



UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Facultad de Filosofía y Ciencias de la
Educación
Programa de Doctorado en Ética y Democracia

Tesis Doctoral

La unidad del pensamiento de Adam Smith como
marco de comprensión de su propuesta jurídica
Una reflexión desde América Latina

Elaborada por
Juan Camilo Salas Cardona

Bajo la Dirección de
Prof. Dr. D. Jesús Conill Sancho

*Con todo mi afecto
para Adriana y Camilo Andrés*

Agradecimientos

Es posible que algunas disciplinas puedan ser enseñadas sólo a través de conocimientos; otras, obviamente, requieren también, e inexorablemente, de arduas sesiones de práctica encaminadas a generar destrezas y habilidades entre los estudiantes, pero, en el caso de la filosofía, si nos atenemos a su sentido original como “amor a la sabiduría”, ésta sólo puede ser transmitida eficazmente por aquellos cuyos conocimientos están respaldados por sus propias vidas.

Este presupuesto se hace más radical cuando el saber filosófico que se enseña es la Ética, ámbito en el cual los verdaderos educadores deben ser auténticos maestros, cuyas vidas transparenten los valores y el “savoir vivre” que proponen a través de sus enseñanzas.

Teniendo la fortuna de haber sido guiado por maestros de estas calidades humanas y profesionales en el Máster en Ética y Democracia de la Universidad de Valencia, quiero testimoniarles mi sincera gratitud en la persona de Adela Cortina, quien además es referente obligatorio del pensamiento ético contemporáneo en Iberoamérica, y a quien mucho le debemos en América Latina y El Caribe por su incondicional compromiso con nuestras necesidades, sueños y proyectos, y de Jesús Conill, cuyas enseñanzas han abierto, y seguirán abriendo, promisorios caminos para que el saber filosófico cumpla con sus tareas de iluminación y de humanización. Sin su sabiduría y generosidad, este trabajo no hubiera podido realizarse.

Junto a ellos, expreso mi sincera gratitud a Juan Carlos Siurana, José Montoya, Agustín Domingo Moratalla, Juan Francisco Lisón y Domingo García - Marzá, quienes con compromiso y acierto se han consagrado a la noble tarea de hacer de la filosofía moral una herramienta para la construcción de un mundo mejor.

Mi agradecimiento se dirige también a Lorenzo Bujosa Vadell, académico de la Universidad de Salamanca, buen amigo, y permanente impulsor del mejoramiento del derecho en nuestro continente, a Flavio Comim Profesor de la Universidad de Cambridge, a Elsa González – Esteban Profesora de la Universidad Jaume I, y a Fernando de Mora, buen amigo y Profesor de la Universidad Autónoma de Barcelona, distinguidos académicos que con generosidad colaboraron para hacer posible la realización de este proyecto.

Por último, agradezco Dios, quien siempre me ha llevado de su mano, prueba de lo cual son todos aquellos a quienes acabo de mencionar.

JCSC

Índice General

Introducción	1
Primer capítulo	
Antecedentes y contexto ideológico del pensamiento de Adam Smith	31
1.1. Los orígenes del pensamiento escocés.	40
1.1.1. Juan Duns Escoto y los primeros rasgos de una filosofía escocesa.	42
1.1.2. La transición en Escocia del pensamiento medieval al humanismo renacentista.	54
1.1.3. La filosofía escocesa y su tránsito a la Ilustración: Gershom Carmichael, George Turnbull y Francis Hutcheson.	69
1.2. Hume y la ética de la Ilustración escocesa.	97
1.2.1. El contexto de la Escocia ilustrada.	97
1.2.2. El empirismo moral de Hume.	107
Segundo capítulo	
La unidad de la obra de Adam Smith y su pensamiento jurídico	120
2.1. El iusnaturalismo y el derecho en la Ilustración escocesa	124
2.1.1. El iusnaturalismo y su dimensión política.	135
2.1.2. Iusnaturalismo empírico y progreso social en la Ilustración escocesa	149
2.2. La hipótesis de los dos Adam Smith y la unidad de su pensamiento como marco de su visión jurídica.	157
2.2.1. Los libros de Smith como resultado de un único proyecto investigativo.	158
2.2.2. El derecho de Adam Smith en el marco de su comprensión ética y social.	166

2.3. Un derecho ético en Adam Smith	172
2.3.1. El derecho y su relación histórica con la moral.	173
2.3.2. La eficacia del derecho en Adam Smith.	177
Tercer capítulo	
El derecho latinoamericano y la propuesta jurídica de Adam Smith a través de tres debates	194
3.1. Adam Smith, el iusnaturalismo latinoamericano, y la cuestión de la justicia.	201
3.2. El positivismo kelseniano y la propuesta jurídica de Adam Smith.	216
3.3. El decisionismo de Carl Schmitt en América Latina, y la visión del derecho de Adam Smith.	236
Epílogo	
Con Smith y más allá de Smith	251
Conclusiones	261
Bibliografía	270

Introducción

Una paradoja pareciera presidir la realidad socio-jurídica latinoamericana y del Caribe, en la cual, por un lado, tenemos cantidades ingentes de leyes, normas y reglamentos, los cuales, mayoritariamente, están bien elaborados desde un punto de vista formal, mientras que, por otro lado, pareciéramos vivir en una anomía colectiva, caracterizada por un egoísmo desenfrenado que genera corrupción, injusticias, violencia, atropellos, arbitrariedades y conflictos sin fin, los cuales tienen como subproductos, entre muchos otros, la marginación, pobreza, y privaciones que sufren la mayoría de la población.

En este panorama, los derechos de los ciudadanos que declaran las normas, en buena medida, son letra muerta en la vida cotidiana, puesto que, en muchos casos, ni los mismos Estados se interesan por realizar, reconocer y hacer efectivos dichos derechos.¹

Contrariamente al grave panorama de negación de derechos fundamentales que sufre la mayoría de la población, todos los textos constitucionales que rigen los destinos de nuestras naciones poseen bellos preámbulos y precisos catálogos de normas que defienden y promueven dichos derechos, enfatizando que es el Estado el primer responsable de su vigencia y eficacia.

¹ Sobre este particular véase, SALAZAR, Robinson y otros. *Gobernabilidad en crisis. Delito, conflicto y violencia en América latina*. Libros en Red, 2000. Sobre el caso colombiano, en esta obra, resulta particularmente ilustrativo el estudio de Marco Antonio Vélez. pp. 300 ss.

En los ambientes académicos jurídicos y políticos de Colombia circula, desde hace muchos años, una conocida anécdota, al parecer sin mucho respaldo histórico, en la que se cuenta que el literato francés Víctor Hugo, al leer el texto de la constitución de 1863, afirmó, “*es una constitución para un país de ángeles*”. Cierta o falsa respecto de su autoría, dicha frase refleja una realidad que, con honrosas y significativas excepciones, subyace no sólo a la referida constitución, sino a todas las leyes que nos han regido y nos siguen rigiendo a los latinoamericanos, como es aquella del abismo entre el texto normativo escrito y la realidad humana concreta a la que dicho texto se dirige.

Obviamente, no estamos abordando un problema nuevo en nuestra historia latinoamericana, ni mucho menos ajeno a la historia de la toda la humanidad, pero, tal como lo veremos más adelante, dicha separación entre la norma escrita y sus efectos en la vida cotidiana, se hace más evidente en razón de lo que pudiéramos llamar “nuestras maneras latinoamericanas de comprender el derecho”, lo cual se traduce en que es posible hablar de que tenemos, obviamente en medio de diferentes matices y énfasis, “una forma más o menos típica de comprender el derecho, de elaborar las leyes y de cumplirlas, o más bien de incumplirlas”.

En este punto, el latinoamericano promedio se reconoce a sí mismo como producto de numerosas herencias culturales que nos han configurado étnica y axiológicamente como un continente mestizo, circunstancia que, tal como lo dijera Germán Marquínez Argote, nos configura como una mixtura cultural indo-afro-latina, hecho que influye determinantemente en nuestra manera de comprender el derecho y sus funciones.

A este respecto, nuestra historiografía regional latinoamericana, nos cuenta que Sebastián de Belalcázar (1480 – 1551), conquistador llegado con Cristóbal Colón en su Tercer viaje, sentenció respecto de la obligatoriedad

de cumplir las leyes peninsulares en el Nuevo mundo: “se obedece, pero no se cumple”, afirmación que se constituyó en un lema y en un estilo de vida muy difundido entre los recién llegados,² máxima que se ha convertido en un funesto signo característico de la manera latinoamericana de comprender el derecho, ya que, tenemos excelentes leyes de hermosos textos, que parecen pertenecer a un mundo que no es el nuestro, porque la inmensa mayoría de la población no las siente como propias, y, al parecer, muy pocos están realmente interesados en su cumplimiento.

Bástenos recordar también, a manera de ejemplo, que la Constitución colombiana de 1886 fue elaborada por Rafael Nuñez y Miguel Antonio Caro,³ este último, uno de principales filólogos hispanoamericanos del siglo XIX, obra de bellos textos de singular precisión semántico – sintáctica, y que fue, paradójicamente, el ordenamiento que rigió la nación durante tenebrosas contiendas, tales como la *Guerra de los mil días* (1899 – 1902), la *Violencia política entre liberales y conservadores* (1948 – 1959), y la lucha fratricida entre las guerrillas y el gobierno, que ha acompañado la vida de varias generaciones de colombianos, quienes no hemos conocido el contenido de la expresión “vivir en un país en paz”.⁴

² Este refrán, de origen medieval, inicialmente referido a las leyes injustas, se transformó paulatinamente en la mentalidad jurídica de muchos conquistadores y colonizadores españoles, quienes veían en las leyes peninsulares un obstáculo a sus proyectos de enriquecimiento y dominación. Sobre este particular véase, JIMÉNEZ, Alfredo. *Epiqueya indiana o por qué, a veces, la ley se obedece, pero no se cumple*. Memorias del Congreso internacional de historia de América. Vol. 3. Granada, 1994. pp. 265 – 277.

³ A propósito del pensamiento filosófico, político y jurídico de Miguel Antonio Caro, consignado en la Constitución política de 1886, el cual, en buena medida explica su concepción de la relación entre derecho y sociedad, resulta particularmente esclarecedor la conocida obra de Jaime Jaramillo Uribe *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, particularmente en su capítulo XIX, *El pensamiento político de Miguel Antonio Caro*. Temis, Bogotá, 1982. pp. 285 – 316.

⁴ Para una visión de conjunto acerca de la manera como se han estructurado los estudios históricos sobre la violencia en Colombia, véase ORTÍZ, Carlos Miguel. *Historiografía de la violencia*; en *La historia al final de milenio. Ensayos de historiografía colombiana y latinoamericana*. Vol. 1. Universidad Nacional de Colombia, 1994. pp. 371 – 423.

En este escenario de ostensible alejamiento entre leyes y realidad concreta, pareciera que, consciente o inconscientemente, nuestros legisladores de todas las épocas, han creído en una especie de “poder mágico de los textos normativos”, al cual se le pretende atribuir la capacidad de “cambiar las opciones morales de las personas a través de meros enunciados legales”, pretensión que, según nos lo ha mostrado la historia, y nos lo muestra la realidad cotidiana, no es más que una quimera.

Al cumplirse recientemente, en un buen número de países latinoamericanos, los doscientos años de la finalización de los procesos de emancipación de España, el historiador colombiano Jorge Orlando Melo, escribió un artículo cuyo título bien podría ser la conclusión de un balance de lo que han sido, por un lado, las aspiraciones de nuestros “políticos de profesión”, que han quedado plasmadas en constituciones, leyes y reglamentos, y, por otro lado, lo que, al margen de ellas, ha sucedido en la realidad concreta de nuestros pueblos: “*Promesas y frustraciones de la independencia: doscientos años de ilusión y desencanto*”⁵.

Sin pretender hacer una revisión exhaustiva del contraste entre normas y realidad que hemos enunciado, a manera de justificación contextual de la presente investigación, bástenos recordar que, respecto del derecho fundamental a la vida, todas las constituciones latinoamericanas y caribeñas, sin excepción, reconocen la primacía de este derecho, y comprometen a sus Estados tanto a su promoción como a su defensa. Esta pretensión de defender la vida se ha concretizado en la penalización de las conductas que atentan contra la misma, prescribiendo castigos de cárcel a sus infractores.

⁵ MELO, Jorge Orlando. *Promesas y frustraciones de la independencia: doscientos años de ilusión y desencanto*. Conferencia dictada en la Fundación Santillana el 26 de octubre de 2010. Disponible en Internet en <http://www.jorgeorlandomelo.com/bajar/Promesas.pdf>

Contrariamente, o más bien, al margen de estos reconocimientos de la vida como derecho fundamental, y de las sanciones anunciadas a las infracciones en contra del mismo, en América latina tenemos el poco honroso título de ser “la región más violenta del mundo”, en razón de que en nuestro territorio se producen un tercio de los asesinatos del planeta; ⁶ a este respecto, no hacen falta las estadísticas, ya que el miedo y la zozobra con que viven millones de latinoamericanos que habitan en ciudades como México, Guatemala, Tegucigalpa, Bogotá, Caracas, Río, y recientemente también Buenos Aires, es suficiente para mostrar que el respeto a la vida no pasa de ser una mera declaración de intención.

Esta vergonzosa situación de irrespeto a la vida, a pesar de las normas que prescriben lo contrario, se ratifica cuando, según el estudio de la ONG mexicana *Seguridad, Justicia y Paz*,⁷ el cual hace un balance de los homicidios en el año 2015, también tenemos el deshonor de tener en nuestro territorio nueve de las diez ciudades más peligrosas del mundo, en razón del número de crímenes que en ellas se cometen..

En este mismo sentido, México, como país, experimentó un aumento del 18,91% de homicidios en 2017, habiendo sido el año más violento en dos décadas, según informe del *Sistema nacional de seguridad pública*.

Dentro de los múltiples atropellos que se comenten diariamente en contra del valor fundamental a la vida, defendido por abundantes normas, bástenos recordar sólo dos hechos atroces, como lo fueron la masacre, aún no esclarecida, de 43 estudiantes de la *Escuela normal rural de Ayotzinapa*, en septiembre de 2014, en México, los cuales se preparaban para ejercer

⁶ Cf. Declaración de Pedro Abramovay, Director de la *Open Foundations Society para América latina y el Caribe*, con ocasión de la *Conferencia regional sobre Calidad de los datos de homicidio en América latina y el Caribe*, llevada a cabo en Bogotá del 7 al 9 de 2015. Información disponible en <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/america-latina-region-mas-violenta-del-mundo-articulo-584347>

⁷ Cf. *Seguridad, justicia y paz*. Estudio disponible en: <http://www.seguridadjusticiaypaz.org.mx/sala-de-prensa/1356-caracas-venezuela-la-ciudad-mas-violenta-del-mundo-del-2015>

como docentes rurales, y quienes, presumiblemente, fueron asesinados por sus simpatías con la izquierda, y por sus posturas críticas respecto de la reforma educativa promovida por el gobierno.⁸

Otra atrocidad semejante, es la que aconteció en la ciudad de Buenaventura, en el pacífico colombiano, con las llamadas “Casas de pique”, que no eran otra cosa que centros de descuartizamiento de seres humanos con el fin de eliminar cualquier rastro de sus personas que pudiera dar pie a investigaciones judiciales, y para que, simplemente, fueran considerados como “desaparecidos”, al no conocerse causa alguna de dicha desaparición. Este horror, presuntamente cometido por antiguos paramilitares para consolidar sus actividades delincuenciales, se ha llevado a cabo teniendo una de las legislaciones más completas sobre este tipo de delitos, y una experiencia investigativa y judicial muy amplia.⁹ Estos hechos, en el caso colombiano, no han hecho otra cosa que dar continuidad a las numerosas masacres, cometidas tanto por las guerrillas de izquierda, como por los paramilitares de derecha, hechos que, por desdicha, han generado una especie de “inconsciente colectivo de adormecimiento” frente a los horrores del conflicto armado que ha vivido el País por más de medio siglo, el cual ha sido expresado con frases tales como “ya nada nos conmueve”.

De otra parte, prácticas tan deplorables tales como la mal llamada “limpieza social”, en la que se asesina sistemáticamente a indigentes, mendigos y delincuentes comunes, son de frecuente ocurrencia en países como el Salvador, Guatemala y Colombia,¹⁰ hecho análogo, en su

⁸ Sobre este caso véase, VELASCO, David y otros. *Ayotzinapa y la crisis del estado neoliberal mexicano*. Iteso, México, 2015.

⁹ Esta situación, sus causas y el desarrollo de la misma, es descrita en el informe de la ONG *Human Rights Watch*, de marzo 4 de 2015, titulado: *Colombia: New killings, disappearances in Pacific port. Government fails to stop criminal groups' abuses*. Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2015/03/04/colombia-new-killings-disappearances-pacific-port>

¹⁰ Una investigación realizada por el *Centro Nacional de Memoria histórica*, en asocio con investigadores de la *Universidad Nacional de Colombia*, evidenció que esta práctica dejó 4928 muertes entre el año 1988, y los primeros seis meses de 2013. Ver el informe en:

gravedad e impunidad, a lo que sucede en la Ciudad de México, en donde más de tres mil mujeres, entre los años 2002 y 2015, salieron de sus casas y jamás regresaron.¹¹

En el caso particular de El Salvador, la lucha entre las pandillas, las fuerzas armadas y los grupos armados al margen de la ley, ha dejado decenas de miles de muertos, contando no sólo los años de la guerra, sino también, y principalmente, después de ella, ya que, a pesar de que la paz se firmó en 1992, los índices de violencia y de muertos no han disminuido, y muy por el contrario, han ido creciendo, al punto que, respecto del año 2015, la violencia en ese país creció en un 117% en el año 2016, siendo los dos primeros meses del año el período más violento en la última década, dado que, sólo en dicho bimestre, ocurrieron 1399 asesinatos.¹²

En la misma perspectiva del contraste entre la abundancia, claridad y precisión semántico – sintáctica de las normas latinoamericanas, y las desgarradoras situaciones sociales que vivimos en la región, valga recordar que la constitución salvadoreña, en lo que se refiere a la protección al derecho a la vida, tiene, tal vez, el conjunto de normas más decididamente proteccionista, evidenciando una clara inspiración personalista.

A este respecto, el texto constitucional salvadoreño dice en su preámbulo:

... animados del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de la

<http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2016/limpieza-social/limpieza-social.pdf>

¹¹ Información disponible en Internet en:

<http://connectas.org/el-laberinto-de-las-ausencias-en-mexico-df/>

¹² Estas cifras fueron tomadas de los comunicados de prensa producidos por ACAN – EFE, que es la seccional de la agencia EFE para centro américa, y que fueron divulgados a través de la página web del diario *El Salvador*, disponible en <http://www.elsalvador.com/articulo/nacional/violencia-salvador-crecio-1176-103782>

democracia y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista.¹³

y posteriormente su artículo primero declara:

El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Asimismo, reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. En consecuencia, es obligación del estado asegurar a los habitantes de la república, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.¹⁴

Estos textos de la Constitución salvadoreña, así como tantos otros textos constitucionales y legales, de la que José Martí llamara “nuestra américa”, parecen letra muerta frente a los dantescos escenarios de muerte y sufrimiento que padecen millones de habitantes de la región, situación que debe golpear la conciencia de quienes tienen poder de decisión a nivel político y social, pero también de aquellos dedicados a la educación, y a la academia, especialmente de los eticistas y juristas, haciéndoles preguntarse ¿dónde está el origen de ese abismo existente entre las normas escritas y la realidad vivida?, y ¿cuáles serían las alternativas más idóneas para solucionar esta situación? Obviamente, estas preguntas tampoco pueden ser ajenas a padres de familia, y, en general a todo ciudadano consciente de su cuota de responsabilidad respecto de la calidad de vida de los demás.

¹³ Constitución política de la República de El Salvador, Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_de_la_Republica_del_Salvador_1983.pdf

¹⁴ Ibid.

A los poco honrosos títulos mencionados, de ser la región más violenta del planeta, y de tener nueve de las diez ciudades más peligrosas del mundo, se une otro título mundial no menos vergonzoso, como es el de tener el país del mundo en donde se comenten más suicidios, como es el caso de Guyana, la excolonia británica, según lo declara el informe de la *Organización Panamericana de la Salud*, OPS, titulado “Mortalidad por suicidio en las Américas”, del año 2014.¹⁵ Paradójicamente, este país, apartándose de la tendencia legal regional, penaliza el intento de suicidio, considerándolo como un delito, hecho que refuerza la constatación de la ineptitud de las solas normas escritas a la hora de propiciar una conducta humana más ética, consciente y responsable.

Otra latitud de nuestro continente, como es la boliviana, también muestra la inmensa brecha entre la norma escrita y la realidad vivida; en este caso, en lo que se refiere a los derechos de la infancia, los cuales, igualmente, están protegidos por hermosos y románticos textos constitucionales y legales, mientras que miles de niños bolivianos sufren numerosos atropellos, sobre todo, y a la vista de todos, en materia de explotación laboral.

A este respecto, la Constitución boliviana dedica toda una sección a los derechos de la infancia, prohibiendo todo tipo de explotación y maltrato¹⁶, texto que da pie a la creación de uno de los pocos códigos latinoamericanos especializados en la materia, tal como es el *Código del niño, niña y adolescente*.¹⁷ Sin embargo, esta clara preocupación estatal por los derechos de los niños, parece no incidir significativamente en la realidad de los infantes bolivianos, ya que, según estudios de la Unicef, el

¹⁵ Este estudio de la OPS sobre la *Mortalidad por suicidio en las Américas* se encuentra en: http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=10114%3A2014-new-paho-report-more-than-7-suicides-per-hour-in-the-americas&Itemid=1926&lang=es

¹⁶ Cf. Constitución del Estado plurinacional de Bolivia. Arts. 58 – 61.

¹⁷ Disponible en Internet en http://www.unicef.org/bolivia/Codigo_NNA_-_Ley_548_.pdf

problema del trabajo infantil en dicho país, es uno de los que más afectan el desarrollo de la infancia.¹⁸

A este respecto, una ostensible contradicción respecto de los derechos de los niños se presenta cuando este mismo código, lejos de proteger todos los años que constituyen la minoría de edad, permite el trabajo a partir de los 10 años,¹⁹ hecho que incurre no sólo en una flagrante violación a los derechos de la infancia, reconocidos internacionalmente, sino que constituye también una insalvable incoherencia entre la constitución y la ley, ya que, por una lado no se puede afirmar que se defienden los derechos de los niños, mientras que por otro lado se autoriza legalmente su explotación laboral desde los diez años, hecho que en la realidad abre la puerta para que tal explotación se dé desde edades aún más tempranas, ya que las autoridades no ejercen control para verificar la edad de los niños explotados laboralmente.

La manifiesta ineficacia de las normas escritas no sólo es palpable en los casos anteriormente mencionados, que describen atentados en contra de la vida de los ciudadanos del común, y de los derechos de los niños y niñas, sino que también se evidencia en los derechos de los indígenas latinoamericanos, los cuales, cuantitativamente constituyen el 8.3 % de la población global de la región, siendo, aproximadamente, 45 millones de personas.²⁰

En países como Colombia, en el cual existen, por mandato constitucional, jurisdicciones indígenas cuyo objetivo es la garantía de la vigencia de sus normas culturales y ancestrales, los atropellos en contra de los indígenas son tan frecuentes y graves como hace cinco siglos, al punto de que, algunas

¹⁸ Cf. Sitio web de la Unicef http://www.unicef.org/bolivia/spanish/proteccion_17111.htm

¹⁹ Cf. Art. 129, Núm. II del citado código boliviano.

²⁰ Ver estudio de la CEPAL en la página web de dicha institución: <http://www.cepal.org/es/infografias/los-pueblos-indigenas-en-america-latina>

comunidades indígenas se encuentran al borde de la extinción por los asesinatos, desplazamiento, marginación y miseria al que han sido sometidos por fuerzas al margen de la ley, así como por el desinterés y ausencia del Estado colombiano.²¹

Esta misma situación de atropello a las minorías indígenas, se da en otros países de la región a pesar del reconocimiento, sobre el papel, de sus legítimos derechos. En este punto, abundan los ejemplos, como el del pueblo Mapuche, al sur del continente, el cual sostiene una larga disputa, por sus territorios ancestrales, con los gobiernos de Chile y de Argentina.²²

El abismo entre la abundancia y precisión de las normas escritas y su inoperancia en América latina, es claro también cuando nos referimos a la deplorable situación del derecho a la salud de la población, el cual, siendo reconocido como un derecho fundamental en la mayoría de los países de la región, es desconocido o negado por las prácticas sociales en casi todas las latitudes de la región.²³ En este escenario, mientras que las normas protectoras y promotoras de este derecho son claras y precisas, millones de personas no participan de ningún programa de prevención en salud, y son muchas más, de todas las edades, las reciben pésimos servicios, o carecen totalmente de atención en las instituciones públicas destinadas a garantizar dicho derecho.²⁴

²¹ Respecto del problema de los atropellos a las comunidades indígenas en Colombia, a pesar de los bien elaborados textos legales que protegen sus derechos, véase, VILLA, W. y HOUGHTON, J. *Violencia contra los pueblos indígenas en Colombia, 1974 – 2004*. CECOIN – OIA - IWGIA, Bogotá, 2004.

²² A este respecto véase AILWIN, J. *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*. Instituto de Estudios indígenas. Universidad de la frontera. Austral, Temuco, 2004.

²³ A propósito de un balance sobre el derecho a la salud en la región, véase HERNÁNDEZ, A. y RICO, C. Eds. *Protección social en salud en América latina y El Caribe. Investigación y políticas*. Editorial Universidad Javeriana, Bogotá, 2011.

²⁴ Sobre este particular son muy ilustrativos los estudios de caso presentados en la obra coordinada por Mariana Pérez. *Cinco miradas sobre el derecho a la salud. Estudios de caso*

Semejante situación acontece también respecto del derecho a la educación, el cual está garantizado por todas las constituciones de la región, así como por normas especiales vigentes en la mayoría de los países.²⁵ En este caso, al igual de lo que sucede con demás derechos mencionados anteriormente, el abismo entre declaración legal y realidad resulta desconcertante; a este respecto, el analfabetismo, la deserción escolar y la muy deficiente calidad de la educación pública en sus niveles básico y medio, son notas características de las instituciones educativas en muchos países de la región.

Con honrosas y contadas excepciones, nuestros países de la región también carecen de los mecanismos para garantizar una educación superior de calidad para la mayoría de la población, ya sea esta de tipo técnico o académico, hecho que ha contribuido a una comercialización de la educación universitaria, como la que se manifiesta cuando, instituciones legalmente aprobadas, otorgan pomposas titulaciones con mínimos estándares de exigencia y calidad.²⁶

Resultan interminables los ejemplos que evidencian la omnipresencia del punto de partida que justifica la presente investigación, y que podríamos sintetizar afirmando que *“existe un abismo entre las normas escritas, y su realización en la vida de las personas y en la sociedad en su conjunto”*. Y ante la constatación de este abismo, resulta urgente explorar alternativas

en México, El Salvador y Nicaragua. Fundar. Centro de análisis e Investigación, México, 2010.

²⁵ Cf. VARIOS. *Las leyes generales de Educación en América latina. El derecho como proyecto político*. IIPE – UNESCO – CLADE. Buenos Aires, 2015.

²⁶ Con respecto a la crisis de la educación superior en la región, véase DÍAZ, José. *Acreditación en América latina: Crisis de la educación superior y distintas fases de la calidad*. En: ROSARIO, Víctor. *La acreditación de la Educación en Iberoamérica. La gestión de la calidad de los programas educativos. Tensiones, desencuentros, conflictos y resultados*. Vol. I. Red de académicos de Iberoamérica. AC. Palibrio, 2012.

de salida a esta situación, la cual cotidiana y crecientemente lesiona la dignidad humana de millones de personas en la región.

En este contexto, el núcleo problemático de la presente indagación podríamos expresarlo afirmando que *tenemos un derecho manifiestamente ineficaz*, comprendiendo por *eficacia* que el ordenamiento jurídico logre sus objetivos prácticos y concretos en la vida de las personas y de la sociedad en su conjunto.²⁷

Desde esta constatación, conviene recordar que son tres las categorías, que desde la filosofía jurídico – política, articulan el ser y el deber ser del derecho, y que pueden ser rastreadas desde el pensamiento jurídico griego clásico hasta la actualidad: 1) la *legitimidad*, que hace relación a los fundamentos de las normas, es decir, a las razones del por qué podemos calificar un ordenamiento jurídico como justo, categoría que se constituye en una cuestión, básicamente, de *carácter político*; 2) la *validez*, la cual se refiere al procedimiento que debe observarse para que una norma adquiera su plena vigencia, la cual tiene una connotación *jurídico – procesal*; y 3) la *eficacia*, la cual se valora desde el punto de vista del logro de las condiciones para que las normas produzcan las consecuencias pretendidas, misma que nos remite a un ámbito de tipo tanto *sociológico* como *ético e interdisciplinar*.

Así pues, **la presente investigación se articula en la búsqueda de respuesta a la pregunta ¿Qué niveles de análisis y de solución se pueden aportar desde el pensamiento jurídico de Adam Smith para el problema de la ineficacia del derecho en América Latina?**

²⁷ Hans Kelsen, en su *Teoría pura del derecho*, entiende por eficacia de la norma el "hecho real de que ella sea aplicada y obedecida en los hechos, de que se produzca fácticamente una conducta humana correspondiente a la norma". UNAM, México. 1984. p. 24.

Metodológicamente, la respuesta a esta pregunta, no la queremos buscar desde una perspectiva investigativa deductiva, haciendo de las tesis de Smith una premisa mayor para buscar unas implicaciones siguiendo un modelo silogístico, sino que optamos por un enfoque metodológico hermenéutico, el cual nos remite a un ejercicio investigativo en tres momentos: Un primer momento de reconstrucción del contexto y de las líneas maestras del pensamiento de Smith para una mejor comprensión de sus afirmaciones; un segundo momento de precisión de la propuesta jurídica del autor escocés para ponerla en diálogo con los modelos de elaboración jurídica más relevantes en el contexto latinoamericano, siguiendo el modelo del “conflicto de interpretaciones en Ricoeur”; y, un tercer momento, proponiendo algunas alternativas de solución en la perspectiva de la aplicación gadameriana, queriendo con ello describir el círculo hermenéutico de la comprensión desde una perspectiva moral²⁸. Toda esta perspectiva metodológica, se comprende desde como una “hermenéutica crítica”²⁹, en desarrollo de la propuesta de Adela Cortina y de Jesús Conill.

Con base en esta perspectiva investigativa, es posible formular, a manera de **hipótesis de la presente investigación, que, análogamente a lo que Jesús Conill propone respecto de la existencia en Smith de una “Economía ética”,³⁰ habría también buenas razones para afirmar que en el autor escocés hay igualmente un “Derecho ético”, perspectiva esta que aporta herramientas para mejorar la eficacia del derecho en América latina.**

²⁸ La circularidad de un razonamiento de tipo hermenéutico está basada en la noción de «círculo hermenéutico», categoría formulada por Schleiermacher, y que ha sido ampliamente desarrollada por los hermeneutas del siglo XX. Para una profundización sobre este punto, véase GADAMER, HG. *Sobre el círculo de la comprensión*, en *Verdad y Método II*. Sígueme, Salamanca, 2004, pp 63 ss.

²⁹ CORTINA, Adela. *Justicia cordial*. Trotta, Madrid, 2010. p. 45

³⁰ Cf. CONILL, Jesús. *Horizontes de economía ética*. Tecnos, Madrid, 2004.

Esta afirmación de un “Derecho ético”³¹ en Smith, estaría sustentada fundamentalmente sobre dos pilares estrechamente relacionados: 1) por una parte, en la misma perspectiva del pensamiento ilustrado escocés contemporáneo de Smith, existe una especie de “*interdisciplinariedad*”, con fundamentación antropológica, que se formula para comprender y solucionar los problemas sociales; en dicha interdisciplinariedad, se evidencia un papel del derecho estrechamente relacionado con otros ámbitos de la vida social, y no como una disciplina que se construye y se aplica de manera aislada o independiente, tal como lo prueba el hecho de la estructuración de los cursos de Filosofía moral de la época.

Sobre este punto, conviene recordar que el *Curso de Filosofía moral* que Adam Smith dictó por años en la Universidad de Glasgow, comprendía tres partes, una primera referida a la *Teología natural*, la segunda, versaba sobre la *Ética*, y la Tercera, reflexionaba sobre cuestiones de *Jurisprudencia*, partes a partir de las cuales el escocés produjo sus principales obras.

Este hecho, constituye un dato fundamental que permite inferir, en primera instancia, la íntima interconexión de estos tratados articulados sobre un trasfondo filosófico moral, y que constituye un hecho que aporta buenas razones que permiten hablar de una “*unidad del pensamiento de Smith*”, tal como lo profundizaremos más adelante.

2) Un segundo pilar del “*Derecho ético*” smithiano, estaría dado por la constatación de que tanto el derecho como la ética, están fundados en unos mismos mecanismos de naturaleza empírica, como son el espectador

³¹ Reconociendo que los estudios sobre el núcleo jurídico de Smith son manifiestamente escasos si los comparamos con la producción académica sobre sus propuestas económica y moral, los relativamente pocos estudios que se han hecho sobre este particular, reconocen el peso significativo de los mecanismos éticos propuestos por el autor escocés en sus propuestas jurídicas. Un buen ejemplo de esto lo constituyen los trabajos del filósofo moral compatriota de Smith, Neil MacCormick, dentro de los cuales tenemos *Adam Smith on law*. Valparaíso Law review. Vol. 15. No. 2. 1981. pp. 243 - 263

imparcial y la simpatía, principalmente. En este punto, la función del derecho es la de hacer exigibles los postulados de la ética que resultan necesarios para la vida social.³²

A partir de estos supuestos, el **objetivo general de la presente investigación es el de reflexionar críticamente sobre la ineficacia del derecho latinoamericano, examinando las causas conceptuales de este fenómeno a través un debate con el pensamiento de Adam Smith, para lo cual partimos de la afirmación de una “unidad interna del pensamiento de Adam Smith”³³, en la cual se inscribe su propuesta jurídica, tesis que nos permite proponer criterios y herramientas que pueden servir para avanzar en la solución de dicha ineficacia.**

En desarrollo de la hipótesis y del objetivo general antes formulados, la presente investigación está dividida en tres capítulos; el **Primero (1)**, titulado **“Antecedentes y contexto ideológico del pensamiento de Adam Smith”**,³⁴ cuyo **objetivo específico** es el de identificar los principales antecedentes y determinantes, tanto de tipo histórico como ideológico, del pensamiento de Smith, con miras a una mejor comprensión de sus propuestas, y de su visión del derecho, en particular.

En esta búsqueda, un primer apartado titulado **“Los orígenes del pensamiento escocés” (1.1)**, nos permite esbozar las características de la reflexión filosófica y jurídica en Escocia, tanto anterior a Smith, como contemporánea del filósofo de Kirkaldy. Dicho pensamiento filosófico –

³² Cf. HAAKONSSSEN, Knud. *The Science of a Legislator. The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*. Cambridge university press. 1981. Véase especialmente el capítulo 3. pp. 45 ss.

³³ Uno de los autores que defiende la tesis de la unidad interna del pensamiento de Smith es GRISWOLD, Charles. Jr. en *Adam smith and the virtues of enlightenment*, particularmente en el apartado titulado *The Unity of Smith's Thought, and the Projected Corpus*. Cambridge University press. 1999. p. 29 ss.

³⁴ Sobre los antecedentes ideológicos de Smith, es notable el trabajo de VIVENZA, Gloria. *Adam Smith and the Classics. The Classical Heritage in Adam Smith's Thought*. Oxford University Press, 2001.

jurídico, se muestra radicalmente marcado por dos determinantes; por un lado, por un deseo de autonomía del territorio, así como por una reivindicación de su identidad nacional, y, por otro lado, por una conciencia que reconocía en las actividades marítimas, comerciales y de pequeña producción industrial, sus medios fundamentales de subsistencia.³⁵

En ese escenario, las actividades portuarias y comerciales van a constituirse en el caldo de cultivo para la generación de algunas de las grandes corrientes de pensamiento que van a modelar también la vida de Inglaterra y del Imperio británico, y van a incidir decisivamente en la configuración del pensamiento contemporáneo anglosajón. Bástenos decir que, a juicio de un buen número de autores, en el trasfondo de la solución de los problemas entre los comerciantes que realizaban sus intercambios en los puertos insulares, y en la búsqueda del bien de las pequeñas comunidades locales se encuentran las semillas del “principio de utilidad”, el cual tanto influjo económico, jurídico y político ha tenido desde aquella época hasta el tiempo presente. Igualmente, en la valoración positiva del comercio y de la industria local de la época, se pueden rastrear los determinantes históricos de la propuesta de una economía política liberal de Smith, así como también de su trasfondo ético.³⁶

En un segundo momento **(1.2)**, en el apartado titulado “*Hume y la ética de la ilustración escocesa*”, se aborda la cuestión de la moral ilustrada, que corresponde exactamente a aquella que conoció Smith, y que determinó su pensamiento. De dicho período, es destacable su fundamentación en una razón empírica, en la cual las claves para el progreso individual y social

³⁵ En lo relativo al contexto histórico e ideológico de Smith, especialmente en lo que se refiere a la ilustración escocesa, en la presente investigación seguimos a uno de los más destacados especialistas en el tema, Alexander Broadie, quien actualmente ocupa la cátedra de Smith en la universidad de Glasgow; a este respecto véase su obra *The Scottish enlightenment*. Birlinn, Edimburgo, 2005.

³⁶ Sobre este particular, véase MACLEAN, Iain. *Adam Smith, Radical and Egalitarian. An Interpretation for the Twenty-First Century*. Edinbourg, University Press, 2006.

fueron exploradas a través de experiencias concretas en la interacción social, ejercicio reflexivo que tenía una doble finalidad, tanto descriptiva como prescriptiva. En este apartado es necesaria una reflexión al pensamiento de Hume, el cual permite aclarar muchos de los referentes teóricos y de las afirmaciones que realiza Smith en su obra.

Con base en las precisiones de este marco de referencia, en el **Segundo capítulo (2)**, titulado "*La unidad de la obra de Adam Smith y su pensamiento jurídico*",³⁷ nos adentramos en la cuestión del "*Derecho y la ética en las islas británicas en el siglo XVIII*", perspectiva jurídica que, partiendo de ciertas "regularidades en la conducta humana", formula unas normas precisadas a través de mecanismos éticos, tales como la simpatía, las cuales adquieren carácter de exigencias al ser promulgadas por la autoridad, y cuya importancia radica en que de ellas depende el bienestar y el progreso social. Estas aclaraciones resultan fundamentales para comprender la vinculación entre los mecanismos morales y jurídicos en la propuesta de Smith, como su figura de un "espectador imparcial".³⁸

El **objetivo específico** que nos proponemos en este capítulo es el de poner de manifiesto tres referencias fundamentales que permiten una comprensión de la propuesta jurídica de Smith, como son, un iusnaturalismo de corte empírico, la "unidad" interna de su pensamiento, y la

³⁷ Si bien es cierto que en la presente investigación empleamos el término "unidad" para calificar las relaciones internas del pensamiento de Smith, en sintonía con ciertos autores partidarios de este calificativo, no es menos cierto que otros investigadores emplean el término "coherencia", el cual vendría a ser una expresión sinónima del primero, a juzgar por los análisis que realizan al emplear dicha calificación. Sobre este respecto, resulta esclarecedor el texto de HAAKONSSSEN, Knud. *The Coherence of Smith's Thought*, en *The Cambridge companion to Adam Smith*. Cambridge University Press, 2006. pp. 1 ss.

³⁸ Sobre la figura del "Espectador imparcial", que constituye la columna vertebral del pensamiento moral de Smith, así como respecto de toda su propuesta ética, véase la excelente obra de DD. RAPHAEL, *The impartial spectator. Adam's Smith moral philosophy*. Clarendon Press, Oxford, 2007.

caracterización como de su visión jurídica como “un derecho ético”, el cual se caracteriza por su eficacia frente a los retos y las demandas sociales.

En desarrollo de este objetivo, en un primer apartado titulado *El iusnaturalismo y el derecho en la Escocia ilustrada* **(2.1)** reflexionamos el cómo en la Escocia ilustrada, aparece un derecho con un fundamento iusnaturalista, pero con un giro radical que lo distinguió de los iusnaturalismos precedentes típicos de la tradición europea - continental, ya que no se trataba de un iusnaturalismo ontológico, teológico o basado en una antropología de corte metafísico, sino de un iusnaturalismo antropológico estructurado sobre premisas y mecanismos empíricos.³⁹ Partiendo de este fundamento, van a deducirse principios y criterios de acción que, años después, van a ser conocidos como “la doctrina del precedente”, perspectiva jurídica que enfatiza cómo es la experiencia concreta de los individuos, y no las premisas lógicas o metafísicas, las que deben expresarse normativamente para determinar una acción jurídicamente correcta.

Valga recordar que el empirismo en las islas británicas, desde sus orígenes con Bacon, Hobbes y Locke entre otros, no fue solo, ni principalmente, una cuestión de carácter epistemológico, sino que fue ante todo una postura política crítica, la cual pretendía ilegitimar metodológicamente la autoridad de la Europa continental. En dicho contexto era claro que dicha autoridad se autolegitimaba sobre razonamientos deductivos, por lo cual, a dichos argumentos se les contraponen la inducción, la cual resulta una opción que permite impulsar la libertad y a la autonomía de los individuos, a contrario

³⁹ Conviene aclarar que el iusnaturalismo antropológico de Smith, se distingue del propuesto por la Escuela de Salamanca por tener una base empírica a diferencia de la fundamentación metafísica de la primera; en este sentido, la concepción propuesta por Smith sería el resultado de una integración entre la base antropológica formulada por los juristas racionalistas, como Jean Bodin y Samuel Pufendorf, y el empirismo propio del movimiento ilustrado en las islas británicas. Sobre el núcleo jurídico de Smith, véase FITZGIBBONS, Athol. *The laws of nature, en Adam smith's system of liberty, wealth, and virtue. The Moral and Political Foundations of The Wealth of Nations*. Clarendon Press, Oxford, 2003. pp. 75 ss.

sensu de lo que sucedía con la deducción, que era utilizada para legitimar la subordinación de unos individuos respecto de otros con base en el argumento de autoridad. Desde estos supuestos resulta lógica y coherente la conexión en Smith entre una propuesta ética y jurídica empírica, y su opción por una economía liberal, en el mejor sentido de la expresión.

En el segundo apartado de este capítulo, titulado *La hipótesis de los dos Adam Smith*⁴⁰ y *la unidad en su pensamiento como marco de su visión jurídica (2.2)*, nos aproximamos a un importante debate que resulta muy útil para nuestra investigación sobre el derecho en Adam Smith, como es aquel referido a la existencia de dos enfoques distintos, contrapuestos, y en cierta medida irreconciliables en la obra del autor escocés. Según esta hipótesis, que se puede rastrear desde finales del siglo XIX y que ha sido retomada por diversos autores, no es posible armonizar el Adam Smith de la *simpatía, la benevolencia y el espectador imparcial*, que se evidencia en la *Teoría de los Sentimientos Morales* y en otros escritos, con el Adam Smith “egoísta”, que pareciera mostrarse en la *Riqueza de las naciones*.

Esta cuestión queda zanjada, a nuestro juicio, por el análisis de los autores escoceses que antecedieron a Smith, a los que nos referíamos en el primer capítulo, la cual evidencia que la producción académica de los autores de la época se organizaba en una especie de “capítulos articulados”, cada uno de los cuales correspondía a una disciplina distinta, estando sin embargo interconectadas íntimamente de forma interna. Igualmente, la unidad del pensamiento de Smith se refrenda por numerosos estudios que constatan una especie de “enfoque interdisciplinar” en los trabajos de Smith, el cual hace posible hablar de una “unidad” en su pensamiento. Esta interdisciplinariedad no se articularía desde la especificidad de los

⁴⁰ Para una exploración sobre la hipótesis de los dos Adam Smith, resulta ilustrativa la obra de GÖÇMEN, Doğan. *The Adam Smith Problem. Human Nature and Society in The Theory of Moral Sentiments and The Wealth of Nations*. Tauris Academic Studies. Londres, 2007.

problemas, como lo hace la filosofía de la segunda mitad del siglo XX, sino desde un enfoque antropológico.

Otro índice que denota la unidad del pensamiento de Smith, y que descarta la hipótesis de las contradicciones conceptuales en Smith, estaría dado por un análisis semántico de algunos de sus términos y expresiones, ya que las traducciones de las mismas a otras lenguas, han dado pie a numerosas confusiones, dentro de las cuales, tal vez, el caso más conocido es el de haber traducido *self – interest* (interés propio), o *self – love* (amor propio) por “egoísmo”, expresión para la cual el mismo Smith emplea el término *selfishness*. En este sentido, es evidente que, tanto en el lenguaje corriente como en un análisis moral como el que realiza Smith, no da lo mismo “buscar el interés propio”, que ser egoísta.

Y en un tercer apartado titulado *Un derecho ético en Adam Smith (2.3)*, retomamos una temática ampliamente estudiada, como es la filosofía moral del autor escocés; a este respecto, el elemento central que queremos poner de manifiesto, es que su pensamiento jurídico, el cual se conoce principalmente por los apuntes de clase de uno de los estudiantes de un curso de Smith, y que fueron publicados bajo el título “*Lecciones de jurisprudencia*”, forma parte integral de su propuesta moral, y que su problemática, en términos curriculares, estaba integrada en el curso de Filosofía moral dictado por Smith en la Universidad de Glasgow.⁴¹

Desde esta perspectiva, el profundizar en los ejes del pensamiento moral de Smith, tales como la simpatía, el espectador imparcial, las virtudes, las reglas morales, y la relación entre la ética y la teología, entre otras, constituye un marco ineludible para la comprensión de su propuesta jurídica, la cual, tal como lo afirmamos más arriba, constituye la fase normativa de su

⁴¹ En orden a una profundización en el pensamiento moral de Smith, aparte de la obra de D.D. Raphael, ya citada, resultan esclarecedores los análisis de KENNEDY, Gavin, en *Adam Smith. A moral philosophy an his political economy*. Palgrave MacMillan. 2010.

comprensión de la ética, evidenciando un núcleo que nos resulta definitivo para el interés de la presente indagación, como es el de un necesario vínculo entre las normas, las experiencias y las virtudes de cara a garantizar la eficacia del derecho.⁴²

En este apartado, aparte de aclarar el significado jurídico de los mecanismos éticos de Smith, se hace una alusión panorámica a la conexión evidente que existe entre Smith y la obra de John Rawls,⁴³ en la cual “la justicia como imparcialidad”, vendría a ser una concretización del trabajo realizado por el “espectador imparcial”, evidenciándose una cercanía entre esta figura de Smith, y “la posición original” de Rawls; esta exploración sobre los vínculos Smith – Rawls, servirá como complemento en la búsqueda de una mayor eficacia en la producción jurídica latinoamericana, aprovechando la acogida que han tenido en la región las tesis rawlsianas, principalmente en las últimas décadas.

En el **Tercer capítulo**, titulado “*El derecho latinoamericano y la propuesta jurídica de Adam Smith a través de tres debates*” **(3)**, pretendemos regresar al contexto problemático, enunciado panorámicamente al inicio de estas líneas, realizando un ejercicio deconstructivo de los tres principales modelos con los que se ha elaborado en derecho en América latina y en el Caribe, a saber, el iusnaturalismo teocrático y racionalista, el positivismo de Hans Kelsen y el decisionismo de Carl Schmitt.

⁴² El vínculo en Smith entre las virtudes y el derecho, es típico de un proyecto de pedagogía social, característico de la Escocia de su época, en el cual era clara la conciencia de la necesidad de una fundamentación moral que hiciera posible la convivencia ciudadana. Sobre el ambiente y las costumbres de Escocia en la época de Smith, véase HERMAN, Arthur. *How the Scots invented the modern world*. Three rivers press. New York, 2002.

⁴³ El vínculo entre Smith y Rawls, es defendido, entre otros por Manuel Escamilla, en la introducción que le hace a la versión española de las *Lecciones de jurisprudencia* de Smith. Los Argonautas, Granada 1995. pp. 7 ss. Igualmente, hay obras que hacen alusión a dichos vínculos cuando realizan estudios sinópticos en los que incluyen tanto las perspectivas de Smith como de Rawls, como MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. University of Lucerne, 2009.

Esta opción por una deconstrucción de estos modelos teórico – jurídicos, se inspira en la genealogía nietzscheana, que ha sido desarrollada por pensadores como Michel Foucault, Jacques Derrida⁴⁴ y Jesús Conill⁴⁵, la cual nos permite comprender “aquello no evidente”, los “trasfondos” y las “implicaciones no especificadas” de estos paradigmas jurídicos entendiéndolas como insumos para un debate con las tesis jurídicas de Adam Smith.

Esta opción por un ejercicio genealógico – deconstructivo es consecuente con la propuesta metodológica de una “hermenéutica crítica”, y nos permite avanzar en la exploración de las posibilidades de aporte del pensamiento de Smith a la problemática jurídica latinoamericana, y, a la vez, nos ayuda a clarificar los límites de dicha propuesta en razón de las distancias temporal y cronológica que nos separan.

Así pues, en un primer momento titulado “Adam Smith, el *iusnaturalismo latinoamericano*, y la cuestión de la justicia” **(3.1)**, hacemos un recorrido panorámico desde el documento del *Requerimiento*, que sirvió de base teológico – jurídica para la conquista de los territorios de las “Indias occidentales”, hasta los debates actuales, de tipo sociológico – jurídico, entre un derecho propio de sociedades moralmente monistas y tradicionales, y un derecho característico de sociedades moralmente pluralistas. En dicho debate, dado el énfasis que le da el *iusnaturalismo* a la cuestión de la **Legitimidad**,⁴⁶ nos centramos en dicha categoría para explorar, como alternativa, la propuesta jurídica de Smith sobre este punto.

⁴⁴ Sobre la deconstrucción en Jacques Derrida, véase STOCKER, Barry. *Derrida on deconstruction*. Routledge, London, 2006.

⁴⁵ A propósito de la visión de Jesús Conill sobre este tipo de hermenéutica crítica, véase CONILL, Jesús. *Genealogía hermenéutica de la racionalidad instrumental: Nietzsche, Heidegger y la época del nihilismo*. EIDON, n° 43 junio 2015. pp. 16 – 27.

⁴⁶ Para la precisión de la legitimidad, la validez y la eficacia como categorías articuladoras del derecho, en la presente investigación seguimos las tesis de Oscar Mejía Quintana, quien postula que dicha articulación, que él denomina “relación trilemática”, resulta fundamental

En un segundo apartado titulado “*El positivismo kelseniano y la propuesta jurídica de Adam Smith*” **(3.2)**, nos centramos fundamentalmente en la cuestión de la **Validez** del derecho, por ser este el eje fundamental sobre el que Kelsen articula su propuesta; esta perspectiva kelseniana, que ha tenido un profundo influjo en la cultura jurídica latinoamericana desde la segunda mitad del siglo XX, se sitúa en las antípodas del pensamiento jurídico smithiano, al menos por dos razones; la primera porque Kelsen considera que una “*Teoría pura del derecho*”⁴⁷, tal como titula la que es probablemente su obra principal, debe elaborarse al margen de cualquier categoría moral, ubicando la validez del derecho en una esfera lógica y formal; por su parte, Smith elabora su propuesta jurídica desde una “filosofía moral”. En este punto, habría que precisar que lo que ambos autores entienden por moral, es algo cualitativamente distinto, hecho que genera que el autor vienés, tal vez involuntariamente, termine en un cuasi formalismo de tipo lógico, despreocupado de la eficacia fáctica del derecho, en tanto que Smith, elabora un derecho íntimamente anclado en mecanismos empíricos de tipo ético, los cuales abren caminos a la eficacia del derecho por cuanto se fundan en la dimensión moral práctica de las personas concretas.

Y, en un tercer momento titulado “*El decisionismo de Carl Schmitt y la visión del derecho de Adam Smith*” **(3.3)**, partimos de la constatación, de que, consciente o inconscientemente, el derecho latinoamericano y caribeño, desde sus orígenes hasta el tiempo presente, ha sido pensado más como instrumento de dominación política, a través del cual los gobernantes imponen a las mayorías sus nociones del bien, que desde los intereses, valores y necesidades de los ciudadanos, tendencia esta que ha sido

para que el derecho cumpla sus fines políticos, jurídicos y sociales; en este caso nos apoyamos principalmente en MEJÍA, Oscar. *Teoría Política, Democracia Radical y Derecho. Legitimidad, Validez y Eficacia en el pensamiento contemporáneo*. Temis, Bogotá, 2005.

⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. UNAM, México, 1982.

plasmada y fundamentada con exhaustividad por Carl Schmitt, principalmente en su obra “*El concepto de lo político*”⁴⁸.

Desde esta perspectiva, se explica el por qué múltiples estudios han demostrado que la mayor parte de la legislación latinoamericana y caribeña ha sido promulgada por sus gobernantes, por los órganos ejecutivos del Estado con total prescindencia de debates democráticos, bajo estados de excepción, o, en buena parte de los casos, ha sido aprobada por órganos legislativos acríticamente alineados con el ejecutivo, recibiendo a cambio beneficios de toda índole, y desdibujando desde sus raíces la filosofía democrática de la tridivisión de los poderes públicos.

En este escenario, con mayor o menor nivel de conciencia de sus fundamentos teóricos, y con diferentes niveles de intensidad, gobernantes democráticos y dictadores, tanto de izquierda como de derecha, se han nutrido de las tesis de Carl Schmitt, tal vez porque este autor supo reflejar con precisión y lucidez cómo es la conducta de los seres humanos tentados por el poder o en ejercicio del mismo.⁴⁹

Carl Schmitt, quien termina, implícitamente defendiendo una **eficacia** del derecho por la imposición y la fuerza del Estado, siguiendo la máxima de “distinguir entre amigos y enemigos”, promueve al mismo tiempo una “criminalización de las opiniones alternativas al poder”, signo que nos ha acompañado en la región desde que tenemos memoria, terminando en la tragedia política que podría expresarse diciendo que, “quien piensa distinto de mí, es mi enemigo”, y por lo tanto no debo dialogar con él, sino tratarlo como tal.

⁴⁸ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Alianza, Madrid, 2009.

⁴⁹ Un excelente análisis del vínculo entre derecho y violencia en el caso colombiano, a propósito de la legitimación teórica que ofrece Carl Schmitt, se encuentra en el texto de Adriana María Ruíz *Derecho y violencia. De la teología política a la Biopolítica*. Universidad Bolivariana, Medellín, 2016.

Esta eficacia jurídica “por la fuerza”, ha resultado muy atractiva para los regímenes totalitarios, cuyas cabezas han amado desde siempre que su voluntad política, y en muchos casos sus caprichos y vicios privados, tomando prestada la célebre expresión de Bernard Mandeville, se conviertan en leyes obligatorias para los ciudadanos. Por esta razón no es extraño que, desde el Nacional socialismo nazi, hasta las dictaduras de izquierda y de derecha en América latina y en el Caribe, hayan sido vehementes partidarias de Schmitt, algunas de ellas, tal vez, sin ser muy conscientes de ello.

En este panorama el presidencialismo, amigo de centralizar el poder a toda costa, con la mencionada anulación de la trivisión de los poderes públicos, se presenta como la versión *light* de esta tendencia, frente a la cual el derecho de Smith nos propone una construcción del ámbito normativo, desde y para los ciudadanos concretos.

Para terminar la presente investigación, incluimos con un **Epílogo**, titulado “*Con Smith y más allá de Smith*” (4), que pretende, de forma panorámica y propositiva, reflexionar sobre nuestra realidad latinoamericana y caribeña, proponiendo, desde diversos horizontes teóricos, alternativas que complementan, corrigen y/o desarrollan las propuestas del escocés, de cara a una optimización de la producción jurídica regional.

En este sentido, proponemos esquemáticamente, y como anticipo de futuras investigaciones, una serie de alternativas y perspectivas que consideramos fundamentales para dicha tarea de optimizar el derecho, dentro de las cuales tenemos: un “*Derecho ético de naturaleza dialógica*”, en la perspectiva de Adela Cortina”, el cual, mediante la determinación de unos consensos y la construcción de unos acuerdos, teniendo en cuenta los intereses de todos los afectados, promueve una auténtica justicia mundial con un talante ético, la cual se articula con una ciudadanía democrática

respetuosa de los derechos humanos en ejercicio de una racionalidad compasiva. Esta perspectiva promueve una adecuada articulación entre la legitimidad, la validez y la eficacia del derecho.⁵⁰

Una segunda idea que enunciamos se refiere a *Una teoría de la argumentación jurídica* en la perspectiva de la *Ética hermenéutica* de Jesús Conill⁵¹, ya que la Teoría de la argumentación jurídica, tal como hoy la conocemos en sus versiones más difundidas, como son la de Chaïn Perelman y la de Robert Alexy, plantean una argumentación básicamente deductiva, requiriendo de una argumentación inductiva y hermenéutica. Esta perspectiva completaría lo que le falta a Smith, quien no asume el carácter interpretativo del comprender humano, con una hermenéutica de la facticidad, como la que propone Conill, para fundamentar mejor un derecho para que sea más humano y responsable, y por lo tanto más eficaz.

A partir de esta *Teoría de la Argumentación jurídica*, desde una *Ética hermenéutica*, es posible formular criterios de tipo ético jurídico para proponer las líneas generales de tres ejercicios fundamentales del derecho: una *ética de la tarea de legislar*, una perspectiva ética de la labor del juez, y una ética para el ejercicio profesional de la abogacía.⁵²

Este elenco de propuestas, “desde y más allá de Smith”, tal como nos lo ha enseñado la historia pasada y reciente de América latina y del Caribe, se orienta a buscar el justo medio entre las búsquedas de una “justicia

⁵⁰ Para una profundización en las tesis de Adela Cortina, como fundamento para una optimización del derecho, nos basamos, principalmente en sus obras, *Ética mínima*, Tecnos, Madrid, 2010; *Justicia Cordial*, Trotta, Madrid, 2010; y *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria*, Sígueme, Salamanca, 1995.

⁵¹ La obra de Jesús Conill que seguimos en este punto es *Ética hermenéutica*, Tecnos, Madrid, 2006.

⁵² Una de las quejas más recurrentes a las tareas que desarrollan legisladores, jueces y abogados en general, es la de un relativismo ético que se fundamenta en una débil comprensión de la interpretación, ayuna de valores y poco consciente del significado humano y social del derecho. En este punto, aparte de la propuesta de Conill de una *Ética hermenéutica*, ayudan las precisiones sobre la verdad de Gadamer, especialmente en *Verdad y Método II*, Sígueme, Salamanca, 2004.

perfecta" que satisfaga los deseos de venganza de todos, y una impunidad que no conduzca al mejoramiento personal y social, dando a entender que "no ha pasado nada grave".

En esta búsqueda de equilibrio, el papel de una ética reconciliación resulta fundamental, en razón de que, tal como lo comentamos al inicio de esta introducción, cuando se firma una paz, puramente formal, el espiral de violencia no cesa, como es el caso del Salvador, y que, infortunadamente, está siendo también el caso de Colombia. En estos escenarios, el derecho debe apuntar no a los modelos aristotélicos de justicia, sino a unos pensados desde unas lógicas más modestas, pero a su vez más eficaces a la hora de promover la paz.

En sintonía con un estoicismo típico de la ilustración escocesa, nos urge la elaboración de un derecho que tenga como referente al ser humano como parte de un mundo y de una naturaleza cuyos equilibrios no podemos seguir desestabilizando, so pena de padecer los grandes problemas que se ciernen sobre la humanidad, siendo el calentamiento global el más acuciante de todos; por este motivo, la eficacia del derecho puede motivarse desde la conciencia de la finitud, la cual llama a unas actitudes solidarias y responsables con el otro, con los otros y con "lo otro" natural.

Como propuesta final, "más allá de Smith", proponemos unas ideas referidas a *"Una pedagogía ética para la eficacia del derecho"* y a unos *"nuevos verbos que debe conjugar la legislación"*. Desde el derecho romano, hasta el proyecto de codificación de Napoleón, el derecho se ha contentado con expresarse a través de tres verbos: mandar, prohibir y permitir, los cuales están omnipresentes en todas las legislaciones latinoamericanas y caribeñas, y cuya enunciación literal, como funciones de la ley, se encuentra en todos nuestros códigos civiles herederos del proyecto francés codificador.

En este campo parecen no haber sido suficientes varios siglos, y que la realidad pareciera no ser lo suficientemente indicativa para hacernos ver que el derecho, si quiere ser eficaz, debe incorporar, indefectiblemente, en toda legislación, unos verbos que pudiésemos llamar “de naturaleza pedagógica”; en este sentido, verbos como ambientar, facilitar, preparar, concientizar, educar, formar, motivar, etc., que han sido despreciados por décadas por doctrinantes y por legisladores por considerarlos como “verbos no jurídicos”, deben ser incorporados en la legislación con un sentido progresivo, que haga posible la realización de las formas verbales en imperativo.

Este enfoque investigativo, que opta metodológicamente por una hermenéutica crítica, quiere responder a la urgencia de los problemas latinoamericanos que nos aquejan; así pues, hay un alejamiento deliberado de una “investigación filosófica ortodoxa”, la cual, tradicionalmente, busca la precisión de las premisas mayores en algún autor clásico, aspirando que luego, en un tiempo indefinido, se elaboren silogismos que inviten a concreciones prácticas.

Las perspectivas propositivas en este apartado terminan con unas referencias a la propuesta de Justicia que realiza Amartya Sen, a propósito de las cuales resaltamos su articulación entre los factores ético – conductuales de la cuestión de la justicia, con aquellos de índole institucional. En este mismo sentido, consideramos oportunas y necesarias sus precisiones a propósito de fundamentar las valoraciones sobre la justicia o la injusticia, en aspectos históricos y reales de los seres humanos insertos en sus ambientes sociales, tales como la libertad, la felicidad, las capacidades y los recursos de que disponen para construir sus proyectos de vida en un ambiente democrático.

En estos análisis propositivos, queremos ubicarnos en el campo, riesgoso pero necesario, de una ética aplicada, y por eso el método que queremos emplear, como lo hemos sugerido líneas arriba, es el de una *hermenéutica crítica*, ejercicio que describe Adela Cortina cuando dice:

En una línea semejante, pero con la conciencia de que la razón de que tratamos no es pura, sino impura, inscrita en la historia y en tradiciones, cabe afirmar que el método más apropiado para la ética aplicada consistiría en una *hermenéutica crítica* que trata de descubrir en el seno de cada actividad, “desde dentro”, las metas que le dan sentido y legitimidad social, las máximas específicas por las que ha de orientarse para alcanzar esas metas, las virtudes que deben cultivar quienes trabajan en ese ámbito, los valores que es preciso alcanzar, pero también el fundamento filosófico de las máximas, que les presta validez racional y proporciona un criterio para la crítica.⁵³

⁵³ CORTINA, Adela. Op.cit. p. 45.*

PRIMER CAPÍTULO

Antecedentes y contexto ideológico del pensamiento de Adam Smith

Un inquietante fenómeno viene afectando a la filosofía en América latina desde hace varios lustros, como es su paulatina y creciente exclusión de los currículos y programas educativos, tanto en el nivel medio como en la formación universitaria.

Profesores y facultades de filosofía han venido librando una lucha sin cuartel para mantener espacios académicos para la enseñanza de la filosofía, pero su desaparición parece haber sido decretada por un designio histórico, lo cual, ineludiblemente, nos obliga a hacer una seria reflexión acerca del por qué de este, que pudiéramos llamar “movimiento antifilosófico”.

En este sentido, no hace falta hacer un gran estudio de campo o una profunda reflexión para tomar conciencia de que ha habido un evidente anquilosamiento en la pedagogía para la docencia de la filosofía, puesto que sus métodos de enseñanza poco han cambiado desde los tiempos de la colonia⁵⁴, cuando “la repetición memorística” imperaba en aquella época que Joaquín Zabalza llamara “nuestra tardía edad media”.⁵⁵ En este ámbito, pareciera que la enseñanza de la filosofía se confundiera con un

⁵⁴ Para una profundización sobre el método de docencia de la filosofía en el período de la colonia, véase MARQUINEZ, Germán y BEUCHOT Mauricio, *La filosofía en la América colonial (siglos XVI, XVII y XVIII)*. El Búho, Bogotá, 1996.

⁵⁵ Un examen de los problemas y tendencias de la enseñanza de la filosofía en la región, que aborda estos problemas, entre otros, se puede ver en RABOSI E. y OBIOLS, G. *La Enseñanza de la filosofía en debate: coloquio internacional sobre la enseñanza de la filosofía*. Noveduc Libros, Buenos Aires, 2000.

estudio de la historia de la filosofía centrado, básicamente, en obras, movimientos y autores, y cuyos criterios de evaluación se han reducido, casi siempre, a una perpetuación de dicha repetición memorística.⁵⁶

En este contexto, el papel reflexivo, crítico, interrogativo y propositivo de la filosofía, en muchos casos, se ha diluido en monólogos de los docentes que, en un intento de afianzamiento de su ego profesional, combinado con un desconocimiento de formas pedagógicas para acercar la filosofía a la vida cotidiana, presentan el saber filosófico como algo esotérico, exótico y de una complejidad abismal, fundándose en el imaginario colectivo de que las asignaturas difíciles, aquí como en muchas partes, le dan cierto estatus al docente, así como una evidente posición de poder en razón de la necesidad del estudiante de obtener una nota aprobatoria.

Este eclipse de la filosofía en América latina se presenta como una gran paradoja, ya que hace un par de siglos las ideas filosóficas ilustradas estructuraron y motivaron las luchas de emancipación, siendo presentadas en aquel entonces como “conocimiento útil”, en contraposición al saber escolástico que era calificado, desde el marco de las recién llegadas ideas de la ilustración, como saber inútil.⁵⁷ Esas mismas ideas filosóficas, a lo largo y ancho del continente, sirvieron para la organización de las jóvenes repúblicas, ambiente en el que se volvieron cotidianos y profundamente determinantes para la vida social, debates como el que se sostuvo en torno a las tesis de Jeremías Bentham, en el cual, en el caso de la Gran Colombia,

⁵⁶ Una revisión histórico – crítica de la enseñanza de la filosofía en América latina se encuentra en OBIOLS, G. *Una introducción a la enseñanza de la filosofía*. Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2008.

⁵⁷ Para una profundización sobre este punto, en el caso colombiano, véase la excelente obra de Javier Ocampo López *El proceso ideológico de la emancipación. Las ideas de génesis, independencia, futuro e integración en los orígenes de Colombia*. Instituto colombiano de Cultura, Bogotá, 1980.

intervino hasta el mismo Simón Bolívar, obviamente tomando partido en contra del pensador londinense.⁵⁸

Sin duda alguna, muchos aportes positivos que ayudaron a configurar nuestra identidad cultural, se los debemos a la presencia activa de un saber filosófico, el cual, con su carga crítica, analítica y propositiva, forjó lo que algunos historiadores, como Jaime Jaramillo Uribe, han denominado “nuestra personalidad histórica”.⁵⁹

La vitalidad de la filosofía en América latina quedó registrada en la historia del siglo XX, como aquella instancia que sirvió para la conformación ideológica de muchos partidos políticos, ya que múltiples tendencias se nutrieron ideológicamente de obras y de pensadores del viejo continente, cuyas ideas alentaron una prolífica producción filosófica en tierras del Nuevo mundo.⁶⁰

Entre los años 60 y 80 del siglo pasado, el saber filosófico, hermanado con el teológico, generó el llamado “Pensamiento latinoamericano”, el cual sirvió para suscitar tomas de conciencia respecto de las desigualdades y de las causas últimas de los problemas que aquejaban al continente; sin embargo, a pesar de estas décadas de efusión, en los decenios siguientes, lenta, pero eficazmente, tanto la teología como la filosofía, fueron neutralizadas en sus esfuerzos analíticos, críticos y propositivos, por fuerzas e influencias diversas, cuyo análisis desborda nuestras pretensiones en estas líneas, que las fueron

⁵⁸ Cf. MARQUÍNEZ, Germán. *Benthamismo y antibenthamismo en Colombia*. El Buho, Bogotá, 1983.

⁵⁹ Cf. JARAMILLO, Jaime. *La personalidad histórica de Colombia*. Instituto colombiano de cultura, Bogotá, 1997.

⁶⁰ Un examen panorámico de la relación entre las ideas filosóficas y la configuración político – social contemporánea en América latina, se encuentra en ZEA, Leopoldo (Ed). *América latina en sus ideas*. UNESCO – Siglo XXI Editores, México. 2006.

arrinconando, hasta hacerlas disminuir en su capacidad de incidir en la vida cotidiana de individuos, de comunidades y de sociedades.⁶¹

Conviene aclarar en este punto que, un reducido grupo de individuos quiso fundamentar sus acciones violentas y sus posiciones anarquistas, en las opciones metodológicas tanto de la filosofía, como de la teología latinoamericana, opción que sirvió de pretexto a las “fuerzas normalizadoras” para afirmar que el pensamiento de la liberación era, por su propia naturaleza, anarquista y proclive a las revoluciones violentas, excusa que sirvió para estigmatizar, excluir, callar, y en ocasiones también para asesinar, a muchos pensadores latinoamericanos,⁶² y que ayudó a configurar el imaginario colectivo que identificó el pensamiento latinoamericano con el anarquismo y con la lucha armada.

