

Tenemos ahora como última ponencia, la del doctor Luis Fernando Alvarez Jaramillo, figura muy promisoria del Derecho, profesor universitario, ex-magistrado de la Corte Suprema de Justicia y quien nos va a enriquecer con el tema EL CONCEPTO DEL DERECHO COMO PRESUPUESTO ETICO DEL DERECHO. Con ustedes el doctor Luis Fernando Alvarez.

#### **DOCTOR LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO**

Bueno, vamos a trabajar unos minutos sobre este tema del Concepto del Derecho como fundamento ético del Derecho. De golpe la última conferencia es la más complicada, porque ya solemos estar agotados, pero en fin, vamos a hacer algunas reflexiones, ésto no es una conferencia, ésto es una charla, yo creo que podemos abrir una discusión muy interesante entre todos. Sé que aquí hay personas más versadas que yo sobre este tema, pero lo importante es que de golpe haya alguien que coordine la discusión y vamos a tratar de hacer eso: una coordinación de una discusión que podremos abrir entre todos nosotros.

La ética como ciencia se mueve indudablemente en el campo de la axiología. La ética es una ciencia que trata en alguna forma del estudio de un valor específico, o sea que tiene un claro contenido axiológico. Ese es un punto teórico que hay que tenerlo muy en claro.

La ética es el planteamiento que hace el profesor francés Jean Leclerq, la ética se debe dividir en dos partes muy específicas que son: la ética general y la ética especial. La ética general es lo que llaman los autores una moral social. La ética general es un comportamiento axiológico del hombre, con fines a realizar la moral, pero a realizar la moral en el campo social. Esto es lo que diferencia la ética de la moral propiamente dicha, que la moral se supone que es un pronunciamiento interno, mientras que la ética supone que es ese pronunciamiento interno, pero llevado a una expresión externa en el campo social.

Desde ese punto de vista todo comportamiento social se supone que tiene un sentido ético, en el sentido de que ese comportamiento social debe obedecer a un parámetro axiológico, a unos contenidos de valor. Esos contenidos de valor son establecidos por la misma estructura social, política, económica, tradicional, que tiene en un momento determinado un grupo social.

Ese es un presupuesto que se los dejo como enunciado, después lo discutimos un poco, porque de golpe no es el tema específico nuestro.

Pero frente a esa ética general hay unas éticas especiales; esas éticas especiales son aquel conjunto de ciencias que tratan de analizar el comportamiento del hombre frente a un valor axiológico y en un campo de la actividad humana determinado. Es decir, cuando hablamos de ética especial, estamos hablando de la moral social que debe llevar el hombre en un comportamiento científico o en un aspecto técnico o en un aspecto del trabajo determinado. Hay una ética en el trabajo de la medicina; hay una ética especial en el trabajo del derecho, en el trabajo de las ingenierías. Entonces, cuando nosotros hablamos -y aquí vamos entrando de lleno al tema nuestro-, cuando nosotros decimos que debe haber un comportamiento ético del abogado, estamos diciendo que en su actual normal, en el ejercicio de su profesión, en su actividad profesional, el abogado debe actuar éticamente. ¿Qué significa que el abogado debe actuar éticamente? Quiere decir que debe actuar frente a unos parámetros axiológicos, parámetros axiológicos que suponen que, si su comportamiento está de acuerdo con esos parámetros axiológicos, su comportamiento es ético.

Pero, ¿cuáles son esos parámetros axiológicos? Ahí es donde estamos en el punto crucial del tema. Esos parámetros axiológicos en una

ciencia determinada, los brinda la misma ciencia. Por decir algo, no podemos pretender que el comportamiento ético del abogado sea un fenómeno distinto al conocimiento del derecho. El concepto que se tenga del derecho, el conocimiento que se tenga del derecho, es el primer presupuesto axiológico del comportamiento ético del abogado. Sería un absurdo -como de golpe se pretende en algún discurso-, creer que el comportamiento ético del abogado es un discurso ajeno, un discurso anexo a sus estudios, a su preparación científica. Eso es un absurdo. Eso no tiene ninguna razón de ser. Entre otras cosas, porque el primer deber axiológico, o sea la primera obligación ética del abogado, está en su propia preparación científica.

