

FABIAN LÓPEZ GUZMÁN
Docente de la Facultad

ES POSIBLE UNA TEORÍA DEL DERECHO UNIVERSAL, SIN DISCRIMINACIONES?

Para responder a este interrogante emplearemos el método* analítico (del griego analysis = desatar) que consiste en desatar, separar o dividir el todo en sus partes. Básicamente se puede escindir en tres partes los fundamentos por los que se hace impracticable en principio hablar de una teoría del derecho con un carácter de universalidad. Por una parte podemos concebir un primer obstáculo de orden naturalístico y por otro lado: de tipo contextual y metodológico.

En el plano naturalístico, consideramos que no es posible una Teoría del Derecho, con carácter universal pues, ya los Estoicos, como lo señala Edgar Bodenheimer, habían planteado que los hombres eran esencialmente iguales y de que las discriminaciones por: raza, sexo, clase o nacionalidad, eran injustas. Los Estoicos proclamaron que la humanidad era una comunidad que todo lo abarcaba: Un Dios, un Estado, una Ley¹. De hecho, de allí se desprende una intención de universalizar el Derecho. Pero, el proyecto ha fracasado y la historia no ha podido cumplir este objetivo; similar tarea esbozó Kant, en la paz perpetua al hablar de la confederación de Estados. Las razones por las que no es posible hablar de una Teoría General del Derecho Universal son diversas: culturales, históricas, sociales, económicas e incluso políticas. Construir esta Teoría General implicaría la imposición de unas naciones sobre otras. Por eso Kant no aboga por un "estado mundial", que significaría la absorción de todos los Estados por el más fuerte, sino una "federación" o comunidad de estados, que permita mantener un equilibrio de fuerzas "luchando en nombre de la competencia". Ya en *Idea General de la Historia* había esbozado el desarrollo social como un proceso de socialización contradictorio de los hombres o para usar su terminología, "antagónico", en que el hombre es su propio creador². ¿Habría consenso* en tal propuesta y estarían en igualdad de condiciones las distintas versiones jurídicas?. No es posible hablar de un consenso para diseñar una

Teoría así, pues, sólo unas élites impondrían sus condiciones. La historia nos lo ha demostrado y podemos verificarlo. Simplemente sería supeditarse ahora no solamente a las reglas de la economía, sino también a un Derecho preestablecido por los países centrales. Ayer fue el Imperio Romano, hoy es la Unión Europea, los Estados Unidos o los países del Asia.

La Teoría General del Derecho es la exposición sistemática de lo que los ordenamientos jurídicos tienen en común. Debe advertirse, sin embargo, que tal exposición "no abarca a todos los Estados, sino solamente a los del ámbito cultural de Occidente", ni considera tampoco "todas las épocas de la evolución jurídica", sino, de modo primordial, la nuestra. Ciertamente que a veces se refiere a otras etapas, pero lo hace con el exclusivo propósito de explicar mejor la situación presente. Tales limitaciones indican que, bien vistas las cosas aquella disciplina sólo en un sentido "relativo" es una teoría general del derecho. Se impone, además, otra limitación: no toma en cuenta las peculiaridades de todos los ordenamientos, sino que se contrae "a lo que tiene significación para los temas básicos". En este sentido, "es una doctrina de los conceptos jurídicos fundamentales"³.

Para que dicho proyecto se hiciera palpable habría que hablar más de un derecho social y se requeriría como Harold J. Berman expresa: "Una Teoría social del Derecho que pasara del estudio de



los sistemas jurídicos occidentales y de la tradición jurídica occidental al estudio del sistemas y tradiciones jurídicas no occidentales, de la unión del derecho occidental con el no occidental y del desarrollo del lenguaje jurídico común para toda la humanidad, pues sólo en esa dirección podremos salir de la crisis de la tradición jurídica occidental de finales del siglo XX¹⁴. Pero, ello advierte una simbiosis cultural entre occidente y oriente que en un ámbito jurídico es difícil realizar. A lo que se puede aspirar es a encontrar unos elementos mínimos comunes, sobre los cuales haya acuerdo, como serían las necesidades básicas de vivienda, alimento, salud, entre otros; en las que el Derecho contribuya universalmente a coadyuvar mediante normas o reglamentaciones a armonizar la realidad con éste. Pero, de ahí a edificar una Teoría General del Derecho de esta categoría hay una distancia importante. La misma naturaleza impone condiciones de antagonismo para que dicho proyecto pueda ser realizable. Ya Kant lo advierte: "El medio de que se sirve la naturaleza para lograr el desarrollo de todas sus disposiciones es el ANTAGONISMO de las mismas en sociedad, en la medida en que ese antagonismo se convierte a la postre en la causa de un orden legal de aquellas. Entiendo en este caso por antagonismo la insociable sociabilidad de los hombres, es decir, su inclinación a formar sociedad que, sin embargo, va unida a una resistencia constante que amenaza con disolverla. Esta disposición reside, a las claras, en la naturaleza del hombre. El

hombre tiene una inclinación a entrar en sociedad; porque en tal caso se siente el desarrollo de sus disposiciones naturales. Pero también tiene una gran tendencia a aislarse; porque tropieza en sí mismo con la cualidad, insociable que lleva a querer disponer de todo según le place y espera, naturalmente, encontrar resistencia por todas partes, por lo mismo que sabe hallarse propenso a prestársela a los demás. Pero esta resistencia despierta todas las fuerzas del hombre y le lleva a enderezar su inclinación a la pereza y movido por el ansia de honores, poder, bienes, trata de lograr una posición entre congéneres, que no puede soportar pero de los que tampoco puede prescindir. Y así transcurren los primeros pasos serios de rudeza a la cultura, que consiste propiamente en el valor social del hombre; los talentos van desarrollándose poco a poco, se forma el gusto y mediante una continuada ilustración conviértese el comienzo en fecundación de una manera de pensar que, a la larga, puede cambiar la ruda disposición natural para la diferenciación moral en principios prácticos determinados y de este modo también la coincidencia a formar sociedad, patológicamente provocada, en un todo moral"¹⁵.