Esta tendencia “normalizadora”, en el caso de las facultades de filosofía de las universidades públicas, desde México hasta el Cono sur, se operó a través de un culto a la filosofía analítica, el cual alejó la mirada de los filósofos de la realidad cotidiana y de sus problemas, para centrarla en interminables y asépticas cuestiones lingüísticas que, aunque importantes, inutilizaron el instrumental crítico, interrogativo y propositivo de una filosofía que, en razón de las urgentes necesidades contextuales, debía ocuparse prioritariamente de los problemas de las personas y de sus comunidades concretas.

⁶¹ Para una visión de conjunto de la Teología de la liberación, véase TAMAYO, Juan José. *Para comprender la Teología de la liberación*. Verbo Divino, Salamanca, Estella, 1989.; y, en lo que respecta a la Filosofía latinoamericana, véase MARQUINEZ, Germán y otros. *Filosofía en América latina*. Bogotá, El Búho, 1993.

⁶² Uno de los casos más dramáticos y brutales de exterminio de pensadores latinoamericanos y/o españoles, cultores de la filosofía y de la teología latinoamericana, fue el de los mártires de la Universidad Centoamericana José Simeón Cañas (UCA), en San Salvador, en donde su rector, Ignacio Ellacuría, filósofo y teólogo, discípulo y amigo de Zubiri, fue asesinado el 16 de noviembre de 1989 con siete de sus compañeros, también impulsores del pensamiento latinoamericano. Sobre este hecho sobrecogedor, véase CARRANZA, Salvador. *Mártires de la UCA*. UCA Editores, San Salvador, 1990.

Así pues, la filosofía crítica y propositiva del llamado pensamiento latinoamericano, cedió sus espacios ante la tradicional filosofía especulativa, logicista y escolástica, así como también ante la filosofía analítica, hecho que fue generando un ambiente de desinterés por la reflexión filosófica, ya no por impulsora de la violencia, tal como se le estigmatizó a finales del siglo XX, sino por irrelevante, confusa y superflua, crítica que suscitó el que las personas, las instituciones y las sociedades, fueran volviéndose menos tolerantes frente a una docencia filosófica que, obcecadamente, se reusaba a actualizarse y dialogar con el mundo de la vida.⁶³

Entretanto, los cursos de filosofía, frente a la apatía de los estudiantes, fueron tornándose cada vez más en intentos de identificación de obras, movimientos y autores, desconectados de sus contextos y de los nuestros, así como en aburridas tareas escolares o universitarias sin vínculos con la realidad vital, profesional, y social de los ciudadanos.

Desde esta óptica, paulatinamente, el saber filosófico devino un conocimiento sobre asuntos pasados, complicados e inservibles, valoración que ha venido conduciendo a que las autoridades educativas y académicas, excluyan los cursos de filosofía de los currículos y planes de estudio.⁶⁴

⁶³ Sobre este punto, Luz Marina Barreto llama la atención sobre la necesidad de redefinir los objetivos actuales de la filosofía, así como de mostrar su actualidad y pertinencia frente a otras formas de conocimiento. Cf. BARRETO, Luz Marina. *La crisis de la filosofía en los contextos venezolano y latinoamericano*, en *La filosofía en América latina como problema, y un epílogo desde la otra orilla*. Juan Cristóbal Cruz (Coordinador). Publicaciones Cruz, México, 2006. p. 144.

⁶⁴ Un caso particularmente crítico de exclusión de la filosofía de los programas educativos es el de Panamá, en donde en su principal universidad Pública, la UP, se viene debatiendo desde hace años la conveniencia de excluir los cursos de filosofía, para darle espacio a materias "más útiles". Por su parte, en el bachillerato, se ha venido reduciendo el número de horas de enseñanza filosófica a sus mínimos históricos. A este último aspecto se refiere la nota de prensa del Diario la Estrella de Panamá, del 20 de junio de 2016. <http://laestrella.com.pa/panama/nacional/asoprof-pide-revisar-materias-transformacion-curricular/23946630>

En síntesis, el eclipse actual de la presencia de la filosofía en los espacios de la educación media y superior en América latina, obedece a la estigmatización y al asilamiento que sufrió el pensamiento latinoamericano, así como a su anquilosamiento a causa de una pedagogía anclada en moldes escolásticos y, minoritariamente, a una opción por una filosofía analítica, que resulta limitada para abordar los problemas de la cotidianidad.

Así pues, es en este ambiente latinoamericano del siglo XXI, en el que adquiere relevancia la toma de conciencia de la importancia hermenéutica de un estudio del contexto del autor de referencia, así como de nuestro propio contexto, entendiéndolos como lugar vital interpretativo, de cara a dilucidar qué elementos de su obra pueden ayudarnos a iluminar nuestra realidad problemática, y pueden darnos herramientas para tomar mejores decisiones en búsqueda de soluciones a nuestras crisis, rupturas y problemas.⁶⁵

En dicha pretensión, en este primer capítulo, queremos reconstruir los antecedentes y el contexto de los textos de Smith, para comprenderlos en su sentido vital, pero no simplemente como un ejercicio descriptivo – retrospectivo, sino como un ejercicio de “deconstrucción”, empleando el término en el sentido propuesto por Derrida, equivalente a una “genealogía” nietzscheana, a una “arqueología del saber” foucaultiana, o a una “crítica” conilliana, expresiones que resultan sinónimas a propósito de esa eterna tarea de la filosofía de “desocultar”, que está presente ya en el pensamiento griego clásico, y se puede rastrear en *Ser y Tiempo* de Heidegger, y en *Verdad y Método* de Gadamer.

⁶⁵ Una significativa reflexión sobre la importancia del contexto histórico para enriquecer la reflexión filosófica, en este caso a propósito de la obra de Zubiri, se encuentra en GÓMEZ, A y MARTÍNEZ, R. *La filosofía de Zubiri en el contexto de la crisis europea*. Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, 1996.

En este ejercicio deconstructivo y de contextualización del pensamiento de Smith, en un primer apartado de este capítulo dedicado a *Los orígenes del pensamiento escocés (1.1)*, abordaremos los aportes de *Juan Duns Escoto (1266 – 1308) (1.1.1)*, a quienes los historiadores de la filosofía escocesa reconocen como el primer pensador que evidencia rasgos de lo que pudiera llamarse “un pensamiento escocés”⁶⁶, así como aquel que de cierta forma evidencia algunos rasgos de lo que será el pensamiento moderno en las Islas británicas.

Dicha reflexión sobre el pensamiento de Escoto nos permite adentrarnos en la que pudiéramos llamar *La transición en Escocia del pensamiento medieval al humanismo renacentista (1.1.2)*, la cual abarca, sin unos límites muy definidos, los siglos XV y XVI, y que es contemporánea de la obra de los grandes fundadores del pensamiento empirista, como Francis Bacon y Thomas Hobbes, en su vecina Inglaterra. En dicho período del pensamiento escocés, y de forma paralela a lo que estaba sucediendo en territorio inglés, se evidencian los primeros rasgos de un pensamiento independiente de la metafísica medieval, y se cultiva una teología natural que se articula perfectamente con un pensamiento jurídico, político y económico fundado en la observación reflexiva de una naturaleza humana situada en realidades concretas.

⁶⁶ Uno de los principales filósofos escoceses actuales, es Alexander Broadie, quien actualmente ocupa la cátedra que ocupara Adam Smith en la Universidad de Glasgow, y cuyas tesis reflexionamos en este apartado sobre los orígenes de la filosofía escocesa; principalmente, *The Scottish enlightenment, The historical age of the historical nation*. Birlinn, Edinburgh, 2005; igualmente vale la pena explorar para conocer la filosofía escocesa la obra colectiva, dirigida también por Broadie, titulada *The Cambridge Companion to the Scottish Enlightenment*. Cambridge University press, 2003, así como su historia de la filosofía escocesa titulada *A history of scottish philosophy*, Edinburgh University Press, 2009, obra que tiene una excelente introducción a la perspectiva escocesa del pensamiento de Escoto, la cual casi no se encuentra en ningún otro estudio sobre el autor, puesto que la gran mayoría de historiadores de la filosofía lo aprecian como un típico pensador medieval, relativamente innovador, y como un adversario académico de Santo Tomás. De esta obra, véase especialmente el cap I, dedicado a este precursor de la filosofía escocesa. pp. 7 – 33.

Y son precisamente estas ideas, que van a ser cultivadas y desarrolladas por Gershom Carmichael, George Turnbull y Francis Hutcheson, entre otros, las que cumplirán una función de “bisagra” entre el humanismo renacentista en Escocia y el pensamiento ilustrado propiamente dicho, reflexión ésta que abordaremos en el apartado denominado *La filosofía escocesa y su tránsito a la Ilustración* **(1.1.3)**.⁶⁷

Con base en este recorrido panorámico de los orígenes del pensamiento escocés, y teniendo como telón de fondo la configuración de un escenario ideológico y contextual que permita una mejor comprensión del pensamiento de Smith, en la segunda parte de este primer capítulo, abordamos la cuestión de la ilustración escocesa y su propuesta ética a partir de un acercamiento al pensamiento ético de David Hume **(1.2.)**, ámbito que constituye el contexto vital de la obra de Smith, en tanto que filósofo ilustrado escocés.⁶⁸ De la obra de Hume, cuya comprensión precisa rebasa el objetivo que nos proponemos en estas líneas, nos interesa resaltar, ante todo, las líneas maestras y el sentido de su concepción ética, por las implicaciones que tienen en la propuesta jurídica de Smith.

En una exploración panorámica del *contexto de la Escocia ilustrada* **(1.2.1)**, llama la atención la omnipresencia de lo que llamaríamos una “perspectiva interdisciplinar” en su producción académica, pero esta no tiene un acento de tipo epistemológico de centramiento sobre problemas, o un carácter de

⁶⁷ Una excelente visión de conjunto del pensamiento de Hutcheson, en la cual, a la vez, se hace una descripción de todo su contexto, de sus preocupaciones intelectuales y las conexiones de su pensamiento con sus antecesores y contemporáneos, se encuentra en KIVY, Peter. *The Seventh Sense. Francis Hutcheson and Eighteenth-Century British Aesthetics*. Clarendon press. Oxford, 2003.

⁶⁸ Para las obras de Hume, Smith y Hutcheson, así como para todos los autores clásicos de habla inglesa, se han consultado los textos originales en la versión de la *Library economics Liberty*, y disponibles en el sitio de Internet <http://www.econlib.org/library/classicsauA.html>; sin embargo, cuando de dichas obras hay disponibles versiones en castellano, se han revisado y utilizado las mismas si se han encontrado ajustadas al texto original, colocando la cita correspondiente. Para las obras contemporáneas no traducidas, así como para las clásicas sin traducción conocida, la versión castellana es nuestra.

ética aplicada, como en la concepción actual de dicha categoría,⁶⁹ sino que su identidad propia es de tipo antropológico, puesto que en aquella época existía la convicción de que la manera como el ser humano comprende y actúa moralmente, determina todos los demás ámbitos de la vida social.

Y es precisamente ese actuar moral del ser humano, el que permite configurar una ética empirista, que no sería otra cosa que una explicitación de los mecanismos prácticos que el ser humano emplea en su vida cotidiana para determinar la calidad moral de las acciones, explicitación que debe servir, ulteriormente, de criterio de corrección para las tomas de decisiones y para las acciones concretas, perspectiva en la cual se funda el derecho ilustrado escocés de Smith.

Dicha ética era reflexionada en las universidades escocesas de la época en el curso de *Filosofía moral*, tal como se evidencia en la *Teoría de los sentimientos morales de Smith*, y por intelectuales independientes, como es el caso de Hume, con su *Tratado de la naturaleza humana*. Por este motivo, nos resulta necesario un acercamiento al *empirismo moral de Hume (1.2.2)*, de cara comprender mejor el pensamiento de Smith, y el papel que en él va a tener el derecho.

Esta visión de la ética constituía el eje articulador de un amplio proyecto encaminado al progreso social, en el que también estaban involucrados, entre otros dominios, el de la economía, la teología y el derecho.⁷⁰

⁶⁹ Sobre la concepción contemporánea de interdisciplinariedad a propósito de su relación con la ética aplicada, véase CORTINA, Adela. *El estatuto de la ética aplicada. Hermenéutica crítica de las actividades humanas*. En ISEGORÍA 13, 1996. pp. 119-134., y para un estudio de los antecedentes y perspectivas actuales de esta categoría, consúltese. MORAN, Joe. *Interdisciplinarity*. Routledge, London, 2002.

⁷⁰ Los filósofos morales ilustrados, no eran "especialistas" en el sentido positivista del término, es decir conocedores una sola área, materia, problema o cuestión, de ahí que, en un sentido estricto, a Hume no pudiera considerársele un teólogo por haber escrito una obra teológica, o a Smith un economista, tal como se les concibe actualmente, y como ha

1.1. Los orígenes del pensamiento escocés

Las primeras referencias a Escocia en la civilización occidental, comienzan con la llegada del imperio romano a las Islas británicas en el año 55 aC., cuya presencia se prolongó hasta el siglo V, tiempo durante el cual los escoceses se opusieron férreamente a la romanización, al punto que, instituciones romanas que tanto calado tuvieron en otras tierras, como su derecho, su lengua y su religión, tuvieron un escaso impacto en la cultura escocesa, de tal forma que, después de la partida de los invasores, el vestigio de sus costumbres y de su cosmovisión casi desapareció.⁷¹

Estas tierras que, desde sus orígenes, fueron territorios conquistados por colonos e invasores, recibieron su nombre de los mismos romanos en razón de la apelación que se le dio a una tribu de colonos celtas que pretendían ocupar el territorio, "los Escotos", quienes provenían del norte de Irlanda, y quienes les disputaron repetidamente las tierras a los romanos, de aquella que hasta entonces denominaban la "Britania romana". Estos colonizadores "escotos", lograron instalarse permanentemente allí hacia el siglo VI, introduciendo el gaélico como lengua usual.⁷²

querido hacérsele ver por décadas, sino que eran filósofos morales que, dentro de su visión del papel social de la ética, explicitaban sus implicaciones en múltiples dominios, tal como Smith lo hace a propósito del derecho, de la estética, y por supuesto, también, de la economía. Sobre este particular véase la antología *Teoría social y política de la Ilustración escocesa*. Edición y estudio preliminar de Isabel Wenses. *Theoria cum Praxi*. Madrid – México, 2007.

⁷¹ Para una profundización sobre los orígenes históricos de Escocia véase, FORSYTH, Catherine. *Origins: Scotland to 1100*, en *Scotland a history*, de Jenny Wormald (Ed). Oxford University Press, 2005. p. 9 ss.

⁷² Para una visión de conjunto de importantes acontecimientos que dieron origen a la nación escocesa, considerada como parte de Inglaterra, vale la pena consultar la *Historia de Inglaterra* escrita por el mismo Hume, la cual, si bien es cierto que en la actualidad ha recibido muchas críticas por historiadores de profesión, no es menos cierto que su importancia y su impacto han sido notables desde su primera publicación, al punto que desde entonces se han hecho decenas de ediciones de la misma. En castellano es tradicional la traducción hecha por Eugenio de Ochoa, y publicada en Barcelona por la

Así pues, el nombre “Escocia”, que literalmente quiere decir “tierra de los Escotos”, comienza a aparecer usualmente en muchos escritos a partir de aquella época, aunque sus habitantes preferían darle el nombre celta “Gael”, de donde viene el nombre que recibirá su lengua, el “Gaélico escocés”.

En los siglos siguientes, numerosas y repetidas guerras por el dominio de estas tierras enfrentaron a los Escotos con los Pictos, los Britanos y con otros pueblos, luchas en las que se fue configurando una fuerte personalidad nacional, caracterizada por una aguerrida voluntad por mantener su identidad, su independencia y sus costumbres. Siglos más tarde, ya a mediados del siglo IX, se materializó una alianza entre los Pictos y los Escotos, la cual consolidó el dominio total sobre el territorio, y permitió la institucionalización de la primera monarquía escocesa, cuya primera cabeza fue Kenneth MacAlpin.⁷³

Fue Malcom III, nieto de MacAlpin, quien en el siglo XI le imprimió un fuerte sello de desarrollo y prosperidad a Escocia, el cual estuvo marcado por decididas reformas económicas y políticas, en sintonía con el modelo feudal que imperaba por entonces en toda Europa, dándole un papel prominente a la Iglesia católica en dicha estructura social. Y fue precisamente este rol protagónico de la iglesia, el que sirvió para el fomento de esta fe en las familias escocesas, en el seno de una de las cuales nació Juan Duns Scoto quien, a juicio de especialistas contemporáneos, como Alexander Broadie, es el primer pensador notable de Escocia, motivo por el cual encabeza el

imprensa de Francisco Oliva en 1843. De ella afirmaba Winston Churchill, que fue su principal manual de aprendizaje en su juventud.

⁷³ Cf. WRIGHT, Thomas. *The History of Scotland. From the Earliest Period to the Present time*. Vol. 1. The London printing and publishing company. pp. 22 ss.

listado de filósofos escoceses en su obra “*A History of Scottish Philosophy*”⁷⁴, y a quien dedica una de sus investigaciones más conocidas titulada “*The Shadow of Scotus: Philosophy and Faith in Pre-reformation Scotland*”⁷⁵

1.1.1. Juan Duns Escoto y los primeros rasgos de una filosofía escocesa.

El pensamiento de Escoto (1266 – 1308) se desarrolla en pleno siglo XIII, en el cual, las entonces jóvenes instituciones universitarias, eran el caldo de cultivo de nuevas ideas, y se constituían el escenario de los grandes debates académicos de la época. Fue el mismo siglo del primer gran conflicto de Escocia con Inglaterra, en el cual John Balliol de Escocia y Eduardo I de Inglaterra fueron sus protagonistas, y en donde aparece la figura del guerrero escocés William Wallace, cuyas acciones fueron llevadas al cine en la película *Braveheart*.

Así pues, la vida de Escoto, quien ingresó a la orden franciscana a la temprana edad de doce años, se desarrolla en torno de las disputas académicas universitarias en Oxford y París principalmente,⁷⁶ en donde fue estudiante y posteriormente profesor, así como en Colonia a donde ejerció la cátedra hasta el final de sus días.

Pareciera ser que el espíritu de confrontación escocés hubiese marcado la vida académica de Escoto, ya que durante gran parte de la misma

⁷⁴ BROADIE, Alexander. *A History of Scottish Philosophy*. Edinburgh University Press, 2009. pp. 7 – 33.

⁷⁵ BROADIE, Alexander. *The Shadow of Scotus: Philosophy and Faith in Pre-reformation Scotland*. Bloomsbury. T & T Clark International. Edinburgh, 1999.

⁷⁶ Sobre el ambiente ideológico de la época de Escoto, véase LEWIS, Neil. *Space and Time*., en *The Cambridge Companion to Duns Scotus*. Tomas Williams (Ed). Cambridge University Press. 2003. pp. 69 – 99.

mantuvo una enconada discusión intelectual con Santo Tomás,⁷⁷ la cual, a juicio de algunos autores, fue más “de énfasis” que “de cuestiones de fondo”, pero que materializó las tensiones teológicas entre los Franciscanos, y los Dominicos, comunidad a la que perteneció el autor de la *Suma Teológica*. Dicha tensión teológica viene a ser, en última instancia, un eco de la larga disputa medieval entre los partidarios del agustinismo con sus oponentes seguidores de las tesis de Aristóteles.⁷⁸

Dentro de las obras principales del “Doctor subtilis”, así llamado por su detallado trabajo conceptual, lleno de sutilezas y matices, se destacan la *Ordinatio (Opus oxoniense)* y la *Reportata parisiense (Opus parisiense)*, en las cuales se evidencian claramente las influencias provenientes del pensamiento de Roger Bacon, también fraile franciscano, y de Aristóteles, cuyas obras estaban muy en boga por aquella época en la Universidad de París.

A pesar de las evidentes diferencias entre el pensamiento de Escoto, y el de aquellos que van a ser, siglos después, los más significativos exponentes del pensamiento escocés, como son David Hume y Adam Smith, hay ya en Escoto cierto tipo de estudios cuyas áreas temáticas perfilan, y en algunos sentidos también anticipan, lo que va a ser considerado como distintivo del pensamiento ilustrado en Escocia, como son 1) sus trabajos sobre teoría del conocimiento, los cuales remiten a la experiencia sensible como fuente de

⁷⁷ Para una visión sinóptica de las tesis de Escoto como de las de Tomás de Aquino, véase HALL Alexander. *Thomas Aquinas and John Duns Scotus. Natural Theology in the high middle ages*. Continuum Studies in philosophy. 2009., especialmente el capítulo sobre Teología natural. pp. 1 – 27.

⁷⁸ Sobre este período y sobre las disputas académicas que en él se sucedieron, véase BROWN Stephen. *The intellectual context of later medieval philosophy: universities, Aristotle, arts, theology*, en *Routledge History of Philosophy, Volume III, Medieval Philosophy*. John Marenbon (Ed). London, 2004 pp. 188 – 203.

este, 2) sus estudios sobre la filosofía moral, y 3) sus postulados sobre teología natural.

Así pues, en primera instancia, en de su teoría del conocimiento, Escoto, en razón de sus vínculos con Aristóteles, señala que el origen del acto de conocer humano se encuentra en la sensación, y que, por lo tanto, es la experiencia sensible la fuente del saber, por lo que no se necesita ningún tipo de iluminación o revelación especial para que el intelecto aprehenda la realidad cognitivamente.

A este respecto, no hay necesidad de hacer un gran esfuerzo intelectual, ni forzar sus textos, para ver en esta tesis fundamental de Escoto lo que va a ser el núcleo básico del pensamiento empirista, entre otras cosas porque el mismo Escoto rechaza también las tesis racionalistas en esta materia, así como el iluminismo de corte agustiniano, obviamente influenciado por la teoría del conocimiento aristotélica.

Así pues, utilizando una clara lógica empirista, Escoto afirma que todo conocimiento proviene de la sensación, proceso en el cual, se da, en primera instancia, la aprehensión de un objeto simple; posteriormente, a partir la reunión de objetos simples se accede a las nociones complejas, lo que constituye "un primer principio". En este sentido, los primeros principios tienen un fundamento en las cosas sensibles que, al ser comprendidas y combinadas por medio de una facultad natural, permiten acceder a la verdad que dicho principio involucra.⁷⁹

⁷⁹ Para una profundización sobre la teoría del conocimiento en Escoto, véase la tesis doctoral de WHITWORTH, Amy. *Attending to presence: a study of John Duns Scotus' account of sense cognition*. Dissertation publishing Number: 3390244. Milwaukee, 2010, especialmente el capítulo 4o sobre la cognición, pp. 136 ss.

Escoto complementa esta tesis con su conocida distinción entre un conocimiento de tipo intuitivo, y otro de tipo abstractivo, en la cual el primero resulta del contacto directo con el objeto existente mismo, y el segundo es la captación de la esencia de ese objeto a través de la abstracción.⁸⁰

En esta perspectiva gnoseológica, Escoto se adhiere a la tesis de la “tabula rasa”, típica del pensamiento aristotélico – tomista, para insistir en su rechazo al innatismo, así como a las tesis que predicaban la necesidad de una “iluminación especial” para la comprensión de ciertas verdades. Esta insistencia de Escoto, utilizando la figura de la tabula rasa, va a ser retomada después por John Locke, lo que deja aún más en evidencia cómo el pensador franciscano anticipa de cierta manera el pensamiento empirista que va a ser distintivo de la filosofía escocesa en particular, y del pensamiento de las islas británicas en general.

Sin dejar de ser un pensador medieval, que pone su acento en el razonamiento deductivo, en el mismo sentido del pensamiento aristotélico – tomista,⁸¹ llama la atención la importancia que Escoto le concede al razonamiento inductivo, respecto del cual afirma que no es posible tener acceso experimental a un determinado hecho natural en todas sus variables, pero que, sin embargo, el conocer un cierto número de casos, puede ofrecer elementos para identificar el hecho, así como sus causas; a este respecto Escoto precisa:

⁸⁰ Sobre este punto véase PASNAU, Robert. *Cognition.*, en *The Cambridge Companion to Duns Scotus*. Tomas Williams (Ed). Cambridge University Press. 2003. pp. 285 – 311.

⁸¹ Sobre este particular, véase INGHAM M. y DREYER M. *The Philosophical Vision of John Duns Scotus. An Introduction*. The Catholic University of America Press, Washington, D.C., 2004. pp. 16 -21.

El conocimiento experimental: En cuanto a lo que se conoce por experiencia, tengo que decir esto. Aunque una persona no experimenta cada situación individual, sino solo unas de un gran número, ni las experimenta en todo momento, sino sólo con alguna frecuencia, aún él sabe infaliblemente que es siempre de esta manera y que es válido para todas las instancias. Él sabe esto en virtud de esta proposición que reposa en su alma: "Lo que ocurre en muchas ocasiones por una causa no es algo fortuito, sino que es el efecto natural de esa causa".⁸²

Este tipo de afirmaciones, tal como lo veremos más adelante, resulta cercano a los razonamientos de Adam Smith para identificar y especificar los mecanismos propios de la experiencia moral.

En lo que respecta a las tesis de Escoto sobre filosofía moral, no se evidencia en ellas una conexión directa con el pensamiento empirista que le va a suceder siglos más tarde, ya que sus afirmaciones tienen un marcado acento racionalista con un trasfondo teísta, en un sentido cualitativamente distinto de sus consideraciones gnoseológicas. Y es tal el sabor decididamente racionalista de sus afirmaciones morales, que en algunos casos estas dan pie a que se le califique como partidario de un determinismo moral dependiente de una voluntad divina, afirmación que autores como Frederick Copleston consideran como una "acusación injusta".⁸³

En este sentido, su tesis moral central sostiene que un acto depende, para ser calificado como moralmente bueno, de una adhesión a una "recta

⁸² SCOTO, Duns. *Philosophical writings. Chapter V: Concerning human knowledge*. Selection edited and translated by Allan Wolter OFM. Thomas Nelson and Sons, Edinburg 1963. p. 16.

⁸³ COPLESTON, Frederick. *Historia de la Filosofía. Vol 2. De San Agustín a Escoto. Cap. L: Escoto – La ética*. Ariel, Barcelona, 1994. Edición digital de Eudaimon.

razón"⁸⁴, afirmación que deja poca duda del talante racionalista de su visión ética, hecho que le da el mérito de anticipar de alguna manera los grandes desarrollos del racionalismo del siglo XVIII,⁸⁵ pero que, obviamente, no le sintoniza con los rasgos fundamentales de lo que distinguirá al pensamiento escocés del que Hume y Smith van a ser exponentes.

A este respecto, la ética de Escoto se adhiere a las concepciones morales de la medievalidad europea, en las cuales se afirmaba un objetivismo moral que afirmaba que un "acto bueno, debe ser objetivamente bueno", es decir que la bondad debe caracterizar esencialmente al acto mismo. Esta postura frecuentemente se armonizaba con un finalismo, el cual entendía "el fin de la acción" como la principal de las circunstancias que debe reunir un acto moralmente bueno.⁸⁶

Así pues, en un acto bueno deben confluír la libertad, la objetividad, la intención y la finalidad buena, para que pueda ser calificado como conforme a una recta razón; en esta arquitectura moral, la voluntad divina es la causa del bien, ya que todo lo que Dios quiere es bueno, con lo cual la ley moral es dependiente de una voluntad divina, no en sus contenidos específicos sino en su obligatoriedad. Dicha voluntad divina, que se caracteriza por ser eterna e inmutable, implica que los actos no bondadosos

⁸⁴ En múltiples ocasiones en sus obras Escoto apela a la "recta razón", para fundamentar la bondad de un acto, como en su tratado sobre la espiritualidad y la inmortalidad del alma, en el que afirma que la recta razón debe ser una guía de la voluntad. Cf. Escoto, Duns. *The spirituality and immortality of the soul*. En *Philosophical writings*. Thomas Nelson and Sons, Edinburg 1963. p. 161.

⁸⁵ Alexander Broadie, piensa que Escoto, al igual que Hume y que otros grandes genios de la filosofía, diseñó un panorama de pensamiento cuyo impacto sólo se vería materializado siglos más tarde. BROADIE, A. *A History of Scottish Philosophy*. Edinburg University Press, 2009. p. 2.

⁸⁶ Para una visión de conjunto del pensamiento moral medieval contemporáneo de Escoto, véase OSBORNE, Thomas. *Human action in Thomas Aquinas, John Duns Scotus & William of Ockham*. The Catholic University of America Press, Washington, D.C., 2014.

puedan ser calificados como contrarios a la recta razón, y también como pecados en el sentido teológico de la expresión.

Este tipo de posición filosófica va a dar pie para que algunos autores califiquen la doctrina moral de Escoto más que como un racionalismo con trasfondo teísta, como un voluntarismo en el sentido usual de la expresión, en el que la voluntad sería la principal de las facultades humanas.⁸⁷

Con este tipo de posiciones, Escoto deja definida una postura moral con una clara fundamentación teísta⁸⁸, la cual va a ser rechazada luego por el pensamiento renacentista escocés, y mucho más aún por los filósofos ilustrados, tal como lo veremos más adelante, ya que la afirmación de un racionalismo teocrático, abría las puertas para una identificación del poder religioso con el político, tesis que va a situarse en las antípodas del proyecto social, moral, económico y jurídico de la Escocia del siglo XVIII.

Sin embargo, el énfasis de Escoto sobre la voluntad sí marca una pauta para los futuros trabajos del pensamiento ilustrado escocés que le va a suceder, ya que al ser la voluntad una facultad enteramente humana, y por lo tanto indisolublemente unida a la autodeterminación de la persona, sí se pueden establecer a partir de ella unas “constantes de acción”. Dichas constantes

⁸⁷ Sobre este particular resultan iluminadores los aportes de Thomas Williams en *Reason, Morality, and Voluntarism in Duns Scotus. A Pseudo-Problem Dissolved*. The Modern Schoolman. Volumen 74, enero de 1997. pp. 73 – 94.

⁸⁸ Sobre este punto, Escoto no dudaba en afirmar que el carácter divino revelado de los diez mandamientos del Antiguo Testamento no reñía en lo absoluto con un ejercicio natural de la razón, lo que le conducía a suscribir el núcleo central de la moral teológica medieval en la cual la razón no es contraria sino armónica respecto de la revelación. En este sentido, tanto la revelación como la razón le daban un carácter eterno e inmutable a la llamada “ley natural”, cuyo principal problema práctico - social radicaba en que, el postular una ley natural, eterna e inmutable, conducía a la afirmación de unas autoridades igualmente naturales, eternas e incuestionables. Para una profundización sobre la cuestión de la relación entre teología y autoridad en la edad media, véase FAIVRE, Emmanuel. *La question de l'autorité au moyen âge*. Béranger de Tours, 2017.

de acción, al ser determinadas empíricamente tal como lo propondrán Hume y Smith, constituirán una de las bases morales del proyecto ilustrado escocés, y tendrán hondas implicaciones económicas y jurídicas.

Sobre la voluntad, entendida como núcleo fundamental de la propuesta moral de Escoto, Alexander Broadie precisa:

[En las reflexiones de Escoto] Un pensamiento puede venir a nosotros involuntariamente, pero a partir de entonces, si le prestamos atención a ese pensamiento por un minuto o durante una hora, o si nos negamos a prestarle más atención, son cosas sujetas a la voluntad. La conclusión es que, mientras que, en un sentido obvio, la voluntad depende del intelecto, también hay un sentido en el que nuestra vida intelectual, casi en su totalidad, depende de la voluntad. Sin voluntad, la vida del intelecto sería completamente caótica; ningún tipo de consideración inteligente y sistemática de cualquier cosa sería posible; las ideas irían y vendrían según los principios de asociación de ideas, y no de acuerdo a consideraciones racionales. Esta no es la forma en que los seres humanos piensan.⁸⁹

Desde esta perspectiva, el aporte moral de Escoto al futuro pensamiento ilustrado escocés, radicarán en una exploración sobre “la forma” como razona el ser humano en términos morales, la cual si bien es cierto que para el mismo Escoto esta tendrá un trasfondo teológico, no es menos cierto que su descripción corresponde a una naturaleza humana autónoma caracterizada por la voluntad. Esta exploración de Escoto marcará una pauta para el trabajo de los ilustrados escoceses en la búsqueda “esas formas típicas del razonamiento moral humano”, búsqueda que se cristalizará en obras tan determinantes como *La Teoría de los sentimientos*

⁸⁹ BROADIE, A. *A history of the Scottish philosophy*. Edinburg University Press, 2009. p. 22.

morales de Smith, y *El tratado de la naturaleza humana* de Hume, entre otras.

En un tercer momento, en lo que respecta a la teología natural Escoto, hay que partir del hecho que este, en líneas generales, sigue la línea del pensamiento medieval precedente, aunque introduciéndole algunos matices significativos. A este respecto, sus tesis insisten en la posibilidad de un conocimiento filosófico de Dios fundamentado en “los efectos” de su actuar en el mundo. Dicho conocimiento filosófico permite acceder a ciertas características de Dios, como su bondad, pero no reemplaza en modo alguno el conocer que se tiene de él por los datos revelados en las escrituras, de ahí que el camino más conveniente para el acceso al conocimiento de Dios sea la teología y no la metafísica.⁹⁰

A pesar de esto, Escoto insiste en la capacidad racional que tiene la filosofía para acceder a Dios, punto en el que se sintoniza con sus postulados gnoseológicos respecto de la sensación, ya que los principios que se forman a partir de esta son un camino que permite a la razón el conocimiento de Dios. En este sentido, también hay en el pensador escocés indicios de los que va a ser la teología natural tanto de Hume como de Smith, ya que en estos pensadores el acceso “natural” y no revelado a Dios, va a constituir una fuente importante de sus propuestas.⁹¹

A este respecto, tal como lo veremos más adelante, la teología natural que ya se vislumbra en Escoto, va a constituir la base de un iusnaturalismo empirista en Smith, sobre el que va a fundar tanto sus propuestas éticas

⁹⁰ Cf. ESCOTO, Duns. *Man's natural knowledge of God*, en Duns Scotus. *Philosophical writings*. Thomas Nelson and Sons, Edinburg 1963 pp. 13 – 33.

⁹¹ Sobre la teología natural en Hume y en Smith, véase GRAHAM, Gordon. *Natural Theology and Natural Religion in the Scottish Enlightenment*. Disponible en: <https://icu.repo.nii.ac.jp/index.php>

como jurídicas, iusnaturalismo que es, ante todo, una antropología elaborada desde la experiencia.

En Escoto, la comprensión racional que se tiene de los datos de la experiencia es también un camino que puede conducir a un conocimiento de Dios, el cual, aunque imperfecto, sí da razón de las características de su ser, más no así de su esencia, la cual se escapa de la posibilidad de una percepción directa.

Por la experiencia, es posible llegar a conceptos unívocos, los cuales serían aquellos que permiten una intelección de las manifestaciones de Dios; la importancia de esta "univocidad", va a ser decisiva, ya que en ella se pueden vislumbrar las semillas de una categoría que va a ser fundamental para el pensamiento ilustrado escocés, como es la posibilidad de tener un conocimiento que sea compartido por una comunidad en virtud de unas experiencias comunes. A este respecto, y sin necesidad de hacer ningún equilibrio conceptual, también podríamos ver allí algunos gérmenes de lo que va a ser una ética de naturaleza consensual.

Estas tesis de Escoto, que de alguna manera prefiguran algunos rasgos de lo que va a ser el pensamiento moderno⁹², y en particular sus postulados sobre la teología natural, van a servirle a su pretensión de otorgarle validez universal a sus propuestas, puesto que la apelación a la autoridad divina, tanto en Escoto como en todo el pensamiento medieval, va a significar la búsqueda de un fundamento "objetivo e incuestionable" al conocimiento,

⁹² Sobre el papel de Escoto como anticipador de algunas líneas de pensamiento de la modernidad, véase CORAZÓN, Rafael. *Escoto, de la especulación al escepticismo. Thémata. Revista de Filosofía* No. 53. 2016. pp. 87 – 106., en especial el apartado titulado "La influencia escotista en el pensamiento moderno".

con el cual, en última instancia, se quiere fundar un modelo de autoridad igualmente incuestionable.

Este hecho explica la preocupación de los ilustrados escoceses, dentro de los cuales están Hutcheson, Hume y Smith, entre otros, por reflexionar sobre una teología natural, tal como lo veremos más adelante, ya que no podría construirse un proyecto de renovación social, como el que pretendía la Ilustración escocesa, si no se debatían previamente los fundamentos cognitivos y teológicos sobre los que se sustentaba el antiguo régimen, para proponer otros en su remplazo. Como es de dominio común, este va a ser el motivo por el cual la modernidad europea continental, va a predicar dicha absolutez y universalidad de la razón, en tanto que la modernidad en las islas británicas va a hacerlo desde la experiencia.⁹³

En el caso concreto del pensamiento escocés, la teología escotista que, siguiendo el canon medieval remite a un Dios revelado, va a dar pie a una teología natural, es decir sin apelación a los datos de textos considerados como revelados y sagrados, para fundar desde allí una autoridad y una universalidad no dependientes de autoridad religiosa alguna.⁹⁴

En síntesis, podríamos decir que el pensamiento de Escoto, tal como lo consideran muchos estudiosos, es una "auténtica bisagra", entre la filosofía medieval y la moderna.⁹⁵ A este respecto, tal como lo hemos reseñado

⁹³ Para un estudio sobre las relaciones entre la generación del conocimiento y los intereses por el poder, véase el excelente texto que recoge las conclusiones de un coloquio sobre el tema en DE CASTELNAU-L'ESTOILE, Charlotte y REGOURD, François (Eds) *Connaissances et pouvoirs: les espaces impériaux (XVIe-XVIIIe siècles) : France, Espagne, Portugal*. Presses Univ de Bordeaux, 2005, especialmente es muy ilustrativo su estudio introductorio. pp. 9 ss.

⁹⁴ Sobre este particular, véase ISRAEL, Jonathan. *Radical Enlightenment*. Oxford University Press, 2001, especialmente el apartado titulado "De New religion of philosophy". pp. 208 ss.

⁹⁵ Sobre este punto, véase VOS, Anthony. *The Philosophy of Duns Scotus*. Edimburg University Press. 2006., especialmente la parte tercera titulada "Background and foreground: Ancient and modern philosophy". pp. 509 – 616.

anteriormente, su teoría del conocimiento, como su visión moral y su teología natural, navegan tanto en las aguas de una filosofía en diálogo con la teología revelada, como en aquellas de una filosofía autónoma, en la cual tanto la experiencia como la razón, juegan un papel fundamental en un pensamiento que se vale por sí mismo para habérselas con la realidad.

Precisamente por esta razón, algunos autores, como Alexander Broadie, consideran al fraile franciscano, el precursor del pensamiento escocés, entre otras cosas porque Escoto, en ejercicio de ese papel de “puente” entre el saber medieval y el moderno, anticipa un derecho “autónomo” respecto del saber teológico, a diferencia de las tesis de Tomás de Aquino, y, de cierta manera, en línea con pensamiento de Vitoria y de Suárez en Salamanca, ya que funda el derecho no en una autoridad metafísica, sino en unas necesidades concretas del ser humano.

A este respecto, reflexionando sobre el papel del derecho en la vida social, Escoto toma como punto de partida una antropología de las limitaciones humanas relatada en el libro del Génesis, y afirma que el hombre, preso de la codicia, utiliza la violencia en contra de su prójimo facturando las condiciones de una vida social armónica y pacífica. Por este hecho, ya no es operativa la ley natural que, según Escoto, prevé una propiedad común, sino que se hace necesaria una ley positiva⁹⁶, para la cual se requiere la presencia de un “legislador”, el cual debe distinguirse por su prudencia y su autoridad moral. Dicho legislador, según Escoto, debe ser elegido democráticamente por la misma comunidad.⁹⁷

⁹⁶ Para una aproximación global a la concepción jurídica de Escoto, véase MÖHLE Hannes. *Scotus's Theory of Natural Law*, en *Cambridge Companion to Duns Scotus*. Cambridge University Press, 2003. pp. 312 – 331.

⁹⁷ El trasfondo contextual de estas tesis de Escoto sobre la necesidad de un legislador, el cual debe ser elegido por la misma comunidad, es el de la crítica de la mayoría de los

En la filosofía jurídica escotista, la prudencia del legislador es fundamental para propiciar una organización social pacífica, estable y armónica, para lo cual es necesario que este haga gala de una razón correcta, por cuanto la prudencia proviene de un adecuado cultivo de un juicio racional.

Tal como lo veremos más adelante, en estos postulados de Escoto se encuentran vestigios de lo que será la propuesta jurídica de Smith, en el cual el derecho debe surgir no de un fundamento metafísico, sino de una autoridad que recoja las prácticas virtuosas de los ciudadanos, en orden a “juridizarlas” en pro del bien común.

1.1.2. La transición en Escocia del pensamiento medieval al humanismo renacentista.

El pensamiento renacentista escocés proviene principalmente de dos fuentes; por un lado, de los académicos pertenecientes a las primeras instituciones universitarias del País, y por otro, de pensadores independientes formados en ambientes diversos ajenos a las instituciones educativas, ambos grupos aunados por un hondo arraigo nacional.

escoceses, dentro de ellos el clero, a la imposición del monarca John Balliol por parte del Rey de Inglaterra. Esta crítica es perfectamente consonante con el deseo de autonomía de Escocia, al cual nos hemos referido más arriba, y que va a estar presente también en los pensadores renacentistas e ilustrados de Escocia, y, obviamente, también en Adam Smith. Para una profundización sobre este punto véase, MORENO, Luis. *Escocia, Nación y Razón. Dos milenios de política y sociedad*. Consejo superior de investigaciones científicas. Madrid, 1995. pp. 27 ss.

Con respecto al primer grupo, tanto la Universidad de San Andrews, fundada en 1411, como la universidad de Glasgow, fundada en 1451, y el King Collee de Aberdeen, creado en 1495, fueron el escenario de grandes debates sobre problemas teóricos y prácticos de la época, y albergaron a grandes investigadores cuyas obras, discursos y clases perfilaron la identidad del pensamiento renacentista escocés.⁹⁸ En estas universidades, modeladas según la estructura de la Universidad de París a donde estudiaron la mayoría de sus profesores, se fueron configurando las ideas renacentistas, y se fue ambientando la vigencia de propuestas humanistas y progresistas, las cuales, paulatinamente, fueron despojándose de sus raíces escolásticas.

En lo que respecta a la otra fuente del pensamiento renacentista escocés, la ajena a la vida universitaria, autores como William Dunbar y Robert Henryson, presentan una interesante mezcla entre poesía y filosofía como la conocida obra "*La predicación de la golondrina*" (*The preaching of the swallow*)⁹⁹ en donde Henryson presenta sus ideas filosóficas mostrando con maestría el tránsito de las formas y los contenidos de la escolástica, hacia un pensamiento humanista, autónomo y creativo.

En términos comparativos, la universitaria es sin duda la principal fuente del pensamiento renacentista escocés, no sólo por su volumen, sino por la calidad de sus escritos, tal como se constata en la obra de John Ireland (1440 – 1495), con su conocida obra "*Espejo de sabiduría*" (*Meroure of Wyssdome*), escrita en escocés, la cual es considerada una de las más significativas producciones del humanismo renacentista escocés.¹⁰⁰

⁹⁸ Para una profundización sobre los orígenes universitarios del pensamiento escocés, véase KERR, John. *Scottish Education, School and University, from Early Times to 1908, with an Addendum 1908-1913*. Cambridge University Press, 1913. pp. 30 ss.

⁹⁹ HENRYSON Robert. *Poems*. Edited by Gregory Smith. Blackwood and sons. Edinburgh and London, 1906.

¹⁰⁰ IRELAND, John. *The Meroure of Wyssdome*. Books I – II. Society, 1965.

John Ireland dedicó esta obra a James IV, y fue concebida como un elenco de “consejos al príncipe”, análogamente a lo que hiciera años después, en 1513, Nicolás Maquiavelo con Lorenzo II de Medici, al dedicarle su conocida obra “*El Príncipe*”. En su contenido, Ireland articula, al mejor estilo renacentista, ideas teológicas con tesis filosóficas para el “buen gobierno”, pretendiendo con dicha articulación darles una fundamentación sólida a sus propuestas.

Anticipando un tema que va a ser fundamental en el pensamiento de Adam Smith, con su conocido “Sistema de la libertad natural”, y a la vez retomando algunos elementos de “la voluntad” en Escoto, John Ireland propone un estrecho vínculo entre la libertad y el buen gobierno; a este respecto, Ireland insiste en la necesidad de partir del hecho de que los seres humanos tenemos una voluntad libre¹⁰¹, la cual nos faculta tanto para el obrar virtuoso, como para el obrar pecaminoso.

En Ireland, dicha libertad, que faculta al ser humano para decir “sí” o para decir “no”, incluso capacita para decirle no al mismo Dios, de ahí la importancia de cultivar un comportamiento virtuoso, el cual, en última instancia, y más allá de su significación teológica, es principalmente una cuestión de tipo comunitario. Esta perspectiva pareciera anticipar un componente que va a quedar explicitado claramente en el pensamiento ilustrado escocés, como es el vínculo entre el componente moral y el jurídico – social.¹⁰²

¹⁰¹ Ibid. pp 15 ss.

¹⁰² Sobre esta importante perspectiva del pensamiento ilustrado escocés, véase AHNERT, Thomas. *The Moral culture of the Scottish Enlightenment: 1690 – 1805*. Yale University Press. 2014, especialmente el capítulo 2 “Conduct and doctrine”, pp 34 - 65

Otro aspecto destacable del pensamiento de Ireland, es su consideración del “aprendizaje” como un hecho “secuencial”, es decir inserto en una dinámica procesual. A este respecto, si bien es cierto que no aparecen en el autor vestigios que pudieran permitir afirmar una “conciencia de la temporalidad”, al estilo Heidegger, no es menos cierto que hay una afirmación de la secuencialidad de los acontecimientos, que determina, al mismo tiempo una secuencialidad en nuestro aprendizaje de ellos.

En este punto, el pensamiento de Ireland pareciera seguir la línea de las intuiciones de Escoto sobre la sensibilidad, e, igualmente, pareciera anticipar toda la teoría del conocimiento empirista que le va a suceder, puesto que hay una relación de dependencia entre los acontecimientos que suceden, y la comprensión que podemos tener de ellos a través del conocimiento, tesis que no es necesario forzar para ver en ellas elementos que después retomará Hume en su *Tratado de la naturaleza humana*, tal como lo veremos más adelante.

En el contexto de la llamada “Dinastía de los Estuardos”, en la cual Escocia fue independiente de Inglaterra teniendo una monarquía propia, las universidades escocesas sirvieron de escenario para reflexionar y debatir las tesis a favor y en contra de la vinculación con Inglaterra, con Francia y con la Europa continental¹⁰³, debates en los cuales la teología tenía un importante papel, puesto que el problema de fondo era el de la vigencia de la fe católica en las Islas británicas por las consecuencias políticas que estaban involucradas con dichas creencias. Fue la misma época del gobierno de Enrique VIII en Inglaterra, y de la reforma religiosa que este

¹⁰³ A manera de ejemplo del papel de las universidades en el renacimiento escocés, es relevante el caso de la Universidad de Glasgow, a propósito del cual véase HOLLOWAY, Ernest. *Andrew Melville and Humanism in Renaissance Scotland 1545-1622*. Brill, 2011. pp. 155 – 165.

propició respecto de la autoridad romana, hechos que coincidieron también con la reforma protestante de Martín Lutero.

Este es, en líneas generales el contexto del pensamiento renacentista escocés, el cual dio origen al pensamiento de John Mair (1467 – 1550), quien fue el centro de un círculo académico en la Universidad de París, en el cual estaban presentes pensadores españoles y escoceses como George Lokert y William Manderston.¹⁰⁴ En Mair, quien se desempeñara como rector de la Universidad de Glasgow, se evidencia ya un rasgo claro que va a estar presente en el trabajo de los ilustrados de la época de Smith, como va a ser la presencia de un esfuerzo interdisciplinario, en el cual los autores trabajan en diferentes disciplinas teniendo como telón de fondo su propia realidad social, el cual sirve como marco que le da unidad y coherencia a toda su producción.

En este sentido, Mair investigó sobre economía, ética, metafísica, teología,¹⁰⁵ historia y lógica, destacándose por su juiciosa producción en esta materia, en la cual produjo su conocida obra “*Cuestiones sobre lógica*” (Quaestiones logicales) publicada en París en 1528, siendo uno de sus principales méritos, el ser uno de los precursores de los estudios sobre la naturaleza humana como fundamento para una propuesta moral, orientación que va a ser desarrollada en profundidad en la Ilustración escocesa.

Siendo un gran conocedor de Aristóteles, Mair parte del estagirita para entablar discusiones con célebres autores medievales, a propósito de las

¹⁰⁴ Sobre la importancia del trabajo académico de Mair, véase MACQUEEN, John. *Humanism in Renaissance Scotland*. Edinburgh University Press, 1990. pp. 76 ss.

¹⁰⁵ Para una visión de conjunto de la obra de Mair, en la cual se destacan sus estudios teológicos en los que realiza notables avances que van a ser desarrollados en el período ilustrado, véase SLOTEMAKER, John y WITT, Jeffrey (Eds) *A Companion to the Theology of John Mair*. Brill, Boston, 2015.

cuales realiza sus aportes filosóficos y teológicos, los cuales lo sitúan en un horizonte humanista típico del renacimiento. Un buen ejemplo de esta perspectiva del trabajo de Mair, son sus “*Comentarios sobre la Ética a Nicómaco de Aristóteles*”, (Commentary on Aristotle's Nichomachean Ethics), de 1530, obra clave para comprender muchas de las afirmaciones de Mair en sus otras publicaciones, como aquella en la que utiliza el discurso aristotélico sobre las virtudes para afirmar, sobre David I, Rey de Escocia entre 1124 y 1153, que “... fue el más excelente rey de los escoceses, y en el cual se encuentran maravillosos ejemplos de todas las virtudes”¹⁰⁶

Este tipo de afirmaciones de Mair, evidencia ya un estilo que va a ser típico del pensamiento ilustrado escocés, como es el de la interconexión entre las diferentes disciplinas trabajadas por un mismo autor, y que, obviamente, va a estar presente también en la producción académica de Adam Smith.

La importancia de Mair radica, no sólo, en la forma cómo sus obras aportan a la consolidación de lo que pudiéramos llamar “un estilo del filosofar escocés”, que va a tener gran vigencia en el período ilustrado, sino también en el plano lógico, el cual desarrolló con precisión y amplitud, y en el cual, sin grandes esfuerzos, se pueden ver anticipados los intereses del pensamiento lógico británico y la filosofía analítica del siglo XX. A propósito de la producción lógica de Mair, Alexander Broadie comenta:

Exponibilia de Mair fue lo suficientemente popular como para adelantar una segunda edición en dos años, en 1501, cuando también publicó su *Termini*, un tratado de términos. Él ofrece una serie de definiciones de “Término”, aunque su discusión posterior de los tipos de término se basa en una aceptación de solo una de las definiciones, a saber, que un término es un

¹⁰⁶ MAIR, John. *A history of Greater Britain as well England as Scotland*. Edinburg University Press, 1821. Cap. XI No. 133.

signo, ubicable en una proposición, que representa alguna o algunas cosas, o representando algún sentido.¹⁰⁷

En este, que hemos denominado “esfuerzo interdisciplinario” de John Mair, que va a constituir un rasgo característico de la producción escocesa del renacimiento y de la ilustración, la teología ocupa un importante papel, al igual que lo ocupará en la obra de Smith; bástenos recordar que la primera parte del curso de filosofía moral de Smith estaba dedicado a la teología natural.¹⁰⁸

Si nos preguntáramos el por qué de la presencia del saber teológico en las investigaciones de Mair y de sus contemporáneos, así como en los ilustrados que les van a suceder, tendríamos que buscar la respuesta en el ámbito político, ya que aún en los siglos XV y XVI en los que Mair vivió, el poder se fundamentaba en una determinada lectura de la figura de Dios y de su voluntad, y no podía hablarse de ninguna faceta de la vida social sin que hubiese algún debate teológico dentro del plan de investigación de cualquier autor.¹⁰⁹

A este respecto, no sólo se trataba de darle un fundamento a cualquier propuesta, sino también de justificar la validez universal de cualquier planteamiento que se quisiese hacer. Por este motivo, en los textos teológicos de John Mair, hay una constante preocupación por el papel de la fe en la vida humana y en la forma de acceder al conocimiento.

¹⁰⁷ BROADIE, Alexander. *A History of Scottish Philosophy*. Edinbourg University Press, 2009. p.50.

¹⁰⁸ Sobre el papel de la teología en la ilustración escocesa, especialmente sobre su importancia en grandes pensadores de la época como Hutcheson y otros, véase RENDALL J. *Origins of the Scottish Enlightenment 1707-1776*. Springer, London, 1978. pp. 74 ss.

¹⁰⁹ A este respecto, véase Schmidt James (Ed). *What Is Enlightenment?: Eighteenth-Century Answers and Twentieth-Century*, University of California Press. 1996; especialmente resulta ilustrativo el capítulo 3, titulado “Faith and Enlightenment”. pp. 143 ss.

Igualmente, sus reflexiones gravitan sobre la correlación entre la fe y la voluntad, categoría que, como ya lo comentamos en Escoto, va a jugar un rol fundamental en el pensamiento ilustrado escocés.

Es claro también en Mair el cómo no puede hacerse “buena teología”, sin, al mismo tiempo, “hacer buena lógica”, ya que el desarrollo de las tesis teológicas era eminentemente silogístico y subsuntivo, hecho que explica los esfuerzos lógicos del autor, armonizados con aquellos que apuntaban a una teología natural de índole inductiva y empírica. Estos esfuerzos fueron el marco de sus reflexiones sobre economía y sobre los temas candentes de su momento histórico, como el de la licitud de la conquista de América, inquietud que le transmitió a su discípulo Francisco Vitoria en la Universidad de París, quien posteriormente le citara ampliamente en sus escritos.

Es precisamente este marco de una teología natural, desarrollada sobre un riguroso trasfondo lógico, el que le permitirá a Mair afirmar que la autoridad del Papa no es de índole secular, sino salvífico, tesis que, como es de dominio común, es acogida y desarrollada ampliamente por Vitoria.¹¹⁰ Este modelo de reflexión, sobre asuntos de teología natural, articulados con “asuntos seculares”, va a estar muy presente en el estilo de organización de las investigaciones de los autores en las islas británicas, bástenos recordar la organización del curso de filosofía moral de Adam Smith en la Universidad de Glasgow, que incluía un capítulo sobre teología natural, asimismo Hume tiene entre otras obras teológicas una *Historia natural de la religión*, así como sus célebres *Diálogos sobre la religión natural*.

¹¹⁰ Para una profundización sobre las tesis de John Mair sobre la conquista de América, véase BEUCHOT, Mauricio. *La polémica de la Conquista. Una querrela del siglo XVI*. Siglo XXI Editores, México, 2004. pp. 12 – 17.

En el caso de Mair, este articuló sus investigaciones filosóficas y teológicas con asuntos de índole económica y jurídica, más precisamente en el campo del derecho internacional público, como fueron sus trabajos sobre el régimen de los seguros que protegían a los navegantes. Estos trabajos de derecho internacional público no sólo influenciaron la producción académica de Vitoria, sino también la de Suárez, con lo cual Mair se ubica en el campo de los grandes precursores de esta rama del derecho.¹¹¹

Un paso adelante en el pensamiento renacentista escocés se evidencia en la producción académica de dos amigos de John Mair, como lo fueron David Cranston (1480 - 1512) y Gavin Douglas (1476 - 1522), de quienes se podría afirmar que se empeñan en ponerle fin al conocido lema que rezaba que “la filosofía era esclava de la teología”, muy vigente en los ambientes intelectuales medievales. En este sentido, tanto Cranston como Douglas, como buenos pensadores del renacimiento, creen firmemente en la autonomía de la filosofía respecto de la teología, y que el filosofar no necesita de la fe para afirmar nada ni avanzar en ningún terreno. En este punto, es notable el avance que hay en el pensamiento escocés en menos de un siglo, en el cual, partiendo de una subordinación de la filosofía al conocimiento teológico, en Escoto, se pasa a una articulación provechosa en el pensamiento de Mair, y luego se llega con estos dos pensadores a una emancipación del filosofar respecto de la teología.¹¹²

En este punto, conviene aclarar que, en este período de la historia de la filosofía escocesa, hay dos posturas acerca de la relación entre la filosofía y

¹¹¹ Sobre el origen del derecho internacional público, así como del papel que jugaron en su nacimiento sus grandes precursores, véase LEGOHÉREL, Henri. *Histoire du droit international public*. Presses universitaires de France, 1996.

¹¹² Para una aproximación panorámica a los orígenes del pensamiento escocés, véase KORSBAEK, Leif. *Los filósofos escoceses y el nacimiento de una ciencia social y política, tal vez una antropología*. Revista de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades. Enero - Abril 2011. No. 13.

la teología. Por un lado, se encuentra aquella que, dándole continuidad a la tradición medieval, sigue pensando que la filosofía debe estar subordinada a la teología, considerando ésta última como un saber absoluto, producto de una revelación consignada en textos sagrados, y custodiada por autoridades religiosas; y por otro lado, se encuentra aquella visión que opta por un prisma metodológico diferente, la cual se considera a sí misma como una “teología natural”, es decir, que parte de las experiencias y vivencias espontáneas de los seres humanos, construyéndose inductivamente, y no de forma deductiva como la primera, y, por lo tanto, no depende de unos datos revelados ni de una fe institucionalizada.¹¹³

Este hecho explica por qué en tiempos de Smith, los intelectuales escoceses, en su mayoría, ser consideraban a sí mismos como filósofos, y más aún, como filósofos morales, y, sin embargo, incluían en sus investigaciones y en sus cátedras reflexiones teológicas, al dado de otras de tipo económico y jurídico, como en el caso de Hutcheson, del mismo Smith y de Hume, entre otros.

Dentro del período renacentista escocés, también se encuentran personajes que se resisten a la irrupción del humanismo renacentista, como es el caso del filósofo y teólogo George Lokert (1485 – 1547), quien fuera discípulo de John Mair, y quien se desempeñara como rector de la Universidad de Saint Andrews. Lokert, a diferencia de los trabajos de Ireland y de Mair, trabaja arduamente en la preservación de la cosmovisión medieval, para lo cual empleó agudamente la lógica¹¹⁴, materia sobre la que publicó en 1514 su

¹¹³ Sobre la elaboración de la teología natural, véase CRAIG, W. y Moreland J. (Eds). *The Blackwell Companion to Natural Theology*. Wiley – Blackwell, 2009, especialmente el capítulo 9o titulado “The argument from religious experience”, escrito por Kai-Man Kwan. pp. 498 ss.

¹¹⁴ Para una profundización sobre los trabajos en lógica de George Lokert, véase BROADIE, A. *George Lokert, late-scholastic logician*. Edinburgh University Press, 1983.

obra "Scriptum in materia noticiarum", que es un amplio tratado sobre las nociones de sujeto, el cual tuvo un extendido impacto entre los lectores de su época, al punto que se llegaron a publicar ocho ediciones de la misma.

Para Lokert, la lógica es un instrumento que tiene un sentido explicativo de la teología, partiendo del supuesto de que no existe lo que se pudiese llamar "una fe ciega", dado que cada persona tiene la posibilidad de presentar argumentos razonables respecto de su creencia, puesto que en ella intervienen tanto el intelecto como la voluntad.

El caso de Lokert constituye un buen ejemplo que muestra cómo una teología meramente declarativa, desarrollada con un método lógico – deductivo, sirve para fundamentar un orden social inmutable e incuestionable como el que tenía Escocia en el siglo XVI, el cual se caracterizaba por una profunda crisis económica y social; por este motivo, algunos pensadores renacentistas, al igual que lo harán los ilustrados como Smith, cultivaron una teología natural íntimamente relacionada con una antropología, precisamente para mostrar cómo la voluntad de Dios no promueve un determinado orden social, ni está mediada por declaraciones institucionales de una fe particular, sino que está abierta a la experiencia y al conocimiento de cualquier ser humano.

En este sentido la mención de Lokert también es ilustrativa de las tensiones conceptuales en el período renacentista, ya que los autores como él, que trabajaron una lógica deductiva con exhaustividad y agudeza, y la utilizaron casi exclusivamente para defender una cosmovisión medieval estática fundada sobre el argumento de autoridad, e insistiendo en una perspectiva meramente subsuntiva del conocimiento, en tanto que otros autores, como el mismo Escoto y Mair, van a ir introduciendo elementos inductivos, los

cuales van a desembocar en un horizonte empirista, desde el cual van a elaborar una teología natural al lado de disciplinas como la economía y el derecho, entre otras, articuladas todas sobre un trasfondo moral.¹¹⁵

En este mismo ambiente renacentista escocés, aparece la figura de William Manderston (1485 – 1552), cuya obra constituye un ejemplo de esa herramienta académica que pudiésemos calificar como “la utilización de un trasfondo moral para fundamentar un trabajo interdisciplinar”, proyecto que llevó a feliz término y que le permitió ser conocido como uno de los más significativos pensadores de este período de la historia de Escocia.¹¹⁶ Egresado de las universidades de Glasgow y de París, Manderston llegó a ocupar la rectoría de la universidad de San Andrews, desarrollando una nutrida vida académica que organizó en torno de dos tipos de intereses, los referidos a la lógica de los cuales su principal obra es su tratado *Tripartitum*, en 1517¹¹⁷, en el que sigue las líneas generales del pensamiento lógico de su época, y aquellos de tipo moral, de los cuales su principal obra fue *Bipartitum in morali philosophiam*,¹¹⁸ en 1518, en la que realiza sus más significativos aportes, asumiendo un enfoque ético típicamente aristotélico, matizado desde una lectura cristiana.

A este respecto la ética de Manderston se ubica en la perspectiva de las virtudes, enfoque que complementa con anotaciones sobre la gracia y

¹¹⁵ Para una visión de conjunto sobre una perspectiva interdisciplinaria en la cual está involucrada la teología, y que explica el por qué de esta opción teórica en la filosofía escocesa renacentista e ilustrada, véase FREDERICKS Sarah. *Religious studies*, en *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity*. The Oxford University Press, 2010. pp. 161 ss.

¹¹⁶ Una excelente aproximación al renacimiento escocés, principalmente referida al papel que en él tuvo el pensamiento humanista del que Manderston fue exponente, se encuentra en MACQUEEN, John. *Humanism in Renaissance Scotland*. Edinburgh University Press, 1990.

¹¹⁷ MANDERSTON, William. *Tripartitum epithoma*. Paris, 1518. Disponible en <https://books.google.com.pa/books?id=5eEfQwAACAAJ>

¹¹⁸ MANDERSTON, William. *Bipartitum in morali philosophia opusculum ex varijs autoribus*. Paris, 1538. Disponible en <https://books.google.com.pa/books?id=ec0HERNN0N0C>

sobre el consentimiento voluntario. Sobre este punto, Manderston considera que las virtudes son disposiciones de la voluntad, motivo por el cual es en ella en donde se asientan y en donde debe cultivárselas mediante procesos educativos, siendo el punto más importante de esta propuesta su énfasis en “el juicio moral”, puesto que los juicios anteceden a las acciones, y estos a su vez están determinados por los conocimientos de un ser humano moralmente responsable.¹¹⁹

Así pues, en Manderston, la educación moral, es entendida como un esfuerzo por dotar de herramientas cognitivas a las personas para que realicen mejores juicios, lo cual se concretiza en una voluntad que se manifiesta a través de acciones virtuosas. En esta estructura de la moralidad, Manderston retoma la tradición aristotélica para explicar la especificidad y función de los deseos como determinantes de la voluntad, los cuales clasifica como naturales, sensibles y racionales; en este sentido, los naturales son aquellos que orientan a todos los seres hacia su propia perfección, y no necesitan de ningún tipo de conocimiento especial, como es el caso de los vegetales que, siendo seres vivos, no requieren de conocimientos para cumplir con su función biológica. Por su parte, los deseos sensibles sí necesitan de un conocimiento y de un juicio, el cual se orienta a buscar el propio beneficio y a evitar el daño como una necesidad natural.

Por su parte, los deseos racionales no se comprenden como una necesidad natural, ya que su característica distintiva es la libertad, y para el ejercicio de esta, es totalmente necesario el conocimiento y también la cooperación con otros seres semejantes. Así pues, el conocimiento resulta fundamental

¹¹⁹ Para una profundización sobre la ética de Manderston, véase BROADIE, Alexander. *The Tradition of Scottish Philosophy: A New Perspective on the Enlightenment*. Barnes & Noble Books, Savage, 1990. pp. 25 ss

para una vida moral virtuosa, porque el conocimiento muestra a la persona los principios, que se convierten, en última instancia, en los fines que deben guiar un comportamiento moral caracterizado por las buenas acciones.

En Manderston las discusiones morales tienen un evidente trasfondo teológico, el cual involucraba una cuestión eminentemente política, puesto que las ideas de la reforma, que eran objeto de polémicas y de fuertes discusiones en los centros de estudio y en la vida académica en general, involucraban, en última instancia, la cuestión de la legitimidad autoridad secular.¹²⁰

Por este motivo, las discusiones morales de Manderston en múltiples sentidos remitían a cuestiones candentemente discutidas con ocasión de las ideas de la reforma, de manera particular a la cuestión del papel de las obras en la vida del creyente, punto en el cual su posición sigue inclinándose hacia una teología revelada, con lo cual se aparta de la tendencia de otros filósofos escoceses de la época, más típicamente renacentistas, como Escoto y Mair, realizando así un trabajo en el plano moral, análogo al que Lokert realizó en el ámbito de la lógica, al propender por apoyar una cosmovisión medieval sustentada en una teología revelada, sobre la cual se justificaba un poder secular con fundamentación religiosa.

En síntesis, el período renacentista en Escocia fue un claro escenario de lo que pudiésemos llamar una “compleja transición” de las ideas típicamente medievales, a un pensamiento humanista y emancipado de una teología

¹²⁰ Para una visión de conjunto sobre la importancia de las discusiones sobre temas éticos antes y durante la Ilustración escocesa, véase STEWART Michael (Ed). *Studies in the Philosophy of the Scottish Enlightenment*. Oxford University Press. 2000, especialmente el capítulo I. pp. 11 ss.

revelada.¹²¹ En este sentido, como suele suceder en todo proceso histórico, en dicho período, se presentaron íres y veníres, avances y retrocesos en las ideas que van a conducir años más tarde a la ilustración de la que Adam Smith fue parte. Tal como se evidencia en los anteriores autores, en medio de esa compleja transición, obviamente alimentada por la irrupción de las ideas de *La Reforma protestante*, se va consolidando una manera de filosofar que, con cierta amplitud de criterios, pudiera considerarse como típicamente escocesa.

A este respecto, ya se vislumbran allí algunos rasgos que van a estar presentes en la obra de Adam Smith, como lo son el trabajo sobre una teología natural, en contraposición al saber elaborado sobre tradiciones que se consideraban como reveladas, y una articulación de saberes en la cual no existía la idea de “especialización”, en el sentido decimonónico de la palabra. A este respecto, ya desde el renacimiento en Escocia se evidencia un trabajo que pudiera denominarse como “interdisciplinar”, ya que había una interconexión en el cultivo de disciplinas la lógica, la economía, el derecho y la moral, entre otras, así como una teoría del conocimiento en la cual la fuente del saber era de carácter inductivo. Todas estas discusiones renacentistas tuvieron como trasfondo las preocupaciones sociales y económicas que embargaban a los escoceses por las precarias condiciones que se vivían para la época, y los debates sobre el poder y la autonomía nacional que se suscitaron con ocasión de la Reforma.¹²²

¹²¹ Para una visión de conjunto del renacimiento en Escocia, véase THOMAS, Andrea. *Glory and Honour. The Renaissance in Scotland*. Birling, 2013.

¹²² Sobre el papel de la Reforma en los debates académicos del renacimiento escocés, véase, VARIOS. *The Renaissance and Reformation in Scotland. Essays in honour of Gordon Donaldson*. Scottish Academic Press, 1983.

Tal como lo hemos afirmado anteriormente, esta opción por la inducción, que luego desembocará en el empirismo, es deliberadamente crítica y emancipadora respecto de los cánones conceptuales y políticos sobre los que se sustentaba el orden medieval. En este punto, reside una importante enseñanza para la producción filosófica en América latina, en general, y para su filosofía del derecho en particular, y que pudiéramos expresar diciendo que “la filosofía no está llamada a ser un saber neutro ni aséptico”, a pesar de que en algunos momentos de la historia así haya sido, sino que su vocación, como servicio a la humanización, es la de constituirse en un saber comprometido con la causa del hombre y con sus problemas, perspectiva que nos indica que la vigencia y el protagonismo que debe tener el saber filosófico en nuestro medio, pasa por una conciencia clara de nuestros problemas y de la obligación moral que tenemos de aportar a su solución.¹²³

1.1.3. La filosofía escocesa y su tránsito a la Ilustración: Gershom Carmichael, George Turnbull y Francis Hutcheson.

En la centuria que abarca la segunda mitad del siglo XVII y la primera mitad del siglo XVIII, se aclimata en Escocia el tránsito del pensamiento renacentista a la filosofía de la Ilustración, fenómeno marcado por un pensamiento más decididamente humanista, y, de manera creciente, menos interesado en la lógica deductiva, proceso en el cual se destaca la producción filosófica de tres pensadores, Gershom Carmichael (1672 –

¹²³ Sobre el papel crítico, humanizador y comprometido de la filosofía en América latina, el ejemplo de Ignacio Ellacuría, discípulo y amigo de Zubiri, es notable. Para una visión de conjunto del carácter del filosofar de Ellacuría véase, SOBRINO, Jon y otros. *Ignacio Ellacuría “Aquella libertad esclarecida”*. Sal Terrae, Santander 1999, especialmente el capítulo IV “Sediento de justicia”. pp. 203 – 244.

