

Entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo

Sobre la necesidad de la reflexión filosófica para el ejercicio de la abogacía

SEVERO EDGARDO RÍOS ORDÓÑEZ

PEDRO LUCIANO COLANGELO-KRAAN

<https://doi.org/10.17163/abyaups.137.9>

Introducción

En el universo del estudio del derecho, la discusión filosófica contemporánea se ha centrado en dos concepciones: el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Cabe preguntarse acerca del alcance de cada una, sobre sus diferencias y relaciones, para determinar, a través de la reflexión, si ambas se excluyen mutuamente o si existen puntos de contacto que las complementen.

Es desde estas dos corrientes que se desarrollan los contenidos fundamentales del derecho. Ambas proveen conceptos jurídicos básicos e indispensables para el ejercicio de la profesión de abogado, con abordajes explicativos que dan cuenta de su significado y origen, y que difieren de los que suelen encontrarse en los cuerpos legales.

Los términos jurídicos no siempre guardan relación con sus definiciones comunes; incluso sus sentidos pueden variar en función de las distintas ramas del derecho. Del mismo modo, las definiciones contenidas en los códigos o cuerpos legales también pueden ser diferentes de aquellas explicadas en la doctrina iusfilosófica o en la jurisprudencia.

cia. Al respecto, en el artículo *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, el jurista Santiago Mir Puig (2003), dice:

Desde esta óptica, mediante las palabras imputamos sentido a las cosas. Esta imputación se efectúa en cada uno de los niveles en que se emplea el lenguaje, puesto que existen diversos usos sociales del lenguaje. El uso jurídico del lenguaje no coincide por completo con otros usos sociales no jurídicos, y aun dentro del lenguaje jurídico podemos distinguir distintos usos según la rama del derecho de que se trate o, incluso, según la institución ante la que estemos. (pp. 5-6)

En este mismo sentido, se exponen reflexiones filosóficas sobre temas tan complejos como la justicia y la moral.¹ Por lo tanto, el giro hacia el estudio filosófico del derecho supone un cuestionamiento a la realidad social y una búsqueda de alternativas para enfrentarla.

En Ecuador, la práctica jurídica se ha ido apartando paulatinamente de la reflexión filosófica, y no únicamente en términos de la discusión metafísica del derecho, sino también en lo que respecta a la formación de abogados y operadores de justicia, así como a sus justificativos éticos y aspectos filosóficos en general. La desatención hacia la filosofía es reflejo de una visión instrumental del estudio del derecho, centrada en el ámbito normativo como necesidad teórica para el ejercicio de la profesión, y no como estudio reflexivo de la naturaleza misma del derecho. Creemos que este fenómeno puede ser abordado tanto desde el análisis del positivismo jurídico como desde el iusnaturalismo.

Desde el positivismo jurídico se configura al derecho como expresión normativa, entendiéndose que su origen deviene del Estado. Desde esta óptica, las normas nacen del Estado y de sus circunstancias so-

1 El abordaje del tema de la moral en este capítulo únicamente tiene como propósito mostrar la discusión filosófica general en cuanto a la separación o relación del derecho y la moral. No se busca detallar las concepciones morales que se vinculan con el derecho.

cionhistóricas particulares; de modo que las justificaciones morales del derecho no son consideradas.

El iusnaturalismo, por su parte, en términos generales, indica que existe un orden de derechos superiores al derecho positivo, anterior a él, que es inmanente al ser humano y cuya razón de cumplimiento se relaciona con la justicia. Aquí aparece un claro sustento axiológico del derecho.

Es en el ámbito de esta dicotomía que el profesional del derecho estudia las principales temáticas jurídicas, generalmente con fines instrumentales, pero sin injerir en las propuestas que cada tesis promulga. Luego cumple su función social: su actividad de asesor y encargado de resolver asuntos técnicos y humanos.

Así, la práctica cotidiana del derecho en el sistema de justicia —la que se cumple en juzgados y tribunales— se encuentra tensionada entre la dimensión ontológica y la dimensión del deber ser. El abogado, en el ejercicio de la profesión, se ve envuelto por una realidad fenomenológica del derecho, netamente técnica e instrumental, que se exige para obtener resultados favorables en sus defensas; y, por otro lado, por una exigencia valorativa del derecho, entendida como búsqueda de justicia, de actuaciones de buena fe y lealtad procesal. Estas dos últimas, incluso, se reclaman mediante normas escritas.

La comprensión del positivismo y del naturalismo jurídicos es indispensable para captar la tensión, obtener insumos conceptuales o reflexivos para la práctica de la abogacía y ejercer una crítica al sistema jurídico. Pero, para ello, antes deben abordarse brevemente la filosofía del derecho y las relaciones entre derecho y moral, y entre derecho y justicia.

¿Qué es la filosofía del derecho?

El jurista y filósofo italiano Norberto Bobbio indica que se han diversificado tanto las orientaciones del pensamiento sobre el derecho,

que “buscar una definición de filosofía del derecho es una inútil pérdida de tiempo” (2018, p. 48). La imposibilidad de una definición precisa se debe tanto a la especificación de las disciplinas del derecho y su estudio particularizado como a su cercanía con la filosofía política, lo que provoca controversias entre temas de filosofía del Estado y de filosofía del derecho.

Además, existe otra confusión con la filosofía del derecho, difícil de dilucidar debido a los puntos en común con la teoría general del derecho. La delimitación estaría trazada por el interés axiológico de la filosofía del derecho, mientras que la teoría general se dirige al estudio del ordenamiento jurídico en concreto. Esto, a su vez, sería muestra de la contraposición entre el positivismo jurídico y el ius-naturalismo. Como dice Ernesto Garzón Valdés (2008, p. 23): “En todo caso, la llamada teoría del derecho procura distinguirse de las versiones clásicas de la filosofía jurídica entendida como doctrina del derecho natural”.

Por su parte, Ronald Dworkin (2014), en la introducción a la compilación *La filosofía del derecho*, señala que:

La filosofía del derecho trata de los problemas filosóficos suscitados por la existencia y la práctica de las leyes. Carece, pues, de un núcleo de problemas filosóficos distintos de su categoría específica, como poseen otras ramas de la filosofía, pero su contenido coincide parcialmente con el de estas. (p. 39)

La filosofía del derecho ha sido tratada por muchos autores y desde distintas perspectivas, pero en algo convergen todas las miradas: en la búsqueda de una definición del derecho como ser, como deber ser y como fenomenología social que ha evolucionado históricamente. Se puede decir que la filosofía del derecho tiene como preocupación principal la definición del concepto del derecho en tres dimensiones: como categoría normativa (ontológica), en su relación con la justi-

cia como valor supremo (deontológica), y como fenomenología, en cuanto “el estudio del derecho como fenómeno histórico y social y aquella serie de problemas que suelen conocerse con el nombre de relación entre derecho y sociedad” (Bobbio, 2018, p. 61).

El interés por comprender el derecho como fenómeno social cohesionador y, por lo tanto, transformador de la sociedad, así como el hecho de identificar las características comunes de los ordenamientos jurídicos en relación con otros ordenamientos sociales y la conformación de la ciencia jurídica como ciencia autónoma son, sin duda, preocupaciones centrales de la reflexión filosófica del derecho. En su *Filosofía del Derecho*, el jurista ecuatoriano Homero Tinoco (1998) afirma que esta cumple una función práctica triple: “Políticamente anuncia la revolución; científicamente impulsa el progreso de la Ciencia del Derecho; jurídicamente defiende la dignidad humana contra el abuso y la opresión” (p. 30).

El fenómeno del derecho como categoría filosófica, según Bobbio, puede ser abordado tanto desde la óptica de los filósofos como desde la de los juristas. En este trabajo se desarrolla una reflexión filosófica desde la óptica del jurista. En este sentido, el estudio filosófico del derecho tiene como propósito la comprensión jurídica de los problemas derivados de la relación entre el derecho y la filosofía. De esta manera, el jurista busca nuevas posiciones de análisis, a través de las cuales los problemas puedan abordarse desde una perspectiva jurídica con fundamentos filosóficos, como los que aportan la epistemología, la ontología y la ética.