"Sin aquellas características tan poco amables de la insociabilidad, de las que surge la resistencia que cada cual tiene que encontrar necesariamente por motivo de sus pretensiones egoístas, todos los talentos quedarían por siempre adormecidos en su germen en una arcádica vida de pastores, en la que reinaría un



acuerdo perfecto y una satisfacción y versatilidad también perfectas y los hombres, tan buenos como los borregos encomendados a su cuidado, apenas si procurarían a esta existencia suya un valor mayor del que tiene este animal doméstico; no llenarían el vacío de la creación en lo que se refiere a su destino como seres de razón. ¡Gracias sean dadas, pues, a la Naturaleza por la incompatibilidad, por la vanidad maliciosamente porfiadora, por el afán insaciable de poseer o de mandar; Sin ellos, todas las excelentes disposiciones naturales del hombre dormirían eternamente raquílicas. El hombre quiere concordia; pero la Naturaleza sabe mejor lo que le conviene a la especie y quiere discordia”⁶.

Y si la misma naturaleza propugna por el antagonismo en la sociedad, esto significa que es necesaria la diversidad de culturas y de concepciones jurídicas. Cada una se desarrolla atendiendo a sus necesidades socioeconómicas, incluso planteando soluciones más adecuadas a problemas análogos que tengan otras culturas. De allí que se hable de un derecho comparado, que surge como una respuesta apta de entender el multiculturalismo del orbe, diseñando ordenamientos, sistemas jurídicos y modelos de comprensión que permitan coadyudar en la argumentación explicativa por las que un derecho difiere de un país a otro.

No hemos sido auténticos en nuestra cultura jurídica, por el contrario hemos carecido de voluntad para servirnos de

nuestra propia razón, sin atrevernos a construir un sistema propio, conforme con nuestro padeceres sociales, políticos y económicos. Como analfabetos funcionales nos hemos dejado conducir, permitiendo que nos establezcan el modo como debemos adoptar unas instituciones foráneas; en las que se incluye la manera de vigilar y castigar, y hasta los métodos de interpretación que se debe utilizar en tal o cual decreto. Métodos que son disfrazados con el rótulo de principios, que en definitiva no son más que reglas técnicas que dificultan, atiborran o burocratizan los procesos de aplicación entre derecho y praxis*. Todo esto, como fruto de la tan cacareada globalización.

La Globalización en el Derecho se traduce en dominación, en imperialismo. El imperio planetarizado responde así a su naturaleza que logra diluir la propia palabra que identifica en su propensión al dominio totalizante. De golpe la palabra imperialismo es suplantada por el término Globalización, con toda la carga de positividad que ha ésta ha insuflado la masa media planetarizada⁷. Y si se propone una globalización en el Derecho, tácitamente se introduce un imperialismo jurídico, cultural y social. Lo que sería una carencia de servirnos de nuestra propia razón para dar respuesta inmediata a nuestro quehacer jurídico. Hay que cumplir el Sapere Aude de Kant, esbozado en su ensayo ¿Qué es la ilustración?. Que data de 1784. La ilustración es la liberación de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta



incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y de valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro. ¡Sapere Aude! ¡Ten el valor de servirte de tu propia razón! He aquí el lema de la ilustración⁸.

El fenómeno de la globalización, cuya ambivalencia ética y política no debiera discutirse, en apariencia; pone de relieve en todo caso que el Estado ya no es el único protagonista ni tiene la última palabra para importantes asuntos que interesan a sus ciudadanos. Hay una interdependencia mundial que puede explicar la crisis del Estado (Estado - Nación) y el nacimiento de un nuevo orden internacional.

La interdependencia regional y global, a nivel económico y político es un hecho que se confirma por la existencia creciente de instituciones supraestatales que tiene competencia, aceptada sin duda desde la soberanía estatal, en importantes asuntos internos de cada Estado. Incluso Estados muy poderosos dependen de una economía global que no controla y que condiciona su orden económico interno. Los Estados son cada vez menos competentes en más materias o, si se quiere, menos soberanos. La cooperación internacional se impone bien entre acuerdos directos entre Estados o bien a través de la creación de organizaciones internacionales o transnacionales⁹.



No entramos a la globalización voluntariamente, nos incluyeron en este proyecto internacional sin analizar nuestra realidad. Hace unos años fue con la política neoliberal. Esta ola empezó con la señora Thatcher en Inglaterra y seguida por el presidente Reagan en los Estados Unidos. Las bases de este ultraliberalismo consistían en minimizar la intervención del Estado a través de diversos mecanismos. En la Gran Bretaña la señora Thatcher reprivatizó algunas de las empresas (acero, carbón, ciertos servicios públicos locales) que había estabilizado el gobierno laborista y limitó el impuesto a las ganancias a un máximo de 40%, cuando antes llegaba en sus tramos más altos hasta el 98% de la

renta. En esta materia tributaria el presidente Reagan siguió la misma orientación. En Colombia el presidente Barco limitó el máximo

gravable de las grandes rentas al 30% y así desapareció el impuesto sobre exceso de utilidades la desregulación de la economía era otro de los mecanismos que se pusieron en marcha para darle vía libre al influjo del capital y sus negocios. Los programas de privatización vendrían a abrirle un nuevo espacio al capitalismo desregulado. Se trataba, en una palabra de que el capitalismo ocupara el puesto del Estado en todas partes¹⁰. Hoy en la modernidad, se trata de la globalización en la economía, con la finalidad de que este arquetipo se introduzca en el derecho nuestro sin reparar



en los perjuicios que esto causaría. Pero el postmodernismo propone una realidad opuesta, reaccionando contra esta idea de homogeneización jurídica.

