD DE
DERECHO
Acreditación de
Alta Calidad

Resolución MRE 44' 3504
del 25 sept de 2011

Principia IURIS

Tunja
Colombia

N° 17

pp. 01 - 424

enero
julio

2012

ISSN: 0124-2067

CIS 
Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

CATEGORÍA COLCIENCIAS 

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO
PRINCIPIA IURIS
N° 17**

Tunja, 2012 – I

Principia IURIS	Tunja, Colombia	N° 17	pp. 1-424	Enero Julio	2012 - I	ISSN:0124- 2067
--------------------	--------------------	-------	-----------	----------------	----------	--------------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Director

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

Número de la revista

DIECISIETE (17)

PRIMER SEMESTRE DE 2012

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia

Teléfono : (8) 7440404 Ext. 1024

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co

dhiguera@ustatunja.edu.co

Diseñador Portada:

Santiago Suárez Varela

Corrección de Estilo:

Mg. Eyder Bolívar Mojica, docente investigador de la Facultad de Derecho

Revisión inglés:

Ángela Marcela Robayo Gil

Revisión francés :

Ph. D. Andrés Rodríguez Gutiérrez.

Estudiante participante:

Juan Sebastián Hernández Yunis

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

MISIÓN INSTITUCIONAL

Inspirada en el pensamiento humanista-cristiano de Santo Tomás de Aquino, consiste en promover la formación integral de las personas en el Campo de la Educación Superior, mediante acciones y procesos de enseñanza- aprendizaje, investigación y proyección social, para que respondan de manera ética, creativa y crítica a las exigencias de la vida humana y estén en condiciones de aportar soluciones a la problemática y necesidades de la sociedad y del País.

VISIÓN INSTITUCIONAL

La visión, como proyección de la misión a mediano plazo, prospecta así la presencia y la imagen institucional de la Universidad Santo Tomás: interviene ante los organismos e instancias de decisión de alcance colectivo; se pronuncia e influye sobre los procesos que afectan la vida nacional o de las comunidades regionales, busca la acreditación de sus programas como la acreditación institucional; incentiva los procesos de investigación y es interlocutora de otras instituciones tanto educativas como empresariales del sector público y privado.

MISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO

Aplicando los principios rectores de la pedagogía y de la filosofía del derecho Tomista, mediante el sistema de módulos por núcleos problemáticos, la facultad forma juristas competentes, propositivos, críticos y conciliadores, capaces de interpretar y transformar la realidad socio jurídica regional y del país, fruto de una adecuada labor investigativa, en permanente construcción del conocimiento que redunde en beneficio de la sociedad, para encarar los desafíos del mundo.

VISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO

La Facultad de Derecho posee un programa, cuyo Proyecto Educativo - Sistema Modular se fortalece con procesos académicos, investigativos y de proyección social, en virtud del trabajo conjunto con distintas entidades regionales, gubernamentales, no gubernamentales y de cooperación internacional, que le permiten consolidar una comunidad universitaria que desborda y trasciende su actividad en las aulas para procurar alimentar y liderar la transformación del entorno, en la búsqueda permanente de un mejor bienestar común, como testimonio de la misión tomista.

Es una facultad abierta y comprometida con proyectos de desarrollo local y regional en materia socio-jurídica, producto de la investigación institucional, en donde son artífices sus estudiantes, docentes y directivos.

Una facultad que aspira a liderar procesos de cambio y defensa de las comunidades más débiles y pobres, a las que ofrece un servicio social, no sólo en la solución de sus

problemas jurídicos sino también para los correspondientes a sus necesidades sociales más sentidas, en coordinación con las otras facultades de la Universidad y dentro de un marco de humanismo y de valores cristianos, que son soportes de la formación ética de sus estudiantes.

MISIÓN DE LA REVISTA

Principia Iuris es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultados definitivo o parcial de los resultados de investigaciones en el campo Socio-Jurídico, así como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.

En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista Principia Iuris se dirige a la comunidad científico-jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.

TRÁMITE EDITORIAL PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN PRINCIPIA IURIS

1. Recepción de Artículos: Los artículos que pretendan publicarse en la revista Principia Iuris deberán ser enviados al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas en formato impreso y digital o al correo electrónico del contacto, los cuales deberán guiarse por el instructivo para autores que aparece en la presente edición.
2. Anexo al artículo deberá presentarse la declaratoria de originalidad del artículo, pudiendo guiarse del formato que presentamos en este ejemplar.
3. Los artículos que cumplan condiciones mínimas serán seleccionados para ser enviados a Pares Evaluadores; de preferencia externos, con publicaciones en el área y formación investigativa, los cuales tendrán un término de 15 días para su calificación y deberán guiarse de acuerdo al INSTRUCTIVO PARA AUTORES PRINCIPIA IURIS.
4. Los artículos aprobados *con condiciones*, serán regresados al autor y este tendrá 5 días para su corrección, tras los cuales serán valorados por el editor quien tendrá 15 días para su aceptación o envío a nuevo par académico.
5. Los artículos *rechazados*, podrán ser sometidos a una segunda evaluación a solicitud del autor o el editor y podrán ser entregados en ocasiones futuras a la revista.
6. Los artículos seleccionados y aprobados *sin modificaciones* o una vez corregidos, serán enviados a corrección de estilo, edición y a comité editorial para su evaluación final.
7. De la decisión del comité editorial, se elaborará un acta, en la cual se exprese el tema tratado, la pertinencia para el quehacer científico y originalidad. En el acta podrán discutirse opiniones no presenciales, ya sea por mecanismos telefónicos o digitales.
8. El editor conserva facultades de adecuación del artículo para el cumplimiento de condiciones y requisitos. En todo caso sin alterar la esencia del escrito.
9. Tras la impresión, se realizará el depósito legal y la divulgación en formato digital y plataformas oficiales, entregándose a la comunidad científica la versión definitiva para su acceso.
10. PRINCIPIA IURIS Recibe durante todo el año, cartas, comentarios y sugerencias de manera académica de sus lectores.
11. El proceso de edición Principia Iuris 17 posee facultad para organizar la información correspondiente a los datos del autor y del texto, mencionando en primera nota la pie de página sin numeración la formación del autor con respecto a sus estudios de pregrado y postgrado, además de la filiación institucional del autor y medios para establecer contacto, bien sean por vía electrónica E- mail o por medio de números telefónicos fijos o móviles, aunado a lo anterior se establecerá con la siglas **AI** y **AE** si el autor es interno o externo; en un segundo pie de pagina sin numeración se debe

establecer el proyecto de investigación, su línea de investigación y el Método de análisis usado esclareciendo la tipología del artículo presentado.

DIRECTIVAS INSTITUCIÓN

Fray Aldemar Valencia Hernández, O.P.
Rector Seccional

Fray José Antonio González Corredor, O.P.
Vicerrector Académico

Fray José Bernardo Vallejo Molina, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho

DIRECTOR

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina
Decano de la Facultad de Derecho

EDITOR

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

COMITÉ CIENTÍFICO.

Ph. D Pierre Subra de Bieusses
Universidad París X, Francia

Ph. D Pablo Guadarrama
Universidad central de las Villas, Cuba

Ph. D Carlos Mario Molina Betancur
Universidad Santo Tomás, Colombia

Ph. D. Natalia Barbero
Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Ph.D. Alfonso Daza González
Universidad Externado de Colombia

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL

Fray José Antonio González Corredor, O.P.
Vicerrector Académico

Mg. Ángela María Londoño Jaramillo
Directora Centro de investigaciones

Mg Andrea Sotelo Carreño
Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo

COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.

Ph.D. Yolanda M. Guerra García
Madison University, Estados Unidos.

Ph.D. (c) Diego German Mejía Lemos
National University Of Singapore, Faculty Of Law

Ph.D. (c) Juan Ángel Serrano Escalera
Universidad Carlos III, España.