No obstante, también existe el riesgo de que, debido a la diversidad de corrientes filosóficas, se difumine el contenido de lo jurídico en el campo de la especulación filosófica. Por ello, las figuras iusfilosóficas que se discutan se mantendrán en el ámbito jurídico, con el fin de proponer una reflexión desde lo filosófico sin perder la especificidad jurídica.

Cualquier reflexión filosófica del derecho, desde la óptica jurídica, no puede desligarse de un orden jurídico establecido, es decir, de un conjunto de normas aplicadas en un lugar y contexto determinados. Por ello, en principio, la filosofía del derecho —desde el punto de vista del jurista— aspira a distinguir dichas normas de otros ordenamientos sociales. Luego, es también indispensable comprender los fines a los que responden esas normas; y es aquí cuando aparece la necesidad de reflexionar filosóficamente sobre el derecho en relación con la justicia, lo cual permite esclarecer las razones ideológicas y culturales de dichas normas.

El valor de la filosofía del derecho, para el jurista, radica en la generación de posibles soluciones a los problemas generales y trascendentales del derecho. La filosofía brinda guías de pensamiento y orientaciones metodológicas para comprender y responder a dichos problemas, al mismo tiempo que ofrece herramientas para la crítica y la creatividad dentro del sistema jurídico en el que se desenvuelve.

Las soluciones, guías, metodologías y principios mencionados se articulan a través de la discusión entre el positivismo jurídico y el ius-naturalismo, debate filosófico del derecho por antonomasia. De la tensión entre estas dos formas de entender el derecho se propicia, además, el pensamiento crítico y creativo. Cualquiera que sea la defensa o postura que se adopte, esta exige, en primer lugar, conocer ambas tesis para luego afirmar o refutar una de ellas.

El abogado que atraviesa este proceso aporta, en el ejercicio de la profesión, un contenido renovado al debate jurídico en cualquier campo del derecho, que va más allá de la tecnicidad de la litigación práctica. Si bien esta actitud no puede imponerse como un requisito obligatorio para ejercer la profesión, sí constituye una necesidad: la reflexión sobre el derecho, al adoptar una perspectiva crítica, abre la posibilidad de producir cambios.

Tanto desde el iusnaturalismo como desde el positivismo jurídico se ha contribuido al estudio y discusión filosófica de los tradicionales problemas del derecho, clarificándolos y acrecentando el sentido crítico sobre visiones ya establecidas. Pero, sin duda, desde ambas posturas, el tema de mayor trascendencia —y que incluso delimita a cada una— es el debate y tratamiento que se adopta respecto de la justicia.

El problema de la justicia y el derecho parece reducirse a una diferenciación entre un valor y un hecho, entre el deber ser y el ser. En consecuencia, esta discusión exige también analizar la relación entre derecho y moral.

Derecho y moral

La moral y el derecho son ordenamientos sociales; ambos constituyen formas de cohesión de la sociedad, que orientan a los seres humanos y permiten una convivencia más o menos armónica. Ya Émile Durkheim había advertido, desde la sociología, que no existe sociedad que no disponga de un sistema moral. La moral, a su vez, se refleja en un conjunto de reglas que buscan ser cumplidas para alcanzar el equilibrio social.

En nombre de la moral, cuya fuente es la sociedad, se invocan deberes y límites que permiten la cooperación. Es la sociedad misma, por medio de sus referentes, la que tiene el poder de exigir ciertos comportamientos. Señala Durkheim:

Solo la sociedad, sea directamente y en su conjunto, sea por medio de alguno de sus órganos, está en situación de desempeñar ese papel moderador porque es el único poder moral superior al individuo cuya superioridad acepta este. Solo ella tiene la autoridad necesaria para promulgar normas y limitar las pasiones. Solo ella puede establecer los privilegios de cada orden de funcionarios, en bien del interés común. (2016, p. 436)

Las reglas morales derivan del poder superior de la sociedad, bajo la concepción de que cada individuo tiene la capacidad de realizar, de modo inteligente y voluntario, una elección moral. Esa elección libre constituye un hecho moral; es decir, el hecho moral se configura por ser libre: solo aquellos actos personales de autodeterminación interesan a la moral. Este acto libre debe ser entendido en una dimensión social, porque es la sociedad la que presenta los parámetros para la elección. Por lo tanto, los individuos en sociedad serán quienes lleguen a acuerdos o pactos iniciales para trazar esos parámetros de convivencia.

Los conflictos sociales son la principal fuente de la búsqueda de acuerdos, y esto determina las estructuras sociales y morales de comportamiento, donde las fuerzas sociales fijan líneas de conducta para el ejercicio de la libertad y el mantenimiento del respeto mutuo. En este sentido, la filósofa Martha Nussbaum escribió que “es preciso que las personas se encuentren en un cierto tipo de situación para que piensen que tiene sentido ponerse de acuerdo sobre unos principios para crear una sociedad política” (2007, p. 24).

Estos pactos sociales y sistemas morales de convivencia, con el tiempo, también generan una relación con sistemas más estructurados y complejos, como el jurídico. En otras palabras, hay una relación práctica e innegable entre derecho y moral:

La polémica entre ambas tesis no se refiere a la relación empírica entre derecho y moral; ningún partidario de la tesis de la separación niega que los sistemas jurídicos sean reflejo más o menos fiel de las convicciones morales de quienes detentan el poder en una sociedad determinada. La discusión se centra en la posibilidad o imposibilidad de establecer una relación conceptual entre derecho y moral. (Vázquez, 2003, p. 19)

La relación entre moral y derecho, en un sentido fáctico, es innegable, ya que, si tomamos cualquier ordenamiento jurídico a lo largo

de la historia, lo que este representa son las relaciones sociales como fenómeno jurídico en un momento y lugar determinados. Los hechos sociales se deben a una dinámica de convivencia propia, configurados por el sistema moral imperante; en ese contexto relacional de los seres humanos, marcados por la moral, se presentan fenómenos cuyo tratamiento, por su mayor conflictividad y conmoción, requiere de un sistema de ordenamiento social con mayor poder de regulación. Es aquí cuando interviene el derecho.

Incluso dentro del derecho, y dependiendo de la naturaleza de los conflictos, estos se resuelven desde distintas ramas de tratamiento y diferentes niveles de rigurosidad en la sanción. Por ejemplo, para los conflictos entre particulares y transgresiones menos graves, como cuando alguien no devuelve el dinero prestado, se encarga el derecho civil, y las sanciones son de carácter patrimonial. Pero para aquellas afectaciones graves a los intereses sociales y bienes jurídicamente protegidos, como cuando una persona mata a otra, se encarga el derecho penal, y la sanción consiste en privar de libertad al infractor.

Sin embargo, en la práctica, ese tratamiento del derecho para cada conflicto depende, en gran medida, de los valores de cada sociedad en un momento y lugar determinados. Así, por ejemplo, el adulterio en Ecuador fue un delito hasta la década de 1980, y hoy únicamente es una causal de divorcio (Núñez, 2021). En ciertos países, como Irán, hasta la fecha, el adulterio es castigado con la pena de muerte. Estas variaciones en el tratamiento jurídico ante el mismo fenómeno evidencian una relación empírica entre las convicciones morales y el ordenamiento jurídico.

A la sazón, la historia del derecho es la historia de las relaciones sociales como fuente del pensamiento jurídico. Las creencias sociales y las relaciones de poder, como señala Fernández Sessarego (2011, p. 201), se reflejan en los ordenamientos jurídicos. Para este autor, el derecho consiste en la “interacción de vida humana, social, valores y normas”.