El postmodernismo es, en realidad, ante todo un desencanto exasperado frente a la modernidad, frente al carácter universalizante del pensamiento jurídico y moderno. Es, de un lado, una irritación por la desaparición de las particularidades dentro de una universalidad racional que parece engullir toda identidad disconforme. Es también un escepticismo frente a todo aquello que presume de valor universal; es decir, frente a todo aquello que constituya una metanarrativa, para utilizar una expresión que utilizan los postmodernos como herencia del origen de la crítica literaria de esta posición. Es, finalmente, una desilusión y una desconfianza frente a la razón misma, en tanto que instrumento de homogeneización y de universalización¹¹.

Cada generación produce sus propios sueños mesiánicos, máxime hoy en la postmodernidad en la que como dice Manuel Fernández del Riesgo, Dios es hoy un ausente. Y lo más llamativo es que no se nota. No se le echa en falta a esta huésped, que era lo necesario y fundamental para la vida de otros hombres en otras épocas. El hombre de la sociedad contemporánea se ha instalado en un sentido de la vida inmanente. Y más que militancia atea, lo que abunda es la indiferencia agnóstica¹². Los prefijos neo, la social democracia, los juegos del

lenguaje, los giros metodológicos o las versiones apocalípticas de la historia no son más que meros intentos de reemplazar a Dios, de negarlo sin conseguir resultados satisfactorios; trasluciendo un desconcierto y un sin sentido en todas las áreas: política, arte, ciencia, economía, derecho. En 1989 fue el filósofo Francis Fukuyama en el Fin de la Historia y el Último Hombre que argüía que la democracia liberal podía constituir el punto final de gobierno y que como tal marcaría el fin de toda la historia. Es decir, que mientras las anteriores formas de gobierno se caracterizaron por graves defectos e irracionalidades que condujeron a su probable colapso, la democracia liberal estaba libre de éstas contradicciones internas fundamentales¹³. Ahora son las ideas de ineludible internacionalización, globalización y con ello vienen los acuerdos GATT, MERCOSUR, TLC, etc. Que a través de los mass media nos fabrican la idea de que la única salvación antes del fin, en el siglo XXI y en la era de la ecología es adherirnos; y como consecuencia no estaría mal visto que el Derecho nuestro fuera heredero de su influencia. Por ejemplo, El Mercosur que desde su iniciación ha tenido especial interés en el acercamiento con la Unión Europea, América Latina y los Estados Unidos de América¹⁴ no ha producido mayores beneficios. Lo mismo puede predicarse del TLC que involucra a Canadá como a México y los Estados Unidos. Mediante dicho tratado se busca conformar un mercado común con libre circulación de mercancías, servicios y capitales inclu-



yendo una mayor apertura en las posibilidades de inversiones. Este tratado puede considerarse como precursor del desarrollo de la "Iniciativa para las Américas" planteada en 1989 por el entonces presidente de los Estados Unidos, George Bush, en el sentido de crear una zona de libre comercio en el hemisferio americano; desde Alaska hasta la Patagonia¹⁵. Y el Gatt, con el objetivo de impulsar un ordenamiento comercial a escala mundial más abierto, estable y transparente y de lucha contra el proteccionismo y la discriminación¹⁶. El significado es la total sumisión a las cláusulas preestablecidas por los países centrales. Si hasta ahora en el plano económico hemos sido "guiados" por el Tío Sam y vivimos en múltiples conflictos por tales directrices, qué no diríamos de la Ciencia del Derecho si ésta se impusiera como Teoría. ¿Valdría la pena un Derecho Global?. En el contexto internacional somos conscientes de que no podemos aislarlos ni individual o socialmente. Participamos en la economía globalizada en un plano de supuesta "igualdad". ¿Aunque, de qué nos sirve ser iguales ante la ley, si la ignorancia y el temor al desempleo nos prohíben ejercer nuestro derecho a la libertad?. Sirve de muy poco tener derechos si la sociedad concreta no da posibilidades para ejercerlos: los ciudadanos ahora son iguales ante la ley y pueden hacer todo lo que contradiga la libertad de los demás; eso en cuanto a los ciudadanos abstractos, porque en lo que respecta a los individuos concretos, a los países y naciones en particular, son terriblemen-

te desiguales y no pueden hacer casi nada de lo que les permite la ley, por que se los prohíben la miseria, la ignorancia, el miedo al desempleo, en una palabra su realidad efectiva¹⁷. Y si esto se predica de la igualdad en sentido individual, cuántas críticas no se darán sobre la denominada igualdad contractual internacional entre naciones.

Propongo una vía distinta en la que como manifiesta Walt Withman en Hojas de Hierba, nos apartemos de las escuelas (positivismo e iusnaturalismo) y de las sectas, dejándolas atrás, sirviéndose de ellas, sin olvidarlas. ¿Qué significa esto?. Que sin asistir obligados a una globalización del derecho, seamos capaces de construir nuestra propia Teoría General del Derecho, sin un proyecto tan ambicioso, como a nivel universal, en el que se perfilen las siguientes características:

1. Una Teoría Colombiana o Latinoamericana del Derecho que sin ser ajena al lenguaje y las categorías diseñadas por las naciones centrales, sea clara, entendible y goce de sencillez, cuya explicación sea cognoscible por un ciudadano común y corriente, pues cuando la filosofía del derecho y la teoría del mismo se hace así, se vuelve un modelo de revolución* intelectual. Pero, cuando el discurso se pierde en abstracciones incomprensibles y en edificaciones conceptuales aparatosas, terminan en no servir a la realidad y en aplicarse erróneamente o atrofiarse.