1729), George Turnbull (1698 – 1748) y Francis Hutcheson (1694 – 1746), quienes son considerados como los padres del movimiento ilustrado escocés.¹²⁴

Fue un siglo de grandes agitaciones políticas, de guerras entre Escocia e Inglaterra, de agudas tensiones entre la monarquía inglesa y los monarcas escoceses, y de repetidas crisis económicas, período que tiene un momento histórico cumbre con la firma del *Tratado de la unión, de 1707*, que dio origen al Reino unificado de la Gran Bretaña, y que puso fin a los deseos y campañas de independencia de la Escocia de aquella época.¹²⁵ Esta centuria de conflictos bélicos termina con el último de los *Levantamientos Jacobitas*, en 1745, los cuales fueron una serie de rebeliones con las que se pretendía devolver al trono a Jacobo II de Inglaterra, y reposicionar con ello a la dinastía de los Estuardo. El final de dicho levantamiento dio origen a una época de apogeo económico, político y académico en Escocia, la cual fue el contexto vital que le tocó vivir al joven Adam Smith quien, a sus 22 años, conoció un país incipientemente floreciente, ámbito que incentivó su amor patrio e inspiró su producción académica. A través de su vocación académica, Smith quería asegurar e impulsar el progreso social que estaba comenzando a vivirse en su país, realizando aportes desde todas las perspectivas que le eran familiares, como fueron la moral, la teológica, la jurídica y la económica, entre otras.¹²⁶

¹²⁴ Para una visión introductoria y de conjunto respecto de los aportes de estos pensadores a la filosofía escocesa, véase MCCOSH James *The Scottish Philosophy: Biographical, Expository, Critical from Hutcheson to Hamilton*. AppleWood Books. Bedford, 1980. pp. 36 ss.

¹²⁵ Sobre la historia de Escocia en esta época, véase OLIVER, Neil. *A history of Scotland*. Weidenfeld & Nicholson. 2009.

¹²⁶ Una conocida biografía de Adam Smith, que da razón del período de sus inicios académicos y de sus sensibilidades sociales, se encuentra en RAE, John. *Life of Adam Smith*. The flotating Press, 1895., especialmente los capítulos I – III. pp. 7ss.

Pero antes de adentrarnos en el pensamiento de Smith y de su época ilustrada, conviene precisar los aportes de Carmichael, de Turnbull y de Hutcheson, quienes van a constituir un puente entre la cosmovisión renacentista y el pensamiento ilustrado, y cuyas ideas aportan referentes para una mejor comprensión de su obra.

En esta recta final del renacimiento escocés, que precede al pensamiento ilustrado, de manera análoga a lo que sucedió con el renacimiento en toda Europa, se revive el interés por los autores clásicos griegos y latinos, y, como consecuencia de la *Reforma protestante*, se trabajan los originales hebreos y griegos de la Biblia buscando una relación primigenia del hombre con Dios, y unos testimonios, igualmente originales, de la experiencia divina, descartando las interpretaciones de los Padres de la iglesia y de la filosofía medieval, cuyas lecturas habían dado pie a equiparar el valor de la Escritura con el de la tradición católica y con el de la autoridad eclesiástica.¹²⁷

El lema de la *Reforma* de una “vuelta a la Escritura”, significó también para la filosofía en Escocia, una vuelta a los orígenes del pensamiento occidental, terreno en el cual Gershom Carmichael, quien fuera egresado de la universidad de Edimburgo, y luego profesor en la universidad de Glasgow, hace significativos aportes, sobre todo en el campo del derecho natural, materializando con sus trabajos el paso de un iusnaturalismo de corte teocrático a uno de tipo antropológico, con algunos acentos racionalistas.¹²⁸

¹²⁷ Para un acercamiento profundo y riguroso a la Reforma Protestante en Escocia, basado en documentos originales, véase DONALDSON, Gordon. *The Scottish Reformation*. Cambridge University Press. 1972.

¹²⁸ Los principales textos jurídicos de Carmichael, fueron publicados por la Liberty Fondation, bajo el título: *Gershom Carmichael, Natural Rights on the Threshold of the Scottish Enlightenment: The Writings of Gershom Carmichael, 1724*. Indianapolis, 2002. Disponible en <http://oll.libertyfund.org/titles/carmichael-the-writings-of-gershom-carmichael>

En Carmichael, quien ocupara la cátedra de filosofía moral en Glasgow, de la cual, años más tarde, Adam Smith sería titular, el derecho natural se encuadra dentro de un estudio mayor, cual es el de la naturaleza humana, ya que sólo un conocimiento cercano del ser humano, en su naturaleza y en su actuar, puede ofrecer los materiales para construir unos principios que van a ser vinculantes para los miembros de la sociedad. En este punto, da un paso adelante con respecto a Mair, maestro de Vitoria y de Suárez, puesto que éste último postula un derecho natural que todavía se mueve dentro del marco de una teología revelada, siendo su principal aporte, como lo dijimos anteriormente, el que dicho derecho no legitima, en manera alguna, a la iglesia y a sus autoridades como guardas y administradores de un orden secular, proponiendo con esto un derecho "autónomo".

Por su parte, Carmichael hace abstracción del papel de Dios en el campo jurídico para afirmar un derecho que se funda en la naturaleza del ser humano,¹²⁹ con lo cual le da fuerza a estudios sobre la condición humana que van a desarrollarse, años más tarde, en obras tan representativas de la Ilustración escocesa como *El tratado de la naturaleza humana*, de Hume, y *La Teoría de los sentimientos morales*, de Smith, tal como lo veremos más adelante.

El iusnaturalismo de Carmichael es semejante, en cuanto a su rechazo de una fundamentación metafísica, al que cultivaron sus contemporáneos Hugo Grocio, en Holanda, y Samuel Pufendorf, en Alemania, de quien

¹²⁹ Cf. CARMICHAEL, Gershom. *On directing the mind to the lasting happiness*. Texto incluido en el compendio "Scottish Philosophy: Selected Readings 1690-1960", elaborado y comentado por GORDON Graham. Library of Scottish Philosophy, 2004. pp. 14 -24.

Carmichael fue comentarista¹³⁰, sin embargo, a diferencia de estos, el autor escocés hace un énfasis mucho más decidido en la fundamentación del derecho en la naturaleza humana, sin optar radicalmente por tesis racionalistas como aquellos, pero sin negar tampoco el papel de la razón como facultad humana que permite la estructuración del conocimiento jurídico. Cabe anotar que el gran impacto que el iusnaturalismo tuvo en la Ilustración escocesa se debe precisamente a los trabajos de Carmichael, particularmente a su obra "*Suplementos y observaciones sobre dos libros de Samuel Pufendorf*".

A pesar de que la figura de Dios está presente en la obra de Carmichael, su papel no es el de "legitimador" de un orden político jurídico, sino el de "arquitecto" de la realidad, tesis con la cual se quieren desvirtuar las pretensiones de una monarquía, como la inglesa, que se considera a sí misma como poseedora de un derecho divino para ejercer una autoridad civil; por el contrario, Carmichael opta por un modelo de gobierno más anclado en el reconocimiento popular, aunque manteniendo la estructura monárquica, prefigurando con ello, de cierta forma, lo que serán las monarquías de corte parlamentario y constitucional.

Tal como lo profundizaremos más adelante, un derecho natural fundado en una experiencia directa de la naturaleza humana con un trasfondo moral, como el que propuso Carmichael,¹³¹ se sitúa en las antípodas de un derecho natural de tipo teocrático, ya que mientras que este predica una

¹³⁰ CARMICHAEL, Gershom. *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, as well as the introduction to the 1769 edition and the 1727. LENHART J.N.(Ed), Gershom Carmichael's supplements and appendix to Samuel Pufendorf's *Acta eruditorum* review of Carmichael's notes. 1985.

¹³¹ Sobre este particular, véase CARMICHAEL, Gershom. *On Moral Philosophy, or the Science of Natural Jurisprudence*; en *Natural Rights on the Threshold of the Scottish Enlightenment The Writings of Gershom Carmichael*. MOORE, James y SILVERTHORNE, Michael (Eds). Liberty fund. Indianapolis, 2002. pp. 9 -20.

subordinación natural de unas personas respecto de otras, en virtud de la nobleza de la sangre y de la autoridad eclesiástica, el primero predica derechos que el pensamiento jurídico contemporáneo va a considerar como “fundamentales”, tales como el derecho a la vida, a la libertad, y a la propiedad, entre otros, que van a ser recogidos por múltiples Declaraciones de Derechos, desde la Revolución de Filadelfia hasta la Revolución francesa, y también recogidos por la Declaración de derechos humanos de 1948. En este sentido, Carmichael, junto con Mair, Vitoria y Suárez, entre otros pensadores renacentistas, va a ser uno de los grandes precursores de dichas Declaraciones.

Carmichael, sin descartar la figura de Dios, propone una fundamentación autónoma y secular para un género de derechos caracterizados por ser válidos para todos los seres humanos y exigibles en todas partes, tesis con la cual coadyuvaba unos derechos sin fronteras, perspectiva que resultaba muy útil para el nuevo contexto político de unión entre Inglaterra y Escocia posterior al Tratado de 1707. A este respecto, estos derechos, igual de lo que sucederá en los análisis de Smith, no se fundan en unas afirmaciones reveladas en textos sagrados, sino en una observación racional de la naturaleza humana, con lo cual se pretende garantizar no sólo su legitimidad, sino también su validez, con miras a proponer una eficacia jurídica que depende de la coincidencia entre los fundamentos del derecho y de la filosofía moral.¹³²

Esta coincidencia, va a explicar un fenómeno ya claro en los planteamientos de Carmichael y patentizado en la estructura de sus cursos en la Universidad de Glasgow, como es el de la “inserción de los estudios

¹³² Ibid.

jurídicos dentro del curso de filosofía moral",¹³³ esquema que va a ser adoptado también por Adam Smith, años más tarde, en ejercicio de la titularidad de este mismo curso.

La perspectiva jurídica de Carmichael fundada en una observación racional de la naturaleza humana, se justifica en una categoría fundamental para él, como es aquella de la sociabilidad humana, opinión que comparte con Pufendorf. Dicha sociabilidad es, en última instancia, la razón de ser del derecho, puesto que la necesidad que tenemos de convivir en paz y colaborativamente los unos con los otros, implica la observancia rigurosa de unas normas, las cuales no pueden provenir de fundamentos o motivaciones externas al mismo hombre y a su carácter social.¹³⁴ Desde esta óptica, el filósofo moral, también debe ser un jurista, y sobre todo debe ser un humanista, ya que es su conocimiento de la humanidad, basado en una observación rigurosa del comportamiento humano en sociedad, lo que le va a permitir ser preciso en la formulación de sus prescripciones ético – jurídicas.¹³⁵

Esta unidad de la filosofía moral con el derecho, entendidos como potenciadores de la sociabilidad, apunta a favorecer una vida bien vivida, para la cual es fundamental, según Carmichael, el cultivo de la mente, categoría que por sus implicaciones y por el tratamiento que el autor le da, resulta ser sinónima de la que otros autores, como Duns Escoto, denominara

¹³³ Esta perspectiva teórica de vinculación entre la filosofía moral, es explicada claramente por Carmichael en su texto *Law, Rights, and Justice*, el cual está incluido en el compendio anteriormente citado. pp. 39 – 45.

¹³⁴ Sobre este particular, es esclarecedor el texto de Carmichael titulado *On Duty to Others, or Sociability*. Ob. cit. pp. 73 -76.

¹³⁵ Para una profundización sobre las necesarias relaciones entre el derecho, la moral y el papel de los abogados en la visión jurídica de la Ilustración escocesa, en la cual se referencian los aportes de Carmichael, véase CAIRNS, John. *Law, Lawyers, and Humanism*. Selected essays on the history of Scots law. Vol 1. Edinburg University Press, 2015.

la “voluntad”. Carmichael considera que el cultivo de la mente va a permitirle a la persona el dominio de sus pasiones y deseos a través de la comprensión de normas racionales y de la igualdad que compartimos con los demás seres humanos.

Dicho ejercicio de una razón, fundada en experiencias concretas de la naturaleza humana en sociedad, que funda tanto la moralidad como el derecho, va a permitir “evaluar situaciones similares de manera semejante”. Sin hacer un gran esfuerzo académico, cualquier conocedor de lo que siglos más tarde se va a denominar “el derecho anglosajón”, puede reconocer en esta tesis un antecedente de la llamada “doctrina del precedente”, la cual, en síntesis, consiste en reconocer como jurídico, y como exigible, sólo aquello que ha sido validado mediante evaluaciones anteriores referidas a situaciones semejantes. Es decir, sólo puede considerarse como derecho, aquello que ha servido efectivamente para solucionar situaciones anteriores de carácter problemático o conflictivo, postura que, como lo precisaremos más adelante, va a ser conocida también como “Realismo jurídico”.¹³⁶

Este tipo de razonamiento ético – jurídico se orienta a que cada ser humano aprenda a permitir y a desear para los demás individuos, aquello que se permite y reclama para sí mismo, ya que, en ejercicio de la misma lógica inductiva, la experiencia concreta de un individuo, referida a sus preferencias y al ejercicio de lo que considera “sus derechos”, debe conducirlo a reconocer como deseables y como legítimas dichas preferencias y dichos derechos en los demás.¹³⁷

¹³⁶ Para un acercamiento global a la concepción jurídica de Carmichael, en la cual se explicitan sus aportes al derecho anglosajón, véase su texto *On natural law*. Op. Cit. pp. 46 – 53.

¹³⁷ Cf. CARMICHAEL, G. *On Duty to Others, or Sociability*. Ob. cit. pp. 73 -76.

Carmichael suscribe la tesis aristotélica de la relación entre felicidad y virtud, enfatizando su perspectiva empírica, por lo que la motivación para una vida virtuosa no depende de la adhesión a normas morales y jurídicas fundadas en visiones heredadas de una tradición o de una revelación, o producto de un imperativo proveniente de una autoridad, sino que la misma experiencia del individuo, que debe llevarle a conocer la naturaleza humana, y debe conducirlo también a concluir que la vida virtuosa comporta una compensación positiva en sí misma, así como la vida viciosa conduce análogamente a un sufrimiento.

En síntesis, en Carmichael ya se encuentran perfilados ciertos elementos que van a ser asumidos y desarrollados con rigor y amplitud por Smith, como el común origen del derecho y de la filosofía moral en una comprensión empírica de la naturaleza humana, ya que las normas que pueden ser más aceptadas por los miembros de una sociedad son aquellas que ellos mismos practican como expresión de la común naturaleza humana. Esta perspectiva con claro sabor smithiano, obviamente también anticipa, de cierta manera, el pensamiento de John Rawls, tal como lo veremos más adelante.

En lo que respecta a George Turnbull, hijo de un pastor protestante, cursó estudios en la Universidad de Edimburgo, y desde muy joven articuló su producción académica en torno de un diálogo entre la filosofía moral y la teología, opción que no era rara en los pensadores de aquella época; sin embargo, Turnbull llegó a destacarse en la primera de estas disciplinas, en la cual se le reconoce el mérito de ser un gran conocedor de los moralistas de la antigüedad clásica, así como el de ser el primer pensador escocés en

aplicar el método newtoniano en cuestiones éticas¹³⁸, opción que llevará Hume hasta sus últimas consecuencias, ya que, como es de dominio común, Hume quería ser considerado como el Newton del ámbito moral.

A este respecto, con Turnbull queda consolidada claramente una característica que va a distinguir al pensamiento moral ilustrado escocés, como es su fundamentación empírica en un estudio de la naturaleza humana, la cual, si bien es cierto que se había anunciado de alguna manera en otros pensadores anteriores tal como lo hemos comentado líneas arriba, no es menos cierto que con Turnbull esta perspectiva teórica queda ya explicitada, consolidada y adquiere carta de ciudadanía como un rasgo característico de los estudios morales escoceses de la Ilustración. A propósito de este aporte, es el mismo Turnbull quien aconseja que la docencia e investigación de la filosofía moral sean llevadas a cabo con este método empírico, el cual no sólo es el más idóneo para profundizar en materia moral, sino que también es muy útil para una educación centrada en potenciar la libertad de los individuos. Obviamente, en dicha propuesta educativa ocupa un papel relevante la perspectiva del sentido moral, siendo la principal obra de Turnbull sus *Observaciones sobre una educación liberal*.¹³⁹

Con estas tesis morales y educativas, Turnbull quiere aportar al libre pensamiento y a un pleno ejercicio de las libertades individuales, el cual debe caracterizar a una sociedad próspera, premisa que constituye uno de

¹³⁸ La principal obra de Turnbull sobre filosofía moral es *The principles of Moral y Christian philosophy*, publicada en dos volúmenes; en el primero de ellos, trabaja con amplitud la cuestión del “sentido moral”, siendo el primer pensador escocés que desarrolla sistemáticamente esta categoría. Véase la versión contemporánea publicada por la Liberty Foundation de Indianápolis, 2005.

¹³⁹ TURNBULL, George. *Observations Upon liberal education, in all its branches*. Liberty Fund, Indianapolis, 2003.

los principales telones de fondo del pensamiento ilustrado escocés, y que va a estar claramente expresado en las obras de Adam Smith.

Igualmente, a Turnbull se le debe el mérito de haber hecho importantes aportes para distinguir los métodos, contenidos y alcances de las diversas maneras de elaborar el conocimiento teológico, ya que aportó estudios comparativos entre la teología considerada como revelada, y la teología natural, los cuales van a allanar el camino para todos los estudios que en esta última van a hacer los ilustrados escoceses, entre ellos Hume y el mismo Smith.

A Turnbull también se le deben significativos aportes en materia de estética, disciplina que consideraba muy importante para la educación y para el conocimiento de la naturaleza humana, puesto que las obras de arte en sus diversas expresiones, como la pintura, la escultura, la poesía, etc., transmiten valores, ideas y visiones del mundo con un lenguaje y con una capacidad singular, que las hace diferentes de otros canales de acceso a un ser humano inserto en su medio social; dentro de su producción sobre la estética y su capacidad pedagógica se destaca su libro *Tratado sobre pintura antigua*, publicado en 1740.¹⁴⁰ Estos estudios de estética, propios de la transición del humanismo renacentista al pensamiento ilustrado, van a ser objeto del interés y de las preocupaciones académicas de Adam Smith, quien igualmente se adhiere a la premisa de su utilidad pedagógica para acercarse a la naturaleza humana.¹⁴¹

¹⁴⁰ TURNBULL, George. *A treatise on ancient painting*. Vincent Bevilacqua (Ed). W. Fink, 1971.

¹⁴¹ A este respecto, no hay que pasar por alto que Smith, aparte de sus preocupaciones morales, jurídicas y económicas, también plasmó sus intuiciones estéticas en textos tan significativos como sus *Lecciones de retórica y bellas artes*, de 1763 (*Lectures on Rhetoric and belles lettres*. The Glasgow Editions of the works of Adam Smith. Liberty Fund. Indianapolis, 1985).

En *Los principios de moral y filosofía cristiana*, Turnbull profundiza en la utilidad de emplear el método de las ciencias naturales para una mayor eficacia los preceptos morales, dado que el método tradicional, deductivo y subsuntivo, carece de las condiciones para ser denominado como riguroso, aparte de que por siglos ha demostrado su limitada eficacia para responder a las necesidades del individuo y de la sociedad. En Turnbull, al igual que en Newton, la observación y la experimentación en materia moral, deben remplazar a la fe y a la lógica silogística, si se quiere que la moral cumpla con sus deberes como fundamento del progreso y de la prosperidad social. Para el logro de este fin, tanto la observación como la experimentación deben poner al descubierto las leyes que rigen la mente humana, las cuales, al ser aclaradas, deben servir para fundamentar de manera rigurosa el derecho, y para propiciar que en la vida social exista el mismo orden y belleza que existe en el orden de la naturaleza.¹⁴²

Dicho orden natural, que sirve de modelo para la promoción de las virtudes sociales, cuando es objeto de una observación atenta así como de una experimentación, remite indefectiblemente a la persona de Dios, constatación que pone de manifiesto la importancia que los estudios de la época van a conceder a la teología natural, la cual, tal como lo hemos afirmado, va a desplazar a la teología revelada, cuyos estudios no van a ser apreciados por los pensadores ilustrados, por considerarlos como poco rigurosos, y cuyas implicaciones van a ser consideradas como problemáticas por ser utilizadas para defender ciertos órdenes de autoridad religiosa y secular.

¹⁴² Cf. TURNBULL, G. *The principles of Moral y Christian philosophy*, Vol I. Liberty Fundation, Indianápolis, 2005. pp. 7 – 21.

Así pues, dicha opción por el método científico, siguiendo el modelo newtoniano, aplicado a la filosofía moral, coincidía con la orientación general de los estudios de la época, cual era la de servir de impulso para el progreso social en todas sus vertientes y perspectivas, tarea a la cual se va a sumar Smith con total dedicación.¹⁴³

Turnbull también reflexiona en sus obras sobre otros temas e intereses que van a ser capitales para Smith, tales como el contenido y alcances del “sentido moral” en la construcción de un proyecto ético y jurídico, la tendencia humana a la “la benevolencia” y su papel en la dinámica social y económica, así como “la relación entre el interés público y el privado”, a propósito de la precisión de las funciones, los límites y las interacciones entre la ética y el derecho, entre otros. Estas preocupaciones teóricas dan razón de algunas grandes líneas de investigación del pensamiento ilustrado escocés en general,¹⁴⁴ las cuales no fueron sólo trabajadas por Smith, pero es éste quien las va a llevar a grandes niveles de profundidad y precisión dentro del marco general de su producción académica.

Tal como ya lo hemos comentado anteriormente, la teología natural va a ser una de las grandes líneas de investigación del pensamiento ilustrado escocés, la cual encuentra en Turnbull a un agudo cultor que aporta a las discusiones en esta materia un elemento capital, cual es el de la relación entre la ésta y la ciencia natural, tomando una opción contraria a aquellos pensadores que afirmaban que no era posible establecer vínculo alguno

¹⁴³ Sobre este particular, véase MOORE, Terrence. *Introducción a las Observaciones sobre la educación liberal (Observations upon liberal education in all its branches)* Liberty Fund. Indianapolis, 2003. pp. ix – xviii.

¹⁴⁴ Para un estudio amplio y pormenorizado de los grandes intereses académicos de la Ilustración escocesa, véase STEWART Michael. (Ed). *Studies in the Philosophy of the Scottish Enlightenment*. Clarendon Press, 1991.

entre la creencia en Dios y la opción por un desarrollo científico siguiendo el modelo de las ciencias naturales.

A este respecto, Turnbull precisa que, a diferencia de la teología revelada, de la cual se aparta, la teología natural forma parte de los estudios de las ciencias naturales, ya que los estudios de las diversas ciencias naturales, no hacen otra cosa que mostrar facetas diferentes de la obra de Dios, y es precisamente la tarea de la teología natural el valerse de los datos de esas otras disciplinas naturales para articularlos con referencia al Creador.¹⁴⁵ Esta perspectiva de la articulación entre la ciencia natural y la teología natural, va a ser retomada por Smith en la organización de su curso de filosofía moral en Glasgow.¹⁴⁶

Igual planteamiento hace Turnbull respecto de la filosofía moral, a la que también considera como parte de las ciencias naturales, por cuanto su método, basado fundamentalmente en la observación racional de experiencias concretas de la conducta humana, la ubica en el escenario de los saberes rigurosos, los cuales descartan la especulación y las premisas no comprobadas como base de sus afirmaciones.

Con base en estos análisis de la teología natural, de la filosofía moral y del marco general de las ciencias naturales, Turnbull considera que hay una unidad en todos estos saberes, dentro de los cuales también ubica al derecho, puesto que esta disciplina expresa en términos normativos las leyes

¹⁴⁵ Cf. TURNBULL, G. *Experience proves this to be the law, with respect to mankind in their present state, "That whatsoever a man soweth, that shall he also reap"*. En, *The principles of moral and christian philosophy*. volumen 2, Sección 1, Proposición 7. Liberty Fund. Indianapolis, 2005. pp. 562 ss.

¹⁴⁶ Para un acceso a los textos filosófico - teológicos de los principales filósofos ilustrados, dentro de los cuales se incluye a Turnbull, y a comentarios sobre los mismos, véase FERGUSSON David. *Scottish Philosophical Theology*. Andrews UK, 2012.

de la naturaleza que deben regir la vida del hombre en sociedad, y dichas leyes no pueden ser cabalmente conocidas sino a través de una filosofía moral en armonía con una teología natural. Así pues, el derecho es garantía del ejercicio de la libertad, puesto que no se puede ser libre más que conociendo y observando las leyes de la naturaleza, las cuales, en última instancia, son igualmente expresadas por una filosofía moral rigurosamente elaborada. En este sentido, los aportes de la teología natural, de la filosofía moral y del derecho, se unifican dentro del marco metodológico de las ciencias naturales para permitir a los individuos alcanzar, de manera libre, sus propios objetivos.

En síntesis, a partir de una aplicación del método de las ciencias naturales, Turnbull promueve una educación moral liberal fundamentada teológica, filosófica y jurídicamente, la cual considera muy apta para apoyar los ideales de progreso de la Escocia de su época; estos mismos ideales, y con una análoga utilización del método de las ciencias naturales, van a ser abrazados también por Smith.

En esta dinámica, y en pro de apoyar el progreso social escocés, la educación va a cumplir un rol decisivo, puesto que va a permitir conocer tanto la naturaleza exterior al individuo, en sus regularidades, como la propia naturaleza humana, con sus pasiones y sus inmensas posibilidades, conocimiento obtenido a través de una observación atenta del acontecer cotidiano, y dentro de éste, en el análisis de experiencias concretas.¹⁴⁷ Para Turnbull, como para muchos de sus contemporáneos, es este conocimiento de la naturaleza, y su utilización para el bien común, el que va a permitir hablar plenamente de libertad.

¹⁴⁷ A propósito del método y del papel de la experiencia en las diferentes ciencias y disciplinas durante la ilustración escocesa, véase GARRETT Aaron y HARRIS James (Eds). *Scottish Philosophy in the Eighteenth Century: Morals, Politics, Art, Religion*. Vol. 1. Oxford University Press. 2015.

Como momento culminante de la transición del pensamiento renacentista a la Ilustración en Escocia, encontramos los trabajos de Francis Hutcheson, quien elabora, a juicio de muchos, el aporte filosófico más relevante de este período, motivo por el cual se le considera, con buenas razones, el fundador de la “Escuela escocesa de filosofía moral”, de la cual Hume y Smith van a ser sus dos exponentes más notables.

Hutcheson, nacido en Armagh, Irlanda, cursó estudios de filosofía, teología, derecho y literatura en la Universidad de Glasgow.¹⁴⁸ Siendo nieto e hijo de pastor presbiteriano, recibió una fuerte influencia religiosa familiar, la cual le llevó a abrazar la misma vocación de ministro de sus mayores, hecho que no le impidió tener un brillante desempeño académico y docente, llegando a ocupar la cátedra de filosofía moral en su universidad, cargo en el que sucedió a un notable personaje del renacimiento escocés, como fue Gershom Carmichael. Debido a esta influencia religiosa, la propuesta moral de Hutcheson tiene un carácter esencialmente práctico, en el sentido de involucrar no sólo fundamentos y precisiones de índole académica, sino que también, en la misma línea de los moralistas de la antigüedad clásica, pretendía que el estudio de la moral estuviese ratificado por una rectitud moral del sujeto y por un compromiso moral con los demás. A este respecto, para Hutcheson, debería sospecharse de un sistema moral que no indujese al individuo a ser un mejor ser humano.

Al igual que lo hicieran los más destacados pensadores renacentistas en Escocia, Hutcheson adopta el método de las ciencias naturales para sus investigaciones en los diversos tópicos que abordó, aplicándolo también a

¹⁴⁸ Una excelente visión de conjunto del pensamiento y de las perspectivas filosóficas abiertas por Hutcheson, se encuentra en MAUTNER Thomas. *Hutcheson's life and work*. Introducción a la obra “On human nature” de Francis Hutcheson. Cambridge University Press, 1993. pp. 3 – 87.

sus trabajos sobre filosofía moral, disciplina en la cual se destacó y a la cual le dedicó sus mayores esfuerzos, como lo testimonia una de sus primeras y más notables publicaciones, la cual tituló "*Investigación sobre nuestras ideas de belleza y virtud*" (1720)¹⁴⁹, en la que se evidencia claramente su utilización de un método novedoso en materia moral, ya que parte de la observación directa de experiencias concretas de la naturaleza humana, siguiendo el modelo de las ciencias naturales, pero empleando también, de manera rigurosa, la deducción, tarea en la cual obtiene los principios o premisas mayores de los datos aportados por la misma experiencia.¹⁵⁰

Es claro que Hutcheson abraza el método de las ciencias naturales, principalmente a causa de la influencia de Shaftesbury y de Locke, siendo esta una segunda etapa de su pensamiento, después de haber sido partidario del método escolástico, transición que hace de él un verdadero puente entre el pensamiento renacentista y el ilustrado, y que va a redundar en el mérito de proponer una articulación entre un racionalismo moderado y un empirismo basado en la naturaleza humana.¹⁵¹

Con esta opción, se aparta de los moralistas medievales y de muchos pensadores renacentistas, los cuales se centraban sólo en la utilización de un método deductivo, en el cual las premisas mayores eran aportadas por textos sagrados o por testimonios de la tradición; en este empeño,

¹⁴⁹ HUTCHESON Francis. *An Inquiry into the Original of Our Ideas of Beauty and Virtue in Two Treatises*. Liberty Fund. 2004.

¹⁵⁰ Sobre este punto, véase CAREY, Daniel. *Francis Hutcheson's Philosophy and the Scottish enlightenment. Reception, Reputation and Legacy*; en GARRETT Aaron y HARRIS James (Eds). *Scottish Philosophy in the Eighteenth Century: Morals, Politics, Art, Religion*. Vol. 1. Oxford University Press. 2015. pp. 36 – 76.

¹⁵¹ A propósito de la articulación entre racionalismo y experiencia en la obra de Hutcheson, véase KIVY, Peter. *Rationalist Aesthetics in the Age of Hutcheson*; en *The Seventh Sense Francis Hutcheson and Eighteenth-Century British Aesthetics*. Oxford Clarendon Press, 2003. pp. 127 – 142.

cultivaban asiduamente la lógica como herramienta fundamental para optimizar dicha metodología, pretendiendo convertir estos razonamientos en una especie de fortaleza inexpugnable desde el punto de vista formal.

Siguiendo su riguroso enfoque metodológico, Hutcheson publicó, entre otras destacadas obras, su *Ensayo sobre la naturaleza y conducta de las pasiones* (1728)¹⁵², así como una *Introducción a la filosofía moral*¹⁵³ (1753), y su conocida obra *Sistema de filosofía moral* (1755), en la cual explica, de manera articulada y panorámica, los diversos elementos que componen la moralidad humana, así como la manera cómo se puede acceder a una comprensión de los mismos. Esta obra es, a juicio de muchos especialistas, una síntesis depurada de las tesis morales de Hutcheson, así como la expresión de la madurez de su pensamiento. A este respecto Daniel Carey comenta:

“La obra es un sistema en dos sentidos, primero porque se considera al ser humano como inserto, por un plan divino, en un sistema que desde un cierto punto de vista impone deberes y obligaciones al sujeto, y presenta el desafío moral de ir más allá de estrechos marcos de referencia para acceder a una acción desinteresada al servicio del bien común.

En segundo lugar, Hutcheson realiza un intento sistemático por armonizar una serie diversa de compromisos morales, tales como el sentido moral, el derecho natural y los derechos naturales, realizándolo a través de métodos de observación y de sólida deducción”¹⁵⁴.

¹⁵² HUTCHESON, Francis. *An essay on the nature and conduct of the passion an affections. With illustrations on the Moral Sense*. Creative Media Partners, 2018.

¹⁵³ HUTCHESON, Francis. *Philosophiae Moralis Institutio Compendiaria with A Short Introduction to Moral Philosophy*. Liberty Fund. Indianapolis, 2007.

¹⁵⁴ CAREY, Daniel. Introducción a la obra “A System of Moral Philosophy” (1755) de Francis Hutcheson. National University of Ireland, Galway, 2000.

Hutcheson, en su perspectiva empirista, es uno de los pioneros en una apuesta por brindarle a la moral una sólida fundamentación en una naturaleza humana reconocida a través de la observación y de la experiencia, opción que va a ser seguida por sus discípulos Hume y Smith, así como por toda una larga lista de moralistas modernos y contemporáneos.¹⁵⁵

Desde esta opción metodológica, según Hutcheson, una observación atenta de la naturaleza humana permite identificar la existencia de otros sentidos, aparte de los cinco más conocidos, como son: 1) el *sentido público*, a raíz del cual sentimos agrado y complacencia ante la felicidad de los demás, y experimentamos malestar ante la miseria y el dolor de los demás, 2) el *sentido del honor*, por el cual nos sentimos complacidos y gratificados por el reconocimiento que los demás le otorgan a nuestras acciones, y 3) el *sentido moral*, el cual nos capacita para discernir la cualidad moral de nuestras acciones o de aquellas de los demás, siendo el mismo que nos genera placer o dolor, dependiendo de la bondad o maldad de las mismas. Estos postulados de Hutcheson sobre “los otros sentidos humanos” dan pie a que una excelente obra de Peter Kivy, en la cual realiza un profundo estudio sobre el pensamiento de Hutcheson, haya sido denominada *El séptimo sentido*.¹⁵⁶

A este respecto, el sentido moral se caracteriza por permitirle al individuo hacer cálculos, valoraciones y evaluaciones que le ayudan a determinar en qué medida las acciones están o no orientadas a la “*búsqueda de la mayor*

¹⁵⁵ Sobre las características e influjo posterior del pensamiento de Hutcheson, véase BLACKTONE, William. *Francis Hutcheson and Contemporary Ethical Theory*. University of Georgia Press, 1965.

¹⁵⁶ KIVY, Peter. *The Seventh Sense Francis Hutcheson and Eighteenth-Century British Aesthetics*. Oxford Clarendon Press, 2003.

felicidad para el mayor número de personas”, y por lo tanto le posibilita el determinar su grado de benevolencia.¹⁵⁷

En efecto, para Hutcheson, el tener en cuenta la cantidad de personas afectadas por la acción bondadosa, es fundamental para determinar el grado de bondad de la misma, ya que entre más amplio sea el número de personas respecto del cual se busca la felicidad, más bondadosa será esta. A este respecto Hutcheson precisa en su obra *“Investigación sobre nuestras ideas de belleza y virtud”*:

“Comparando las cualidades morales de las acciones en orden a regular nuestra elección entre varias opciones propuestas, o queriendo encontrar aquellas que tengan la más grande excelencia moral, somos conducidos por nuestro sentido moral de virtud para un juicio tal. En aquellas situaciones en que haya igual grado de felicidad, procedente de una acción, la virtud está en proporción al número de personas a las cuales la felicidad se extenderá... así pues, la virtud es un compuesto en proporción a la cantidad de bien y al número de beneficiados. De la misma manera, el mal moral, o el vicio, está en el grado de miseria y en el número de sufrientes; así pues, la mejor acción, es la que procura la más grande felicidad al más grande número; y la peor, de manera semejante, la que ocasiona [la mayor] miseria”¹⁵⁸.

¹⁵⁷ La principal obra en la que Hutcheson desarrolla su teoría sobre los sentidos, y en particular sobre el sentido moral es su *“Investigación sobre el origen de nuestras ideas de belleza y virtud”*, en la cual, en su segundo tratado titulado *“Investigación concerniente al origen de nuestras ideas de virtud o bien moral”*, se dedica a la exploración de los asuntos morales, en particular del *“sentido moral”*. Cf. HUTCHESON F. *An Inquiry into the Original of Our Ideas of Beauty and Virtue in Two Treatises*. Treatise II: *An Inquiry Concerning the Original of Our Ideas of Virtue or Moral Good*. Liberty Fund. Indianapolis, 2004. pp. 83 ss.

¹⁵⁸ HUTCHESON, F. *An inquiry into the original of our ideas of beauty and virtue*, (1720) Sección, III. Liberty fund. Indianapolis, 2004. p.125.

La existencia de este sentido moral, así como la orientación natural amorosa y benevolente del ser humano en la búsqueda de la felicidad de los demás, van a constituir dos de los principales aportes de Hutcheson a la posteridad, los cuales van a tener una decidida influencia no sólo en sus discípulos, sino, años después, en todo el pensamiento utilitarista, marcando indeleblemente la obra de pensadores tan destacados como Jeremías Bentham y John Stuart Mill, entre otros.

En este punto conviene aclarar que la categoría “sentido moral” es original de Anthony Ashley Cooper, tercer conde de Shaftesbury (1671 – 1713), más conocido simplemente como Shaftesbury, quien afirmaba que los seres humanos desarrollan naturalmente un sentido moral, el cual los capacita para elaborar juicios morales acerca de la bondad o maldad de las acciones, así como de su carácter virtuoso o vicioso. En este sentido, afirma Shaftesbury en su obra *An Inquiry Concerning virtue or Merit* (1699):

“Así ofensa e injuria son siempre conocidas como punibles por todos... Incluso, la más perversa criatura viviente debe tener un sentido. [...] que le permite encontrar algún significado de rectitud o de equivocación”¹⁵⁹.

A este respecto, ayuda recordar que la expresión “sentido moral”, utilizada tanto por Shaftesbury como por Hutcheson, es equivalente, en su orientación, contenidos e implicaciones, a la categoría “sentimiento moral” utilizada por Smith en su principal obra sobre la moralidad humana “*La Teoría de los sentimientos morales*” (1759). Sobre este punto, resulta esclarecedor el comentario de Esperanza Guisán:

¹⁵⁹ SHAFTESBURY, Anthony. *An Inquiry Concerning virtue or Merit* (1699). Liberty Fund, Indianápolis, 2004. p. 24.

“Por lo que a Shaftesbury (1671 – 1713) se refiere, no sólo fue el primero en emplear la expresión *moral sense*, que aquí entendemos como Raphael hace como equivalente a *sentimiento moral* (más que a *sentido moral*), sino que insistió, asimismo, en algunos de los postulados genuinos de las *éticas de los sentimientos morales*, como pudiera ser, entre otras aportaciones, su énfasis en la existencia de sentimientos de *sympatheia* espontáneos compartidos por el común de los mortales”¹⁶⁰.

Estas tesis de Hutcheson sobre el sentido moral y sobre la inclinación natural del ser humano a la benevolencia, explican su oposición, sus críticas y sus debates con las tesis de Thomas Hobbes y de Bernard de Mandeville que predicaban un egoísmo natural en el ser humano, las cuales estaban muy en boga en aquellos años de la Escocia que se adentraba en la Ilustración.

En su controversia con Hobbes, consignada en sus escritos tempranos, como la *Investigación sobre nuestras ideas de belleza y virtud*, Hutcheson piensa que sus ideas están equivocadas en incluso llega a calificarlas como “peligrosas”, afirmando que su equivocación consiste en proponer una visión de la naturaleza humana proclive a un *egoísmo natural*¹⁶¹, la cual califica como contraria a lo que es auténticamente natural, como es la *benevolencia*, categoría que el mismo Hutcheson consideraba como el centro mismo de la vida moral; de otra parte, la peligrosidad de las tesis de Hobbes, radicaría en el hecho de desestimular la vivencia de ciertas virtudes morales altruistas, las cuales son significativamente buenas no sólo para el individuo, sino para la sociedad y para la humanidad entera. Con respecto

¹⁶⁰ GUIJÁN, Esperanza. *Sentimiento Moral*, en *10 Palabras clave en ética* de Adela Cortina (Directora). Verbo Divino, Estella, 1998, p. 387

¹⁶¹ Conviene recordar que para Hobbes la vida del hombre en el estado de naturaleza, previo a la organización política, se caracteriza por una guerra de todos contra todos, la cual hace de la existencia una experiencia solitaria, pobre, brutal y breve; es precisamente en contra de esta postura que reacciona Hutcheson afirmando una benevolencia natural.

a su visión crítica de Hobbes, Hutcheson precisa en su *Ensayo sobre la naturaleza y conducta de las pasiones*,

[Al afirmar un egoísmo natural], el señor Hobbes parece no haber tenido las mejores nociones acerca del *Estado de naturaleza de la Humanidad*... [Puesto que] Si un observador usara su *sentido moral*, él juzgaría tal *constitución* como contraria a sí mismo, *extraña y sorprendente*, o *innatural*.¹⁶².

En este texto llama la atención la utilización que hace Hutcheson de la figura de un *observador*, el cual hace uso de su sentido moral como herramienta para discernir una situación o condición dada.¹⁶³ Esta misma figura del observador va a ser adoptada y desarrollada ampliamente por Smith, tal como lo veremos más adelante, siendo su aporte en este punto el de resaltar la neutralidad valorativa de dicho observador, calificándolo como “imparcial”; varios aspectos de la figura del observador, van a ser retomados contemporáneamente por John Rawls en puntos clave de su propuesta, como su célebre definición de la “justicia como imparcialidad”, y su figura de la “posición original”, los cuales, ostensiblemente, tienen un sabor smithiano.¹⁶⁴

En su crítica a las posturas morales que defienden un egoísmo natural en los seres humanos, Hutcheson también se opone a los trabajos de Bernard Mandeville (1670 – 1733). en contra del cual publica su conocida obra

¹⁶² HUTCHESON, F. *An essay on the nature and conduct of the passions and affections, with illustrations on the moral sense* (1728). Liberty fund, Indianápolis, 2003. p.151

¹⁶³ La figura del “observador” utilizada por Hutcheson y retomada por Smith, podría ser explicada desde la filosofía contemporánea española a través de figuras como “experimento mental”, expresión utilizada por José Montoya en su comentario sobre Rousseau en la *Historia de la Ética II* de Victoria Camps (Ed). Crítica, Barcelona, 2002.

¹⁶⁴ Sobre los vínculos entre el pensamiento de Adam Smith y el de John Rawls, véase Forman-Barzilai Fonna. *Adam Smith and the Circles of Sympathy: Cosmopolitanism and Moral Theory*. Cambridge University Press, 2010. pp. 166 ss.

Reflexiones sobre la risa, y comentarios sobre la fábula de las abejas (1750)¹⁶⁵ en la cual analiza y contradice los postulados que Mandeville propone en su obra más célebre *La fábula de las abejas, o cómo los vicios privados hacen la prosperidad pública* (1714).

Hutcheson, oponiéndose a Mandeville, quien afirmaba que los principios morales eran sólo una convención política y social, se afirma en Shaftesbury para precisar que dichos principios no se fundamentan en ninguna convención, sino que están dados en la misma naturaleza humana, la cual se puede verificar empíricamente y comprender racionalmente. En dichos principios morales, afirma Hutcheson denotando su carácter de ministro religioso, se destacan el amor y la benevolencia, que son instancias cuya orientación fundamental es altruista y social, y en ninguna manera egoísta, como lo planteaban Hobbes y Mandeville.

En Hutcheson, el ideal de todo ser humano es la vida virtuosa, en la cual se articulan su propio beneficio personal, ya que la virtud es la expresión más alta de la felicidad, y el bien de los demás, puesto que la realización de dicha virtud se encuentra en el trabajo efectivo por la felicidad de los demás. Esta premisa resultaba muy útil para apoyar el progreso social de Escocia, su nación de adopción, objetivo que se manifiesta como telón de fondo de sus intereses académicos, y que se verá claramente reflejado en los trabajos de Smith.

Para Hutcheson el hombre sabio es aquel que actúa de acuerdo con su “sentido moral”, en palabras de Smith, con su “sentimiento moral”, para lo

¹⁶⁵ HUTCHESON, Francis. *Reflections Upon Laughter, and Remarks Upon the Fable of the Bees*. R Urie, 1750. Disponible en: <https://books.google.com.pa/books?id=xuAtAAAAYAAJ&hl=es&pg=PP9#v=onepage&q&f=false>

cual es necesaria una actitud atenta que articule los datos de su observación del actuar humano, con las tendencias de amor y benevolencia presentes en su propia naturaleza. Es precisamente en este punto, tal como lo mencionábamos anteriormente, en donde se articulan en su pensamiento las dos tendencias de la moral ilustrada, por un lado, la *racionalista*, más vinculada con el pensamiento europeo continental, manifestada en su creencia en un origen divino del individuo, el cual marca y orienta su naturaleza, y por otro lado, la *empirista*, típica del pensamiento escocés, en la medida en que la moral, en sus contenidos precisos, se determina, comprende y explicita a través de las conductas concretas de los individuos que viven en sociedad, las cuales se perciben partiendo de la experiencia. A propósito de dicha articulación el siguiente pasaje es ilustrativo,

No hay parte de filosofía de más importancia, que aquella referida a un conocimiento justo de la naturaleza humana, y de sus variadas energías y disposiciones. Nuestra última investigación se ha dedicado a reflexionar sobre nuestra comprensión y sobre los métodos de obtener la verdad. Reconocemos, generalmente, que la importancia de cualquier verdad no radica en nada más que en su oportunidad o eficacia para hacer a hombres felices, o para darles el placer más grande y más duradero, en este sentido, la sabiduría denota solamente una capacidad de perseguir este extremo por los mejores medios¹⁶⁶.

La búsqueda de un progreso moral del ser humano y de su entorno social atraviesa la obra de Hutcheson¹⁶⁷, así como todo el pensamiento Ilustrado

¹⁶⁶ HUTCHESON, F. *An inquiry into the original of our ideas of beauty and virtue*, (1720). Prefacio. Liberty fund. Indianápolis, 2004. p. 7.

¹⁶⁷ Sobre este particular, véase JENSEN, Henning. *Motivation and the Moral Sense in Francis Hutcheson's Ethical Theory*. Martinus Nijhoff. The Hage. 1971.

escocés, y marcará igualmente la producción académica de sus discípulos Hume y Smith, llegando a constituirse en una marca indeleble del pensamiento utilitarista inglés, el cual se evidenciará también, con toda claridad, en algunos de sus principales representantes, como Jeremías Bentham y John Stuart Mill, cuya producción pretende continuar y desarrollar el trabajo de sus antecesores ilustrados. A este respecto resulta ilustrativo el comentario de Esperanza Guisán:

Tanto en el caso de Bentham como en el de Mill existe, además de un aparato teórico, *una voluntad transformadora de la sociedad*, un ánimo de proseguir y completar la tarea de los ilustrados, colocando al hombre como individuo como fin último de la reforma y transformación de la sociedad"¹⁶⁸.

En su intento por articular el empirismo y el racionalismo en el plano moral, en búsqueda del bien social, Hutcheson rechaza un racionalismo radical, porque la razón, por sí sola, no puede aportar los motivos para la acción, y, si bien es cierto que juega un importante papel en la acción moral ayudando a guiarnos a un fin previamente determinado por el *sentido moral*, esta no tiene la capacidad de generar tales motivos que deben impulsar al individuo a la acción benevolente. Dichos motivos son percibidos y valorados desde la experiencia misma, ya que hay un carácter en las acciones que es captado empíricamente, y no puede serlo de otra manera. A este respecto precisa Hutcheson:

En primera instancia hay algo que debe ser supuesto, y es que hay algo en las acciones que es captado como absolutamente bueno, esto es la benevolencia, o la tendencia a la pública y natural felicidad de los agentes racionales, y que es nuestro sentido moral el que percibe esta excelencia.

¹⁶⁸ GUISÁN, Esperanza. *El Utilitarismo*, en *Historia de la Ética* Vol. II, de Victoria Camps (Ed). Crítica, Barcelona, 2002. p. 459.

Luego denominamos leyes de bien divino a la constatación de que hay una contribución a la promoción del bien público de la manera más efectiva e imparcial. La divinidad es llamada bien, en un sentido moral, cuando entendemos que toda la providencia tiende a una felicidad universal de las criaturas¹⁶⁹.

En su rechazo al racionalismo radical, Hutcheson se opone a las tesis de Samuel Clarke (1675 – 1729), quien fuera conocido por su propuesta de un racionalismo ético, en el cual, análogamente a los trabajos de Espinosa, proponía un razonamiento geométrico en materia moral, en oposición al sentido moral. De Clarke, su obra más conocida es *A demonstration of the being and attributes of God* (1705), en la cual, al igual que lo hace Hutcheson, critica a Hobbes, pero desde la orilla racionalista.

A pesar de que la búsqueda del bien social, a través de la benevolencia y el amor, constituyen el eje articulador de la filosofía de Hutcheson, hay autores que consideran que dicha postura no puede ser considerada ni como utilitarista ni como consecuencialista, ya que la bondad de la acción no está condicionada por las consecuencias de esta, sino por una calificación previa proveniente del *sentido moral*¹⁷⁰. Aparte de esto, es claro que la benevolencia de Hutcheson se dirige sólo a los individuos, y exclusivamente a estos, a diferencia de la benevolencia que propondrá Smith que tiene una orientación universal. Sobre el carácter de la benevolencia en Hutcheson, T. A. Roberts precisa:

¹⁶⁹ HUTCHESON, F. Ibid. p.181.

¹⁷⁰Cf. JAFFRO, Laurent. (Ed) Introducción a *Le sens moral. Une histoire de la philosophie morale de Locke à Kant*, Paris, Presses universitaires de France, collection « Débats philosophiques », 2000.

... se puede notar cómo Hutcheson enfatiza que la benevolencia se realiza con agentes racionales: sólo agentes racionales pueden ser benevolentes, y sólo podemos actuar benevolentemente hacia agentes racionales¹⁷¹.

En síntesis, a Hutcheson le asiste el mérito de constituirse en un eslabón que vincula el pensamiento renacentista en las islas británicas con las ideas ilustradas, trabajo realizado mediante un proceso que es a la vez de articulación y de superación. De articulación porque fue capaz de renunciar a un racionalismo teísta de corte escolástico, el cual heredó de su tradición familiar, de su formación teológica y del ambiente de sus primeros años de formación, para optar por un racionalismo moderado, el cual vinculó con un empirismo, también moderado, y fundamentado en una aguda observación, así como en experiencias concretas de la naturaleza humana.

Y de superación, porque sus tesis son cualitativamente distintas de sus fuentes racionalistas y empiristas, que se mostraban mucho más radicales en sus posturas, y por lo tanto incapaces de reconocer los méritos de cada una de estas visiones que, en última instancia, remitían a un mismo pensamiento griego clásico, principalmente de corte aristotélico.

Hutcheson rompe con un academicismo moral, de corte lógico – deductivo, para insistir en una moral práctica orientada al bien y a la felicidad del otro y de la sociedad, con lo cual sienta las bases de una nueva manera de fundamentar y de dirigir la vida moral, como es “la experiencia concreta de la naturaleza humana”, postura que va a ser llevada hasta sus últimas consecuencias en el *Tratado de la naturaleza humana* de Hume, y en la *Teoría de los sentimientos morales* de Smith, cuyos rasgos fundamentales

¹⁷¹ ROBERTS, T.A. *The concept of benevolence. Aspects of Eighteenth – Century Moral Philosophy*. Macmillan, Edinburg, 1973. p. 10.

dejó Hutcheson plasmadas en su discurso de toma de posesión de su cargo como profesor en Glasgow titulado: *Inaugural Lecture on the social nature of man*.¹⁷²

1.2. Hume y la visión ética de la Ilustración escocesa.

1.2.1. El contexto de la Escocia ilustrada.

El término *Ilustración escocesa* se debe al historiador de la economía irlandés William Robert Scott, escritor prolífico y un gran especialista en el pensamiento de Adam Smith, quien publicó en 1900 una obra titulada *Francis Hutcheson, su vida, enseñanzas y posición en la historia de la filosofía*¹⁷³, en la cual califica a Hutcheson como el “prototipo de la ilustración escocesa” por el significativo impacto que tuvieron sus ideas, no sólo entre sus discípulos y contemporáneos, sino en todo el pensamiento de las Islas británicas y, desde allí, en el pensamiento moderno y contemporáneo.

Esta acta de nacimiento de la ilustración escocesa suscitó numerosas polémicas que se ubicaron en torno de dos tesis contrapuestas; la una afirmaba que la Ilustración fue un momento histórico universal y, por lo tanto, sin fronteras y sin una identidad nacional, puesto que sus rasgos comunes

¹⁷² HUTCHESON, Francis. *Inaugural Lecture on the social nature of man*, en *Two Texts on Human Nature*. Thomas Mautner (Ed). Cambridge University Press, 1993. pp. 107 ss.

¹⁷³ SCOTT, William Robert. *Francis Hutcheson, his life, teaching and position in the history of philosophy*. Cambridge University Press, 1900.

son identificables tanto en Alemania como en Francia y en toda Europa, al igual que en el Nuevo mundo. En un sentido contrario, se ubicaron quienes pensaban que sí existió una ilustración típicamente escocesa, los cuales, encabezados por el mismo Scott, afirmaban que los elementos distintivos del movimiento ilustrado en Escocia fueron, de una parte, su aguda conciencia de la necesidad de sacar a su país del subdesarrollo y de la pobreza en el que se encontraba en el siglo XVII y a comienzos del siglo XVIII, y de otra, un cultivo interdisciplinar de las ciencias y de las artes que hallaba su articulación en un proyecto social cuyo común denominador era la ética.

Tratando de dilucidar esta cuestión, conviene recordar que los ilustrados escoceses entendían que la Ilustración, más que un movimiento emancipador y/o renovador, o una mayoría de edad kantiana, era un mecanismo para el progreso social¹⁷⁴, motivo por el cual en él se cultivaron proyectos para el bienestar y la productividad social más que ideas libertarias, de autonomía y de emancipación.¹⁷⁵ Por este motivo, a diferencia del movimiento ilustrado en otras latitudes, en Escocia se consolidó un proyecto social integral que involucró desde la economía y el comercio, hasta la teología, la estética, la educación y, por supuesto, también el derecho, disciplinas cultivadas desde un común trasfondo ético.

¹⁷⁴ La definición de la ilustración escocesa como un mecanismo para el desarrollo social fue propuesta y desarrollada por Hugh TREVOR-ROPER, en su obra *History and the Enlightenment*. Yale University Press, 2010.

¹⁷⁵ Llama la atención que mientras la Ilustración en el continente se convirtió en el distintivo de la autonomía de la razón y su victoria sobre cosmovisiones oscurantistas, y en América sirvió para alimentar los proyectos de emancipación política respecto de Europa, en Escocia, el movimiento Ilustrado permitió y aprovechó el *Tratado de la unión* política entre este país e Inglaterra de 1711, puesto que, como ya lo hemos comentado, lo que realmente importaba a los escoceses ilustrados era el progreso económico, cultural, político y social, en esa incesante lucha de esa nación en contra de la pobreza a la que la habían sometido las guerras y las características geográficas de su territorio. Para una profundización sobre el contexto y las características de la Ilustración escocesa, véase ALLAN, David. *Scotland in the Eighteenth Century: Union and Enlightenment*. Routledge, London, 2013.

En efecto, la Escocia en el siglo XVIII reconoció la urgente importancia de desarrollar la industria, el comercio y la agricultura, para lo cual necesitaba de un marco académico, teórico e intelectual que clarificara, motivara, orientara y le diera solidez a los proyectos que se proponían para alcanzar esta meta, teniendo en cuenta que, al inicio de dicha centuria, de los, aproximadamente, cincuenta mil kilómetros cuadrados del territorio escocés, menos del diez por ciento era cultivable, y sólo unos cuantos dígitos de aquella extensión se utilizaba para el pastoreo o la explotación de madera y de otros productos.

Este hecho hizo que los intelectuales vieran en las ideas ilustradas, que comenzaban a florecer por doquier en la Europa continental, una veta que, con los debidos énfasis y adaptaciones, les ayudaría a transformar eficazmente las difíciles condiciones sociales que les aquejaban. En dicho contexto emerge la idea de que lo primero que se debe transformar, si se quiere cambiar la sociedad, es la mentalidad y la cultura de los individuos, desde la toma de conciencia de que los cambios reales y eficaces sólo son conseguibles a partir de un cambio de las maneras de pensar y de pensarse de los ciudadanos. Es en este supuesto en el que halla su explicación el decidido énfasis que el movimiento ilustrado escocés le da al estudio de la naturaleza humana, y a las consecuencias éticas que de él se desprenden.

Dentro de este macroproyecto de explorar la naturaleza humana y la ética como fundamentos del desarrollo económico, político y social, emerge la figura de David Hume (1711 -1776), quien, a partir de la conciencia de las urgentes necesidades de su país, propone un sólido edificio cuyos cimientos son precisamente un estudio de la condición propia del ser humano y una propuesta ética, desarrollados en su célebre *Tratado de la naturaleza*

humana (1739 – 1740)¹⁷⁶, los cuales profundiza ulteriormente, entre otros textos, en su conocidas obras *Ensayos sobre moral y política* (1741 - 1742), e *Investigación sobre los principios de la moral* (1751).

El reconocer los aportes de Hume va a ser clave para la comprensión de varias de las propuestas de Smith, no sólo por la cercanía personal y académica que les vinculaba, sino porque en múltiples aspectos, Hume desarrolla más ampliamente algunos tópicos que Smith va a dar por supuestos, y va a apoyarse en ellos.

En la misma línea de los principales filósofos escoceses que le antecedieron, Hume opta por aplicar en sus investigaciones el método propio de las ciencias naturales, como lo habían hecho Newton y Boyle, puesto que, tal como lo comentábamos anteriormente, Hume quería constituirse en el “Newton de las ciencias morales”¹⁷⁷, hecho que explica el subtítulo que le asigna a su *Tratado*, considerándolo como “*Un intento de introducir el método de razonamiento experimental en las cuestiones morales*”, perspectiva metodológica que retomará en su *Investigación sobre el entendimiento humano* (1748). En este punto, Hume no consideraba errado el aplicar el método de las ciencias naturales a la naturaleza humana, puesto que los individuos, al igual que todos los seres, pertenecen a la naturaleza, y no habría razones válidas para pensar que los principios, que se mostraban exactos y útiles en otras materias, no fuesen igualmente válidos en el estudio del ser humano.

¹⁷⁶ HUME, David. *Tratado de la naturaleza humana (TSM)*. Ediciones Orbis, Barcelona, 1984, edición concordada con su original en inglés *A Treatise of human nature*. Liberty Fund. INC, 2005. Disponible en <http://oll.libertyfund.org/titles/hume-a-treatise-of-human-nature>

¹⁷⁷ Sobre esta perspectiva del pensamiento de Hume, véase MCINTYRE, Jane. *Hume: Second Newton of the Moral Sciences*. Hume Studies Volume XX, Number 1. April 1994. pp. 1-18.

Valga recordar que el espíritu que anima el proyecto empirista del cual Hume participa, tiene una doble perspectiva, puesto que, por un lado, se empeña en promover una emancipación y una ruptura con los lazos y las estructuras del pasado, y por otro, se orienta hacia un progreso científico que se proyecta en un ámbito económico, al reconocer en la naturaleza una inmensa fuente de riqueza.

Así pues, los filósofos empiristas, partidarios del método de las ciencias naturales, reconocen las hondas limitaciones que tiene el deductivismo lógico a la hora de comprender al ser humano y a su entorno natural, y perciben que dicha manera de comprender legitima y mantiene “el antiguo régimen”, y también perpetúa las estructuras sociales, políticas y económicas del pasado, no permitiendo la emergencia y desarrollo de un mejor futuro.¹⁷⁸

Hume era perfectamente consciente del momento histórico que estaba viviendo su país, así como de la importancia del movimiento ilustrado dentro de él, por lo cual, en 1756, le escribe a su amigo y editor William Strahan una carta en la que le dice, “Yo creo que esta es una etapa histórica y que esta es una nación histórica”¹⁷⁹. Esta toma de conciencia explica el por qué inicia sus investigaciones dándole prioridad a un trabajo de fundamentación global de su propuesta, tal como lo hace en su *Tratado*, con el cual pretendió sumarse al movimiento académico que apuntaba a beneficiar el progreso social, económico y cultural de su país.

¹⁷⁸ Para una profundización acerca de las relaciones entre el empirismo y la economía política en el contexto de la ilustración en las Islas británicas, véase TAYLOR, J. *British Empiricism and Early Political Economy: Gregory King's 1696. Estimates of National Wealth and Population*. Greenwood Publishing Group, 2005, especialmente el cap. 4o, pp. 23 – 36.

¹⁷⁹ HUME, David. *Letters to William Strahan*. Ed. G Birkbeck Hill. Clarendon Press, Oxford 1888. Liberty Fund, 2018. Disponible en <http://oll.libertyfund.org/titles/hume-letters-of-david-hume-to-william-strahan>

El *Tratado*, comprendido como introducción y fundamento de su visión filosófica, fue redactado en tres volúmenes durante su estadía en Francia, dos de los cuales vieron la luz en 1739. Con esta obra, Hume quería fundar una ciencia del hombre aplicando el método experimental, la cual consideraba como una base fundamental para llevar a buen término las tareas sociales que se proponía la Escocia ilustrada. Dicha ciencia del hombre, en la visión de Hume, estaba al mismo nivel de otras disciplinas que por aquel entonces se consideraban más rigurosas y exactas. A pesar de esta altruista y ambiciosa finalidad, la publicación de la obra no tuvo inicialmente la acogida que Hume esperaba, lo que causó una honda decepción a su autor que le llevó a afirmar:

Nunca ha habido un esfuerzo literario más infortunado que mi Tratado de la naturaleza humana. Fue, en verdad, un aborto editorial que jamás llegó siquiera a la distinción de excitar la murmuración de los fanáticos¹⁸⁰.

A pesar de esa primera reacción, el libro, a los pocos años, fue reconocido por su novedad y sus muy significativos aportes, al punto de llegar a ser considerado como la mejor obra de Hume, y uno de los textos imprescindibles del pensamiento filosófico occidental, aunque el propio Hume consideraba que su mejor obra era la *Investigación sobre los principios de la moral*.¹⁸¹

¹⁸⁰ HUME, D. *Mi vida*, Texto citado en la introducción a su obra *Investigación sobre la moral*. Losada, Buenos Aires, 2003. p. 13

¹⁸¹ Para una profundización en el contexto vital de Hume y en los momentos clave de su vida, véase CAMPBELL, Ernest *The Life of David Hume*. Oxford University Press, 2001. Para una mejor comprensión de sus opciones académicas, resulta particularmente iluminador el cap. 4. "Student days at Edimburg". pp. 35 – 51.

En el *Tratado*, con una clara intención global de tipo ético, Hume desarrolla en su tomo primero titulado “Del entendimiento”, un profundo estudio sobre las formas del comprender humano desde el punto de vista de la experiencia, mostrando la faceta práctica de dicho proceso.

En sus páginas, al igual que Locke, Hume considera que la validez de todo conocimiento depende exclusivamente de estar fundamentado en la experiencia, reaccionando así a toda la tradición metafísica, y asumiendo una postura diferente de la de Hutcheson y de varios de sus contemporáneos los cuales, si bien enfatizaban el valor de la experiencia en el conocimiento, no descartaban el papel de la razón en el acto cognoscitivo, así como en sus implicaciones prácticas de naturaleza ética.

Para Hume la metafísica no había sido nunca un saber riguroso, sino un intento frustrado de conocer lo incognoscible, y desde allí generar consecuencias carentes de validez; esta constatación le lleva a afirmar la necesidad de un replanteamiento general de dicha teoría del conocimiento. En esta tarea, Hume comienza por descartar las ideas innatas análogamente a lo que había hecho Locke, creencia por demás muy difundida en aquella época, y que era recurrentemente justificada desde una teología considerada como revelada, a la cual Hume se contrapone con firmeza afirmando que todos los conocimientos provienen de la experiencia de los sentidos.

Con base en estos supuestos, en el primer volumen del *Tratado*, Hume propone una teoría del conocimiento empírica, en la cual denomina “percepciones” a todos los contenidos de la mente, y estos a su vez los subdivide en “impresiones” y en “ideas”. Las impresiones son datos provenientes directamente de la experiencia humana, los cuales se

caracterizan por su viveza al provenir directamente de la realidad; estas impresiones son la base de las “ideas”, las cuales tienen un carácter de copias o imágenes atenuadas, y por lo tanto son más débiles y mediatas respecto de su fuente. Sin embargo, según Hume, siempre hay una correspondencia entre las impresiones y las ideas; en este cuadro, la creatividad humana sería entonces un ejercicio de mezcla, combinación y articulación de dichos datos provenientes de la experiencia.¹⁸²

A propósito de este análisis, Hume precisa que el proceso de vinculación y de combinación de los datos de la experiencia, se realiza en virtud de la semejanza, la contigüidad y de la relación causa – efecto que existe entre tales datos en un determinado espacio y tiempo. A este respecto Hume precisa:

Aunque en sus razonamientos sobre causa y efecto lleve la mente su examen más allá de los objetos que ve o recuerda, no debe perderlos en ningún caso de vista por completo, ni razonar simplemente sobre sus propias ideas, sin estar combinadas con impresiones o, al menos, con ideas de la memoria que equivalen a impresiones. Cuando hacemos una inferencia desde las causas a los efectos tenemos que establecer la existencia de estas causas.¹⁸³

Para Hume, esta distinción y relación entre las impresiones y las ideas va a ser muy importante a la hora de fundamentar su visión de la moralidad humana, así como sus análisis jurídicos, puesto que en ellos van a jugar un rol preponderante las impresiones, dado que, en su concepto, las creencias

¹⁸² Para una profundización en la teoría del conocimiento de Hume, véase STERN, George. *A Faculty Theory of Knowledge: The Aim and Scope of Hume's First Enquiry*. Bucknell University Press, 1971, especialmente resulta iluminador el capítulo 5o “Experimental reason”. pp. 70 – 98.

¹⁸³ HUME, David. *Tratado de la Naturaleza humana*. Libro I, Parte III, Sección IV. Editorial Orbis, Barcelona, 1984. p. 188.

básicas que empleamos los seres humanos para la vida práctica son extraídas de éstas, y no de las ideas presentes en los argumentos racionales. Con estas afirmaciones, y tal como lo desarrollaremos más adelante, Hume ayuda a fundamentar teóricamente el “Common law”, perspectiva jurídica de carácter empírico y práctico que se complementa con la propuesta hutchensoniana, la cual fue llevada hasta sus últimas consecuencias por el utilitarismo, a través del énfasis en la necesidad de una búsqueda de la mayor felicidad para el mayor número de personas, a la cual nos hemos referido anteriormente.¹⁸⁴

Este, sin duda, será un aporte fundamental que recibirá Smith de Hume en su concepción del derecho, y que se reflejará con claridad en sus *Lecciones de jurisprudencia*,¹⁸⁵ las cuales son una concretización jurídica de su visión moral expresada en su *Teoría de los sentimientos morales (TSM)*, puesto que Smith adopta misma la premisa de Hume, quien afirmaba que la moral es una cuestión englobante que nos debe interesar por encima de todas las demás cuestiones teóricas, dado que, en última instancia, hablar de filosofía moral es equivalente a hablar de ciencia de la naturaleza humana.

Esta afirmación explica cómo el *Tratado* cumple en la obra de Hume una función análoga a la de la *TSM* en el pensamiento de Smith, y explica la importancia que se le concedía a los cursos de filosofía moral en aquella época, ya que servían de fundamento de legitimación y de

¹⁸⁴ Sobre el influjo del pensamiento humeano en la configuración del derecho anglosajón, véase MCARTHUR, Neil. *David Hume's Political Theory: Law, Commerce, and the Constitution of Government*. University of Toronto Press, 2007.

¹⁸⁵ La versión en lengua española de las *Lecciones de Jurisprudencia* de Smith (LJ), que utilizamos en estas líneas, es la traducción de Manuel Escamilla y José Joaquín Jiménez. Editorial Comares, Granada, 1995., la cual ha sido confrontada con el original en lengua inglesa de “Lectures on Jurisprudence”, de la Glasgow Edition, publicado por la Liberty Fund. 1982.

fundamentación de las propuestas económicas, jurídicas, estéticas y teológicas, entre otras.¹⁸⁶

Llama la atención el hecho de que dicha cátedra sólo le era concedida a académicos prominentes como Carmichael, Hutcheson y el mismo Smith, y que no le fuera adjudicada a Hume en razón de sus posiciones teológicas, las cuales, injustamente, fueron calificadas como ateas por sus contemporáneos; incluso su maestro y amigo Francis Hutcheson, en 1745, desaconsejó el nombre de Hume para orientar la cátedra de filosofía moral en la Universidad de Edimburgo, uniéndose al consejo de un equipo de teólogos que analizó su postulación para el cargo.