El derecho como institución social representa el avance social y racional de las sociedades, en un afán de convivencia respetuosa (armonía, en términos de Durkheim); y la tarea filosófica implica, como se verá más adelante, comprender si su aparición se debe a ciertas condiciones morales universales o si estas son puramente accidentales.

La discusión sobre la relación entre derecho y moral también invita a reflexionar si el derecho tiene como fin la imposición o el mantenimiento de un orden moral en la sociedad y, por otro lado, cuál es la primacía del fundamento legal o moral para el cumplimiento y la aceptación de una norma.

Esta problemática atañe a la concepción misma del derecho, y la distinción va más allá de lo puramente teórico, ya que se traslada al ámbito práctico cuando se trata de resolver una contienda judicial. Esto ocurre, sobre todo, en aquellos casos de penumbra, donde el sistema jurídico imperante no puede abarcar la totalidad de situaciones reales sometidas a controversia, y las partes procesales se enfrentan a un caso que no puede ser comprendido en su totalidad por las descripciones normativas, por lo que el fenómeno es abordado desde ópticas morales o en defensa de la moralidad:

La respuesta a esta cuestión tiene consecuencias de largo alcance. Estas se extienden casi desde la definición del concepto de sistema jurídico hasta la teoría de la argumentación. Es, al fin y al cabo, una cuestión de la manera como se entiende el derecho y de cómo la ciencia y la práctica jurídicas se ven a sí mismas. Esto explica por qué no se ha encontrado todavía una respuesta generalmente satisfactoria pese a los grandes esfuerzos que se han dedicado a encontrarla. (Vázquez, 2003, p. 115)

Entonces, la relación entre derecho y moral se presenta bajo dos miradas: la vinculación y la separación de ambos ordenamientos. Los fundamentos que sostienen cada postura se encuentran en el positivismo jurídico, que opta por la separación, y en el iusnaturalismo, que propone compatibilidad.

Para la tesis de la separación (positivismo jurídico), los conceptos de derecho y moral no deben confundirse, ya que el deber ser del derecho no debe formar parte del concepto de derecho. Por lo tanto, este no tendría que perseguir el establecimiento de un orden moral mediante la imposición de las normas jurídicas. En cuanto a la formación del sistema normativo, bajo la mirada de la incompatibilidad entre derecho y moral, se sostiene que, para garantizar la seguridad jurídica y el sometimiento de las personas a la ley, la creación normativa debe estar libre de contenido moral. De este modo, se asegura el proceso de promulgación y posterior coacción para el cumplimiento de una norma que, por existir, se entiende como válida. La resolución judicial de conflictos se convierte, así, en una actividad lógica de aplicación normativa, en la que los jueces se transforman en la boca y explicación de la ley.

Por su parte, desde la tesis de la vinculación se sostiene que, en la formación conceptual del derecho, debe existir necesariamente un componente moral; por lo tanto, la categoría de norma vigente se ve supeditada al cumplimiento de un fin moral, que generalmente es la justicia. En el ámbito práctico, esta óptica posibilita la resolución de conflictos judiciales, y recae sobre el juez la posibilidad de interpretar esos contenidos morales. De esta forma, podrá orientar su resolución no solo en el contenido normativo, sino también en criterios de justicia declarados en principios supralegales (y que, en la actualidad, se expresan en principios de orden constitucional).

El abogado, en el ejercicio profesional y como partícipe del sistema de justicia, aparece también entremezclado en esta confrontación entre la vinculación y la separación.

Para los argumentos de la separación, el abogado debe aportar las definiciones legales y normas procesales aplicables al caso, con el fin de permitir que el juez realice un análisis lógico para tomar una decisión. Desde la compatibilidad entre derecho y moral, el abogado

puede, además, hacer alegaciones sobre la condición de justo o injusto en relación con el hecho que se resuelve e, incluso, respecto de la validez de la norma que se aplica (si es justa o no).

De aquí se deriva otra controversia, ahora, entre la seguridad jurídica y la aplicación de normas aparentemente injustas. Aparece la duda sobre si se deben aplicar y cumplir normas que se consideran injustas. Desde la perspectiva del positivismo, queda claro que el cumplimiento de una norma vigente obedece al sentido de su existencia formal y no a criterios morales; por lo tanto, un acto es justo cuando cumple con la ley, ya que se da por sentado que esta proviene de un pacto social, fruto de una reflexión sobre lo que es justo e injusto.

Mientras tanto, desde la vinculación entre derecho y moral, se invierte el criterio de validez de la ley y se presupone que una ley es válida únicamente si es justa. En este caso, se reduce el criterio de validez al de justicia; pero, desde la reflexión iusnaturalista, el tema central es la obediencia o no a una norma injusta que está vigente. En este sentido, la conclusión sería que pueden existir normas que, siendo injustas, son válidas. Desde el principio de seguridad jurídica, la validez de la norma determina su cumplimiento. Por lo tanto, el problema del establecimiento de la seguridad jurídica estaría relacionado con un criterio de justicia formal, desde los órganos legislativos, que deberán cumplir con el criterio de justicia al elaborar las leyes y fijar mecanismos de anulación de normas injustas. Estaríamos hablando de una positivación del derecho natural.

Derecho y justicia

La disyuntiva se repite: ¿es posible conjugar derecho y justicia, o son incompatibles? Como se mencionó en torno a la relación entre derecho y moral, la incompatibilidad se justificaría desde la visión del positivismo jurídico, bajo la consigna de que el deber ser del derecho

no tiene que conformar el concepto de derecho, debido a su inconsistencia conceptual. Por su lado, la vinculación, que se sustenta en el iusnaturalismo, identifica la justicia como el fin supremo del derecho y, por lo tanto, no solo ve posible la relación entre derecho y justicia, sino que esta se convierte en el propósito del derecho.

Pero más allá de la discusión relativa a la problemática entre derecho y justicia, lo que nos interesa en este apartado es exponer el porqué de la justificación de la justicia como tema central y relevante del derecho.

Definir qué es la justicia, en cuanto categoría valorativa y abstracta, es extremadamente complejo. En este punto surge un interrogante: ¿puede el lenguaje abarcar el mundo del deber ser? Ludwig Wittgenstein (2009), quien indicó que los límites del lenguaje son los límites del mundo, y que el mundo es la totalidad de los hechos, señalaba que la ética está fuera del alcance del lenguaje. Desde esta óptica, los valores propiamente no tienen un significado descriptible, sino que sugieren un comportamiento. El lenguaje valorativo, en realidad, sería un lenguaje de aprobación social, de naturaleza metafísica. Desde esta perspectiva, se puede entender que el lenguaje de la ética no presenta definiciones, sino que describe la aceptación de lo bueno o lo correcto.

Wittgenstein (2009) argumentaba que lo inexpresable se muestra a sí mismo y constituye lo místico; por ello, desde la filosofía, solo puede decirse con claridad lo que se relaciona con las ciencias naturales y no con la metafísica:

El verdadero método de la filosofía sería propiamente este: no decir nada, sino aquello que se puede decir; es decir, las proposiciones de la ciencia natural —algo, pues, que no tiene nada que ver con la filosofía—; y, siempre que alguien quisiera decir algo de carácter metafísico, demostrarle que no ha dado significado a ciertos signos en sus proposiciones. Este método dejaría descontentos a los demás —pues

no tendrían el sentimiento de que estábamos enseñándoles filosofía—, pero sería el único estrictamente correcto. (p. 97)

A partir de lo indicado, se puede establecer que ofrecer una definición de justicia es casi imposible, por lo que habrá que limitarse a describir lo que se entiende por justo.

La necesidad de justicia se percibe cuando la conflictividad social exige formas de resolución de los conflictos, y estas se manifiestan como principios que proponen un deber ser social. Si esos principios son claros en la sociedad, los individuos pueden exigir mutuamente su cumplimiento. Según John Rawls, para que en una sociedad exista la percepción de justicia, es necesario que: “1) cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia, y 2) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen” (2012, p. 25).