Ph.D. Alfonso Daza González
Universidad Externado de Colombia

CORRECTOR DE ESTILO

Mg. Eyder Bolívar Mojica
Docente Investigador de la Facultad de Derecho

PARES ACADÉMICOS INTERNOS

Mg. Daniel Rigoberto Bernal

Abogado Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Privado y Económico. Universidad Nacional de Colombia. Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas de la Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Mg. Robinson Arí Cárdenas

Licenciado en Filosofía, Periodista. Fundación Universitaria los Libertadores. Docente investigador, especialista en ética y docencia universitaria. Magíster en Filosofía USTA – Bogotá

Mg. Fernando Arias García

Abogado UPTC, Especialización en derecho comercial Universidad Externado de Colombia, Especialización en derecho procesal Universidad Externado de Colombia, Magíster en derecho administrativo Universidad Externado de Colombia. Juez administrativo, Docente investigador Facultad de Derecho Teléfono: 3008815664, email farias@ustatunja.edu.co.

Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas

Abogado, Universidad Santo Tomás, Doctor en Derecho Público Universidad de Nantes Francia, Docente e investigador Facultad de Derecho. Alexisramirezarenas@hotmail.com

Mg. Carlos Alberto Pérez Gil.

Filosofo Universidad Nacional De Colombia, Abogado Universidad Nacional De Colombia, Especialista en derecho público Universidad Nacional De Colombia, Magíster en derecho Universidad Nacional De Colombia, Docente investigador Facultad de Derecho, Teléfono: 3134529578, e-mail carlosperezgil57@hotmail.com.

Ph. D. (c) Fabio Iván Rey Navas

Profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal” de la Universidad de Salamanca. abogadorey@gmail.com

Mg. (c) Miguel Andrés López Martínez

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás Tunja. maloma11@hotmail.com

Mg. (c) Martin Hernández Sánchez

Abogado, Mg.(c) en Derecho. Docente Investigador miembro del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás seccional Tunja, Colombia. Email: martinusta@hotmail.com

Esp. Rubén Darío Serna Salazar

Abogado egresado de la Universidad Santo Tomás seccional Tunja; especialista en Derecho Tributario de la universidad del Rosario; docente de Derecho tributario de la universidad Santo Tomas Tunja.

PARES ACADÉMICOS EXTERNOS

Mg. Dominic Têtu

Historiador, B. A. Université Laval, Québec, Canadá. Magíster en Relaciones Internacionales (M. A.), Université Laval, Québec. Universidad Nacional de la Plata Argentina. Investigador del Centro de Estudios Interamericanos (CEI) del Institut Québécois des Hautes Études Internationales (IQHEI), Université Laval, Québec, Canadá, Investigador en la Conferencia de Naciones Unidas para Comercio y Desarrollo (CNUCED), Ginebra. tetud2@hotmail.com.

Mg. Deiby A. Sáenz Rodríguez

Abogado de la Universidad Santo Tomás – Tunja; Técnico - Nivel Superior Universidad Pedagógica Y Tecnológica De Colombia - Uptc - Sede Tunja Administración Judicial Manual De Procedimientos Para El Tribunal Administrativo De Boyacá, Magister en derechos Humanos U.P.T.C, oficial del INPEC; tel. 7440404

Mg. (c) Lina Marcela Moreno Mesa

Abogada, Universidad Santo Tomás –Tunja; Esp. En Derecho administrativo, Universidad Santo Tomás –Tunja; Mg © En Derecho administrativo, Universidad Santo Tomás –Tunja; Abogada externa Banco Agrario. Lina_3m@hotmail.com.

Esp. Genaro Velarde Bernal

Especialista en Psicoanálisis, Instituto Universitario de Salud Mental; Analista en Formación, Asociación Psicoanalítica de Buenos Aires (Asociación Psicoanalítica Internacional); Lic. en Psicología, Universidad del Valle de México; Lic. en Psicología, Universidad Nacional de la Plata; Psicoterapeuta, Hospital B. Rivadavia, Buenos Aires; Docente, Gob. de la Ciudad de Buenos Aires; Ex docente Universidad de Hermosillo, México; Ex perito psicólogo, Procuraduría General de Justicia del Estado de Sonora, México; genarovelarde@gmail.com

PRESENTACIÓN

La importancia de la investigación con relación a la sociedad, es ayudar a resolver problemas en la actualidad se plantea el surgimiento de un nuevo modelo educativo como lo es la sociedad del saber, en la cual la creación de conocimientos nuevos es una de las fuentes de riqueza y del bienestar social. El conocimiento es una característica central de las sociedades actuales, y tiene implicaciones sobre la educación, ya que ese es socialmente útil solo si se comparte. La investigación nos ayuda a mejorar el estudio porque nos permite establecer contacto con la realidad a fin de que la conozcamos mejor. Constituye un estímulo para la actividad intelectual creadora y ayuda a desarrollar una curiosidad creciente acerca de la solución de problemas.

La academia no debe ser simplemente una forma de transmitir el conocimiento, sino que en ella a través de la investigación, se debe avanzar en el desarrollo del intelecto del ser humano para obtener un verdadero aporte a la solución de problemáticas de la sociedad; todos aquellos que hacen parte de la sociedad deben cumplir con una función activa dentro de ella a través de la investigación ya que con ello plantea cumplir con una parte del continuo esfuerzo del proyecto humanista que encierra tres aspectos relacionados entre sí: La investigación y la producción de conocimiento; la enseñanza y el aprendizaje y finalmente, la extensión y la proyección social.

La Revista **PRINCIPIA IURIS** de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, es un espacio en el cual se presentan los resultados de investigaciones terminadas, realizadas tanto por docentes de la Universidad, como investigadores provenientes de otras partes del país y del mundo, por lo cual la revista se convierte en un espacio para debatir y compartir el conocimiento con sus semejantes.

Es para mí un honor presentar en esta oportunidad a la comunidad académica y jurídica, la versión número diez y siete de esta prestigiosa Revista en la cual se recopilan los trabajos aportados por aplicados estudiosos en un esfuerzo por fortalecer la producción y valoración del conocimiento socio-jurídico, contribuyendo de esta manera a la solución de los problemas que afectan la sociedad.

Quiero resaltar en esta ocasión el gran compromiso de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, la Facultad de Derecho, del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, de docentes e investigadores externos y de todos aquellos que aunando esfuerzos han permitido que esta revista se encuentre indexada, lo cual garantiza una alta calidad en el contenido que en esta se expone.

Gracias!!!

Mg. (c) Juan Sebastian Hernández Yunis

CONTENIDO

EDITORIAL.....17

PARTE I. RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN GENERAL.

APROXIMACIONES A LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA: CONSTRUYENDO SOCIEDADES

JUSTAS..... 20

Antropólogo Ricardo Gómez

ANÁLISIS DE LA LEY 1480 DE 2011 QUE REFORMA EL ESTATUTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA..... 32

Mg. Juan Carlos Villalba Cuellar.

EL CONTRATO DE CONSUMO: NOTAS CARACTERÍSTICAS..... 62

Ph. D (c) Fredy Andrei Herrera Osorio

PIONEROS DEL REALISMO JURÍDICO METAFÍSICO EN COLOMBIA..... 117

Mg. Carlos Gabriel Salazar

VALOR VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO: *¿UNA ALTERACIÓN AL SISTEMA DE FUENTES DE DERECHO EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO* 129

Mg. Fernando Arias García

ACTO ADMINISTRATIVO, RECURSOS Y REVOCACIÓN DIRECTA..... 148 Ph.