Así pues, resulta claro el por qué los estudios jurídicos estaban insertos dentro del curso de filosofía moral, dado que, en la visión de Hume que será también la de Smith, no es posible determinar unas exigencias jurídicas más que sobre la base de unas ideas fundadas en impresiones provenientes de la experiencia real y concreta de los individuos, proceso este realizado a partir del sentido o sentimiento moral.¹⁸⁷ A este respecto, si la causa inmediata de nuestros actos no es la razón, ella tampoco puede fundar un derecho, como lo pretendían los iusnaturalistas racionalistas que influyeron en el pensamiento escocés anterior y contemporáneo a Hume, como fueron Pufendorf, Bodino y Grocio, de los cuales hablaremos más adelante.

¹⁸⁶ Para una visión sinóptica de la producción académica, con una fundamentación moral, en Hutcheson, Hume y Smith, véase HOPE, Vincent. *Virtue by Consensus: The Moral Philosophy of Hutcheson, Hume, and Adam Smith*. Clarendon Press, 1989.

¹⁸⁷ Sobre las relaciones entre el derecho y un orden moral social captado a través de la experiencia, en el contexto de la Ilustración escocesa, véase HAMOWY, Ronald. *The Scottish Enlightenment and the Theory of Spontaneous Order*. Southern Illinois University Press, 1987.

1.2.2. El empirismo moral de Hume.

Es un hecho claro que, para Hume, la razón debe subordinarse a las pasiones, obviamente sin entenderlas en su sentido actual, en el cual se les otorga una connotación preferentemente afectiva y sexual, sino entendiendo el término a la usanza su época, es decir, como el conjunto de percepciones, emociones y afectos. De esta manera, con el tema de las pasiones desarrollado en el segundo volumen del *Tratado*, Hume va a precisar otros elementos importantes que explican algunas de las posturas más importantes de Smith, particularmente aquellas que más nos interesan como son las jurídicas. A este respecto, y precisando el cómo la moral funciona de manera análoga al mundo natural, por lo cual el método de las ciencias naturales es aplicable también en el plano moral, Hume precisa:

De hecho, si advertimos de qué forma tan adecuada se refrendan entre sí la evidencia *natural* y la *moral*, y cómo en lo referente a ellas nos formamos una sola cadena de argumentos, no podemos sentir ya reparo alguno en admitir que ambas son de la misma naturaleza y se derivan de los mismos principios.¹⁸⁸

En este contexto es importante entender que Hume se interesa notoriamente en el aspecto emocional propio de la naturaleza humana, por cuanto es de allí de donde emerge la fuerza y la determinación para las acciones. Esta constatación permite entender el por qué le da importancia a la distinción entre las impresiones producto de la sensación, o primarias, dentro de las cuales se encuentran las que provienen de los sentidos, los dolores y placeres, entre otras, y aquellas originadas en la reflexión, o

¹⁸⁸ HUME, David. *Tratado de la naturaleza humana*. Tomo II. Parte III, "De la voluntad y las pasiones directas". Orbis, Barcelona, 1984. p. 605.

secundarias, que proceden de las primeras, dentro de las cuales se encuentran las pasiones. Hume reconoce que esta división puede resultar inexacta, pero le resulta útil para enfatizar que la razón tiene un rol en la conducta de los individuos, pero no es su causa sino un mero instrumento de la pasión. Estas afirmaciones se encaminan a enfatizar que, en última instancia, las decisiones humanas no obedecen a la razón sino a la inclinación de los individuos que, fundados en sus experiencias, buscan naturalmente el placer y evitan el dolor, de allí que no sea exacto el hablar de la "lucha entre las pasiones y la razón", puesto que esta última no puede oponerse a los verdaderos móviles empíricos de las acciones, como tampoco puede producir nunca una acción o un impulso.¹⁸⁹

En este esquema, el individuo termina actuando con base en sus experiencias previas de placer o de dolor, desde las cuales se suscitan emociones de atracción o de repulsión respecto del objeto o de la causa que dio origen a dicha experiencia placentera o dolorosa. Esta misma emoción, según Hume, conduce a un razonamiento respecto de la causa, que genera un impulso a la acción, el cual, sin embargo, no es su determinante fundamental, ya que este se halla en la experiencia. Desde estos supuestos, la razón, por sí sola, nunca puede generar ningún tipo de acción o manifestación de la voluntad.

Con base en este diseño de una teoría del conocimiento, Hume elabora su propuesta ética, la cual describe de manera precisa el subtítulo de su *Tratado*, calificándola como "*Un intento de introducir el método de razonamiento experimental en las cuestiones morales*", supuesto que le conduce a afirmar de manera lapidaria en el título de la sección primera

¹⁸⁹ Para una profundización respecto del papel que le otorga Hume a la razón en el ámbito moral, véase BAILLIE, James. *Hume on morality*. Routledge Taylor & Francis Group, London, 2001, especialmente el capítulo 5o "Against moral rationalism". pp. 97-132.

del libro primero que “*Las distinciones morales no se derivan de la razón*”,¹⁹⁰ y si esto es así, la sola razón no puede determinar las formas concretas de la acción humana, la cual, tal como lo explicó en el libro primero del mismo *Tratado*, se origina en las pasiones y en los afectos.

A este respecto, no sobra insistir en que Hume no desecha totalmente el rol de la razón en la estructura moral humana, pero no la reconoce como el determinante fundamental de las conductas, puesto que la razón consiste fundamentalmente en el establecimiento de relaciones entre impresiones o entre ideas, pero es incapaz de mostrar el por qué una acción es buena o mala, y el por qué se debe preferir una respecto de la otra. En este sentido, el carácter de bondad o de maldad de una persona, de una idea o de una acción, tal como lo afirmamos anteriormente, proviene de una impresión generada desde el sentido moral, cuya esencia misma es la simpatía, la cual nos sintoniza con las experiencias del otro, y proviene de la conciencia de la identidad común que vincula a los seres humanos. Hay simpatía entre los seres humanos, porque compartimos una misma naturaleza humana, y tal sentimiento es aquel que nos sintoniza, nos identifica y abre el camino a la comunicación, a la convivencia y a la solidaridad.¹⁹¹

En efecto, la simpatía constituye el centro de la propuesta moral de Hume, término que proviene de la voz griega “*sympátheia*” la cual resulta de la unión de dos raíces “*sum*”, que significa “*con*”, y “*pathos*”, que significa “*padecer*” o “*sentir*”, de donde resulta su significado como comunidad de sentimientos o padecimiento compartido. En este sentido, es la simpatía la

¹⁹⁰ HUME, David. *Tratado de la naturaleza humana*. Tomo III. Parte I. Orbis, Barcelona, 1984. p. 671.

¹⁹¹ A propósito del rol de la simpatía en la propuesta moral de Hume, véase BROWN, Charlotte. *Hume on Moral Rationalism, Sentimentalism, and Sympathy*, en “A companion to Hume” Elizabeth S. Radcliffe (Ed). Blackwell Publishing, 2008. pp. 219 – 239.

que permite la comunicación y la transferencia de experiencias y de sentimientos entre las personas.

En el ámbito moral, que ulteriormente va a fundar el derecho, resulta importante recordar la preeminencia de las impresiones respecto de las ideas¹⁹², el cual también va a estar presente en Smith, y que permite explicar con claridad el centro de la perspectiva jurídica que hoy se conoce como el *Common law*, o como la *Doctrina del precedente*, por cuanto si la moral como el derecho se fundamentan en experiencias concretas, y no en ideas, resulta obvio que deba dársele prevalencia a un derecho que ya ha sido vivido y experimentado por la comunidad, y no a aquel que ha sido expresado en normas contenidas en un código, procedentes de razonamientos ajenos a los sujetos que deben regirse por las mismas.

En este punto se manifiesta un elemento que va a ser decisivo en el derecho de Smith, cual es el de la eficacia de esta disciplina, cuestión que abordaremos posteriormente con más profundidad, pero que a grandes rasgos consiste en preocuparse porque el derecho cumpla con su objetivo descrito en el enunciado normativo, meta que se facilita, tanto en Hume como en Smith, dándole un fundamento a las normas en una moral determinada a través de la experiencia, así en una comprensión jurídica de la realidad misma, cuestión que va estar presente, a manera de trasfondo, en la principal obra jurídica de Smith, sus *Lecciones de jurisprudencia*.¹⁹³

Adicionalmente, conviene recordar un importante criterio que inerva la propuesta moral de Hume, así como su visión del derecho, es aquel

¹⁹² La relación entre las impresiones y las ideas es desarrollada por Hume como fundamento de su propuesta moral en la Parte I, del Tomo I de su *Tratado de la naturaleza humana*. Orbis, Barcelona, 1984. pp, 87 – 116.

¹⁹³ SMITH, Adam. *Lecciones de jurisprudencia*. Para la referencia bibliográfica, ver la nota No. 132 del presente escrito.

heredado de su maestro Hutcheson que afirma que “aquello que es útil para el bien y la felicidad de la sociedad, por su propia naturaleza, genera nuestro asentimiento”; a este respecto, este principio explica, en buena medida, el origen de las normas en la visión jurídica anglosajona, la cual se funda en una utilidad fáctica de las mismas que, al ser reconocida por la comunidad, adquiere un carácter vinculante.¹⁹⁴ Y es precisamente este principio hutchensoniano de utilidad el que sirve de clave para comprender la noción de la justicia propuesta por Hume, la cual entiende como “un artificio fundado en la utilidad pública”, que se origina en las necesidades humanas, se precisa a través de convenciones entre los individuos miembros de una misma sociedad, y se promueve a través de procesos educativos. Sobre este punto Hume precisa:

El sistema total, sin embargo, de la ley y la justicia es ventajoso para la sociedad, y en consideración a esta ventaja fue por lo que los hombres la establecieron mediante sus convenciones voluntarias. Una vez que fue establecida por estas convenciones, va siempre naturalmente acompañada con un fuerte sentimiento moral que no puede proceder más que de nuestra simpatía con los intereses de la sociedad¹⁹⁵.

A este respecto, el calificativo de “artificio”, es empleado por Hume como sinónimo de “convención”, y su utilización tiene como finalidad el enfatizar que la virtud de la justicia tiene un carácter empírico y no metafísico, tal

¹⁹⁴ Esta concepción del derecho se vincula con la propuesta contemporánea de Herbert Hart de una “norma de reconocimiento”, categoría muy importante para el positivismo analítico del siglo XX, en la cual, ante la ausencia de una norma precisa para un determinado “caso difícil”, se debe apelar a una norma presente en el sentir mayoritario de los ciudadanos, en la cual éstos reconocen su sentimiento de la justicia. Cf. HART, Herbert. *El concepto de Derecho*. Abeledo Perrot, 2011.

¹⁹⁵ HUME, David. *Tratado de la naturaleza humana*. En este caso, como en otros que se indican, preferimos la traducción de Vicente Viqueira, para la Biblioteca de autores clásicos, la cual nos parece más acorde al original de la Liberty Fund., y las páginas corresponden a la edición de Libros en la red. p. 410. Para los demás casos, seguimos la traducción de Félix Duque, de Ediciones Orbis.

como lo proponían los iusnaturalistas teocráticos y los racionalistas a los cuales Hume se oponía.¹⁹⁶

Desde esta perspectiva, para Hume el vínculo entre el sentido moral y el principio de utilidad en el cual funda la justicia, opera a través de la simpatía, por eso la noción de la justicia emerge de las experiencias mismas de los individuos en sociedad con las cuales simpatizamos a través del sentido o sentimiento moral. A este respecto, este texto de Hume resulta esclarecedor

Participamos por *simpatía* del malestar del afectado. Y como todo lo que produce malestar en las acciones es llamado Vicio, cuando se considera en general, mientras que lo que produce satisfacción, también en general, es llamado Virtud, esta es la razón de que, el sentimiento del bien y del mal morales siga siempre a la justicia y a la injusticia. Y aunque en el caso presente este sentimiento se haya derivado únicamente del examen de las acciones de los demás, no dejamos de extenderlo también a nuestras propias acciones¹⁹⁷.

Con base en estas precisiones, resulta evidente que el derecho en Hume, al igual que lo será para Smith, es fruto de una convención social que se va construyendo a partir de las experiencias concretas de las personas, y que, en ningún caso, asume la figura del contrato, como en Hobbes o en Rousseau, por sus rasgos racionalistas. Esta perspectiva jurídica resulta fundamental para que la misma sociedad alcance “el mayor grado de felicidad para el mayor número de individuos”, tal como reza el principio utilitarista de su maestro Hutcheson, cuadro en el cual la propiedad juega

¹⁹⁶ Para una profundización en la perspectiva jurídica empírica de Hume, y de las diferentes interpretaciones de su influencia en el derecho anglosajón, véase SALWÉN, Hakan. *Hume's Law: An Essay on Moral Reasoning*. Almqvist & Wiksell, 2003., especialmente el apartado titulado “Different lines of interpretation”. pp. 10 ss.

¹⁹⁷ HUME, *Tratado de la naturaleza humana.*, Libro III, Parte II. Orbis, Barcelona. 1984. p. 726 – 727.

un importante papel como elemento que colabora para alcanzar el bienestar social, motivo por el cual, tanto el derecho como la economía, deben ocuparse de la producción, comercialización y protección de la misma. A este respecto, sobre el carácter de la propiedad Hume precisa:

Es evidente que la propiedad no consiste en alguna de las cualidades sensibles del objeto, pues éstas pueden permanecer invariablemente las mismas, mientras que la propiedad cambia. Por consiguiente, la propiedad debe consistir en alguna relación del objeto; pero no puede ser con relación a otros objetos externos e inanimados, pues éstos pueden continuar invariablemente los mismos, mientras que la propiedad cambia. Por consiguiente, esta cualidad consiste en las relaciones de los objetos con los seres inteligentes y racionales. Sin embargo, no es la relación externa y corporal la que constituye la esencia de la propiedad, pues esta relación puede ser la misma entre objetos inanimados o con respecto a los animales, aunque en estos casos no da lugar a la propiedad. Por consiguiente, la propiedad consiste en una relación interna, es decir, en alguna influencia que los objetos tienen sobre el espíritu y las acciones¹⁹⁸.

Para fundamentar todo su aparato conceptual, y dentro de él, para clarificar la función del derecho, casi sin excepción los ilustrados escoceses incluyeron dentro de su producción académica textos teológicos, y obviamente Hume y Smith no fueron la excepción¹⁹⁹, puesto que sin ellos quedaba incompleta la estructura sobre la que debía cimentarse su proyecto social. En este sentido, dentro de la misma Ilustración escocesa se

¹⁹⁸ HUME, David. *Tratado de la naturaleza Humana*. p. 374., Edición de la Biblioteca de autores clásicos.

¹⁹⁹ Sobre este punto, conviene recordar que el curso de Filosofía moral que Smith impartía en la Universidad de Glasgow, tenía una primera parte dedicada precisamente a la teología natural. Sobre la perspectiva teológica de los trabajos de Smith, véase OSLINGTON, Paul. *Adam Smith as Theologian*. Taylor & Francis. Routledge Studies in Religion, 2011. Especialmente resulta importante el capítulo II titulado "Adam Smith Theology and Natural law ethics". pp. 24 – 32.

evidencia una transición de una teología, considerada como revelada, aunque no discordante con una teología natural, que se puede rastrear claramente en el renacimiento en la obra de Galileo Galilei (1564 – 1642), y cuyo exponente más prominente en el pensamiento ilustrado escocés es Hutcheson, y una teología puramente natural que desdeñaba todo vínculo con alguna revelación sobrenatural o con alguna tradición religiosa. Sobre este punto, resulta muy esclarecedor este texto de Galileo en el cual se aprecia con claridad la opción por una teología natural armonizada con una teología revelada:

No puedo creer que Dios nos haya dotado de sentidos, palabra e intelecto, y haya querido, despreciando la posible utilización de estos, darnos por otros medios las informaciones que por aquellos podamos adquirir, de tal modo que aún en aquellas conclusiones naturales que nos vienen dadas por la experiencia o por las oportunas demostraciones, debamos negar su significado y razón.²⁰⁰

Así pues, la reflexión teológica resultaba un asunto central para la moral, puesto que una moral revelada implicaba admitir unos preceptos que no necesariamente estaban orientados hacia el progreso social, tal como lo aprecia Hume, y porque la aceptación de dichos preceptos implicaba, ineludiblemente, la subordinación a autoridades religiosas que actuaran como custodias de tal ordenamiento moral, asunto que, igualmente, resultaba totalmente problemático para Hume. Por estas mismas razones, los asuntos teológicos también resultaban fuertemente determinantes para el derecho, la economía, y sobre todo para cuestiones de carácter político y gubernamental.

²⁰⁰ GALILEI, Galileo. *Carta a Cristina de Lorena*; en *Cartas copernicanas*. Ebook Classic. 2015.

Desde esta toma de conciencia, Hume propone una teología natural acorde con su teoría del conocimiento y con su concepción de la ética, en manifiesta oposición a una teología considerada como revelada. La cual está consignada principalmente en su *Historia natural de la religión* (1757), y en sus *Diálogos sobre la religión natural* (1779).²⁰¹

En este sentido, Hume es manifiestamente un creyente, de ahí que no hayan sido ni sigan siendo válidas las acusaciones de ateísmo que se le han dirigido; a este respecto, resulta ilustrativo este texto en el que evidencia su creencia religiosa:

Aunque la necesidad de los hombres, bárbaros y sin instrucción, sea tan grande que les haga incapaces de reconocer la existencia de un autor soberano en las obras de la naturaleza más evidentes, con las que están muy familiarizados, resulta casi imposible que una persona dotada de buen entendimiento rechace esa idea cuando se le sugiere. Es evidente que existe un propósito, una intención, un designio en todas las cosas y cuando nuestra comprensión se amplía hasta el punto de contemplar el origen primero de este sistema visible, tenemos que aceptar, con la más firme convicción, la idea de una causa o autor inteligente"²⁰².

Sería objeto de una extensa investigación, que supera nuestro objetivo en estas líneas, el determinar si Hume, al igual que Smith, pueden ser considerados como deístas, ya que en dicho calificativo juega un papel decisivo la razón, al considerar al deísmo como una "religión de la razón". A este respecto, el problema radicaría en el papel de la experiencia directa

²⁰¹ Para una profundización sobre el papel de la religión en Hume, véase BADÍA, Miguel. *La reflexión de Hume en torno de la religión*. Ediciones Universidad de Puerto Rico, 1996., especialmente el apartado titulado "La naturaleza de la investigación humeana de la religión". pp. 75 – 84.

²⁰² HUME, David. *Historia natural de la religión*. Trotta, Madrid, 2003.p. 147.

de la realidad en el esquema de humeano y smithiano, en el cual la razón tiene un rol subordinado. Sin embargo, hay autores como Sergio Rábade que afirman categóricamente el deísmo de Hume:

...el deísmo fue concebido y explicado como una religión natural y una religión de la razón. Es religión natural, porque es un fenómeno y un producto humano como resultado del ejercicio de determinadas capacidades humanas. Y, por supuesto, religión de la razón. Para el deísmo no hay otro fundamento de la religión que el de la naturaleza humana. Ni hay más justificación que la aportada por la naturaleza humana²⁰³.

Lo que sí resulta claro es que, tanto en Hume como en Smith, hay una abierta crítica a todo lo que sean leyendas, mitos y milagros en los textos religiosos, hechos que remiten a lecturas metafísicas o fideístas de la religión a las cuales nos hemos referido, y que para ellos resultaban contrarias al objetivo de progreso y bienestar que deberían perseguir todas las ciencias, entendidas desde el método de las ciencias naturales.

En síntesis, el pensamiento de Hume resulta clave para comprender las propuestas de Smith, tanto por sus convergencias, como por aquellos aportes de Hume que sirven para explicar el pensamiento de Smith, y porque Smith presupone o se adhiere explícita o implícitamente a muchos de los postulados humeanos.

En este sentido, hay una casi total coincidencia en su visión filosófico – social, en su concepción de la naturaleza humana, en sus bases cognoscitivas y en el papel preponderante que ambos autores le otorgan a la moral en el

²⁰³ RABADE, Sergio. *Hume y la religión*. Introducción a la *Historia natural de la religión* de David Hume. Trotta, Madrid, 2003.

proyecto académico – social ilustrado, tal como lo prueba el paralelismo entre el *Tratado* de Hume y la *Teoría de los sentimientos morales* de Smith. Desde esta perspectiva se podría afirmar que, teniendo una análoga sensibilidad social ilustrada, así como una semejante visión de la naturaleza humana, de la moral, de la economía y del derecho entre otras materias, cada autor desarrolla con mayor amplitud y detalle ciertos tratados respecto del otro; así pues, Hume trabajará con mayor detalle su visión del conocimiento humano y de la teología, en tanto que Smith se empeñará en profundizar con mayor amplitud en la economía y en el derecho, tópico que nos ocupa en esta investigación.

Los cinco primeros siglos del pensamiento filosófico escocés, que comienzan con la obra de Juan Duns Escoto, en la segunda mitad del siglo XIII, hasta la inauguración del pensamiento ilustrado con la obra de Francis Hutcheson, muestran con claridad, de un lado, la configuración de una filosofía con identidad propia, y de otro lado, a propósito de nuestro interés de comprender mejor la obra de Adam Smith, que el pensamiento del filósofo de Kirkaldy tiene unos muy fuertes vínculos con los pensadores escoceses que le precedieron, antecedentes a los cuales poco se les hace justicia por vincular, con buenas razones, el pensamiento de Smith con otros filósofos no escoceses.²⁰⁴

Respecto de la identidad del pensamiento escocés sobresalen dos rasgos fundamentales; el primero, el reintegrar en el pensamiento filosófico una fuente racionalista con otra de naturaleza empirista, proceso en el cual, con diferentes niveles de intensidad, se pretende evitar las posturas extremas extremos y los radicalismos, partiendo del supuesto de que es la misma

²⁰⁴ Un ejemplo que ilustra esta situación se encuentra en VIVENZA, Gloria, *Adam Smith and the Classics: The Classical Heritage in Adam Smith's Thought.*, en "The Adam Smith Review Vol I. Routledge Taylor and Francis Group, 2004. pp. 182 ss.

naturaleza humana la que propicia y fundamenta dicha reintegración. Este rasgo, que ya se vislumbra en las obras de Duns Escoto, queda esclarecido en los aportes de Francis Hutcheson, aunque en el recorrido del uno al otro, haya habido también algunos pensadores minoritarios que se apartan de este rasgo de identidad. El segundo rasgo, será el de optar decididamente por un empirismo, ya sea reconociéndole a la razón un rol significativamente menor en la estructuración del conocimiento, como en el caso de Smith, o decidiéndose por un empirismo manifiesto, como en el caso de Hume.²⁰⁵

De otro lado es claro que, desde sus mismos inicios, el pensamiento filosófico escocés está comprometido con su identidad nacional y con el progreso de su sociedad, siendo un filosofar de cara a la realidad y vinculado con sus problemas. A este respecto, los orígenes del pensamiento escocés muestran cómo la manera de hacer filosofía de Smith, reflejada en sus obras así como en la organización de su curso de filosofía moral en Glasgow, era típica de los académicos de su época, y respondía a una tradición en la cual, con total naturalidad y buscando el progreso social al que nos hemos referido, se articulaban los problemas filosóficos, estéticos, teológicos, jurídicos, económicos y literarios, entre otros, en un marco filosófico moral unitario, el cual les otorgaba coherencia y sentido. Con este compromiso con la realidad nacional concreta, la filosofía escocesa nace como un filosofar para la felicidad y el progreso social,²⁰⁶ apartándose de una filosofía meramente especulativa o defensora de posiciones de poder ajenas al bienestar concreto de la sociedad.

²⁰⁵ Sobre este particular, véase GARCÍA – BORRÓN, Juan. *Empirismo e ilustración inglesa. De Hobbes a Hume*. Cincel, Madrid, 1985.

²⁰⁶ Para una profundización en la significación e implicaciones sociales de la filosofía escocesa, véase BUCHAN, James. *Crowded with Genius: The Scottish Enlightenment: Edinburgh's Moment of the Mind*. Harper Collins, 2004.

De otra parte, categorías que van a ser fundamentales en el pensamiento smithiano, como el observador, la imparcialidad, el sentido o sentimiento moral, la benevolencia, así como su fundamentación empírica en la naturaleza humana, sin renunciar a cierta dosis de componente racional como lo hemos dicho, están ya presentes en sus predecesores, sin que esto, obviamente, le reste mérito al trabajo del filósofo del Kirkcaldy, ya que va a ser en el mismo Smith en el que dichas categorías y propuestas lleguen a unos elevados niveles de desarrollo y de articulación.

En este escenario, el pensamiento de Hume va a ser clave para una comprensión de las propuestas smithianas, y en particular para nuestro interés en su visión del derecho, ya que pudiésemos hablar con total tranquilidad de un “iusnaturalismo empirista”, el cual rompe con las versiones tradicionales del iusnaturalismo²⁰⁷, vigentes hasta entonces, para dar paso a una nueva versión de esta visión del derecho, en este caso fundada en experiencias, vivencias y aprendizajes concretos de los individuos en sociedad, la cual va a ser el núcleo de lo que hoy conocemos como el “derecho anglosajón” o la tradición del “Common law”, de la cual nos ocuparemos en el siguiente capítulo.

²⁰⁷ Sobre los desarrollos del derecho natural y sobre el papel del empirismo en ellos, véase DASTON, L. and STOLLEIS, M (Eds). *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe. Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy*. Max Planck Institute for History of Science, Berlin, 2008., especialmente el capítulo 4o “The Concept of (Natural) Law in the Doctrine of Law and Natural Law of the Early Modern Era” de Jan SCHRODER. pp. 57 – 72.

SEGUNDO CAPÍTULO

La unidad de la obra de Adam Smith y su pensamiento jurídico

Los orígenes del derecho occidental en el pensamiento griego clásico han sido relativamente poco estudiados desde un punto de vista eminentemente jurídico, dada la preeminencia que han tenido los estudios sobre el derecho romano, no sólo por su la abundancia de sus fuentes, sino por su manifiesta influencia en la configuración de la tradición del derecho europeo continental, al punto que dicha tradición se ha denominado también “civil law” o “derecho romano germánico”.²⁰⁸

A este respecto, muchas de las investigaciones sobre esta importante etapa han formado parte de investigaciones filológicas, arqueológicas e historiográficas²⁰⁹, entre otras, y no han abundado los estudios jurídicos especializados sobre este período, el cual pasa casi inadvertido en los estudios en las facultades de derecho. A pesar de este hecho, las investigaciones que se han realizado sobre la producción jurídica en la Grecia clásica nos muestran un panorama muy iluminador que nos sirve

²⁰⁸ A propósito de la importancia e influencia del derecho romano en la Europa continental y en América latina, véase MERRYMAN, John y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. Stanford University Press, 2007., especialmente el cap. IV “The sources of law”. pp. 20 – 24.

²⁰⁹ Un ejemplo de este tipo de estudios se encuentra en CASSAYRE, Aude. *La justice sur les pierres. Recueil d'inscriptions à caractère juridique des cités grecques à l'époque hellénistique*. Revista Digital « Criminocorpus », Disponible en: <http://journals.openedition.org/criminocorpus/2954>

para comprender los orígenes, los fundamentos, y las falencias del derecho occidental, entre otras nos dan pistas para entender el por qué de su escasa eficacia, y, a propósito de nuestro interés en estas líneas, nos aportan importantes pistas para esclarecer el sentido y alcances del derecho en la Ilustración escocesa y en la obra de Adam Smith.

Una de estas pistas viene dada por el hecho de que el derecho griego clásico se construyó en torno de tres modelos que han marcado el desarrollo de esta disciplina hasta el presente, como fueron el modelo teológico, el antropológico – ciudadano, y el racionalista. De estos modelos, el más desarrollado fue el antropológico – ciudadano, aunque tuvieron que pasar más de veinte siglos para que fuese retomado parcialmente por la Ilustración escocesa, dado que durante la mayor parte de la historia de occidente prevalecieron, con múltiples énfasis y matices, los modelos teológico y racionalista.

Teniendo en cuenta la importancia de la elaboración jurídica en Grecia y su influjo posterior, en un primer apartado de este capítulo abordamos la cuestión del *Iusnaturalismo y el derecho en la Ilustración escocesa (2.1)*, tarea en la cual hacemos un recorrido panorámico sobre los antecedentes del derecho occidental, desde sus orígenes, hasta el iusnaturalismo racionalista del renacimiento²¹⁰, a fin de precisar el giro y los aportes específicos del derecho ilustrado escocés, en el que está comprendida la producción jurídica de Adam Smith.

En este punto, respecto del giro dado por el derecho ilustrado escocés, resulta fundamental el resaltar la reformulación de las relaciones entre el

²¹⁰ A pesar de que los filósofos morales escoceses se nutrieron de las fuentes de un iusnaturalismo de tipo racionalista como el que proponían destacadas figuras como Juan Bodino (1530 – 1596), Hugo Grocio (1583 – 1645) y Samuel Pufendorf (1632 -1694), a la postre, sus máximos exponentes, como Hume y Smith, se separan de esta fundamentación, para optar por un iusnaturalismo de tipo antropológico con una base empírica.

derecho y la filosofía moral en términos empíricos y naturalistas, evidenciando una ruptura con el iusnaturalismo racionalista y, sobre todo, con el de tipo teocrático, el cual se resistía a ceder terreno, no sólo porque estaba en juego una visión teísta de la sociedad, sino sobre todo, porque la vigencia de un derecho legitimado teológicamente, como el que había propuesto Santo Tomás en la *Suma Teológica*, implicaba también la sumisión del poder monárquico de las islas británicas a las autoridades eclesiásticas de la Europa continental.²¹¹ Esta problemática la abordamos en el apartado *El iusnaturalismo y su perspectiva política. (2.1.1)*

Este hecho explica la importancia que en la Ilustración escocesa se le reconocía a los estudios sobre teología natural, que abundaron por aquel entonces, los cuales servían para la proposición de un iusnaturalismo no teocrático, que se fundaba en una naturaleza humana y divina a la vez, a la cual se podía tener acceso directamente a través de la experiencia y no a través de libros revelados y de autoridades religiosas. Y es, precisamente, esa experiencia directa a la realidad, la que permite la emergencia de la filosofía del *common sense* (sentido común), categoría que va a jugar un rol decisivo en la construcción de un derecho que va a ser comprendido, fundamentalmente, como mecanismo para la solución de los problemas político – sociales de la época,²¹² temática que desarrollamos en el apartado titulado: *Iusnaturalismo y progreso social en la Ilustración escocesa. (2.1.2)*

En dicho contexto social se evidenció una fuerte inclinación hacia la utilización del método empírico, comprendiéndolo como el fundamento de

²¹¹ Sobre este particular, véase BROOKS, Christopher. *Political realities and legal discourse in the later sixteenth century.*, en "Law, Politics and Society in Early Modern England". Cambridge University Press, 2009. pp. 51 – 92.

²¹² Para una profundización sobre las perspectivas jurídicas del sentido común, véase COCHRAN, Patricia. *Common Sense and Legal Judgment: Community Knowledge, Political Power, and Rhetorical Practice*. McGill-Queen's Press. 2017.

validación de las diversas disciplinas que se querían poner al servicio del progreso, desde la teología hasta el derecho. Esta opción metodológica servía como eje que articulaba las exploraciones de los filósofos en distintas áreas, tendencia que va a permitir hablar de una “unidad en el pensamiento de Adam Smith”, o de una “coherencia interna de sus propuestas”²¹³, descartando las hipótesis que afirman contradicciones sustanciales en el mismo, aspecto que abordamos en el apartado denominado *La hipótesis de los dos Adam Smith y la unidad en su pensamiento como marco de su visión jurídica. (2.2)*

En dicho apartado nos centramos en la aclaración de dos cuestiones fundamentales; por un lado, en el mismo sentido de la producción académica de los filósofos renacentistas e ilustrados, como John Mair, resulta evidente que *los libros de Smith son el resultado de un único proyecto investigativo (2.2.1)*, cuya finalidad se encuentra en la propiciación del progreso social de su nación.

Por este motivo, *El derecho de Adam Smith sólo se puede comprender cabalmente en el marco de su concepción académica y social (2.2.2)*, así como desde su fundamentación empírica y moral, dado que, en última instancia, los preceptos jurídicos serían aquellos mismos de una “ética humana, civil y ciudadana”, pero acompañados de un carácter de “exigencias”, dada su importancia para la promoción del orden, del bienestar y del progreso social.

En este punto resulta fundamental el valernos del sentido contemporáneo de los términos ética y moral, puesto que, a pesar de que Smith y sus contemporáneos emplean el término “moral”, en un lenguaje

²¹³ Sobre la coherencia o unidad interna del pensamiento de Smith con base en su opción metodológica de tipo empirista, véase MONTES, Leonidas. *Newtonianism and Adam Smith.*, en “The Oxford handbook of Adam Smith”. BERRY, C., PAGANELLI, M., & SMITH, C. (Eds). Oxford University Press, 2013. pp. 36 – 53.

contemporáneo sus postulados corresponderían más exactamente a lo que hoy comprendemos con el término “ética”²¹⁴, problemática abordada en el apartado titulado *Un derecho ético en Adam Smith* **(2.3)**. A este respecto, es claro que en la Ilustración escocesa no sólo se opera un cambio radical en la concepción del derecho natural, pasando de un iusnaturalismo teocrático o racionalista, a otro de corte empirista, sino que también se da una *transformación en las relaciones entre el derecho y la moral* **(2.3.1)**, la cual va a tener hondas repercusiones en la legitimidad, y sobre todo en la *eficacia del derecho*, como queda plasmado con claridad en las *Lecciones de Jurisprudencia* de Adam Smith **(2.3.2)**.

2.1. El iusnaturalismo y el derecho en la Ilustración escocesa.

En el siglo XIX historiadores, como Fustel de Coulanges, afirmaban que había una gran cercanía entre los principios y las reglas que habían regulado la vida en la Grecia clásica y en Roma, motivo por el cual el derecho en ambas civilizaciones se podía estudiar como un proceso homogéneo²¹⁵. Este tipo de estudios, a pesar de los aciertos que evidencian, como el de resaltar el papel de la religión en la configuración del derecho, fueron desestimados por investigaciones recientes que muestran cómo el derecho griego posee

²¹⁴ Sobre la distinción contemporánea entre ética y moral, véase CORTINA, Adela y MARTÍNEZ, Emilio. *Ética*. Akal, Madrid, 2001. pp. 9 – 28.

²¹⁵ En un conocido libro titulado *La ciudad antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las Instituciones de Grecia y Roma*, Fustel de Coulanges sostenía que existió una gran proximidad entre las instituciones jurídicas de estas dos grandes civilizaciones; a este respecto véase la edición en lengua castellana de la Editorial Porrúa, México, 2003. Especialmente el cap. No. 1 “Las creencias antiguas”. pp. 7 – 32.

unos rasgos distintivos muy importantes respecto del derecho romano, y que en él pueden rastrearse, al menos tres modelos de fundamentación de esta disciplina, como son el teocrático, el empírico o ciudadano, y el racional.

En estos tipos de fundamentación, desde una perspectiva lógica, se evidencia, ya sea la presencia de un razonamiento inductivo, que conecta con la realidad, en el caso del empírico o ciudadano, o de tipo deductivo, como en el caso del modelo teocrático, o en la versión racionalista, que vincula el derecho con una idea racional de la justicia. Esta constatación permite identificar en el derecho griego los principales tipos de fundamentación del derecho occidental, ya que la tradición europea continental, básicamente, se desarrolla sobre un razonamiento deductivo, en tanto que el derecho anglosajón, al cual pertenece el derecho ilustrado escocés, y dentro del cual se incluye la propuesta jurídica de Adam Smith, razona inductivamente.

En lo que respecta a la fundamentación teocrática del derecho griego, conviene aclarar que bien pudiese hablarse de un “derecho mítico”, ya que sus normas, sus principios y sus valores toman su valor y su fuerza como exigencias normativas de los mitos fundacionales de la cultura griega, principalmente de los escritos por Homero, como la *Ilíada* y la *Odisea*, y por Hesíodo, como la *Teogonía* y *Los trabajos y los días*.²¹⁶

Durante los períodos Micénico y Homérico de la historia griega, las tribus conformadas por Aqueos, Eolios, Jonios y Dorios, que durante siglos conformaron comunidades independientes, conformaron paulatinamente una sola nación, la *Hélade*, gracias dichos mitos con los cuales se fueron identificando y fueron formando un imaginario colectivo en torno a un

²¹⁶ Sobre el vínculo entre derecho y religión en la Grecia antigua, véase PARKER, Robert. *Law and religion*; en “Cambridge Companion to ancient Greek law”. Cambridge University Press, 2005. pp. 61 – 81.

origen, a unos valores y normas compartidas²¹⁷, así como a un destino común.

Tales mitos, que durante largo tiempo tuvieron la forma de tradiciones orales, fueron organizados y ensamblados en historias unitarias, hasta las versiones finales de la pluma de Homero y Hesíodo, en los cuales, a través de las narraciones sobre hechos, gestas y personajes, aparecen virtudes y modelos de conducta que van a servir para la configuración de exigencias jurídicas. Dentro de estas ideas se destaca aquella de la existencia de “un orden” que rige las fuerzas divinas, naturales y la vida de los hombres; dicha noción de orden fundamenta la exigencia de “unas conductas virtuosas” que deben ser observadas por todos los seres humanos, so pena de recibir un castigo divino.

Los protagonistas de los mitos, como Odiseo o Aquiles, son presentados, ante todo, como hombres virtuosos, los cuales hacían gala de unos valores y de unas conductas que deberían servir de ejemplo a todos en observancia de la voluntad de los dioses. A este respecto, virtudes como la generosidad, la responsabilidad, el respeto, la justicia o la piedad al rendir culto a los dioses, todas ellas presentes en los relatos de Homero, deberían observarse irrestrictamente, porque ellas expresaban una voluntad superior que no estaba sometida al arbitrio de los individuos. Bástenos recordar que en el conocido “Juicio a Sócrates”, una de las acusaciones era precisamente aquella de la “impiedad”, hecho que muestra con claridad la vigencia de un derecho de inspiración teocrática.²¹⁸

²¹⁷ A propósito de la importancia de la esfera de los valores y de la ética en la configuración de la nación griega antigua, véase FERGUSON, John. *Morals and values in ancient Greece*. Bristol Classical Press, 1989. pp. 53 ss.

²¹⁸ Una excelente y profunda revisión crítica del juicio a Sócrates se encuentra en BRICKHOUS, Thomas y SMITH, Nicholas. *Socrates on Trial.*, Oxford University Press, 1989., especialmente resultan importantes los análisis sobre la desobediencia civil de Sócrates pp. 137 – 153.

Respecto de la noción de orden, esta implicaba que el cosmos, el mundo y la naturaleza, no eran ámbitos caóticos, sino que obedecían a un ordenamiento preestablecido que debería ser comprendido y observado por los seres humanos; es por esto que los mismos personajes homéricos, como Aquiles, Agamenón y Odiseo, se ven determinados por las fuerzas que emanan de dicho orden, el cual es equivalente a la voluntad divina.²¹⁹

Y es precisamente esta idea de un orden divino la que se expresa a través de las normas, dentro de las cuales se destacaron aquellas formuladas por Solón (638 – 558 AC) quien, siendo un aristócrata ateniense, promulgó una serie de leyes tendientes a desestimular la concentración del poder y de la riqueza, así como a aliviar la vida de los pobres agricultores, quienes se estaban viendo enfrentados a grandes penurias por los abusos de la oligarquía ateniense. *La constitución de Solón (594)* constituye un referente imprescindible para comprender el sentido y los alcances del derecho griego²²⁰, dado que su obra legislativa en general y las instituciones que creó, marcaron una pauta para numerosos desarrollos legislativos y políticos ulteriores, al punto que Aristóteles lo cita en varias oportunidades tomando posición respecto de sus acciones y sus propuestas políticas.²²¹

Fueron precisamente las instituciones creadas por Solón, la *eclesía* (ἐκκλησία), o asamblea de los ciudadanos, y la *boulé* (βουλή), o consejo de los ciudadanos, aquellas que dieron origen al segundo modelo o tipo de derecho griego, aquel que pudiéramos denominar “ciudadano”, “popular”

²¹⁹ Sobre este particular, véase MAS, Salvador. *Ethos y Polis. Una historia de la filosofía práctica en la Grecia clásica*. Istmo Madrid, 2003. pp. 21 – 88.

²²⁰ RANDALL, Bernard. *Solon: The Lawmaker of Athens*. Leaders of ancient Greece. The Rosen Publishing Group Inc, 2003. pp. 50 ss.

²²¹ Las principales referencias de Aristóteles a la obra de Solón, se encuentran en su libro *Constitución de los atenienses*. Madrid, Gredos, 1984. Traducción de Manuela García.

o “empírico”, ya que partían de las experiencias y de los sentires mismos de los ciudadanos, en ejercicio de un razonamiento lógico inductivo.²²²

En dicho contexto, la asamblea de los ciudadanos, o asamblea popular, cumplía con las funciones que hoy denominamos “poderes públicos”, es decir, la creación de las leyes, la dirección del Estado y la administración de justicia, al lado de las funciones inherentes a la organización interna del mismo Estado y a las relaciones internacionales. Por su parte el consejo de los ciudadanos tenía la función de proponer iniciativas legislativas a la decisión de la asamblea popular, y cumplía la tarea de asesorar las decisiones ejecutivas, en un ejercicio análogo al que siglos después, bajo el imperio napoleónico, cumpliría el “consejo de Estado”.

A este respecto, investigadores actuales sostienen que este modelo del derecho griego, al igual de lo que sucedió en la mayoría de las civilizaciones antiguas, se creó a partir de prácticas concretas de resolución de conflictos y de celebración de pactos contractuales para el intercambio de bienes y de servicios; dichas prácticas fueron creando unas constantes de acción, que se pudiesen asimilar al término costumbres, las cuales eran debatidas públicamente por los ciudadanos para sacar conclusiones con fuerza normativa.²²³

Dichas constantes de acción, de manera análoga, produjeron un tejido de valores que conformó en la Grecia clásica lo que hoy pudiésemos denominar como “una moral pública” cuya expresión normativa constituyó el derecho. En este punto, algunos estudiosos, al hacer un estudio de la producción literaria entre el período Homérico y el siglo V a C, han

²²² Sobre esta forma de elaboración del derecho griego, véase GAGARIN, Michael – WOODRUFF, Paul. *Early Greek Legal Thought.*, en MILLER, Fred - BIONDI, Carrie-Ann (Eds) *A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics*. Vol. VI. Springer, 2015. pp. 24 ss.

²²³ Sobre este particular, véase Michael, GAGARIN. *Early Greek Law*. University of California Press, 1989 pp. 8 ss.

encontrado sistemas de valores y de creencias que, con un origen en las prácticas cotidianas, dieron pie a una moralidad pública reconocida y aceptada,²²⁴ la cual constituye la base de las normas jurídicas.

Es necesario reconocer que esta fuente empírica del derecho griego, no descartaba que el fundamento último de las exigencias normativas fuese la voluntad divina, a pesar de que las expresiones legales en sí mismas emanaban de los cuerpos colegiados de ciudadanos.

Sobre la correlación de las fuentes del derecho en la producción jurídica griega, resulta iluminador el comentario de Carl Joachim Friedrich

La filosofía jurídica de los griegos descubrió, en la época de la ilustración sofista, el problema del derecho, de la ley y la naturaleza, de *nomos* y *physis*. Originalmente, *nomos* era la costumbre sagrada, la que se impone y se considera justa en la *polis*. Es el orden que lo abarca todo. Píndaro, el poeta, dio la fórmula precisa: *nomos basileus pantom*: el derecho de esta costumbre sagrada se describe como lo que lo rige todo y sobre todo. Sin embargo, al irse perdiendo la fe que servía de base a este punto de vista, se produjo el deterioro del *nomos*. La doctrina de los sofistas, más particularmente la de Protágoras, de que el hombre es la medida de todas las cosas, dio lugar a que el *nomos* se contemplara en la perspectiva del hábito, por un lado, y del estatuto, por el otro. Cabe preguntarse por qué razón no se interpretó el *nomos*, simplemente, como el conjunto de hábitos típicos de cada comunidad de la *polis*. Cualquiera que haya sido la explicación, **aparece la idea de que el derecho, como el orden de la comunidad, es una creación del hombre y una creación conforme con su naturaleza de que todos los hombres son iguales por naturaleza y que, por consiguiente, tiene sentido hablar de uno *nomos* para todos.**²²⁵

²²⁴ A este respecto, véase ADKINS, A. W. H. *Moral values and political behavior in ancient Greece. From Homer to the end of the Fifth Century*. Chatto & Windus, London, 1972.

²²⁵ Cf. FRIDRICH, Carl Joachim. *La filosofía del derecho*. Fondo de cultura económica. Breviarios. México, 1993. p. 27. Las negrillas son nuestras.

Este comentario de Friedrich esclarece cómo el derecho griego, sin dejar de tener en cuenta un buen número de matices en cuanto a su fundamentación, cuyo estudio pormenorizado rebasa el objetivo que nos proponemos en estas líneas, tiene, predominantemente, tres orientaciones básicas, una de tipo iusnaturalista teocrática, al reconocerse como fundado en la voluntad de los dioses del Olimpo, otra de carácter empírico, ciudadano o dialógico, en la cual los debates en las instituciones creadas por Solón eran el ámbito de creación de unas normas que expresaban sus costumbres y sus valores, las cuales, en última instancia expresaban su idea del hombre y del ciudadano;²²⁶ y una tercera de tipo racionalista, en la cual la idea de justicia se encontraba en el fundamento del ordenamiento jurídico, perspectiva que alcanza su producción más depurada en el pensamiento de Aristóteles.

Una mirada de conjunto de estas perspectivas nos permite aclarar cómo el derecho ilustrado británico, y dentro de él la propuesta jurídica de Adam Smith, va a recuperar el vínculo del derecho con una naturaleza humana concreta, y con las costumbres prácticas de los ciudadanos en su desenvolvimiento cotidiano.

Respecto de la fundamentación racionalista del derecho griego, ella constituye un amplio universo cuya profundización rebasa el interés que nos proponemos en estas líneas, por eso bástenos señalar que, en cuanto tercera perspectiva del derecho griego, aparte de la mítico – teocrática, y de la empírico – dialógica o ciudadana, ella encuentra en las tesis de Aristóteles su máxima expresión; a este respecto, el estagirita comprende el derecho dentro de las llamadas “ciencias prácticas”, y sitúa la cuestión de

²²⁶ Sobre la relación entre normas y valores en el contexto griego antiguo, véase BRYANT Joseph. *Norms and Values: The Articulation of the Polis-Citizen Bond*; en *Moral Codes and Social Structure in Ancient Greece A Sociology of Greek Ethics from Homer to the Epicureans and Stoics*. State University of New York Press. 1996. pp. 79 ss.

la justicia, categoría en torno de la cual se articula el derecho, en un diálogo entre la ética y política, ámbitos estrechamente entrelazados y cuya comprensión aislada es cuasi imposible, dado que la conducta del ser humano comprendido como individuo, ámbito del cual se ocupa la ética, no es separable de la conducta de la persona en cuanto ser social, de la cual se ocupa la política, motivo por el cual esta distinción, en última instancia, viene a ser más académica y formal, que real y material.²²⁷

Desde esta perspectiva el derecho aristotélico puede denominarse como “racionalista”, puesto que él, como dinámica ético – política, está llamado a orientar la vida humana de una manera “virtuosa”, dado que la realización individual y social del ser humano no pertenecen al ámbito de una simple vida, análoga a la de los vegetales, como tampoco a una existencia meramente sensitiva, como la de los animales, por lo cual, el perfeccionamiento humano y el logro de el bien supremo de la felicidad pertenecen al ámbito racional. Respecto del concepto felicidad en Aristóteles, como máximo bien al que aspira el ser humano, convienen las siguientes precisiones de Jesús Conill y José Montoya:

Toda su estrategia consistirá en llenar de contenido normativo el concepto de felicidad; [...] La tarea fundamental de la ética, según Aristóteles, va a consistir en esbozar un modo de vida del cual podamos razonablemente esperar (dados ciertos presupuestos acerca de la naturaleza humana)) que nos conduzca a la dicha. [...] A partir del acuerdo verbal sobre la primacía de la felicidad, el pensamiento puede elaborar criterios que hagan más o menos razonables las interpretaciones de *felicidad* como placer, honor, riqueza, actividad mental, etc. Naturalmente, tales criterios ya no se

²²⁷ Para una profundización sobre las relaciones entre ética y política en Aristóteles, véase KNIGHT, Kelvin. *Aristotelian Philosophy: Ethics and Politics from Aristotle to MacIntyre*. John Wiley & Sons, 2007., especialmente el capítulo I “Aristotle’s Theoretical and Practical Philosophy”.

extraerán del simple análisis de *felicidad*, sino de la reflexión sobre la condición humana.²²⁸

Para Aristóteles, el hombre como ser intelectual – racional, debe cultivar las “excelencias del carácter”, para alcanzar la felicidad, las cuales consisten fundamentalmente en las virtudes (*areté*)²²⁹, y que consisten fundamentalmente en estados o modos de ser caracterizados por el equilibrio o “justo medio” entre dos extremos. Dentro de dichas virtudes sobresale la virtud de la “justicia”, en la cual se articula el ámbito individual y el social, dado que no existe contradicción sino más bien complementariedad entre estos, tal como lo afirman Jesús Conill y José Montoya:

Aristóteles no presupone por principio que hay contradicción sistemática entre los intereses del individuo y los de la sociedad; más bien presupone lo contrario; que normalmente existe armonía entre ellos.²³⁰

Retomando de forma crítica algunas de las ideas de Solón, a las cuales hemos hecho referencia anteriormente, Aristóteles considera, en plano jurídico – político, que el Estado puede asumir diversas formas y organizaciones las cuales quedan definidas en la “constitución”, siendo una de las finalidades fundamentales del Estado el incremento de la virtud, para que los individuos que lo componen sean felices, tanto en su esfera individual como en sus relaciones políticas, puesto que el bien del individuo es de la misma naturaleza que el bien del ciudadano, por lo tanto, el ciudadano, en un sentido pleno de la expresión, es aquel que participa en los asuntos públicos, y en dicha participación hace gala de sus virtudes.

²²⁸ MONTOYA, José y CONILL, Jesús. *Aristóteles: Sabiduría y Felicidad*. Cincel, Madrid, 1988. pp.106 – 107.

²²⁹ A propósito de las virtudes en Aristóteles, véase CURZER, Howard. *Aristotle and the Virtues*. Oxford University Press, 2012. pp. 223 ss.

²³⁰ MONTOYA, J y CONILL, J. Op. Cit. p. 148.

Con este fundamento, Aristóteles vincula estrechamente el ámbito ético con el político jurídico, con lo cual enfatiza que, para que el ciudadano sea virtuoso debe recibir una educación que le ayude a cultivar sus virtudes y a alcanzar su felicidad, por tanto no resultaría apresurado decir que el derecho de Aristóteles expresa, con un carácter normativo, los mismos valores de una moral racional.

A este respecto, en el Libro V de la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles reflexiona sobre diversas expresiones de la virtud de la justicia, en las cuales queda manifiesta la articulación e identificación entre la esfera individual, de naturaleza ética, y la jurídica política de la vida del ciudadano.²³¹ Y, en este mismo sentido, afirma que la justicia es la articulación de todas las virtudes:

De manera que justicia no es una sola especie de virtud, sino una suma de todas las virtudes. Ni su contraria la injusticia es una especie de vicio, sino una suma de todo género de vicios. En qué difiera, pues, esta justicia y la virtud, de lo que está dicho se entiende claramente. Porque en realidad de verdad todo es una misma cosa, aunque no lo es en cuanto al uso y ejercicio, sino que en cuanto se dirige al bien de otro es justicia, y en cuanto es tal manera de hábito, dícese así sencillamente virtud.²³²

En la justicia aristotélica se articulan el orden del ciudadano, el de la polis, y el del cosmos, y ella, como excelencia del carácter a nivel del individuo, se expresa en la polis a través de su expresión en la ley (nomos), siendo la “justicia integral”, la observancia de dicha “ley”, porque, como nos lo recuerdan Jesús Conill y José Montoya,

La ley interviene así como un elemento definidor global de cada una de las excelencias.²³³

²³¹ Sobre este particular, véase HUPPES-CLUYSENAER, Liesbeth. *Reasoning against a deterministic conception of the world.*, en “Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice”. Springer, London, 2013. pp. 33 – 58.

²³² ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. V, 2.

²³³ MONTOYA, J y CONILL, J. Op. Cit. p. 149.

Desde estos supuestos, con el derecho racionalista griego, quedan sentadas las bases de lo que será la futura propuesta jurídica de la Ilustración escocesa, en general, y de Adam Smith en particular, ya que en esta última se articulan dos elementos centrales que ya están presentes en doctrina jurídica griega; por un lado su perspectiva empírica, aunque en Smith esta va a estar relacionada con un acercamiento a la naturaleza humana, en tanto que la visión griega, particularmente en la visión de Solón que estudiamos, esta va a fundarse en diálogos ciudadanos que no reniegan de una fundamentación mítico – religiosa. Y, por otro lado, en Smith va a estar muy presente la relación entre el ámbito ético y el jurídico, en un sentido análogo pero diferenciado de la propuesta de Aristóteles.²³⁴

Análogo, porque tanto en Aristóteles como en Smith los contenidos de la ética serán expresados normativamente por el derecho, y porque en ambos el bien del individuo coincide con el bien social, y diferenciado, porque el énfasis racionalista de Aristóteles se cambia por un acento empírico en Smith, el cual entiende que el fundamento último del derecho es la misma naturaleza humana captada a través de vivencias concretas, así como unos mecanismos psicológico – morales que están al alcance de todos, como el espectador imparcial y la simpatía²³⁵.

A este respecto, antes de adentrarnos de lleno en el pensamiento jurídico de Smith, conviene aclarar los tipos de iusnaturalismo que Smith conoce, y de los cuales quiere distanciarse, a saber, el teocrático y el racionalista, los cuales tenían aún en pleno siglo XVIII un fuerte influjo político y social, y a los

²³⁴ Sobre los vínculos entre Aristóteles y Adam Smith, véase VIVENZA, Gloria. *Adam Smith and the Classics: The Classical Heritage in Adam Smith's Thought*. Oxford University Press, 2001., especialmente a propósito de las relaciones entre Smith y Aristóteles a propósito de la teoría del valor. pp. 141 – 158.

²³⁵ Para una profundización sobre el mecanismo psicológico moral de la simpatía en Smith, véase FRICKE, Christel. *Adam Smith: The Sympathetic Process and the Origin and Function of Conscience.*, en "The Oxford handbook of Adam Smith". BERRY, C., PAGANELLI, M, & SMITH, C. (Eds). Oxford University Press, 2013. pp. 177 – 200.

que Smith considera como poco aptos a la hora de realizar propuestas jurídicas que beneficien el progreso social que se buscaba el movimiento ilustrado en Escocia.

2.1.1. El iusnaturalismo y su dimensión política.

Tal como lo afirmamos líneas arriba, el derecho romano ha ejercido una gran influencia en el desarrollo y en las instituciones del derecho europeo continental, y en toda la tradición del llamado civil law, sin embargo, esa importancia no se ve reflejada en los estudios de filosofía del derecho, los cuales, en muchos casos, pasan directamente del derecho griego al derecho medieval, tal como sucede en el caso de la conocida Filosofía del derecho de Arthur Kaufmann²³⁶; una posible explicación de este hecho sería que el Imperio romano, por su carácter de tal, no necesitaba justificarse ideológicamente frente a nadie, como tampoco lo han hecho la mayoría de los imperios de los cuales se tiene registro, ya que la legitimación de ese tipo de fenómenos sociopolíticos ha sido “de facto” y por la fuerza, como lo testimonia la misma historia romana.

Ahora bien, el hecho de que no se haya desarrollado durante el Imperio romano una filosofía del derecho propiamente dicha, como es obvio, no quiere decir que no se haya generado durante el mismo una producción filosófica valiosa, ya que el pensamiento estoico y epicúreo, entre otros, constituyen una prueba elocuente de que así fue²³⁷.

²³⁶ KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999. pp. 62 - 88.

²³⁷ Sobre este punto, véase TRAPP, Michael. *Philosophy in the Roman Empire: Ethics, Politics and Society*. Routledge, 2017.

Este “salto” del pensamiento filosófico – jurídico del mundo griego al medieval, indica con claridad que el medioevo no solo deseó sino que necesitó los aportes de un pensamiento jurídico sólido dentro de su proyecto de legitimación,²³⁸ tal como lo testimonia el hecho de que, tempranamente en el siglo X, en las escuelas medievales, que después darían origen a las universidades, ya se cultivaran los estudios jurídicos, como es el caso de Bolonia, institución pionera en los estudios de derecho, a donde, desde inicios de la décima centuria, se estudiaba la codificación de Justiniano así como los clásicos del pensamiento jurídico romano, con un trasfondo en el pensamiento aristotélico.

A este respecto, las escuelas medievales se valieron integralmente del pensamiento del estagirita, hecho que queda corroborado por la configuración de los currículos de las escuelas monacales, catedralicias y palatinas, en las cuales se impartía el *Trívium*, conformado por los tratados de gramática, retórica y dialéctica, así como el *Quadrivium*, compuesto por los cursos de música, geometría, aritmética y astronomía, todos ellos con un manifiesto talante aristotélico.

En dicho contexto, ya andando el siglo XI, y como consecuencia del puente cultural entre oriente y occidente establecido por las cruzadas, se fundan las primeras universidades, Bolonia y París, entre otras, a donde Aristóteles sigue siendo el eje articulador de sus estudios, y cuyas tesis sirven de fundamento para los estudios superiores, que por aquel entonces eran los de teología y los de derecho, los cuales no eran comprensibles si no se comprendían previamente las tesis cosmológicas, éticas, políticas, metafísicas y lógicas del estagirita.

²³⁸ A este respecto, véase EVANS, G.R. *Law and theology in the middle ages*. Routledge, 2002., especialmente la parte II: “Theology and putting law into order”, Pp. 27 – 46.

En dicho período se presenta lo que pudiésemos llamar una “teologización de Aristóteles”, ya que, conscientes de que los textos sagrados no constituían manuales de política, metafísica, lógica o ética, los teólogos medievales de, las consideradas, religiones reveladas, se apoyaron en sus tesis para explicar los testimonios de fe y las experiencias religiosas contenidas en la Biblia, en la Torá y en el Corán, principalmente. Dicha utilización de la obra del Estagirita tuvo un énfasis particular en la ética medieval, y desde allí en el derecho, tal como lo precisan Adela Cortina y Emilio Martínez a propósito del aprovechamiento de sus tesis éticas para apoyar la propuesta de una moral de inspiración religiosa:

Entre los primeros admiradores medievales de la obra aristotélica es obligado citar a tres grandes autores: el musulmán Averroes, el judío Maimónides y el cristiano Santo Tomás de Aquino. Cada uno de ellos elaboró una teoría ética que representa el intento de hacer compatibles las principales aportaciones del estagirita con las creencias religiosas y morales del Corán, de la Biblia judía y de la Biblia cristiana, respectivamente.²³⁹

En el mismo sentido que Aristóteles, que será el mismo que emplee Adam Smith pero con un fundamento diferente, tales teólogos medievales precisan un estrecho vínculo entre el pensamiento moral y el jurídico, otorgándole una radical fundamentación teológica a las normas, la cual da origen a lo que conocemos como el iusnaturalismo teológico, el cual, en última instancia, se convierte en un iusnaturalismo teocrático, puesto que el objetivo último del intento de fundar teológicamente una propuesta moral y jurídica, es el de organizar la vida política con una estructura que reconozca la preeminencia de las autoridades religiosas sobre las civiles.²⁴⁰

²³⁹ CORTINA, Adela y MARTÍNEZ, Emilio. *Ética*. Akal, Madrid, 2001. p. 67.

²⁴⁰ Sobre la cuestión de la legitimación del poder y su relación con el derecho en la edad media, véase CANNING, Joseph. *Ideas of Power in the Late Middle Ages, 1296–1417*. Cambridge University Press, 2011., especialmente el Cap. 5. “The treatment of power in juristic thought”. pp. 133 – 164.

Es en este contexto en el que aparece la conocida expresión “la teología es esclava de la filosofía”, ya que sin los referentes filosóficos no es posible sostener el edificio teológico, pero dicha función es de carácter secundario, ya que lo importante, en aquel entonces, era sostener la preeminencia de la cosmovisión teológica. Un ejemplo de esta concepción se encuentra en la obra de Averroes denominada *Tratado decisivo sobre el acuerdo entre filosofía y religión*, y en la conocida *Guía de perplejos*, escrita por el judío cordobés Moisés Maimónides, en la cual presenta unas claves para resolver las perplejidades que genera el diálogo entre razón y fe.

Desde estos supuestos, los aportes aristotélicos respecto de un orden cósmico que se irradia a un orden natural, social y humano, dan pie, en el terreno cristiano, a la principal sistematización del conocimiento medieval salida de la pluma de Tomás de Aquino, más conocido como Santo Tomás, el cual, con su obra la *Suma de Teología*, quiso emular el sistema aristotélico, dentro del cual las reflexiones jurídicas tienen un lugar preponderante.

A este respecto, en la Primera sección de la Segunda parte (Prima Secundae), Santo Tomás desarrolla su teoría jurídica en su conocido tratado sobre la *Ley*, en el cual precisa tres órdenes jerárquicos de tipo normativo 1) la Ley divina o eterna, a la cual tenemos acceso a través de los textos revelados, 2) la Ley natural, que se conoce a través de la razón práctica, y 3) la ley humana, que pudiésemos llamar positiva, es aquella que promulga quien tiene a su cargo “legítimamente”, y de acuerdo con los órdenes anteriores, el cuidado de la comunidad. A este respecto Santo Tomás precisa:

Como ya expusimos, la ley no es otra cosa que un dictamen de la razón práctica existente en el príncipe que gobierna una comunidad perfecta. Pero, dado que el mundo está regido por la divina providencia, como

expusimos en la *Parte I*, es manifiesto que toda la comunidad del universo está gobernada por la razón divina. Por tanto, el designio mismo de la gobernación de las cosas que existe en Dios como monarca del universo tiene naturaleza de ley. Y como la inteligencia divina no concibe nada en el tiempo, sino que su concepto es eterno, según se dice en Proverbios 8,23, síguese que la ley en cuestión debe llamarse eterna. [...] Por tanto, como todas las cosas que se encuentran sometidas a la divina providencia están reguladas y medidas por la ley eterna, según consta por lo ya dicho, es manifiesto que participan en cierto modo de la ley eterna, a saber, en la medida en que, bajo la impronta de esta ley, se ven impulsados a sus actos y fines propios. Por otra parte, la criatura racional se encuentra sometida a la divina providencia de una manera muy superior a las demás, porque participa de la providencia como tal, y es providente para sí misma y para las demás cosas. Por lo mismo, hay también en ella una participación de la razón eterna en virtud de la cual se encuentra naturalmente inclinada a los actos y fines debidos. Y esta participación de la ley eterna en la criatura racional es lo que se llama ley natural.²⁴¹

En estas reflexiones, se evidencia con claridad un influjo aristotélico "teologizado" en función de una organización teocrática de la sociedad, típica del mundo medieval,²⁴² en la cual el poder político monárquico, se blindaba conceptualmente resaltando su legitimación divina, y desarrollando una rigurosa lógica deductiva que no permitía una reflexión crítica desde la realidad misma, y, por lo tanto, tenía una decidida pretensión de eternizarse en el poder, ya que, en última instancia, su potestad legislativa se fundaba en una ley eterna que no podía ser cambiada por la voluntad humana.

²⁴¹ Santo Tomás. *Suma Teológica*. De las distintas clases de leyes. Parte I - Ilae - Cuestión 91.

²⁴² A este respecto, véase TIERNEY, Brian. *Public expedience and natural law: A fourteenth century discussion on the origins of government and property.*, en "Authority and Power" TIERNEY, B, & LINEHAN, P. (Eds). Cambridge University Press, 1980. pp. 167 ss.

Son precisamente estos fundamentos los que incomodaban y parecían inadmisibles a los filósofos morales escoceses anteriores y contemporáneos de Adam Smith, dentro de los cuales se encuentra John Mair, cuyas tesis hemos explorado anteriormente, y que van a conducir a la búsqueda de una fundamentación del derecho en una perspectiva antropológica, primero de tipo racional, como en el caso de Francisco Vitoria y Francisco Suárez en la Escuela de Salamanca²⁴³, la cual, si bien, no renuncia totalmente a un trasfondo teológico del derecho, sí se aparta de una legitimación religiosa de la autoridad civil y del derecho que ésta promulga, y luego, a una antropología de tipo empírico, que va a ser típica de la Ilustración escocesa.

Así pues, se configuran dos tipos de iusnaturalismo antropológico, el primero de estirpe racionalista, desarrollado en un primer momento en la Escuela salmantina, y el otro, de tipo empírico, que va a tener en Adam Smith uno de sus máximos exponentes

Francisco Vitoria (1483 – 1546) tuvo conocimiento de los desmanes que se estaban cometiendo en tierras americanas por los recién llegados que se inclinaban por una política de “conquista”, apartándose del criterio de otros expedicionarios que optaban por un “método de colonización”. Dicha opción conquistadora desdeñaba la vida humana de los aborígenes, sus legítimos derechos y su calidad de seres humanos dignos e iguales, tal como lo testimonian los trabajos de Antonio de Montesinos (1475 – 1540), y particularmente de Bartolomé de las Casas (1474 – 1566) a través de su conocida obra *Brevísima relación de la destrucción de las indias*, publicada

²⁴³ Para una profundización en la originalidad y el valor de los aportes de la Escuela de Salamanca, véase la excelente obra colectiva *La Escuela de Salamanca. Filosofía y humanismo ante el mundo moderno*. PONCELA, Ángel (Ed). Verbum, Madrid, 2015., especialmente el estudio sobre Francisco Vitoria de Paula Oliveira. pp. 131 – 162.

en 1552, así como de otros escritos en los que aborda la problemática de la negación de la dignidad y de los derechos de los indígenas.

Vitoria, quien como lo afirmamos líneas arriba, fue discípulo de John Mair en París, había desarrollado una aguda sensibilidad por el bienestar de los individuos, en íntima relación con el progreso de sus sociedades, motivo por el cual, muy en el estilo renacentista que será depurado aún más en la Ilustración, aborda un ensamble de materias internamente relacionadas, tales como la economía, la filosofía moral y el derecho, ámbito en el cual se destacó por sus aportes sobre la "común dignidad e igualdad de todos los seres humanos", así como por su "rechazo al poder temporal del papa y de las autoridades eclesiásticas", tesis que le han merecido, con justeza, su valoración como pionero del derecho internacional público y de los derechos humanos. A este respecto, resulta muy indicativo este texto de su obra *Relectura sobre los indios recientemente hallados*, escrito en 1539:

Ellos, los bárbaros, estaban en la posesión pacífica de las cosas, ya pública, ya privadamente; luego deben ser sin disputa considerados como verdaderos dueños, si no se prueba lo contrario, y en dichas circunstancias, no deben ser despojados de sus posesiones. [...] En consecuencia, claramente se deduce que no es lícito despojar de sus posesiones ni a sarracenos ni a judíos, ni a los demás infieles, por el hecho solo de ser infieles; el hacerlo es hurto o rapiña, lo mismo que se hiciera quintando a los cristianos.²⁴⁴

Tal como lo afirmábamos anteriormente, el pensamiento de Vitoria puede ser catalogado como un iusnaturalismo antropológico que aún no se separa totalmente de una referencia a la divinidad, matizado por un acento racionalista, el cual ira acrecentándose desde los iusnaturalistas

²⁴⁴ VITORIA, Francisco. *Relectura sobre los indios recientemente hallados*. 1ª Parte. "Los indios antes de la llegada de los españoles eran señores de sus cosas pública y privadamente". Versión digital de su original escrito 1539.

considerados como “propriadamente racionalistas”, como Bodino, Grocio y Pufendorf,²⁴⁵ hasta el idealismo alemán con Kant y Hegel.

En dicho contexto, los primeros pensadores iusnaturalistas partidarios del racionalismo, ejercieron un fuerte influjo en el pensamiento jurídico de toda la Europa de los siglos XVI y XVII, en el cual, tal como lo comentamos anteriormente, tuvieron un decidido influjo en los filósofos escoceses renacentistas y pre – ilustrados, influjo que vale la pena esclarecer examinando panorámicamente sus tesis para comprender el “giro hacia un iusnaturalismo empirista” que se operó en Hume y principalmente en Adam Smith.

Dichos iusnaturalistas racionalistas, en un sentido análogo al propuesto por Vitoria, parten de una antropología que reconoce en el individuo unos derechos que, utilizando un lenguaje contemporáneo, podríamos calificar “como derechos fundamentales”; dicha antropología enfatizaba decididamente la libertad y la autonomía personal, y destacaba, en línea con Aristóteles, la razón como la facultad humana por antonomasia. Y fue tal su énfasis en los derechos fundamentales, que muchos autores los consideran como los auténticos precursores de las revoluciones burguesas, así como de las futuras declaraciones de derechos humanos.