El sentido de justicia antes anotado deviene de la teoría del pacto social y de la confianza en su cumplimiento. Pero la realidad dista mucho del cumplimiento estable de los acuerdos, pues, en primer lugar, la discusión de lo justo es controvertida. Por ello, al menos se debe llegar a acuerdos en torno a aquellos temas donde hay mayor comunión. En consecuencia, parecería irse reduciendo la percepción de lo justo a la garantía de igualdad en el cumplimiento de deberes y derechos y a la proscripción de la arbitrariedad.

El atributo de lo justo parte de la reflexión filosófica y, por ser una categoría estrictamente valorativa, como ya se señaló, es de compleja definición, además de ser susceptible de diferentes concepciones. Esto provoca, por lo tanto, que el derecho, entendido como teoría científica, no pueda someterse al criterio de justicia como fin último, pues esta es variable y atentaría contra la seguridad jurídica.

Pero si se identificaran principios universales derivados de lo que se entiende como justicia, esta podría ser tomada como sustento del

derecho, ya que estaríamos frente a una constante válida para todos. De este modo, la relación entre justicia y derecho se estabilizaría, pues se contarían con principios homogéneos y generales. Estas consideraciones universales relacionadas con la justicia pueden identificarse con las ideas de paz social, bien común o, como dice el mismo Rawls (2012), la idea más obvia de justicia es aquella que se adecua a la “voluntad de Dios”.

Desde el cristianismo, además, con el libre albedrío se resalta la libertad como manifestación de la existencia humana y como experiencia fenomenológica, entendiéndose la libertad como un valor supremo que pretende ser normado desde el derecho. En este escenario, según Fernández Sessarego, la justicia permite vivenciar comunitariamente la libertad: “La libertad exige, por ello, el vivenciamiento social de la justicia, la que debe estar asegurada por el aparato normativo del Derecho” (2011, p. 202).

La justicia no sería aquí el valor supremo, sino que la libertad lo sería, y la justicia aparecería como el medio para conseguirla, mientras que el derecho debe ser la garantía, mediante las leyes, de esta. Esta forma relacional es evidentemente vinculante, ya que especifica que el fin del derecho es el cumplimiento de valores supremos como la justicia y la libertad.

Basta revisar el artículo 1 de la Constitución para establecer que el Ecuador es un Estado de derechos y justicia. Por lo tanto, desde la norma suprema se estaría plasmando de modo claro una posibilidad de vinculación entre derecho y justicia. Esta forma relacional, establecida en la Constitución, implica una aceptación de los postulados morales bajo la forma de principios constitucionales que regulan la validez de todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano. El hecho de que, mediante principios constitucionales positivizados en normas escritas, se reconozcan valores puede entenderse como una positivación ética.

Podría tomarse como una forma alternativa a la dicotomía entre vinculación o separación entre justicia y derecho, pues aquí se da una relación entre los principios de orden constitucional y las reglas infraconstitucionales, en tanto que los primeros muestran mandatos de optimización o ideales, y las reglas dan un carácter formal y concreto al ordenamiento legal.

Desde esta última mirada, la validez de las normas se encuentra en función de otras supremas, que fijan la justicia como principio. Pero esto no significa que la validez de la norma quede limitada solo a un criterio moral de justicia; por el contrario, cuando existan conflictos entre principios y reglas, la validez se regulará por soluciones de interpretación también positivizadas.

Ya sea que se tome la justicia como una visión individual o como una manifestación de valor universal, el derecho se configura desde ella, ya exigiendo autonomía en su desarrollo como teoría pura, ya identificándola como fin o principio.

Una vez dadas las concepciones sobre la relación del derecho con la moral y la justicia, se encuentran sentadas las bases para continuar con el abordaje del iusnaturalismo y su contratesis: el positivismo jurídico.

El iusnaturalismo. El origen natural del derecho

La perspectiva de la universalidad del derecho ha sido siempre sostenida desde la idea de su existencia natural. Asimismo, la crítica al formalismo legal y el argumento de que la obediencia a leyes injustas, por ejemplo, ha permitido que durante las guerras mundiales se cometieran atrocidades que gozaban de legalidad, han fortalecido la defensa del iusnaturalismo.

Existe un reclamo latente, desde la reflexión iusfilosófica, hacia el derecho positivo en cuanto a su validez por el solo hecho de su vigencia,

ya que validez y vigencia no significan lo mismo. Una norma vigente podría ser injusta y, por lo tanto, su validez se anularía debido a la injusticia. Esto solo sería posible si el derecho positivo estuviera su-peditado a un derecho superior que lo dotara de validez. Del mismo modo, el sistema normativo estatal estaría sujeto a un orden superior conocido como derecho natural, cuyo sustento son los valores univer-sales, como la justicia y la libertad; por lo tanto, la reducción de la ley como fuente primera del derecho también perdería fuerza.

En consecuencia, indica Bobbio (2018), se entiende que desde el iusnaturalismo se propone un sistema dualista, según el cual existe el derecho positivo y el derecho natural. El iusnaturalismo los distin-gue y “sostiene la supremacía del primero” (p. 122). La característica universal e inmutable del derecho natural lo impone sobre el dere-cho positivo, que es relativo y particular.

El derecho, desde el iusnaturalismo, ya no es comprendido como un fenómeno formal que se presenta en la sociedad, sino que está defi-nido por una condición valorativa que se identifica por el fin perse-guido, ya sea la justicia, la libertad u otro valor superior que deviene de Dios, la naturaleza o la razón humana.

Pese a que las corrientes del iusnaturalismo son variadas, coinciden en otorgar al derecho un carácter axiológico, aduciendo que no es totalmente una creación del ser humano. Bobbio argumenta que:

... para que una doctrina pueda definirse como iusnaturalista han de concurrir conjuntamente estas dos afirmaciones: 1) una parte de las reglas de la conducta del hombre en sociedad no es obra del hombre histórico (históricamente condicionado); 2) la parte, mayor o menor, de estas reglas naturales se encuentra situada en un plano axiológicamente superior a la parte compuesta por reglas positivas. (2018, p. 175)

El derecho natural es una visión que se ha manifestado en la historia con mayor o menor fuerza, desde muy variadas tesis. En la Grecia

antigua se aceptaba la existencia de leyes que provenían de los dioses, cuya esencia debía ser captada por los hombres a través de la autoridad del Estado.

Para Platón, la justicia era la mayor virtud, que se reflejaba en la armonía funcional de la comunidad y, por lo tanto, constituía el fin del Estado; además, posibilitaba la felicidad de sus miembros. Platón creía que la justicia consistía en actuar conforme a la ley y a la naturaleza: “no es solamente según la ley, sino del mismo modo según la naturaleza, que es más feo cometer una injusticia que sufrirla” (2019, p. 85).

Para Aristóteles (2010), la justicia era el compendio de todos los valores, cuyo fin radicaba en la igualdad en la convivencia social. Según el filósofo, el ser humano era un animal político por naturaleza y, debido a ello, el Estado debía ser una estructura que respondiera a esa tendencia natural. Por consiguiente, las leyes del Estado debían garantizar la igualdad.

Podemos ver que, tanto en Platón como en Aristóteles, el reconocimiento de valores supremos que deben ser plasmados por las leyes queda claro en el principio de subordinación de la ley a la justicia, comprendida esta última como un valor que deviene de una naturaleza superior y que, además, es anterior a las leyes creadas por los seres humanos.

En el ámbito del pensamiento cristiano, hay aportes tanto de Agustín de Hipona (2015) como de Tomás de Aquino (Copleston, 2014). A pesar de sus diferencias, tanto en los contextos históricos como en sus pensamientos, coincidieron en que las leyes de los hombres devienen de un orden natural, y que este orden natural responde a leyes universales e inmutables de carácter divino. Las leyes humanas terminan siendo un reflejo de la proyección de leyes divinas mediante el derecho natural.