D. Manuel Alberto Restrepo Medina

LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN: *¿UN CASO DE MUTACIÓN CONSTITUCIONAL?* 157

Abog. Fernando Tovar Uricoechea

DERECHO A LA EDUCACIÓN - EDUCACIÓN EN DERECHO..... 174

Lic. María Rubiela Sáenz Medina

DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA EN EL MARCO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS..... 189

Lic. Lida Consuelo Sáenz Medina

PARTE II. TEMA CENTRAL –RESULTADOS DE INVESTIGACIONES: PROBLEMÁTICAS EN CONVERGENCIAS.

EL PODER CONSTITUYENTE “EXTRAORDINARIO” COMO DISPOSITIVO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. IMPLICACIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE –ANC- EN LA

CONFIGURACIÓN DE LA NOCIÓN DE *MODELO CONSTITUCIONAL* INTRODUCIDO
CON LA CARTA POLÍTICA DE 1991..... 201

Mg (c) Edwin Hernando Alonso Niño

PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN PROBATORIO EN EL MARCO DEL SISTEMA
PROCESAL PENAL EN COLOMBIA..... 229

Ph. D. Alfonso Daza González

LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO DE SERVICIOS FINANCIEROS EN EL MARCO
DE LA OMC..... 244

Mg. Eimmy Liliana Rodríguez Moreno

IMPLEMENTACIÓN DE CARACTERÍSTICAS DE SEGURIDAD EN EL CERTIFICADO
DE CÓMPUTOS EXPEDIDO A LOS INTERNOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS
CARCELARIOS Y PENITENCIARIOS DE BOGOTÁ.... 260

Tec. Oscar Javier Hernández Uribe

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN
COLOMBIA..... 279

Ph.D. Álvaro Márquez Cárdenas

Ph.D Yolanda M. Guerra García

EXISTE SOLIDARIDAD EN EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS
DOMICILIARIOS..... 292

Esp. Olivia Aristhitza Gutiérrez Cadena

PARTE III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.

LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER Y LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL
DERECHO INTERNACIONAL..... 330

Ph. D. Natalia Barbero

LA ACCIÓN HUMANITARIA COMO COOPERACIÓN AL DESARROLLO, EN EL
CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO..... 356

Mg. Eyder Bolívar Mojica

EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA - DIE
VERFASSUNGSBESCHWERDE IN DEUTSCHLAND..... 369

Ph.D (c) John Jairo Morales Alzate

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, GARANTÍAS JUDICIALES
CONSTITUCIONALES A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE
1979..... 382

Esp. José Luis Suarez Parra

LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO: PRETENSIONES MOTIVOS Y ARGUMENTOS.....403
Ph. D. Jorge Jiménez Leube

EDITORIAL

No existirá que hable mal de su misma publicación, existe una suerte orguyo paternal al momento de presentar un trabajo academico, largas horas han sido invertidas en el desarrollo de una revista, evaluaciones academicas, comités editoriales, correcciones de estilo, entre otras, son las etapas propias de un trabajo de calidad, pero no nos referimos unicamente al esfuerzo tangible en actas y archivos, mas importante aun es el esfuerzo intelectual de los profesionales que integran la Principia Iuris, el rigor del estudio y la capacidad critica son propias de estos profesionales, son un apoyo del derecho sin riesgo paternalista alguno.

Como resultados de la investigación general se tuvieron en cuenta los siguientes temas que se desarrollaran en cada capítulo claramente haciendo de cada uno un pequeño análisis en forma de artículo dando a entender a los lectores el significado de cada tema que a continuación se nombraran en conjunto para saber de que se va hablar en la revista Principio Iuris, como primer tema a tratar es el de las APROXIMACIONES A LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA: CONSTRUYENDO SOCIEDADES JUSTAS del Antropólogo Ricardo Gómez, seguimos con el desarrollo del ANÁLISIS DE LA LEY 1480 DE 2011 QUE REFORMA EL ESTATUTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA del Mg. Juan Carlos Villalba Cuellar. pasamos analizar EL CONTRATO DE CONSUMO: Ph. D (c) Fredy Andrei Herrera Osorio, posteriormente lo referente a los PIONEROS DEL REALISMO JURÍDICO METAFÍSICO EN COLOMBIA del Mg. Carlos Gabriel Salazar, se evidencia dentro de la investigación el VALOR VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO: *¿UNA ALTERACIÓN AL SISTEMA DE FUENTES DE DERECHO EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO* del Mg. Fernando Arias García, después el ACTO ADMINISTRATIVO, RECURSOS Y REVOCACIÓN DIRECTA del Ph. D. Manuel Alberto Restrepo Medina, seguimos con LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN: *¿UN CASO DE MUTACIÓN CONSTITUCIONAL?* Del Abog. Fernando Tovar Uricoechea, proseguimos con el DERECHO A LA EDUCACIÓN - EDUCACIÓN EN DERECHO de la Lic. María Rubiela Sáenz Medina y terminamos la primera parte con un tema de suma importancia como es el DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA EN EL MARCO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS de la Lic. Lida Consuelo Sáenz Medina

Para dar inicio a la segunda parte de los resultados de investigaciones: problemáticas en convergencias traemos a colación varios temas escritos por varios docentes expertos en la materia para dar un breve resumen de cada tema dando inicio en primer lugar al artículo EL PODER CONSTITUYENTE “EXTRAORDINARIO” COMO DISPOSITIVO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. IMPLICACIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE –ANC- EN LA CONFIGURACIÓN DE LA NOCIÓN DE *MODELO CONSTITUCIONAL* INTRODUCIDO CON LA CARTA POLÍTICA DE 1991 del Mg (c) Edwin Hernando Alonso Niño, seguimos con los PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN PROBATORIO EN EL MARCO DEL SISTEMA PROCESAL PENAL EN COLOMBIA del Ph. D. Alfonso Daza González, dando paso a la LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO DE SERVICIOS FINANCIEROS EN EL MARCO DE LA OMC de la Mg. Eimmy Liliana Rodríguez Moreno, luego la IMPLEMENTACIÓN DE CARACTERÍSTICAS DE SEGURIDAD EN EL CERTIFICADO DE CÓMPUTOS EXPEDIDO A LOS INTERNOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS Y PENITENCIARIOS DE BOGOTÁ de Tec. Oscar Javier Hernández Uribe, posteriormente a la RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN COLOMBIA de los Ph.D. Álvaro Márquez Cárdenas, Ph.D Yolanda M. Guerra García y terminamos con un artículo de la actualidad como es, EXISTE SOLIDARIDAD EN EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS de la Esp. Olivia Aristhiza Gutiérrez Cadena

Finalizamos con una tercera parte de las TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS. Donde se relacionan varios temas que se traen en conjunto, para brindar a cada lector una síntesis de cada tema e informarse de forma más rápida de lo que se vive y pasa en la actualidad como es: LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER Y LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL de la Ph. D. Natalia Barbero, también LA ACCIÓN HUMANITARIA COMO COOPERACIÓN AL DESARROLLO, EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO del Mg. Eyder Bolívar Mojica, siguiendo con EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA - DIE VERFASSUNGSBESCHWERDE IN DEUTSCHLAND del Ph.D (c) John Jairo Morales Alzate, posteriormente con la PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, GARANTÍAS JUDICIALES CONSTITUCIONALES A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1979 del Esp. José Luis Suarez Parra y LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: PRETENSIONES MOTIVOS Y ARGUMENTOS del Ph. D. Jorge Jiménez Leube.

En este orden de días es importante que la investigación se tiene que justificar, en cuanto a la función sustantiva de la universidad, donde compone el proceso de enseñanza y aprendizaje social, involucrando variedad de competencias, las cuales se desarrollan, con un alto nivel de perfección demostrando que el estudiante es capaz de desarrollar una investigación, una vez culminada la etapa del perfeccionamiento de un proyecto, como deducción del dominio de un área y la capacidad de tratar un tema con rigidez.