Son precisamente estas repercusiones del iusnaturalismo aquellas que permiten hablar de “una perspectiva política de esta concepción jurídica”, tal como se titula el presente apartado, ya que el iusnaturalismo teocrático medieval, que hemos comentado, se encontraba inserto y obraba a favor de una organización teocrática de la sociedad, puesto de el postulado de

²⁴⁵ Para una profundización sobre los orígenes del iusnaturalismo racionalista, véase SCHRODER, Jan. *The Concept of (Natural) Law in the Doctrine of Law and Natural Law of the Early Modern Era.*, en “Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe. Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy”. LORRAINE D. - MICHAEL S. (Eds) Ashgate Publishing, 2008. pp. 57 – 72.

una voluntad divina inmutable, que se expresaba en un orden cósmico, natural, político e individual, se utilizó para proponer unas autoridades religiosas y civiles que se pretendían igualmente inmutables, eternas y blindadas a cualquier tipo de crítica.²⁴⁶

Es este mismo razonamiento el que subyació a la implantación de la inquisición, puesto que, en última instancia, dudar de las verdades que se consideraban como reveladas, proponer interpretaciones diferentes, o relativizar el valor de los textos considerados como sagrados, equivalía en el fondo a poner en entredicho la legitimidad de las autoridades eclesiásticas y seculares, lo cual, desde dicha cosmovisión, resultaba inaceptable y peligroso.²⁴⁷

Tal como lo hemos afirmado anteriormente, fue en este contexto y reivindicando el valor supremo de la persona humana, que se levantaron las voces de Montesinos y de Las Casas en suelo americano, y se desarrollaron los postulados de Vitoria y de sus discípulos en la Escuela de Salamanca, ya que resultaba totalmente inaceptable y problemático el que la defensa de orden metafísico, así como de unas doctrinas, resultase más importante que defender la vida real y concreta de miles de seres humanos. A este respecto, tal como lo expresaba el mismo Vitoria, y lo enfatizarán radicalmente Bodino, Grocio y Pufendorf, los derechos y la libertad del individuo se deben defender a ultranza, y no hay ninguna autoridad que pueda pretenderse legitimada para desconocer dichos derechos.

²⁴⁶ Sobre la correlación entre una cosmovisión teocrática, que comportaba un iusnaturalismo teológico, y la legitimación del poder en la edad media, véase ULLMANN, Walter. *Principles of Government and Politics in the Middle Ages.*, Routledge, 2010., especialmente el capítulo "Theocratic kingship". pp. 72 ss.

²⁴⁷ Sobre este particular, véase MURPHY, Cullen. *El tribunal de Dios: La Inquisición y el mundo moderno.* Oceano, 2014.

En Vitoria resulta claro y evidente que, es más consecuente y acorde con los textos bíblicos el defender la vida de las personas concretas, que acabar con ellas y privarlas de sus bienes, igual que para Juan Bodino (1529 – 1596), resultarán inaceptables posturas, como la de Maquiavelo, que están dispuestas a cualquier tipo de excesos con tal de conservar el poder.

En efecto, Bodino en su conocida obra *Seis libros sobre la República*,²⁴⁸ insiste en que para prevenir los atentados en contra de las personas y para evitar inmoralismos como el de Maquiavelo, era necesario fortalecer al Estado no a través de figuras y de supuestos metafísicos sino de una promoción de unas normas acordes con las leyes naturales y con la razón, las cuales sean expresión de una noción de justicia que reivindique la libertad de las personas. Con estos postulados Bodino se convertirá en uno de los más reconocidos precursores de un iusnaturalismo racionalista, el cual, aún no se separa totalmente de los referentes religiosos de la época.

Para Bodino, dicho fortalecimiento del Estado sólo puede ser posible consolidando su “soberanía”, la cual es entendida por Bodino como la facultad irrestricta del Estado de imponer su voluntad a los individuos, aún si algunos de ellos no quisiesen aceptarlo. En dicho contexto, su legitimidad, para no caer en un absolutismo tiránico, proviene de los límites de dicha legitimidad, los cuales al mismo tiempo operan como fundamentos, como son las normas éticas, y las leyes naturales, así como las divinas; con estas precisiones se evidencia un avance respecto del iusnaturalismo teocrático, el cual, sin embargo, dadas las circunstancias y la cosmovisión de la época, aún no se independiza totalmente de los referentes religiosos.²⁴⁹

²⁴⁸ Una excelente versión en castellano de esta obra es la traducida, editada e introducida mediante un estudio preliminar por Pedro Bravo, BODIN, Jean. *Seis libros sobre la República*. Tecnos, Madrid, 2006. Del estudio preliminar, resulta particularmente orientador el apartado “Poder y Derecho”. pp. 51 ss.

²⁴⁹ Cf. BODIN, Jean. Cap. I. “Cuál es el fin principal de la República bien ordenada”. Ob. Cit. pp. 9 ss.

En Bodino se anticipa una tesis que va a ser muy importante para el pensamiento contemporáneo, y que ostensiblemente nos recuerda el pensamiento de Adela Cortina, de John Rawls, así como el de Hans Küng, como es su llamado al “pluralismo” y a la “tolerancia”. En efecto, en su obra *Coloquio entre siete personas* (Colloquium heptalomeris) Bodino propone que siete personas, representativas de diferentes religiones, las cuales han tenido históricamente desastrosos conflictos como las cruzadas, o la persecución inquisitorial contra los judíos, pueden entenderse y convivir en paz y armonía gracias a una base común a todas ellas, la cual, al ser explicitada y conocida, permite la convivencia en medio de las diferencias.

Esta tesis que nos recuerda la relación entre mínimos y máximos de Adela Cortina²⁵⁰, así como al vínculo entre una noción básica de justicia y las ideas comprensivas del bien en Rawls²⁵¹, al igual que el Proyecto de Ética mundial pregonado por Hans Küng,²⁵² permite evidenciar que, desde sus orígenes en la Grecia clásica, hasta el día de hoy, toda visión jurídica, en este caso el iusnaturalismo, lleva aparejada una concepción política a la cual le da fuerza y sentido, y que dicha visión político – jurídica, no ha sido ni puede ser ajena a una propuesta ética, tal como lo enfatizará, desde una lógica empírica, Adam Smith, constatación que ilegítima, entre otras, las tesis del positivismo lógico que han tenido tanta acogida en América latina, tal como lo veremos más adelante.

Estas tesis de Bodino tuvieron un hondo arraigo en el pensamiento jurídico escocés pre – ilustrado, las cuales se estudiaban con profundidad tanto por los académicos independientes como por aquellos vinculados a las universidades escocesas de la época, quienes se sentían muy atraídos por

²⁵⁰ Especialmente en CORTINA Adela. *Ética mínima*. Tecnos, Madrid, 2000.

²⁵¹ Tesis desarrolladas por John Rawls en su principal obra *Teoría de la Justicia*. Versión en castellano del Fondo de Cultura Económica, México 1995.

²⁵² Propuestas realizadas por el autor, entre otras partes en KUNH, Hans. *Proyecto de una ética mundial*. Versión en español de Trotta, Madrid, 2006.

dichas propuestas, las cuales les aportaban fundamentos para una crítica a los vínculos religiosos y políticos con el continente europeo, fundados en un iusnaturalismo teocrático como el que comentamos anteriormente.

En esta atracción que ejercían las tesis iusnaturalistas sobre los pensadores escoceses renacentistas, se amplió gracias a los trabajos de Hugo Grocio (1583 – 1645), pensador holandés, cuya obra más conocida es *Del derecho de la Guerra y de la Paz* (*De iure belli ac pacis*), publicado en 1625, la cual constituye un evidente avance hacia lo que será el racionalismo moderno.

Amplio conocedor y difusor de las tesis de la Escuela de Salamanca, Grocio considera que el derecho que debe regir la convivencia humana no puede estar fundado sobre bases diferentes a las que nos ofrecen la razón y la naturaleza, instancias que son armónicas y complementarias entre sí, de tal forma que hablar de un fundamento natural, equivale a calificarlo al mismo tiempo de racional, de donde resultan sus aportes a un iusnaturalismo racionalista.

Grocio, al igual que Bodino, aún conserva en sus tesis un referente teológico, pero de índole racional, ya que afirma que, en última instancia, la recta razón, que coincide con una razón moral, expresa una perspectiva natural, en la cual Dios ocupa un papel determinante, al ser el autor de dicha naturaleza. Por este motivo, el derecho natural tiene un carácter estable, dado que la racionalidad es la lógica con la cual Dios creó la naturaleza. Bodino, partiendo de una identificación de la razón con la naturaleza, afirma sobre la naturalidad del derecho:

Entre tanto defenderemos que cada uno es naturalmente el defensor de su derecho; por eso se nos dieron las manos. Pero no sólo es lícito, sino hasta honesto, que también favorezcamos a otro en lo que podamos. Los que han

escrito sobre los deberes dicen con razón, que nada hay más útil al hombre que otro hombre.²⁵³

Respecto del papel de Dios en el derecho, Bodino afirma que éste se centra sólo en la fundamentación de la naturaleza, y no afecta el desarrollo racional del derecho mismo, de tal manera que Dios mismo no podría cambiar las leyes de índole racional.²⁵⁴ Este manejo ambiguo respecto del papel de Dios hace que algunos autores consideren a Grocio como un pensador más vinculado con la cosmovisión medieval que con la moderna.

A pesar de esto, sus aportes al derecho internacional son notables, ya que en Grocio, dada la común naturaleza que vincula a los individuos y a las naciones, los tratados internacionales que firmen las naciones, deben apoyarse en dicha racionalidad natural, de la cual derivarán su validez y exigibilidad, tesis esta que le ha valido, con justeza, su pertenencia al grupo de los precursores del derecho internacional público, entre otras cosas por sus aportes al derecho del mar, a propósito del cual Grocio afirma que es un patrimonio común de la humanidad, y que, por lo tanto, no puede ser apropiado por ninguna nación en perjuicio de los demás pueblos.

Igualmente, resultan notables los aportes de Grocio al derecho interno de los países, que en cierta manera coincidiría con el derecho civil, aspecto en el cual realiza un notable avance, ya que, en plena transición de los siglos XVI al XVII, ya habla de un derecho que se funda en el “consenso” entre los ciudadanos, con lo cual retoma uno de los núcleos más notables del derecho griego de Solón, perspectiva que complementa con otro aporte

²⁵³ GROCIO, Hugo. *Del derecho de la Guerra y de la Paz*. Reus, Madrid, 1925. pp. 249 – 250.

²⁵⁴ Para una profundización sobre la correlación en la obra de Hugo Grocio entre la teología y el derecho internacional, véase STUMPF, Christoph A. *The Grotian Theology of International Law: Hugo Grotius and the Moral Foundations of International Relations*. Walter de Gruyter, 2012., especialmente el apartado titulado: “The concept of natural right”, pp. 28 ss.

notable cuando afirma que dicho consenso debe guiarse por el principio de “utilidad” consensuado, el cual, sin embargo, no desarrolla extensamente, pero que anticipa, de cierta manera, uno de los grandes desarrollos del pensamiento ilustrado escocés, particularmente en la obra de Hutcheson que ya hemos comentado.

El cuadro de los llamados iusnaturalistas racionalistas que influyeron en el pensamiento escocés, y respecto del cual van a reaccionar con fuertes críticas los iusnaturalistas empiristas como Hume y el mismo Adam Smith, se completa con la figura de Samuel Pufendorf (1632-1694), uno de los pensadores alemanes más notables de su generación, y quien fuera renombrado profesor de la Universidad de Heidelberg.

Pufendorf, quien fuera un devoto seguidor de las tesis de Lutero, se adhiere a las tesis de su maestro en cuestiones religiosas para oponerse férreamente a un iusnaturalismo de corte teocrático, por considerar sus negativas consecuencias para la vida política de las naciones y para la autonomía de las personas.²⁵⁵ Esta posición le lleva a consolidarse como el máximo exponente del iusnaturalismo racionalista de su época, que abre el camino para los estudios jurídicos que después realizarán sus compatriotas Kant y Hegel, al proponer que el derecho natural es única y exclusivamente cuestión de la razón.

A este respecto, la afirmación de la universalidad de la naturaleza, le lleva a afirmar que racionalmente el derecho debe ser igualmente universal, y que, por lo tanto, el único fundamento que sirve para tal fin es la misma

²⁵⁵ Sobre este particular véase, VON FRIEDEBURG, Robert. *The rise of natural law in the early modern period.*, en “The Oxford Handbook of Early Modern Theology, 1600-1800”. Lehner, U., Muller, R., & Roeber, A. (Eds). Oxford University Press, 2016. pp. 625 – 641.

razón, y en ningún caso la religión, dadas las variaciones entre credos y creencias entre individuos y naciones.²⁵⁶

Pufendorf se separa de la referencia antropológica de la Escuela de Salamanca, la cual va a ser retomada en un sentido empírico por Smith, al afirmar, en un sentido análogo al propuesto por Newton, que el derecho debe construirse siguiendo los mismos criterios de las ciencias naturales, con lo cual anticipa, de cierta manera los aportes del Círculo de Viena, y de su discípulo Hans Kelsen, que examinaremos más adelante.

La obra de Pufendorf constituye un importante punto de referencia, tanto respecto de la influencia del iusnaturalismo racionalista en Escocia, como de las reacciones en contra de este tipo de fundamentación jurídica de parte del iusnaturalismo empirista del cual Hume y Smith van a ser sus más connotados exponentes.

2.1.2. Iusnaturalismo empírico y progreso social en la Ilustración escocesa.

El siglo XVIII puede considerarse como la “edad de oro” del pensamiento escocés, no sólo en el ámbito filosófico, político, moral, jurídico y económico, sino también en todas las demás ciencias y disciplinas, incluyendo también el campo artístico, signo de este hecho es que, para finales de esta centuria ilustrada, Escocia podía enorgullecerse de tener varios de los mejores filósofos de la época, y había desarrollado un ensamble de propuestas

²⁵⁶ Sobre este particular, resulta particularmente ilustrativa la obra de Pufendorf titulada: “El deber del hombre y del ciudadano de acuerdo con el derecho natural”, cuya versión en lengua inglesa es editada por James Tully. PUFENDORF, Samuel. *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*. Cambridge University Press, 1991., de esta, es especialmente indicativo el apartado titulado: “On men's natural states”. pp. 115 ss.

teóricas de toda índole que, a pesar de los debates internos de naturaleza académica, formaba un cuadro significativamente coherente de saberes al servicio del progreso humano y social. En dicho contexto, una centuria fue suficiente para transformar el rostro de una Escocia deprimida social, política y económicamente, a causa de las guerras y de los problemas de su geografía, en una Escocia desarrollada y progresista, la cual evidenciaba para el año 1800 una sólida economía y un gobierno local con instituciones consolidadas y poseedoras de una gran reputación entre sus conciudadanos.²⁵⁷

Tal como lo testimonian numerosos estudios contemporáneos, el progreso de Escocia durante el siglo ilustrado, no se debió exclusiva ni principalmente a los aprendizajes importados por sus académicos de sus escuelas de formación en Francia, Alemania y Holanda, principalmente, sino que tuvo su origen en una inteligente “interpretación, adaptación y transformación” de los aportes de las grandes tradiciones de pensamiento a su contexto y a su idiosincrasia nacional. Este proceso que hoy en día, con sobradas razones, pudiéramos llamar de una “hermenéutica interdisciplinar”, dio a luz un pensamiento auténticamente escocés, nacido de la correlación entre sus problemas y el trabajo académico que se desarrolló a propósito de ellos.²⁵⁸

Pocos ejemplos en la cultura occidental son tan elocuentes, como lo es el caso de la ilustración escocesa, a la hora de mostrar el método y los resultados de una producción académica con identidad y vocación nacional, ya fuere esta universitaria o producto de esfuerzos personales, y

²⁵⁷ Para una profundización sobre la sorprendente transformación de Escocia durante el período ilustrado, véase BUCHAN, James. *Crowded with Genius. The Scottish Enlightenment: Edinburgh's Moment of the Mind*. Harper Collins, 2009., especialmente el capítulo titulado: “Earth to Earth”. pp. 272 – 299.

²⁵⁸ Sobre el contexto ideológico y social del pensamiento ilustrado escocés en el que vivió Adam Smith, véase Lindgren, J. *The Social Philosophy of Adam Smith*. Springer Science & Business Media, 2012, particularmente resultan importantes los análisis sobre el juicio moral y su contexto social, presentes en el apartado: “Moral judgment” pp. 20 – 38.

tan comprometida con los problemas de sus conciudadanos y con el futuro de la nación entera.²⁵⁹

Tal como lo expusimos líneas arriba, a propósito de la producción académica concreta de los filósofos escoceses anteriores a Smith, una mirada de conjunto del pensamiento escocés ilustrado, nos permite identificar una característica central que lo caracteriza, como es aquella de *un trabajo académico interdisciplinar, y poseedor de un sólido fundamento ético, antropológico y metodológico*, del cual Hutcheson, Smith y Hume, constituyen claros ejemplos, al lado de Gershom Carmichael, quien les antecedió cronológicamente a los tres, y quien fuera uno de los primeros profesores de filosofía moral en adoptar esta perspectiva.

En efecto, se trató de un trabajo interdisciplinar porque los filósofos ilustrados escoceses, no conocían ni estaban interesados en un conocimiento especializado, como el que propondrá Augusto Comte en la Francia del siglo XIX, de ahí que no resulte exacto afirmar, como suele hacerse, que Smith fue un gran “especialista en economía”, ya que esta disciplina constituía sólo uno de los núcleos de su arquitectura filosófico - social. Y cuando empleamos el término “social” como adjetivo del quehacer filosófico de Smith y de sus contemporáneos, queremos enfatizar que es la sociedad en su conjunto, y sus problemas, el núcleo que articula y da sentido su trabajo académico.

A este respecto, dicho trabajo interdisciplinar, tal como lo mostramos anteriormente en los casos concretos de varios de los pensadores anteriores o contemporáneos de Smith, se construye como un edificio, cuyos cimientos más profundos son los trabajos teológicos, ya que, para la época, debía

²⁵⁹ Sobre este particular, véase EMERSON, Roger. *The contexts of the Scottish Enlightenment.*, en la obra colectiva “Scottish Enlightenment”, Alexander Broadie (Ed). Cambridge University Press, 2003. pp. 9 – 30.

darse una lucha sin cuartel a favor de una teología natural, que sirviera para apoyar el progreso personal y social sin ningún distingo, en contra de una teología confesional, la cual, tal como lo vimos más arriba, era utilizada para defender diferencias sociales y para consolidar estructuras de poder.

Dicho trabajo teológico, para que sirviera para dichos fines personales y sociales, debía enfatizar su carácter "natural", lo cual significaba estar "al alcance de la experiencia y de la razón de cualquier ser humano", tal como queda esclarecido en los trabajos de Hume y del mismo Smith. Esta misma teología natural debía servir para mostrar a un Dios que propendía por una ética, cuyos contenidos también eran igualmente accesibles por todos los individuos a partir de sus propias experiencias y de su propia razón, y no dependiente de la interpretación "oficial" de mitos, milagros y narraciones presentes en los libros considerados como sagrados, los cuales, en la mayoría de los casos, fueron concebidos más con un fin testimonial y exhortativo, que normativo e historiográfico.²⁶⁰

Esta ética accesible y comprensible empíricamente, constituye otro de los fundamentos del edificio conceptual de la ilustración escocesa, ya que toda su producción está atravesada por una visión moral que, tal como lo veremos más adelante en el caso del derecho de Smith, será garante de la eficacia de las propuestas de toda índole, ya sea esta económica, como política, y, por supuesto, también jurídica.

Esta visión moral estaba caracterizarse por tres rasgos distintivos; el primero, no depender de autoridad humana alguna, ya fuera esta religiosa, civil o institucional; el segundo, estar al alcance de todas las personas, sin distingo de sus capacidades ni de su nivel de formación, porque, simplemente, emergía de su propia naturaleza como seres humanos; y, la tercera,

²⁶⁰ Sobre el papel de la teología en la producción académica de la Ilustración escocesa, véase STEWART, M. *Religion and rational theology.*, en "Scottish Enlightenment", Alexander Broadie (Ed). Cambridge University Press, 2003. pp. 31 -59.

evidenciar, sin asomo de duda, sus competencias para propiciar tanto el bien personal como el social.²⁶¹ Estas características permiten comprender mecanismos éticos tan omnipresentes en los trabajos de Smith como el “espectador imparcial”, la “simpatía”, o la “benevolencia”.

Estas tres características de la ética se encuentran ya claramente expresadas en la producción académica de Gershom Carmichael, quien, tal como lo afirmamos anteriormente, constituye uno de los pensadores que articulan el pensamiento renacentista escocés con la ilustración, perspectiva que recoge con acierto el título que se le colocó al compendio de sus obras: *Los derechos naturales en el umbral de la Ilustración escocesa. Los escritos de Gershom Carmichael*.²⁶² En efecto, Carmichael fue fundador de la cátedra de filosofía moral en la Universidad de Glasgow en 1729, cátedra que años después ocupará Adam Smith, a este respecto, sin querer ahondar ahora en esta discusión, sería más justo calificarle a él como “el verdadero fundador de la escuela escocesa de filosofía moral”, título que, ciertamente con buenas razones se le ha atribuido a Hutcheson, pero esa discusión nos desvía de nuestra pretensión en este momento; por este motivo, bástenos recordar este texto de Carmichael que resulta muy ilustrativo del pensamiento ético – jurídico de la Escocia ilustrada.

... Entonces, un hombre distinguido, Samuel Pufendorf, decidió que se debería intentar algo más al organizar el material de trabajo de Grocio en un orden más conveniente y agregando lo que parecía faltar para completar la disciplina moral, así pues, produjo un sistema moral más

²⁶¹ Para una profundización sobre el papel de la ética en la Ilustración escocesa, véase RUSSELL, Colin. *Who Made the Scottish Enlightenment?* Xlibris Corporation, 2014., especialmente el cap. I. “The historians of virtue”. pp. 37 – 65.

²⁶² *Natural Rights on the Threshold of the Scottish Enlightenment: The Writings of Gershom Carmichael*. James Moore and Michael Silverthorne. Indianapolis, Liberty Fund, 2002.

perfecto contenido en los libros titulados *El derecho de la naturaleza y de las Naciones*.

[En el cual se precisa que] No hay una filosofía moral más genuina que aquella que se provoca y se demuestra a partir de principios evidentes fundados en la naturaleza de las cosas, así como en los deberes de los hombres y los ciudadanos que requieren las circunstancias individuales de la vida humana.²⁶³

Tal como lo precisábamos en el capítulo anterior, es claro que, en Hume y en Smith así como en los de varios de sus contemporáneos, los estudios de teología natural constituían las bases mismas de su arquitectura conceptual, al lado de sus trabajos sobre la *naturaleza humana*, presentes en el *Tratado* de Hume y el la *Teoría de los sentimientos morales* de Smith, y de sus aportes sobre teoría del conocimiento, como la *Investigación sobre el entendimiento humano*, de Hume, publicada 1748, y del texto *De los sentidos externos (Of the external senses)*, de Smith, publicado en 1752.

Consecuentemente con estos textos sobre teoría del conocimiento, que no son otra cosa sino un profunda y radical defensa del empirismo, entendido como criterio de fundamentación y de validación del saber, es posible hablar de un *iusnaturalismo de naturaleza empírica*, como paradigma del derecho propio de la Ilustración escocesa.

Este *iusnaturalismo empírico* se caracteriza por tres rasgos básicamente; el primero, por estar fundamentado en la misma naturaleza humana, lo que equivale a afirmar que el derecho *legítimo*, sólo es aquel que se funda en la

²⁶³ CARMICHAEL, Gershom. *On Moral Philosophy, Or The Science Of Natural Jurisprudence*. Op Cit. pp. 16-17.

misma condición natural de los seres humanos, y se precisa a través de los mecanismos cognitivos empíricos propios de esta misma.

El segundo, es que el derecho debe coincidir con los resultados y las expresiones de una moral construida también empíricamente, ya que, tal como titula Hume la parte primera de su libro tercero del *Tratado*, “las distinciones morales no se derivan de la razón”, sino de un sentimiento moral. En este sentido, el derecho *válido*, será aquel que se construye a través de los mismos mecanismos con los que se construye la ética, tales como la *simpatía*, de los cuales resulta la determinación de virtudes como la justicia, que para Hume es una virtud moral que constituye el soporte de la sociedad, la cual, por su origen y su carácter, tiene una influencia natural sobre el espíritu humano. Sobre este particular Hume precisa:

En resumen, puede establecerse como máxima indudable que *ninguna acción puede ser virtuosa, o moralmente buena, a menos que exista en la naturaleza humana algún motivo que la produzca.*²⁶⁴

Y, el tercero es que el derecho, como consecuencia de aquello que lo hace *legítimo*, es decir, su fundamento en la naturaleza humana, y también en virtud de aquello que lo hace *válido*, como es el ser determinado mediante los mismos mecanismos de la moral, debe ser útil para el logro de los fines personales, los cuales, en ningún caso, pueden estar en oposición a los fines sociales,²⁶⁵ premisa que se vincula con el conocido principio de utilidad formulado por Hutcheson, y que fue ampliamente desarrollada por el utilitarismo jurídico y político que tanto influjo ha tenido hasta nuestros días.

²⁶⁴ HUME, David. *Tratado de la naturaleza humana*. Tomo III. p. 701.

²⁶⁵ Sobre la producción legal en la Ilustración escocesa, la cual se distingue de los trabajos sobre teoría jurídica, véase CAIRNS, John. *Legal theory.*, en “Scottish Enlightenment”, Alexander Broadie (Ed). Cambridge University Press, 2003. pp. 222 – 242.

Ahora bien, a pesar de que, desde una visión empírica, el derecho válido debe determinarse a través de los mismos mecanismos con los cuales se determina la ética, éste no adquiere el carácter de exigencia legal hasta que no es promulgado por la autoridad correspondiente, la cual, en el caso de Hume, está dada por el poder legislativo, tal como lo precisa en el *Tratado*:

El poder legislativo, que es de donde se deriva la ley positiva, tiene que haber sido establecido por un contrato original, posesión prolongada, posesión presente, conquista o sucesión; y, por consiguiente, su fuerza deberá derivarse de alguno de estos principios.²⁶⁶

En Hume se muestra con claridad el carácter del iusnaturalismo empírico, cuando afirma que el derecho surge de tomas de conciencia de los individuos a través de sus propias experiencias y quienes, viviendo en sociedad, se dan cuenta de la necesidad de regular sus conductas y sus relaciones.²⁶⁷ A este respecto, el siguiente texto resulta ilustrativo:

Una vez que los hombres han visto por experiencia que es imposible subsistir sin sociedad, y que también lo es preservar la existencia de la sociedad mientras den rienda suelta a sus apetitos, el interés que sienten por preservarla se hace tan urgente que inmediatamente ponen límites a sus actos y se imponen la obligación de observar las reglas que hemos denominado *leyes de justicia*. Esta obligación, dictada por el interés, no se detiene aquí, sino que, por el curso necesario de las pasiones y sentimientos, origina la obligación moral del deber, por la cual aprobamos las acciones encaminadas a establecer la paz en la sociedad y censuramos las que tienen a su perturbación.²⁶⁸

²⁶⁶ Hume, David. Op. Cit. p. 802.

²⁶⁷ Para una profundización sobre una teoría jurídica en la Ilustración escocesa, en diálogo con una propuesta de ciencia política, véase HAAKONSSSEN, Knud. *Natural jurisprudence and the theory of justice.*, en "Scottish Enlightenment", op.cit. pp. 205 – 221.

²⁶⁸ Hume, David. Op. Cit. p. 812.

Este tipo de consideraciones humaneanas también está presente en Carmichael y en Hutcheson y, tal como lo veremos a continuación, son análogas a aquellas que articulan la propuesta jurídica de Smith, siendo fundamentales a la hora de comprender el por qué un iusnaturalismo empírico va a ser necesario para realizar el proyecto de impulsar el progreso social que se proponían los ilustrados escoceses.

2.2. La hipótesis de los dos Adam Smith y la unidad en su pensamiento como marco de su visión jurídica.

Tal como lo hemos afirmado líneas arriba, quizás el rasgo característico más importante de la Ilustración escocesa es el de tener como objetivo de sus reflexiones y de sus propuestas el propiciar el progreso de la nación en todas sus dimensiones, meta que está presente en todos los pensadores, científicos y artistas de la época. Así pues, esta sensibilidad compartida, hizo que la Ilustración en tierras de Escocia fuese ante todo un proyecto social, y por su carácter de tal exigía, no sólo una integración de ciencias disciplinas y saberes en un esfuerzo manifiestamente interdisciplinar, sino también un trabajo colegiado y mancomunado de todos aquellos que tenían un liderazgo académico, político, religioso o artístico, entre otros.

Es esta la razón que explica el por qué, en el siglo XVIII surgieron en el país una gran cantidad de clubes científicos y de sociedades académicas y filantrópicas, y que, a causa de ello, hubiese un colegaje y una amistad manifiesta entre muchos de las grandes cabezas del movimiento ilustrado. Dichos clubes y academias, de manera análoga a lo que sucedía en los ambientes universitarios, fueron el escenario de grandes debates,

discusiones y polémicas sobre los problemas contextuales más acuciantes, y sobre las perspectivas teóricas que se presentaban para comprenderlos y solucionarlos.

A este respecto, la producción académica de Adam Smith no tiene una organización novedosa al articular, en un mismo plano reflexivo, los trabajos de teología natural, de derecho, de filosofía moral, y de economía, entre otras, sino que procede en la misma línea y con los mismos criterios que lo hicieron sus grandes predecesores y contemporáneos como lo fueron John Mair, Gershom Carmichael, David Hume y Francis Hutcheson, entre otros, a los cuales nos hemos referido anteriormente.

Desde esta perspectiva, se puede hablar, con sobradas razones, de dos ejes desde los cuales se puede afirmar la unidad de pensamiento smithiano, y que podríamos formular diciendo que 1) el pensador de Kirkcaldy tenía “un único proyecto investigativo”, con un trasfondo antropológico - ético y un enfoque interdisciplinar, y 2), que el referente que enmarcaba sus preocupaciones económicas era el desarrollo social de su país, en una época crucial en la que se presentaban grandes posibilidades, pero que, a la vez estaba minada por grandes peligros, en razón del *Tratado de la Unión* de Escocia con Inglaterra, firmado en 1707.

2.2.1. Los libros de Smith como resultado de un único proyecto investigativo.

Tal como lo hemos afirmado, Adam Smith, como típico pensador ilustrado escocés, consideraba que todos los saberes se legitimaban desde unos

mismos fundamentos teológicos, antropológicos y éticos. En este sentido, y tal como lo hemos comentado anteriormente, la teología era un referente obligatorio aún en dicha época ilustrada, pero, en la visión de los ilustrados escoceses, dicha teología debía ser empírica y natural, y no fideísta y revelada. Sobre este punto, bástenos recordar que Hume nunca pudo acceder a la titularidad de una cátedra universitaria por la mal ganada reputación de ateo que se granjeó a raíz de sus publicaciones sobre temas teológicos.

Tal vez por este motivo fue que Adam Smith nunca publicó un texto exclusivamente sobre temas teológicos, pero dichas reflexiones sí estaban presentes de alguna manera en otros de sus escritos, y constituían la primera parte del curso de Filosofía moral que por años dictó en la universidad de Glasgow.²⁶⁹

La importancia del saber teológico radicaba en que desde él se afirmaba la existencia de una naturaleza creada por Dios, que poseía un orden captable desde la experiencia misma, y dentro de la cual se inscribía la naturaleza humana. A partir de esta afirmación fundamental de la naturaleza humana, que también era cognoscible sólo a través de la experiencia, se construía una ética empírica, temática ésta que constituyó la segunda parte del curso de Filosofía moral de Smith.²⁷⁰

Dicha ética, adquiriría un carácter de exigencias legales cuando sus postulados eran reconocidos y promulgados por la autoridad, problemática

²⁶⁹ Sobre la producción teológica de Adam Smith, véase OSLINGTON, Paul. *Adam Smith as Theologian*. Taylor & Francis., 2011., especialmente el Capítulo 2º titulado "Adam Smith Theology and Natural Law Ethics". pp. 24 – 32.

²⁷⁰ Una de las más completas obras sobre el pensamiento moral de Smith y sobre sus desarrollos económicos y jurídicos, es *The Impartial Spectator. Adam Smith's Moral Philosophy*, escrita por el conocido especialista D. D. RAPHAEL. Oxford University Press, 2007; de esta son particularmente ilustrativas sus precisiones sobre las consecuencias jurídicas de la moral smithiana, consignadas en el capítulo 12, titulado "Jurisprudence", pp. 105 – 114.

esta abordada en la tercera parte de su curso, la cual versaba sobre la Jurisprudencia.

Así pues, la organización básica del curso de Smith en tres partes íntimamente relacionadas, teología natural – ética – jurisprudencia, se constituye en un primer dato que permite afirmar la unidad interna de su pensamiento. A este respecto, valga recordar que, del núcleo ético del curso de Smith, surge su obra *La Teoría de los sentimientos morales*, publicada en 1759, y que, del núcleo Jurisprudencial, dividido en dos partes “justicia” y “policía”, surgen sus obras *Lecciones de Jurisprudencia*, y la más conocida de todas la *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, publicada en 1776, más conocida como simplemente “La riqueza de las naciones”, la cual procede específicamente de la parte de la jurisprudencia llamada “policía”, que correspondería, más o menos, a lo que hoy comprendemos por “políticas públicas de naturaleza económica”.

Esta arquitectura de su curso de filosofía moral permite inferir con claridad la columna vertebral del proyecto de investigación smithiano, en el cual, otras investigaciones no impartidas en su curso de *Filosofía moral*, constituirían explicaciones complementarias al mismo, como fueron sus obras sobre literatura, artes, y sobre *Los principios que presiden y dirigen las investigaciones filosóficas*, título de su obra sobre teoría del conocimiento y metodología de la investigación filosófica, publicada en 1795, texto, en ciertos sentidos, análogo al que Hume titulara *Investigación sobre el entendimiento humano*, publicada en 1748.

Estos vínculos internos del pensamiento de Smith, sobre todo explicitando el trasfondo moral de toda su producción académica, han sido explorados por investigaciones recientes como la que realiza Eric Schliesser, titulada *Adam*

Smith, un filósofo sistemático y un pensador público²⁷¹, y la que realiza Jesús Conill en *Horizontes de Economía ética*²⁷², obra en la cual el autor profundiza sobre la arquitectura moral del pensamiento económico de Smith, y sobre la necesidad actual que tenemos de retomar dicha perspectiva, publicación cuyos análisis sirven de modelo a la presente investigación para proponer un estudio análogo en el campo del derecho.

Desde estos supuestos, una revisión global de toda la producción académica de Smith permite concluir que todas sus obras, siguiendo el mismo estilo y método de los académicos de la época, obedece a un único proyecto investigativo, motivado y articulado desde legítimas y urgentes preocupaciones sociales.

Dichas preocupaciones se articulan con una toma de conciencia del papel social del conocimiento académico, y muy particularmente de las potencialidades del conocimiento científico para abordar y solucionar los agudos problemas que padecía la Escocia pre – ilustrada de finales del siglo XVII;²⁷³ valga recordar que en el imaginario colectivo de los ilustrados escoceses estaban las propuestas metodológicas de Newton,²⁷⁴ así como su insistencia en la radical importancia de los datos empíricos y comprobables para obtener cualquier tipo de conocimiento que quisiera preciarse de recibir el calificativo de “válido”. Por tal motivo, los ilustrados escoceses, y Adam Smith dentro de ellos, querían que, desde la teología y la filosofía moral, hasta la economía y el derecho, fueran construidos sobre las que

²⁷¹ SCHLIESSER, Eric. *Adam Smith: Systematic Philosopher and Public Thinker*. Oxford University Press, 2017. Véanse especialmente las pp. 25 – 48.

²⁷² CONILL SANCHO, Jesús. *Horizontes de economía Ética*. Tecnos, Madrid, 2013.

²⁷³ Una mirada sobre diferentes facetas de la vida social de la Escocia ilustrada, se encuentra en AHNERT, Thomas & MANNING, Susan. (Eds) *Character, Self, and Sociability in the Scottish Enlightenment*. Palgrave Studies in Cultural and Intellectual History. Springer. 2016., en ella, especialmente resulta ilustrativa la introducción, pp. 1 – 30.

²⁷⁴ Sobre la influencia de Newton en la lustración escocesa, véase RENDALL, Jane. *Origins of the Scottish Enlightenment, 1707-76*. Springer, 1978. pp. 20 ss.

consideraban como “sólidas bases del conocimiento empírico”, las cuales estaban refrendadas por una naturaleza y una condición humana que deberían conocerse a partir de las mismas premisas metodológicas de tipo empírico.

Desde esta perspectiva, la unidad del proyecto investigativo puede rastrearse no sólo desde la “complementariedad” y “articulación” externa e interna de sus obras, sino también desde su común enfoque metodológico empírico. A este respecto afirmamos una articulación interna, puesto que sus mecanismos psicológicos, como el “espectador imparcial” y la “simpatía”, se encuentran tanto en *La Teoría de los sentimientos morales*, como en *La Riqueza de las naciones*, y en las *Lecciones de Jurisprudencia*, ámbitos en los que cumplen análogas funciones.

Podemos suponer que, en razón de lo expuesto, ni los contemporáneos de Smith ni la generación inmediatamente posterior, se cuestionaron por la unidad de sus obras y de su método investigativo, puesto que para ellos estaría claro que todo filósofo moral ilustrado debería proponer, en primera instancia, una base antropológica y teológica desde la cual cimentar una visión ética, para luego desarrollar sus demás propuestas de índole social. Además, supondrían que, por esta razón, Smith no constituía una excepción, puesto que había organizado sus investigaciones dentro de un proyecto global, al igual que lo hicieron sus antecesores y colegas.

Sin embargo, un siglo después, especialmente en la Alemania del siglo XIX, comenzó a plantearse la pregunta por la unidad interna del pensamiento de Smith, a propósito de la supuesta oposición entre su concepción ética, de tipo “altruista”, representada en el mecanismo de la *simpatía*, y su supuesta “defensa del egoísmo”, representada por la figura de la *mano invisible*.

Así pues, autores como Bruno Hildebrand²⁷⁵ (1812-1878), Carl Knies²⁷⁶ (1821-1898) y Witold Von Skarżyński ²⁷⁷ (1850–1910), van a promover la idea de la oposición entre las afirmaciones de la *Teoría de los Sentimientos morales* y de la *Riqueza de las Naciones*, enfatizando la presencia de un cambio en la noción de *naturaleza humana*, de *altruista* a *egoísta*, la cual representaría una incoherencia en lo relativo a las fuentes de regulación del comportamiento social y económico. Dichos planteamientos, que entraron en contravía con lo que se pensaba hasta entonces, generaron profundas reflexiones y debates, y fueron recogidos en un célebre artículo cuyo título sirvió para calificar aquella controversia como *El problema de Adam Smith* (*Das Adam Smith Problem*), escrito por August Oncken en 1898.²⁷⁸ Más recientemente, el texto de Doğan Göçmen, titulado *El problema de Adam Smith*,²⁷⁹ retoma esta problemática, tomando partido en un sentido contrario al que lo habían hecho sus predecesores decimonónicos, es decir afirmando la unidad y coherencia en el pensamiento de Adam Smith en sus dos obras principales, postura que sintetiza en el subtítulo de su libro cuando dice “*Reconciliando la naturaleza humana y la sociedad en la Teoría de los Sentimientos Morales y en la Riqueza de las Naciones*”.²⁸⁰

La importancia de esta polémica no es menor, ni tiene tan sólo un carácter académico, sino que, por el contrario, se trata de un asunto neural y de gran importancia, puesto que de la existencia de *dos Adam Smith*, el uno humanista y filántropo, y el otro calculador y egoísta, legitimaría una

²⁷⁵ HILDEBRAND, Bruno. *Die Nationalökonomie der Gegenwart und Zukunft*. Frankfurt, 1848.

²⁷⁶ KNIES Karl. *Die politische Ökonomie vom Standpunkt der geschichtlichen Methode*. 1853.

²⁷⁷ VON SKARŻYŃSKI, Witold, *Adam Smith als Moralphilosoph und Schoepfer der Nationaloekonomie*. Berlin, 1878.

²⁷⁸ ONCKEN, August. *Das Adam Smith-Problem*. *Zeitschrift für Socialwissenschaft*, No. I. 1898.

²⁷⁹ GÖÇMEN, Doğan. *The Adam Smith Problem. Reconciling Human Nature and Society in The Theory of Moral Sentiments and The Wealth of Nations*. Tauris Academic Studies, London, 2007.

²⁸⁰ *Ibid.*

concepción económica como aquella que ha querido promover por el neoliberalismo, entre otros, la cual, separando el componente ético de los análisis y propuestas económicas, ha sumido a la mayor parte de la humanidad en condiciones de pobreza y exclusión, a propósito de las cuales comenta Amartya Sen,

...vivimos en un mundo de notables privaciones, miseria y opresión. Hay muchos problemas nuevos y viejos, y entre ellos se encuentran la persistencia de la pobreza y muchas necesidades básicas insatisfechas, las hambrunas y el problema del hambre, la violación de libertades políticas elementales, así como de libertades básicas, la falta general de atención a los intereses y a la agencia de las mujeres y el empeoramiento de las amenazas que se ciernen sobre nuestro medio ambiente y sobre el mantenimiento de nuestra vida económica y social²⁸¹.

Esta cuestión de “los dos Adam Smith”, se revela de suma importancia, no sólo para la economía, sino para toda la producción académica del escocés, y, por supuesto, también para el derecho, ya que si dicha tesis fuese cierta, no podríamos plantearnos las tesis jurídicas de Smith como un aporte a la solución de la ineficacia del derecho latinoamericano, la cual nos hemos propuesto en esta investigación, dado que, el común denominador de tipo moral en la obra de Smith, en el que se sustenta nuestra hipótesis, se vendría abajo, y con él la pretensión de proponer un derecho eficaz de naturaleza ética y empírica.

Por este motivo, es importante recordar que, la base moral de la propuesta de Smith a la que nos hemos referido, y que constituye un criterio para afirmar la unidad interna de su obra, se explicita en el interés que le dio a su *La Teoría de los sentimientos morales*, de la cual escribió seis ediciones, caso no repetido con ninguno de sus escritos, ni siquiera con la *Riqueza de las*

²⁸¹ SEN, Amartya. *Desarrollo y Libertad*. Planeta, Barcelona, 2000. p. 15.

Naciones, y menos aún con sus *Lecciones de Jurisprudencia*, texto que no alcanzó a ver publicado en vida, y del cual Smith afirmó:

Queda la teoría de la jurisprudencia, un proyecto largamente acariciado y cuya ejecución se ha visto obstruida por las mismas ocupaciones que me han impedido hasta ahora la revisión del presente libro [La Riqueza de las naciones]²⁸².

La Teoría de los Sentimientos morales, base articuladora de su proyecto investigativo, fue publicada por primera vez en 1759, siendo su primera obra en ver la luz, la misma que obtuvo un gran reconocimiento de forma casi inmediata, al contrario de lo que le sucedió a su amigo Hume con su *Tratado de la Naturaleza humana*, a pesar de estar ambas obras orientadas en la misma dirección, como fue la de aportar una base natural y empírica a la ética a través de un examen antropológico. Carlos Rodríguez Braun comenta a propósito de la unidad del proyecto investigativo de Smith, y de los vínculos entre la ética y el derecho:

Antes de publicar sus primeras obras, Adam Smith dictó un curso de filosofía moral durante muchos años en la Universidad de Glasgow. Y allí expuso con claridad cuáles eran los componentes de un amplio programa de investigación, que no pudo completar... Empezó a publicar sobre ética y en la última página de *La Teoría de los Sentimientos Morales* anunció trabajos futuros sobre derecho, política y economía... Las *Lecciones [de jurisprudencia]* exhiben el programa de investigación smithiano: presentan el esquema fundamental de lo que más tarde sería la *Riqueza [de las Naciones]* y transmiten claramente la idea de que para Smith el derecho debía estar íntimamente vinculado con la moral²⁸³.

²⁸² SMITH, Adam. RN. p. 44.

²⁸³ RODRÍGUEZ, C. *Introducción a la Teoría de los Sentimientos Morales* de Adam Smith. Alianza, Madrid. p. 11.

2.2.2.El derecho de Adam Smith en el marco de su comprensión ética y social.

Tal como lo vimos líneas arriba, los filósofos ilustrados escoceses, no se consideraban a sí mismos como especialistas en una determinada área del conocimiento, prueba de esto es que ninguno de ellos, a pesar de que tenían preferencias teóricas que desarrollaban más que otras, se dedicó a un solo campo del saber. A este respecto, Adam Smith procedió de manera análoga, llevando sus investigaciones a los dominios de la economía y del derecho, entre otros; así pues, para comprender la propuesta jurídica de Smith, conviene revisar panorámicamente su visión de la ética, la cual se constituye en la clave para una clarificación de su comprensión del dominio jurídico.²⁸⁴

Como es de dominio común, Smith dividió su principal obra sobre ética, la *Teoría de los Sentimientos morales*, en siete partes, las cuales fue ajustando y completando a lo largo de las seis ediciones que fueron publicadas durante su vida, a pesar de las cuales, confiesa en la advertencia a la sexta edición publicada en 1790, que “no pudo revisar el libro con el cuidado y la atención que siempre había pretendido²⁸⁵. El objetivo de Smith en esta obra, que funciona como eje de articulación de todos sus proyectos investigativos, es el de proponer una visión de la naturaleza humana y de los mecanismos morales que esta posee para explicar, ulteriormente, su funcionamiento en los dominios de la economía y del derecho, entre otros.

²⁸⁴ Una excelente visión de conjunto de la filosofía moral de Smith, comprendida como fundamento general de sus obras, se encuentra en EVENSKY, Jerry. *Setting the scene: Adam Smith's moral philosophy.*, en “Adam Smith and the Philosophy of law and Economics”. MALLOY, R & EVENSKY, J. (Eds). Springer Science + Business Media. B.V. pp. 7 – 30.

²⁸⁵ SMITH, Adam. *La teoría de los sentimientos morales*, Alianza, Madrid, 1997. p. 43. Los números de página son tomados de la versión en castellano, así como las citas textuales, las cuales han sido concordadas con la versión inglesa de la Liberty Fund. Indianápolis.

En la *Primera parte* de dicha obra titulada, *De la corrección de la conducta*, tal como su nombre lo indica, Smith trata de colocar los fundamentos de su *propuesta de una moral natural*, proponiendo dos mecanismos a partir de los cuales se puede apreciar la *corrección moral de la conducta*, como son *la Simpatía* y *el Observador imparcial*.

A este respecto, el subtítulo que Smith colocó a la cuarta edición de su obra que rezaba: *Un ensayo de análisis de los principios por los cuales los hombres juzgan naturalmente la conducta y personalidad, primero de su prójimo y después de sí mismo*, explica bien el núcleo central de su concepción moral. En efecto, la *simpatía* es el mecanismo moral natural y espontáneo para *juzgar la conducta y personalidad del prójimo*, en tanto que el *espectador imparcial*, está diseñado naturalmente para *juzgar la conducta y personalidad propias*. Sobre este punto, el carácter de la simpatía queda expuesto desde las primeras líneas de la obra cuando afirma:

Por más egoísta que se pueda suponer al hombre, existen evidentemente en su naturaleza algunos principios que le hacen interesarse por la suerte de otros, y hacen que la felicidad de éstos le resulte necesaria, aunque no derive de ella nada más que el placer de contemplarla. Tal es el caso de la lástima o de la compasión, la emoción que sentimos ante la desgracia ajena cuando la vemos o cuando nos la hacen concebir de forma muy vívida. El que sentimos pena por las penas de los otros es una cuestión de hecho tan obvia que no requiere demostración alguna, porque ese sentimiento, como todas las otras pasiones originales de la naturaleza humana, no se halla en absoluto circunscrito a las personas más virtuosas y humanitarias, aunque ellas puedan experimentarlo con una sensibilidad más profunda. Pero no se halla desprovisto de él totalmente ni el mayor malhechor ni el más brutal violador de las leyes de la sociedad²⁸⁶.

²⁸⁶ SMITH, A. *TSM*. p. 49.

En estas líneas, Smith expone con claridad que el origen de la corrección moral se encuentra en la *propia naturaleza humana*, siguiendo en este punto a sus amigos Hutcheson y Hume, y adscribiéndose claramente al principio de *autonomía* de las morales ilustradas. La *simpatía*, o comunión con los sentimientos del otro, es entonces un hecho natural del que nadie, *ni el más brutal violador de las leyes sociales*, puede abstraerse. En este proceso de sensibilización con la situación del otro, al igual que en los planteamientos de sus amigos, no hay intervención alguna de la voluntad del sujeto.²⁸⁷ En este mecanismo, la naturaleza humana, se manifiesta de manera espontánea, aunque con diversos grados de intensidad dependiendo de la sensibilidad de la persona.

En el mismo sentido de los planteamientos de Hume, en la *simpatía* de Smith, la imaginación juega un importante papel, entrando a suplir las deficiencias de los sentidos en la comunicación de los sentimientos del otro; desde esta perspectiva, queda afirmado tanto el carácter empírico de la moral como su complemento racional. Sobre este particular se expresa Smith cuando dice,

Aunque quien esté en el potro sea nuestro propio hermano, en la medida en que nosotros no nos hallemos en su misma condición nuestros sentidos jamás nos informarán de la medida de su sufrimiento. Ellos jamás nos han llevado ni pueden llevarnos más allá de nuestra propia persona, y será sólo mediante la imaginación que podremos formar alguna concepción de lo que son sus sensaciones...La imaginación nos permite situarnos en su posición, concebir que padecemos los mismos tormentos, entrar por así decirlo en su cuerpo y llegar a ser en alguna medida una misma persona con él y formarnos así

²⁸⁷ Para una profundización sobre los mecanismos psicológico – morales de Smith, véase BROADIE, Alexander. *Sympathy and the Impartial Spectator*. en "The Cambridge Companion to Adam Smit". Knud HAAKONSSSEN (Ed). Cambridge University Press, 2006. pp. 158 – 188.

alguna idea de sus sensaciones, e incluso sentir algo parecido, aunque con una intensidad menor²⁸⁸.

Desde estos supuestos, a través de la Simpatía, la moralidad humana se nutre del carácter relacional de los seres humanos, el cual, con base en el dicho mecanismo se manifestará en dos niveles; el uno, puramente ético, el cual se manifiesta de forma espontánea por la aceptación o rechazo de los congéneres, y el otro, formalizado por el derecho, en el cual las instituciones sociales encargadas de velar por la justicia, como el cuerpo de legisladores y el de los jueces, se pronuncian aprobando o rechazando un acto o conducta determinados. Con respecto al sentido social de la comprensión moral de Smith, Alain Bruno precisa,

Fundándose sobre esta concepción de la simpatía, donde la afinidad y la imaginación interactúan para determinar las emociones de los unos hacia los otros, Smith va a construir una filosofía moral que hoy se puede interpretar a partir de una problemática sociológica, como es aquella del vínculo social²⁸⁹.

A través de la *simpatía*, que nutre tanto el nivel ético como el jurídico, se aprecia entonces la corrección o incorrección de los sentimientos de los demás; tales juicios de corrección o de incorrección dependerán de la adecuación o inadecuación de los sentimientos del otro respecto de los nuestros; así lo precisa Smith cuando dice,

Cuando las pasiones originales de la persona principalmente afectada están en perfecta consonancia con las emociones simpatizadoras del espectador, necesariamente le parecen a este último justas y apropiadas, y en armonía con sus objetos respectivos; en cambio, cuando comprueba, poniéndose el caso, que no coinciden con lo que se siente, entonces

²⁸⁸ Ibid. p. 50.

²⁸⁹ BRUNO, Alain. *Adam Smith. Vie, Oeuvres, Concepts*. Ellipses, París, 2001. p. 29.

necesariamente le parecerán injustas e inapropiadas, y en contradicción con las causas que la excitan"²⁹⁰.

A este respecto, la simpatía será el medio para fundar la legitimidad del derecho, es decir para determinar el por qué el derecho es justo, siendo la respuesta a esta cuestión, porque cualquier ser humano reaccionaría de manera análoga ante determinada situación dada. A partir de este fundamento, será el espectador imparcial el mecanismo moral que estará presente en algunas de las funciones básicas del derecho en el medio social, tales como la tarea legislativa y la judicial, en la cual no sólo intervendrá en las funciones de los jueces, sino de los jurados de conciencia.

Sobre este particular, no hay que olvidar que el trasfondo social del derecho, presente tanto en Hume como en Smith, es la urgencia de unas reformas que ayuden económica y socialmente a la nación. Así pues, el sentido práctico del derecho se impone, ya que hay mercaderes que necesitan poner en circulación sus mercancías, hay marinos que necesitan descargar y recargar bienes, hay banqueros que quieren poner a producir su dinero, y hay pequeños industriales que necesitan materias primas, maquinarias y mano de obra para incrementar su producción, motivos que hacen que el derecho no pueda pensarse desde fundamentos metafísicos, con una lógica deductiva y a través de fórmulas sacramentales y de procedimientos engorrosos, sino que tiene que responder de manera útil, práctica y diligente a las necesidades sociales.²⁹¹

La Escocia de comienzos del siglo XVIII estaba ávida de soluciones prácticas y productivas, así como intercambios comerciales ágiles, los cuales al caer en las controversias usuales, no podían prolongarse demasiado por largos

²⁹⁰ SMITH, A. *TSM*. p. 62.

²⁹¹ Para una profundización sobre los desarrollos jurídicos de la moral smithiana, véase LIEBERMAN, David. *Adam Smith on Justice, Rights, and Law.*, en "The Cambridge Companion to Adam Smit". Cambridge University Press, 2006. pp. 214 – 245.

procedimientos jurídicos al estilo de los usos legales del continente europeo, es por eso que el iusnaturalismo racionalista propio de éste último, en la Escocia ilustrada da paso a un iusnaturalismo empírico, que al basarse en los mecanismos espontáneos y naturales de tipo moral del ser humano, permitían soluciones más eficientes y eficaces para viabilizar el progreso social.

Así pues, el espectador imparcial se materializa en los legisladores proponiendo un derecho que se valora como justo por la comunidad, porque ella va a reconocer en dichas normas su particular sentimiento de la justicia²⁹²; igualmente se va a materializar en los jueces, quienes con sus decisiones van a formar una jurisprudencia que va a servir como referente para ulteriores decisiones sobre situaciones análogas, dando cuerpo a una doctrina que después tomará un gran fuerza en todo el ámbito del derecho anglosajón, que será conocida como "la doctrina del precedente", la cual será teorizada y llevada hasta sus últimas consecuencias por el *realismo jurídico*, y tomará vida en la figura del jurado de conciencia, quien como voz de la comunidad real, valorará la licitud o ilicitud, corrección o incorrección de conductas concretas sometidas a juicio en los estrados judiciales.

Adam Smith, quien fuera nombrado comisario de aduanas en 1778, obtuvo, a raíz de su cargo, un contacto directo y extra – académico con los problemas económicos y sociales de su país; en efecto, los diálogos con mercaderes y con ciudadanos, así como la toma de conciencia de los problemas que se suscitaban por el legalismo y por las trabas burocráticas del comercio con la vecina Inglaterra, fueron el caldo de cultivo de muchas

²⁹² Sobre este particular, véase HAAKONSSSEN Knud. *The science of a legislator. The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*. Cambridge University Press, 1981., especialmente el capítulo 4o titulado "Smith's theory of justice and politics" pp. 83 – 98.

de sus ideas económicas y jurídicas, las cuales consignará en la *Riqueza de las naciones* y compartirá con sus estudiantes en el núcleo de su curso dedicado al derecho, de cuyas notas emergerá su obra *Lecciones de jurisprudencia*.

2.3. Un derecho ético en Adam Smith

En estas líneas empleamos la expresión “derecho ético”, tomando como referente la valoración que Jesús Conill hace de la propuesta económica de Smith al calificarla como una “economía ética”, expresión que nos parecen justa si, tal como lo afirmamos anteriormente, el filósofo de Kirkcaldy elabora un “edificio conceptual unitario y coherente”, el cual tiene como base una comprensión empírica de la naturaleza humana, de la cual infiere una propuesta ética, igualmente empírica, que está presente en sus investigaciones sobre economía y derecho. A este respecto, y con razones análogas a las expuestas por Conill en su obra *Horizontes de Economía Ética*, en Smith existe un auténtico derecho ético, por cuanto su legitimidad, validez y eficacia, están pensados desde una ética natural y empírica, por la cual, tal como lo comentábamos líneas arriba, se puede hablar, en los trabajos de Smith como de sus contemporáneos ilustrados, de un iusnaturalismo empírico.²⁹³

²⁹³ Inexplicablemente la expresión “iusnaturalismo empírico” es casi inexistente en la literatura filosófico jurídica, la cual, al abordar la cuestión del iusnaturalismo, prácticamente pasa de largo cuando realiza estudios históricos sobre esta perspectiva jurídica. Un ejemplo de este hecho es el estudio realizado por Kainz Howard, titulado *Natural law. An Introduction and Re – examination*, Open Court, 2004, pp. 31 – 42., en la cual estudia los iusnaturalistas racionalistas del renacimiento, y pasa directamente a Kant, dejando de lado los trabajos de la Ilustración escocesa. Igual situación se encuentra en la literatura en lengua castellana, como en el caso de la obra *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, de Joaquín GARCÍA-

Habiendo comentado anteriormente las líneas generales de la comprensión ética de Adam Smith, nos adentramos ahora en su propuesta jurídica, para lo cual son necesarias unas breves precisiones terminológicas sobre lo que comprendemos actualmente por ética y por moral, así como repasando globalmente las relaciones entre la ética y el derecho, de cara a precisar los aportes específicos de un iusnaturalismo empírico como el que propone Smith. En este sentido, el propósito de fondo es el de resaltar su significado para el problema global que nos convoca en estas líneas, como es el de la eficacia del derecho en América latina.

2.3.1. El derecho y su relación histórica con la moral.

Una de las discusiones más antiguas y típicas de la filosofía del derecho es aquella que gira en torno a las relaciones de esta disciplina con la moral. Sobre esta problemática se han planteado, y se siguen planteando diversas posiciones que se han materializado en un sinnúmero de publicaciones especializadas, así como de referencias en casi todos los manuales de introducción al derecho.

Las cuestiones respecto de cuál de estas esferas tiene la primacía, de cómo se deben relacionar, o de si deben estar separadas radicalmente, han estado muy presentes en la literatura filosófico – jurídica desde siempre, bástenos mencionar, a manera de ejemplo el caso de Hans Kelsen, quien propone una separación total entre estas dos esferas²⁹⁴, tal como lo veremos

HUIDOBRO. UNAM, Centro de investigaciones jurídica, México, 2002., en la cual no aparecen referencias al iusnaturalismo de la Ilustración escocesa.

²⁹⁴ Este tipo de planteamientos está presente en la más conocida obra de Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cuya versión en castellano que utilizamos en estas líneas es la de la UNAM, México, 1982, traducida por Roberto VERNENGO. En dicha obra el asunto de la separación entre el derecho y la moral lo aborda en pp. 79 ss.

más adelante, o el pensamiento de Herbert Hart,²⁹⁵ quien al proponer su conocida figura “la norma de reconocimiento” para solucionar los llamados “casos difíciles”, coloca a la moral en un plano preeminente a la hora de tomar decisiones judiciales.

A este respecto, y para precisar los aportes de Smith al ámbito del derecho en un contexto como el actual, conviene precisar qué entendemos por moral, y qué debemos entender por ética para evitar confusiones inconvenientes.

En este sentido, conviene recordar, tal como lo vimos anteriormente que desde la sociedad griega clásica, con los mencionados aportes de Solón al derecho, hasta ya bien entrado el siglo XX, nos encontrábamos en el seno de sociedades moralmente monistas, o de un código moral mayoritario, lo cual hacía válida la pregunta por las relaciones entre el derecho y la moral, pero al adentrarnos en unas sociedades moralmente pluralistas, la pregunta por las relaciones entre el derecho y la moral, contando con el sentido académico y actual del término moral, resulta problemática y hasta cierto punto anacrónica, imponiéndose la conveniencia y la necesidad de plantear la cuestión no de las relaciones entre el derecho y la moral, sino de la relación del derecho con la ética.²⁹⁶

En efecto, tal como lo afirmamos anteriormente, el derecho griego, tanto en su versión mítica, como en su formulación ciudadana y también en la racionalista, tiene un claro vínculo con la moral; dicho vínculo se evidencia igualmente durante el derecho romano, por conectarse éste con las tradiciones religiosas de la cultura del Lacio, así como con las costumbres comerciales y civiles republicanas e imperiales. Igualmente, una relación

²⁹⁵ Cf. HART, H, L. *El concepto de derecho*. Versión castellana de la Editorial Abeledo Perrot de Buenos Aires, Traducción de Genaro CARRIÓ, 1963.

²⁹⁶ Sobre este particular, véase CORTINA Adela. *Moral civil en una sociedad democrática*., en “*Ética mínima*”. Tecnos, Madrid, 2000. pp. 80 ss

estrecha del derecho con la moral se evidencia en el iusnaturalismo medieval teocrático, en el que los preceptos de la moral religiosa se expresan normativamente a través del derecho.

Desde esta perspectiva, cuando el derecho griego prescribía la obligatoriedad de rendir culto a los dioses según la tradición, o cuando el derecho romano ordenaba fórmulas rituales para tomar posesión de un bien inmueble, y de la misma manera, cuando el derecho medieval prescribía normas que regulaban la subordinación de los siervos a sus señores, indudablemente estábamos en el terreno de una relación del derecho con la moral. Inclusive, cuando nos referimos a un iusnaturalismo racionalista como el de Pufendorf, ya entrado en renacimiento, al hablar éste del mar como una posesión común de la humanidad, nos encontramos en una típica relación de la moral y el derecho. A este respecto es muy ilustrativa la precisión de Adela Cortina cuando dice:

Despertar directamente actitudes porque se consideran más humanas o más cívicas que otras es inveteradamente una tarea moral, y se configura sobre la base de una concepción del hombre, sea religiosa o secular.²⁹⁷

Esta precisión nos resulta muy útil, ya que, a todas luces, el iusnaturalismo empírico de los ilustrados escoceses, en general, y dentro de él el derecho propuesto por Adam Smith, constituyen un cambio radical de perspectiva, no sólo por lo que no es usual en los manuales que abordan la temática del iusnaturalismo el precisar la existencia de un iusnaturalismo empírico, sino porque en este tipo de concepción jurídica hay una auténtica relación del derecho con la ética, y no con la moral, ateniéndonos al sentido contemporáneo de estos términos, ya que, como dice Adela Cortina,

Es cierto que la ética se distingue de la moral, en principio, por no atenerse a una imagen de hombre determinada, aceptada como ideal por un grupo

²⁹⁷ Ibid. p. 19.

concreto; pero también es cierto que el paso de la moral a la ética no supone transitar de una moral determinada a un eclecticismo, a una amalgama de modelos antropológicos; ni tampoco pasar hegelianamente a la moral ya expresada en las instituciones: la ética no es una moral institucional. Por el contrario, el tránsito de la moral a la ética implica un cambio de *nivel reflexivo*, el paso de una reflexión que dirige la acción de *modo inmediato a una reflexión filosófica*, que sólo de forma *mediata* puede orientar el obrar; puede y debe hacerlo. A caballo entre la presunta "asepsia axiológica" del científico y el compromiso del moralista por un ideal de hombre determinado, la ética, como *teoría filosófica de la acción*, tiene una tarea específica que cumplir.²⁹⁸

Desde estos supuestos, cuando hablamos de la propuesta de fundamentación de Adam Smith para sus reflexiones jurídicas, estamos hablando de una auténtica reflexión ética, puesto que no se atiene a una noción determinada de hombre, sino a una concepción universal de la naturaleza humana, y porque no pretende precisar formas concretas acción, sino que su intención es "mediata". Desde estos supuestos, la relación entre la ética y el derecho en Smith nos aporta dos grandes pistas para mejorar la eficacia del derecho en América latina, ya que, por un lado, nos muestra cómo no es posible fundar un derecho eficaz sobre concepciones que no tengan en cuenta una condición humana histórica y real,²⁹⁹ tal como lo han pretendido históricamente el decisionismo, el iusnaturalismo teocrático o el positivismo lógico, problemática ésta que abordaremos en el siguiente capítulo; y, por otro lado, un diálogo de la ética con el derecho, como el que propone Smith, sitúa el derecho en una tensión

²⁹⁸ Ibid. p. 20.

²⁹⁹ Para una profundización sobre la propuesta ética de Adam Smith, de cual se desprenden consecuencias de orden jurídico, véase FORMAN-BARZILAI, Fonna. *Adam Smith and the Circles of Sympathy. Cosmopolitanism and Moral Theory*. Cambridge University Press, 2010., de este estudio, particularmente resultan relevantes sus conclusiones por sus precisiones sobre las implicaciones normativas de la ética smithiana. pp. 238 – 254.

dinámica entre lo que somos humanamente, y lo que estamos llamados a ser en virtud de dicha humanidad.

En este sentido, y como consecuencia de un diálogo con la ética, las normas jurídicas no deben ser simplemente enunciados descriptivos de “lo simplemente útil”, tal como lo proponen algunas versiones del realismo jurídico, como tampoco deben expresar “ideales lejanos” que constituyan un deber ser “para ángeles”, tal como lo criticábamos en la introducción de estas líneas. Igualmente, como lo precisaremos en el epílogo de esta investigación, dichas normas jurídicas, a partir de un fundamento ético, deben renunciar, tanto a la pretensión quimérica de “normarlo todo” para que no existan vacíos y lagunas jurídicas, al estilo del normativismo jurídico, como también a “reducir el derecho” a meros principios generales, y a valores indeterminados, dinámicas que, históricamente, han dejado amplios espacios para una discrecionalidad judicial que, en no pocos casos, ha sacrificado el valor de la justicia.

2.3.2. La eficacia del derecho en Adam Smith.

Adam Smith no vio en vida publicadas sus *Lecciones de Jurisprudencia*, a pesar de que durante años desarrolló y dio forma a sus ideas jurídicas en el capítulo dedicado a esta disciplina en su curso de Filosofía moral en Glasgow.

De dicha obra, la primera edición que se conoció no salió de la pluma del escocés, sino que es el resultado de varias reelaboraciones de un original de notas de clase de un estudiante de Smith, el cual corresponde al curso de 1776, documento que fue publicado en 1896 por su principal biógrafo, Edwin Cannan. Posteriormente, en 1958, se conoció otra versión de la obra, al

parecer producto de las notas del mismo estudiante, la cual fue publicada por la Glasgow Edition en 1978, material que sirvió para la meritoria traducción al castellano realizada por Manuel Escamilla y José Joaquín Jiménez³⁰⁰ en la cual nos basamos en estas líneas, sin dejar de revisar el original en inglés de la Liberty Fund. INC.³⁰¹

En el invierno de 1762, en su clase del 24 de diciembre con la cual iniciaba su curso, Smith comenzaba definiendo la Jurisprudencia con estas palabras:

La jurisprudencia es la teoría de las reglas por las que deberían dirigirse los gobiernos civiles. Trata de mostrar el fundamento de los diferentes sistemas de gobierno en distintos países y enseñarnos hasta qué punto se fundan en la razón.³⁰²

En esta breve definición Smith precisa las líneas generales de su concepción del derecho, que serían fundamentalmente tres; en primera instancia que el dominio de la Jurisprudencia es el de las reglas de carácter público,³⁰³ es decir de aquellas que provienen de la autoridad del Estado, y que están dirigidas al ordenamiento de las instituciones, así como a la procuración del bienestar común; en este sentido, la expresión “gobierno civil”, se refiere al ordenamiento de la “civitas”, es decir de la ciudadanía y de sus relaciones entre sí y de las relaciones con el Estado, precisando que el término “Estado”,

³⁰⁰ SMITH, Adam. *Lecciones de Jurisprudencia* (LJ). Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica. Colección los Argonautas. Traducción al castellano de Manuel Escamilla y José Joaquín Jiménez. Granada, 1995. Las páginas que indicamos en las citas de estas líneas son las de esta obra.

³⁰¹ SMITH, Adam. *Lectures on Jurisprudence*. L. Meek, D.D. Raphael, y P.G. Stein (Eds). The Glasgow Edition of the Works of Adam Smith. Liberty Fund. INC. 1982.

³⁰² SMITH. Adam. *LJ*. p. 37.

³⁰³ En la Escocia Ilustrada del siglo XVIII, no existía la distinción entre derecho público y derecho privado, la cual corresponde a la tradición europea – continental. Esta distinción, que hunde sus raíces en el derecho romano, se consolida y toma carta de ciudadanía a partir de la codificación napoleónica, y de allí es adoptada en todas las legislaciones de Iberoamérica. Para una clarificación sobre los antecedentes y el sentido actual de la distinción entre derecho público y derecho privado, véase FREEDLAND, Mark and AUBY, Jean-Bernard. *The Public Law / Private Law Divide. Une entente assez cordiale? La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques*. Hart Publishing, 2006.

que empleamos, no es el preferido por Smith, quien prefiere hablar de gobierno civil, pero en una comprensión actual, ambos términos serían equivalentes.