El primer deber ético del médico es su propia preparación científica, del ingeniero también. Entonces, simplemente se trata de decir, bueno: si el comportamiento ético como toda ciencia axiológica, supone una comparación de la conducta con unos valores, esos valores están dados en primer lugar, en el mismo conocimiento que se tenga, y en la misma concepción que se tenga de esa ciencia que se va a trabajar.

Entonces ahí nos vamos encontrando poco a poco con que se puede ir precisando algo que aparentemente es muy abstracto, y es, ¿Cuáles son los parámetros de conducta que nos sirven para calibrar axiológicamente el comportamiento ético del abogado?

El primer parámetro indudablemente, es el conocimiento que tenga de la ciencia a la cual se va a dedicar; y el segundo, que de golpe puede ser anterior, por lo menos desde el punto de vista lógico, es la concepción misma que se tenga de esa ciencia. Me explico. Sería un absurdo pretender un comportamiento ético en sentido humano-social del abogado, si en su conocimiento científico no tiene su ciencia una proyección humana social. No se puede pedir un comportamiento ético a quien no se le está dando el parámetro de análisis en un momento determinado.

Todo esto a qué nos lleva. Nos lleva a una discusión de tipo académica, pero con unos efectos prácticos impresionantes, que se planteó por ejemplo en las universidades romanas sobre todo, a mediados de este siglo, en el sentido de que no se podía seguir enseñando la ética como una ciencia aparte, como un conjunto de reglas del comportamiento, por

lo menos la ética especializada, sino que la ética debería enseñarse como un ingrediente necesario en la concepción científica de cada disciplina.

En nada absolutamente en nada se favorece un comportamiento ético determinado del abogado, si desde el primer año de estudios se le está enseñando a ese futuro abogado, al cual se le va a exigir un comportamiento ético, se le está enseñando que el derecho es simplemente una regla formulada, independientemente de sus contenidos axiológicos de justicia, de su valor de libertad, o su valor de seguridad. Simplemente aplique la ley, porque la ley ocupa un lugar dentro de un procedimiento normativo; y si la norma se expide con forma de procedimiento normativo, aplíquela independientemente de la concepción axiológica que usted tenga sobre ello. Si al abogado se le forma así, si de alguna manera todos hemos sido formados bajo ese mensaje, es absolutamente imposible tratar de enseñarle, en la mitad del camino, o lo que es peor, al final del camino, en el último año de estudios de Derecho, a través de una cátedra de Ética, enseñarle un comportamiento ético a quien científicamente se le ha enseñado otro tipo de comportamiento.

Entonces fíjense ustedes que vamos llegando al punto central del problema. Y es que la ética no es un agregado. La ética es un elemento mismo de la ciencia. La ética es un elemento de trabajo de la ciencia, que definitivamente debe estar integrado a ella y que hace parte de la estructura integral de esa ciencia.

Si nosotros vamos a trabajar por ejemplo, en nuestro campo, el concepto científico de ciencia, de la ciencia del derecho, a trabajar epistemológicamente el derecho, si vamos a trabajar epistemológicamente el derecho, nosotros tenemos que optar de entrada por saber si el derecho lo concebimos como un instrumento meramente positivo, normativo, o si el derecho es algo más que eso. Si el derecho es un objeto estrictamente lógico, que obedeciendo a una estructura lógica, debe aplicarse independientemente de ciertos contenidos y de ciertos criterios axiológicos, o si el derecho es algo más que una estructura lógica, y el derecho es todo un mensaje axiológico, es decir, si el derecho debe realizar un valor que es el valor justicia por ejemplo.

Esto tiene sus consecuencias, que son las que yo quisiera que después conversáramos un poco. Y es la siguiente: ¿Ser posible que en un

momento determinado, un abogado sea juez o no sea juez, pueda comportarse éticamente conforme a la ciencia que está trabajando, cuando ese abogado ignora absolutamente los principios fundamentales que mueven esa ciencia? Por ejemplo, es que puede concebirse que un abogado en cualquier rama, así sea, pongámoslo en un ejemplo que puede ser muy práctico, un abogado que se dedique única y exclusivamente a trabajar en títulos ejecutivos. ¿Ser concebible que ese abogado ignore cuál es el fundamento filosófico-político del ordenamiento jurídico que él está trabajando? ¿Será que es ético para él y para quien así lo formó, tratar de demostrar simplemente que el derecho es un título valor, que hay que buscarlo y llevarlo a donde un juez, y que el juez lo ponga en práctica, sin interesar para nada cuál es el contenido axiológico que se está jugando en ese título valor? Esa es una responsabilidad ética, y es una responsabilidad ética que viene de la formación de las universidades, y es una responsabilidad ética que recibe quien ha sido formado en esa forma.