2. Una Teoría General del Derecho en la que la Economía y la realidad social vayan en armonía y efectivamente satisfagan sus cometidos. No es posible continuar con un discurso de la Economía de corte internacionalista y de grandes conglomerados económicos con una realidad social tipo siglo XIX, medio aldeana y pastoril, sin desarrollo agrario en espera de una asistencia estatal. Y con un Derecho mixto, imbuido de doctrinas foráneas de Francia, Estados Unidos o Alemania. Un Derecho cuyo modelo está previsto para una sociedad súper industrializada del siglo XXI, el cual no guarda ninguna comunicación con éstas. Urge una comunicación entre Derecho, Economía y Realidad Social. Marchamos inconscientemente hacia una torre de babel que cada día se desmorona más; pues los tres hablan lenguajes diferentes y antagónicos. En el caso del área agraria se promulgo la ley 200 de 1936, dando propiedad sobre la tierra a quienes la trabajaban y estableciendo la extinción de dominio sobre los predios rurales improductivos, obligando a trabajar permanentemente las tierras durante 10 años. Con ello se favorecería a campesinos y aparceros. Pero estos privilegios no les alcanzaron a durar 10 años¹⁸. Después fue la Ley 100 de 1944 en las que se daban garantías a los terratenientes con miras a convertir sus terrenos en verdaderas empresas capitalistas. No obstante, como fruto de la violencia se expulsaron muchos campesinos de la tierra y posteriormente emigraron hacia las urbes. En la década de los años 60 se acentuó el conflicto

agrario y se expidió la ley 135 de 1961. Algunos años después fue la ley 6ta de aparcería de 1975. Pero, se abrió paso el capital financiero y la tan esperada reforma agraria fue enterrada; sin que hasta hoy se plantee una reestructuración de fondo que efectivamente favorezca el sector agrario. La historia de nuestros campesinos, es la del campesino Siervo Joya: luchando por la parcela donde cultiva, por el agua, por la competencia del propietario latifundista, por la rivalidad con los otros campesinos, por el precio cada vez más bajo que el amo o el político ponen a sus cosechas¹⁹.

3. Una Teoría General del Derecho que contribuya a minimizar los problemas fundamentales de hambre, pobreza, salud, educación. Aunque ciertamente no es posible universalizar la felicidad. La felicidad para el uno es hacer goles; para el otro, leer a Platón²⁰. Por lo que en definitiva sería más viable la aplicación de un utilitarismo negativo. Que trata de impedir en la medida de lo factible, la infelicidad de la mayor cantidad posible de hombres. Y la infelicidad, más exactamente la aspiración de todo ser humano de no verse expuesto a la infelicidad, puede ser universalizada. Lo que para todos los hombres significa infelicidad se puede mencionar en concreto: enfermedad, padecimiento físico, dolores, pobreza, hambre, carencia de albergue... Miremos lo que escribe Tamuelo: "Para mí el más alto mandamiento del orden de justicia consiste en la supresión o la reducción de la máxima posible de miseria. Es necesario poner en



duda el principio del utilitarismo positivo, de acuerdo con el cual se debe aspirar la máxima felicidad posible para el mayor número de los hombres. La felicidad es tan sólo un caso de felicidad... Mi preocupación vale también para los infelices... A esto se añade que la felicidad de la mayoría muy frecuente se obtiene a costa del sufrimiento de la minoría. Teniendo presentes a todos ellos me es más prometedor el utilitarismo negativo, que aquel utilitarismo según el cual debe ser evitada, en lo posible, la infelicidad del mayor número de hombres²¹.

Otros factores que tampoco le son favorables al proyecto de una Teoría Universal del Derecho son:

A. La historia de cada nación es distinta, su desarrollo varía, se perfilan particularidades. (Historia Judía, Latinoamericana, etc.).

B. En el campo de la Economía cada país posee su propia estructura económica. No es lo mismo la Planeación Urbana, Regional y socio-económica en Bolivia que en Alemania. Sus modos de producción, industria, comercio varían sensiblemente. Por esto, un Derecho de la Competencia y un Derecho del Consumidor en Colombia, una sociedad en la que hay pocas empresas y cada día se han cerrado más, donde el desempleo recorre al igual que Caronte el mar de la Estigia de nuestras calles pobladas de sangre; en que muchas familias carecen de una vivienda digna, en verdad es risible. Hablar aquí de un Derecho Econó-

mico de tipo Francés o Estadounidense es un despropósito. Es necesario hablar primero de un Derecho Social que integre: lo laboral, lo agrario y lo familiar.

C. En el campo cultural unos países han avanzado mucho más, (arte, ciencia, economía) pues, algunos de los problemas que afrontan en la actualidad, ya han sido superados hace buen tiempo por otros. La cultura oriental difiere notablemente de la cultura occidental. Sólo en occidente hay "ciencia" en aquella fase de su evolución que reconocemos como "válida" actualmente. A no dudarlo, también en otras partes (India, China, Babilonia, Egipto ha habido conocimientos empíricos, meditación sobre los problemas del mundo y de la vida, filosofía de matices racionalistas y aún teológicos; aún cuando la elaboración de una teología sistemática haya sido más la obra del cristianismo, influenciado por el espíritu helénico; en el islam y en algunas sectas indias sólo se encuentran atisbos), conocimientos y observaciones tan profundas como agudas. Pero a la astronomía de los babilonios, como a cualquier otra, le faltó la fundamentación matemática, que los helenos fueron los primeros en darle (aún cuando eso mismo hace tanto más asombroso el desenvolvimiento alcanzado por la astrología, sobre todo entre los babilonios). A la geometría le faltó la "demostración" racional, que también fue producto del espíritu helénico, el primero igualmente en crear la mecánica y la física. Las ciencias naturales indias carecieron de la experimentación



racional (producto del Renacimiento, salvando algunos fugaces atisbos de la Antigüedad) y del moderno laboratorio; por eso, la medicina (tan desarrollada en la India en el orden empírico - técnico) careció de todo fundamento biológico y bioquímico, singularmente. Ninguna civilización no occidental ha conocido la química racional. A la historiografía china, que alcanzó amplios desenvolvimientos, le faltó el pragmatismo de Tucídides. Maquiavelo tuvo precursores en la India pero a la teoría Asiática del Estado le falta una sistematización semejante a la aristotélica y toda suerte de conceptos racionales. Fuera de Occidente no existe una ciencia jurídica racional, a pesar de todos los indicios que pueden encontrarse en la India (Escuela de Mimamsa), a pesar de todas las amplias codificaciones y de todos los libros jurídicos, indios o no, puesto que faltaban los esquemas y categorías estrictamente jurídicas del derecho Romano y de todo el derecho occidental amañado por él. Algo semejante al derecho canónico no se conoce fuera de Occidente²².