Un segundo elemento fundamental de esta definición es que la Jurisprudencia es una disciplina “prescriptiva”, ya que precisa que su objeto es el de reflexionar sobre las “normas por las cuales *deberían* dirigirse los gobiernos civiles”, derivando dicha prescripción de una valoración de la “racionalidad” de las formas de gobierno a valorar. A este respecto es claro que cuando Smith habla de razón, tal como lo vimos anteriormente, lo hace refiriéndose a ella como un momento segundo respecto del momento primero que constituye la experiencia, y, más aún, Smith considera que la inducción, en tanto que ejercicio que parte de la experiencia, “pertenece también a la razón”³⁰⁴. En este sentido, el término razón es comprensible, porque se está refiriendo a un trabajo académico en el cual los interlocutores no tienen acceso a las experiencias directas de los gobiernos a valorar, luego su trabajo es básicamente racional. Sobre el concepto de razón de los moralistas británicos, resulta esclarecedor el comentario de Eduardo Nicol cuando dice:

... los moralistas ingleses: Shaftesbury, Hutcheson, Adam Smith. En todos ellos existe la creencia, más o menos explícita y preferente, de que la verdad no es algo puramente intelectual, de que no es un producto de la pura razón, de que en la verdad se implica la vida entera del hombre. Tal vez creyeran esto porque presintiesen que aquella razón no es tan pura como ha pretendido el racionalismo, sino que contiene esas saludables “impurezas” de la carne y de la sangre, o, como dice Pascal, del corazón.³⁰⁵

³⁰⁴ SMITH, Adam. *TSM*. p. 73.

³⁰⁵ NICOL, Eduardo. *Introducción a la Teoría de los sentimientos morales* de Adam Smith. Fondo de Cultura Económica, México, 1979. p. 5. En este apartado sobre la eficacia del derecho en Adam Smith, preferimos esta traducción del FCE, realizada por Edmundo O’Gorman, la cual nos parece más apropiada y más acorde con el original inglés con el que la hemos confrontado.

Y, en tercer lugar, es claro que Smith entiende que la Jurisprudencia incluye lo que actualmente entendemos como “ciencia política”, disciplina cuyo estudio académico independiente es de una relativamente reciente aparición, aunque su objeto de estudio se remonte a los orígenes mismos de la civilización.

Así pues, Smith, en el mejor estilo de la modernidad, concibe que existe una íntima relación entre la tipología de los sistemas de gobierno, y las normas que ellos producen para configurar su identidad y lograr sus fines, y que no se puede valorar estas últimas sin tener en cuenta el tipo de sociedad que el sistema de gobierno quiere configurar, aspecto fundamental que, tal como lo veremos en el siguiente capítulo, olvidó el positivismo lógico de Hans Kelsen.

Reafirmando la hipótesis que hemos querido demostrar anteriormente, referida a la unidad interna del pensamiento de Smith, desde el inicio mismo de sus Lecciones de Jurisprudencia, el escocés pone de manifiesto el sistema de referencia, en el cual existe una correlación entre el derecho y la economía, desde el trasfondo moral que va a desarrollar a propósito de su noción de justicia. A este respecto, el sentido económico de las normas sociales se aprecia cuando dice Smith:

El propósito primero y principal de cada sistema de gobierno es mantener la justicia; impedir que los miembros de la sociedad usurpen la propiedad de otro, o se apoderen de lo que no es suyo. El propósito es dar a cada uno la posesión segura y pacífica de sus propiedades. El fin que se propone la justicia es mantener a los hombres en lo que se llama sus derechos perfectos. Cuando este fin, al que podemos llamar paz interna o paz interior, queda asegurado, el gobierno estará al punto deseoso de promover la opulencia del estado. Esto produce lo que llamamos la policía. Cualquier regulación

que se haga con respecto a los negocios, comercio, agricultura, manufacturas del país se considera como perteneciente a la policía.³⁰⁶

En este texto aparece con claridad que el fin de todo sistema de gobierno, y de las normas y reglas que este produce en su pretensión organizativa, debe ser el de propiciar la justicia, la cual comprende Smith como una situación de paz, armonía y de respeto de sus bienes y propiedades.³⁰⁷ En este sentido, los derechos perfectos que deben reconocérsele al individuo son aquellos inherentes a su libertad y autonomía, así como a la no perturbación de sus bienes y de sus actividades productivas, derechos que deben estar de acuerdo con lo que Smith denominaba “la policía”, lo cual, tal como lo afirmamos líneas arriba, correspondería a lo que hoy entendemos como “políticas públicas de naturaleza económica”.

Dicha noción de justicia es explicada por Smith en la *Teoría de los Sentimientos morales* cuando dice que ella está compuesta por un conjunto de reglas generales que deben normar nuestros actos, las cuales se forman desde la razón, y que deben orientar nuestra conducta. A este respecto, Smith precisa:

Es la razón la que descubre esas reglas generales de justicia según las cuales debemos normar nuestros actos, y por esta misma facultad formamos esas más vagas e indeterminadas ideas de lo que es prudente, de lo que es decoroso, de lo que es generoso y noble, ideas que siempre nos acompañan y a cuya conformidad procuramos modelar, en la medida en que mejor podemos, el tenor de nuestra conducta.³⁰⁸

Dichas reglas generales se formulan como normas precisas y exigibles a través del trabajo de los legisladores, los cuales no deben atenerse a meros

³⁰⁶ SMITH. Adam. *LJ*. p. 37.

³⁰⁷ Respecto de la relación en el pensamiento jurídico de Smith entre Justicia y Jurisprudencia, véase BROWN, Vivienne. *Adam Smith's Discourse. Canonicity, commerce and conscience*. Routledge, 2004. pp. 88 – 124.

³⁰⁸ SMITH. Adam. *TSM*. p. 73.

razonamientos, porque si bien es cierto que la razón la que “descubre” tales reglas, ellas no se fundan en la razón sino en la inducción y en experiencias, tal como precisa Smith diciendo:

Las sentencias morales generalmente admitidas se forman, como toda máxima general, por la experiencia y la inducción. Advertimos en una gran variedad de casos particulares lo que agrada o desagrade a nuestras facultades morales, lo que ellas aprueban o desaprueban, y de esta experiencia establecemos por inducción esas reglas generales. Mas la inducción siempre ha sido considerada como una operación de la razón, y por eso se dice con mucha propiedad que de la razón proceden todas esas sentencias generales e ideas.

Estas precisiones de Smith permiten establecer los criterios para un derecho más eficaz, para lo cual es necesario recordar la relación entre legitimidad, validez y eficacia en el derecho, categorías que son comprendidas como los ejes transversales de toda reflexión filosófico - jurídica. A este respecto, Jesús Fueyo, quien fuera miembro de la Real Academia de Ciencias morales y políticas de España, publicó un artículo en 1951 titulado *Legitimidad, Validez y Eficacia. La significación jurídica y política del sistema de producción de normas*,³⁰⁹ en el cual presenta, en un mismo plano, estas tres categorías explicativas de la estructura del derecho, las cuales pueden rastrearse hasta en los mismos orígenes del derecho occidental. Sin embargo, se debe a Oscar Mejía Quintana, el haber desarrollado un trabajo profundo y sistemático sobre la necesidad de articular estos núcleos del derecho, para que esta disciplina cumpla sus fines políticos y sociales.³¹⁰

³⁰⁹ FUEYO, Jesús. *Legitimidad, Validez y Eficacia. La significación jurídica y política del sistema de producción de normas*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2111844.pdf>

³¹⁰ Sobre este particular, véase MEJÍA, Oscar. *Teoría política, Democracia radical y Filosofía del Derecho*. Temis, Bogotá, 2005., especialmente el Cap. I. pp. 65 – 104.

En términos generales, la legitimidad del derecho hace relación a sus fundamentos, y es la categoría que permite afirmar el por qué un sistema jurídico se considera a sí mismo como justo. En este sentido, el iusnaturalismo teocrático deriva su legitimidad al afirmar que las normas, en última instancia, están fundadas en la voluntad de Dios; de igual manera, un iusnaturalismo antropológico afirmará que su legitimidad depende de la misma naturaleza humana, percibida desde la razón, así como el decisionismo afirmará que su legitimidad brota de la voluntad política del gobernante, y un iusnaturalismo empirista como el de Smith se considera como legítimo porque emana de una constatación empírica de la naturaleza humana y de sus mecanismos morales.

Por su parte, la validez es una noción fundamentalmente de carácter jurídico, sistémico y/o procedimental. A este respecto la validez se puede predicar desde múltiples horizontes, tal como lo propone Robert Alexy en su obra *El concepto y la validez del derecho*³¹¹, sin embargo, desde un punto de vista sistémico, la validez se predica de una norma que haya sido producida dentro de las referencias del ordenamiento de un sistema dado; así pues, para Hans Kelsen la validez será pensada desde un sistema jurídico articulado sobre una norma básica, en tanto que para Herbert Hart, la validez tendrá como referencia la denominada “norma de reconocimiento”³¹². Otros autores, consideran que la validez se predica de la observancia de unas normas legislativas o desde un sistema procesal de tipo parlamentario.

Por último, la eficacia, que es la categoría jurídica que nos interesa explicitar en estas líneas a propósito de la propuesta jurídica de Adam Smith, viene dada por el logro del objetivo de una norma dada. Así pues, la norma es eficaz cuando, de manera concreta y fáctica, cumple con el objetivo de la

³¹¹ ALEXY, Robert. *El concepto y validez del Derecho*. Gedisa, 2004.

³¹² HART, Herbert. *El Concepto de Derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

misma señalado por el legislador, ya sea este un objetivo entendido de forma inmediata, cuando la norma desencadena el efecto deseado señalado en el texto normativo, o mediata, cuando dicha norma colabora para unos fines más amplios previstos por el sistema jurídico.³¹³

En este sentido, tal como lo señalábamos en la introducción a estas líneas, tenemos en el contexto latinoamericano y caribeño unos gravísimos problemas, entre muchos otros que pudiéramos señalar, respecto de los cuales el derecho pareciera ser un convidado de piedra por su manifiesta ineficacia, motivo por el cual, aunque pareciese una obviedad, aunque no lo es, la propuesta jurídica del Adam Smith nos enseña que *las normas jurídicas, al igual que las normas éticas, deben partir de la realidad misma* mediante un ejercicio inductivo racional; a este respecto Smith precisa,

Éstas, [las sentencias generales e ideas] en gran parte, norman nuestros juicios morales, los cuales serían sumamente inciertos y precarios si dependiesen totalmente de algo tan expuesto a variar como son las inmediatas emociones y sentimientos, que los diversos estados de salud y humor son capaces de alterar de un modo tan esencial. Por lo tanto, como nuestros mejores fundados juicios relativos a lo bueno y a lo malo se norman por máximas e ideas obtenidas por una inducción de la razón, puede, con mucha propiedad, decirse de la virtud que consiste en una conformidad con la razón, y, hasta este extremo, puede considerarse a esa facultad como causa y principio de aprobación y reprobación. Pero, aunque ciertamente la razón es la fuente de las reglas generales éticas y de todos los juicios morales que por esas reglas formamos, es completamente absurdo e ininteligible suponer que las percepciones primarias de lo bueno y malo procedan de la razón, hasta en aquellos casos particulares de cuya experiencia se sacan las reglas generales. Estas percepciones primarias, así

³¹³ Para una profundización sobre la problemática inherente a la eficacia del derecho, véase HAMMJE, Petra et NADAL, Sophie. *L'efficacité de l'acte normatif : nouvelle norme, nouvelles normativités*. L'extenso éditions, 2013.

como toda experiencia en que cualquier regla general se funda, no pueden ser objeto de la razón, sino de un inmediato sentido y emoción.³¹⁴

Tal como lo veremos en el capítulo siguiente, el derecho latinoamericano es fundamentalmente un ensamble de normas e instituciones copiadas de otras latitudes, procedimiento que, sin las adecuadas interpretaciones, adaptaciones y modificaciones, ha generado, a nivel de nuestras naciones, conjuntos poco coherentes de cuerpos legales en cuya maraña se oscurece y, en muchos casos desaparece, el valor jurídico supremo de la justicia. Por este motivo, la paz, a la cual Smith se refiere como una consecuencia de la justicia, nos ha sido esquiva por décadas, tal como lo precisábamos en la introducción mencionada.

Un segundo elemento de naturaleza ético – jurídica que propone Smith, y que, a nuestro juicio colabora decididamente con la eficacia del derecho, es de aplicar la simpatía y el espectador imparcial en la tarea de legislar. A este respecto, es un hecho notorio el desprestigio, en el contexto regional latinoamericano y caribeño, que tienen nuestros órganos legislativos, lo cual no excluye el que haya valerosos, honestos y comprometidos legisladores en dichos estamentos.

Sobre este hecho, en el imaginario colectivo latinoamericano circula la idea, bien fundamentada, de que los legisladores sólo cuentan con la voluntad popular a la hora de las elecciones, y posteriormente sólo se ocupan de sus intereses y de sus ganancias personales. Un hecho extraño y paradójico que muestra el deterioro ético de estas instituciones, es que las campañas para acceder a dichos cargos exceden por mucho el monto total de los ingresos que se reciben por concepto de salarios, hecho que muestra a las claras que, por fuentes distintas a los legítimos salarios, se

³¹⁴ SMITH. Adam. *TSM*. p. 73.

compensan y retribuyen las grandes inversiones realizadas en dichas campañas.³¹⁵

Fenómenos que localmente se han denominado como “el transfuguismo” o “la dinámica política”, que no son otra cosa que una camaleónica manera de entender la función legislativa, denotan que los intereses ciudadanos desaparecen o son menospreciados cuando compiten con los intereses de muchos legisladores y/o de sus patrocinadores. En este sentido no es extraño ver, en el contexto latinoamericano y caribeño, legisladores que son patrocinados por grupos de poder sólo interesados en mantener y acrecentar sus prebendas y beneficios.

Desde esta desconsoladora constatación, y con base en la visión jurídica de Adam Smith, es necesario reconocer que la eficacia del derecho parte desde un ejercicio ético de la tarea de legislar, en la cual la simpatía con los sufrimientos, las carencias y las legítimas expectativas de todos los ciudadanos, debe ser el criterio rector a la hora de promover iniciativas legislativas, las cuales, si se conectan con el principio enunciado anteriormente de “conectarse con la realidad humana y social concreta”, redundará en unas normas jurídicas más conscientes y responsables de nuestras identidades y de nuestros problemas; en síntesis, de unas normas más eficaces.³¹⁶

En este sentido, es necesario reconocer con Smith, que los seres humanos, ordinariamente y en lo mayoría de los casos, tomamos decisiones con base en nuestros intereses, gustos y preferencias, y que las reglas, tanto jurídicas como éticas, no pueden fundarse en percepciones puntuales y caprichosas

³¹⁵ Un detenido análisis sobre el problema de la corrupción en las campañas políticas se encuentra en CEPEDA, Fernando. *Financiación política y Corrupción*. Ariel Ciencia Política, 2004. Véase especialmente el apartado “El contexto de la corrupción”. pp. 31 ss.

³¹⁶ A propósito del papel que cumplen los referentes sociales en la propuesta jurídica de Smith, véase SMITH, Craig. *The science of jurisprudence.*, en “Adam Smith's Political Philosophy. The invisible hand and spontaneous order”. Routledge, 2006. pp. 48 – 67.

de unos pocos individuos, sino que debe consultar el sentir de la mayor parte posible de percepciones particulares, para inferir, a partir de ellas, el sentir general. A este respecto Smith precisa,

La manera como se forman las reglas generales éticas, es descubriendo que en una gran variedad de casos un modo de conducta constantemente nos agrada de cierta manera, y que, de otro modo, con igual constancia, nos resulta desagradable. Empero, la razón no puede hacer que un objeto resulte por sí mismo agradable o desagradable; la razón sólo puede revelar que tal objeto es medio para obtener algo que sea placentero o no, y de este modo puede hacer que el objeto, por consideración a esa otra cosa, nos resulte agradable o desagradable. Mas nada puede ser agradable o desagradable por sí mismo, que no sea porque así nos lo presenta un inmediato sentido y sensación. Por lo tanto, si en todos los casos particulares necesariamente nos agrada la virtud por ella misma, y si del mismo modo el vicio nos causa aversión, no puede ser la razón, sino un inmediato sentido y sensación, lo que así nos reconcilie con la una y nos extraña del otro.³¹⁷

En la visión jurídica smithiana, el derecho debe hacer posible la vida en sociedad sobre un fundamento de justicia, estando llamado a facilitar que cada individuo pueda realizar libremente su proyecto de vida. Así pues, el derecho tiene esencialmente una función armonizadora entre los intereses individuales y los sociales, entendiendo estos últimos como el medio ideal que necesitan los primeros para realizarse. Por este motivo, tal como lo hemos afirmado anteriormente, cuando el individuo no reconoce en el derecho un instrumento que le permita la realización de sus intereses, respetando aquellos de los demás, hará caso omiso de las normas, o considerará que las normas sólo deben cumplirse por amenaza o coacción,

³¹⁷ SMITH, Adam. *TSM*. p. 73.

tal como lo precisa Herbert Hart cuando dice que el derecho no puede ser “un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas”³¹⁸.

Desde esta perspectiva, el derecho de Adam Smith es un mecanismo que apunta, simultáneamente, al desarrollo de los proyectos de los individuos así como al progreso social, facilitando, a través de las leyes, espacios y mecanismos para un pleno ejercicio de las libertades dentro de un marco preciso determinado por el interés social. A este respecto es ilustrativo el siguiente texto de Smith,

Y hoy en día, en las partes remotas y desiertas del país, un tejedor o un herrero, además del ejercicio de su negocio, cultiva una pequeña granja y, de ese modo, ejerce dos oficios, el de granjero y el de tejedor. Por lo tanto, para lograr la división de los oficios antes de que la realizara naturalmente el progreso de la sociedad, así como para impedir la incertidumbre de todos aquellos que se habían dedicado a uno, se encontró necesario darles la certeza de una subsistencia cómoda. Y, con este fin, el legislador determinó que tendrían el privilegio de ejercer sus propios negocios sin el miedo de que el incremento de sus rivales les impidiera el sustento.³¹⁹

En este sentido, el derecho tiene una función “equilibradora”, para que el individuo no vaya a trasgredir los límites impuestos por el interés común, y para que el gobierno reconozca que no puede intervenir en la esfera individual al punto de impedir su autonomía, libertad y desarrollo según sus propios criterios³²⁰. Infortunadamente, este último énfasis propuesto por Smith, y que está muy presente en lo que él denomina “la policía”, y que se refleja con claridad tanto en la *Riqueza de las naciones* como en las

³¹⁸ HART, Herbert. *El concepto de derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007. pp. 23 ss

³¹⁹ SMITH, Adam. *LJ*. p. 119.

³²⁰ Para una profundización sobre la articulación entre el interés propio y el interés social en Adam Smith, véase FORCE, Pierre. *Self-interest before Adam smith. A Genealogy of Economic Science*. Cambridge University Press, 2003., especialmente resulta ilustrativo el capítulo I, “Self-interest as a first principle”. pp. 7 – 47.

Lecciones de Jurisprudencia, ha sido interpretado de manera parcializada, haciendo ver a Smith como un individualista radical que no tiene sentimientos de tipo social, así como ningún tipo de sensibilidad por los asuntos comunes, consideraciones que son manifiestamente injustas e infundadas.

Tal vez el origen de muchas de estas lecturas parciales de Smith, dentro de ellas la hipótesis de los dos Adam Smith, a la que nos hemos referido anteriormente, obedezcan a una incompreensión de la unidad de su proyecto investigativo, así como de la coherencia interna que se puede rastrear ente sus publicaciones. Esta queja respecto de las visiones parciales de Smith es expresada con claridad por Manuel Escamilla cuando dice,

Una lectura falseadora, como todas las lecturas simplistas, de la obra de Smith lo presenta como defensor del egoísmo en el ser humano, y a la moral y la política que defiende, como sacralizaciones de ese egoísmo en los diversos ámbitos de lo normativo. Pero si considerara al ser humano como puro egoísmo, la política no sería posible, como no lo sería la propia sociedad en la que pudiera producirse, ni tendría ningún sentido la moral.³²¹

Neil MacCormick, buen conocedor del Adam Smith jurista, considera que uno de los principales méritos de su compatriota es el haber articulado, con acierto, una teoría de los derechos naturales con una propuesta de desarrollo social articulada sobre normas e instituciones jurídicas.³²² En este sentido, tal como lo hemos afirmado anteriormente, dicha articulación, aunque no es señalada en esos términos por MacCormick, es equivalente a un vínculo entre la ética y el derecho, no sólo porque tanto el derecho como la ética obedecen a una misma comprensión del ser humano inserto en un

³²¹ ESCAMILLA, Manuel. *Introducción a las Lecciones de Jurisprudencia de Adam Smith*. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica. Colección los Argonautas. Granada, 1995. p. 15

³²² MACCORMICK, Neil. *Adam Smith on law*. Symposium on International Perspectives of Jurisprudence. Valparaiso University law Review. Vol. 15. No. 2. 1981 pp. 243 – 263.

medio social, sino porque el precisar cómo razona moralmente el ser humano, aporta las herramientas para poder aclarar cómo este mismo ser humano toma decisiones con base en las normas jurídicas. En este sentido, este sería un tercer importante aporte de la visión jurídica de Smith a la eficacia del derecho.

En este sentido, una propuesta jurídica deductivista - normativista parte del equivocado supuesto de que el individuo va a observar la ley por el sólo hecho de conocerla, suponiendo que la sola promulgación produce una especie de "efecto mágico" que soluciona los problemas. Igualmente, resulta equivocado el supuesto normativista, que afirma que "todo el mundo debe conocer las normas", al punto de afirmar como principio general del derecho el que "la norma se reputa como conocida", y que la ignorancia del individuo respecto de la misma, no le exime de su cumplimiento. Y lo consideramos una equivocación, porque es obvio que ni los mismos abogados y jueces conocen toda la legislación, tarea que se torna imposible con la creciente abundancia legal que caracteriza a nuestras legislaciones latinoamericanas y caribeñas, y porque, el "conocimiento" de las normas por parte de los ciudadanos "de a pie", obedece más a su "sentido moral", y a su "simpatía", en términos smithianos, que a un conocimiento directo de los textos legales.

Así pues, tal como lo decíamos en la introducción a estas líneas, el legislador latinoamericano promedio, cree en una especie de "poder mágico de las normas" al estar convencido de que ya se han solucionado los problemas con su mera promulgación, y que lo que hace falta es una fuerza coactiva para hacerlas cumplir, premisa muy difundida en nuestro medio, la cual conduce a creer que lo que se necesita en nuestras sociedades no es más

ética – juridizada, sino más fuerza pública para exigir u obligar al cumplimiento de las leyes.³²³

Es esta la razón por la cual, al latinoamericano promedio le parece que la solución a los problemas de eficacia del derecho se solucionan con un incremento en el número de años para las penas de prisión, con condenar a la cárcel el mayor número de infracciones posible, el imponer grandes multas pecuniarias y el someter al escarnio público al que se equivoca respecto de las normas establecidas, desconociendo que, en los escenarios en los que dichas medidas han sido tomadas, el número de delitos y la observancia de las leyes no ha mejorado sustancialmente.

En síntesis, los aportes de la propuesta jurídica de Smith pudieran sintetizarse en torno de tres elementos; el primero, en una elaboración del derecho contando con las experiencias, las vivencias, y las prácticas virtuosas reales de los individuos situados en una realidad concreta, lo que conducirá a un derecho que recupere la fase inductiva de la elaboración jurídica, la cual ha estado prácticamente olvidada en la tradición europea – continental.

Esto llevará a que los legisladores tomen en serio la idiosincrasia, las vivencias, los valores y las virtudes reales de las personas a las cuales se dirigen las normas que han de crearse. Esto exigirá, unos estudios de campo de naturaleza interdisciplinaria, y no solo estadísticos, para conocer para qué ciudadano, para qué sociedad y para qué expectativas y necesidades se quiere legislar.

³²³ Sobre el imaginario colectivo, presente en la mayoría de sociedades latinoamericanas, que les conduce a creer que la necesidad primordial para una eficacia del derecho es la de un incremento de las medidas policiales y de las fuerzas represivas del Estado, desconociendo otras alternativas de tipo ético, político y jurídico, véase CARRILLO, Javier. *Seguridad ciudadana y calidad de vida. Fundamentación interdisciplinaria de una propuesta jurídico – policial para Panamá*. Procuraduría de la Administración de Panamá, 2018., especialmente véase el capítulo II, "Seguridad y calidad de vida". pp. 29 – 64.

Un segundo aporte, tal como lo hemos mencionado tiene que ver con la sintonía que deben tener las leyes con los intereses de todos los afectados, tal como lo propone la contemporánea ética del discurso. A este respecto, Smith proponía la simpatía y el espectador imparcial, mecanismos que, de cierta forma, val a ser recuperados por Rawls en su *Teoría de la Justicia*, tal como lo veremos en el epílogo de la presente investigación. En este punto, el elemento fundamental es que no se debe legislar pensando en los intereses de unos pocos, tal como suele suceder en suelo latinoamericano, porque dicha opción, indefectiblemente, termina en un resentimiento de los ciudadanos frente al derecho y en dramáticas manifestaciones de ineficacia como las que hemos comentado más arriba.

Y un tercer elemento estaría dado por el hecho de reconocer la necesidad de “juridizar” lo que hoy, con Adela Cortina, llamaríamos una “ética ciudadana para una política responsable y solidaria”³²⁴, elemento que Smith propone, en sus líneas básicas y sin las conveniente precisiones que realiza Adela Cortina, al vincular una esfera ética natural con normas e instituciones jurídicas, de tal forma que el alimento de la eficacia del derecho esté dado por una ética que haga posible el cada individuo pueda construir libremente su proyecto de vida personal.

En este sentido, un iusnaturalismo empírico, tal como el que propone Smith, debe remitir a un continuo e inacabable proceso de acercamiento a la naturaleza humana y las éticas que de ella se derivan, para construir un derecho de cara al ser humano, y a sus necesidades, limitaciones, derechos y expectativas, y no un derecho, como el que pulula actualmente, que ni siquiera se preocupa por pensar qué noción de ser humano subyace a sus

³²⁴ Sobre este particular, véase CORTINA, Adela. Razón comunicativa y responsabilidad solidaria. Sígueme, Salamanca, 1995., especialmente el apartado “Una política responsable y solidaria”. pp. 181 – 218.

propuestas normativas, ni qué imagen de ser humano aspira a configurar con las mismas.

Ahora bien, es necesario reconocer que la propuesta jurídica de Adam Smith, aunque sería e inteligentemente pensada, es una propuesta para una sociedad y para un mundo que dista de ser el nuestro, por eso sus intuiciones respecto del derecho, a nuestro juicio deben ser complementadas, ampliadas y precisadas, tal como lo intentaremos en el epílogo de la presente investigación. Sin embargo, es importante reconocer, previamente, cómo hemos elaborado mayoritariamente el derecho en América latina, para poner en diálogo estas formas típicas del derecho latinoamericano con el derecho smithiano que hemos esbozado.

Para este fin queremos tomar prestada una herramienta hermenéutica de Paul Ricoeur, como es “el conflicto de interpretaciones”³²⁵, la cual nos servirá de telón de fondo para los análisis que realizaremos en el siguiente capítulo.

³²⁵ RICOEUR, Paul. *El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de hermenéutica*. Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

TERCER CAPÍTULO

El derecho latinoamericano y la propuesta jurídica de Adam Smith a través de tres debates

A pesar de que las sociedades precolombinas, como la Inca, la Maya y la Azteca, entre otras, tenían completos, elaborados y detallados cuerpos normativos, sin duda, el derecho latinoamericano y caribeño, tal como hoy lo conocemos, tiene como fecha precisa de nacimiento el 12 de octubre de 1492, día en que Cristóbal Colón arribó a una pequeña isla llamada por sus habitantes Taínos "Guanahani", situada al noroeste de Cuba, en el archipiélago que hoy se denomina las Bahamas; a esa diminuta porción de tierra, que Colón creía ubicada en la India, el navegante, barcelonés o genovés, denominó San Salvador, nombre católico que honraba la confesión de los monarcas que habían patrocinado el viaje que, nueve meses atrás, había comenzado en el puerto de Palos de Moguer.³²⁶

A pesar de que en la actualidad perviven aún cuerpos de normas indígenas de inspiración ancestral, precisamos dicha fecha, calificándola como el nacimiento del derecho latinoamericano, porque con la conquista y ulterior colonización por parte de los reinos de España y de Portugal, no se produjo una fusión cultural en términos jurídicos, como en efecto sucedió en el plano

³²⁶ Para una visión de conjunto del período de la Conquista y de la Colonia en América Latina, véase ELLIOTT, J.H. *La Conquista española y las Colonias de América.*, en "Historia de América Latina", Leslie BETHELL (Ed). Tomo I. América Latina colonial: La América Precolombina y la Conquista. Editorial Crítica. Barcelona. pp. 125 – 169.

étnico, sino que, desde el primer momento, la conquista y la colonia se legitimaron con documentos jurídicos propios del iusnaturalismo teocrático europeo medieval, tales como el *Requerimiento*, de igual manera que los primeros estudios de derecho en el Nuevo mundo, reprodujeron exactamente el pensum que por aquella época se impartía en la Escuela de Salamanca.³²⁷

En efecto, desde la llegada de Colón a la Isla de Quisqueya el 5 de diciembre de 1492, a la cual bautizó como “La Española”, actual territorio compartido por la República Dominicana y por Haití, se reconoció la necesidad de abrir centros universitarios en los cuales, al estilo de las universidades europeas de aquel tiempo, se enseñara prioritariamente la teología y el derecho, disciplinas estrechamente relacionadas entre sí, y cuya finalidad era, entre otras, la de legitimar la presencia de los recién llegados, así como sus potestades sobre los aborígenes.

Es por esto que, sin haber pasado medio siglo desde dicho arribo, el 28 de octubre de 1538, mediante la Bula papal *Apostolatus Culmine*, se autoriza la creación de la Universidad de Santo Tomás de Aquino, en la ciudad capital de *La Española*, bautizada *Santo Domingo de Guzmán*, institución encaminada a profundizar académicamente en el fundamento jurídico iusnaturalista y teocrático que se invocaba para llevar a cabo el proyecto de transformación social del Nuevo mundo.³²⁸

Dicha comprensión del derecho ha marcado el inconsciente colectivo de muchos juristas de la región desde aquel entonces hasta el día de hoy, de

³²⁷ Sobre este particular, véase RAMOS, Demetrio. *La Ética en la conquista de América: Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1984.

³²⁸ Sobre el sentido, finalidad y alcances de la fundación de universidades en tierras americanas durante el período de la Conquista y de la Colonia, véase TÜNNERMANN, Carlos. *Historia de la universidad en América Latina: De la época colonial a la reforma de Córdoba*. IESALC/UNESCO, 1999.

ahí que un primer debate que consideramos que debe dar el iusnaturalismo empirista de Smith, es con el iusnaturalismo en su versión teocrática y racionalista, cuya problemática abordaremos en el apartado titulado *Adam Smith, el iusnaturalismo latinoamericano, y la cuestión de la justicia* **(3.1)**.

Dicho esquema jurídico – político iusnaturalista, teocrático y racionalista, mantuvo su hegemonía por más de doscientos años en tierras americanas, y dado que fue enseñado con ahínco en todas las facultades de derecho de la región, generó una visión del derecho, tanto en juristas como en ciudadanos, como de “un orden superior que desciende”, teniendo un carácter metafísico, inmutable y eterno, respecto del cual sólo se pueden realizar ejercicios de clarificación para una correcta aplicación empleando una rigurosa lógica deductiva.

Este derecho, fundado en una imagen de Dios lejana al testimonio del Nuevo Testamento, por su amistad con el poder, por su verticalidad, y por su discriminación de las personas, como en el caso de las mujeres y de los hijos no nacidos de uniones religiosas, fue contestado a lo largo y ancho del continente durante el siglo XIX por diferentes corrientes ideológicas, dentro de las que se destaca aquella de los partidarios de las tesis de Jeremías Bentham,³²⁹ tales como el argentino Bernardino Rivadavia, el colombiano Francisco de Paula Santander, y el panameño Justo Arosemena, entre otros, quienes veían en las propuestas de Bentham una excelente herramienta para la organización de las jóvenes repúblicas recién independizadas de la península ibérica. Igualmente, dicho derecho teocrático fue contestado desde las orillas de un iusnaturalismo puramente racionalista, sin embargo,

³²⁹ Para una aproximación a un estudio sobre la influencia de las tesis de Bentham en el caso colombiano, así como a textos originales producidos con ocasión del debate generado en torno de sus tesis, véase MARQUÍNEZ ARGOTE, Germán. *Benthamismo y Antibenthamismo en Colombia*. Editorial El Buho, Bogotá, 1983.

dichas críticas no tuvieron unos desarrollos tan amplios como los de la polémica en torno a Bentham.

En efecto, duros y enconados debates suscitaron las tesis de Bentham en tierras del Nuevo mundo, en los cuales el apoyo de políticos y de algunos eclesiásticos que, al parecer, no habían tenido tiempo de leer a Bentham con detenimiento, pero que lo catalogaban con ferocidad de hedonista y de pervertidor de "la moral y de las buenas costumbres"³³⁰, hicieron inclinar la balanza en contra de la vigencia del utilitarismo en tierras americanas, de allí que las instituciones jurídicas y las normas de inspiración benthamista, no tuvieron un impacto real en el imaginario colectivo jurídico latinoamericano y caribeño, el cual, hasta bien entrado el siglo XX, conservó la estructura de razonamiento deductivista y subsuntivo del iusnaturalismo colonial con visos racionalistas.³³¹

Este fenómeno sucedió a pesar de que, en el plano político, algunos países se inclinaron, desde mediados del siglo XIX, por las tesis positivistas de Augusto Comte, como Brasil, México, Argentina o Chile, y otras naciones como Colombia, Panamá, Costa Rica, Ecuador y Venezuela, entre otras, siguieron los lineamientos positivistas de Herbert Spencer, quien preconizaba la posibilidad de una armonía entre el progreso y el talante religioso de una sociedad, así como una decidida opción por el industrialismo y por el comercio.

En dicho contexto, las naciones que desdeñaron las tesis de Comte lo hicieron también en virtud del iusnaturalismo colonial, reaccionando así en

³³⁰ Uno de los casos más conocidos de críticas de parte de clérigos a las tesis de Bentham, es el de Francisco Margallo, quien como dice Germán Marquínez, "no conocía a Bentham sino de oídas", y sin embargo no escatimaba oportunidad para atacar con radicalidad sus tesis. Cf. MARQUÍNEZ, Germán. *Op.cit.* pp. 16 ss.

³³¹ Sobre este particular, véase MARQUÍNEZ, Germán. (Ed) *La filosofía en América Latina*, Editorial El Bicho, Bogotá, 1993., especialmente el trabajo de Manuel Domínguez, "La neoescolástica de los siglos XIX y XX". Pp. 227 – 266.

contra de las críticas a la religión que enarbolaba el pensador francés en su teoría de *Los tres estadios de evolución de las sociedades*.

Sin embargo, a pesar de la aceptación de ideas, criterios e instituciones positivistas por múltiples gobiernos de América latina y del Caribe,³³² dicha influencia no incidió sustancialmente en una transformación de la manera de concebir el derecho en suelo americano, el cual conservó, en términos generales, las mismas estructuras metafísicas, deductivas y normativistas propias de la tradición romano – germánica, insertas en el pensamiento iusnaturalista teocrático inicial, y en el iusnaturalismo racionalista posterior.

Esta situación generó una especie de esquizofrenia jurídico – social, de la cual aún no nos recuperamos totalmente, ya que mientras que muchas políticas públicas son decididamente progresistas, al menos sobre el papel, un gran número de instituciones jurídicas siguieron empleando los modos del razonamiento jurídico colonial, y teniendo la misma visión de la función social del derecho, como era la de mantener un orden social vigente sin un compromiso con el progreso de los pueblos.³³³

Paradójicamente, décadas más tarde, ya sobre la mitad del siglo XX, la llegada de las tesis de Hans Kelsen a tierras americanas sí produjo el cambio en el derecho que no pudo lograr el positivismo social comtiano o spenceriano, aunque dicho cambio no incidió radicalmente en la praxis misma del derecho, sino en su manera de justificarlo y de comprenderlo.

Ahora bien, lo que sí resulta un hecho innegable es que, desde aquel entonces, el derecho latinoamericano y caribeño se autocomprendió a

³³² Para una profundización sobre la historia y el impacto de las ideas positivistas en América latina, véase ZEA, Leopoldo. (Compilador y Prólogo) *Pensamiento Positivista latinoamericano*. Tomos I – II. Biblioteca Ayacucho, 1988.

³³³ Con relación a una visión global de las relaciones entre el derecho y la sociedad en América latina, véase ESTRELLA, Pablo. *Filosofía del derecho y sociedad en América latina*. Editorial El Conejo – Universidad de Cuenca, 2007., especialmente el apartado "Filosofar desde América latina: la tarea de servir y de transformar. pp. 35 – 58.

través de las tesis lógico – formales propuestas por Kelsen, heredadas del *Círculo de Viena*, su principal influencia al lado de la filosofía de Kant, motivo por el cual un segundo debate, que consideramos puede iluminar las potencialidades del derecho de Adam Smith para el derecho latinoamericano y caribeño, es con el célebre pensador checo, el cual desarrollamos en el apartado titulado *El positivismo kelseniano y la propuesta jurídica de Adam Smith (3.2)*.

Como es de dominio común, muchas de las tesis de Hans Kelsen se depuraron en torno del debate que éste sostuvo con Carl Schmitt, tal vez el principal ideólogo jurídico del nacional socialismo nazi, el cual ha dado pie a extensos y numerosos estudios que esclarecen el fondo de la cuestión, la cual, en última instancia, se centra en la relación entre el derecho y el poder político.³³⁴

Mientras que Kelsen se sintoniza con el pensamiento kantiano y con las propuestas lógico analíticas de Ludwig Wittgenstein, teniendo como trasfondo las críticas del *Círculo de Viena* a “una lectura ideológica de la realidad europea”, Schmitt opta por una identificación del derecho con la voluntad política del gobernante, tesis que, en un campo práctico ha tenido un hondo calado en el derecho latinoamericano y caribeño, ya que nuestros gobernantes, sobre todo aquellos que han manifestado un talante totalitario, que no han sido pocos, han amado y siguen amando el que su voluntad política adquiera forma jurídica, ya sea mediante legislaciones promulgadas bajo facultades legislativas, ordinarias o extraordinarias, del ejecutivo, o a través de órganos legislativos con mayorías plegadas a la voluntad del gobernante de turno, los cuales obtienen como contraprestación recompensas de toda índole, desde salarios abismalmente superiores a los del promedio de la población, hasta puestos

³³⁴ Sobre este particular, véase CORDOVA, Lorenzo. *Derecho y Poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. Fondo de Cultura Económica, México, 2010.

burocráticos y presupuestos cuantiosos para el “desarrollo de sus proyectos”. Realidad esta que no niega, tal como lo afirmamos anteriormente, el que haya legisladores independientes, honestos y comprometidos, que han sido y siguen siendo un signo de esperanza para la democracia en la región.

Con la influencia de Carl Schmitt en América latina y en el Caribe,³³⁵ sucede un hecho cualitativamente distinto al que sucede con las tesis de Hans Kelsen, ya que éste último ha tenido una influencia tanto teórica como práctica, en tanto que en el caso del pensador alemán, su influencia ha sido más práctica que teórica, y por lo tanto más decisiva en el ámbito político y en la configuración del derecho de la región, lo cual muestra la importancia de un debate de éste con Adam Smith, el cual titulamos *El decisionismo de Carl Schmitt en América latina y la visión del derecho de Adam Smith* **(3.3)**.

Tal como lo afirmábamos líneas arriba, dentro del marco de una hermenéutica crítica, como la propuesta por Adela Cortina y Jesús Conill, la categoría “conflicto de interpretaciones” de Paul Ricoeur, nos parece muy apta para fundar metodológicamente estos debates entre pensadores lejanos en el tiempo, y más que eso, lejanos teóricamente, ya que ni Kelsen ni Schmitt se refieren a Adam Smith en sus reflexiones, al igual que el pensador de Kirkcaldy no elaboró ninguna obra crítica respecto del iusnaturalismo teocrático, sin embargo, hermenéuticamente no es posible explorar las posibilidades de aporte de un pensador respecto de determinado contexto, si no se ponen a debatir sus tesis con las de aquellos que han configurado dicho contexto, so pena de continuar con la poco eficaz tarea de investigar silogísticamente, es decir, simplemente

³³⁵ Para una profundización sobre la influencia de las tesis de Carl Schmitt en América latina, véase ZEMELMAN, Hugo. *De la historia a la política. La experiencia de América latina*. Siglo XXI – Universidad de las Naciones Unidas, 1989, especialmente el apartado, “Racionalidad y Toma de decisiones”. pp. 87 ss.

proponiendo “otras premisas mayores”, con la pretensión de que puedan servir ulteriormente para decisiones prácticas, sin mostrar el por qué las premisas propuestas, racional y razonablemente, disponen de mejores argumentos que aquellas que se quieren criticar.

Y nos referimos al conflicto de interpretaciones de Ricoeur, ya que consideramos que es un necesario ejercicio de tipo ético – hermenéutico, puesto que, casi sin excepción, todas las teorías, en cuanto interpretaciones, tienen pretensiones hegemónicas al considerarse como contenedoras de “la verdad”³³⁶, y es necesario ponderarlas desde otras interpretaciones teniendo como referente un instrumental argumentativo que tenga en su base la humanización de los individuos concretos y reales, en medio de sus contextos vitales. En este sentido, a propósito de la hermenéutica filosófica precisa Ricoeur:

Con ello, [La hermenéutica filosófica] se prepara para ejercer su tarea más importante: llevar a cabo un verdadero arbitraje entre las pretensiones totalitarias de cada una de las interpretaciones. Al mostrar de qué manera cada método expresa la forma de una teoría, [y] justifica a cada una en los límites de su propia circunscripción teórica. Tal es la función crítica de esta hermenéutica considerada en su nivel simplemente semántico.³³⁷

3.1. Adam Smith, el iusnaturalismo latinoamericano y la cuestión de la justicia.

³³⁶ A propósito de la cuestión sobre la verdad en el ámbito de la hermenéutica, véase uno de los textos clave de Gadamer sobre esta problemática en GADAMER, H.G. *Verdad y Método II. ¿Qué es la verdad? Sígueme*, Salamanca, 2004. pp. 51 ss.

³³⁷ RICOEUR, Paul. *El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de hermenéutica*. Fondo de Cultura Económica, México, 2003. p. 19.

A propósito del “iusnaturalismo y su dimensión política”, que comentábamos anteriormente, conviene precisar que, en dicho apartado, no sólo queríamos mostrar una faceta de esta comprensión del derecho, sino también ejemplificar cómo, toda teoría jurídica en particular, y toda elaboración teórica en general, tiene, con mayor o menor nivel de explicitación, una dimensión política, es decir, una pretensión de generar, de alguna manera, implicaciones prácticas, lo que equivale a decir que ninguna elaboración teórico - conceptual es “axiológicamente neutra” y meramente enunciativa, sino que, tal como lo postula Habermas en su obra *Conocimiento e interés*, cada ciencia, disciplina o saber, “tiene su propio interés práxico”.³³⁸

A este respecto, el interés práxico del iusnaturalismo en tierras americanas fue, inicialmente, el de legitimar el descubrimiento y la conquista de las Indias occidentales, pretensión que se fundaba en la *Noción del Orbe cristiano*, y que se materializó, entre otras, en dos instituciones legales, como fueron las *Capitulaciones* y el *Requerimiento*. En este sentido, la *Noción del Orbe cristiano* fue una categoría elaborada en el siglo XIII bajo el pontificado de Inocencio III (1160 – 1216), la cual tenía como fin impulsar la expansión del régimen de cristiandad, en cuyo propósito formuló un polisilogismo lógico que constituyó su columna vertebral. En dicha elaboración lógica, la premisa mayor estaba dada por la afirmación de un Dios Padre, señor y propietario de toda la tierra, el cual había enviado a su Hijo mismo para ejercer el dominio sobre todo el orbe en ejercicio de una autoridad plena.³³⁹

Según dicho razonamiento, al retornar al Padre, el Hijo dejó a una cadena de sucesores, investidos con plenos poderes espirituales y seculares, la cual

³³⁸ Sobre este particular, véase. HABERMAS, Jürgen. *Conocimiento e interés*. Taurus, Madrid, 1992.

³³⁹ A propósito de la fundamentación y de los debates ideológicos sobre la legitimidad de la Conquista, véase GONZÁLEZ, José Luis. *Filosofía en la etapa de la conquista.*, en “La Filosofía en América Latina”. MARQUÍNEZ, Germán (Ed). El Buho, Bogotá, 1993. pp. 47 – 80.

se inició con Pedro y había llegado a Alejandro VI, quien ocupaba la sede romana por aquel entonces. El polisilogismo se fundaba en que este último, en virtud de la bula *Inter Caetera*, del 3 de mayo de 1493, comisionó a Alejandro e Isabel, reyes de España, para que administraran esta porción del planeta en ejercicio de la autoridad recibida de parte de Dios mismo.

Y fue con este razonamiento, típico del iusnaturalismo medieval, que se legitimó la conquista y la colonia de las tierras del Nuevo mundo, así como la institución de autoridades locales, tales como los virreyes y los encomenderos, quienes actuaban como administradores comisionados por las autoridades peninsulares y eclesiásticas.

En desarrollo de dicha noción, que hacía las veces de norma básica, empleando la célebre categoría kelseniana, se creó el *Requerimiento*, que fue un procedimiento legal consistente en la lectura solemne de un documento que se redactó como consecuencia de las *Leyes de Burgos* de 1512. Dicho procedimiento, como su nombre lo indica, consistía en una declaración que debía leerse en voz alta en presencia de los aborígenes, afirmando la validez de la presencia de los recién llegados con fines evangelizadores, y conminándolos a un sometimiento a las autoridades locales, en su calidad de representantes legítimos de los monarcas españoles y del mismo Dios. Dicho documento, leído en una lengua extraña para los nativos, cumplía la función de etapa procesal previa a la declaración de una “guerra justa” (*bellum iustum*), en caso de que los mismos no aceptasen las imposiciones enunciadas.³⁴⁰

Igualmente se desprendió de la Noción del Orbe cristiano la celebración de las *Capitulaciones*, que fueron unos contratos celebrados entre la corona española y los particulares, encaminados a hacer avanzar las tareas de la

³⁴⁰ Para una profundización sobre los debates en torno de la legitimidad de la Conquista, véase BEUCHOT, Mauricio. *La querrela de la Conquista. Una polémica del siglo XVI*. Siglo XXI, México, 1992., especialmente el apartado referido a “Francisco Vitoria”. pp. 18 – 40.

evangelización y de dominio de los nuevos territorios; dichos contratos fueron autorizados por *Carta Real* del 19 de abril de 1495, queriendo con ellos también incentivar la migración de habitantes de la Península Ibérica al Nuevo mundo. Estos documentos, debidamente firmados, fueron exhibidos como verdaderos títulos jurídicos, con plena validez legal, y fueron los fundamentos legales que facultaron el desarrollo de las campañas conquistadoras.³⁴¹

Más allá de las inacabables discusiones históricas sobre los acontecimientos derivados del marco legal que se invocó para legitimar la conquista de América, las cuales se apartan del interés que nos vincula en esta investigación, es importante hacer notar la especificidad y las implicaciones de la noción de derecho con la cual se incorporaron América latina y El Caribe a la civilización occidental, la cual ha marcado, hasta el presente, nuestras maneras de entender la *producción* y *aplicación* de esta disciplina.

En este sentido, a propósito de la producción del derecho, en el imaginario colectivo latinoamericano y caribeño, a raíz de la herencia iusnaturalista de tipo teocrático, existe la idea de que el derecho, en todas sus manifestaciones está investido de una legitimidad universal, en razón de un fundamento implícito que se identifica con la idea de justicia, respecto del cual poco y nada tienen que ver los contextos, la idiosincrasia y las particularidades de los problemas locales. De esta convicción, se deduce que, no es el derecho quien tiene que responder y adaptarse a la realidad para solucionar de manera más eficaz sus problemas, sino que es la realidad la que debe asimilarse y conformarse con las disposiciones normativas.

³⁴¹ Sobre las cuestiones jurídicas debatidas con ocasión de la conquista de América, véase HANKE, Lewis. *La lucha por la justicia en la conquista de América*. Editorial Sudamericana, 1949. Especialmente el apartado "La guerra justa en el Nuevo mundo". Pp. 349 ss.

Así pues, a pesar de que las constituciones recientes en la región hagan mención, como fundamento de legitimidad, “al pueblo”, “al consenso” o “a los ciudadanos”, nuestros ordenamientos legales, en no pocos casos, poco tiene que ver con lo que somos históricamente como naciones, como individuos reales, y con nuestras circunstancias históricas concretas.³⁴²

Este supuesto que, al parecer, no siempre opera de manera totalmente consciente en nuestros legisladores, jueces y abogados, genera el que tengamos como referente una “atemporalidad” y “universalidad” de las normas e instituciones jurídicas, hecho que nos ha conducido, casi desde nuestros orígenes, a *buscar soluciones a nuestros problemas en legislaciones extranjeras*, porque “lo que es justo en una latitud, debe serlo también en todas las demás”, y porque “si una norma o una institución jurídica funcionó allende, aquí también debe hacerlo de semejante manera”.

A este respecto, sería interminable la lista de normas e instituciones jurídicas que hemos trasplantado desde otras latitudes, sin las suficientes adaptaciones e interpretaciones, por eso bástenos citar dos ejemplos muy relevantes, que evidencian la permanencia de esta tendencia de talante iusnaturalista racionalista y teocrático; el primero, se remonta a los inicios de nuestra vida republicana, como es el caso de la *Codificación civil francesa*, y el segundo, corresponde a los tiempos actuales, como es la implementación del *Sistema Penal acusatorio*, que es un conjunto de mecanismos de naturaleza jurídico procesal, de estirpe anglosajona, con el cual se ha querido pasar del sistema penal inquisitivo a uno de tipo acusatorio³⁴³.

³⁴² Sobre las relaciones entre derecho y sociedad se han generado numerosos debates; un ejemplo de ellos se encuentra en VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César. *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2003.

³⁴³ Para una profundización sobre el proceso de transición entre el sistema inquisitivo al acusatorio en América latina, véase AMBOS, Kai y WOISCHNIK, Jan. *Las reformas procesales*

En el caso del Código civil napoleónico, cuya adopción por parte de un buen número de países latinoamericanos se remonta hasta mediados del siglo XIX, y sigue vigente en la actualidad en muchos de ellos, se trata de un articulado que fue promulgado en Francia el 21 de marzo de 1804³⁴⁴, época durante la cual las colonias americanas, gracias a las ideas de la Ilustración, estaban en pleno proceso de ebullición independentista respecto de las metrópolis europeas. Es por esto que, habiéndose completado dichas campañas de independencia, resultaba lógico y consecuente para los líderes criollos, el adoptar una legislación civil proveniente del país desde el cual se obtuvieron “las luces”, dado que fueron las ideas ilustradas francesas las que más tuvieron difusión y acogida por aquel entonces.

Otro de los motivos que sedujo a los líderes de las jóvenes naciones respecto del Código civil francés, fue el que muchas de las instituciones y normas jurídicas incluidas dicha legislación, al provenir del derecho romano, le resultaban familiares y convenientes a los juristas locales, ya que eran las mismas que se habían estudiado y aplicado durante el período colonial.

Fue así como el Código civil francés, en poco menos de medio siglo, y hasta la actualidad, llegó a ser el Código civil de buena parte de los países de América latina y El Caribe. En dicho contexto, uno de los principales canales por el cual ingresó la legislación gala a tierras americanas, fue el de Andrés Bello, intelectual venezolano quien fuera preceptor de Simón Bolívar, y quien, con ocasión de su trabajo docente en Chile, país en donde fuera rector del Instituto nacional y después de la recién creada Universidad de

penales en América Latina. Resumen comparativo. Legis, Revista de Derecho penal No. 10, Enero – Marzo, 2005.

³⁴⁴ A este respecto, véase OURLIAC, Paul et GAZZANIGA Jean. *Histoire du droit privé français : De l'an mil au Code civil*. Alban Michel, 2015.

Chile, tradujo y promovió la implantación del documento en tierras australes, cuya promulgación se cristalizó el 14 de diciembre de 1855.

En razón de la amistad entre Andrés Bello y el diplomático colombiano Manuel Ancizar, éste último le solicita a Bello varios ejemplares de la obra por él traducida, para ser adoptada como legislación civil en varios de los Estados autónomos que formaban parte de la nación que para entonces se llamaba Confederación Granadina, y después, a partir de 1863 y hasta 1886, Estados Unidos de Colombia.

Por diferentes vías, y de manera semejante al caso colombiano, el Código civil francés ha ejercido una gran influencia en otros países de América latina y del Caribe, como Costa Rica, Bolivia, Perú, Haití y República Dominicana, entre otros, hecho que refuerza nuestra hipótesis de la propensión que tenemos en la región a creer que el derecho, en sus contenidos, instituciones y normas, tiene un carácter universal y atemporal, y, por lo tanto, el trabajo del jurista investigador, así como de los legisladores y de sus equipos de trabajo, consiste, básicamente, en buscar “buenas legislaciones” en otras latitudes para trasplantarlas en respuesta a nuestros problemas y necesidades.

En este punto hay que reconocer que el derecho, así como la ética, “no parte de cero”, y por lo tanto, en todos los países no tenemos que partir de una “tabula rasa” para crear el derecho, pero la tendencia ha sido, y sigue siendo, copiar y trasplantar normas e instituciones con escasas interpretaciones y adaptaciones, lo que ha traído como resultado el que nuestras legislaciones latinoamericanas y caribeñas, lejos de ser cuerpos homogéneos y coherentes de normas que hallan su articulación en la realidad y en la idiosincrasia nacional, son amplios mosaicos, cada vez más grandes y complejos, de leyes e instituciones de muy diversa índole, y con

pocas posibilidades de generar espacios de justicia para todos, tal como de forma desconsoladora lo constatamos en nuestro día a día.³⁴⁵

En dicho escenario, el universalismo jurídico a – hermenéutico, genera problemas de grandes dimensiones que deben enfrentar nuestros jueces de manera cotidiana, tales como leyes inconexas, inaplicables, contradictorias o que generan derogaciones implícitas, problemas que forman una intrincada red de traslapes que dan pie a toda suerte de maromas lógicas, de legalismos y de argucias empleadas por los leguleyos para obscurecer el valor de la justicia.³⁴⁶

En dicho escenario, se deforma la imagen de un derecho al servicio del orden, de la justicia y del bien común, ya que pareciera que la misión de los abogados es la de “manipular la verdad de forma sofística”, de tal forma que se puede argumentar, con fundamento legal, a favor o en contra de cualquier posición. Como consecuencia de esta “sofística jurídica”, la razón y el derecho les serán reconocidos aquellos que pueden pagar los abogados “más ágiles y concedores de las minucias de la legislación”, con lo cual, en muchos casos, la justicia no se impone por la obviedad de los hechos, por la claridad de los marcos legales, ni por el clamor social ante incontestables violaciones, sino por “acrobacias interpretativas”.

Por este motivo, se ha presentado una crisis en la ética del abogado,³⁴⁷ ya que se cree que la misión de todo abogado es la de hacer aparecer como

³⁴⁵ Para una profundización sobre la problemática de las relaciones entre derecho y sociedad en América latina, véase PÁSARA, Luis. *Ley, justicia y sociedad en América latina*. Instituto de investigaciones jurídica, Unam, México, 2010.

³⁴⁶ Para una aproximación a la problemática del derecho y de la administración de justicia en América latina, véase PALACIO, Juan y CANDIOTI, María. (Eds). *Justicia, Política y Derechos en América latina*. Prometeo Libros, Buenos Aires, 2007., especialmente resulta iluminador el texto de Rodrigo Uprimmy “La judicialización de la política en Colombia: Casos, potencialidades y riesgos”. pp. 45 – 62.

³⁴⁷ Para una visión crítica y reflexiva sobre la ética de los abogados, véase ROSENKRANZ, Ofelia, CAIVANO, Roque, y MAYER, Gisela. *Ética profesional de los abogados*. Abeledo - Perrot, Buenos Aires.1995.

inocente a su cliente, así sea culpable, o como honesto, así no lo sea, alternativa que pareciera no generarle problemas éticos a muchos abogados, porque, al fin y al cabo, desde las nociones de derecho con las cuales se ha educado a la mayoría de los abogados de la región, se ha generado la idea de que “el derecho sólo tiene que ver con el sistema de normas, y no con la sociedad”.

Frente a este universalismo, fruto del iusnaturalismo teocrático y racionalista, el derecho propuesto por Adam Smith se sitúa en las antípodas, ya que el derecho para el filósofo de Kirkcaldy sólo tiene sentido en cuanto es validado a través de las estructuras morales de las personas concretas, y teniendo como finalidad última, el que dichas personas puedan realizar sus proyectos de vida buena sin afectar las aspiraciones análogas de sus conciudadanos.³⁴⁸

En este punto, es necesario aclarar que cuando hablamos del “derecho propuesto por Adam Smith”, estamos hablando de su teoría jurídica, es decir del método, de los fundamentos y de aquello que estructura y que orienta la producción legal, y no de las mismas normas en particular. A este respecto, nos acogemos a una distinción entre “el derecho”, como disciplina, y las leyes como como una concretización y materialización particular de esta.

En este sentido, tal como lo hemos expuesto en el capítulo anterior, nos hemos referido “a la propuesta jurídica de Adam Smith”, y no a las normas precisas y particulares que este propuso; por esta razón, superando una postura lógico – positivista, relativizamos el valor de las normas propuestas

³⁴⁸ Sobre las tipicidades del derecho en Adam Smith, véase AMADAE, S.M. *Impartiality, utility and induction in Adam Smith's Jurisprudence.*, en “Adam Smith's Review”, Volume 4. Vivienne Brown (Ed), 2008. pp 238 – 246.

por el filósofo escocés, para resaltar su concepción del derecho, y de nociones fundamentales en este dominio como la justicia.

El segundo ejemplo de un trasplante de normas e instituciones, lo encontramos en la reciente implantación del Sistema Penal acusatorio en la mayoría de los países de la región, hecho que, por la herencia iusnaturalista teocrática y racionalista mencionada, se ha realizado sin las suficientes interpretaciones, adaptaciones, modificaciones y ajustes, para sea una alternativa eficaz frente a los males que quiere solucionar.

En efecto, el sistema penal tradicional en América latina y en el Caribe, era el inquisitorio, el cual tenía como eje articulador la teoría del hecho punible, cuya teoría se remonta a las propuestas de célebres penalistas europeos como Ferri, Garófalo, Lombroso y Welzel, entre otros.³⁴⁹ A pesar de su coherencia interna y de su evidente lógica, dicho sistema, con el paso del tiempo, y con la sobre abundancia de casos penales, se volvió excesivamente lento, problemático y burocrático, entre otras cosas porque varias de sus etapas procesales se surtían por escrito, elementos que, en última instancia, perjudicaban una aplicación de justicia eficiente y eficaz.

Ante estos hechos, en la mayoría de los países del continente, se decidió adoptar, en materia procesal penal, el Sistema acusatorio, el cual, producido con una lógica empírica, propia del derecho anglosajón, y con un espíritu pragmático y basado en razonamientos que le otorgan una primacía a las evidencias, a las pruebas³⁵⁰ y a los hechos, generó una serie de problemas de aplicación que aún no se han solucionado.

³⁴⁹ Un ejemplo de este tipo de estructuración del derecho sustancial penal se da en el caso chileno, el cual está reseñado en; CARNEVALI, Raúl. *La ciencia penal italiana y su influencia en Chile*. Revista Política criminal No 6, 2008. pp. 1-19.

³⁵⁰ Sobre el carácter, admisibilidad y valoración de la prueba en el Sistema Penal Acusatorio, véase BUJOSA, Lorenzo. *La prueba de referencia en el Sistema Penal Acusatorio*. Revista Pensamiento Jurídico, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia, No. 21, 2008. Disponible en <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/38186>

A este respecto, varios problemas han emergido con dicha implementación, los cuales van desde los estructurales, como la falta de recursos suficientes para su funcionamiento dados los altos costos que este sistema genera para la administración de justicia, hasta aquellos que tienen que ver con comprensión global de la justicia penal, ya que es un hecho apenas lógico que debe existir armonía entre un sistema de normas sustanciales y las normas procesales que acompañan a estas. En este sentido, la *Teoría del hecho punible*, y la redacción de las normas sustanciales penales acordes con esta, caracterizadas por un razonamiento deductivo que debía estar presente en documentos escritos, no compaginan con un sistema procesal penal, que razona inductivamente, y está centrado en un procedimiento oral.

A este respecto, cualquier conocedor de la lógica formal aplicada al derecho, podrá concluir que la inducción y la deducción son procedimientos complementarios, lo cual es un hecho evidente, pero, para el caso en cuestión, dicha inducción y deducción deben estar presentes en "todo" el sistema de normas, tanto sustanciales como procesales, y no como ha sucedido en el caso mencionado, en el que la deducción caracteriza a las normas sustanciales, y la inducción estructura aquellas de naturaleza procesal, lo cual, en la práctica, ha generado confusiones sin fin en los administradores de justicia, y en todos los actores del sistema.³⁵¹

Sobre este particular, la postura jurídica de Smith aportaría un elemento que está presupuesto en sus tesis sobre el derecho, y es que sólo la realidad, tanto

³⁵¹ Una muestra de los problemas que ha generado la implementación del Sistema Penal acusatorio en América latina, está dada por el caso colombiano, en el cual, después de diez años de su puesta en funcionamiento, fue objeto de un estudio cuyos resultados son preocupantes, sobre todo por la escasa eficacia del mismo, y por la desfavorable opinión que tiene la ciudadanía respecto de la Administración de justicia. Para una revisión de dicho informe, véase CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia (2004-2014): Análisis de su funcionamiento y propuestas para su mejoramiento*. Disponible en: <https://www.cej.org.co>

humana como social, pueden otorgar coherencia y eficacia a un sistema legal. Y, en un sentido contrario, la coherencia, muy difícilmente puede caracterizar a un sistema de normas importadas, más aún cuando dicho trasplante se hace sin los necesarios procesos adaptativos e interpretativos a los que hemos aludido anteriormente.

De otra parte, y también como consecuencia del iusnaturalismo colonial, en el derecho latinoamericano se evidencia una fuerte limitación para valorar los hechos de la realidad, así como para argumentar inductivamente, con lo cual, nuestros razonamientos jurídicos pecan de un excesivo “deductivismo”. En efecto, si el gran imaginario colectivo que subyace a la legislación latinoamericana, es el de un derecho universal y atemporal, el cual funciona mayoritariamente de forma inconsciente en los actores del mundo jurídico, las competencias de razonamiento jurídico que desarrollan dichos actores, es de naturaleza deductiva, puesto que “las fuentes del derecho ya están dadas por la ley, la jurisprudencia, la ley y las fuentes generales del derecho”, tal como lo precisa el mismo código napoleónico al que hemos hecho referencia.

A partir de esta premisa, desde que se inician los estudios universitarios de derecho, los estudiantes van a aprender fundamentalmente legislación, por esto más que juristas, que comprenden el derecho como una correlación de los cuerpos normativos con la realidad, los recién egresados terminan siendo, básicamente, técnicos en legislación, los cuales, consideran que un buen jurista es el que “sabe escoger la mejor premisa mayor para el caso en cuestión”.³⁵²

Análogamente, por causa del mismo universalismo atemporal, las sentencias judiciales, así como su motivación, son fundamentalmente

³⁵² Para una profundización sobre la crisis en la enseñanza del Derecho, véase GIACOMETTE, Ana y GARCÍA, Alicia. *Crisis en la enseñanza del derecho: Alternativas de solución*. Ediciones Librería del Profesional, 2000.

ejercicios lógico - subsuntivos, en los cuales un razonamiento inductivo, basado en la realidad y en los hechos, tiene un papel muy secundario.

Por análogas razones, la mayoría de los numerosos libros sobre temas jurídicos que se publican diariamente, se muestran ayunos de realidad concreta, consistiendo fundamentalmente en comentarios, aclaraciones, exposición sobre el contenido y alcance que se le debe dar a las normas, y recuentos de doctrina sobre las mismas normas, al lado de referencias jurisprudenciales.³⁵³ Con esta perspectiva de la investigación jurídica, en la que mayoritariamente están ausentes los contextos reales, se produce una especie de perpetuación de los trabajos de la *Escuela de los glosadores*, tan relevante para el derecho medieval, con lo cual se ratifica la pervivencia de las estructuras lógico – jurídicas de aquella época.

Por este motivo no es extraño que los estudiantes universitarios de la región, que aspiran a su primera titulación en derecho, tengan tantas dificultades para investigar, y tan poco aprecio por las prácticas investigativas, ya que en dicho panorama de comentarios y de glosas, poco espacio queda para la realidad, para la novedad y para la crítica. Igualmente sucede con los estudiantes de los niveles superiores de la educación universitaria en derecho, quienes, en un buen número, antes que en los problemas de realidad concreta que deben ser comprendidos y solucionados desde el derecho, piensan en las instituciones jurídicas, así como en las normas, sus vacíos, su inadecuación, o sobre las interpretaciones de estas que consideran desacertadas.

Por este motivo, y a raíz de esta concepción jurídica, la realidad social concreta, las personas reales y los problemas que les aquejan,

³⁵³ Para una aproximación crítica, y a la vez propositiva, sobre la investigación jurídica, véase COURTIS, Christian. *Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Trotta, Madrid, 2006.

prácticamente permanecen “intocados” por las abundantes investigaciones que se producen en los ambientes universitarios y profesionales. Consecuentemente, un derecho pensado en términos universales y atemporales no puede ser eficaz, porque está más interesado en los enunciados legales y en su aplicación descendente, que en responder a la realidad misma desde un derecho que se construya desde ella y desde las necesidades concretas de los seres humanos reales que la componen.³⁵⁴

Frente a esta ausencia de realidad en el derecho, que se manifiesta en una aguda ineficacia del mismo, el pensamiento jurídico de Adam Smith, que tenía como fundamento a la naturaleza humana concreta, y que tenía como meta la propiciación del progreso de su nación en crisis,³⁵⁵ constituye un excelente criterio de reflexión, análisis y reformulación de nuestra visión del derecho en América latina y en el Caribe.

Uno de los elementos fundamentales que determinan la eficacia del derecho, es que este tenga la capacidad de responder a las necesidades concretas de las personas, de las instituciones y de la sociedad en su conjunto, para lo cual es importante que los enunciados normativos tomen alguno de estos dos caminos, 1) su actualización constante, lo cual conduce a una interminable y dispendiosa tarea legislativa, o 2) la posibilidad de que las normas sean objeto de interpretaciones argumentadas y sustentadas, de

³⁵⁴ Un excelente conjunto de estudios que reflexiona sobre la problemática de la investigación jurídica se encuentra en GARCÍA, Mauricio y RODRÍGUEZ, César (Eds.). *Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Ilsa – Universidad Nacional de Colombia, 2003.

³⁵⁵ Sobre el papel social del derecho en la propuesta jurídica de Adam Smith, véase EVENSKY, Jerry. *Adam Smith's Moral Philosophy. A Historical and Contemporary Perspective on Markets, Law, Ethics, and Culture*. Cambridge University Press, 2005., especialmente el apartado “On the Role of Positive Law in Humankind's Evolution”. pp. 59 - 84.

tal forma que su actualidad se derive de un procedimiento interpretativo, abriendo las puertas a su eficacia.

Dado el carácter atemporal y deductivista del iusnaturalismo teocrático - racionalista, y de la impronta que este generó en la tradición europea continental, en general, y en el derecho latinoamericano, en particular, la opción de la actualización es la escogida, la cual sin embargo, debido al gran volumen de las normas, que ha conducido al gigantismo legal al que nos hemos referido, y a la escasa conciencia de que esta manera de concebir el derecho obliga a constantes reformulaciones, muchas de las normas que frecuentemente se producen en la región, evidencian prontamente una manifiesta desactualización, lo cual incrementa su ineficacia respecto de los problemas concretos que deben solucionar.

Así pues, la búsqueda de unas “normas precisas y detalladas”, en razón de las limitaciones propias de los enunciados³⁵⁶ jurídicos, y del constante cambio de las circunstancias históricas, conduce necesariamente a una pronta desactualización de dichos enunciados normativos, y con la desactualización de las normas, viene la desactualización de los textos doctrinales referidos a dichas normas. Por este motivo, no es poco frecuente en nuestro medio, el que los textos de doctrina jurídica sean objeto de múltiples y frecuentes “nuevas ediciones”, lo cual se refleja en el subtítulo de muchas de ellas: “edición actualizada”.

Un ejemplo de desactualización lo tenemos en el caso del mismo Código Civil napoleónico, en su libro de los “contratos”, respecto del cual es claro que la mayoría de los contratos que actualmente se realizan en la región,

³⁵⁶ Gadamer, en el texto *¿Qué es la verdad?* en *Verdad y Método II*, realiza un juicioso análisis de la limitación de los enunciados para enunciar “la verdad”, en los cuales, en razón de las limitaciones del lenguaje, y de los determinantes generados por el cambio histórico, concluye que “no hay un enunciado que sea del todo verdadero”. Cf. GADAMER, H.G. *Verdad y Método II*, pp. 51 ss.

como el del “arrendamiento con opción de compra” (leasing), no se encuentran en dicho articulado. Y la razón para este hecho es obvia, dado que las circunstancias históricas, sociales, económicas y comerciales de hoy, son muy diferentes de aquellas en las cuales se generó tal código, así como de aquellas que estaban vigentes cuando se adoptó esta legislación en América latina.