Quien desde el primer momento de sus estudios, simplemente ha analizado la norma como un instrumento tecnológico y no como un contenido axiológico, no se le puede pedir después que la maneje como contenido axiológico, y no como mero instrumento tecnológico.

¿Qué consecuencias tiene este problema que estamos planteando, que es lo único que estamos haciendo? Tiene consecuencias tan graves como ésto: es un absurdo que se trate de ejercer éticamente una profesión, sin saber cuál es el verdadero contenido científico de esa profesión, sin conocer o sin querer conocer, o sin practicar los fundamentos filosóficos que mueven esa profesión.

Tratar de manejar el derecho, ignorando que el derecho es un elemento axiológico que va a realizar la justicia, y no preocuparse por saber cuál es el verdadero contenido filosófico y ontológico de la justicia, ya esa es una irresponsabilidad ética, tanto de quien enseña como de quien aprende, más de quien enseña, en primer lugar. En segundo lugar, eso tiene sus consecuencias. Las consecuencias vienen a ser el exagerado culto al dogmatismo y al formalismo; en un momento determinado es más importante saber cuál es el documento que se necesita para un acto, que saber cuál es el contenido de justicia que va envuelto en ese acto.

Alguien podría preguntar, o alguien podría agregar -y es parte de la discusión que debemos plantear ahora-, es que si al derecho lo concebimos como un mero instrumento axiológico y no lo sometemos a una exigencia dogmática, entonces simplemente el orden y la seguridad jurídica del Estado quedarían simplemente en el aire. Eso no es del todo cierto. Eso depende de una interpretación que se tenga en torno a la interpretación del derecho. Creer que el juez o creer que el abogado debe interpretar el derecho, fundamentándose exclusivamente o casi exclusivamente en argumentos normativo-positivos es tratar de establecer que el jurista es un ente en vías de extinción, que sólo queda el tecnólogo del derecho, ni siquiera el tecnólogo del derecho, sino simplemente el tecnólogo de la ley. ¿Por qué? Porque eso equivale a pensar que el derecho es lo mismo que la ley positiva. Y aquí hay un concepto ya de fondo, que tiene unas consecuencias axiológicas. Es que el derecho no es lo mismo que la ley positiva. El derecho no es lo mismo que la norma positiva. El derecho es algo más, mucho más, que la norma positiva. Más aún, como lo dice el profesor Leclercq: la norma positiva es un mínimo elemento del derecho. El derecho es algo más, es un universo mucho más grande que la norma positiva.

Lamentablemente nosotros hemos limitado el derecho a la norma positiva, hemos olvidado los principios filosóficos, sociológicos, económicos, políticos, que guían todo ese fenómeno que es el ordenamiento jurídico.

Lo decía en una ocasión, en una afortunada jurisprudencia al Consejo de Estado, -que por suerte se están presentando ese tipo de jurisprudencias-, es que en un momento determinado el juez, cuando falla, no debe tener simplemente en cuenta las normas, no estamos diciendo que ignore las normas positivas, pero él debe tener en cuenta algo más, que son los principios en los cuales se fundamenta el ordenamiento jurídico.

Entre otras cosas, porque las mismas normas positivas le dan argumentos para que aplique esos principios. Fíjense ustedes en esto. Sería un absurdo, uno podría preguntarse, éste es un problema que hay que plantearlo: ¿Frente a una norma positiva, podría argumentarse que esa norma positiva no se puede aplicar, porque esa norma positiva va en contra de la equidad, va en contra de los principios de derecho natural o va en contra de los principios de la Constitución?

Desde el punto de vista exegético normativo, se diría: Si la norma es clara, la norma no se puede aplicar porque existe un caso y frente a un caso existe una norma que lo resuelve. No es tan claro sin embargo el fenómeno. Y no es tan claro sin embargo el fenómeno porque, volvemos al mismo punto, depende de la concepción que se tenga sobre el derecho. Si el derecho es algo más que esa norma escrita, sabemos que por encima de esa norma escrita en la estructura jerárquica, hay algo más.