En los siglos XVII y XVIII se destacaron varios pensadores: Hugo Grocio (Marín, 2022), Thomas Hobbes (1992) y Jean-Jacques Rousseau

(2003), quienes reconocieron un derecho que deviene de la razón del ser humano y de su necesidad de vivir en sociedad, para lo cual se requieren leyes positivas. En este sentido, el impulso humano hacia lo social implica, a su vez, la existencia de un orden universal superior al derecho positivo, cuyo origen es la razón.

Grocio pensaba que el derecho natural existe, aun si Dios no existiera o no le interesaran los asuntos humanos, pues el derecho natural era un dictado de la recta razón del ser humano y de su necesidad de vivir en sociedad. Por su parte, como muchos de los contractualistas, Hobbes (1992) creía que el ser humano era malo y egoísta por naturaleza. Así, las relaciones intersubjetivas se marcaban por un batallar de todos contra todos; por lo tanto, era la razón humana la que le indicaba la necesidad de convivencia pacífica, para poder conservar la vida. De ahí devienen los principios del derecho natural. En el mismo sentido, Rousseau (2003) creyó en la necesidad de un pacto social como condición para la convivencia pacífica, postulado que evidenciaba la razón y la voluntad del ser humano. Este criterio del derecho natural no provenía de una construcción material histórica, sino de una necesidad normativa.

Tras las dos guerras mundiales, la crítica al positivismo tomó fuerza, y el debate sobre el cumplimiento de leyes injustas marcó un fuerte resurgimiento del iusnaturalismo. En aquel contexto, aparecen autores como Michel Villey y John Finnis.

Como señala Rodolfo Vigo (2007), Villey propuso, desde su crítica a las concepciones del derecho subjetivo, un regreso a los autores antiguos del derecho natural, como Santo Tomás y Aristóteles. Fundamentó su postura en una crítica a la definición del derecho subjetivo como una facultad para exigir, que nace en la naturaleza individual del ser humano. Villey decía que con ello se cristaliza un individualismo jurídico, que se relaciona con el individualismo característico de la cultura contemporánea. Es aquí cuando Villey definió el derecho natural bajo

términos objetivistas, señalando que no es parte de la naturaleza de las reglas, sino de la naturaleza de las cosas justas que se presentan en la sociedad (Vigo, 2010). Es decir, que el derecho natural está en los actos concretos, pues no puede estar en las leyes, ya que estas son artificios creados por el ser humano; por tanto, jamás pueden ser naturales. El derecho es mucho más que solo leyes, ya que se configura en situaciones concretas que se someten a su corrección.

El derecho es una suma de situaciones que se establecen en relación con fenómenos concretos y no únicamente en las reglas. Esas situaciones son los espacios donde se puede producir el análisis de lo justo, que es lo que constituye el derecho natural. Desde esta óptica, toma relevancia el rol del juez para la configuración del derecho; es a él a quien corresponde decidir lo que es justo y lo que no. Lo justo natural no está en las reglas ni dentro del ser humano, sino en su exterior, pero siempre dentro de las relaciones sociales.

Por último, John Finnis defendía la relación entre derecho y moral, indicando que el derecho natural no se opone al derecho positivo, pues el derecho tendría que perseguir como objetivo lo que es bueno para el ser humano (Vigo, 2007). La novedad reside en que el derecho natural es el camino que muestra el bien, pero no necesariamente el bien configura normas morales contenidas en su totalidad por el derecho positivo. Con Finnis, el iusnaturalismo buscó resaltar la existencia de valores finales que fijan una obligatoriedad moral del derecho (Vigo, 2007).

De esta manera, se acepta que el derecho tiene una definición valorativa con dos dimensiones: una fáctica y formal, que corresponde a lo que se conoce como derecho positivo, y otra relacionada con la justicia, que es el fin del derecho. Pero estas dos dimensiones no están separadas, sino que se integran en el ámbito práctico del derecho, ya sea en la administración de justicia o en la creación de leyes. Es aquí donde los valores sirven para el razonamiento jurídico.

Por lo tanto, de acuerdo con este criterio, la validez del derecho es también moral. En este punto, Finnis ha resuelto la controversia indicando que el derecho positivo se somete, en su creación, al principio de justicia. En consecuencia, las normas positivas son válidas también por ser justas; y solo aquellas manifiestamente injustas no deben considerarse normas, sino desviaciones del derecho, porque carecen de una validez racional. Para los casos controvertidos, el mismo sistema formal regula las vías para discutir la validez normativa y sus reglas de aplicación.

Con estos dos últimos autores encontramos una visión del derecho natural que acepta la relación entre el derecho y la justicia, pero centrada en circunstancias prácticas y concretas, como la creación de leyes o la resolución de controversias judiciales. Tradicionalmente, se entendía que el derecho natural estaba presente en el alma de las leyes, en su interior. Con las nuevas visiones, el derecho natural se exterioriza hacia las relaciones sociales; lo justo y los valores se presentan en el derecho como fenómeno cohesionador de la sociedad, mediante la defensa de principios, tanto en el momento de crear leyes como a la hora de resolver litigios.

El positivismo jurídico, la contratesis del iusnaturalismo

El positivismo, como corriente filosófica general, pretende apartar las consideraciones metafísicas del análisis y entendimiento de los fenómenos, incluidos los sociales. Desde el positivismo se busca un enfoque experimental-sensorial: una experiencia objetiva captada por los órganos de los sentidos y no sustentada en la abstracción del pensamiento. Esta corriente tomó fuerza tras el desarrollo técnico-científico originado por la Revolución industrial.

La filosofía positiva pretende encontrar las reglas que rigen el mundo en su desarrollo histórico-social. El principal pensador de esta corriente fue

Auguste Comte, quien postuló que los momentos históricos solo pueden ser comprendidos en su real manifestación desde las ciencias positivas.² Para Comte, el positivismo es una forma evolucionada de explicar el mundo, luego de haber pasado por las formas teológica y metafísica: “pues no existe una sola ciencia que haya llegado al estado positivo, que no pueda ser analizada en su pasado como compuesta esencialmente de abstracciones metafísicas, o bien, remontándonos más en el tiempo, como dominada por especulaciones teológicas” (Comte, 1984, p. 28).

En el estudio social, el positivismo se enriqueció con los aportes de Durkheim, inspirador del funcionalismo estructuralista, quien recomendaba el estudio de los fenómenos sociales desde la sociedad misma, por considerarla una estructura que supera la conducta de los individuos, con su propia dinámica y características:

No son las ideas abstractas las que mueven a los hombres y no se podría explicar la historia recurriendo a puros conceptos metafísicos. En los pueblos, como en los individuos, la función de las concepciones es, ante todo, la de expresar una realidad que no crean. En cambio, si proceden de esa realidad y, si pueden modificarla, en todo caso es de forma limitada. (Durkheim, 2016, p. 388)

Se entiende, entonces, que el camino hacia la objetividad consiste en librarse de la ideología³. El positivismo, como metodología, se

2 Comte define la filosofía positiva de la siguiente manera: “Uso la palabra filosofía como la emplearon los antiguos, especialmente Aristóteles, en su significación de sistema general de las concepciones humanas. Añadiendo la palabra positiva, anuncia esta manera especial de filosofar, que consiste en ver en las teorías, cualquiera que sea su orden de ideas, como dirigidas a la coordinación de los hechos observados, lo cual constituye el tercero y último estado de la filosofía general” (2016, p. 37).

3 No se nos escapa la dificultad que supone esta idea, que fue encarnada principalmente por autores considerados posmodernos, posindustriales y neopositivistas, como Daniel

convierte en un paradigma de la imposición de lo práctico por sobre lo teórico. El derecho, como fenómeno social, también ha sido analizado y estudiado desde el positivismo, lo que dio lugar a la corriente denominada positivismo jurídico.