En el ámbito cultural, debemos comenzar por plantear la existencia de la multiculturalidad, no como un simple rezago del pasado sino como un hecho actual: las diferencias culturales no son meros fantasmas que nos llaman desde el pasado y que evocan coherencias perdidas en el tiempo, sino que son vivencias efectivas de los distintos sectores de nuestra población.

En verdad, no hay país moderno que no sea un crisol donde se han fundido múltiples culturas, donde valores, creencias y formas sociales muy diferentes se hayan dado cita de manera más o menos tumultuosa. Sin embargo, algunos países han logrado integrar esos ingredientes al punto de fomentar nacionalidades nuevas, culturas distintas y propias; otros, no han tenido el mismo éxito y si bien ninguna de las culturas que los componen han quedado incontaminadas, el crisol no ha logrado fusionarlas a todas en una sola cultura nueva. Es fundamentalmente en éste último caso que hablamos de multiculturalidad.



América Latina presenta muchos casos (no todos) de países multiculturales. Incluso ya en tiempos prehispánicos, el territorio de esos países alojaba una gran diversidad cultural: diferentes lenguas, diferentes pueblos, diferentes religiones y presumiblemente, diferentes formas de organización social. Había culturas andinas y culturas costeñas, pueblos de agricultores y pueblos de pescadores, adoradores del sol y adoradores de la luna, con las consecuencias importantísimas que éstas diferencias conllevan²³.

De esta manera, muchos de los países latinoamericanos de hoy son extraordinariamente complejos: tienen efectivamente una realidad multicultural, en la medida que todas esas raíces culturales no se han logrado integrar totalmente y los diferentes grupos muestran todavía características propias²⁴.

D. En el ámbito religioso se profesan diversos credos que dificultad aún más aplicar un Derecho con carácter universal. Encontramos: cristianismo, judaísmo, hinduismo, confucianismo, islamismo. Veamos algunos:

El confucianismo fue la ética de un status de prebendarios, de individuos que poseían una educación literaria y que se distinguían por un racionalismo secular. El que no pertenecía a este estrato cultural era irrelevante. El status ético religioso (o irreligioso, si se prefiere) de ese estrato condicionó al estilo de vida chino allende el estrato en sí. El antiguo hinduismo surgió en una casta hereditaria

de literatos cultos; éstos no tenían oficio y su papel era el de directores espirituales y ritualistas de individuos y comunidades. Formaron un foco estable para la determinación de la estratificación por status y dejaron su huella en el ordenamiento social. Sólo los brahmanes educados en el Veda formaban, en calidad de transmisores de la tradición, el grupo de status religioso enteramente aceptado. Y sólo posteriormente surgió junto a ellos un grupo de status constituido por ascetas que no eran brahmanes y que se situó en competencia con los primeros. Más tarde todavía, en la Edad Media, el hinduismo se vulgarizó, se impregnó del ardoroso fervor sacramental de las religiones de salvación y se convirtió en práctica de los estratos inferiores conducidos por mistagogos salidos del populacho.

El budismo se difundió a través de monjes mendicantes, estrictamente contemplativos, que se sustraían al mundo y que como no tenían hogar estable, llevaban una vida migratoria. Sólo éstos monjes eran partícipes plenos de la comunidad religiosa. Todos los otros no eran sino legos religiosos de condición inferior: objetos y no sujetos de la religiosidad.

El islamismo, en sus comienzos, fue una religión de guerreros conquistadores, una orden caballerescas de cruzados disciplinados. Sólo carecían del ascetismo sexual de sus homólogos cristianos en el período de las Cruzadas. Sin embargo, en la Edad Media, el sufismo



contemplativo y místico se puso por lo menos al mismo nivel bajo la conducción de plebeyos expertos en orgiástica. Del sufismo surgieron las hermandades burguesas, de manera análoga a los templarios cristianos, pero éstos últimos se propagaron de un modo mucho más universal²⁵.

El judaísmo, a partir del éxodo, devino a la religión de un "pueblo paria" cívico. En la Edad Media, el judaísmo se sometió a la conducción de un estrato de intelectuales con una formación literaria y ritualista, lo que constituye un rasgo peculiar de esta religión. Ese estrato representaba a una intelectualidad pequeño burguesa, racionalista y socialmente semiproletaria.

El cristianismo, finalmente, comenzó como una doctrina de jornaleros artesanos ambulantes. En sus períodos más expansivos, interna y externamente, fue una religión característicamente bastante urbana y sobre todo, cívica. Así ocurrió en la Antigüedad, en la Edad Media y en el Puritanismo. La ciudad occidental, singular entre las ciudades del mundo y la ciudadanía, en un sentido peculiar que sólo se ha dado en occidente ha sido el marco característico del cristianismo. Esto se aplica tanto el espíritu piadoso de la antigua comunidad religiosa, como a las órdenes mendicantes de la alta Edad Media y a las sectas protestantes de la reforma y al pietismo y al metodismo²⁶.

Ante la diversidad de credos religiosos, de sus orígenes dispersos y disímiles no es posible integrar fácilmente una teoría del derecho, máxime cuando la religión influye en el derecho inexorablemente y condiciona el ordenamiento de una cultura. Sin el temor al purgatorio y la esperanza del juicio final, la tradición jurídica occidental no habría podido nacer nunca²⁷.

