

“Hemos vivido de espaldas a las grandes corrientes renovadoras”

Ética, derecho y democracia

Luis Villar Borda

Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez,
Santafé de Bogotá, 1994, 268 págs.

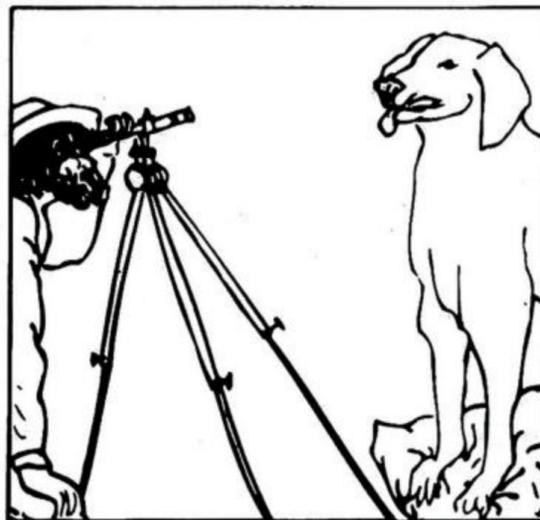
No pocas personas se preguntan, en el ambiente de confusión y vulgar pragmatismo predominante hoy en Colombia, qué sentido tiene discutir sobre temas de teoría jurídica y política o en general de los que atañen a la filosofía del derecho, cuando se afirma la muerte de todas las ideologías y se considera que hemos llegado al último estadio del proceso histórico con el sistema democrático capitalista. Estas palabras, que son las del propio autor, plantean el problema fundamental de esta recopilación de ensayos dedicada a la memoria de don Jorge Soto del Corral. La pregunta de inmediato nos lleva al tema de la posmodernidad, una especie de apocalipsis *avant la lettre*. Ha fracasado la Razón, es la proclama posmoderna. ¿Estamos, por ende, sumergidos en el reino del irracionalismo? Estamos ante el fin de la historia, proclama Fukuyama (una especie de Oswald Spengler a la orden del día), aunque proponga el esperanzador símil de las carretas (una especie de símil de la caverna platónica a la orden del día), según el cual puede ocurrir que los ocupantes que vamos en la carreta, una vez visto el paisaje, no lo encontremos de nuestro agrado e iniciemos un nuevo viaje aún más distante.

Estas preguntas, dice Kuenzelen, no se pueden despachar simplemente con un gesto de rechazo. Kaufmann, entre muchos otros, ha estudiado el problema, tratando de escuchar el grito posmoderno “para defender y conservar las verdaderas conquistas de la modernidad y el racionalismo”.

A mi modo de ver, el más interesante de estos ensayos es el primero, el que se involucra en esta discusión. Villar destaca la forma mendicante en la que se adelanta ésta en nuestro medio, en el contexto de los debates sobre la pena

de muerte o sobre los derechos humanos, o a través de la tutela.

Se trata de descubrir hasta qué punto la filosofía del derecho recupera terreno ante el avance incontenible del pragmatismo (que en Colombia no pasa de ser un vulgar empirismo o ansia de utilidad inmediata y mucho menos tiene algo que ver con William James). “Un examen mínimo de los trabajos de Peirce, James y Dewey sugiere que orientarnos por el pragmatismo sin ciencia y sin educación podría llevarnos a un suicidio nacional”, reza un filósofo de moda (Antanas Mockus). Ante la avalancha de la corrupción generalizada, este libro aspira a ser una contribución a ese movimiento renovador de la filosofía jurídica en Colombia, un eslabón más para la formación de una filosofía del derecho autóctona, que se ocupe de nuestros problemas: pobreza, inseguridad, derechos humanos, violencia, identidad nacional, democracia, crecimiento demográfico...



La óptica es optimista: “Pensamos que las ideas, a pesar de las exageraciones de algunas corrientes posmodernistas, juegan un papel esencial en la dirección de las sociedades”. La nueva constitución, de 1991, en gran parte forjada bajo los principios que preconiza Villar, refleja de algún modo estas preocupaciones. “Hemos vivido de espaldas a las grandes corrientes renovadoras del pensamiento jurídico”, nos dice el autor. La regresión política se habría iniciado en la década de los cuarenta; recordemos a Nieto Arteta, Echandía, Cayetano Betancur, Rafael Carrillo, Naranjo Villegas, etc.

Siguiendo a Bobbio, tanto el derecho natural, como el positivismo y el

realismo jurídico, son apenas respuestas parciales y, por lo tanto, erróneas. Villar Borda es un profundo conocedor y defensor de sus maestros germánicos, alguno de los cuales (Kirchman) tiene un adagio brillante: “Tres palabras rectificadoras del legislador y enteras bibliotecas desaparecen”. Esta frase, bien lo sabemos los abogados, vale por enteras bibliotecas. Así, también, el aserto de Radbruch: “No es sorprendente que cada época debe escribir de nuevo su ciencia del derecho”. Para esta escuela (si es que se puede hablar de una escuela) la validez del derecho se funda en la moral, pues el propósito del derecho se orienta hacia una finalidad moral.