Por otro lado la *PRINCIPIA IURIS* es una herramienta excelente donde obtenemos proyectos claros y sistematizados evidenciando un claro compromiso por el bienestar de la sociedad, dando como resultado un gran aporte a la comunidad, que goza de un sistema jurídico destinado a prosperar, donde dicho aporte de los procesos nos permite brindar espacios a nuestros estudiantes para la superación diaria, siendo el principal motor de nuestros proyectos y líneas

Y por supuesto...

Gracias totales!

Diego Mauricio Higuera Jiménez, Ph.D. (c)
Director Centro de Investigaciones Socio Jurídicas

PIONEROS DEL REALISMO JURÍDICO METAFÍSICO EN COLOMBIA.

Carlos Gabriel Salazar Cáceres*

Fecha de entrega : 28 de febrero de 2012

Fecha de aprobación: 21 de junio de 2012

RESUMEN**

En este texto queremos destacar la figura y enseñanzas de tres profesores de Filosofía del Derecho, que en los últimos años del siglo XX, irradian desde su cátedra universitaria, la *nova et vetera* visión de esta materia, desde los postulados iusnaturalistas, que se hunden en la Hélade clásica, y tras dejar su impronta en toda la cultura occidental y cristiana llegan hasta hoy, remozados por la visión que desde España les impregnara don Javier Hervada y que se predicara en nuestro medio por parte de Zabalza, Hoyos y Herrera y como sus enseñanzas fueron seguidas por algunos de sus discípulos.

PALABAS CLAVE

Jusnaturalismo, neotomismo, realismo jurídico metafísico, derecho, cosa justa, justicia, lo debido, dignidad humana.

ABSTRACT

In this paper we want to emphasize the person and teachings of three professors of philosophy of law, which in recent years of the twentieth century, radiated from his university professorship, the *nova et veterans* view this matter from the natural law principles, that sink in classical Hellas, and after leaving his mark on all of Western

* Abogado, Licenciado en Filosofía, Especialista en Derecho Penal y Criminología, Especialista en Derechos Humanos, Especialista en Ciencia Política, Magíster en Historia. Docente-Investigador adscrito al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la USTA-Tunja; email: cgsalazarg@yahoo.es. **A.I**

** Artículo de investigación el cual es una producción original e inédita, resultado del proyecto de investigación concluido "*Pioneros del realismo jurídico metafísico en Colombia*" que se adelanta en el Centro de Investigaciones de la Universidad Santo Tomás Seccional de Tunja, Facultad de Derecho. Grupo de Investigaciones jurídicas y socio jurídicas el cual está vinculado a la *línea de investigación en filosofía política institucional y del derecho*.

Método: Por la naturaleza del trabajo el método es eminentemente documental y descriptivo.

culture and Christian come up today, rejuvenated by the view from Spain Javier Hervada permeate them and be preached in our environment by Zabalza, Hoyos and Herrera and their lessons were followed by some of his disciples.

KEY WORDS

Natural law, Thomism, metaphysical legal realism, right, right thing, justice, due dignity.

RÉSUMÉ

Dans cet article, nous voulons mettre l'accent sur la personne et les enseignements des trois professeurs de philosophie du droit, qui dans ces dernières années du XXe siècle, ont rayonné depuis son professorat universitaire, la *nova et vetera* vision de cette question à partir des principes du droit naturel, qui s'enfoncent dans la Hélade classique, et après avoir quitté sa marque sur toute la culture occidentale et chrétienne viennent jusqu'à aujourd'hui, rajeunis par la vision depuis l'Espagne de Javier Hervada, appliqués dans notre environnement par Zabalza, Hoyos et Herrera et la façon comme leur leçons ont été suivies par certains de ses disciples.

MOTS CLÉS

La loi naturelle, le thomisme, la métaphysique réalisme juridique, le droit, la bonne chose, la justice, la dignité due.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Tres pioneros. 3. Discípulos. 4. Conclusión. 5. Referencias bibliográficas.

METODOLOGÍA

El presente trabajo es de orden analítico y descriptivo, siguiendo una metodología documental, a partir del estudio histórico de algunos doctrinantes sobre el tema de investigación.

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se ha incrementado el estudio de la Filosofía del Derecho, en especial porque muchas de las sentencias de la Corte Constitucional, se fundamentan en ella, sobre todo las relacionadas con los Derechos Fundamentales. No obstante lo anterior, debemos recordar que siempre han existido cultores de este tema en nuestro país, claros ejemplos de ello son los múltiples estudios que se realizaron en el siglo XIX en torno al Benthamismo, o en las décadas del cuarenta y cincuenta del pasado siglo en torno a filosofía Kelseniana.

Además, en la Constitución Política de Colombia, se consagran dos aspectos importantísimos, el primero de ellos el reconocimiento de la dignidad de la persona humana como fundamento de la constitución del país, y el segundo el reconocimiento que se hace de los derechos humanos como aquellos que son inherentes a la naturaleza humana. Dos reconocimientos trascendentales y al compás de los cuales gira todo el Estado, su organización y su actividad; constituyéndose así la persona en el sujeto y objeto del Derecho. Estos dos conceptos, no pueden ser explicados por las normas del derecho positivo, dado que son anteriores a las mismas, la Constitución tan solo los reconoce, no los crea, dado su especialísimo carácter de ser previos al texto constitucional, de ser supraconstitucionales, y solo pueden ser explicados por una ciencia que explique los fundamentos y principios generales del Derecho; siendo esta ciencia: la jusfilosofía, o jurislogía o Filosofía del Derecho, como más se le conoce.

Pues bien en las últimas décadas, como ya señalábamos, esta ciencia ha tomado gran ascendente entre los cultores del derecho y ciencias afines, destacándose dos vertientes del Realismo Jurídico, una de corte anglosajón con Hart y Dworkin como sus profetas, y otra de corte metafísico, que hunde sus raíces en el iusnaturalismo de vieja estirpe, que partiendo desde la Hélade clásica, con sus filósofos que se asombran ante el orden y armonía del cosmos, pasa por Roma dejando su huella en los estoicos, inspira la Patrística, impregna el Medievo (oscuro para unos, brillante para otros) y baña de luminosidad a la Escolástica, brillando en Salamanca y su defensa del indio americano, llegando a la Ilustración y dando fundamentos sólidos a la Revolución Gala, para después de un oscurecimiento por el kelsenianismo, surgir de nuevo con DelVecchio en Italia, Coing en Alemania y Hervada en España; es de esta última corriente que trataremos aquí.

Y lo haremos a través de los que considero sus primeros representantes, los pioneros de esta corriente jusfilosófica en nuestro medio, los cuales comulgaron en haberse inspirado en el profesor navarro Javier Hervada y en desempeñarse como profesores universitarios, donde como buenos maestros sembraron su semilla.

2. TRES PIONEROS

Iniciamos la exposición con la figura del sacerdote **Joaquín Zabalza Iriarte**, nacido en la ciudad española de Pamplona el 13 de diciembre de 1933, siendo muy joven ingresa en la Orden de Predicadores, estudiando Filosofía y Teología en la Universidad de Salamanca, posteriormente Derecho Canónico en la Universidad Santo Tomás in Urbe de Roma, radicado en Colombia en 1968 funda la Facultad de Filosofía y Humanismo en la recién restaurada Universidad Santo Tomás, de la cual fue durante muchos años Decano, facultad que posteriormente ha sufrido varias transformaciones; *“por su doble formación filosoficojurídica, es lógico que sus trabajos se orienten en tal sentido. Además como dominico inserto en la circunstancia latinoamericana, ha tratado de responder a nuestros problemas, más que desde un tomismo repetitivo, desde ciertas actitudes y doctrinas tomistas que, como el personalismo y la analogía, constituyen focos de iluminación e interpretación de nuestra problemática realidad latinoamericana”* (MARQUÍNEZ ARGOTE, 1985); fue el principal animador de la orientación latinoamericanista que desde 1975 ha caracterizado a la Facultad de

Filosofía de la Universidad Santo Tomás; hace ya una década emigró de nuestro país, dejando un vacío intelectual que no ha podido ser colmado satisfactoriamente; en justo reconocimiento a su labor intelectual, la universidad le otorgó el grado Honoris Causa.