La misma antropología está expuesta a una pluralidad de teorías, como lo expresa Marvin Harris: "Aunque todos los antropólogos subrayan la importancia del enfoque multidimensional, comparativo y global, a menudo no están de acuerdo sobre el cual sería el mejor camino a seguir para explicar y comprender la condición humana"²⁸. Y el mismo Derecho posee múltiples enfoques al igual que la antropología. Fijémonos verbo y gracia en las raíces históricas de éste. Unas culturas son herederas del Derecho Romano, otras no lo son. Lo que caracteriza al pensamiento jurídico romano es, sobre todo, la vigorosa conciencia de la autonomía que obedece a sus propias leyes del derecho o como se ha dicho en son de crítica, la "tendencia disociadora" del espíritu latino. El derecho así concebido se aísla de todas las otras categorías de normas, tales como las de la costumbre, la moral y la religión. El derecho romano es, probablemente, de todos los ordenamientos jurídicos, el que menos acusa la influencia de la religión²⁹. El Common Law de los ingleses es, al igual que el derecho romano, un derecho casuístico, un Case



Law, extraído de la naturaleza de las cosas³⁰.

Otro aspecto metodológico es el atinente a la interpretación, que no permite fácilmente la integración universal del derecho, que por cierto ha ofrecido ciertos inconvenientes y debates. Primero tenemos el derecho natural, que establece que este proviene de la razón, la naturaleza o de Dios. Y como nos lo ilustra Kaufmann: "A través de muchos siglos la historia de la filosofía del derecho era idéntica con la historia de la doctrina del derecho natural"³¹. El positivismo, que tuvo su origen por motivos estrictamente científicos generó la creencia de que el método científico era plenamente aplicable a las ciencias sociales. Hoy se discute seriamente la aplicación de un método único a las ciencias sociales. Precisamente, la idea de la universalidad de un resultado matemático o científico suponía también que se aplicase al Derecho y a las ciencias sociales. Actualmente esta problemática la intenta resolver la Filosofía de la Ciencia³².

Así encontramos un positivismo en el siglo XIX, producto del Paradigma³³ Científico de entonces. Pero, el positivismo no es uno solo. Hay dos vertientes: el Analítico y el Sociológico. Común a ambas formas de positivismo es la tendencia a eliminar de la Teoría del Derecho la especulación metafísica y filosófica y a limitar el campo de la investigación científica al mundo empírico. La jurisprudencia analítica se ocupa del

análisis e interpretación de las reglas jurídicas efectivas, establecidas por los órganos del Estado. Concibe el derecho como un imperativo del poder gubernamental, como un mandato del soberano. Su objetivo principal es clasificar las reglas jurídicas positivas, mostrar su conexión e interdependencia dentro del marco total del sistema jurídico y definir los conceptos generales de la Ciencia del Derecho. El Sociológico, de otro lado, emprende la tarea de investigar y describir las varias fuerzas sociales que ejercen una influencia en el desarrollo del derecho³⁴.

Existe además una Teoría del Discurso cuyo exponente máximo es Habermas, unas Teorías de la Justicia: Analíticas, empíricas, normativas, materiales, etc. Una Teoría de la Argumentación de Manuel Atienza, una Escuela del Derecho Libre³⁵, un Realismo Jurídico Escandinavo, una Teoría de los Sistemas de Luhman³⁶, un Iluminismo Crítico de Theodoro Geiger que en mi parecer contiene elementos de positivismo y Marxismo. Tenemos una Teoría pura del Derecho cuyo mentor principal es Kelsen³⁷ y cuyo desarrollo en la actualidad lo hace Robert Walter³⁸. Todas han sufrido severas críticas y ninguna ha logrado imponerse de manera definitiva. Cuando se creía que el Derecho natural había desaparecido por completo, Gustav Radbruch al padecer los embates de la Segunda Guerra Mundial, alerta sobre el hecho de concebir equivocadamente el positivismo y como solución alterna plantea un Relativismo en el que



se hacen presentes los valores. En todo caso hay diversidad de interpretaciones, teorías de la justicia y escuelas por lo cual se hace necesario plantear como interrogante si es posible una Teoría Universal del Derecho sin discriminaciones. En esta falta de consenso racional no habría que acusar del fracaso de una integración universal del derecho, a las escuelas o a las interpretaciones del derecho, sino a los hombres, por que en verdad no son tanto las doctrinas las que fallan, sino los hombres y no es a éstas las que habría de enjuiciarse sino a quienes a nombre de una u otra idea se ponen al servicio incondicional del poder. Contra esa degradación del Derecho a la condición de Sirviente del Poder opuso Kelsen la demarcación estricta tanto con otros órdenes normativos como con la política o las ideas de justicia³⁹.

Una tentativa de solución podría ser la armonización entre antropología y derecho, consiguiendo de alguna manera integrar un derecho universal, reconociendo el pluralismo jurídico. Es probable que los juristas del futuro deban adquirir en su formación, bases de antropología fisiológica, biológica, teológica, filosófica y cultural. La evidencia de esta conexión se basa en que el derecho se considera una obra humana, ha sido creado por el hombre y está al servicio del hombre. El derecho contiene las características individuales y sociales de la existencia humana. La imagen dominante de una relación completamente armoniosa entre derecho y antropología se apoya en esta idea sobre el origen

humano y la dimensión humana del derecho. Y esta imagen es mantenida con demasiada complacencia tanto por los juristas como por los filósofos⁴⁰. Aunque las culturas sean muy diferentes y hasta el mismo derecho comparado llame la atención sobre el particular; es precisamente la comparación entre el sistema jurídico y el sistema cultural la que ofrece posibilidades más amplias de comprender las estructuras básicas de la condición humana en el derecho. Por esta razón, bajo el termino de antropología, se suele entender en primer lugar la antropología cultural⁴¹. Es probable que la antropología cultural no apoye una idea universal del derecho, como la que pretendía la modernidad, pero contiene en sí misma múltiples ventajas, tales como: una comprensión más totalizadora del hombre y goza además de otros elementos de investigación que le permiten explicar con mayor profundidad los fenómenos jurídicos de diversas culturas, incluidas las del pasado y las del presente. La pregunta que se formularían ustedes sería: ¿Por qué como abogados estudiarían antropología cultural?. A lo que les respondería Federica de Laguna: "La antropología es la única disciplina que ofrece un esquema conceptual para el contexto global de la experiencia humana... Es como una carretilla sobre la que pueden acomodarse los diversos temas de una educación liberal y mediante la distribución de la carga, hacerla más manejable y fácil de llevar"⁴².