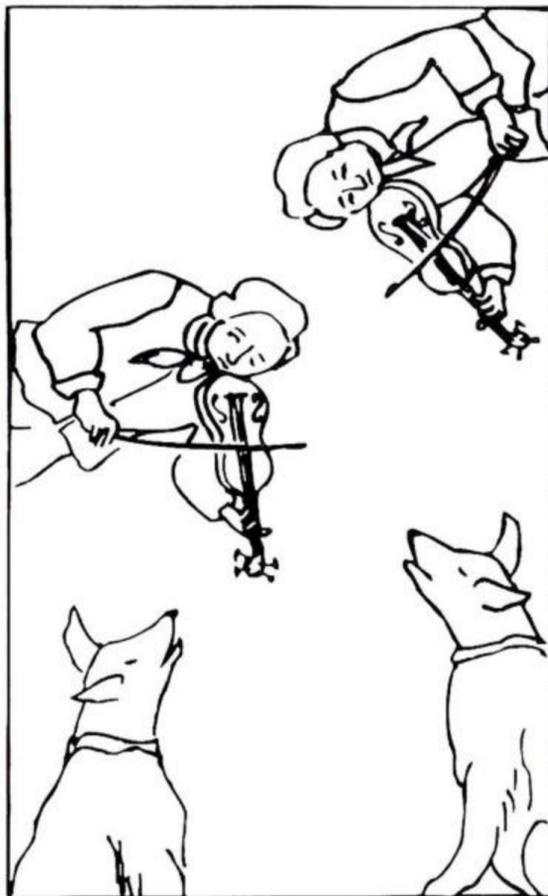
Imbuido de la escuela alemana, casi todo el libro es un examen de las relaciones entre derecho y moral, relaciones siempre tensas a lo largo de la historia; también es el viejo conflicto entre derecho natural y positivo; así, por ejemplo, se advierte muy presente el cuestionamiento de los postulados positivistas bajo la Alemania de Hitler. “En honor al positivismo habría que decir que la mayor parte de los juristas que defendieron y legitimaron el régimen totalitario no fueron positivistas”, sino sus enemigos, como Carl Schmitt. Los positivistas, Kelsen a la cabeza, “fueron perseguidos con saña, expulsados de las universidades y obligados a expatriarse” (pág. 32).

Bien sabemos que gran parte de estas discusiones etéreas, para Kelsen, no tienen razón de ser. Tras analizar 16 definiciones de justicia nos dice que para él es racional y científicamente imposible responder qué es justicia y qué es moral. Y acaso no le falte razón. “Debo conformarme con la justicia relativa, tan sólo puedo decir qué es para mí la justicia”. Sin duda el aporte más valioso de Kelsen es la aceptación de la tolerancia como principio ético fundamental.

Pasemos a Radbruch, la otra figura tutelar de estas páginas. Antes de 1933 era positivista, dentro de la clásica posición kantiana: el juez “debe preguntar sólo qué es derecho y no si también es justo”, todo esto apoyado en el dogma de la seguridad jurídica. Tras la guerra, en la que por azar sobrevivió, Radbruch cambió su punto de vista en

un famoso ensayo sobre el derecho supralegal y la arbitrariedad legal (recogido en *Relativismo y derecho*). Su nueva fórmula se resume así, según Villar: "Primado del derecho positivo, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia sea de tal manera insoportable, que la ley deba considerarse derecho injusto" (o falso derecho). Hay valores superiores que ni el legislador ni el gobernante pueden transgredir (vuelven y juegan Cicerón y el cristianismo primitivo); el primero de ellos, los derechos humanos. Esta fórmula fue de hecho aceptada por los tribunales alemanes de la posguerra. El debate fue candente, en especial por los ataques de Hart, quien adujo que "el reconocimiento de una norma como norma válida de derecho también resuelve el problema moral de deberle obediencia a esa norma" (*The concept of Law*). Hay otras respuestas pragmáticas, como la de Rawls, que busca una adecuación entre la ley y la justicia. "El problema es el de bajo qué circunstancias y hasta qué punto estamos obligados a obedecer acuerdos injustos. A veces se dice (pág. 66) que no estamos obligados a obedecer en estos casos, pero esto es un error. La injusticia de una ley no es, por lo general, razón suficiente para no cumplirla..." Se trata, en último término, de un conflicto de principios. De hecho, me parece más importante la anotación de Dreier: ¿en realidad alguien está en posibilidad de oponerse a una medida abiertamente injusta que lo afecte o que afecte a terceros, en un régimen como el de Hitler? De una pregunta como ésta depende la responsabilidad total de una nación, en casos como el del holocausto judío. De hecho sabemos que los juicios de Nuremberg y la posición judía optaron por esta fórmula de la responsabilidad compartida, un tanto injustamente, a mi modo de ver. Aunque la humanidad marche a toda máquina hacia la uniformidad total en algunos aspectos, es apenas una ilusión o un deseo considerar que todas las personas de una nación comparten los mismos credos, amores y odios. Cabe anotar que también hay un auge de nuevas tendencias, como son el derecho a la desobediencia (que de inmediato llama al famoso ensayo sobre la desobediencia civil del visionario