En síntesis, una elaboración jurídica descontextualizada y atemporal, como aquella que resulta de los supuestos precisados por un iusnaturalismo teocrático y racionalista, termina en un derecho que en no pocas veces se muestra altamente ineficaz a raíz de las falencias anotadas. En un sentido contrario, un derecho articulado sobre la condición concreta de las personas mismas, y que tiene por objetivo el progreso social, para lo cual realiza un diálogo con otras ciencias, disciplinas y saberes, como el que propone Adam Smith, se muestra mucho más apto para propiciar la eficacia del derecho latinoamericano, que tanto necesitamos y a la que con urgencia debemos aspirar.

En este contexto es claro que ejercicios como el de la codificación tienen ostensibles ventajas para la precisión y organización de las normas, pero no es menos cierto que un derecho codificado, debe ser armonizado con otras perspectivas jurídicas de carácter interpretativo y argumentativo, so pena de generar, entre otros, los problemas a los que nos hemos referido anteriormente.

3.2. El positivismo kelseniano y la propuesta jurídica de Adam Smith.

Hans Kelsen, quien nació en Praga, República Checa, en 1881, falleció en Berkeley, California en 1973, habiendo decidido permanecer allí en la paz y tranquilidad del exilio al que fue sometido por la persecución del nacional socialismo nazi, con ocasión de la segunda conflagración mundial.³⁵⁷

En razón de la profundidad, concisión y madurez de su pensamiento, Kelsen es considerado, con justicia, como el más grande, o, al menos, uno de los más grandes juristas de la última centuria. A través de las páginas de sus obras se respira una profunda sensibilidad humana, una sincera preocupación por los individuos en concreto y por la sociedad en su conjunto, así como una clara conciencia del potencial que tiene el derecho como herramienta de ordenamiento social, y su fundamental papel en el futuro de la humanidad.³⁵⁸

Por estos motivos resulta paradójico el que muchos autores, al parecer, hayan leído descontextualizadamente su obra, y hayan pasado por alto su pretensión de fondo de reivindicar el papel derecho en la vida de las naciones, sacándolo del dominio de lecturas ideológicas y manipuladoras como la del *Nacional socialismo*, y que se hayan valido de su pensamiento para “darle un toque de científicidad al legado del iusnaturalismo”, terminando con un producto que el mismo Kelsen, en su postura crítica a

³⁵⁷ Una revisión de conjunto del pensamiento del Kelsen, muestra que sus preocupaciones políticas respecto de la situación europea con ocasión de la Segunda Guerra mundial, determinan claramente sus posiciones jurídicas, entre otras aquella de la separación entre el derecho y la política, en razón de la manipulación política de la cual estaba siendo objeto el derecho en aquel contexto. Para una aproximación al pensamiento político del pensador checo, véase LAGI, Sara. *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920): Los orígenes de la esencia y valor de la Democracia*. Biblioteca nueva, 2007.

³⁵⁸ Para un acercamiento a la persona y a la obra de Hans Kelsen, véase la más conocida y autorizada de sus biografías, escrita por Rudolf Aladár METALL. *Hans Kelsen, Vida y Obra*. Centro de Investigaciones Jurídicas, Unam, México, 1976.

esta corriente, jamás hubiera aprobado, como es “la positivización del derecho natural”.

En su reacción crítica frente a un derecho ideologizado, Kelsen se apoya en el programa investigativo del *Círculo de Viena*³⁵⁹, ciudad en la cual desarrolló buena parte de su actividad académica y profesional. A este respecto, valga recordar que los miembros de esta sociedad académica, entre ellos Moritz Schlick, quien fuera su fundador, Rudolf Carnap, Kurt Gödel, Carl Hempel y Karl Popper, entre otros, compartían la creencia de que era necesario cultivar un conocimiento lógico y rigurosamente científico, que descartara, las que consideraban, “peligrosas lecturas de la sociedad”, y asegurara la paz y el progreso, postura que constituiría el núcleo central del llamado “positivismo lógico” del cual Kelsen va a ser heredero en el dominio del derecho.³⁶⁰ En dicho escenario, su opción por la ciencia tenía como propósito fundamental oponerse a las lecturas ideologizadas que, por aquel entonces, parecían llevar a Europa a la hecatombe de la guerra, que al final sucedió.

En dicho propósito de oponerse, mediante el cultivo de un saber científico, a una lectura ideológica de la sociedad, el *Círculo de Viena* produjo su conocida declaración para una *Concepción científica del mundo*, publicada en agosto de 1929.³⁶¹ A este respecto, el pensamiento jurídico kelseniano no es plenamente comprensible sin los referentes y las relaciones

³⁵⁹ Para una profundización sobre la historia y los aportes del *Círculo de Viena*, véase la obra de Friedrich Stadler *El *Círculo de Viena*. Empirismo lógico, Ciencia, Cultura y Política*. Fondo de Cultura Económica, México, 2011., la cual es, quizás, la más completa investigación sobre sociedad académica traducida al castellano. De ella véase especialmente el Cap. 2. “La filosofía científica austriaca. La tradición anti - idealista: Entre la lógica, la experiencia y la crítica del lenguaje. pp. 92- 114.

³⁶⁰ Sobre este particular, véase COFRÉ, Juan. *Kelsen, el Formalismo y el "Círculo de Viena"*. Revista de Derecho, Vol. VI, Universidad Austral de Chile. Diciembre 1995, pp. 29-37.

³⁶¹ CÍRCULO DE VIENA. Declaración para una Concepción Científica del mundo. Viena, agosto de 1929. Disponible en:
<http://www.vienayyo.com/wp-content/uploads/2011/10/manifiesto.pdf>

que lo vinculan con el Círculo de Viena, como tampoco lo es sin una clarificación de sus profundos vínculos con la filosofía de Emmanuel Kant, tal como el mismo Kelsen lo afirma en su autobiografía,

En mi opinión, la imprescindible pureza metódica de la ciencia jurídica, ha sido garantizada de manera tan rigurosa por ningún filósofo como [por] Kant, al subrayar la oposición de deber ser y ser. Por eso la filosofía kantiana fue desde el comienzo mi guía.³⁶²

En razón de esta cercanía, análogamente a la *Crítica de la razón pura*, de Kant, Kelsen elabora su *Teoría pura del Derecho*, la cual descansa sobre dos grandes ejes, el primero, la distinción entre el ser y el deber ser, y, el segundo, la afirmación de la científicidad del derecho, a propósito de la cual va a afirmar su “pureza”.³⁶³

A este respecto, con base en la distinción entre el ser y el deber ser, Kelsen afirma que el derecho no pertenece al “ser” de la vida social, en la cual se encuentran tanto la política como la moral, sino que este se refiere exclusivamente al “deber ser”, con lo cual va a afirmar la separación radical del derecho respecto de la política y de la moral, optando por un fundamento lógico – racional del derecho, el cual, en términos generales, empalmó perfectamente con el iusnaturalismo precedente, terminando con un derecho igualmente universalista, atemporal y logicista.

A este respecto, no hay que olvidar que el trasfondo de justificación del pensamiento kelseniano es su oposición a lo que estaba pasando en Europa por aquella época, por este motivo, contrariamente a lo que predicaba su colega Carl Schmitt respecto del vínculo entre el derecho y la política, Kelsen va a insistir en su separación, por el temor frente al peligro real de una

³⁶² KELSEN, Hans. *Autobiografía*. Matthis Jestaedt (Ed). Universidad Externado de Colombia. Edición virtual, 2008. Posición 565.

³⁶³ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho* (TPD). Universidad Autónoma de México, 1985. Pp. 15 ss.

manipulación política del derecho.³⁶⁴ Sobre este punto, Kelsen considera que “la científicidad “ del derecho, va a ser una herramienta fundamental que le prevenga de las impurezas y de las distorsiones provenientes de la moral y de la política, de allí que pueda considerarse que, en sintonía con las posturas del *Círculo de Viena*, Kelsen está convencido de la necesidad de adoptar criterios metodológicos de tipo positivista en la elaboración del conocimiento jurídico, para que este pueda denominarse como “científico” y sirva como antídoto frente a los males que amenazaban a Europa por aquel entonces.

Para este fin, Kelsen desarrolla en su *Teoría pura del derecho* los fundamentos para desvincular los campos de la moral y de la política del derecho, trabajos que amplía en otras publicaciones como en sus *Ensayos sobre filosofía legal y moral (Essays in legal and moral philosophy)*³⁶⁵.

En la misma línea kantiana y del *Círculo de Viena*, Kelsen tenía una conciencia clara acerca de la necesidad de una ciencia con validez universal, por eso creía en la posibilidad de elaborar un “derecho universal”, que superara los límites del mismo iusnaturalismo al construirse sobre una estructura lógica meramente racional, tesis que consigna en su obra *El derecho de las naciones unidas (The law of the united nations)*³⁶⁶, en donde analiza con detalle las funciones y el marco jurídico de los órganos de la *Organización de Naciones unidas*, y deja entrever su tesis referida a la necesidad de una “jurisdicción universal”.

³⁶⁴ Para una lectura de los textos que constituyen el debate entre Kelsen y Schmitt, véase *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Translation, introduction, and notes by VINX, Lars. Cambridge University Press, 2015.

³⁶⁵ KELSEN, Hans. *Essays in legal and moral philosophy*. Springer, 1973. De este compendio de artículos, resulta particularmente ilustrativo su texto *Derecho y moralidad (Law and morality)*. pp. 83 – 94.

³⁶⁶ KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. The Lawbook Exchange, 2000.

Hans Kelsen, ante los horrores de la guerra y de las persecuciones generadas en torno de ella, y como testigo cercano que fue de la formación, el ascenso y el desbordamiento del nacional socialismo, es un demócrata convencido, el cual reconoce la importancia fundamental que tiene el derecho para la consolidación de la democracia, tal como lo refleja en su obra *Teoría general del derecho y del Estado (General Theory of Law and State)*³⁶⁷.

Y fue precisamente el haber sido testigo cercano de dichos horrores, como el injustificable y execrable *Holocausto*, y el haber tenido que exiliarse a los al otro lado del Atlántico, tal como lo hicieron notables académicos de su época, como Erich Fromm y el mismo Albert Einstein, lo que hizo de Kelsen un intelectual enormemente preocupado por la paz mundial, y por el papel que el derecho debía jugar en su consecución y mantenimiento, sensibilidad que le llevó a publicar su obra *La Paz a través del derecho (Peace through law)*³⁶⁸.

Un cuadro básico de los aportes del pensamiento kelseniano a la cultura jurídica contemporánea podría completarse, en líneas generales, por su afirmación del derecho como un sistema de normas³⁶⁹, cuya validez se deriva de la existencia previa de una norma precedente, proceso en cual todo el proceso remite a la existencia de una norma básica. A este respecto Kelsen precisa:

El conocimiento jurídico está dirigido, pues, hacia normas que poseen la característica de ser normas jurídicas; que otorgan a ciertos

³⁶⁷ KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*. The Lawbook Exchange, Ltd., 1999. De esta obra resulta particularmente ilustrativo el apartado "Naturaleza del derecho constitucional", (Nature of constitutional law). pp. 143 – 148.

³⁶⁸ KELSEN, Hans. *Peace through law*. Chapel Hill. University of North Carolina Press, 1944. De este libro, véase particularmente el apartado: "World State or Confederacy of States?" pp. 9 ss.

³⁶⁹ A propósito de la concepción kelseniana del derecho como un sistema de normas, véase BETANCUR, Cayetano. *Imperativo y norma en el derecho. Homenaje jubilar a Hans Kelsen.*, en "La Filosofía en Colombia. Siglo XX. Rubén Sierra Mejía (Compilador) Procultura, Presidencia de la República. Bogotá, 1985. pp. 51 – 66.

acontecimientos el carácter de actos conforme a derecho (o contrario a derecho). Puesto que el derecho, que constituye el objeto de ese conocimiento, es una ordenación normativa del comportamiento humano; lo que significa: es un sistema de normas que regulan el comportamiento humano.³⁷⁰

Ante las numerosas atrocidades y arbitrariedades que cometió el Nacional socialismo nazi durante la década de los años treinta, muchas de ellas justificadas a través de procedimientos y de normas jurídicas manipuladas, Kelsen insiste en la importancia de un derecho que, a través de la determinación precisa de un sistema de normas, legitimadas por normas superiores, se prevengan tales arbitrariedades, propuesta que fue tan válida en aquel entonces como lo es ahora.

Sin embargo, la dificultad con esta tesis de Kelsen radica en la posibilidad interpretación de dichas normas cuando su sentido no es claro respecto del caso en cuestión, dado que en aquella época la hermenéutica del siglo XX aún no había tenido ni el tiempo ni las circunstancias oportunas para “aclimatarse”, y la vinculación de las tesis de Kelsen con el positivismo lógico del Círculo de Viena, le cierra la puerta a cualquier tipo de reflexión sobre la temporalidad del conocimiento humano, así como al “carácter interpretativo de todo acto cognitivo”, categorías que van a ser centrales en el pensamiento hermenéutico del siglo XX, el cual, a partir de los aportes de Nietzsche, estará presente en los trabajos de Heidegger, Gadamer y de Derrida, así como en la producción más reciente de pensadores como Vattimo, Ricoeur, Conill y Grondin.

Así pues, pesar de todos los innegables méritos del pensamiento del Kelsen, es necesario reconocer que el núcleo central de su pensamiento jurídico, como es su insistencia en una científicidad del derecho construida sobre una

³⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. p. 18.

lógica casi “autorreferente”, y su la separación respecto de la política y de la moral, dejan al derecho sin un fundamento que le otorgue su “legitimidad”, y le garantice su “eficacia”, evidenciando un excesivo centralismo de la cuestión de la “validez”.

De otra parte, el que Kelsen no haya tenido en cuenta la polisemia del término “política” tampoco favoreció un mayor impacto de sus trabajos, ya que se infiere con claridad de sus afirmaciones que éste entiende la política sólo en el sentido marxista de la expresión, es decir como “ideología”, tal como se desprende de sus comentarios en el *Prólogo de la Primera edición de su Teoría Pura del derecho*, en el cual afirma:

Han transcurrido más de dos décadas desde que emprendiera la tarea de desarrollar una teoría jurídica pura, es decir: una teoría del derecho purificada de toda ideología política y de todo elemento científico-natural-consciente de su singularidad en razón de la legalidad propia de su objeto. Desde el comienzo mismo fue mi objetivo elevar la ciencia del derecho, que se agotaba casi completamente - abierta o disimuladamente - en una argumentación jurídico-política, al nivel de una auténtica ciencia, de una ciencia del espíritu. Correspondía desplegar sus tendencias orientadas, no a la función configuradora de su objeto, sino exclusivamente al conocimiento del derecho, para acercarla, en la medida en que fuera de alguna suerte posible, al ideal de toda ciencia: objetividad y exactitud.

En verdad, el pleito no atañe al lugar de la ciencia jurídica en el marco de la ciencia, y las consecuencias resultantes, como pareciera ser el caso; se trata de la relación de la ciencia del derecho con la política, de la neta separación entre ambas; de la renuncia a la arraigada costumbre de defender exigencias políticas en nombre de la ciencia del derecho, invocando, pues, una instancia objetiva, exigencias políticas que sólo

poseen un carácter supremamente subjetivo aun cuando, con la mejor fe, aparezcan como el ideal de una religión, una nación o de una clase.³⁷¹

La dificultad en este punto radica en que el término política, en su sentido original aristotélico, hace relación a la vida del ser humano en sociedad, de donde se deriva la conocida expresión “animal político” (ζῷον πολιτικόν), la cual tiene un sentido ético que le abre las puertas tanto a la legitimidad, como a la eficacia del derecho. Así pues, la identificación que hace Kelsen de la política con la ideología,³⁷² descartando su significado al sentido social y ético del ser humano, hace que el derecho pierda “su polo a tierra”, su legitimidad y las condiciones para la eficacia, puesto que, como lo comentamos líneas arriba, las decisiones de los seres humanos operan con base en los mismos mecanismos de la ética.

Desde esta perspectiva, el derecho kelseniano, alejado de la política en su sentido antropológico, y de la moral, excluyendo también con ello su relación con la ética en el sentido que hemos comentado anteriormente, se convierte en un constructo lógico formal alejado de la realidad y de los seres humanos concretos,³⁷³ hecho que, en nuestra realidad latinoamericana ha generado numerosos problemas que comentaremos a continuación.

El pensamiento de Kelsen fue conocido en América latina, inicialmente, a través de los trabajos de aventajados discípulos suyos que desarrollaban sus labores académicas en la región, como Luis Recasens Siches y Eduardo García Maynez, de estudiosos de su obra como Luis Villar Borda, así como

³⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. pp. 9 – 10.

³⁷² Para una profundización sobre el sentido y alcances del término política utilizado por Kelsen en la Teoría pura del derecho, véase VINX, Lars. *Legality and Legitimacy in Hans Kelsen's Pure Theory of Law*. University of Torono, 2006.

³⁷³ Para una profundización sobre el pensamiento kelseniano desde un punto de vista antropológico y sociológico, véase PEÑA, Antonio. *Hans Kelsen, y la sociología y antropología del derecho*. Crítica jurídica. UNAM, Revista latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. No. 32. 2011.

de los viajes personales que hizo a la región, como los que realizó a México, y su periplo por el Cono Sur en 1949.³⁷⁴

En dicho contexto, desde un inicio, las tesis de Kelsen tuvieron una gran acogida, por varios motivos, entre ellos, porque sus propuestas permiten una comprensión, lógica y coherente del derecho, con la cual, al menos sobre el papel, se asegura un apego a la legalidad en las decisiones que se tomen con base en la legislación vigente; en un segundo momento, porque sus tesis, que identifican el derecho con los enunciados normativos, pueden evitar, prima facie, los desvaríos y abusos que suelen cometerse en la administración de justicia en contra de los derechos de las personas, ya que lo mínimo que se puede pedir a una instancia jurídica, que cumpla funciones investigativas o judiciales, es que aplique correctamente las normas presentes en el sistema de derecho, y que no actúe arbitrariamente, o desconociendo su literalidad y sentido semántico; y, en un tercer momento, también porque la teoría kelseniana le otorga al derecho un estatus semejante al de las ciencias naturales, permitiéndole sacudirse de los estigmas provenientes del positivismo científicista que lo catalogaban como una “ciencia blanda”, o como un “conocimiento especulativo”.

Sería una falta de rigor y un despropósito culpar a Kelsen de la mayoría de los males que padece el derecho latinoamericano y caribeño, pero también es menester el reconocer que muchas de sus propuestas, que han servido para formar varias generaciones de juristas latinoamericanos en nuestras universidades, y están presentes, implícita o explícitamente en muchas de las decisiones judiciales que se han tomado y se siguen tomando en la región, han ayudado a que tengamos un derecho enormemente

³⁷⁴ Un excelente recuento de este viaje y de los debates académicos sostenidos por Kelsen con ocasión del mismo se encuentra en SARLO, Oscar. *La gira suramericana de Kelsen en 1949. El “frente sur” de la Teoría pura.*, en *Ambiente Jurídico*. Centro de investigaciones jurídicas, No.12, 2010. pp. 400 – 425.

formalista,³⁷⁵ normativista,³⁷⁶ y alejado por completo, tanto en su elaboración como en su aplicación, de la realidad concreta en la que vivimos, ya que nuestros profesionales del derecho entienden que el mundo del derecho, en un espíritu eminentemente kelseniano, es un mundo de normas sustanciales y procesales, el cual funciona en una especie de “burbuja lógica” que no se alimenta de la realidad, sino que simplemente “desciende” sobre ella, declarando, como lo decía el mismo Kelsen, “lo que es conforme o contrario al derecho”.

También es muy rescatable en Kelsen el valor de sus propuestas sobre la relación entre el derecho y la paz, así como sus ideas relativas al derecho internacional público y a la creación de una jurisdicción internacional, pero, igualmente, es necesario reconocer que, a pesar de que le asistía una noble intención al proponer una concepción del derecho, con validez universal, que se opusiera lúcidamente a las manipulaciones jurídicas por parte del Nacional Socialismo nazi, como de hecho lo hizo con mérito, la mayor parte de sus tesis tuvieron un valor limitado a esa época, y el intento de aplicar sus teorías en territorio latinoamericano no ha tenido unos efectos tan positivos como se preveían, por ser fundamentalmente un derecho más “reactivo” que proactivo, sin que esto le reste los méritos que hemos resaltado, los cuales siguen teniendo una evidente vigencia.

A este respecto, el positivismo lógico kelseniano no sirvió en tierras americanas para superar las falencias del iusnaturalismo medieval que nos rigió durante nuestro período colonial, sino que, contrariamente a las

³⁷⁵ Sobre el formalismo propiciado por las tesis de Kelsen, véase ESQUIVEL, Javier. *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la Teoría del Derecho*. Universidad Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas, 1980.

³⁷⁶ Las críticas que Ronald Dworkin le dirige al positivismo de Herbert Hart, son también aplicables al positivismo de Kelsen en cuanto a su posición normativista, con la diferencia de que, en última instancia las tesis de Hart remiten a una “norma de reconocimiento”, en tanto que las afirmaciones de Kelsen conducen a su proposición de una “norma básica”. A este respecto, véase, DWORKIN, Ronald. *Le positivisme*. *Droit en Société*, No. 1. 1981. pp. 31 – 50.

agudas críticas que Kelsen formuló en contra del derecho natural, en nuestro medio se dio una mezcla de ambas visiones del derecho, puesto que: 1) ambas descartan la realidad histórica contextual y los problemas concretos como fuente para creación y corrección del derecho, con lo cual, el derecho termina siendo un dominio apartado de la realidad humana y social, y, por lo tanto, no es percibido por los ciudadanos como garantía de sus derechos, sino como un “ámbito del cual es mejor estar alejado”; 2) las dos teorías emplean la lógica como el mecanismo por excelencia para la comprensión y aplicación del derecho, con lo cual, una decisión puede ser injusta, pero si está formulada mediante un silogismo correctamente elaborado, adquiere, por ese solo hecho, un ropaje de legalidad y de “veracidad”. Desde esta perspectiva, para ser “buen abogado”, no hay que ser necesariamente honesto, justo y sensible frente a las injusticias que se estén cometiendo en contra de alguna persona, sino que, simplemente, hay que conocer las premisas mayores que nos propone la legislación, y saber elaborar razonamientos silogísticos con ellas; y 3) tanto el iusnaturalismo racionalista o teocrático, como el positivismo lógico, no se plantean ni están interesados en una “eficacia” de derecho en términos de una justicia concreta que beneficie a los seres humanos en concreto, a las instituciones y a la sociedad en su conjunto.

A este respecto, el iusnaturalismo enfatiza sólo la *legitimidad* del derecho, con detrimento de la validez y de la eficacia, en tanto que el positivismo lógico, por su misma concepción del derecho, considera que la cuestión de la legitimidad no es de competencia de una teoría jurídica, y, por lo tanto, presupone dicha categoría otorgándole una importancia capital a la cuestión de la *validez*. Esta versión del positivismo considera la *eficacia* en relación con dicha validez, pero sin detenerse en los condicionamientos

históricos que la hacen posible, puesto que no los asume como una cuestión jurídica.³⁷⁷

Así pues, habiendo reconocido las cualidades del positivismo lógico kelseniano, y de haber precisado sus limitaciones, y aquellas que comparte con el iusnaturalismo medieval - colonial, conviene ahora precisar cuáles han sido las consecuencias negativas, de tipo práctico, que esta perspectiva del derecho ha generado en el contexto regional latinoamericano como son: 1) la generación de un gigantismo legal³⁷⁸ a causa del normativismo, y 2) la relativización de la importancia de la argumentación jurídica por considerarla un intento de desconocimiento del sistema normativo para darle prelación a intereses extrajurídicos.

A este respecto, resulta apenas lógico reconocer que tales consecuencias no fueron previstas ni deseadas por Kelsen, y que, a lo mejor, ellas no estarían presentes en la realidad socio jurídica de América Latina y del Caribe, como de hecho lo están, si no se hubiese producido esa “extraña, pero real”, mezcla del positivismo con el iusnaturalismo y con el decisionismo que veremos a continuación, así como con otras corrientes de pensamiento jurídico que hemos asimilado en la región, pero lo que sí resulta evidente es que, tanto en la teoría como en la práctica, en muy buena medida, el derecho latinoamericano se ha reconocido y se ha identificado a sí mismo, a través del positivismo lógico de Kelsen; en este sentido, bástenos hacer

³⁷⁷ Cf. KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. “Validez y Eficacia”. pp. 219 – 224.

³⁷⁸ Un buen ejemplo del gigantismo normativo, lo constituyen las normas relativas al derecho a la salud, las cuales, con ocasión de las reformas implementadas a partir de los años 90s en varios países de la región, han dado pie a un desbordamiento de la producción normativa. A este respecto, véase TAFANI, Roberto. *Globalización, sobreoferta y debilidad regulatoria. El sector salud en tiempos de reforma*. Universidad Nacional de Rio Cuarto, 1996.

una revisión panorámica de los currículos de nuestras facultades de derecho, los cuales dan fe de ello.³⁷⁹

Así pues, respecto de *la generación de un gigantismo legal*, es un hecho evidente que la identificación del derecho como “un sistema de normas”, ha generado una inconveniente identificación del derecho con la norma, al punto que en América latina existen dos principios que se consideran vertebrales de nuestros sistemas jurídicos, el primero de los cuales, aplicable al derecho público dice que “los funcionarios públicos sólo podrán hacer aquello que está expresamente mandado”; y, el segundo, perteneciente al derecho privado, precisa que, “los particulares sólo están limitados por aquello que está expresamente prohibido”, de tal manera que las expresiones normativas rigen las posibilidades y las limitaciones de las acciones de los ciudadanos.

Es precisamente en este espíritu normativista en el que adquieren sentido las expresiones “laguna jurídica” o “vacío jurídico”, las cuales son equivalentes, y denotan la falta de normas precisas que regulen determinadas materias, acciones o circunstancias, y es la existencia de dichas lagunas o vacíos las que llevan a los legisladores a empeñarse en la inacabable tarea de “llenarlas con normas”, y de normar todo aquello que juzguen problemático o necesario³⁸⁰, con lo cual, aparte del “mosaico” de normas e instituciones importadas que tenemos, las cuales no siempre son coherentes y concordantes entre sí, dicho mosaico crece de manera exponencial con el enorme caudal de normas que se producen día a día.

³⁷⁹ Para una visión de conjunto de la formación jurídica en América latina, véase PÉREZ-PERDOMO Rogelio y TORRES, Julia. *La Formación jurídica en América Latina: tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización*. Universidad Externado de Colombia, 2006.

³⁸⁰ Una aproximación global y valorativa del trabajo de los órganos legislativos en América latina se encuentra en ALCÁNTARA, Manuel, GARCÍA, Mercedes y SÁNCHEZ, Francisco. *El poder legislativo en América Latina a través de sus normas*. Universidad de Salamanca, 2005.

Por esta razón, la identificación del derecho con la norma, propuesta por Kelsen, termina en un gigantismo normativo que desemboca en la paradoja que mencionábamos líneas arriba, y es que, mientras más grande es el elenco de normas que existen en una determinada jurisdicción, menos se logran el orden, la justicia y el bien común que dichas normas persiguen, puesto que lo que se produce es un efecto contrario, ya que la sobreabundancia de normas, en no pocos casos, abre múltiples puertas para escapar y evadir de los fines que propone el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Dichas “puertas” son las que conocen, y en las cuales son expertos, muchos abogados que se caracterizan por su “eficacia” en la “defensa de situaciones, personas y casos indefendibles”, ya que, aunque todo ser humano tiene el derecho humano a una defensa, es decir, a que no se le vulneren sus derechos por grande que sea la falta que haya podido cometer, en ningún caso defender a alguien, desde un punto de vista ético, puede significar el que este evada su responsabilidad frente a sus acciones u omisiones.

A propósito de la sobreabundancia de normas que, paradójicamente, genera el desconocimiento del derecho, en los ambientes legislativos colombianos, se le llama “micos” a las normas que subrepticamente se incluyen en los cuerpos legales para defender intereses particulares, y cuando dichas inclusiones son muy evidentes y descaradas, se les llama “orangutanes”, hecho que muestra con claridad que el normativismo y el gigantismo legal no favorecen la justicia, el orden y el bien común al servicio de los cuales debe estar el derecho.³⁸¹

³⁸¹ Un ejemplo de estas denominaciones se encuentra en el artículo de prensa del Diario colombiano “El Tiempo”, del día 2 de agosto del año 2000, el cual se titula *Micos en la Ley de servicios públicos*. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1219281>

Respecto del descarte de una perspectiva interpretativa y argumentativa en el derecho latinoamericano, por parte positivismo lógico de estirpe kelseniana, hay que hacer notar varios núcleos problemáticos, como son: 1) a la luz de la hermenéutica contemporánea, “el interpretar no es una opción que se pueda asumir o descartar”, puesto que, “el conocer humano constituye un acto interpretativo”; de otra parte, 2) reducir la aplicación de las normas a un asunto meramente lógico y subsuntivo, contrariamente a lo que muchos juristas piensan, abre más las puertas a un relativismo que la misma interpretación argumentada, aparte de que incrementa el problema de la congestión judicial; y, tal como ha venido corroborándose en las últimas décadas, 3) la argumentación jurídica constituye un camino más seguro para evitar las trampas del logicismo, ya que obliga al intérprete a aportar las razones de su elección.³⁸²

En efecto, la tesis del positivismo jurídico que afirma que “defiende más el sentido del ordenamiento jurídico una inferencia lógica y subsuntiva de las normas, que una interpretación argumentada de las mismas”, tesis que quiere “identificar la interpretación argumentada con el relativismo”, y la “inferencia lógica con la exactitud”, resulta totalmente problemática a la luz de la hermenéutica contemporánea, por el simple, y a la vez trascendental, hecho de que “el conocer humano tiene un carácter interpretativo”, a propósito de lo cual Gadamer³⁸³ precisa:

No se puede hablar de un sentido puramente lingüístico de la interpretación gramatical, como si ésta pudiera darse sin la interpretación psicológica. El problema hermenéutico surge precisamente en la interferencia de la

³⁸² Para una introducción crítica a la Teoría de la argumentación jurídica. véase CÁRDENAS, Jaime. *La argumentación como derecho*. Unam, México, 2005.

³⁸³ Para un acercamiento global a la perspectiva gadameriana del conocimiento humano, Véase GRONDIN, Jean. *La constelación del entender.*, en “Introducción a Gadamer”. Herder, Madrid, 2003. pp. 129 – 136.

interpretación gramatical con la interpretación psicológica individualizante, donde intervienen los complejos condicionamientos del intérprete.³⁸⁴

Y más adelante aclara,

Todos traspasamos constantemente la frontera de lo objetivable en la que se mueve el enunciado por su forma lógica.³⁸⁵

Consonantemente con estas precisiones, Gadamer precisa a propósito de la interpretación judicial:

La decisión del juez, que “interviene prácticamente en la vida”, pretende ser una aplicación correcta y no arbitraria de las leyes, esto es, tiene que reposar sobre una interpretación “correcta”, y esto implica necesariamente que la comprensión misma medie entre la historia y el presente. p.15.

Así pues, después del “Giro hermenéutico” del conocimiento operado en el siglo XX, resulta muy complejo, por no decir que imposible, seguir sosteniendo que son posibles una comprensión y una aplicación de las normas de manera “pura”, “neutra” y “aséptica”, en el mismo sentido en el que se desarrollan las ecuaciones matemáticas, tal como lo pretendía la propuesta de una “matemática jurídica”.³⁸⁶

En este sentido, tal como nos lo enseña ampliamente la experiencia, cuando se quiere reducir la aplicación de las normas a un mero razonamiento silogístico inferencial, se abren más las puertas a los relativismos, a las arbitrariedades y al desconocimiento del sentido de las normas, puesto que ¿cómo distinguimos, en un plano meramente lógico, cuál silogismo es mejor que otro?, es decir ¿por qué el razonamiento que realiza A, es mejor que el que realiza B, si ambos razonan correctamente en

³⁸⁴ GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método II*. Sígueme, Salamanca, pp. 22.

³⁸⁵ *Ibid.* pp. 55.

³⁸⁶ A propósito del Giro hermenéutico del conocimiento, véase la obra de Gadamer que lleva este nombre “El Giro hermenéutico”, Cátedra, Madrid, 1998; especialmente resulta iluminador para nuestro estudio el apartado “La transformación de las ciencias humanas”. pp. 123 – 130.

términos lógico – silogísticos?. La respuesta a esta cuestión suele hallarse en un terreno sumamente problemático y de “arenas movedizas”, como es el de la autoridad del intérprete, lo cual, en los ambientes judiciales, equivale a que es el juez quien actúa como una “autoridad en lógica”, siendo él quien dirime cuál razonamiento es mejor.³⁸⁷

Y decimos que es un terreno con arenas movedizas, porque, como es usual, cuando una de las partes no gusta del silogismo del juez de primera instancia, acude, mediante recursos legales, al juez superior, para ver si éste sí aplica una lógica que se asimile a sus pretensiones, y cuando no es así, se acude a la “instancia lógica superior” que es la Corte suprema de justicia, en la cual, necesariamente, el plano meramente lógico da paso al plano argumentativo, pero en el camino se generó la indeseable congestión judicial que tantos problemas genera para la administración de justicia, y, en no pocas ocasiones, tanto dolor y daño ocasiona en las personas.

Una prueba adicional de las limitaciones de una comprensión puramente lógica del derecho, aparte de las ya mencionadas, es que cuando un juez de primera o de segunda instancia debe “motivar” su sentencia, es decir, aportar las razones que le llevaron a tomar su decisión, si no apela a la argumentación jurídica, producirá unas justificaciones enormemente débiles, repetitivas y carentes del sentido pedagógico que debe estar presente en toda decisión judicial.

En este punto es necesario afirmar que la exigencia, tanto para jueces como para abogados, de una suficiente argumentación de sus interpretaciones, exige no sólo mayores competencias profesionales en éstos, sino también el acopio de “buenas razones”, fundadas en la realidad (contexto) y en los textos legales, doctrinales y jurisprudenciales, lo cual le cierra el paso a las

³⁸⁷ Sobre el razonamiento lógico – inferencial que realizan los jueces, véase RODRÍGUEZ, P. y OCTAVIO, A. *La decisión judicial como producto de un razonamiento silogístico.*, en “Razonamiento judicial e ideología”. Unam, México, 2006. pp. 5 ss.

“acrobacias lógicas” que se suelen hacer cuando sólo se valora, como se dice en el argot popular de los abogados “el artículo y el inciso”.

En efecto, la *Teoría de la argumentación jurídica*, que no es bien vista por los simpatizantes más radicales del positivismo lógico por un temor, hasta cierto punto justificado, a que se desconozca el sentido literal y genuino de las normas para distorsionarlo introduciéndole intereses “extra jurídicos”, tiene uno de sus orígenes en la *Teoría de la Acción comunicativa* de Habermas³⁸⁸, en la cual propone “una lógica argumentativa”, para diferenciarla de una “lógica formal inferencial”. A este respecto, especialistas en esta concepción del derecho, como Robert Alexy, justifican su necesidad y vigencia a partir de los problemas involucrados en las tomas de decisiones de los jueces, considerando la argumentación jurídica como un caso especial del discurso práctico racional. A este respecto, y precisando las razones del por qué es necesaria una propuesta de esta naturaleza Alexy precisa:

“Ya nadie puede... afirmar en serio que la aplicación de normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente”. Esta constatación de Karl LARENZ señala uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológico-jurídica contemporánea. La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, justamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados.

Para esto existen, al menos, cuatro razones: (1) la vaguedad del lenguaje jurídico, (2) la posibilidad de conflictos de normas (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya

³⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la Acción y Racionalización social*. Cap. I. No. 3, “Excurso sobre teoría de la argumentación”. Taurus, Madrid, 1999. pp. 43 – 78.

regulación no exista una norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.³⁸⁹

Con base en estas consideraciones, podemos concluir que, a pesar de los méritos que le acompañan, y de “buena fe” que le inspiró, el positivismo jurídico, de corte kelseniano, generó en tierras americanas una manera de elaborar y de aplicar el derecho que, no sólo no corrigió, sino que, en cierta medida agravó, las limitaciones que había generado el iusnaturalismo colonial, con lo cual nuestro derecho latinoamericano y caribeño sigue pecando de la enorme ineficacia a la que hemos hecho mención.

En este sentido, frente al positivismo jurídico de tipo lógico, la concepción del derecho de Adam Smith propone dos núcleos que se ubican en las antípodas de éste, y que, a nuestro juicio pueden colaborar eficazmente con una mayor eficacia del derecho como son: 1) *frente a un derecho que se estructura, exclusivamente, sobre un “deber ser” de carácter lógico y formal, Adam Smith propone un derecho construido sobre la condición misma del ser humano y con la mirada puesta en sus necesidades reales,*³⁹⁰ como fueron, en su caso, aquellas relacionadas con la pobreza, ocasionada por las guerras y por las precariedades de su territorio para la agricultura, con la *marginación*, a la que Escocia estuvo sometida por las políticas de su vecina Inglaterra, y con el *subdesarrollo* de la industria y del comercio que padecía su nación a finales del siglo XVII y comienzos del XVIII.

2) Frente a un derecho que prescinde por completo de su relación con la moral, como el que propone Kelsen, Adam Smith propone un derecho que se estructura sobre los mecanismos éticos del ser humano. A este respecto, conviene recordar la distinción que hacíamos líneas arriba, a propósito de

³⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Palestra, Lima, 2007. pp. 27 – 28.

³⁹⁰ Para un acercamiento a los aportes jurídicos más significativos de Adam Smith, véase SIMON, Fabrizio. *Rights and law in Smithian jurisprudence.*, en *The oxford handbook of Adam Smith*. BERRY, C, PAGANELLI, M, and SMITH, C. (Eds). Oxford University Press, 2013. pp. 393 – 399.

los aportes de Adela Cortina sobre la distinción entre ética y moral, puesto que si bien es cierto que, ni Smith ni Kelsen hablan de una “ética”, no es menos cierto que las tesis de Kelsen eliminan toda posibilidad para una elaboración del derecho relacionada con esta esfera, en tanto que Smith se refiere a los “mecanismos psicológico – morales del ser humano”, como la simpatía y el espectador imparcial, los cuales están presentes tanto en sus análisis morales como jurídicos,³⁹¹ reflexiones que, contemporáneamente, se pueden catalogar como “una ética”, más que como una moral.

A este respecto, y teniendo como cuestión de fondo la eficacia del derecho, la experiencia de largos años nos ha enseñado que el conocer las normas, desde un punto de vista lógico y cognitivo, no lleva a conducir necesariamente a los individuos a un mejor comportamiento, en tanto que sí pueden lograr tal fin unos mecanismos, como los que propone Smith, que ponen de manifiesto que “el bienestar personal no está en contra del bien común, sino todo lo contrario, puesto que el bienestar colectivo es la base para la consecución de los modelos particulares de vida buena”.

3.3. El decisionismo de Carl Schmitt en América Latina, y la visión del derecho de Adam Smith.

Después de la *Primera Guerra mundial*, el 28 de junio de 1919, en el *Salón de los espejos* del palacio que fuera construido por Luis XIV en las cercanías de

³⁹¹ Para una profundización sobre la relación entre los mecanismos morales y jurídicos en Adam Smith, véase GRISWOLD, JR., Charles. *Adam Smith and the Virtues of Enlightenment*. Cambridge University Press, 1999., especialmente véanse los capítulos 5o “The Theory of Virtue”, pp. 179 – 227, y 6o. “Justice”, pp. 228 – 258.

París, se firmó el *Tratado de Versalles*, con el cual los representantes de las potencias que habían ganado la guerra aplicaron la justicia de vencedores a Alemania, colocándola en una penosa situación que a la postre, desafortunadamente, se convertiría en el germen de la *Segunda conflagración mundial*.

Con buena parte de sus territorios perdidos, con capacidades limitadas para reconstruir su destruida economía, sin posibilidades de organizarse internamente a su voluntad, y sometida al pago de una muy cuantiosa indemnización por los daños causados con ocasión de la guerra, Alemania comenzó a padecer una calamitosa situación social que suscitó numerosas tensiones y conflictos internos, los cuales, tal como lo testimonian los análisis históricos sobre la época, dieron pie al surgimiento del nacional socialismo nazi, del cual, tal vez su más connotado exponente en el campo del derecho fue Carl Schmitt³⁹², quien sostuvo con Hans Kelsen uno de los más enconados debates jurídicos por situarse en extremos opuestos respecto del papel que el derecho debe jugar en la vida política y social de una nación.

A este respecto, Carl Schmitt, había propuesto la tesis de la “identificación del derecho con la voluntad política del gobernante”, entre otras partes, en su conocida obra *El Concepto de lo político*³⁹³ (*Der Begriff des Politischen*), publicada en su primera versión en 1927, y serían dichas tesis las que contestaría Kelsen con su *Teoría pura del Derecho* de 1936, en la que propone, como reacción a Schmitt, la separación entre política y derecho que hemos comentado. De otra parte, otro de los núcleos del debate entre Schmitt y Kelsen, es el referido a la justicia constitucional, en el cual Schmitt se va a mostrar profundamente crítico del constitucionalismo alemán

³⁹² Para una introducción crítica al contexto y al pensamiento jurídico – político de Carl Schmitt, véase MEIERHENRICH, Jens and SIMONS, Oliver. *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford University Press, 2016., especialmente el apartado “The political theology of Carl Schmitt”, de VATTER, Miguel. pp. 245 – 268.

³⁹³ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Alianza, Madrid, 2009.

vigente, el cual, considera como poco apto para avanzar en las soluciones que la nación necesitaba.³⁹⁴

Dada la estrecha e indisoluble relación que Schmitt propone entre el derecho y la política, su proyecto tiene un carácter eminentemente jurídico político, el cual gravita sobre su crítica al modelo constitucional parlamentario vigente en Alemania desde la República de Weimar, así como sobre una antropología negativa, en la cual considera, en la misma línea de Hobbes, que una comprensión política del ser humano necesariamente tiene que partir de su reconocimiento como un ser con manifiestas tendencias a la maldad, tal como lo precisa cuando dice:

En consecuencia, queda en pie un hecho sin duda notable y que no dejará de inquietar a muchos: que todas las teorías políticas propiamente dichas presuponen que el hombre es "malo"; y lo consideran como un ser no sólo problemático sino "peligroso" y dinámico.³⁹⁵

Para Schmitt, dada la crítica situación que vivía la Alemania de la postguerra, la concepción tradicional del Estado de Derecho, concretizada en un régimen parlamentario y en un conjunto de instituciones democráticas, se mostraba manifiestamente incapaz y limitada a la hora de propiciar los cambios y las transformaciones que el país necesitaba para salir de dicha crisis.

De manera particular, el parlamento, según Schmitt, se había convertido en una instancia inoperante, cuya razón de ser social y política había dejado de existir, motivo por el cual debería desaparecer. Esta situación, unida a su concepción antropológica, va a conducir a la propuesta de "distinguir entre

³⁹⁴ SCHMITT, Carl – KELSEN, Hans. *La polémica Schmitt - Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tecnos, Madrid, 2009.

³⁹⁵ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. p. 90.

amigo y enemigo", adoptada como criterio estratégico para superar dichas condiciones problemáticas.

En tal contexto, para Schmitt, se necesita un Estado fundado sobre bases firmes y claras, en el cual se debía precisar inequívocamente quién tenía la capacidad de tomar decisiones bajo un estado de excepción, personaje que para Schmitt debería ser "el soberano". Estas tesis, desarrolladas, entre otras partes, en su obra *Teología política*, publicada en 1922, constituirán los pilares centrales de su arquitectura política, razón por la cual sus tesis son calificadas como "decisionismo".³⁹⁶

En desarrollo de estos supuestos, para Schmitt, el Estado, ante la crisis de la democracia parlamentaria³⁹⁷, no puede fundarse en ningún pacto, como tampoco en una tradición de carácter sacro, como la monarquía, sino que debe hacerse mediante un procedimiento fundante, de carácter democrático, en el cual el pueblo exprese su voluntad de manera clara y precisa, de tal manera que se configure la que Schmitt denomina la "decisión fundamental", figura que cumple una función política legitimadora, al igual que la "norma fundamental" cumplirá una función jurídica de validación en la visión de Kelsen.

Ahora bien, dicha apelación a la democracia sólo tiene un alcance fundacional y previo, constituyéndose en una especie de acto metafísico que funda un modelo de Estado encabezado por un gobernante con la capacidad efectiva de tomar decisiones; sin embargo, tal noción de la democracia termina teniendo un contenido sumamente reducido, puesto

³⁹⁶ Para una profundización sobre el "Decisionismo" como calificativo del pensamiento de Carl Schmitt, véase VILLACAÑAS, José Luis. *Poder y conflicto. Ensayos sobre Carl Schmitt*. Especialmente el numeral 7. "Aquí y ahora. Política: Schmitt y más allá de Schmitt". pp. 103 ss.

³⁹⁷ Sobre la crisis de la democracia parlamentaria en la visión de Schmitt, véase SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. The MIT Press, 2000., especialmente el Cap. 1. "Democracy and parliamentarism". pp. 22 – 32.

que se limita sólo a un acto formal de legitimación de un proyecto que después, necesariamente, desemboca en un autoritarismo.

En esta configuración el Estado legitima el uso de la violencia en razón de la necesidad de consolidar la soberanía, para lo cual emplea el criterio técnico previsto de la “distinción entre amigo y enemigo.

Dicha soberanía se entiende plenamente realizada en lo que Schmitt llama un “Estado total”, que es aquel que supera las limitaciones de la concepción política liberal, así como la democracia procedimental y formalista que proponía Hans Kelsen, en la cual, según Schmitt, el principio de las mayorías se muestra obsoleto, habiendo servido sólo para un momento histórico superado, como fue el gobierno liberal de la burguesía decimonónica.

Para Schmitt, esta particular concepción democrática necesita fundarse en una “voluntad unitaria del pueblo”, la cual excluye todo tipo de pluralismo y de divergencia, ya que estas manifestaciones pertenecen al “inconveniente ámbito de la libertad en el campo democrático”, libertad que Schmitt considera como un núcleo problemático, propio de la burguesía liberal individualista,³⁹⁸ y que resulta ajeno a una visión integral de la democracia; por este motivo, Schmitt opone a la libertad, las nociones de “igualdad” y de “homogeneidad” que deben caracterizar al pueblo.

Tales nociones son las que tienen que consagrarse en la Constitución, la cual para Schmitt tiene un carácter eminentemente político, en un sentido contrario al que proponía Kelsen, quien consideraba que toda constitución debe poseer un carácter jurídico, motivo por el cual la caracteriza como “la norma básica” a partir de la cual adquieren validez todas las demás normas de un sistema jurídico.

³⁹⁸ A propósito de la crítica de Schmitt al liberalismo, véase McCORMICK, John. *Carl Schmitt's critique of liberalism. Against politics as technology*. Cambridge University Press. 1997.

De esta manera, con el énfasis político de la constitución, Schmitt quiere enfatizar la necesidad de un Estado fuerte que supere las debilidades políticas de los regímenes liberales, y sirva para materializar la autoridad que debe preceder a la vigencia del régimen jurídico.

Desde esta perspectiva, si la autoridad es anterior al orden jurídico, y no es consecuencia de este, el derecho deriva de un ejercicio de la autoridad centralizada en la persona del gobernante, con lo cual el derecho termina siendo una expresión de la voluntad política de quien ejerce la soberanía.

En este propósito de identificar el derecho con la voluntad política del gobernante, Schmitt apela, entre otros, a Hobbes, quien había secularizado la figura del Dios todopoderoso del Antiguo Testamento en la persona del Estado³⁹⁹, a Maquiavelo, en quien encuentra una fundamentación antropológica de la política en un sentido estratégico diferente del de Aristóteles, y a Rousseau para enfatizar la indelegabilidad de la soberanía.

De Carl Schmitt, quien adhirió oficialmente al partido Nazi el primer día de mayo de 1933, cuando ejercía como profesor de derecho en la Universidad de Colonia, Enrique Crauze precisa en el prólogo que le hiciera a la edición en castellano a la obra *Pensadores temerarios* de Mark Lilla:

Carl Schmitt - teórico del derecho y funcionario del régimen nazi -, adorado en su tiempo por la derecha radical alemana. Apenas sorprende que sus acólitos de hoy sean los frenéticos de la izquierda radical alemana, francesa o norteamericana. Ambas corrientes buscan desenmascarar al liberalismo como el sistema que en el fondo representa la ley del más fuerte.⁴⁰⁰

³⁹⁹ Para una profundización sobre la fundamentación que Schmitt realiza de sus propuestas en la obra de Hobbes, véase SCHMITT, Carl. *The Leviathan in the state theory of Thomas Hobbes. Meaning and failure of a political symbol*. Greenwood Press, 1996.

⁴⁰⁰ KRAUZE, Enrique. *Prólogo a la obra "Pensadores Temerarios"*, de Mark Lilla. Debate 2001. Versión digital de Lectulandia. p. 9

Resulta razonable que Krauze se muestre sorprendido por la acogida de las tesis de Schmitt entre pensadores contemporáneos de izquierda del Primer mundo, pero también resulta sorprendente que, en sus consideraciones, y dado que es un buen conocedor de la historia latinoamericana, no haya incluido a gobernantes latinoamericanos, tanto de izquierda como de derecha, y también a dictadores de la región. Tal vez dicha omisión se deba a que éstos no hayan mencionado explícitamente al jurista de Plettenberg en sus discursos, o a que, tanto ellos como sus asesores o simpatizantes académicos, no hayan producido una amplia literatura sobre la utilización de sus tesis en sus gobiernos, sin embargo, tanto las prácticas de gobierno, como los catecismos que las han inspirado, reflejan profusamente el pensamiento schmittiano.

A este respecto, la influencia de las tesis de Carl Schmitt se ha evidenciado, y se sigue evidenciando en dos ámbitos de la vida político – jurídica de la región; por un lado, en los regímenes abiertamente dictatoriales, ya sean estos de izquierda como de derecha, y, por otro lado, en los gobiernos que acusan un presidencialismo radical.

Respecto de los regímenes autoritarios latinoamericanos se han escrito y se seguirán escribiendo numerosos estudios, pero bástenos citar esquemáticamente varias conductas que ejemplifican el rechazo de dichos gobiernos a la libertad personal de los ciudadanos en honor a la “homogeneidad” predicada por Schmitt, tales como la ausencia de elecciones libres, o la manipulación de sus resultados por considerar que éstas sólo tienen un valor protocolar, puesto que *en los inicios hubo un acto democrático fundacional que basta para legitimar todas las acciones del gobierno.*

Con base en este rechazo a la libertad personal, también en el espíritu schmittiano, se persigue, exilia, encarcela o elimina a los disidentes y críticos

del gobierno. En este sentido, la “homogeneidad y la igualdad del pueblo, se entienden como acriticidad y sumisión a la voluntad del gobernante,⁴⁰¹ aunque, “formalmente”, en los discursos públicos, se reconozca que la soberanía está en el pueblo, y eufemísticamente se le denomine como “el soberano”.⁴⁰²

En dicha dinámica de desconocimiento de las libertades personales de los ciudadanos, se aplica con exhaustividad y agudeza el principio schmittiano de la distinción entre “amigo y enemigo”, a raíz de la cual, todas las críticas al tirano y a sus arbitrariedades, son presentadas en los discursos oficiales, como ataques “al pueblo”, categoría también propia del jurista de Plettenberg, y en esos mismos discursos se mencionan con precisión, y en medio de arengas, los nombres precisos de aquellos que son considerados como enemigos.

Una revisión panorámica de los dictadores de América latina, ya sean estos de derecha o de izquierda, nos muestra enormes coincidencias entre ellos en cuanto a sus métodos, sus discursos y sus estrategias de gobierno, tal como lo testimonia la abundante literatura que se ha escrito sobre ellos y sobre sus gobiernos, dentro de la cual se destacan obras como *Yo, el supremo*, de Augusto Roa Bastos, *La Fiesta del Chivo*, de Mario Vargas Llosa, y *El otoño del patriarca*, de Gabriel García Márquez, entre otras, en las cuales, desde diferentes ángulos psicológicos y literarios, se muestra con claridad lo que pudiéramos denominar “el perfil del dictador

⁴⁰¹ A manera de ejemplo del comportamiento de los regímenes dictatoriales en la región, véase GONZÁLEZ, Roberto y GUERRA, Sergio. *Dictaduras del Caribe: Estudio comparado de las tiranías de Juan vicente Gómez, Gerardo Machado, Fulgencio Batista, Leonidas Trujillo, los Somoza y los Duvalier*. Universidad del Norte, 2018., especialmente el apartado “Dictaduras caribeñas, una comparación final”. pp. 131 – 142.

⁴⁰² Para una profundización sobre el uso de la categoría “soberanía”, propuesta por Carl Schmitt, en la dictadura venezolana, véase BLASCO, Emili. *Bumerán Chávez: los fraudes que llevaron al colapso de Venezuela*. Con la colaboración de Center for investigative journalism in the Americas. CIJA. Inter – American Trends. Edición virtual de Kindle. 2016.

latinoamericano”, en el cual, sin mucho esfuerzo, podemos percibir los ecos del pensamiento de Carl Schmitt.⁴⁰³

Resulta difícil, en razón de la ausencia de testimonios escritos y de análisis especializados, el vincular de manera precisa las prácticas dictatoriales latinoamericanas con la obra de Carl Schmitt, hecho que nos muestra que tal vez, aparte del demérito del jurista de Plettenberg de aportar un fundamento jurídico para los excesos del nazismo, su significativa acogida se debe a que supo ensamblar una arquitectura conceptual para darle un ropaje de legitimidad político – jurídica a un ejercicio del poder que no soporta verse limitado por el derecho, y con ello, no hizo más que retratar el cómo se comporta la condición humana frente a la tentación del poder.

En este sentido, dicha arquitectura está diseñada para gobernantes autoritarios que desean legitimar su deseo de eternizarse en el poder, los cuales, al mismo tiempo, desean vehementemente que su voluntad personal se convierta en ley para los demás, deseo sustentado en la tesis schmittiana de un derecho que está precedido por un ejercicio de autoridad.⁴⁰⁴ Desde esta perspectiva, al gobernante totalitario no le simpatiza un ejercicio del poder que tenga una base jurídica previa, como la que proponía Kelsen, por lo cual prefiere que el derecho sea producto de su ejercicio autoritario, con lo cual asegura la imposición de su voluntad a través de normas, tal como lo hicieron históricamente emperadores así como gobernantes déspotas y autoritarios de todas las latitudes.

Desde esta perspectiva, las normas jurídicas producidas por un gobierno autocrático son normas ilegítimas, falencia que afecta directamente la

⁴⁰³ Para una visión global y crítica de las dictaduras latinoamericanas, véase MAINWARING, Scott., and PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Democracies and Dictatorships in Latin America: Emergence, Survival, and Fall*. Cambridge University Press, 2013.

⁴⁰⁴ Para una profundización sobre la teoría del poder en Carl Schmitt, véase BENDERSKY, Joseph. *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*. Princeton University Press, 2014., especialmente el apartado titulado “Political Consciousness, Democracy and Dictatorship. pp. 21 – 42.

eficacia de las mismas, dado que, en términos generales, las normas son observadas por los ciudadanos cuando éstos reconocen en ellas su sentir de la justicia y la conexión entre éstas y la posibilidad de desarrollar sus proyectos de vida buena. Desde estos supuestos, si no hay democracia real, no habrá tampoco unas normas jurídicas eficaces.

A propósito de la conexión entre la libertad de los ciudadanos, despreciada en los análisis de Carl Schmitt, y la configuración de una democracia real, precisa Giovanni Sartori:

Hablamos de democracia para aludir, a grandes rasgos, a una sociedad libre, no oprimida por un poder político discrecional e incontrolado, ni dominada por una oligarquía cerrada y restringida, donde los gobernantes “responden” ante los gobernados. Habrá democracia en la medida en que exista una sociedad abierta donde la relación entre gobernantes y gobernados se base en la premisa de que el Estado está al servicio de los ciudadanos y no los ciudadanos al servicio del Estado, de que el gobierno existe para el pueblo y no viceversa.⁴⁰⁵

En la historia republicana latinoamericana, tenemos que confesarlo con cierto sonrojo, los regímenes auténticamente democráticos no han sido la mayoría, dado que, aparte de las no pocas dictaduras que han acompañado a casi todos los países de la región, los gobiernos que suelen denominarse “democráticos”, en su mayoría, y en buena medida, han sido “democracias light”, lo que en términos más convencionales y castizos pudiéramos denominar un “presidencialismo radical”.

En este sentido, el presidencialismo como tal es una forma de gobierno que se caracteriza fundamentalmente por dos rasgos: 1) una división tripartita de los poderes públicos en los órganos ejecutivo, legislativo y judicial, en la cual existen mecanismos de control entre ellos para mantener un sano equilibrio

⁴⁰⁵ SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* Taurus, México, 2004. p. 47.

en el manejo de los asuntos públicos, también llamado sistema de “pesos y contrapesos”; y 2) una elección del presidente de la república por voto directo de los ciudadanos, y no por el parlamento, siendo dicha figura presidencial la que ejerce la jefatura del gobierno.

Ahora bien, en el caso latinoamericano y caribeño, muchos de nuestros gobiernos, al parecer con una profunda nostalgia de los gobiernos virreinales de la colonia, y con una consciente o inconsciente referencia a las tesis de Carl Schmitt, transforman el régimen presidencial en un “presidencialismo radical”, el cual se caracteriza por el poco aprecio por el equilibrio de los poderes públicos y por los controles que ellos ejercen entre sí, por lo cual optan por ganarse con prebendas, con cuantiosos salarios y con abultados presupuestos, a muchos legisladores para que se allanen, sin mayores dificultades, a las propuestas del ejecutivo, lo cual significa, desde una lectura schmittiana, que el presidente transforma su voluntad política en ley para los demás.⁴⁰⁶

En este sentido, no es criticable el que existan legisladores afines al gobierno, cosa que es por demás inevitable, pero lo que sí resulta reprochable es que muchos legisladores comercien con sus votos para obtener ganancias personales, situación que es penosamente frecuente en el contexto latinoamericano y caribeño. En Colombia, en los últimos años, al dinero que el órgano ejecutivo le concede al legislativo para “aceitar la maquinaria política”, se le denomina “la mermelada”⁴⁰⁷, expresión que permite concluir

⁴⁰⁶ Para una profundización sobre la influencia del ejecutivo gubernamental en el trabajo de los órganos legislativos en América latina, véase ALCÁNTARA, Manuel, GARCÍA, Mercedes, y SÁNCHEZ, Francisco. *Funciones, procedimientos y escenarios: un análisis del poder legislativo en América Latina*. Universidad de Salamanca, 2005., especialmente el apartado “La actividad legislativa”. pp. 96 ss.

⁴⁰⁷ Sobre el uso del término “mermelada” para designar la negativa influencia del órgano ejecutivo en las actividades legislativas en Colombia, véase: *A propósito de la investigación por los cupos indicativos. La eterna “mermelada” de la política colombiana*. Artículo de prensa de la Redacción judicial del diario El Espectador. Bogotá, 19 de febrero de 2018. Disponible en:

que, en nuestros presidencialismos radicales, si no hay mermelada, no es posible gobernar.

Otro signo deplorable de dicho presidencialismo radical latinoamericano viene dado por el hecho de que la mayor parte de nuestra legislación vigente ha sido producida directamente por el ejecutivo, ya sea mediante facultades ordinarias o extraordinarias, o con ocasión de estados de excepción, con lo cual, schmittianamente, el presidente ha terminado legislando con prescindencia del procedimiento legislativo ordinario, haciendo que su voluntad política se convierta en norma jurídica para los demás.

Un proceso análogo, de este presidencialismo radical schmittiano⁴⁰⁸, es el que sucede con el órgano judicial, ya que, en no pocos casos, los gobiernos utilizan la investigación y el juzgamiento como mecanismos de persecución política de sus adversarios, con lo cual se ofrece la imagen de un cumplimiento del derecho, cuando en realidad dichas investigaciones no son otra cosa que una utilización política de la administración de justicia.⁴⁰⁹ Ahora bien, esta situación no excluye el que aún en dichos regímenes, afortunadamente, haya un buen porcentaje de jueces, fiscales y de funcionarios probos, rigurosos e independientes, que ejercen su trabajo con total apego a la legalidad y en una honesta búsqueda de la justicia, así como también, el que, en no pocos casos, las personas procesadas,

<https://www.elspectador.com/noticias/judicial/la-eterna-mermelada-de-la-politica-colombiana-articulo-740097>

⁴⁰⁸ Para una revisión crítica del presidencialismo en la región, véase MAINWARING, Scott, and SOBERG SHUGART, Matthew. (Compiladores) *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Paidós, 2002., especialmente el estudio realizado por los compiladores, titulado "Presidencialismo y democracia en América latina. Revisión de los términos del debate". pp. 19 – 64.

⁴⁰⁹ Para profundizar en esta situación a través del caso chileno, véase HILBINK, Lisa. *Jueces y política en democracia y dictadura: Lecciones desde Chile*. FLACSO México, 2015.

desafectas al gobierno, en realidad hayan cometido infracciones a la ley que ameritan sanciones.

En síntesis, el influjo más práctico que teórico del pensamiento de Carl Schmitt en América latina y en el Caribe, ha sido también un componente decisivo de la crisis de eficacia del derecho que nos aqueja, ya que, en el caso del jurista de Plettenberg, el producir un derecho "reactivo", y no proactivo, y motivado por intereses particulares, ha generado una legislación que la ciudadanía entiende como ajena a sus proyectos de vida, y muchas veces en contra de estos, elemento que ha incrementado el alejamiento del derecho del sentir ciudadano, así como su valoración como una esfera que concierne sólo a los políticos, a los funcionarios y a los abogados, y que poco o nada tiene que ver con el progreso, la justicia y el bien común.

Frente a esta concepción del derecho predicada por Carl Schmitt, en la cual el derecho surge de la voluntad política de la persona individual que ostente la soberanía, el derecho propuesto por Adam Smith, tal como lo comentamos anteriormente, obtiene su legitimidad de su fundamentación en la misma naturaleza de los seres humanos, así como en sus comportamientos guiados por mecanismos psicológico – morales.

Así pues, frente a un derecho que se presenta como una imposición de la autoridad, en visión la jurista Schmitt, la cual, incluso puede hacer un uso "legítimo" de la violencia, el derecho del filósofo moral Smith, brota de una ética ciudadana, validada a través de los usos y virtudes morales concretas⁴¹⁰ que han comprobado su utilidad práctica a favor del bien común.

⁴¹⁰ Para una profundización sobre el papel de las virtudes en la arquitectura moral, jurídica y económica de Smith, véase RAPHAEL, D.D. *The cardinal virtues.*, en "The impartial Spectator. Adam Smith's moral philosophy". pp. 73 – 80.

Igualmente, frente a un jurista Schmitt que niega el valor de la libertad humana como elemento decisivo para bien social, el filósofo moral Smith se fundamenta en dicha libertad para su propuesta moral desarrollada a través de la economía y del derecho, tal como lo testimonia su propuesta de un “Sistema de libertad natural”,⁴¹¹ en el que se articulan el beneficio individual con el social.

En este sentido, el derecho del jurista de Plettenberg busca el bien social eliminando el pluralismo y las diferencias de opinión, las cuales considera como peligrosas, en tanto que en el derecho del filósofo moral de Kirkcaldy, el pluralismo y las diferencias se articulan de manera espontánea a través de las prácticas sociales que, obedeciendo a los mecanismos de validación moral, como la simpatía y el espectador imparcial, producen unas normas que resulta eficaces, no por la fuerza ni la violencia como en Carl Schmitt, sino porque se fundan en su misma eficacia previa, es decir, la eficacia del derecho en Adam Smith está garantizada de origen, puesto que aquellas que llegan a alcanzar el estatus de normas sociales, por virtud de la autoridad del legislador, son sólo aquellas que, por la praxis moral han alcanzado ya dicha eficacia.

Y, por último, mientras que en Carl Schmitt el derecho, y con él los derechos de las personas, está al arbitrio del gobernante, con lo cual se abre la puerta a múltiples excesos, abusos y atropellos, que de hecho sucedieron y siguen sucediendo, en Adam Smith, el derecho es previo al ejercicio de la autoridad, y si bien es cierto que previamente no está plasmado en una “norma básica” como la que propone Hans Kelsen, no es menos cierto, que está presente y vigente, tanto en la naturaleza humana de los mismos

⁴¹¹ Sobre el Sistema de la libertad natural en Smith, véase FITZGIBBONS, Athol. *Adam Smith's System of Liberty, Wealth, and Virtue: The Moral and Political Foundations of The Wealth of Nations*. Oxford University Press, 1995.

ciudadanos, como en sus acciones morales. Por este motivo, las reconocerán como justas cuando las vean expresadas en normas, porque ya las han reconocido previamente como tales en su calidad de acciones validadas en una moralidad práctica.⁴¹²

⁴¹² Para una profundización sobre la justicia en la propuesta jurídica de Adam Smith, véase GRISWOLD, JR., Charles. *Justice and Philosophy.*, en "Adam Smith and the Virtues of Enlightenment", Cambridge University Press, 1999. pp. 244 – 248.

EPÍLOGO

Con Smith y más allá de Smith

¿Por qué con Smith y más allá de Smith?, porque “con Smith”, como lo precisamos anteriormente, tenemos una inteligente y sólida propuesta jurídica que, de cierta manera, anticipa algunos de los más grandes desarrollos jurídicos y políticos del siglo XX, al proponer un derecho inserto en un sistema coherente de pensamiento, cuyos fundamentos son una naturaleza humana comprendida desde la misma experiencia, y una ética fundada sobre dicha concepción del ser humano. Esta visión del derecho supera la lejanía del ámbito jurídico respecto de la ciudadanía, problema generado por las lecturas iusnaturalistas, positivistas y decisionistas, que por décadas han caracterizado al derecho latinoamericano, haciéndolo desconcertantemente ineficaz.

Y “más allá de Smith”, porque, obviamente el pensador escocés es un hombre de su época y de su contexto, y para ser coherentes con el enfoque hermenéutico que hemos querido imprimirle a estas líneas, es necesaria una interpretación adaptada de sus tesis a nuestro medio, y un complemento de las mismas con propuestas actuales y bien fundadas, como las que mencionaremos a continuación.

A este respecto, seguimos a Smith en su inteligente propuesta de fundar el derecho sobre una antropología y una ética construidas inductivamente, con lo cual se genera un iusnaturalismo de corte empirista que, sin embargo, no desdeña los aportes de la razón. A pesar de eso, por juicioso que sea el

proyecto jurídico smithiano, necesita de individuos y de circunstancias muy especiales para su realización, ya que no todas las personas actúan siguiendo la "simpatía, la benevolencia y el espectador imparcial", motivo por el cual se necesita un mecanismo real, fáctico, posible y al alcance de todos como aquel que propone Adela Cortina en su ética ciudadana de carácter dialógico, tesis con la cual vamos más allá de Smith.

Con respecto al sentido y carácter del diálogo ético, Adela Cortina precisa:

El antídoto contra el dogmatismo y el fanatismo no es entonces la frivolidad y la superficialidad sino la convicción, pero una convicción racional, es decir, aquella que se apoya en razones. Una convicción de este tipo está siempre dispuesta a entrar en un diálogo con quienes mantienen posturas diferentes, a aducir sus razones en ese diálogo, a escuchar las razones contrarias y a compararlas, intentando llegar en lo posible a ponerse de acuerdo.⁴¹³

A partir de estos supuestos, un derecho como el que propone Smith debe complementarse con una perspectiva dialógica, porque son los mismos ciudadanos que deben cumplir las normas, aquellos que deben tener voz y voto respecto de aquellas, produciendo así un derecho de naturaleza consensual, cuya eficacia está facilitada por su fundamentación en una ética que todos reconozcan como el "común denominador inapelable" para la construcción de sus propios proyectos de vida buena y feliz.

A este respecto, y enfatizando el problema fundamental de la eficacia del derecho, Adela Cortina complementa señalando el carácter compasivo de la ética, el cual se sintoniza, en cierto sentido, con la simpatía de Adam Smith:

⁴¹³ CORTINA, Adela. *La ética de la sociedad civil*. Alauda – Anaya, Madrid, 1994. p. 90.

Sin ella, sin esa ética de la justicia compasiva, es difícil que moral, economía, política y derecho alcancen -continuando con Ortega- su quicio y vital eficacia.⁴¹⁴

Y después complementa a propósito del diálogo ético como fundamento de un derecho eficaz:

Sin embargo, a mi juicio, la capacidad comunicativa, que es *competencia comunicativa*, competencia para situar los universales del habla y capacidad para entrar en *procesos de comunicación* al decidir sobre la justicia de las normas, presupone como condición de posibilidad que esos interlocutores válidos se reconozcan mutuamente, no sólo razón capaz de argumentar, sino también razón encarnada en un cuerpo, razón humana.

415

De otra parte, estamos con Smith porque reconocemos que un derecho puramente deductivo, como el que resulta de la aplicación de los criterios provenientes del iusnaturalismo, del positivismo y del decisionismo, resulta insuficiente en sus postulados, por defender, en no pocos casos, intereses extraños al bien concreto de los individuos y de la sociedad en su conjunto. Sin embargo, en el derecho smithiano no hay un suficiente equilibrio entre la experiencia y la razón, es decir entre la deducción y la inducción, por eso vamos más allá de Smith con la propuesta de una *Ética hermenéutica*, como la que propone Jesús Conill, en la cual dicho equilibrio se muestra con suficiencia y oportunidad. A este respecto Conill precisa:

El sentimiento moral es la capacidad sensible, física, de recibir el impulso racional y transformarlo en motivo; y la conciencia moral es el hecho inevitable, instintivo, que nos mueve a juzgarnos a nosotros mismos conforme a la ley moral en foro interno.⁴¹⁶

⁴¹⁴ CORTINA, Adela. *Justicia Cordial*. Trotta, Madrid, 2010. p. 13.