Es autor de *“El Derecho, Tomás de Aquino y Latinoamérica”*, *“Tomás de Aquino: circunstancia y biografía”* bajo el seudónimo de Joaquín Llanos Entrepueblos, *“Textos económicos en Tomás de Aquino”*, *“El Derecho Objetivo del 25%”* y varios artículos.

Hoy el padre Zabalza está dedicado como sacerdote que es, a la actividad pastoral y parroquial en una ciudad latinoamericana, dado que es latinoamericano por adopción y querencia, como el mismo lo predica.

En *“El Derecho Objetivo del 25%”* nos afirma que el hombre coexiste social y comunitariamente, pero ello no lo hace común; su realidad le pertenece y por ello es persona y autor de su propia realización, dado ello puede y debe realizarse; esa realidad propia es autoposesiva gracias a la cual puede apropiarse de cosas para realizarse como persona: son sus bienes personales; que si se los ha apropiado debidamente, justamente se le deben; y esto debido, justo, recibe el nombre de derecho objetivo o real, sobre el cual tiene la facultad de disposición o derecho subjetivo; así el Derecho Real funda el derecho a disponer.

Planteando como punto de partida por él denominado Derecho Cósmico *“las cosas son del hombre, son suyas, antes de que este realice acto alguno de apropiación, porque con anterioridad ya las cosas estaban ordenadas al hombre, eran del hombre”* (ZABALZA, 1998; p. 21). Para Javier Hervada -anota Zabalza- el punto de partida es un hecho social fácilmente constatable: las cosas están atribuidas o repartidas a distintos sujetos. Aparece lo mío, lo tuyo, lo suyo. *“El derecho subjetivo sólo podrá ejercerse allí donde los sujetos tengan cosas suyas. La facultad o el poder siguen al hecho de que las cosas estén atribuidas. Constituido el derecho objetivo opera el derecho subjetivo”* (ZABALZA, 1998; p. 22).

La cosa atribuida se denomina derecho y es debida, constituye deuda y debe darse o exigirse. El Derecho en sentido realista, objetivo, en sentido propio y estricto es la cosa justa, que se debe exigir porque es una deuda. El Derecho desde la perspectiva del realismo jurídico es la cosa, la cosa justa, lo justo debido, el ius.

“La realidad es, en el inicio la fuente originaria de la ley y, en el término, el criterio objetivo de su verificación. La realidad dicta la ley, es el criterio objetivo de la ley” (ZABALZA, 1998; p. 31). *“Todas las cosas que son, son derecho en sí mismas, o tienen relación con el Derecho. A todas se les puede denominar y cualificar con el adjetivo ‘jurídico’ o con el genitivo ‘de derecho’. Toda la realidad es jurídica, todo es jurídico”* (ZABALZA, 1998; p. 48).

En cuanto a la dignidad humana la establece desde una postura cósmica: *“la dignidad cósmica del hombre consiste exactamente en que es un microcosmos, en que es el vértice del mundo físico y en que es el confín de los mundos. Por esos tres capítulos el hombre excede y es preeminente sobre los demás seres del universo; es el*

ser más perfecto en cuanto a esa doble condición de ser el hombre cuerpo y espíritu: como cuerpo está inmerso en la materialidad y como espíritu emerge de ella y la trasciende; dada esa unidad indivisa e indivisible, la dignidad y nobleza es del hombre, es decir, tanto como del cuerpo como del espíritu, porque éste eleva al cuerpo a su nivel y le otorga su dignidad” (ZABALZA, 1998; p. 70). El hombre difiere de los otros seres por su espiritualidad, racionalidad y es el ser más digno y noble *“porque es racional, libre, consciente, se autoposee, tiene interioridad”* (ZABALZA, 1998; p. 70); *“cada hombre es un ser más noble que cualquiera de los otros seres físicos del universo y que todo el universo puramente físico en su conjunto, porque es un ser individual, completo, existente en sí mismo y por sí mismo, independiente y autónomo, racional y consciente, dinámico y abierto a la totalidad del ser: los seres físicos, los seres humanos y Dios”* (ZABALZA, 1998; p. 71).

El hombre es un ser abierto al mundo de las realidades, entre las cuales se cuentan la autoposesión y la libertad *“cada hombre es señor de sí mismo, cada hombre es dueño de su ser, cada hombre es posesión propia; tanto su ser como sus actividades son suyas, son su pertenencia, son su dominio, son su haber, los posee en propiedad”* (ZABALZA, 1998; p. 72), el hombre es dueño de sí mismo y de sus actos; por ello es responsable y lo es personalmente, nadie puede responder por otro *“lo que haga con cada acto de su vida y con la vida en su totalidad sólo a él le es imputable, sólo a él se le atribuye para bien o para mal”* (ZABALZA, 1998; p.74).

Paralelo al derecho se encuentra el deber, como una contraprestación, como la otra cara de la moneda, dado que el Derecho es como Jano: bifronte. *“Lo mío es lo que me pertenece, lo no mío es lo que pertenece a los otros. En el primer supuesto los otros son quienes tienen que dar, respetar, proteger lo mío porque es mío. En el segundo supuesto, soy yo quien tiene que dar, respetar, proteger lo de los otros porque es de los otros, en la primera hipótesis lo mío hace que los otros tengan que dar, respetar, proteger lo mío, en la segunda porque lo suyo hace que yo tenga que dar, respetar, proteger lo de los otros”* (ZABALZA, 1998; p. 82).

En cuanto hace a la dignidad humana, ésta el hombre la autoposee por sí mismo; proviene de la naturaleza, por ende es natural y no artificial, aun cuando en su aspecto dinámico, el hombre puede éticamente ser más digno, en este caso este plus de la dignidad será *“adquirida, conquistada, apropiada”* (ZABALZA, 1998; p. 92). *“La dignidad humana es el derecho objetivo fundamental”* (ZABALZA, 1998; p. 118), es suyo, de cada persona y merece por ello respeto, que se la respeten. Amén el otro tiene lo suyo y eso suyo *“es la medida objetiva de lo debido por mí a los otros y lo mío es la medida objetiva de lo que los otros me deben.*

Lo suyo (derecho objetivo) de los otros mide exactamente lo debido (deber objetivo) por mí y lo mío (derecho objetivo) mide lo debido (deber objetivo) por los otros. El Derecho Objetivo mide el deber objetivo” (ZABALZA, 1998; p. 126). No obstante en algunos casos el criterio de objetividad de la naturaleza de las cosas no es utilizable y se debe recurrir a medidas convencionales.

La exigibilidad se desprende de la ‘suidad’; por ser algo suyo de una persona los

demás se lo deben; además lo debido debe ser igual, igualado, ajustado a lo suyo, ni más ni menos, es la mismidad de una cosa con otra.

Lo suyo por “*ser suyo es coercible, coercente, coercionante, coaccionante, coactivo; es usar la fuerza o la violencia física o moral, para exigir algo*” (ZABALZA, 1998; p. 131). La coacción difiere de la coerción, la coacción se refiere a las acciones, la coerción a las omisiones.

“*El derecho objetivo es siempre algo bueno, un bien personal y comunitario, un bien de la persona que lo posee y un bien de la persona que lo debe*” (ZABALZA, 1998; p. 134).