En este contexto, el positivismo jurídico tiene como tarea otorgar un contenido lógico-formal al derecho, centrado en el estudio de las normas e instituciones jurídicas, y apartándose de consideraciones éticas, religiosas y metafísicas. En el siglo XIX surgieron los estudios lógico-formales de los llamados pandectistas, quienes se encargaban de analizar los textos del derecho romano, siguiendo una metodología deductiva para interpretarlos y generar nuevos conocimientos.

La tarea del positivismo fue centrándose en la obtención de los principios generales del derecho, en las características que lo configuran y, a su vez, en las diferencias con otras ramas del conocimiento. Esto llevó a que el estudio de las normas jurídicas cobrara mayor impulso, lo que posibilitó la posterior aparición de la teoría general del derecho.

En Alemania, durante la segunda mitad del siglo XIX, apareció la figura de Rudolf von Ihering (2003), quien concebía el derecho como una realidad social con fines prácticos. Esta visión de los fines del derecho no se debe a principios morales que deban ser sostenidos por el derecho, sino a necesidades sociales concretas, fruto de la convivencia en un lugar y momento determinados. Desde esta perspectiva, el Estado asume el rol de receptor de esas necesidades sociales y las legisla para luego, mediante el poder de coacción, imponerlas como garantía

Bell. A pesar de sus múltiples acepciones (todas ellas ideológicas), para este trabajo nos inclinamos por entender la ideología como un sistema de creencias no necesariamente coherentes entre sí ni permanentes en el tiempo, que son utilizadas por los grupos sociales para explicar la realidad (en términos políticos, religiosos, estéticos, etc.).

de los valores sociales. En esta forma de positivismo puede identificarse una relación práctica, y no teórica, entre el derecho y la moral.

Más tarde, ya en el siglo XX, fue importante el aporte de varios juristas del derecho norteamericano, entre ellos Roscoe Pound. Para Pound —indica García-Ruiz (1997)— los fines del derecho son relativos y dependen de las condiciones sociales, y los derechos no son más que medios para alcanzar esos fines relativos. Los fines sociales que se busca proteger con el derecho se relacionan con la búsqueda de una mayor satisfacción para los individuos. En este sentido, la justicia como valor es un fin que no depende del derecho; sin embargo, desde el derecho puede configurarse un sentido de justicia administrativa, que se somete a las reglas de controversia previamente fijadas y conocidas en condiciones de igualdad para los individuos.

Con el positivista Hans Kelsen (2019), jurista austriaco considerado el padre de la Teoría Pura del Derecho, comenzó a estructurarse la búsqueda de una ciencia del derecho positivo. Según su criterio, esta debía apartarse de otras ramas del conocimiento, incluso de las ciencias naturales, y desarrollarse con particularidades metodológicas propias, pues, para este efecto, no se reconoce otro tipo de derecho que no sea el positivo. Kelsen buscó responder qué es y cómo se forma el derecho positivo.

Sin embargo, Kelsen (2019) no negó la existencia del derecho natural, sino su validez y poder de afirmación, dado que este carece de fuerza coactiva efectiva, ya que sus postulados, o los juicios hipotéticos de sus normas, no pueden ser exigidos por una autoridad. En cambio, el derecho positivo posee vigencia y puede ser exigido por la autoridad soberana, ya que sus juicios hipotéticos están garantizados por la organización coactiva formal de la sociedad, a través del Estado. Además, Kelsen negó que el derecho natural pueda generar un ordenamiento jurídico. Los juicios hipotéticos del derecho natural

no pueden concretar hechos ni consecuencias, lo cual solo puede ser realizado por el derecho positivo. Dice Kelsen:

Una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. (2019, p. 137)

Desde el positivismo, con el principio de legalidad, pueden diferenciarse los actos jurídicos de aquellos que no lo son. Así, la obediencia a las leyes se debe a su existencia jurídica y al poder de coacción que se deriva de ella. Incluso aquí puede encontrarse una visión de justicia sometida a la lógica del legalismo, en donde lo justo se verifica por el cumplimiento de la ley positiva. La justicia se presenta como el respeto a la convención social expresada en las leyes vigentes.

Según Bobbio (2018), las formulaciones de la justicia más aceptadas son la de la justicia como garantía del orden y como garantía de la igualdad. Por lo tanto, las normas positivas constituyen formas confiables de garantizar tanto la igualdad como el orden, ya que rigen para la generalidad y para todos los sujetos; además, actuar conforme a las normas promueve el orden.

Con base en lo expuesto hasta aquí, el positivismo jurídico se presenta como la tesis encargada del estudio del derecho positivo. Su objeto es analizar el derecho tal como es, y no como debería ser; es decir, estudiarlo como un fenómeno real y práctico, de manera objetiva, sin cargas morales ni ideológicas. A la vez, identifica al derecho como un producto de la organización social estructurada, es decir, como un producto del Estado, el cual establece la vigencia y validez de las normas y justifica las razones de su cumplimiento.

La reflexión filosófica, una necesidad para el ejercicio de la abogacía

La conducta de los abogados en procesos judiciales, según el Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 26, debe ser ética, con buena fe y lealtad. Por otra parte, el artículo 330 del mismo cuerpo legal indica que los abogados deben actuar al servicio de la justicia, colaborando con los jueces. Sin embargo, en este último artículo se establece también que deben proceder con arreglo y sujeción a las leyes.

Estas normas legales presentan los lineamientos según los cuales los abogados, en el ejercicio de la profesión, deben actuar. Pero, además, manifiestan la tensión entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, categorías filosóficas del derecho ya tratadas. Por un lado, se recurre a los valores como finalidad de la abogacía; por otro, se exige que los abogados se sometan a la ley positiva.

Esa posible contradicción normativa entre valores —que suelen regularse mediante principios— y reglas —comúnmente entendidas como leyes— es un problema que ha reactivado el debate sobre la relación entre derecho y moral. Las soluciones son variadas, pero todas recurren a la reflexión filosófica y a la búsqueda de argumentos jurídicos que justifiquen las razones para adoptar una determinada postura.

En consecuencia, surge una pregunta: ¿cómo pueden los abogados actuar con buena fe, lealtad, al servicio de la justicia y, al mismo tiempo, cumplir siempre con las leyes escritas?

El dilema planteado debe ser abordado a la luz tanto del iusnaturalismo como del positivismo jurídico. En el marco de esta reflexión, el abogado puede encontrar argumentos que, desde una de las dos posturas o sus vertientes, le ayuden a resolver causas judiciales y a justificar estrategias de litigio en casos concretos; con ello, además, contribuirá al fortalecimiento del sistema de justicia.

Si un abogado desconoce las disyuntivas propias de las tesis iusfilosóficas analizadas en este estudio, estará ciego ante las posibles alternativas de resolución jurídica que pueden adoptarse en un caso; además, carecerá de fundamentos axiológicos que orienten su ejercicio profesional hacia la justicia. Una nueva imagen del abogado y del sistema judicial solo será posible mediante un ejercicio ético del derecho, lo cual exige un pensamiento renovado sobre el derecho y la abogacía. El conocimiento del derecho, sin perder de vista la moral y la justicia, abrirá espacio para superar la práctica mecanicista de aplicar la ley con fines meramente procesales. Lo que en realidad se necesita es una práctica orientada a construir una sociedad armónica, donde se perciba que los abogados y las leyes contribuyen a la paz social.

A lo largo de este capítulo se ha demostrado que ni siquiera desde el positivismo jurídico se niega la existencia de una relación fáctica entre el derecho y los fines morales. Por ello, el abogado requiere de un sustento reflexivo que le permita comprender la tensión entre derecho y moral, entre derecho y justicia. Según Ruiz (2009), esa fuente de pensamiento surge de la reflexión filosófica del derecho⁴.