A MANERA DE CONCLUSION

Tal vez lo más razonable y al mismo tiempo realista sería fomentar y posibilitar una serie de procesos de integración a distintos niveles (por competencias, materias y ámbitos territoriales) que estuvieran animados por el pluralismo, la igualdad y la participación del mayor número de sujetos posibles iguales. En la constitución de tal contrato mundial jugarán sin duda un papel importante, a pesar de lo dicho y en razón de su poder efectivo e incluso de su legitimidad, los Estados democráticos actualmente existentes en el todavía vigentes orden internacional y las instituciones supraestatales que de ellos haya nacido (ONU, Unión Europea, etc.).

De este contrato mundial podrá nacer sin duda un nuevo orden internacional y sobre todo por lo que aquí interesa, pueden surgir nuevas formas de poder y de derecho, esto es de instrumentos y de reglas para el establecimiento de una convivencia justa y pacífica a nivel mundial, objetivo que está todavía lejos de ser alcanzado cuando más de dos tercios de la humanidad viven en situaciones de grave injusticia política y económica⁴³.



NOTAS

* Método: El método consiste en un procedimiento regular y siempre repetible, formulado explícitamente, en orden a la consecución de algo, a saber, conocimiento científico. Estrategia que se lleva a cabo en la labor de investigación científica. (MARDONES, J.M.: Filosofía de las ciencias humanas y sociales; materiales para una fundamentación científica. Anthropos. Barcelona. 1991, p. 399).

1 FRIEDRICH, C.J. Filosofía del Derecho. Fondo de Cultura Económica. México. 1997, Pág. 48.

2 VILLAR BORDA, Luis: La paz en la doctrina del derecho de Kant. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1996, Pág. 64.

* Consenso: Acuerdo entre personas que hablan un lenguaje, son racional - razonables y están informados sobre el asunto en cuestión. Un carácter esencial de consenso lo constituye la ínter subjetividad. (MARDONES, J.M.: Filosofía de las ciencias humanas y sociales; materiales para una fundamentación científica. Anthropos. Barcelona. 1991, p. 400).

3 HANS NAWIASKY: (citado por Eduardo García Maynez, Filosofía del Derecho. México. Porrúa. 1996, Pág.12.

4 BERMAN, Harold J: La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente. Fondo de Cultura Económica. México. 1996, Pág. 56.

5 KANT, Emanuel. Filosofía de la historia: Idea de una historia. Ed. F.C.E. México. 1994, p. 46-48.

6 Ibid.

* Praxis: Significa acción o experiencia práctica, por medio de la cual el hombre como sujeto tiende a transformar lo real. (MARDONES, J.M.: Filosofía de las ciencias humanas



y sociales; materiales para una fundamentación científica. Ed. Anthropos. Barcelona. 1991, p. 404).

7 DIAZ ARENAS, Pedro Agustín. Relaciones Internacionales de dominación. Editorial Universidad Nacional de Colombia. 1998, pág. 20.

8 KANT, Emanuel: Filosofía de la historia. Editorial Fondo de Cultura Económica. 1994, págs. 46-48.

9 NICOLAS MARIA LOPEZ CALERA, Filosofía del Derecho II. Granada. Editorial Comares. 1998, pág. 89.

10 CHILD, Jorge y otros: Apertura y privatización. NEOLIBERALISMO Y SUB-DESARROLLO. Ed. Ancora. Bogotá. 1995, p. 63.

11 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: Postmodernidad y derecho. Editorial Temis. Santafé de Bogotá. 1993, p. 92.

12 G. VATTIMO y otros: En torno a la postmodernidad. Ed. Anthropos. Barcelona. 1994, p. 77.

* Juegos del Lenguaje: El segundo Wittgenstein considera el lenguaje como un juego lingüístico. Como todo juego, el lenguaje tiene unas reglas que se han de respetar y cumplir para que tenga sentido. El juego lingüístico designaría, pues, el contexto de sentido, o sea, el marco significativo de una palabra, que depende de su uso en el lenguaje. Aquí se daría una relación entre juego lingüístico y uso y en este sentido, el juego lingüístico remite a una forma de vida o contexto típico. (MARDONES, J.M.: Filosofía de las ciencias humanas y sociales; materiales para una fundamentación científica. Ed. Anthropos. Barcelona. 1991, p. 403).

13 FUKUYAMA, Francis: El fin de la historia y el último hombre. Editorial Planeta. Colombia. 1992, pág. 11.

14 VILLAMIZAR PINTO, Hernán. Introducción a la integración económica. Ed. Jorge Tadeo Lozano. 1999, pág. 109.

15 INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO. El caso colombiano; Banco de la República; Siglo del hombre editores. Bogotá. 1998, pág. 369.

16 Ibid., pág. 373.



17 ZULETA, Estanislao. Colombia : Violencia, democracia y derechos humanos. Ed. Altamir. Bogotá. 1991, p. 21.

* Revolución: La sustitución, abrupta o gradual, de un paradigma o matriz disciplinar por otro. (Mardones J.M.: Filosofía de las ciencias humanas y sociales; materiales para una fundamentación científica. Ed. Anthropos. Barcelona. 1991, p. 404).

18 RAMIREZ, Constanza: Conflicto agrario y medio ambiente. En : Revista Foro No. 35. Santafé de Bogotá; Septiembre de 1998; págs. 5 y 6.

19 CABALLERO CALDERON, Eduardo: Siervo sin tierra. Ed. Panamericana. Santafé de Bogotá. 1997, p. VI.

20 KAUFMANN, Arthur: Filosofía del derecho. Ed. Universidad Externado de Colombia. Santafé de Bogotá. 1999, p. 325.

21 Ibid., p. 326.

22 WEBER, May: La ética protestante y el espíritu del capitalismo. Ed. Península. Barcelona. 1997, p. 5-6.

23 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: Op cit., p. 75.