El mensaje que yo quiero darles es ese: la estructura jerárquica keiseniana es una estructura jerárquica limitada. Es una estructura jerárquica limitada porque limita el ordenamiento jurídico a la parte normativo-positiva, y dice: La jerarquía de normas son la Constitución escrita, las leyes, los actos administrativos, etc.

Esa es una mínima parte de la estructura jerárquica, porque por encima de todo eso, están los principios generales del derecho, los principios generales de la Constitución, los principios políticos de la sociedad, los fundamentos filosóficos de esa sociedad. Es decir, que la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico es algo más que la estructura jerárquica normativa de tipo keinesiana.

¿Qué efectos ha tenido el hecho de que nos limitemos a que el derecho sea simplemente la norma positiva? Eso ha tenido efectos funestos como éste: Yo me pregunto, -y aquí hay personas que lo saben mejores que yo-, ¿cuántas veces un juez de la República ha aplicado el artículo 215 de la Constitución? Más aún, me pregunto, ¿cuántos jueces de la República conocen el artículo 215 de la Constitución? Y el artículo 215 de la Constitución, a mi modo de ver, es el elemento más precioso que tiene el estado de derecho. ¿Por qué? Porque el artículo 215 le dice a uno: en caso de que una norma esté en no conformidad con la Constitución, usted puede dejar de aplicar la norma para aplicar la Constitución. Y no le está diciendo que la Constitución son únicamente los 218 artículos de la Constitución; le está diciendo, la Constitución. Y la Constitución es algo más que los 218 artículos. La Constitución son los principios de interpretación del Preámbulo; la Constitución son los fundamentos políticos del acta constituyente que tiene toda Constitución; la Constitución es la base misma de la organización socio-política de un Estado.

Entonces yo me preguntaría: ¿Cuntas veces un juez puede o debe, o hace el esfuerzo, por reflexionar si esa norma va contra la estructura jurídico-política fundamental de la sociedad en la cual él está trabajando? Esa es una responsabilidad ética. Esa es su primera responsabilidad ética. Su primera responsabilidad ética es saber cuál es el medio institucional donde él está trabajando. El medio institucional donde él está trabajando no es la oficina del Juzgado. El medio institucional es la sociedad, la organización socio-política en la cual él está incluido.

Pero eso supone una concepción del derecho, y una concepción del derecho, no como una mera particularización normativa, sino como un todo en un ordenamiento jurídico global.

Yo me pregunto, y eso es algo a lo cual la misma ley 153 remite, yo me pregunto ¿en cuántas ocasiones se acude a los principios del derecho natural, a los principios de la equidad, o a lo mismo que trae la ley 153 del 87, de los fundamentos constitucionales del Estado? Ahí hay una responsabilidad ética. Es que incluso no hay contradicción. Fíjense ustedes que hay norma positiva que lo está diciendo, está diciendo, por favor acudan a esos principios para la solución de las normas.

O sea que en un momento determinado sí existe la posibilidad en primer lugar, de que haya una concepción del ordenamiento jurídico diferente a la mera norma positiva. En segundo lugar, que esa concepción de ordenamiento jurídico, la concepción misma de ordenamiento jurídico como algo distinto de la mera norma positiva, ya eso de por sí es una responsabilidad ética de quien está estudiando esa ciencia, de quien la está enseñando.

En segundo lugar, si sabemos que el ordenamiento jurídico es algo más que la mera norma positiva, viene la segunda responsabilidad ética, y es trabajar en ese ordenamiento y no en la mera norma positiva. No olvidando la norma, pero sabiendo que la norma es un mero elemento del ordenamiento, que la norma no es el todo, sino una partícula de ese todo. En tercer lugar, si tenemos muy claro estos dos criterios, entonces es indudable que hay que asumir una responsabilidad ética cuando, por el mero legalismo, estamos violentando las reglas fundamentales de convivencia social.