Un sistema de justicia que cuente con este tipo de profesionales será de mayor calidad. Así, los jueces estarán capacitados para resolver mejor, y sus sentencias tendrán mayor legitimidad. Esto generará confianza en la ciudadanía hacia la administración de justicia.

El abogado debe ser un instrumento para encontrar la verdad, ya que dispone del conocimiento de la ley. Además, debe reflexionar

4 Ruiz indica que “de esto se desprende que la insuficiencia de la ciencia jurídica para dar una explicación del concepto, funciones y fines del derecho, y para comprender la variedad de problemas de los cuales la experiencia jurídica es testigo, justifica la existencia de esa reflexión filosófica sobre el derecho, que no es otra cosa que la misma filosofía aplicada al derecho” (2009, p. 73).

sobre el derecho en función de la vida. Ángel Osorio afirma que el derecho positivo está escrito, pero “lo que la vida reclama no está escrito en ninguna parte. Quien tenga (...) sentimientos para advertirlo, será Abogado” (2022, p. 23).

El mismo Osorio señala que el abogado no solo debe preguntarse qué dice la ley, sino también dónde está lo justo. Comprender la vida y la justicia es un problema de la filosofía; por ello, la reflexión filosófica en el abogado es indispensable, ya que le permite no solo ser un mecánico de las leyes, sino un pensador que contribuye a la solución de los dilemas intersubjetivos entre los seres humanos.

El abogado que reflexiona sobre el derecho y las leyes será capaz de transformar y redimensionar su profesión. El pensamiento le permite superar el formalismo legal, cuestionarlo y reconstruirlo. Con *pensamiento* nos referimos aquí a una actividad reflexiva profunda y crítica, que posibilita la trascendencia en el ámbito del derecho; es decir, pasar de la ley a la justicia.

El pensamiento filosófico en el ejercicio de la abogacía

Por otra parte, el pensamiento es un instrumento de la libertad humana para destruir paradigmas y crear nuevas estructuras sociales. Si se pretende introducir nuevas visiones del derecho en el ejercicio del derecho mismo, estas deben partir del trabajo intelectual reflexivo, para transmitirse luego a la sociedad. Por lo tanto, el pensamiento es trascendencia: parte del yo, pero también es exteriorización de lo humano ante lo humano.

Según Hans Jonas, hay tres formas en que el pensamiento permite alcanzar la libertad: la de tocar cualquier tema, la de invención y la de trascender, de ir a lo infinito, a lo eterno, a lo suprasensible. Estas libertades son, para Jonas, una liberación del ser:

Por medio del pensamiento mismo se junta el testimonio humano al de la vida, y con él se abre sin duda un horizonte de la trascendencia. Esta se muestra en tres libertades del pensamiento, que van más allá de todo lo que hay que atribuir a la materia. (2012, p. 334)

La reflexión filosófica del derecho, como forma de pensamiento liberador, permite superar lo puramente normativo y cuestionar el orden jurídico establecido. En un primer momento, esto es posible en un plano interno, personal e intelectual, pero pronto debe proyectarse, mediante el ejercicio de la abogacía, en los tribunales y juzgados, convirtiéndose en una práctica jurídica diferente que perfeccione constantemente los sistemas imperantes (sobre todo los más críticos).

La falta de reflexión, por otra parte, implica aceptar esquemas de actuación sin posibilidad de asombro ni reacción, con abogados que solo cumplen un papel de engranajes en un sistema decadente.

Según Hannah Arendt (2007), pensar es apartarse de la experiencia sensible. Para pensar hay que alejarse del objeto pensado, lo que significa descongelar las ideas fijadas en el lenguaje y en la conciencia, para moldearlas libremente. En este sentido, reflexionar sobre el sistema jurídico establecido y el derecho permite cuestionarlos con libertad, dudar de ellos; pero para alcanzar un estado reflexivo libre —hasta destruir incluso sus cimientos— es necesario, en primer término, conocer las principales vertientes del pensamiento jurídico. Esto se obtiene mediante el estudio conjunto del positivismo jurídico y del iusnaturalismo.

En estos términos, el pensamiento es una herramienta crítica y destructora, y “su significado político y moral aflora solo en aquellos raros momentos de la historia en que las cosas se desmoronan” (Arendt, 2007, p. 173). Es decir, para transformar un fenómeno mediante el pensamiento, este nos da primero la libertad de destruir sus principios para luego crear nuevas estructuras. Ese es el fundamento de la crítica.

No todo abogado, empero, estará dispuesto a poner en práctica ese pensamiento destructor; incluso acoplarse al sistema legal como un mecánico del proceso se considera algo rentable. Según Heidegger, el pensamiento es un querer que está presente en todo ser humano como ser racional, pero que debe ser aprendido, y “tiene su escenario en la filosofía” (2005, p. 16).

Tomando tanto a Arendt como a Heidegger, se entiende el pensamiento filosófico como el espacio idóneo para que el abogado cumpla con un ejercicio ético de su profesión, encaminado hacia la justicia y el conocimiento de la verdad. Ello implica un cuestionamiento interno que provoca una necesidad propositiva capaz de mejorar la crisis actual del sistema de justicia ecuatoriano.

En Ecuador, el sistema de justicia carece de credibilidad. Según datos de una encuesta publicada en el periódico electrónico *GK*, “solo el 13,5 % de los encuestados confía en este sistema. Más del 86,5 % no lo hace” (Montaño, 2022, s. p.). Por lo tanto, solo el abogado que piensa y destruye (en el sentido de Arendt) puede crear una nueva forma de sistema judicial, y, con ello, un nuevo rostro del abogado.

El derecho se construye con la reflexión. Las grandes transformaciones han sido aportes de pensadores provenientes de distintas ramas, sensibles ante las necesidades propias de la dinámica social, que han encontrado cabida en aquellos abogados que también reflexionan y cuestionan el ordenamiento jurídico establecido. En Ecuador, se han producido modificaciones legales profundas gracias a los aportes del pensamiento filosófico.

En cuanto a los derechos de las mujeres, algunos de ellos se han materializado gracias a las luchas del feminismo, que es, en definitiva, una propuesta del pensamiento crítico. Por citar un ejemplo, hasta 2015 se prohibía, en el Código Civil ecuatoriano, que las viudas o mujeres divorciadas pudieran contraer nuevo matrimonio dentro de

los trescientos días siguientes al fallecimiento del marido o al divorcio. Esta prohibición no existía para los hombres viudos o divorciados. La norma, que hoy puede parecer ridícula, fue derogada debido a las transformaciones del pensamiento en referencia a los roles de hombres y mujeres.

Asimismo, la Constitución ecuatoriana fue pionera, en 2008, al reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos. Esta circunstancia ha sido sustentada desde la cosmovisión indígena y concepciones ecologistas, que han ido relegando las ideas tradicionales de la naturaleza como objeto o bien de consumo.

El garantismo penal, que sostiene que el principal deber de los operadores de justicia es tutelar los derechos de las partes —principalmente de los acusados—, sustenta una visión protectora del Derecho Penal como sistema de garantías para los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado. El rol del Estado, en consecuencia, pasa a ser el de guardián de los derechos, principalmente de la libertad. Luigi Ferrajoli, representante del garantismo, lo ha concebido como una filosofía política de carácter axiológico.

El garantismo penal, que fue línea transversal en la construcción del Código Orgánico Integral Penal (COIP), vigente en Ecuador desde 2014, significó una nueva visión del derecho penal, tanto para los abogados y operadores de justicia como para la sociedad en general. Representó una transformación total, que incluso determinó que la denominación de los jueces y juzgados penales se modificara a jueces de garantías penales y juzgados de garantías penales. Las garantías de defensa se vuelven insalvables desde el primer momento de intervención estatal, y su observancia se extiende a cualquier funcionario público: policías, jueces, fiscales, defensores públicos. En este contexto, el abogado asume un papel protagónico, pues sobre él recae la vigilancia y exigencia del ejercicio de las garantías procesales.