En “*El Derecho Objetivo del 25%*”, (título dado por el hecho de que un veinticinco por ciento de la población mundial, mil quinientos millones de personas, carecen de alimento, salud, vida digna, educación, patrimonio, viven en la indigencia, siendo su única esperanza la muerte; no obstante, pululan textos jurídicos, declaraciones, pactos, tratados de derechos humanos, constituciones que los consagran; ¿pero de que sirven tales textos si no hay praxis?) Zabalza con esa sensibilidad humana que le caracteriza, no sólo filosofa, sino que reflexiona y llama la atención sobre una realidad palpitante, que si ayer era de un veinticinco por ciento, según sus cálculos, hoy considero puede ser superior a un treinta por ciento, valga la pena mirar nuestra realidad nacional.

Continuamos con **Ilva Myriam Hoyos Castañeda**, Abogada del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, donde Luis Ignacio Segura Avellaneda fue su profesor de Filosofía del Derecho, según lo manifestado al autor de estas letras; Se doctoró en Derecho en la Universidad de Navarra, donde fue alumna de don Javier Hervada, a quien en sus obras rinde tributo de admiración, ha sido profesora de las universidades del Rosario, La Gran Colombia, La Sabana y la Universidad de Navarra en España, actualmente se desempeña como Procuradora Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, ha escrito varios textos sobre Filosofía del Derecho y Derechos Humanos; obras que se caracterizan por su rigurosidad intelectual y metodológica.

En su ensayo sobre el “Fundamento de los Derechos Humanos”, nos señala de entrada que la palabra persona, etimológicamente conlleva la idea de dignidad; que es un ser sacral, que tiene palabra, que siempre es y será alguien y nunca podrá ser objeto; la noción del yo significa singularidad e irrepitibilidad. La persona es consciente de su existencia, significando un modo perfecto de ser, subsistente con dignidad en una naturaleza racional -dice citando al Doctor Angélico-; “*todo ser subsistente en una naturaleza racional se dice persona*” (HOYOS CASTAÑEDA, 1991; p. 125).

Persona es el modo de ser más digno y perfecto, dado que está totalmente hecho, acabado, ni le falta, ni le sobra nada; dignidad significa merecimiento. La dignidad humana es ontológica y moral; por la primera existe en sí y no en otro, se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es dueña de sí y de sus actos, por ella es *sui iuris*. A la dignidad moral pertenecen las actividades que realiza gracias a su inteligencia y voluntad, es decir por aquello que conoce y quiere. Por la dignidad ontológica todas las personas son iguales, pero moralmente unas pueden ser más

dignas que otras.

“La existencia del Derecho radica en la unidad finalística que caracteriza a la persona humana, en el ser dueño de sí misma (sui iuris), autónoma (libre) y digna ante sí y ante otros (exigente). Por eso puede decirse que en la persona humana el ser, el deber ser y el haber están inscritos en forma de realidad” (HOYOS CASTAÑEDA, 1991; p. 131).

“La persona tiene cosas suyas porque le han sido atribuidas como de su competencia. Aquello en virtud de lo cual se atribuye una cosa a un sujeto recibe el nombre de título” (HOYOS CASTAÑEDA, 1991; p. 132), según el título el Derecho será Natural o Positivo; *“el calificativo natural lo entendemos como esencia específica y principio de operación. Esencia específica porque la naturaleza humana se atribuye en el mismo acto que se otorga el ser y se crea a la persona. Principio de operación porque la persona por su naturaleza está ordenada al fin. Lo natural, así entendido es algo dado y no lo meramente adquirido por medio de actos libres y voluntarios. Lo suyo positivo lo constituyen aquellas cosas que se adquieren por medio de la voluntad humana”* (HOYOS CASTAÑEDA, 1991; p. 133).

“Los derechos naturales son esenciales en cuanto están ordenados a la perfección de la persona humana. No son las propiedades o atributos de la persona humana, ni tampoco los de su naturaleza las que fundan los derechos. La persona en su unidad de acto de ser y de naturaleza es la que sirve de supuesto a todo lo jurídico. No es algo de la persona lo que justifica al Derecho; es la persona misma como ser creado, dueña de sí y de sus actos la que fundamenta el Derecho” (HOYOS CASTAÑEDA, 1991; p. 160).

La doctora Hoyos, no sólo ha planteado estos temas en la cátedra, sino que también los ha expuesto en alegatos jurídicos en su vida profesional, cual fue el caso, cuando intervino en el sonado caso en el cual se quiso descriminalizar el aborto.

Y concluimos con **Francisco José Herrera Jaramillo** quien nació en Bogotá el 4 de octubre de 1955; tras concluir sus estudios de bachillerato, ingresa a la Universidad del Rosario, donde obtiene el título de Doctor en Jurisprudencia, viaja a España donde cursa estudios de doctorado en Filosofía del Derecho en la Universidad de Navarra, siendo discípulo de don Javier Hervada; de regreso al país, regenta las cátedras de Filosofía Jurídica en las universidades Javeriana, Externado, del Rosario y Andes, fue magistrado auxiliar en la Corte Constitucional, autor de varios libros entre los que se destacan “Derecho a la vida” su laureada tesis doctoral y “Filosofía del Derecho”, en el cual continúa como Zabalza Iriarte y Hoyos Castañeda, las huellas de su maestro Hervada y su concepción realista del Derecho, es decir la cosa justa. “El derecho es lo justo, lo debido y por ser debido, lo exigido; pues si un bien no es debido ¿Cómo puede ser exigido?” (HERRERA JARAMILLO, 1996; p. 52).

Al igual que todos los seguidores del realismo jurídico de ascendencia tomista, señala que el derecho es lo suyo, porque está debidamente atribuido en el reparto de cosas, reparto que es un hecho social, *“pero no basta que la cosa esté repartida, es*

menester que esté o pueda estar en poder de otro, para que ese otro pueda dar, respetar o entregar lo que a cada uno corresponde” (HERRERA JARAMILLO, 1996; p. 55), es decir, que se encuentre intervenida *“porque si una cosa está en poder de alguien, si es suya, ya la tiene y en consecuencia no se le puede dar”* (HERRERA JARAMILLO, 1996; p. 55); nadie puede exigir que se le dé lo que ya tiene, hacerlo sería absurdo, por ello la fórmula de *“dar a cada uno lo suyo, presupone que lo suyo esté en poder de otro, o pueda ser atacado o dañado por él”* (HERRERA JARAMILLO, 1996; p. 55). Finalmente el derecho, lo suyo, lo debido, la cosa justa, debe ser externa.

A continuación hace una exposición de la historia de la Filosofía del Derecho, desde la antigüedad, incluyendo el antiguo oriente, pasando a occidente, penetrando por Grecia, Roma, dando un salto a las tendencias jusfilosóficas contemporáneas: la Escuela Histórica y las tendencias formalistas, Kelsen y el Derecho Libre, la Fenomenología Jurídica, el Realismo Jurídico Norteamericano eminentemente pragmático, *“la conducta práctica de la jurisprudencia a la luz del utilitarismo”* (HERRERA JARAMILLO, 1996; p. 116) y que no es similar al realismo de Aristóteles y Tomás de Aquino, predicado por Hervada; este Realismo Norteamericano se caracteriza por *“la creación judicial del Derecho, la consideración del Derecho como medio para el logro de determinados fines sociales y el estudio del comportamiento efectivo de los tribunales”* (HERRERA JARAMILLO, 1996; p. 116). Para continuar con *“una corriente que aflora con auge, día a día, en el mundo del derecho: el iusnaturalismo”* (HERRERA JARAMILLO, 1996; p. 118), el cual se inicia con Aristóteles, tiene su apogeo en San Agustín, lo encontramos en Ulpiano, Santo Tomás, Hugo Grocio, Puffendorf, Tomasio y *“en nuestra época hay tres ilustres iusnaturalistas: Coing, Del Vecchio, y Hervada - Alemania, Italia y España respectivamente”* (HERRERA JARAMILLO, 1996; p. 120).