Alguien preguntaría: ¿Pero es que si a los jueces se les da la posibilidad de que ellos mismos, para cualquier caso, comiencen a aplicar los principios generales del derecho, comiencen a aplicar el derecho natural, comiencen a aplicar los principios de la Constitución, en qué queda la seguridad jurídica? Ese argumento, a mí me parece que es un argumento muy débil, porque es un argumento que parte de otro vicio que va implícito en todo esto, y es el vicio de que los abogados son mal formados. Y si son mal formados, los jueces son mal formados. Y si son mal formados, no se les puede dar esa amplitud de decisión, porque crearían inseguridad jurídica.

La escuela de aplicación del derecho, la escuela viva del derecho de que están hablando los norteamericanos hoy en día parte de la base de que el derecho no se realiza cuando se crea la norma por el legislador, sino que el derecho se realiza cuando cada juez falla en un caso concreto. El verdadero derecho es el del juez que está fallando en un caso concreto.

Nosotros venimos de una tradición occidental, en donde consideramos que el derecho se realiza cuando el legislador expide la norma. Y sin embargo no nos da temor de que el legislador que no es experto en derecho, expida las normas. Eso no nos da temor. No nos da temor que un legislador compuesto por médicos, por carniceros, por lo que ustedes quieran, sea el que expida la norma. Eso no nos da temor. Ahí sí no hay problema.

Pero cuando le decimos que sea el juez el que adquiera una mayor amplitud, criterio de interpretación, ya de golpe sí nos da temor que eso suceda.

Simplemente es una concepción doctrinaria, es una concepción de teoría del derecho, pero es una concepción de teoría del derecho que a mi modo de ver hay que ir superando, con el fin precisamente de que exista en el abogado en cualquier lugar donde esté trabajando, una verdadera responsabilidad ética.

Entonces fíjense ustedes, las dos o tres reflexiones que yo les quería dar, porque yo pienso que lo importante de esto, cuando hay personas aquí que indudablemente conocen mejor el tema que yo, es que abramos un gran debate sobre este tema, la idea es ésta: no se puede exigir al

abogado un comportamiento ético, mientras no se le está enseñando el derecho con un mensaje ético. Es un absurdo, eso es como querer curar un cáncer con curita.... Porque es que es muy cierto lo que están hablando, y no voy a exonerar desde ningún punto de vista cierta responsabilidad que hay en las facultades. Hay un síntoma muy simpático en los estudiantes: cuando quieren ingresar a la Universidad buscan por todos los medios ingresar a la Universidad, entonces dice uno: qué afán de sabiduría, qué afán de estudio. Pero falta el profesor a clase, qué dicha, no viene, el profesor no viene hoy y entonces hay una fiesta porque el profesor no viene a clase.

Esto viene a colación por la cuestión de que, lo que decía ahora el doctor Luis Fernando Alvarez ante la pregunta de David, que hay en las facultades, sobre todo en la nuestra que es la que yo conozco, un caso muy raro. Cuando yo dictaba la Filosofía del Derecho, precisamente yo me detenía mucho tiempo en hablar sobre la persona humana, porque en última instancia, el derecho, la justicia, la ética, como decía el doctor Luis Fernando, la sociedad, no es más que la persona humana.

Y de acuerdo con el concepto, el criterio que se tenga de la persona humana, se derivan las distintas concepciones y realizaciones jurídicas, políticas, sociales, económicas. Los estados transpersonalistas, materialistas, obedecen a una pragmatización del concepto que se tenga sobre persona humana.

Y yo siempre he reivindicado, o tratado de reivindicar, de que es imprescindible, absolutamente, o en la filosofía del derecho, o en la doctrina social que fue otra materia, que a eso venía precisamente mi intervención, donde yo me detenía bastante, como dice don Gregorio Marañón, porque enseñar no es más que claridad e insistencia, yo quería ser claro y repetía mucho. Pero en cierta ocasión algunos estudiantes llevaron la proposición al Consejo de Facultad, que se debiera de quitar Doctrina Social porque ya había otra clase o un Microcurrículo que sustituía esa materia.

Entonces yo simplemente quiero aprovechar esta oportunidad para decirles de que, no sabe uno a veces por dónde va el agua al molino. Los estudiantes piden que se quite una materia donde verdaderamente está lo que a ellos les interesa, y a la sociedad le interesa, al derecho le interesa,

al abogado le interesa, y es la formación integral como persona y como profesional.