Thoreau), o el caso de los "objetores de conciencia", que justo ahora empieza a ser tenido en cuenta como factor individual valioso.



El argumento en contra de posiciones flexibles e inteligentes como la de Radbruch suele ser el de que son "peligrosas", puesto que pueden caer "en malas manos" y se prestan para arbitrariedades. Es curioso cómo la humanidad se resiste a aplicar ideas "mejores" en algún sentido que las que viene aplicando por siglos de inercia, agarrándose de las excepciones, de nimios expedientes que surgen de una instintiva reticencia a los cambios. Es como prohibir las motocicletas porque hay sicarios o fumigar todos los cultivos porque hay droga. Es evidente que muerto el paciente muere también la gripe. De hecho no hay ley que detenga a un dictador; quien tiene el poder no necesita de la legislación para ser arbitrario; si quiere la cambia o si no silencia con la fuerza o con el temor a quien proteste.

Lástima es que Dreier identifique la ilegitimidad con el Estado totalitario y la legitimidad con el Estado democrático. En todo caso, el haber conseguido separar los conceptos de ética y derecho es un avance civilizador. "Cada vez que se intenta de nuevo poner el poder al servicio de una idea religiosa o de una moral impuesta dramática-

mente, se incurre en la barbarie o en el totalitarismo".

A partir de aquí el libro se me antoja demasiado repetitivo. Sufre del síndrome de las antologías: es excelente al principio y decae al final incluyendo pequeños artículos o ponencias en los que el autor repite, para otros públicos, lo que ya había bien dicho en otro lugar. Otros, por lo demás, han perdido actualidad. Creo que resulta más bien sencillo fijar sus directrices atemporales, los puntos en los cuales reposa el énfasis del autor, aunque puedo no estar de acuerdo (como diría Nicolás Gómez Dávila, los que están de acuerdo es porque no entendieron al autor). Lo fundamental es que propone inaugurar una propuesta ética, que ha existido, pero en los recintos universitarios, entre un reducido círculo de eruditos o de hombres de bien.

¿Qué otorga validez a un orden jurídico? Villar habla de un consenso mínimo y luego emprende el análisis global de la nueva Constitución. En primer lugar, está, según el autor, impregnada de motivaciones ético-jurídicas, en principios esencialmente éticos (destaca particularmente en ella la influencia de la Ley Fundamental de Alemania de 1949). Desde luego, la crítica o la objeción primordial se centra en su carácter utópico como catálogo de "buenas intenciones"; de todas maneras, insiste Villar, implica un compromiso del constituyente de acatar compromisos internacionales en materia de derechos humanos y estimular políticas del Estado en beneficio del mayor número.

En "El control jurisdiccional de la Constitución" anota las ventajas del nuevo esquema de la Corte Constitucional pero advierte que no se cumple el objeto de concentrar el control jurisdiccional, pues se dejó al Consejo de Estado el conocimiento de la inconstitucionalidad de los decretos ejecutivos y en general una competencia por defecto. Este control difuso (y confuso), uno de los problemas que dio lugar a un mayor número de conflictos jurisprudenciales, se mantuvo.

Por otra parte, Villar reconoce nuestra "triste celebridad ante el concierto de las naciones" en cuanto al problema de los derechos humanos. La verdad es

que en Colombia no tenemos una cultura al respecto y que rasgándonos las vestiduras y sacando a relucir el patriotismo cada vez que Amnistía Internacional pone el dedo en la llaga no vamos a solucionar nada.

La segunda parte del libro examina el problema derecho-democracia. ¿Es posible una sociedad democrática en las condiciones económicas del Tercer Mundo? La abstención, por ejemplo, es un síntoma de esa decadencia señalada por Offe. El cuadro colombiano resulta patético, aunque el optimismo del autor es notable, incluso utópico. Mas él responde: ¿Es posible la vida sin una dosis de utopía, sin un principio de esperanza? Y en otro artículo agrega que el hecho de ser algo utópico no es un motivo para abandonar un objetivo. Y esto me permite anotar una bondad de esta prosa: El autor no se nos dirige en lenguaje filosófico.