⁴¹⁵ *Ibid.* p. 16.

⁴¹⁶ CONILL, Jesús. *Ética hermenéutica*. Tecnos, Madrid, 2006. pp. 48 – 49.

Es un hecho constatable que el derecho de la cultura occidental ha padecido, después de sus orígenes en la Grecia clásica, de una especie de “esquizofrenia lógica y ética” con graves consecuencias para la aplicación y para la eficacia del ordenamiento jurídico, ya que, mientras que la tradición jurídica europea – continental e iberoamericana, es predominantemente deductivista, tanto en el plano lógico como en el ético, la tradición jurídica anglosajona es fundamentalmente empírica e inductivista, tal como lo prueban la “doctrina del precedente judicial”, y el “realismo jurídico”. Por tal motivo, la perspectiva de una ética hermenéutica propuesta por Conill, se muestra prometedora para solucionar dicho problema y para avanzar hacia un derecho más justo y eficaz.

A este respecto, dicha propuesta no tiene sólo un carácter enunciativo y demostrativo, que ya es bastante, sino que también pone de manifiesto una perspectiva olvidada para el derecho, como es la de “una educación que facilite la comprensión, aplicación y la eficacia del derecho”. A este respecto Conill complementa:

Estas capacidades [de naturaleza ética] son inculcables y cultivables mediante la educación. Por tanto, aquí se basaría no solo una antropología como psicología moral de todas estas nociones estéticas, sino también una *pedagogía moral* como aplicación de la metodología de la razón práctica.⁴¹⁷

Es un hecho notable que la propuesta de Smith presupone, pero no desarrolla una propuesta pedagógica, por eso vamos más allá de Smith, cuando reconocemos, con Conill, la necesidad de una pedagogía moral que viabilice la eficacia del derecho, y con ello la realización de la justicia.

⁴¹⁷ Ibid. p. 49.

A este respecto, es necesario reconocer que el derecho de la tradición europea – continental, tal como lo testimonia el proyecto codificador, sólo sabe conjugar jurídicamente tres verbos: prohibir, mandar y permitir, pero no es consciente de que esos verbos sólo son posibles mediante procesos pedagógicos, los cuales exigen que el derecho reconozca que también le son verbos propios aquellos de naturaleza educativa, tales como facilitar, motivar, ambientar, facilitar, educar, sensibilizar, proponer, reflexionar, valorar, dialogar, consensuar, etc.

Por estas razones, y sin querer caer en fatalismos, tendríamos que reconocer que, más allá de Smith, un derecho que no incorpore procesos educativos que hagan posible la realización de los objetivos de las normas, es un derecho condenado al fracaso y a una eterna ineficacia, tal como lo testimonian largas décadas de la historia latinoamericana y caribeña, en las cuales la sobreabundancia de normas no ha afectado positivamente la realidad concreta de los seres humanos como debiera.

De otra parte, compartimos con Smith la importancia que este le reconoce a la tarea del legislador, pero es necesario ir más allá de Smith para mostrar que legislar, con una base dialógica como la que propone Adela Cortina, requiere de un esfuerzo ético por “tener en cuenta los intereses de todos los afectados”. En este sentido, el más grave problema que evidencian nuestros órganos legislativos latinoamericanos y caribeños, es que los ciudadanos sienten que allí, en muchos casos, se toman decisiones, concretizadas en normas, que no tienen que ver con sus intereses ni con su sentimiento de la justicia.

A este respecto, no sólo las críticas de los ciudadanos, sino también los reales procesos judiciales que se adelantan en contra de algunos legisladores, muestran que hay una tendencia manifiesta, en un buen porcentaje de ellos, a legislar para sus propios intereses, o sólo para el bien exclusivo de las

personas o de los grupos que los han patrocinado, por este motivo resulta fundamental para viabilizar una eficacia del derecho, el que los legisladores tengan en cuenta, a partir de los procesos dialógicos ya comentados, los intereses de todos los afectados, tal como lo precisa Adela Cortina cuando dice:

Este principio de la ética discursiva constituye la raíz última de la conciencia moral crítica de las sociedades con democracia liberal, sociedades cuya conciencia social ha alcanzado lo que se denomina el nivel postconvencional, en lo que se refiere a su desarrollo moral; es decir, aquel nivel en que juzgamos sobre la justicia de una norma teniendo en cuenta el interés de todo ser humano. Se reconozca o no expresamente, estas sociedades tienen por verdaderamente justas aquellas normas de acción con las que podrían estar de acuerdo todos los afectados por ellas como participantes en un discurso práctico, es decir, en un diálogo celebrado en condiciones de racionalidad. En tales condiciones, los afectados por las normas estarían de acuerdo en dar por válidas las que satisficieran no los intereses de uno o de algunos grupos, sino *intereses universalizables*.⁴¹⁸

A este respecto, el buscar los intereses universalizables se debe convertir no sólo en un criterio de tipo legislativo, sino también en un criterio hermenéutico de aplicación de las normas en el ámbito judicial, con lo cual se le cerraría el paso al normativismo desbordado al que hemos hecho referencia más arriba.

Con base en estos supuestos, estamos con Smith en cuanto reconoce que el derecho está ya presente, de cierta manera, anclado en lo que somos como seres humanos, y en las formas en que razonamos moralmente, pero vamos más allá de Smith, ya que éste no enfatiza suficientemente que la sociedad debe ser primariamente una sociedad conformada por individuos virtuosos, o en camino de serlo, para que el derecho sea eficaz, y para lo

⁴¹⁸ CORTINA, Adela. *Ciudadanos del mundo*. Alianza, Madrid, 2009. p. 88 – 89.

cual es necesario el trabajo pedagógico que mencionábamos anteriormente a propósito de los aportes de Jesús Conill, ya que, pretender que el derecho, "per se", sea quien produzca el orden y la justicia constituye una pretensión quimérica que, tal como lo ha demostrado hasta la saciedad la realidad latinoamericana, está condenada al fracaso. En este sentido se expresa Ortega y Gasset cuando precisa:

Porque el derecho, la realidad "derecho" - no las ideas de él del filósofo, jurista o demagogo -, es, si se me tolera la expresión barroca, secreción espontánea de la sociedad, y no puede ser otra cosa. Querer que el derecho rija las relaciones entre seres que previamente no viven en efectiva sociedad, me parece - y perdóneseme la insolencia - tener una idea bastante confusa y ridícula de lo que el derecho es. No debe extrañar, por otra parte, la preponderancia de esa opinión confusa y ridícula sobre el derecho, porque una de las máximas desdichas del tiempo es que, al topar las gentes de Occidente con los terribles conflictos públicos del presente, se han encontrado pertrechados con un utillaje arcaico y torpísimo de nociones sobre lo que es sociedad, colectividad, individuo, usos, ley, justicia, revolución, etcétera. Buena parte del azoramiento actual proviene de la incongruencia entre la perfección de nuestras ideas sobre los fenómenos físicos y el retraso escandaloso de las "ciencias morales".⁴¹⁹

En este sentido, las premisas que denominamos "más allá de Smith", se constituyen en proyectos de investigación, en esta urgente tarea interdisciplinaria de ayudar a que el derecho sea una herramienta eficaz que colabore con la justicia, el orden y con la promoción y defensa de los derechos de las personas concretas, constituyéndose en instrumento de promoción de los valores, las actitudes y las conductas que nos permitan vivir en sociedades auténticamente humanas.

⁴¹⁹ ORTEGA Y GASSET, José. *La Rebelión de las masas*. Edición virtual de Lectulandia, p. 9.

En este sentido, estamos con Smith porque aporta, con un material ético, unos fundamentos para una noción de justicia anclada en la persona humana, pero vamos más allá de Smith, con Amartya Sen y su propuesta de la justicia, puesto que el pensador escocés no desarrolla, propiamente hablando, una teoría de la justicia, sino que la da como un supuesto del cual obtenemos sus rasgos fundamentales a través de su propuesta moral y de sus reflexiones jurídicas. Por este motivo, nos es necesario, para un aporte a la eficacia del derecho, seguir una propuesta como la de Sen, la cual tiene el mérito de ir más allá del aspecto institucional que proponía Rawls en su *Teoría de la Justicia*, para resaltar el “lado humano de la justicia”, a través de un estudio de esta categoría en relación con la conducta concreta de las personas. Sobre este punto, Sen afirma que la presencia de situaciones y circunstancias manifiestamente injustas, puede tener más que ver con “trasgresiones de las personas” que con insuficiencias institucionales, con lo cual pone de manifiesto la necesidad de un componente ético en la reflexión jurídico – política sobre la justicia. Sobre este particular, Sen afirma:

La justicia guarda relación, en última instancia, con la forma en que las personas viven sus vidas y no simplemente con la naturaleza de las instituciones que las rodean. En contraste, muchas de las principales teorías de la justicia se concentran de manera abrumadora en como establecer “instituciones justas”, y conceden una función subsidiaria y dependiente a las cuestiones relacionadas con el comportamiento.⁴²⁰

En este propósito de proponer una perspectiva de la justicia que integra los aspectos humanos e institucionales, Sen tiene el mérito de reconocer, como punto de partida, el que no se trata de buscar “un mundo perfectamente justo”, sino de eliminar, en la medida de las posibilidades, las injusticias más notorias, sin apartarse de la conciencia de la existencia de todo tipo de injusticias en la sociedad. En esta tarea, Sen propone, en la misma línea de

⁴²⁰ SEN, Amartya. *La idea de la Justicia*. Taurus, Madrid, 2010. p. 15.

Conill, una reintegración de una fundamentación racional con otra de carácter empírico, tal como lo indica cuando dice:

Comprender el mundo no es nunca una simple cuestión de registrar nuestras percepciones inmediatas. Comprender entraña inevitablemente razonar. Tenemos que "leer" lo que sentimos y lo que parece que vemos, y preguntar qué indican esas percepciones y cómo podemos tenerlas en cuenta sin sentirnos abrumados por ellas. Una cuestión se refiere a la confiabilidad de nuestros sentimientos e impresiones. Un sentimiento de injusticia podría servir como señal para movernos, pero una señal exige examen crítico, y tiene que haber cierto escrutinio de la solidez de una conclusión basada en señales.⁴²¹

En este sentido, la propuesta de Sen se aparta de conceptualizaciones metafísicas o meramente lógico – formales de la justicia, para configurar una perspectiva de la justicia real, cotidiana y encarnada, en la cual los juicios sobre la justicia se basan en las condiciones en las cuales se juega la humanidad de la vida concreta de las personas, tales como las libertades, las capacidades, su felicidad y bienestar, entre otros.⁴²²

Desde esta perspectiva, la propuesta de justicia de Sen pretende ser más significativa para las vidas, las libertades y las condiciones de dignidad de las personas concretas⁴²³, sin descartar la importancia que en dicho proceso tienen las instituciones.

En la visión que Sen tiene de la justicia, los componentes personales, sociales e institucionales se conjugan en un marco de democracia, centrada en la disponibilidad de la información, en las interacciones reales entre personas

⁴²¹ Ibid. p.12.

⁴²² Cf. Ibid. p. 13.

⁴²³ Sobre este particular, véase KAUSHIK, Basu and KANBUR, Ravi (Eds). *Arguments for a better world. Essays in honor of Amartya Sen*. Volume I: Ethics, Welfare and Measurement. Oxford University Press, 2008., especialmente la Primera parte, "Ethics, normative economics and welfare". pp. 7 ss.

y grupos de la sociedad, y por las posibilidades de participación de los diferentes sectores de la vida social, entendiendo también por participación la posibilidad efectiva de que dichos sectores sean efectivamente escuchados.

Con base en estos elementos, la visión de la justicia de Sen aporta las herramientas para un desarrollo normativo que cuenta con todas las condiciones para ser más eficaz, ya que la incorporación, en una visión de la justicia, de las condiciones reales que necesitan las personas para ser libres y dignas, necesariamente debe desembocar unas normas construidas desde la razón y desde la experiencia, y que respondan a los requerimientos concretos, tanto éticos como institucionales, que son necesarios para avanzar hacia unas sociedades auténticamente humanas,

CONCLUSIONES

La América latina de comienzos del siglo XXI, dista mucho de ser “el continente de la esperanza” que previeran pensadores y analistas sociales en la segunda mitad de la centuria pasada, ya que la realidad cotidiana de millones de personas en la región, está marcada por la pobreza, violencia, marginación, desempleo, caos y falta de condiciones de humanidad, que hacen que muchos de sus habitantes vean en la delincuencia, en la migración, o en otras alternativas penosas, una salida desesperada a dicha situación.

Frente a esta problemática, la respuesta típica de nuestros gobiernos es la producción incesante de nuevas leyes, las cuales se promulgan bajo una inconfesada fe en una especie de “poder mágico de las normas”, con base en la cual se cree que la sola promulgación de una ley relativa a un problema determinado, van a constituir su solución, o, al menos, van a ser un inicio eficaz de la misma. Este problema pareciera no estar suficientemente claro en los miembros de los órganos ejecutivos y legislativos de nuestros estados, quienes día a día engrosan los ordenamientos jurídicos con nuevas normas.

Y mientras que se promulgan nuevas normas, los índices de violencia, criminalidad e impunidad crecen descontroladamente, así como lo hacen la falta de garantías frente a los abusos de los mismos Estados, y la falta de compromiso de estos frente a derechos fundamentales, como la vida, la salud, la educación y el trabajo, entre otros.

Este desconsolador panorama nos lleva a reflexionar acerca del cómo y con qué criterios hemos elaborado y seguimos elaborando nuestras normas, a fin de buscar, a partir de las raíces del problema jurídico, las soluciones al grave problema de la ineficacia del derecho, búsqueda en la cual constatamos los tres principales paradigmas con los cuales hemos elaborado el derecho latinoamericano y caribeño, como son el Iusnaturalismo medieval heredado del período colonial, el Positivismo lógico inspirado en las tesis de Hans Kelsen, y el Decisionismo fundamentado en las propuestas de Carl Schmitt.

En dicho escenario, las principales consecuencias de la herencia iusnaturalista son una tendencia generalizada a importar leyes y reglamentos para trasplantarlos sin los suficientes filtros interpretativos y adaptativos, con lo cual tenemos auténticos mosaicos multicolores de normas, muchas veces yuxtapuestas e inconexas entre sí, o que simplemente resultan inaplicables, ya sea porque no existen las condiciones materiales para dicha aplicación, o porque se refieren a materias o asuntos que ya han sido regulados por otras normas, con lo cual se genera un inconveniente conflicto de competencias normativas.

Dicha importación de normas e instituciones jurídicas, se fundamenta en la creencia en un derecho universal y atemporal, que parte del supuesto de que si la norma es justa y ha servido en otro país, igualmente es justa y debe funcionar localmente, lo cual no es necesariamente cierto, tal como lo prueba la experiencia de años.

En este sentido es necesario precisar que la universalidad que es deseable en materia ética, no lo es tanto en cuestiones de normas e instituciones jurídicas precisas, dada la necesidad de reformular, adaptar e integrar las normas extranjeras a las legislaciones locales, en virtud, entre otras cosas, del carácter temporal y contextual de los enunciados normativos.

De otra parte, el componente positivista, de inspiración kelseniana, surgió con el noble deseo de preservar el derecho de manipulaciones y distorsiones de tipo ideológico – político, como las que se presentaron en torno de las dos grandes guerras del siglo pasado, frente a las cuales el jurista checo reaccionó con lucidez y coherencia; sin embargo, un derecho puramente lógico y formal, como el que propone Kelsen, desvinculado del derecho y de la ética, significó en suelo americano un desdibujamiento tanto de la legitimidad como de la eficacia del derecho, por otorgarle prevalencia a los asuntos relativos a la validez, los cuales se fundamentan en la propuesta de una norma básica que le otorga dicha validez y coherencia a todo el sistema de normas.

Como consecuencia de la influencia kelseniana, a pesar de los méritos de esta, terminamos teniendo un derecho que aceleró su tendencia al gigantismo, en razón de su inacabable propensión a la reglamentación de las leyes para “llenar todos los vacíos y lagunas jurídicas”, tarea que, aparte de imposible, produjo un efecto contrario, en razón de que “a mayor cantidad de normas, más grande es la posibilidad de escaparse de su sentido y finalidad”. De otra parte, el positivismo jurídico de carácter lógico, determinó la idea de la identificación del derecho con la norma, a raíz del cual los profesionales del derecho terminamos siendo “expertos en normas”, pero desconocedores del sentido ético y social del derecho, con lo cual se reafirmó el alejamiento del derecho del mundo social real y cotidiano, para constituirse en una esfera lógica que carece de las condiciones para llevar a cabo, con éxito, las tareas de una ciencia jurídica al servicio de la justicia y de la humanización.

Por su parte, el decisionismo jurídico inspirado en las tesis de Carl Schmitt, condujo a la producción de un derecho identificado con la voluntad política del gobernante, marco que ha servido, en un plano práctico, para darle un fundamento jurídico a políticas y a gobiernos autoritarios en la

región, los cuales han visto en las tesis del jurista de Plettenberg una plataforma que, con un ropaje jurídico, les sirve para negar la libertad y los derechos de los ciudadanos y para hacer exigibles, en términos jurídicos, sus intereses personales. Esta influencia schmittiana, en una versión “light”, ha servido para que el presidencialismo latinoamericano se radicalice, produciendo en la práctica una eliminación de la división tripartita de los poderes públicos, generando una hipertrofia del órgano ejecutivo en cabeza del presidente de la república, el cual, en no pocos casos, actúa como un verdadero monarca autoritario.

Con estos ingredientes, el derecho latinoamericano se caracteriza, en términos generales y sin negarle sus evidentes méritos, por su normativismo, formalismo, marcadas contradicciones internas y por una ostensible falta de eficacia, produciendo así una administración de justicia significativamente lenta y burocrática, la cual genera sufrimiento, y no colabora suficientemente con la solución de los problemas que debiera atender.

Ante esta constatación, y en la búsqueda de elementos que mejoren la eficacia fáctica del derecho, encontramos en el derecho ilustrado escocés, y particularmente en las tesis jurídicas de Adam Smith, algunas claves que, sin caer en el problema del trasplante de soluciones ajenas, brindan pistas para un mejoramiento de nuestras instituciones jurídicas.

En este sentido, el derecho smithiano se configura en torno de varios elementos centrales como son 1) una fundamentación en una naturaleza humana concreta, reconocida a través de la experiencia, 2) la identificación de unos mecanismos ético – psicológicos que están presentes tanto en la elaboración ética como en el derecho, tales como la benevolencia, el espectador imparcial y la simpatía, los cuales siguen el mismo criterio metodológico empirista; 3) la proposición de un derecho fundado en la libertad personal; 4) un ordenamiento jurídico pensado

dentro de un sistema de disciplinas y saberes relacionados internamente, como la economía, la teología, la antropología, entre otros, con lo cual el derecho adquiere un carácter interdisciplinar, y 5) un derecho articulado dentro de un programa académico que encuentra su sentido y su razón de ser en la propiciación de las condiciones que faciliten el bienestar y el progreso social.

Este derecho de Adam Smith hunde sus raíces en toda la tradición filosófica escocesa, que se remonta a pensadores tan notables como Duns Escoto, uno de los más connotados pensadores que cumplieron el papel de puente entre la filosofía medieval y el humanismo renacentista, John Mair, quien fuera maestro de varios de los pensadores de la Escuela de Salamanca, y Gershom Carmichael, quien fue el primer profesor de la cátedra de filosofía moral en la universidad de Glasgow; y, de igual manera, se sintoniza con otros filósofos morales escoceses ilustrados, como Francis Hutcheson, fundador de la Escuela escocesa de filosofía moral, y David Hume, quien no necesita presentación.

Y es precisamente en el programa investigativo de la Ilustración escocesa en donde encuentra sentido el pensamiento jurídico de Adam Smith, ya que los académicos de este período, entendían que todas las ciencias, disciplinas y saberes, deberían confluir en el único objetivo de sacar a Escocia de las difíciles circunstancias en las que se encontraba a finales del siglo XVII e inicios del siglo XVIII. Por este motivo, eran conscientes de que necesitaban cultivar un saber articulado interdisciplinariamente, y fundamentado en unas mismas bases metodológicas, antropológicas y epistemológicas.

Por este motivo, en la inmensa mayoría de los estudiosos ilustrados escoceses, se encuentra presente el método experimental newtoniano, un saber construido inductivamente desde las experiencias mismas, ya que la

reflexión deductiva se mostraba manifiestamente inútil para renovar las estructuras sociales, y una ética fundamentada en una constatación igualmente empírica de la naturaleza humana.

Con estas herramientas, se debería, primariamente, mostrar una figura de un Dios accesible por todos, de allí la explicación de la presencia de los estudios sobre teología natural, para luego desarrollar, en aplicación del método experimental, estudios sobre diversas ciencias y disciplinas, pensando siempre en cómo éstas deberían colaborar de manera eficaz con el desarrollo del país.

Estos supuestos explican exactamente el enfoque de Smith en su *Teoría de los sentimientos morales*, en la *Riqueza de las Naciones* y en las *Lecciones de Jurisprudencia*, así como en otras de sus obras, las cuales comparten un común denominador antropológico, ético y epistemológico.

De allí el que se pueda hablar, con buenas razones, de una unidad, o de una coherencia interna, en el pensamiento de Smith, a partir de la cual es comprensible su visión del derecho,

Estas características del derecho smithiano se muestran muy útiles frente a las limitaciones del derecho latinoamericano y caribeño, puesto que, de cara a un derecho construido a espaldas de la realidad, por motivos metafísicos, lógicos o de autoridad, el derecho de Adam Smith se construye de frente, a propósito, y en función del progreso de esa misma realidad, con lo cual tiene un excelente fundamento para viabilizar su eficacia.

En un segundo momento, un derecho construido con criterios lógico – formales, como el positivismo kelseniano, ajeno a una noción antropológica de la política, por no distinguirla de la acepción ideológica del término, y sin ningún contacto con una ética, termina siendo un constructo funcionalmente correcto, pero profundamente ineficaz en términos

personales y sociales. De allí que el derecho propuesto por Adam Smith, con una profunda entraña ética, porque reconoce que la conducta humana emplea los mismos mecanismos psicológicos y morales en su comportamiento cotidiano que en sus acciones regladas por el derecho, tiene enormes posibilidades de ser eficaz, ya que la eficacia moral será la misma que se evidencie cuando tales conductas morales sean declaradas como exigibles legalmente por el legislador.

Con base en estos supuestos, y de cara a responder a las características de nuestras sociedades actuales, que no son las mismas de Smith, los aportes del pensador escocés se complementan adecuadamente con una ética dialógica como la que propone Adela Cortina en un doble sentido, ya que, por un lado, garantiza una determinación del sustrato ético de la misma sociedad con base en el diálogo entre ciudadanos en pie de igualdad, y, por otro lado, ayuda para que el legislador tenga muy presentes los intereses de todos los afectados a la hora de formular las leyes que han partido de los consensos y de los acuerdos hallados dialógicamente.

Igualmente, el llamado de atención que hace José Ortega respecto de un orden social previo del cual el derecho va a ser producto, explicita lo que Smith escasamente da a entender, y es que no puede haber un derecho eficaz si las virtudes ciudadanas no están presentes en la vida social que antecede al derecho, puesto que esta disciplina es incapaz de generar individuos virtuosos.

Y es precisamente por este remarque de Ortega que adquiere plena vigencia el aporte de Jesús Conill cuando propone una ética hermenéutica que reintegra, en términos éticos y lógicos, un derecho occidental que ha existido, y sigue existiendo, de manera escindida, ya que la tradición europea – continental, conserva y promueve prioritariamente una

racionalidad lógica deductiva, en tanto que la tradición anglosajona lo hace desde la orilla del razonamiento inductivo.

Desde estos supuestos, una ética hermenéutica como la propuesta por Conill, abre el espacio para una reintegración lógica de las perspectivas inductiva, de carácter empírico, y deductiva, de tipo racional, a través de un fecundo diálogo con notables pensadores que van desde Kant hasta Ricoeur, y que propician una nueva visión del derecho para un mundo globalizado que requiere de un derecho que equilibre los hechos con las razones.

En esta visión jurídica, tal como lo enfatiza Conill, la educación tiene un papel fundamental para viabilizar una ética que haga posible la eficacia del derecho. Dicha educación ética, sin la cual el derecho no podrá asegurar su eficacia, invita a que el derecho de hoy supere los verbos jurídicos tradicionales que apuntan sólo al prohibir, mandar y permitir, para armonizarlos con verbos de estirpe educativa como sensibilizar, dialogar, fomentar, ambientar, facilitar, motivar, y tantos otros que apuntan a formar a un ciudadano más consciente, responsable y comprometido, a sabiendas de que la humanización de nuestras sociedades sólo es posible cuando comprendamos que nuestros proyectos personales, necesitan armonizarse con los proyectos de los demás y con aquellos de la sociedad en su conjunto, y que, en ningún caso, los unos pueden excluir a los otros.

Estos elementos que apuntan a una optimización de la eficacia del derecho, se articulan con una visión de la justicia como la que propone Amartya Sen, la cual integra los elementos ético – conductuales de esta categoría, con aquellos de naturaleza institucional, precisando que los fundamentos con los cuales se elaboran los juicios sobre la justicia, deben relacionarse con la libertad, las capacidades, los recursos y la felicidad de

las personas reales, perspectiva esta que abre inmensas posibilidades para un desarrollo normativo más justo y eficaz.*

Bibliografía

ADKINS, A. W. H. *Moral values and political behavior in ancient Greece. From Homer to the end of the Fifth Century*. Chatto & Windus, London, 1972.

AHNERT, Thomas & MANNING, Susan. (Eds) *Character, Self, and Sociability in the Scottish Enlightenment*. Palgrave Studies in Cultural and Intellectual History. Springer. 2016.

AHNERT, Thomas. *The Moral culture of the Scottish Enlightenment: 1690 – 1805*. Yale University Press. 2014.

AILWIN, J. *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*. Instituto de Estudios indígenas. Universidad de la frontera. Austral, Temuco, 2004.

ALCÁNTARA, Manuel, GARCÍA, Mercedes y SÁNCHEZ, Francisco. *El poder legislativo en América Latina a través de sus normas*. Universidad de Salamanca, 2005.

ALCÁNTARA, Manuel, GARCÍA, Mercedes, y SÁNCHEZ, Francisco. *Funciones, procedimientos y escenarios: un análisis del poder legislativo en América Latina*. Universidad de Salamanca, 2005.

ALEXY, Robert. *El concepto y validez del Derecho*. Gedisa, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Palestra, Lima, 2007.

ALLAN, David. *Scotland in the Eighteenth Century: Union and Enlightenment*. Routledge, London, 2013.

AMADAE, S.M. *Impartiality, utility and induction in Adam Smith's Jurisprudence.*, en "Adam Smith's Review", Volume 4. Vivienne Brown (Ed), 2008.

AMBOS, Kai y WOISCHNIK, Jan. *Las reformas procesales penales en América Latina. Resumen comparativo*. Legis, Revista de Derecho penal No. 10, Enero – Marzo, 2005.

- ARISTÓTELES. *Constitución de los atenienses*. Madrid, Gredos, 1984.
- BADÍA, Miguel. *La reflexión de Hume en torno de la religión*. Ediciones Universidad de Puerto Rico, 1996.
- BAILLIE, James. *Hume on morality*. Routledge Taylor & Francis Group, London, 2001.
- BARRETO, Luz Marina. *La crisis de la filosofía en los contextos venezolano y latinoamericano*, en *La filosofía en América latina como problema, y un epílogo desde la otra orilla*. Juan Cristóbal Cruz (Coordinador). Publicaciones Cruz, México, 2006.
- BENDERSKY, Joseph. *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*. Princeton University Press, 2014.
- BETANCUR, Cayetano. *Imperativo y norma en el derecho. Homenaje jubilar a Hans Kelsen.*, en "La Filosofía en Colombia. Siglo XX. Rubén Sierra Mejía (Compilador) Procultura, Presidencia de la República. Bogotá, 1985.
- BEUCHOT, Mauricio. *La polémica de la Conquista. Una querrela del siglo XVI*. Siglo XXI Editores, México, 2004.
- BEUCHOT, Mauricio. *La querrela de la Conquista. Una polémica del siglo XVI*. Siglo XXI, México, 1992.
- BLACKTONE, William. *Francis Hutcheson and Contemporary Ethical Theory*. University of Georgia Press, 1965.
- BLASCO, Emili. *Bumerán Chávez: los fraudes que llevaron al colapso de Venezuela*. Con la colaboración de Center for investigative journalism in the Americas. CIJA. Inter – American Trends. Edición virtual de Kindle. 2016.
- BODIN, Jean. *Seis libros sobre la República*. Tecnos, Madrid, 2006.
- BRICKHOUS, Thomas y SMITH, Nicholas. *Socrates on Trial.*, Oxford University Press, 1989.
- BROADIE, A. *George Lokert, late-scholastic logician*. Edinburgh University Press, 1983.

BROADIE, Alexander. (Ed) *The Cambridge Companion to the Scottish Enlightenment*. Cambridge University press, 2003.

BROADIE, Alexander. *A history of Scottish philosophy*, Edinburgh University Press, 2009.

BROADIE, Alexander. *Sympathy and the Impartial Spectator*. en "The Cambridge Companion to Adam Smit". Knud HAAKONSSSEN (Ed). Cambridge University Press, 2006.

BROADIE, Alexander. *The Scottish enlightenment, The historical age of the historical nation*. Birlinn, Edinburgh, 2005.

BROADIE, Alexander. *The Shadow of Scotus: Philosophy and Faith in Pre-reformation Scotland*". Bloomsbury. T & T Clark International. Edinburgh, 1999.

BROADIE, Alexander. *The Tradition of Scottish Philosophy: A New Perspective on the Enlightenment*. Barnes & Noble Books, Savage, 1990.

BROOKS, Christopher. *Political realities and legal discourse in the later sixteenth century.*, en "Law, Politics and Society in Early Modern England". Cambridge University Press, 2009.

BROWN Stephen. *The intellectual context of later medieval philosophy: universities, Aristotle, arts, theology*, en *Routledge History of Philosophy, Volume III, Medieval Philosophy*. John Marenbon (Ed). London, 2004.

BROWN, Charlotte. *Hume on Moral Rationalism, Sentimentalism, and Sympathy*, en "A companion to Hume" Elizabeth S. Radcliffe (Ed). Blackwell Publishing, 2008.

BROWN, Vivienne. *Adam Smith's Discourse. Canonicity, commerce and conscience*. Routledge, 2004.

BRUNO, Alain. *Adam Smith. Vie, Oeuvres, Concepts*. Ellipses, París, 2001.

BRYANT Joseph. *Norms and Values: The Articulation of the Polis-Citizen Bond*; en *Moral Codes and Social Structure in Ancient Greece A Sociology of Greek Ethics from Homer to the Epicureans and Stoics*. State University of New York Press. 1996.

BUCHAN, James. *Crowded with Genius. The Scottish Enlightenment: Edinburgh's Moment of the Mind*. Harper Collins, 2009.

BUCHAN, James. *Crowded with Genius: The Scottish Enlightenment: Edinburgh's Moment of the Mind*. Harper Collins, 2004.

BUJOSA, Lorenzo. *La prueba de referencia en el Sistema Penal Acusatorio*. Revista Pensamiento Jurídico, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia, No. 21, 2008.

CAIRNS, John. *Law, Lawyers, and Humanism*. Selected essays on the history of Scots law. Vol 1. Edinburg University Press, 2015.

CAIRNS, John. *Legal theory.*, en "Scottish Enlightenment", Alexander Broadie (Ed). Cambridge University Press, 2003.

CAMPBELL, Ernest *The Life of David Hume*. Oxford University Press, 2001.

CANNING, Joseph. *Ideas of Power in the Late Middle Ages, 1296–1417*. Cambridge University Press, 2011.

CÁRDENAS, Jaime. *La argumentación como derecho*. Unam, México, 2005.

CAREY, Daniel. Introducción a la obra "A System of Moral Philosophy" (1755) de Francis Hutcheson. National University of Ireland, Galway, 2000.

CAREY, Daniel. *Francis Hutcheson's Philosophy and the Scottish enlightenment. Reception, Reputation and Legacy*; en GARRETT Aaron y HARRIS James (Eds). *Scottish Philosophy in the Eighteenth Century: Morals, Politics, Art, Religion*. Vol. 1. Oxford University Press. 2015.

CARMICHAEL, Gershom. *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, as well as the introduction to the 1769 edition and the 1727.

CARMICHAEL, Gershom. *On directing the mind to the lasting happiness*. Texto incluido en el compendio "Scottish Philosophy: Selected Readings 1690-1960", elaborado y comentado por GORDON Graham. Library of Scottish Philosophy, 2004.

CARMICHAEL, Gershom. *On Moral Philosophy, or the Science of Natural Jurisprudence*; en *Natural Rights on the Threshold of the Scottish Enlightenment The Writings of Gershom Carmichael*. MOORE, James y SILVERTHORNE, Michael (Eds). Liberty fund. Indianapolis, 2002.

CARMICHAEL, Gershom. *Natural Rights on the Threshold of the Scottish Enlightenment: The Writings of Gershom Carmichael, 1724*. Indianapolis, 2002.

CARNEVALI, Raúl. *La ciencia penal italiana y su influencia en Chile*. Revista Política criminal No 6, 2008.

CARRANZA, Salvador. *Mártires de la UCA*. UCA Editores, San Salvador, 1990.

CARRILLO, Javier. *Seguridad ciudadana y calidad de vida. Fundamentación interdisciplinaria de una propuesta jurídico – policial para Panamá*. Procuraduría de la Administración de Panamá, 2018.

CASSAYRE, Aude. *La justice sur les pierres. Recueil d'inscriptions à caractère juridique des cités grecques à l'époque hellénistique*. Revista Digital « Criminocorpus ».

CEPEDA, Fernando. *Financiación política y Corrupción*. Ariel Ciencia Política, 2004.

CÍRCULO DE VIENA. *Declaración para una Concepción Científica del mundo*. Viena, agosto de 1929.

COCHRAN, Patricia. *Common Sense and Legal Judgment: Community Knowledge, Political Power, and Rhetorical Practice*. McGill-Queen's Press. 2017.

COFRÉ, Juan. *Kelsen, el Formalismo y el "Círculo de Viena"*. Revista de Derecho, Vol. VI, Universidad Austral de Chile. Diciembre 1995.

CONILL SANCHO, Jesús. *Horizontes de economía Ética*. Tecnos, Madrid, 2013.

CONILL, Jesús. *Ética hermenéutica*. Tecnos, Madrid, 2006.

CONILL, Jesús. *Genealogía hermenéutica de la racionalidad instrumental: Nietzsche, Heidegger y la época del nihilismo*. EIDON, n° 43 junio 2015.

CONILL, Jesús. *Horizontes de economía ética*. Tecnos, Madrid, 2004.

COPLESTON, Frederick. *Historia de la Filosofía. Vol 2. De San Agustín a Escoto. Cap. L: Escoto – La ética*. Ariel, Barcelona, 1994. Edición digital de Eudaimon.

CORAZÓN, Rafael. *Escoto, de la especulación al escepticismo*. *Thémata. Revista de Filosofía* No. 53. 2016.

CORDOVA, Lorenzo. *Derecho y Poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. Fondo de Cultura Económica, México, 2010.

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia (2004-2014): Análisis de su funcionamiento y propuestas para su mejoramiento*. Disponible en: <https://www.cej.org.co>

CORTINA Adela. *Ética mínima*. Tecnos, Madrid, 2000.

CORTINA Adela. *Moral civil en una sociedad democrática.*, en "Ética mínima". Tecnos, Madrid, 2000.

CORTINA, Adela y MARTÍNEZ, Emilio. *Ética*. Akal, Madrid, 2001.

CORTINA, Adela. *Ciudadanos del mundo*. Alianza, Madrid, 2009.

CORTINA, Adela. *El estatuto de la ética aplicada. Hermenéutica crítica de las actividades humanas*. En ISEGORÍA 13, 1996.

CORTINA, Adela. *Justicia cordial*. Trotta, Madrid, 2010.

CORTINA, Adela. *La ética de la sociedad civil*. Alauda – Anaya, Madrid, 1994.

CORTINA, Adela. *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria*. Sígueme, Salamanca, 1995.

COURTIS, Christian. *Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Trotta, Madrid, 2006.

CRAIG, W. y Moreland J. (Eds). *The Blackwell Companion to Natural Theology*. Wiley – Blackwell, 2009.

CURZER, Howard. *Aristotle and the Virtues*. Oxford University Press, 2012.

DASTON, L. and STOLLEIS, M (Eds). *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe. Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy*. Max Planck Institute for History of Science, Berlin, 2008.

DE CASTELNAU-L'ESTOILE, Charlotte y REGOURD, François (Eds) *Connaissances et pouvoirs: les espaces impériaux (XVIe-XVIIIe siècles) : France, Espagne, Portugal*. Presses Univ de Bordeaux, 2005.

DE COULANGES, Foustel. *La ciudad antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las Instituciones de Grecia y Roma*. Editorial Porrúa, México, 2003.

DONALDSON, Gordon. *The Scottish Reformation*. Cambridge University Press. 1972.

DWORKIN, Ronald. *Le positivisme*. Droit en Societé, No. 1. 1981.

Early Greek Law. University of California Press, 1989.

ELLIOTT, J.H. *La Conquista española y las Colonias de América.*, en "Historia de América Latina", Leslie BETHELL (Ed). Tomo I. América Latina colonial: La América Precolombina y la Conquista. Editorial Crítica. Barcelona. 2013.

EMERSON, Roger. *The contexts of the Scottish Enlightenment.*, en "Scottish Enlightenment", Alexander Broadie (Ed). Cambridge University Press, 2003.

ESQUIVEL, Javier. *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la Teoría del Derecho*. Universidad Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas, 1980.

ESTRELLA, Pablo. *Filosofía del derecho y sociedad en América latina*. Editorial El Conejo – Universidad de Cuenca, 2007.

EVANS, G.R. *Law and theology in the middle ages*. Routledge, 2002.

EVENSKY, Jerry. *Adam Smith's Moral Philosophy. A Historical and Contemporary Perspective on Markets, Law, Ethics, and Culture*. Cambridge University Press, 2005.

EVENSKY, Jerry. *Setting the scene: Adam Smith's moral philosophy.*, en "Adam Smith and the Philosophy of law and Economics". MALLOY, R & EVENSKY, J. (Eds). Springer Science + Business Media. B.V.

FERGUSON, John. *Morals and values in ancient Greece*. Bristol Classical Press, 1989.

FERGUSON David. *Scottish Philosophical Theology*. Andrews UK, 2012.

FITZGIBBONS, Athol. *Adam Smith's System of Liberty, Wealth, and Virtue: The Moral and Political Foundations of The Wealth of Nations*. Oxford University Press, 1995.

FITZGIBBONS, Athol. *The laws of nature, en Adam smith's system of liberty, wealth, and virtue. The Moral and Political Foundations of The Wealth of Nations*. Clarendon Press, Oxford, 2003.

FORCE, Pierre. *Self-interest before Adam smith. A Genealogy of Economic Science*. Cambridge University Press, 2003.

FORMAN-BARZILAI Fonna. *Adam Smith and the Circles of Sympathy: Cosmopolitanism and Moral Theory*. Cambridge University Press, 2010.

FORSYTH, Catherine. *Origins: Scotland to 1100*, en *Scotland a history*, de Jenny Wormald (Ed). Oxford University Press, 2005.

FREDERICKS Sarah. *Religious studies*, en *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity*. The Oxford University Press, 2010.

FREEDLAND, Mark and AUBY, Jean-Bernard. *The Public Law / Private Law Divide. Une entente assez cordiale? La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques*. Hart Publishing, 2006.

FRICKE, Christel. *Adam Smith: The Sympathetic Process and the Origin and Function of Conscience.*, en "The Oxford handbook of Adam Smith". BERRY, C., PAGANELLI, M, & SMITH, C. (Eds). Oxford University Press, 2013.

FRIDRICH, Carl Joachim. *La filosofía del derecho*. Fondo de cultura económica. Breviarios. México, 1993.

FUEYO, Jesús. *Legitimidad, Validez y Eficacia. La significación jurídica y política del sistema de producción de normas*.

GADAMER, H. G. *¿Qué es la verdad?* en *Verdad y Método II*. Sígueme, Salamanca. 2004.

GADAMER, Hans Georg. *El Giro hermenéutico*. Cátedra, Madrid, 1998.

GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método II*. Sígueme, Salamanca, 2004.

GADAMER, HG. *Sobre el círculo de la comprensión*, en *Verdad y Método II*. Sígueme, Salamanca, 2004.

GAGARIN, Michael – WOODRUFF, Paul. *Early Greek Legal Thought.*, en MILLER, Fred - BIONDI, Carrie-Ann (Eds) *A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics*. Vol. VI. Springer, 2015.

GALILEI, Galileo. *Carta a Cristina de Lorena*; en *Cartas copernicanas*. Ebook Classic. 2015.

GARCÍA – BORRON, Juan. *Empirismo e ilustración inglesa. De Hobbes a Hume*. Cincel, Madrid, 1985.

GARCÍA, Mauricio y RODRÍGUEZ, César (Eds.). *Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Ilsa – Universidad Nacional de Colombia, 2003.

GARRETT Aaron y HARRIS James (Eds). *Scottish Philosophy in the Eighteenth Century: Morals, Politics, Art, Religion*. Vol. 1. Oxford University Press. 2015.

GIACOMETTE, Ana y GARCÍA, Alicia. *Crisis en la enseñanza del derecho: Alternativas de solución*. Ediciones Librería del Profesional, 2000.

GÖÇMEN, Doğan. *The Adam Smith Problem. Human Nature and Society in The Theory of Moral Sentiments and The Wealth of Nations*. Tauris Academic Studies. Londres, 2007.

GÓMEZ, A y MARTÍNEZ, R. *La filosofía de Zubiri en el contexto de la crisis europea*. Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, 1996.

GONZÁLEZ, José Luis. *Filosofía en la etapa de la conquista.*, en “La Filosofía en América Latina”., MARQUÍNEZ, Germán (Ed). El Buho, Bogotá, 1993.

GONZÁLEZ, Roberto y GUERRA, Sergio. *Dictaduras del Caribe: Estudio comparado de las tiranías de Juan vicente Gómez, Gerardo Machado, Fulgencio Batista, Leonidas Trujillo, los Somoza y los Duvalier*. Universidad del Norte, 2018.

GRAHAM, Gordon. *Natural Theology and Natural Religion in the Scottish Enlightenment*. Disponible en: <https://icu.repo.nii.ac.jp/index.php>

GRISWOLD, JR., Charles. *Adam Smith and the Virtues of Enlightenment*. Cambridge University Press, 1999.

GROCIO, Hugo. *Del derecho de la Guerra y de la Paz*. Reus, Madrid, 1925.

GRONDIN, Jean. *La constelación del entender.*, en "Introducción a Gadamer". Herder, Madrid, 2003.

GUISÁN, Esperanza. *El Utilitarismo*, en "Historia de la Ética" Vol. II, Victoria Camps (Ed). Crítica, Barcelona, 2002.

GUISÁN, Esperanza. *Sentimiento Moral*, en *10 Palabras clave en ética* de Adela Cortina (Directora). Verbo Divino, Estella, 1998.

HAAKONSSSEN Knud. *The science of a legislator. The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*. Cambridge University Press, 1981.

HAAKONSSSEN, Knud. *The Coherence of Smith's Thought*, en *The Cambridge companion to Adam Smith*. Cambridge University Press, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Conocimiento e interés*. Taurus, Madrid, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la Acción y Racionalización social*. Taurus, Madrid, 1999.

HALL Alexander. *Thomas Aquinas and John Duns Scotus. Natural Theology in the high middle ages*. Continuum Studies in philosophy. 2009.

HAMMJE, Petra et NADAL, Sophie. *L'efficacité de l'acte normatif : nouvelle norme, nouvelles normativités*. L'extenso éditions, 2013.

HAMOWY, Ronald. *The Scottish Enlightenment and the Theory of Spontaneous Order*. Southern Illinois University Press, 1987.

HANKE, Lewis. *La lucha por la justicia en la conquista de América*. Editorial Sudamericana, 1949.

HART, Herbert. *El Concepto de Derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

HENRYSON Robert. *Poems*. Edited by Gregory Smith. Blackwood and sons. Edinburgh and London, 1906.

HERMAN, Arthur. *How the Scots invented the modern world*. Three rivers press. New York, 2002.

HERNÁNDEZ, A. y RICO, C. Eds. *Protección social en salud en América latina y El Caribe. Investigación y políticas*. Editorial Universidad Javeriana, Bogotá, 2011.

HILBINK, Lisa. *Jueces y política en democracia y dictadura: Lecciones desde Chile*. FLACSO México, 2015.

HILDEBRAND, Bruno. *Die Nationalökonomie der Gegenwart und Zukunft*. Frankfurt, 1848.

HOLLOWAY, Ernest. *Andrew Melville and Humanism in Renaissance Scotland 1545-1622*. Brill, 2011.

HOPE, Vincent. *Virtue by Consensus: The Moral Philosophy of Hutcheson, Hume, and Adam Smith*. Clarendon Press, 1989.

HOWARD, Kainz. *Natural law. Un Introduction and Re – examination*, Open Court, 2004.

HUME, D. *Investigación sobre la moral*. Losada, Buenos Aires, 2003.

HUME, David. *A Treatise of human nature*. Liberty Fund. INC, 2005.

HUME, David. *Historia natural de la religión*. Trotta, Madrid, 2003.

HUME, David. *Letters to William Strahan*. Ed. G Birkbeck Hill. Clarendon Press, Oxford 1888. Liberty Foundation, 2018.

HUME, David. *Tratado de la naturaleza humana*. Biblioteca de autores clásicos. Libros en la red.

HUME, David. *Tratado de la naturaleza humana*. Ediciones Orbis, Barcelona, 1984.

HUPPES-CLUYSENAER, Liesbeth. *Reasoning against a deterministic conception of the world.*, en “Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice”. Springer, London, 2013.

HUTCHESON F. *An Inquiry into the Original of Our Ideas of Beauty and Virtue in Two Treatises. Treatise II: An Inquiry Concerning the Original of Our Ideas of Virtue or Moral Good*. Liberty Fund. Indianapolis, 2004.

HUTCHESON, F. *An essay on the nature and conduct of the passions and affections, with illustrations on the moral sense* (1728). Liberty fund, Indianápolis, 2003.

HUTCHESON, Francis. *Inaugural Lecture on the social nature of man, en Two Texts on Human Nature*. Thomas Mautner (Ed). Cambridge University Press, 1993.

HUTCHESON, Francis. *Philosophiae Moralis Institutio Compendiaria with A Short Introduction to Moral Philosophy*. Liberty Fund. Indianapolis, 2007.

HUTCHESON, Francis. *Reflections Upon Laughter, and Remarks Upon the Fable of the Bees*. R Urie, 1750.

INGHAM M. y DREYER M. *The Philosophical Vision of John Duns Scotus. An Introduction*. The Catholic University of America Press, Washington, D.C., 2004.

IRELAND, John. *The Meroure of Wyssdome*. Books I – II. Society, 1965.

ISRAEL, Jonathan. *Radical Enlightenment*. Oxford University Press, 2001.

JAFFRO, Laurent. (Ed) *Le sens moral. Une histoire de la philosophie morale de Locke à Kant*, Paris, Presses universitaires de France, collection « Débats philosophiques », 2000.

JARAMILLO Jaime. *El pensamiento colombiano en el siglo XIX, particularmente en su capítulo XIX, El pensamiento político de Miguel Antonio Caro*. Temis, Bogotá, 1982.

JARAMILLO, Jaime. *La personalidad histórica de Colombia*. Instituto colombiano de cultura, Bogotá, 1997.

JENSEN, Henning. *Motivation and the Moral Sense in Francis Hutcheson's Ethical Theory*. Martinus Nijhoff. The Hage. 1971.

JIMÉNEZ, Alfredo. *Epiqueya indiana o por qué, a veces, la ley se obedece, pero no se cumple*. Memorias del Congreso internacional de historia de América. Vol. 3. Granada, 1994.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

KAUSHIK, Basu and KANBUR, Ravi (Eds). *Arguments for a better world. Essays in honor of Amartya Sen. Volume I: Ethics, Welfare and Measurement.* Oxford University Press, 2008.

KELSEN, H. y SCHMITT, C. *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law.* Translation, introduction, and notes by VINX, Lars. Cambridge University Press, 2015.

KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State.* The Lawbook Exchange, Ltd., 1999.

KELSEN, Hans. *Autobiografía.* Matthis Jestaedt (Ed). Universidad Externado de Colombia. Edición virtual, 2008.

KELSEN, Hans. *Essays in legal and moral philosophy.* Springer, 1973.

KELSEN, Hans. *Peace through law.* Chapel Hill. University of North Carolina Press, 1944.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho* Universidad Autónoma de México, 1985.

KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems.* The Lawbook Exchange, 2000.

KENNEDY, Gavin, en Adam Smith. *A moral philosophy and his political economy.* Palgrave MacMillan. 2010.

KERR, John. *Scottish Education, School and University, from Early Times to 1908, with an Addendum 1908-1913.* Cambridge University Press, 1913.

KIVY, Peter. *Rationalist Aesthetics in the Age of Hutcheson; en The Seventh Sense Francis Hutcheson and Eighteenth-Century British Aesthetics.* Oxford Clarendon Press, 2003.

KIVY, Peter. *The Seventh Sense Francis Hutcheson and Eighteenth-Century British Aesthetics.* Oxford Clarendon Press, 2003.

KNIES Karl. *Die politische Ökonomie vom Standpunkt der geschichtlichen Methode.* 1853.

KNIGHT, Kelvin. *Aristotelian Philosophy: Ethics and Politics from Aristotle to MacIntyre.* John Wiley & Sons, 2007.

KORSBAEK, Leif. *Los filósofos escoceses y el nacimiento de una ciencia social y política, tal vez una antropología*. Revista de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades. Enero - Abril 2011. No. 13.

KRAUZE, Enrique. *Prólogo a la obra "Pensadores Temerarios"*, de Mark Lilla. Debate 2001. Versión digital de Lectulandia.

KUNH, Hans. *Proyecto de una ética mundial*. Trotta, Madrid, 2006.

LAGI, Sara. *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920): Los orígenes de la esencia y valor de la Democracia*. Biblioteca nueva, 2007.

LENHART J.N.(Ed), Gershom Carmichael's supplements and appendix to Samuel Pufendorf's Acta eruditorum review of Carmichael's notes. 1985.

LEGOHÉREL, Henri. *Histoire du droit international public*. Presses universitaires de France, 1996.

LEWIS, Neil. *Space and Time.*, en *The Cambridge Companion to Duns Scotus*. Tomas Williams (Ed). Cambridge University Press. 2003.

LIEBERMAN, David. *Adam Smith on Justice, Rights, and Law.*, en "The Cambridge Companion to Adam Smit". Cambridge University Press, 2006.

LINDGREN, J. *The Social Philosophy of Adam Smith*. Springer Science & Business Media, 2012.

MACCORMICK, Neil. *Adam Smith on law*. Symposium on International Perspectives of Jurisprudence. Valparaiso University law Review. Vol. 15. No. 2. 1981.

MACLEAN, Iain. *Adam Smith, Radical and Egalitarian. An Interpretation for the Twenty-First Century*. Edinbourg, University Press, 2006.

MACQUEEN, John. *Humanism in Renaissance Scotland*. Edinburgh University Press, 1990.

MAINWARING, Scott, and SOBERG SHUGART, Matthew. (Compiladores) *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Paidós, 2002.

MAINWARING, Scott., and PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Democracies and Dictatorships in Latin America: Emergence, Survival, and Fall*. Cambridge University Press, 2013.

MANDERSTON, William. *Bipartitum in morali philosophia opusculum ex varijs autoribus*. Paris, 1538.

MANDERSTON, William. *Tripartitum epithoma*. Paris, 1518.

MARQUÍNEZ ARGOTE, Germán. *Benthamismo y Antibenthamismo en Colombia*. Editorial El Buho, Bogotá, 1983.

MARQUINEZ, Germán y BEUCHOT Mauricio, *La filosofía en la América colonial (siglos XVI, XVII y XVIII)*. El Búho, Bogotá, 1996.

MARQUINEZ, Germán y otros. *Filosofía en América latina*. Bogotá, El Búho, 1993.

MARQUÍNEZ, Germán. (Ed) *La filosofía en América Latina*, Editorial El Buho, Bogotá, 1993.

MARQUÍNEZ, Germán. *Benthamismo y antibenthamismo en Colombia*. El Buho, Bogotá, 1983.

MAS, Salvador. *Ethos y Polis. Una historia de la filosofía práctica en la Grecia clásica*. Istmo Madrid, 2003.

MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. University of Lucerne, 2009.

MAUTNER Thomas. *Hutcheson's life and work*. Introducción a la obra "On human nature" de Francis Hutcheson. Cambridge University Press, 1993.

MCARTHUR, Neil. *David Hume's Political Theory: Law, Commerce, and the Constitution of Government*. University of Toronto Press, 2007.

McCORMICK, John. *Carl Schmitt's critique of liberalism. Against politics as technology*. Cambridge University Press. 1997.

MCCOSH James *The Scottish Philosophy: Biographical, Expository, Critical from Hutcheson to Hamilton*. AppleWood Books. Bedford, 1980.

MCINTYRE, Jane. *Hume: Second Newton of the Moral Sciences*. Hume Studies Volume XX, Number 1. April 1994.

MEIERHENRICH, Jens and SIMONS, Oliver. *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford University Press, 2016.

MEJÍA, Oscar. *Teoría Política, Democracia Radical y Derecho. Legitimidad, Validez y Eficacia en el pensamiento contemporáneo*. Temis, Bogotá, 2005.

MEJÍA, Oscar. *Teoría política, Democracia radical y Filosofía del Derecho*. Temis, Bogotá, 2005.

MELO, Jorge Orlando. *Promesas y frustraciones de la independencia: doscientos años de ilusión y desencanto*. Conferencia dictada en la Fundación Santillana el 26 de octubre de 2010.

MERRYMAN, John y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. Stanford University Press, 2007.

MESA, Gregorio. *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el "Estado ambiental de derecho"*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2010.

METALL, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen, Vida y Obra*. Centro de Investigaciones Jurídicas, Unam, México, 1976.

MÖHLE Hannes. *Scotus's Theory of Natural Law*, en *Cambridge Companion to Duns Scotus*. Cambridge University Press, 2003.

MONTES, Leonidas. *Newtonianism and Adam Smith.*, en "The Oxford handbook of Adam Smith". BERRY, C., PAGANELLI, M, & SMITH, C. (Eds). Oxford University Press, 2013.

MONTOYA, José y CONILL, Jesús. *Aristóteles: Sabiduría y Felicidad*. Cincel, Madrid, 1988.

MONTOYA, José. *Rousseau en "Historia de la Ética"* Vol. II, Victoria Camps (Ed). Crítica, Barcelona, 2002.

MOORE, Terrence. *Introducción a las Observaciones sobre la educación liberal (Observations upon liberal education in all its branches)* Liberty Fund. Indianapolis, 2003.

MORAN, Joe. *Interdisciplinarity*. Routledge, London, 2002.

MORENO, Luis. *Escocia, Nación y Razón. Dos milenios de política y sociedad*. Consejo superior de investigaciones científicas. Madrid, 1995.

MURPHY, Cullen. *El tribunal de Dios: La Inquisición y el mundo moderno*. Océano, 2014.

NICOL, Eduardo. *Introducción a la Teoría de los sentimientos morales de Adam Smith*. Fondo de Cultura Económica, México, 1979.

OBIOLS, G. *Una introducción a la enseñanza de la filosofía*. Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2008.

OCAMPO Javier *El proceso ideológico de la emancipación. Las ideas de génesis, independencia, futuro e integración en los orígenes de Colombia*. Instituto colombiano de Cultura, Bogotá, 1980.

OLIVER, Neil. *A history of Scotland*. Weidenfeld & Nicholson. 2009.

ONCKEN, August. *Das Adam Smith-Problem*. Zeitschrift für Socialwissenschaft, No. I. 1898.

ORTEGA Y GASSET, José. *La Rebelión de las masas*. Edición virtual de Lectulandia.

ORTÍZ, Carlos Miguel. *Historiografía de la violencia; en La historia al final de milenio. Ensayos de historiografía colombiana y latinoamericana*. Vol. 1. Universidad Nacional de Colombia, 1994.

OSBORNE, Thomas. *Human action in Thomas Aquinas, John Duns Scotus & William of Ockham*. The Catholic University of America Press, Washington, D.C., 2014.

OSLINGTON, Paul. *Adam Smith as Theologian*. Taylor & Francis. Routledge Studies in Religion, 2011.

OSLINGTON, Paul. *Adam Smith as Theologian*. Taylor & Francis., 2011.

OURLIAC, Paul et GAZZANIGA Jean. *Histoire du droit privé français : De l'an mil au Code civil*. Alban Michel, 2015.

PALACIO, Juan y CANDIOTI, María. (Eds). *Justicia, Política y Derechos en América latina*. Prometeo Libros, Buenos Aires, 2007.

PARKER, Robert. *Law and religion; en "Cambridge Companion to ancient Greek law"*. Cambridge University Press, 2005.

PÁSARA, Luis. *Ley, justicia y sociedad en América latina*. Instituto de investigaciones jurídica, Unam, México, 2010.

PASNAU, Robert. *Cognition.*, en *The Cambridge Companion to Duns Scotus*. Tomas Williams (Ed). Cambridge University Press. 2003.

PEÑA, Antonio. *Hans Kelsen, y la sociología y antropología del derecho*. Crítica jurídica. UNAM, Revista latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. No. 32. 2011.

PÉREZ, Mariana. *Cinco miradas sobre el derecho a la salud. Estudios de caso en México, El Salvador y Nicaragua*. Fundar. Centro de análisis e Investigación, México, 2010.

PÉREZ-PERDOMO Rogelio y TORRES, Julia. *La Formación jurídica en América Latina: tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización*. Universidad Externado de Colombia, 2006.

PUFENDORF, Samuel. *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*. Cambridge University Press, 1991.

RABADE, Sergio. *Hume y la religión*. Introducción a la *Historia natural de la religión* de David Hume. Trotta, Madrid, 2003.

RABOSI E. y OBIOLS, G. *La Enseñanza de la filosofía en debate: coloquio internacional sobre la enseñanza de la filosofía*. Noveduc Libros, Buenos Aires, 2000.

RAE, John. *Life of Adam Smith*. The flotating Press, 1895.

RAMOS, Demetrio. *La Ética en la conquista de América: Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1984.

RANDALL, Bernard. *Solon: The Lawmaker of Athens*. Leaders of ancient Greece. The Rosen Publishing Group Inc, 2003.

RAPHAEL, DD. *The impartial spectator. Adam's Smith moral philosophy*. Clarendon Press, Oxford, 2007.

RAPHAEL. D. D. *The Impartial Spectator. Adam Smith's Moral Philosophy*. Oxford University Press, 2007.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica, México 1995.

RENDALL J. *Origins of the Scottish Enlightenment 1707-1776*. Springer, London, 1978.

RENDALL, Jane. *Origins of the Scottish Enlightenment, 1707-76*. Springer, 1978.

RICOEUR, Paul. *El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de hermenéutica*. Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

ROBERTS, T.A. *The concept of benevolence. Aspects of Eighteenth – Century Moral Philosophy*. Macmillan, Edinburg, 1973.

RODRÍGUEZ, Carlos. *Introducción a la Teoría de los Sentimientos Morales de Adam Smith*. Alianza, Madrid.

RODRÍGUEZ, P. y OCTAVIO, A. *La decisión judicial como producto de un razonamiento silogístico.*, en "Razonamiento judicial e ideología". Unam, México, 2006.

ROSARIO, Víctor. *La acreditación de la Educación en Iberoamérica. La gestión de la calidad de los programas educativos. Tensiones, desencuentros, conflictos y resultados*. Vol. I. Red de académicos de Iberoamérica. AC. Palibrio, 2012.

ROSENKRANZ, Ofelia, CAIVANO, Roque, y MAYER, Gisela. *Ética profesional de los abogados*. Abeledo - Perrot, Buenos Aires.1995.

RÚÍZ, Adriana. *Derecho y violencia. De la teología política a la Biopolítica*. Universidad Bolivariana, Medellín, 2016.

RUSSELL, Colin. *Who Made the Scottish Enlightenment?* Xlibris Corporation, 2014.

SALAZAR, Robinson y otros. *Gobernabilidad en crisis. Delito, conflicto y violencia en América latina*. Libros en Red, 2000.

SALWÉN, Hakan. *Hume's Law: An Essay on Moral Reasoning*. Almqvist & Wiksell, 2003.

SANTO TOMÁS. *Suma Teológica. De las distintas clases de leyes*. Versión virtual.

SARLO, Oscar. *La gira suramericana de Kelsen en 1949. El "frente sur" de la Teoría pura.*, en *Ambiente Jurídico*. Centro de investigaciones jurídicas, No.12, 2010.

SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* Taurus, México, 2004.

SCHLIESSER, Eric. *Adam Smith: Systematic Philosopher and Public Thinker*. Oxford University Press, 2017.

SCHMIDT James (Ed). *What Is Enlightenment?: Eighteenth-Century Answers and Twentieth-Century*, University of California Press. 1996.

SCHMITT, Carl – KELSEN, Hans. *La polémica Schmitt - Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tecnos, Madrid, 2009.

SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Alianza, Madrid, 2009.

SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. The MIT Press, 2000.

SCHMITT, Carl. *The Leviathan in the state theory of Thomas Hobbes. Meaning and failure of a political symbol*. Greenwood Press, 1996.

SCHRODER, Jan. *The Concept of (Natural) Law in the Doctrine of Law and Natural Law of the Early Modern Era.*, en "Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe. Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy". LORRAINE D. - MICHAEL S. (Eds) Ashgate Publishing, 2008.

SCOTO, Duns. *Philosophical writings. Chapter V: Concerning human knowledge*. Selection edited and translated by Allan Wolter OFM. Thomas Nelson and Sons, Edinburg 1963.

SCOTO, Duns. *The spirituality and immortality of the soul*. En *Philosophical writings*. Thomas Nelson and Sons, Edinburg 1963.

SCOTT, William Robert. *Francis Hutcheson, his life, teaching and position in the history of philosophy*. Cambridge University Press, 1900.

SEN, Amartya. *Desarrollo y Libertad*. Planeta, Barcelona, 2000.

SEN, Amartya. *La idea de la Justicia*. Taurus, Madrid, 2010.

SHAFTESBURY, Anthony. *An Inquiry Concerning virtue or Merit* (1699). Liberty Fund, Indianápolis, 2004.

SIMON, Fabrizio. *Rights and law in Smithian jurisprudence.*, en *The oxford handbook of Adam Smith*. BERRY, C, PAGANELLI, M, and SMITH, C. (Eds). Oxford University Press, 2013.

SLOTEMAKER, John y WITT, Jeffrey (Eds) *A Companion to the Theology of John Mair*. Brill, Boston, 2015.

SMITH, Adam. *La teoría de los sentimientos morales*, Alianza, Madrid, 1997.

SMITH, Adam. *Lecciones de Jurisprudencia*. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica. Colección los Argonautas. Granada, 1995.

SMITH, Adam. *Lecciones de retórica y bellas artes*. 1763 (*Lectures on Rhetoric and belles lettres*. The Glasgow Editions of the works of Adam Smith. Liberty Fund. Indianapolis, 1985).

SMITH, Adam. *Lectures on Jurisprudence*. L. Meek, D.D. Raphael, y P.G. Stein (Eds). The Glasgow Edition of the Works of Adam Smith. Liberty Fund. INC. 1982.

SMITH, Craig. *The science of jurisprudence.*, en "Adam Smith's Political Philosophy. The invisible hand and spontaneous order". Routledge, 2006.

SOBRINO, Jon y otros. *Ignacio Ellacuría "Aquella libertad esclarecida"*. Sal Terrae, Santander 1999.

STADLER, Friedrich. *El Círculo de Viena. Empirismo lógico, Ciencia, Cultura y Política*. Fondo de Cultura Económica, México, 2011.

STERN, George. *A Faculty Theory of Knowledge: The Aim and Scope of Hume's First Enquiry*. Bucknell University Press, 1971.

STEWART Michael (Ed). *Studies in the Philosophy of the Scottish Enlightenment*. Oxford University Press. 2000.

STEWART, M. *Religion and rational theology.*, en "Scottish Enlightenment", Alexander Broadie (Ed). Cambridge University Press, 2003.

STOCKER, Barry. *Derrida on deconstruction*. Routledge, London, 2006.

STUMPF, Christoph A. *The Grotian Theology of International Law: Hugo Grotius and the Moral Foundations of International Relations*. Walter de Gruyter, 2012.

TAFANI, Roberto. *Globalización, sobreoferta y debilidad regulatoria. El sector salud en tiempos de reforma*. Universidad Nacional de Río Cuarto, 1996.

TAMAYO, Juan José. *Para comprender la Teología de la liberación*. Verbo Divino, Salamanca, Estella, 1989.

TAYLOR, J. *British Empiricism and Early Political Economy: Gregory King's 1696. Estimates of National Wealth and Population*. Greenwood Publishing Group, 2005.

THOMAS, Andrea. *Glory and Honour. The Renaissance in Scotland*. Birling, 2013.

TIERNEY, Brian. *Public expedience and natural law: A fourteenth century discussion on the origins of government and property.*, en "Authority and Power" TIERNEY, B, & LINEHAN, P. (Eds). Cambridge University Press, 1980.

TRAPP, Michael. *Philosophy in the Roman Empire: Ethics, Politics and Society*. Routledge, 2017.

TREVOR-ROPER, Hugh en su obra *History and the Enlightenment*. Yale University Press, 2010.

TÜNNERMANN, Carlos. *Historia de la universidad en América Latina: De la época colonial a la reforma de Córdoba*. IESALC/UNESCO, 1999.

TURNBULL, G. *The principles of Moral y Christian philosophy*, Vol I. Liberty Foundation, Indianápolis, 2005.

TURNBULL, G. *Experience proves this to be the law, with respect to mankind in their present state, "That whatsoever a man soweth, that shall he also reap"*. En, *The principles of moral and christian philosophy*. volumen 2, Sección I, Proposición 7. Liberty Fund. Indianapolis, 2005.

TURNBULL, George. *A treatise on ancient painting*. Vincent Bevilacqua (Ed). W. Fink, 1971.

TURNBULL, George. *Observations Upon liberal education, in all its branches*. Liberty Fund, Indianapolis, 2003.

ULLMANN, Walter. *Principles of Government and Politics in the Middle Ages.*, Routledge, 2010.

VARIOS. *The Renaissance and Reformation in Scotland. Essays in honour of Gordon Donaldson.* Scottish Academic Press, 1983.

VELASCO, David y otros. *Ayotzinapa y la crisis del estado neoliberal mexicano.* Iteso, México, 2015.

VILLA, W. y HOUGHTON, J. *Violencia contra los pueblos indígenas en Colombia, 1974 – 2004.* CECOIN – OIA - IWGIA, Bogotá, 2004.

VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César. *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos.* Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2003.

VINX, Lars. *Legality and Legitimacy in Hans Kelsen's Pure Theory of Law.* University of Toronto, 2006.

VITORIA, Francisco. *Relectura sobre los indios recientemente hallados.* 1ª Parte. "Los indios antes de la llegada de los españoles eran señores de sus cosas pública y privadamente". Versión digital de su original escrito 1539.

VIVENZA, Gloria, *Adam Smith and the Classics: The Classical Heritage in Adam Smith's Thought.*, en "The Adam Smith Review Vol I. Routledge Taylor and Francis Group, 2004.

VON FRIEDEBURG, Robert. *The rise of natural law in the early modern period.*, en "The Oxford Handbook of Early Modern Theology, 1600-1800". Lehner, U., Muller, R., & Roeber, A. (Eds). Oxford University Press, 2016.

VON SKARŻYŃSKI, Witold, *Adam Smith als Moralphilosoph und Schoepfer der Nationaloekonomie.* Berlin, 1878.

VOS, Anthony. *The Philosophy of Duns Scotus.* Edimburg University Press. 2006.

WHITWORTH, Amy. *Attending to presence: a study of John Duns Scotus' account of sense cognition.* Dissertation publishing Number: 3390244. Milwaukee, 2010.

WRIGHT, Thomas. *The History of Scotland. From the Earliest Period to the Present time*. Vol. 1. The London printing and publishing company.

ZEA, Leopoldo (Ed). *América latina en sus ideas*. UNESCO – Siglo XXI Editores, México. 2006.

ZEA, Leopoldo. (Compilador y Prólogo) *Pensamiento Positivista latinoamericano*. Tomos I – II. Biblioteca Ayacucho, 1988.

ZEMELMAN, Hugo. *De la historia a la política. La experiencia de América latina*. Siglo XXI – Universidad de las Naciones Unidas, 1989. **