El garantismo penal significó repensar el derecho penal, y tuvo acogida en la función legislativa hasta convertirse en ley. Sin embargo, hubo actores del sistema de justicia —tanto abogados como funcionarios estatales de todo nivel— y un amplio sector de la población que rechazaron la naturaleza de este sistema, sustentado en el respeto a la condición humana. Hasta el momento, existen actores políticos y no pocos abogados que exigen el endurecimiento de penas y reformas al COIP, al punto de que este ha sido reformado en 69 ocasiones (González, 2022). Tanto el expresidente Guillermo Lasso (2021-2023) como su sucesor Daniel Noboa (desde 2023) se han mostrado partidarios de más reformas como herramienta para combatir la inseguridad.

Tachar al garantismo penal como causa del crecimiento delincencial implica desconocerlo y no pensarlo. Pero este señalamiento constituye una clara muestra de la necesidad de la reflexión filosófica por parte de los abogados en el ejercicio profesional, y un ejemplo de cómo una visión filosófica del derecho puede transformar un sistema de justicia.

A modo de conclusión

Según algunos sectores de la ciudadanía, políticos y muchos juristas, se requiere un debate profundo con el fin de reformar la justicia. Sin embargo, dicha reforma no debe centrarse exclusivamente en cambios legales. Es indispensable que la transformación de lo que identificamos como justicia represente una nueva manera de comprender qué es el derecho, bajo una expresión ética. Esto solo será posible en la medida en que se logren insertar concepciones axiológicas en el ejercicio de la abogacía.

El derecho es una forma de cohesión; por ello, los abogados son fundamentales para el funcionamiento y la convivencia armónica de la sociedad, así como para la solución de conflictos intersubjetivos y

comunitarios. No pueden limitarse a ser meros aparatos operativos para la aplicación de normas, sino que deben reflexionar sobre cómo mejorar la vida y el mundo.

Las reformas legales, por más profundas que sean, no darán frutos si no existe un entendimiento de los fines morales del derecho que reconfiguren la actividad del abogado. Por tanto, es preciso aceptar que el derecho debe perseguir fines morales, postura propia del iusnaturalismo, en la cual se encuentra un camino superador del cumplimiento acrítico de la ley. Adoptar esta visión del derecho implica, además, asumir de modo concreto el principio de que Ecuador es un Estado de derechos y justicia, tal como se consagra en la Constitución.

Debe aceptarse que el fin moral del derecho es la justicia. En este trabajo, identificamos la justicia, en términos de John Rawls (2012, p. 25), como una percepción social de lo justo, que permite:

1. Procurar que cada uno acepte y sepa que los demás aceptan los mismos principios de justicia; y
2. Que las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y que, en general, se sabe que lo hacen.

El abogado, como protagonista de la resolución de conflictos judiciales, tiene que reflexionar sobre la justicia y la moral; y esto debe ser abordado desde el pensamiento filosófico del derecho. Solo ahí se encontrarán insumos para una práctica que posibilite la percepción general de justicia en los términos planteados por John Rawls.

Desde la asesoría a los usuarios del sistema de justicia, y al momento de litigar y fundamentar sus pretensiones ante los operadores jurídicos, el abogado debe buscar un sentido general de lo que es justo. Además, debe demostrar que las instituciones públicas garantizan lo justo. Esto, en un primer momento, exige un análisis ético-jurídico que involucre a todos los partícipes de un proceso judicial y pro-

mueva un debate enriquecido, para que los operadores de justicia puedan atender la exigencia de lo justo.

Referencias bibliográficas

- Arendt, H. (2007). *Responsabilidad y juicio*. Paidós. <http://bit.ly/3IMILRR/>
- Aristóteles. (2010). *Ética a Nicómaco*. Gredos. <http://bit.ly/45aJVhL/>
- Bobbio, N. (2018). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Trotta. <http://bit.ly/41cfwOH/>
- Comte, A. (1984). *Curso de filosofía positiva*. Orbis. <http://bit.ly/454gs8R/>
- Comte, A. (2016). Curso de filosofía positiva (selección). En Larroyo, F. (Ed.). *La filosofía positiva*, 31-74. Porrúa. <http://bit.ly/4f8YneG/>
- Copleston, F. (2014). *El pensamiento de Santo Tomás*. Fondo de Cultura Económica. <http://bit.ly/4fegJLq/>
- Dworkin, R. (2014). *La filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica. <http://bit.ly/45dQr7s/>
- Durkheim, E. (2016). *El suicidio*. Titivillus. <http://bit.ly/4kUc9mr/>
- Fernández, C. (2011). *El derecho a imaginar el derecho*. Idemsa. <http://bit.ly/4f80glz/>
- García-Ruiz, L. (1997). Aproximación al concepto de derecho de Roscoe Pound. *Persona y Derecho*, 36, 47-94. <http://bit.ly/46XvMw/>
- Garzón, E. (2008). *Derecho y Filosofía*. Fontamara. <http://bit.ly/4lMoQB2/>
- González, M. (2022, 23 de enero). “El COIP ha sido reformado 69 veces desde su entrada en vigencia, en 2014”. *Primicias*. <http://bit.ly/3I-K1DAT/>
- Heidegger, M. (2005). *¿Qué significa pensar?* Trotta. <http://bit.ly/4o7l32N/>
- Hipona, San Agustín. (1958). *La ciudad de Dios*. Biblioteca de Autores Cristianos. <http://bit.ly/45kT4Fv/>
- Hobbes, T. (1992). *Leviatán o La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica. <http://bit.ly/3GKM-NcZ/>
- Jonas, H. (2012). *Pensar sobre Dios y otros ensayos*. Herder. <http://bit.ly/4k-TKQZx/>
- Kelsen, H. (2019). *La teoría pura del derecho*. <http://bit.ly/3TXOC9i/>

- Marín, A. (2022). La doctrina del derecho natural en Hugo Grocio. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2(2), pp. 203-234. <https://doi.org/10.30827/acfs.v2i2.26448/>
- Mir Puig, S. (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 5. <http://bit.ly/3UwheXq/>
- Montaño, D. (2022, 22 de junio). “La mayoría de ecuatorianos no confía en las instituciones públicas, según encuesta”. *GK*. <http://bit.ly/4m-dd6HC/>
- Núñez, S. (2021). Divorcio incausado: una urgente actualización normativa. *SFQ Law Review*, 8(2), pp. 157-81. doi:10.18272/ulr.v8i2.2280/
- Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia*. Paidós. <http://bit.ly/3I-JGEhH/>
- Osorio, A. (2022). *El alma de la toga*. EdyArt. <http://bit.ly/4f8Dwbn/>
- Platón. (2019). *Diálogos*. Plutón. <http://bit.ly/4o7lR7P/>
- Rawls, J. (2012). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica. <http://bit.ly/46uGwN2/>
- Rousseau, J. (2003). *El contrato social o Principios de derecho político*. Losada. <http://bit.ly/46o3wx3/>
- Ruiz, V. (2009). *Filosofía del derecho*. Instituto Electoral del Estado de México. <http://bit.ly/4kZupLw/>
- Tinoco, H. (1998). *Filosofía del derecho*. Gráficas Hernández. <http://bit.ly/4mgzXlH/>
- Vázquez, R. (2003). *Derecho y moral*. Gedisa. <http://bit.ly/417Mbf2/>
- Vigo, R. (2007). *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*. Fontamara. <http://bit.ly/4fc3RoX/>
- Von Ihering, R. (2003). *La lucha por el derecho*. Biblioteca Virtual Universal. <http://bit.ly/4fhh5YU/>
- Wittgenstein, L. (2009). *Tractatus logico-philosophicus*. Alianza. <http://bit.ly/454kAWF/>