Para Hervada -anota Herrera- *“el Derecho Natural es una parte del Derecho General, el cual se divide en natural y positivo. Le corresponde estudiar no el quid ius sino el quid iuris naturale. Esto no quiere decir que la Filosofía del Derecho no estudie el Derecho Natural. Todo lo contrario: la Filosofía del Derecho tiene que ver el quid ius naturale. Pero nótese bien el Derecho Natural es asunto no de filósofos, sino de juristas. El derecho natural es la cosa justa debida por título natural y cuyas medidas son naturales”* (HERRERA JARAMILLO, 1996; p. 52).

El título de un derecho *“es lo que origina el dominio natural del sujeto sobre la cosa”* (HERRERA JARAMILLO, 1996; p. 125) y en el caso del Derecho Natural, el título es la naturaleza humana. Los derechos humanos *“se clasifican en originarios y subsiguientes. Los originarios son los que emanan de la naturaleza humana directamente (vida, honra, salud) y los subsiguientes son los que emanan de la naturaleza humana pero en situaciones creadas por el hombre (legítima defensa, estado de necesidad). Los derechos originarios se dividen en primarios y secundarios. Son primarios los bienes que representan la naturaleza humana (integridad física, vida) y derivados los que son un medio para mantener la naturaleza humana. Así, por ejemplo, el derecho a la salud es un derecho primario, al paso que el derecho a las medicinas es derivado”* (HERRERA JARAMILLO, 1996; p. 126) enseña didácticamente. Concluye su obra con su laureado estudio sobre ‘El derecho a la vida’.

El texto por él escrito sigue la estructura de las lecciones del Aquinate, iniciando con el planteamiento de un problema, seguido por las críticas que se le han hecho a las cuales da respuesta, finalizando con una conclusión; su lenguaje es pedagógico, claro y casi coloquial. Desgraciadamente su prematura y absurda muerte nos ha privado de un maestro que podría habernos mostrado nuevos rumbos jusfilosóficos (pero La Parca muchas veces lleva tempranamente a quienes no debe).

En tanto estos maestros realizan su labor didáctica universitaria; en los ámbitos políticos se va gestando una nueva Constitución Política, la cual es promulgada el 4 de julio de 1991 y que a la fecha ha sufrido innumerables reformas, que si de ella se decía ayer en forma peyorativa era una colcha de retazos, hoy sí puede afirmarse ello.

Previa a la misma habían surgido movimientos que buscaban que en el cuerpo de la Constitución se insertara el texto de la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, lo cual no se había logrado; gobiernos como los que habían creado el ‘Estatuto de Seguridad’ acostumbrados a gobernar casi a su talante, y amparados por las facultades extraordinarias que les otorgaban el Art. 121 de la Carta anterior y el Estado de Sitio; se oponían sistemáticamente a ello; pues constituía un freno a su actividad, este Estado de Sitio, que era temporal, se había constituido casi en permanente; gracias a él se había venido gobernando por casi medio siglo, lo cual le daba un gran margen de movilidad al Ejecutivo y poca responsabilidad en caso de lesionar los derechos humanos. Pero gracias a un movimiento estudiantil iniciado el año anterior se logró que a través de las urnas el ‘constituyente primario’ tomara forma real y material, y mediante más de siete millones de votos ordenó se constituyera una Asamblea Constitucional que redactara una nueva Constitución, la cual amplió notoriamente el catálogo de derechos humanos y limitó las facultades del Ejecutivo en los estados de excepción.

Llama la atención que el origen de este movimiento haya sido estudiantil y que en los años inmediatamente anteriores se hayan encontrado una pléyade de maestros en jusfilosofía, de los cuales hemos destacado tan solo tres por sus textos de Filosofía del Derecho, anclada en el nuevo iusnaturalismo o realismo metafísico; lo cual nos permite afirmar que su prédica no fue en vano y recordar a Mantilla Pineda al aseverar que primero es la Filosofía del Derecho y después la revolución; en este caso pacífica y democrática.

3. DISCÍPULOS.

La labor de estos tres autores se vio seguida por algunos discípulos que realizaron tesis de grado en las universidades Javeriana y del Rosario, varias de ellas dirigidas por Francisco Herrera; las cuales tomaron la senda del neotomismo que en Hispanoamérica tiene su mejor exponente en Javier Hervada, entre estas tesis debemos destacar las de:

Gabriel Latorre Gómez, quien al tridimensionalismo del Derecho predicado por Mantilla y Reale, opone un nuevo tetradimensionalismo en el cual el Derecho, a más de

ser: hecho, valor y norma, también es cosa justa. Igualmente cita la Doctrina Social de la Iglesia como punto intermedio entre el liberalismo y el socialismo marxista; en la cual, Doctrina Social, la persona es a la par individuo y comunidad, insertándose en la sociedad como socio, con igualdad de derechos y deberes de los cuales es titular por naturaleza y capaz de adquirir otros más. Afirma enfáticamente que los objetivos del iusnaturalismo hoy en día son elaborar un Derecho más justo, con objetivos más claros, cuya primacía sea la persona humana. Es destacable su pormenorizado estudio sobre los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de Colombia de 1886, realizado años antes de la promulgación de la nueva y actual Constitución de 1991 (SALAZAR, 2012; p.148 y ss).

María Teresa Toro Arango, retoma el concepto de ley del Aquinate y el de justicia de Stammler, inicia su obra planteando que en una primera época el objeto de la Filosofía Jurídica era el Derecho Natural, pero con el surgimiento de la Escuela Histórica se le negó existencia y remplazó por el derecho positivo; últimamente se ha tratado de crear una moderna iusfilosofía, en la cual difieren tres corrientes: una que afirmando que el derecho es un producto cultural, presenta características de necesidad, universalidad e inmutabilidad ; otros validos de la experiencia y el derecho comparado, reconocen principios generales, y finalmente los neokantianos con Stammler a la cabeza que han restaurado la iusfilosofía en el siglo XX como una ciencia que sobrepasando a la del derecho, se desliga igualmente de la filosofía, constituyéndose en una rama independiente de las otras dos.

El Derecho es una idea, con un género próximo consistente en ser una cosa y una diferencia específica que es lo justo. El derecho es la cosa justa, debida y exigible; dicha exigibilidad la otorga un título jurídico que es la ley; por ende surge el justo natural y el justo legal, que en veces no coinciden; tal contradicción debe ser superada por la finalidad misma del derecho valiéndose de la iusfilosofía, que es la ciencia de la cosa justa.

Al tratar el tema de la ley toma la definición del Doctor Angélico "*Quaedam rationis ordinatio ad bonus comune, ab eo qui cura comunitatis habet promulgata*" haciendo énfasis que la ley no es producto de la voluntad sino de la razón; esta definición del Aquinate es desbrozada a la luz de la teoría de las causas, siendo la material la voluntad racional, la formal el texto que la contiene, la eficiente la razón común de quién tiene a su cuidado la comunidad y la final el bien común. Y en cuanto a la justicia retoma a Ulpiano, quién afirmó que la justicia es una virtud, la constante disposición de voluntad (habitus) de dar a cada uno lo suyo (SALAZAR, 2012; p. 144 y ss).

Myriam Valenzuela Ortiz, para quien la iusfilosofía es un retorno a la eticidad y a lo trascendente, que ante la despoetización y arreligiosidad occidentales, señala una opción liberadora. La moderna Filosofía del Derecho ha surgido como sucesora del antiguo Derecho Natural ante la laicización del pensamiento efecto del protestantismo, la separación del derecho y la moral producto del racionalismo y la ontologización del derecho positivo fruto de la Escuela Histórica y el Positivismo; su meta es lograr una representación total y unitaria del Derecho, un concepto puro y simple al que se llegue

por la razón natural, su objeto es dual: uno aplicar los principios morales a las relaciones humanas y dos la justicia, que siendo al decir de Ulpiano una virtud, reside en la voluntad y no en la inteligencia pues se refiere a la acción; siendo el habito por el cual con perpetua y constante voluntad le es reconocido y dado a cada uno su derecho. (SALAZAR, 2012; p.151 y ss).