Como dice Gómez Dávila, la humanidad necesita a veces siglos para disociar ideas precipitadamente asociadas. Liberalismo y democracia, por ejemplo. Son dogmas macartistas similares a aquel que pretende que a quien no le gusta el capitalismo es un comunista; o que a quien no le guste el comunismo es fascista; así, a quien no le guste el sistema democrático es un amigo del totalitarismo. Daniel Bell explica que no hay nada desde el punto de vista teórico o práctico que identifique liberalismo con democracia. Kelsen anota que la democracia no está ligada necesariamente con ningún sistema económico, o sea que puede ser compatible tanto con el liberalismo como con el socialismo. Carl Schmitt estima que los términos son tan contrapuestos que sólo una dictadura puede hacer efectiva la democracia. El propio Villar Borda acepta que "entendida la democracia como participación e igualdad y el liberalismo como libertad, se trata de dos principios distintos y que en algún momento pueden estar en tensión..." (pág. 112). Luego trata de conciliarlos. Ahondando un poco —uno de los logros teóricos de este libro—, se descubre que la definición de democracia no incluye el gobierno del pueblo (sólo el gobierno en interés del pueblo). En cualquier caso, una realidad de caos y anarquía se contraponen entre nosotros a una apli-

cación teórica perfecta del dogma democrático. En suma, pienso, somos tan democráticos que, en Colombia, todo el que puede, gobierna.

Hacia el final del libro quiero destacar un estudio histórico acerca del MRL, que está atravesado por la nostalgia.

Así es: ética, derecho, democracia..., en mi modesta visión, resultan de un orden jerárquico; pero como en una reseña sólo me parece lícito exponer las propias teorías cuando el autor no ha dicho nada, lo dejaré para otra ocasión.

LUIS H. ARISTIZÁBAL

Mate y café

Colombianos y argentinos: historias y encuentros

Juan Gustavo Cobo Borda (comp.)
Asociación Argentina de Colombia,
Santafé de Bogotá, 1994, 384 págs.

Cuando un argentino y un colombiano se encuentran, hablan de tango, de fútbol y de un cuento de Borges que se llama *Ulrika*, en el que el personaje central —un profesor de la Universidad de los Andes— dice que ser colombiano es un acto de fe. Si el colombiano y el argentino son fanáticos del deporte, quizá recordarán también las peleas entre Nicolino Loche y Kid Pambelé y entre Monzón y Valdés. Si son jefes de Estado, inevitablemente mencionarán los nombres de Bolívar y San Martín. Si intiman, al final el colombiano contará chistes sobre argentinos que el argentino no tomará a mal y que incluso —si no es porteño— seguirá repitiendo como chistes sobre porteños. Y si son intelectuales, seguramente terminarán por buscar una gran historia que unifique y dé coherencia a todas esas pequeñas historias.

El libro recientemente publicado por la Asociación Argentina de Colombia —*Colombianos y argentinos*— recoge todas esas pequeñas historias —y algunas más— y en algunos casos trata de darles coherencia. Digo en algunos casos, porque el libro no es una unidad homogénea, sino una especie de serie

de monólogos cruzados. Detrás de muchos de ellos está el tema de la integración latinoamericana, en la que la historia de las relaciones entre colombianos y argentinos sería sólo una parte. En otros predomina la tematización de las relaciones bilaterales en uno u otro campo, como el teatro o el fútbol. Y en otros monólogos —vamos a seguir llamándolos así— el tema es sencillamente argentino o colombiano, y lo único que justifica la inclusión del texto en el libro es que si el tema es argentino el autor es colombiano y viceversa. Tales son los casos del ensayo de Borges sobre *María* y de las notas ligeras de Germán Arciniegas sobre Sarmiento y Bartolomé Mitre.



Después de un preámbulo oficial —en el que el presidente Menem y los expresidentes Gaviria y Betancur hablan de San Martín, de Bolívar, de fútbol, de tango y, en fin, de las cosas que suele hablarse entre argentinos y colombianos— el libro se divide en tres grandes capítulos, cada uno de los cuales, a su vez, se compone de diferentes ensayos o artículos. El primer capítulo se dedica a la historia en el sentido tradicional —es decir, a la historia política y diplomática—; el segundo, a las relaciones culturales entre los dos países, y el tercero —titulado "Presencias"— está formado por textos que al parecer el compilador, Juan Gustavo Cobo Borda, no quiso meter en los otros dos capítulos, aunque hubiera podido hacerlo.

La lectura total del libro deja la impresión de que Cobo sólo hizo el papel de una especie de coleccionista que recoge textos y los reúne pero sin darles un espíritu común. Por eso resulta más adecuado juzgar primero las partes del