24 Ibid., p. 78.

25 WEBER, May: Sociología de la religión. ED. Cholloncan. México. 1997, p. 8-9.

26 Ibid. , p.10.

27 BERMAN, Harold J. : Op, cit., p. 586.

28 HARRIS, Harbin: Antropología Cultural. Editorial Alianza. 1998, Pág. 31.

29 RADBRUCH, Gustav: Introducción a la filosofía del derecho. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1997, p. 65.

30 Ibid., p. 70.

31 KAUFMANN, Arthur : Op. cit., p. 64.



32 La aparición expresa, manifiesta, de estas disciplinas (dicho sea globalmente y sin muchas precisiones) aconteció en el Siglo XIX. Es decir, en el momento histórico en el que se hizo evidente que la sociedad, la vida de los hombres en ella con sus múltiples relaciones, no eran ni algo claro, ni dado de una vez por todas. Desde este momento de crisis, el pensamiento y la reflexión pugnaron por encontrar estabilidad. Fruto de esta lucha con un mundo social que se había vuelto problemático surgió la ciencia histórica, sociológica, política, económica, psicológica... ¿pero, eran verdaderamente ciencias tales intentos, explicaciones, reflexiones, quehaceres?. La respuesta dependería del concepto de ciencia que se utilizará como medida. (J. M. Mardones: Filosofía de las Ciencias Humanas y Sociales. Editorial Anthropos. Barcelona. 1991, pág. 19).

33 Paradigma: En su uso establecido, un paradigma es un modelo o patrón aceptado. (T.S. Kuhn: La estructura de las revoluciones científicas. Editorial Fondo de Cultura Económica. 1998, pág. 51). Viene a determinar toda una ciencia en sus problemas, métodos y conocimientos. Viene a ser equivalente a la matriz disciplinar o asunciones guía, que se dan por bien establecidas en un determinado período histórico. Término análogo a los programas de investigación de I. Lakatos y a las tradiciones de investigación de Laudan.

34 BODENHEIMER, Edgar: Teoría del Derecho. Pág. 306.

35 El movimiento del derecho libre no se propone, pues, conferirle al juez nuevas atribuciones, sino simplemente llevar a su conciencia lo que, sin confesárselo y tal vez sin darse siquiera cuenta de ello, ha hecho siempre, que es venir en ayuda de la ley, complementando sus normas por medio de la propia iniciativa. (Radbruch, Gustav: Introducción a la filosofía del derecho. Editorial Fondo de Cultura Económica. 1997, Pág. 125.

36 Para hacerse una idea de la concepción sociológica de Luhman es necesario ante todo tener presente el hecho de que este autor ve los fenómenos sociales a través de la óptica de la teoría general de los sistemas y basa su concepción de la sociedad en el concepto del sistema social entendido como "Una conexión dotada de sentido de acciones que se refieren unas a otras y están delimitadas frente a un medio". Una concepción para la cual el sistema social mismo ya no viene entendido como un conjunto de hombres, sino como un conjunto de acciones y para la cual las acciones de un mismo individuo pueden insertarse en sistemas distintos según que sean realizadas en el ejercicio de uno u otro rol. Pero el sistema social así concebido, advierte, no está en condiciones de realizar las indefinidas posibilidades de aspiraciones ofrecidas por el medio y de la desproporción entre esta indefinida posibilidad de aspiraciones y la limitada posibilidad de expectativas que pueden realizarse concretamente, deriva, añade la



"Complejidad" del mundo, es decir, ese exceso de posibilidades que llevaría a una peligrosa inestabilidad sino existieran las estructuras, es decir, los sistemas sociales, capaces de reducir, dicha complejidad y de seleccionar y traducir las potencialidades indefinidas en expectativas previsibles. (TREVES, Renato: La sociología del derecho. Editorial Ariel. 1988).

36 ¿Qué era, qué perseguía en general la teoría pura del derecho?. El mismo Kelsen explicó el sentido general de su teoría jurídica en el prólogo de la primera edición de su obra más emblemática, La Teoría Pura del Derecho. (1934) "Han transcurrido más de dos décadas desde que emprendiera la tarea de desarrollar una teoría jurídica pura, es decir, una teoría del derecho purificada de toda ideología política de todo elemento científico -natural, consciente de su singularidad en razón de la legalidad propia de su objeto. Desde el comienzo mismo fue mi objetivo elevar la ciencia del derecho, que se agotaba casi completamente abierta o disimuladamente, en una argumentación jurídico-política, al nivel de una auténtica ciencia, de una ciencia del espíritu". El propósito central de toda la obra kelseniana fue, pues, la construcción de una auténtica ciencia del derecho. (López Calera, Nicolás María: Filosofía del derecho. Editorial Comares. 1998, pág. 15-16).

37 Robert Walter. (Nacido en 1931) Ha continuado y modificado la teoría pura del derecho en varios puntos. De antemano es preciso observar que para Walter revista capital importancia la determinación de la noción de derecho. Por lo tanto, la teoría del conocimiento y de la ciencia, sostenida por Kelsen pasa a segundo plano, finalmente resulta estorbosa y mirándolo bien, debe ser abandonada. (Schild Wolfgang : Las teorías puras del derecho. Ed. Temis. Bogotá. 1983, p. 57).

38 VILLAR BORDA, Luis: Robert Walter: La Doctrina del Derecho de Hans Kelsen. Editorial Universidad Externado de Colombia. 1999, pág. 16.

39 BROEKMAN, Jun: Derecho y antropología. Ed. Civitas. Madrid. 1993, p. 33.

40 Ibid., p. 31.

41 HARRIS, Marvin : Op.cit, p. 19.

42 NICOLAS MARIA LOPEZ CALERA. Op. Cit., pág. 91.