Y finalmente Alberto Daza Noguera y Ricardo Garay Vargas, en trabajo conjunto, siguiendo las líneas del neotomismo hacen énfasis en la Axiología Jurídica, cuyo objeto material son los valores y su formal el conocimiento de los mismos, constituyéndose en punto de partida del mundo jurídico al que fundan y dotan de una finalidad, promocionando el que se afirme que la esencia de lo jurídico es la realización de la justicia en las relaciones subjetivas socialmente necesarias, porque el ser jurídico es ontológicamente justo, de suerte que sin justicia no hay derecho, siendo este un deber ser dinámico, cuyo objeto es la consagración de los valores -la justicia en primer lugar- en la organización de la sociedad mediante normas en busca del bien común.

El legislador en su función debe tener en cuenta los aspectos históricos, fenomenológicos y psicológicos, mediante un proceso gnoseológico, lógico y deontológico, convirtiéndose así en un lector oficial de las posibilidades de las personas, que son exigencias de por sí; pues como lo enunciara Pitágoras: el legislador debe ser eco de la razón y no de la un voluntarismo que hace emanar la ley de su simple arbitrio.

La ética -enfatan- no debe limitarse tan solo al ejercicio honesto de una profesión, sino que su radio se debe ampliar a todos los miembros de la comunidad; la axiología jurídica no debe ser un mero ejercicio intelectual, sino una praxis permanente, una religión viva, cuyos principios fundamentales son: la dignidad de la persona humana, la concepción de que mediante el derecho se realizan los valores, una concepción clara de estos y de la esencia de lo jurídico y una armonía vital entre estos dos conceptos. La justicia es el supremo valor jurídico, de ella se desprenden: la equidad, el bien común, la seguridad y el orden jurídicos. (SALAZAR, 2012; p.152 y ss)

4. CONCLUSIONES.

El profesor Hervada cuenta así con tres grandes discípulos en nuestro país en la última década del siglo que coincide con la primera de nuestra nueva Constitución (de la cual, si por un lado se pronuncian bellas y elogiosas palabras, por otro es constantemente reformada cual si se tratara de cualquier ley de tercera o cuarta categoría).

El primero de ellos Zabalza Iriarte en la Universidad Santo Tomás, planteando desde la perspectiva del realismo jurídico qué son el derecho objetivo y subjetivo; anotando que por ser la persona poseedora de sus derechos y de sí mismo, es dueña de sus actos, los cuales realiza libremente, siendo por ende responsable de sí y de su conducta. Finaliza su obra con una reflexión filosófica, humana y ética sobre el 25% de marginados del mundo.

La segunda en la Universidad de la Sabana, Ilva Hoyos Castañeda, discípula directa de Hervada ha difundido su realismo metafísico, especialmente en su estudio sobre los “Fundamentos filosóficos de los derechos humanos” y el contenido material del concepto de dignidad de la persona humana, ser sagrado, uno, único, irrepetible y subsistente en una naturaleza racional.

Y el tercero en la Universidad Javeriana, Francisco Herrera, al igual que la anterior, estudiante de la Universidad de Navarra, enfatiza que el Derecho es la cosa justa, lo debido y por ende exigido, realizando además un panorama histórico de la Filosofía del Derecho, haciendo hincapié en el iusnaturalismo, el cual aflora con mayor auge día a día.

Sus pasos han sido seguidos por algunos discípulos, entre ellos María Teresa Toro Arango que en su estudios de la ley y la justicia sigue a Tomas de Aquino y Ulpiano; Myriam Valenzuela Ortiz afirmando que la moderna Filosofía del Derecho ha venido a sustituir al antiguo Derecho Natural, siendo un retronó a la eticidad y a lo trascendente; y Alberto Daza Noguera y Ricardo Garay Vargas enfatizando la importancia de la Axiología Jurídica, no como mera gimnasia intelectual, sino como praxis vital que se basa en la dignidad humana y en la firme concepción que los valores se realizan mediante el derecho.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

HERRERA JARAMILLO, F. (1996) *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Javeriana.

HOYOS CASTAÑEDA, I. (1991) *El concepto de persona y los derechos humanos*. Bogotá: Universidad de la Sabana.

MARQUINEZ ARGOTE, G. y otros. (1985) *La Filosofía en Colombia, bibliografía del siglo XX*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

SALAZAR CÁCERES, C. (2012) *Historia de la Filosofía del Derecho en Colombia -siglo XX-*. Tunja: Universidad Santo Tomás.

ZABALZA IRIARTE, J. (1998). *El derecho objetivo del 25%*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.



Principia IURIS Contenido

17

EDITORIAL

SECCIÓN I. RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN GENERAL

Aproximaciones a la antropología jurídica:
construyendo sociedades justas
Antropólogo ricardo gómez

Análisis de la ley 1480 de 2011 que reforma el
estatuto de protección al consumidor en Colombia
Mg. Juan Carlos Villalba Cuellar.

El contrato de consumo: notas características
Ph. D (c) Fredy Andrei Herrera Osorio

Pioneros del realismo jurídico metafísico en
Colombia
Mg. Carlos Gabriel Salazar

Valor vinculante de las sentencias de unificación
del consejo de estado: ¿una alteración al sistema
de fuentes de derecho en el proceso contencioso
administrativo
Mg. Fernando Arias García

Acto administrativo, recursos y revocación directa
Ph. D. Manuel Alberto Restrepo Medina

La teoría de la sustitución: ¿un caso de mutación
constitucional?
Abog. Fernando Tovar Uricoechea

Derecho a la educación - educación en derecho
Lic. María Rubiela Sáenz Medina

Derecho a la educación inclusiva en el marco de
las políticas públicas
Lic. Lida Consuelo Sáenz Medina

SECCIÓN II. TEMA CENTRAL -RESULTADOS DE INVESTIGACIONES: PROBLEMÁTICAS EN CONVERGENCIAS.

El poder constituyente "extraordinario" como
dispositivo generador de responsabilidad
patrimonial del estado. Implicaciones de la
asamblea nacional constituyente -ANC- en la
configuración de la noción de modelo
constitucional introducido con la carta política de
1991.

Mg (c) Edwin Hernando Alonso Niño

Principios del régimen probatorio en el marco del
sistema procesal penal en Colombia.
Ph. D. Alfonso Daza González

Liberalización del comercio de servicios
financieros en el marco de la OMC
Mg. Eimmy Liliana Rodríguez Moreno

Implementación de características de seguridad
en el certificado de cómputos expedido a los
internos de los establecimientos carcelarios y
penitenciarios de Bogotá.
Tec. Oscar Javier Hernández Uribe

Responsabilidad del estado por trasplante de
órganos en Colombia
Ph.d. Alvaro Márquez Cárdenas
Ph.d yolanda M. Guerra García

Existe solidaridad en el contrato de servicios
públicos domiciliarios
Esp. Olivia Aristhitzza Gutiérrez Cadena

SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.

Los derechos humanos de la mujer y la violencia
sexual en el derecho internacional
Ph. D. Natalia Barbero

La acción humanitaria como cooperación al
desarrollo, en el contexto del derecho
internacional humanitario
Mg. Eyder Bolívar Mojica

El recurso de amparo constitucional en Alemania
- die verfassungsbeschwerde in deutschland
Ph.d (c) John Jairo Morales Alzate

Protección de los derechos fundamentales,
garantías judiciales constitucionales a partir de la
constitución española de 1979
Esp. José Luis Suarez Parra

La congruencia de la sentencia en el proceso
contencioso-administrativo: pretensiones motivos
y argumentos
Ph. D. Jorge Jiménez Leube



0124-2067